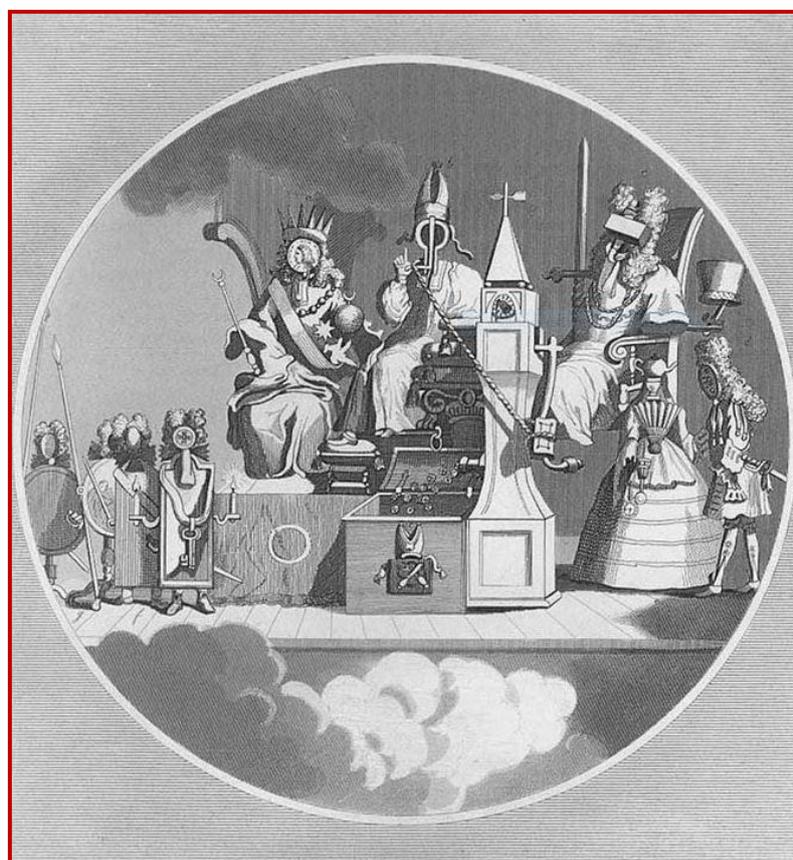


Nomos

Le attualità nel diritto



2017

Direzione della Rivista

Comitato scientifico nazionale

Giuliano Amato, Gaetano Azzariti, Paolo Carnevale, Stefano Ceccanti, Enzo Cheli, Fernanda Bruno, Piero Alberto Capotosti, Beniamino Caravita di Toritto, Sabino Cassese, Achille Chiappetti, Claudio Chiola, Giuseppe De Vergottini, Gianni Ferrara, Mario Galizia, Giuseppe Guarino, Fulco Lanchester, Sergio Lariccia, Vincenzo Lippolis, Alberto Lucarelli, Massimo Luciani, Michela Manetti, Andrea Manzella, Sergio Marchisio, Francesco Mercadante, Stefano Merlini, Franco Modugno, Roberto Nania, Valerio Onida, Alessandro Pizzorusso, Giorgio Rebuffa, Paolo Ridola, Stefano Rodotà, Michele Scudiero, Teresa Serra, Luisa Torchia, Massimo Villone.

Comitato scientifico internazionale

Francisco Balaguer Callejon, Olivier Beaud, Paul Furlong, Dieter Grimm, Peter Häberle, Anne-Marie Le Pourhiet, Gilmar Mendez, Dominique Rousseau.

Direttore responsabile

Fulco Lanchester

Comitato di Direzione

Paola Bilancia, Marco Benvenuti, Salvatore Bonfiglio, Roberto Borrello, Fernanda Bruno, Giulia Caravale, Paolo Carnevale, Stefano Ceccanti, Anna Chimenti, Antonio D'Andrea, Fabio Giglioni, Giorgio Grasso, Silvia Ilari, Vincenzo Lippolis, Andrea Longo, Michela Manetti, Roberto Miccù, Paola Piciacchia, Paolo Ridola, Massimo Siclari, Teresa Serra, Pietro Selicato, Alessandro Torre, Astrid Zei, Antonio G. Zorzi Giustiniani.

Comitato di Redazione

Giulia Araventinou Leonidi, Simone Benvenuti, Ilenia Bernardini, Francesco Brancaccio, Rino Casella, Gabriele Conti, Francesca Dau, Andrea De Petris, Claudia Di Andrea, Gianluigi Fioriglio, Laura Frosina, Alessandro Gigliotti, Vincenzo Iacovissi, Maria Cristina Ivaldi, Gavina Lavagna, Luigino Manca, Mara Maracci, Paolo Mezzanotte, Francesca Petrini, Maria Rosaria Radiciotti, Francesca Ragno, Maria Grazia Rodomonte, Hugo Daniel Rosero Rosero, Jan Sawicki, Michele Surdi, Nino Telia.

Segreteria di Redazione

Mario Altomare, Enrico Campelli, Michele Crisafi, Marco Mandato, Giuliaserena Stegher.

Responsabili di sezione

Saggi: Direzione.

Note e interventi: Astrid Zei.

Cronache dall'estero: Giulia Caravale.

Recensioni: Laura Frosina.

Documentazione normativa: Claudia Di Andrea (Camere); Paolo Mezzanotte (Corte costituzionale).

Sito web

www.nomos-leattualitaneldiritto.it



“NOMOS. LE ATTUALITÀ NEL DIRITTO” n. 1 del 2017

SOMMARIO

SAGGI

- [Peter Häberle](#), [La ciencia jurídica europea como ciencia de la cultura](#) 1
- [Astrid Zei](#), [L'arbitrato del caso: applicazioni del metodo del sorteggio nel Diritto pubblico](#) 11
- [Fortunato Gambardella](#), [Diritto all'istruzione dei disabili e vincoli di bilancio nella recente giurisprudenza della Corte Costituzionale](#) 49
- [Erik Furno](#), [Pareggio di bilancio e diritti sociali: la ridefinizione dei confini nella recente giurisprudenza costituzionale in tema di diritto all'istruzione dei disabili](#) 62
- [Anne Richardson Oakes](#), [Ilaria Di Gioia, Uncooperative Federalism or Dinosaur Constitutionalism: the Affordable Care Act and the Language of States Rights'](#) 83
- [Vittorio Teotonico](#), [La nuova dimensione “giuridica” dei processi economico-sociali. Brevi note su costituzionalismo \(moderno\), Costituzione \(del '48\) e costituzionalisti \(d'oggi\)](#) 101
- [Mario Sirimarco](#), [La riflessione sullo Stato e la sua crisi nel pensiero di Vezio Crisafulli](#) 129
- [Giovanna Razzano](#), [Riflessioni su Emilio Betti filosofo e costituzionalista, suo malgrado](#) 144
- [Giorgio Grasso](#), [Partiti politici europei e disciplina costituzionale nazionale](#) 159
- [Raffaele Titomanlio](#), [Riflessioni sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti fra legalità “sostanziale”, legalità “procedurale” e funzione di regolazione](#) 173

CONVEGNI

Gli organi costituzionali di controllo nella storia costituzionale repubblicana

- [Enzo Cheli, Gli organi costituzionali di controllo nella storia costituzionale repubblicana](#) 205
- [Fulco Lanchester, Il Corpo elettorale tra recessione del principio elettivo e ruolo delle Corti](#) 207
- [Andrea Manzella, Il Parlamento come organo costituzionale di controllo](#) 221
- [Massimo Siclari, La sfiducia individuale negli scritti di Giustino D’Orazio](#) 227
- [Giuseppe De Vergottini, Il ruolo del Presidente della Repubblica negli scritti di Giustino D’Orazio](#) 237
- [Massimo Luciani, Un giroscopio costituzionale. Il Presidente della Repubblica dal mito alla realtà \(passando per il testo della Costituzione\)](#) 247
- [Mario Dogliani, La Corte habermasiana di D’Orazio](#) 272
- [Antonio Ruggeri, Appunti per uno studio delle più salienti vicende della giustizia costituzionale in Italia](#) 278
- [Emanuele Rossi, Le vicende e le attività del servizio studi della Corte costituzionale \(in ricordo di Giustino d’Orazio\)](#) 291

RICERCHE

- [**Luigi Ciaurro**, Per una cattedra di Diritto parlamentare](#) 305

LEZIONI MAGISTRALI

- [**Stefano Grassi**, La Costituzione siamo noi](#) 337
- [**Giancarlo Rolla**, La origen del amparo mexicano y la evolución de los institutos de tutela de los derechos fundamentales en el continente americano](#) 357

GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

La Corte e il voto. La sentenza n. 35/2017 sull'Italicum: una prima lettura valida

- [Fulco Lanchester](#), [La Corte e il voto: riflettendo su un comunicato stampa](#) 383
- [Massimo Luciani](#), [A lezione di storia](#) 393
- [Felice Besostri](#), [Punti critici per un voto a tempi brevi](#) 398
- [Stefano Ceccanti](#), [Tre brevi riflessioni: motivazioni per il No al ballottaggio, auto-applicatività garantita, modifiche opportune per un'armonizzazione ragionevole](#) 400
- [Massimo Siclari](#), [Prime considerazioni sul parziale accoglimento delle questioni di legittimità costituzionale sollevate nei riguardi della legge n. 52 del 2015, alla luce del comunicato emesso dalla Corte il 25 gennaio 2017](#) 403
- [Paolo Carnevale](#), [Leggendo in filigrana il comunicato-stampa della corte costituzionale del 25 gennaio scorso...sperando di non incorrere in allucinazioni. Note a prima \(non lettura\) sulla decisione relativa alla legge n.52 del 2015](#) 410
- [Giovanni Serges](#), [Prime riflessioni sul futuro della legislazione elettorale \(in attesa delle motivazioni della Corte costituzionale\)](#) 420

STORIA COSTITUZIONALE

La magistratura tra fascismo e Repubblica: continuità o rottura rispetto al passato?

- [Augusto Cerri](#), [Introduzione al Convegno su Stato e istituzioni nel dopoguerra](#) 424
- [Antonella Meniconi](#), [Continuità e rottura nella magistratura come problema storico- istituzionale](#) 429
- [Marco Benvenuti](#), [I rapporti tra la giurisdizione costituzionale e le giurisdizioni comuni nella storia repubblicana \(ovvero dei problemi e delle prospettive del sindacato di legittimità costituzionale in via incidentale come sineddoche\)](#) 451

NOTE E COMMENTI

- [Maria Rosaria Donnarumma](#), [L'indépendance de la fonction parlementaire, la séparation des pouvoirs et l'affaire "Fillon"](#) 457
- [Maciej Mizejewski](#), [La crisi dell'ordine costituzionale in Polonia negli anni 2015 e 2016 con le sue conseguenze politiche](#) 467
- [Rosanna Fattibene](#), [Una riflessione sul biodiritto a partire dal dibattito italiano sulla diagnosi genetica preimpianto](#) 476

CRONACHE COSTITUZIONALI DALL'ESTERO

- [FRANCIA, Paola Piciacchia, Le elezioni presidenziali francesi e “les enjeux ouverts” delle elezioni legislative. Un nuovo test per la V Repubblica?](#) 499
- [GERMANIA, Astrid Zei, La nuova giurisprudenza del Bundesverfassungsgericht sull'incostituzionalità dei partiti politici: a volte la democrazia non si difende](#) 518
- [REGNO UNITO, Giulia Caravale, Dalla sentenza Miller allo scioglimento della Camera dei Comuni](#) 534
- [SPAGNA, Laura Frosina, Governare in minoranza. I complessi negoziati con i gruppi parlamentari e le autonomie territoriali](#) 548
- [STATI UNITI, Giulia Aravantinou Leonidi, ‘America great again?’ I primi mesi della Presidenza Trump. Dalla campagna elettorale alla Casa Bianca](#) 562
- [POLONIA, Jan Sawicki, Prosegue il deterioramento dello Stato di diritto, mentre il Governo subisce una prima sconfitta ad opera dell'Unione Europea](#) 579
- [RUSSIA, Ilmira Galimova, Ad un anno dalle presidenziali: la Russia entra in una fase di turbolenza politica?](#) 589
- [ISRAELE, Enrico Campelli, Elezioni anticipate? Possibili scenari governativi e partitici](#) 605
- [GIAPPONE, Michele Crisafi, Il Giappone di Abe fra la crisi nordcoreana ed il nodo legislativo dell'abdicazione dell'Imperatore Akihito](#) 620

CRONACHE COSTITUZIONALI ITALIANE

a cura di **Marco Mandato** e **Giuliaserena Stegher**

- [Marco Mandato, Giuliaserena Stegher, Un quadrimestre di attesa. Il sistema istituzionale italiano tra fallimenti costituzionali e tentativi di rilancio](#) 628

Approfondimenti

- [L'elezione di Salvatore Torrisi alla Presidenza della I Commissione Affari Costituzionali del Senato](#) 638
- [La mancata decadenza del Senatore Augusto Minzolini](#) 641

RASSEGNE CRITICHE, RECENSIONI E SCHEDE

Rassegne

- [Giuliaserena Stegher](#), [Ripensare l'Europa. Brevi considerazioni sulle proposte in Italia per la riforma della governance europea nel 60° anniversario anniversario dalla firma del Trattato di Roma.](#) 644

Recensioni

- [Luca Bartolucci](#), [Recensione a L. Di Nucci, La democrazia distributiva. Saggio sul sistema politico dell'Italia repubblicana, Bologna, Il Mulino, 2016, pp. 225.](#) 689
- [Enrico Campelli](#), [Recensione a M. Knapp – A. Flach – E. Ayboga, Revolution in Rojava. Democratic Autonomy and Women's Liberation in the Middle East, London, PlutoPress, 2016, pp. 272.](#) 699
- [Lucio Adalberto Caruso](#), [Recensione a P. Ridola, Stato e Costituzione in Germania, Torino, G. Giappichelli, 2016, pp. 149.](#) 703
- [Imira Galimova](#), [Recensione a G. Azzariti, Contro il revisionismo costituzionale. Tornare ai fondamentali, Roma-Bari, Laterza, 2016, pp. 260.](#) 711
- [Chiara Ingenito](#), [Recensione a F. Fabbrini, Economic governance in Europe – Comparative paradoxes and constitutional challenges, Oxford, Studies in European Law, 2016, pp. 329.](#) 717
- [Emiliano Sciarra](#), [Recensione a R. Miccú-D. Siclari, Advanced Law for Economics. Selected Essays, Torino, Giappichelli, 2014, pp. 270.](#) 722
- [Giuseppe Storsillo](#), [Recensione a F. Fornaro, Fuga dalle urne. Astensionismo e partecipazione elettorale in Italia dal 1861 ad oggi, Novi Ligure, Edizioni Epokè, 2016, pp.173.](#) 740

DOCUMENTAZIONE

a cura di **Alessandro Gigliotti** e **Simone Ferraro**

- [Sentenza della Corte costituzionale n. 35 del 9 febbraio 2017 relativa alla legge n. 52/2015](#)
- [Decisione sulla legge elettorale c.d. Italicum \(comunicato stampa del 25 gennaio 2017 Corte costituzionale sulla sentenza relativa alla legge elettorale c.d. Italicum\)](#)
- [Il sistema di elezione del Parlamento nazionale. L'evoluzione normativa e la disciplina vigente](#)



“NOMOS. LE ATTUALITÀ NEL DIRITTO” n. 2 del 2017

SOMMARIO

SAGGI

- [Sabino Cassese, Riflessioni sui miei studi sul fascismo](#) 746
- [Nausica Palazzo, Bugie di carta: un argine penale al negazionismo](#) 753
- [Simona Rodriguez, L'insindacabilità parlamentare nelle esperienze comparate e l'influenza della Corte di Strasburgo](#) 773
- [Elisabetta Frontoni, Leale collaborazione, delegazione legislativa e modulazione degli effetti delle decisioni di illegittimità costituzionale: la Corte di fronte alla perdurante assenza di una seconda Camera delle Regioni](#) 793
- [Giovanni Cavaggion, L'articolo 138 Cost. in Assemblea Costituente. Procedimento ordinario di revisione costituzionale e partecipazione delle minoranze](#) 804
- [Gabriele Maestri, Orizzonti di tecnica elettorale: problemi superati, irrisolti ed emersi alla luce della sentenza n. 35 del 2017](#) 825
- [Maria Francesca Serra, Piero Alberto Capotosti. Un'incursione nel diritto sportivo](#) 871
- [Mariangela Atripaldi, Tutela del risparmio nell'ordinamento italiano](#) 887
- [Valeria De Santis, Iscrizione ai partiti politici, elettorato passivo e regime delle ineleggibilità per magistrati nel \(poco democratico\) sistema dei partiti](#) 904

CONVEGNI

Le istituzioni nella storia costituzionale repubblicana: continuità o rottura rispetto al passato?

- [Luca Albino](#), [Continuità e rottura come problema giuridico](#) 941
- [Tatiana Gallozzi](#), [Legalità e legittimità costituzionale nel dopoguerra](#) 974
- [Giuseppe Allegri](#), [Alle origini della infinita crisi repubblicana italiana tra società, politica e magistratura](#) 993
- [Andrea Ridolfi](#), [La giurisdizione durante il regime costituzionale provvisorio e la sua valutazione nella giurisprudenza successiva](#) 1008
- [Renato Rolli](#), [La giustizia amministrativa nella Costituzione del 1948](#) 1060
- [Gian Paolo Dolso](#), [I controlimiti “comunitari” tra passato e presente](#) 1088

CARLO CHIMENTI TRA UNIVERSITA' E ISTITUZIONI PARLAMENTARI

- [Fulco Lanchester](#), [Le ragioni di un ricordo](#) 1156
- [Massimo Siclari](#), [Per ricordare Carlo Chimenti](#) 1157
- [Carlo Chimenti](#), [Le autorità indipendenti nell'evoluzione della forma di Stato](#) 1160
- [Giuseppe Filippetta](#) e [Sandro Bulgarelli](#), [Carlo Chimenti funzionario e bibliotecario del Senato. \(Vitalità e destino della burocrazia parlamentare\)](#) 1167
- [Paola Picciacchia](#), [Carlo Chimenti: studioso attento \(e talvolta disincantato\) del parlamentarismo italiano.](#) 1180

NOTE E COMMENTI

- [Alberto Lucarelli](#), [Alcune considerazioni in merito ai beni comuni tra sotto categorie giuridica e declinazione di variabile](#) 1189
- [Giulia Aravantinou Leonidi](#), [On the Edge of Crisis. Le ipotesi di crisi costituzionale e l'ombra dell'impeachment nei primi mesi della presidenza Trump](#) 1198
- [Paolo Bonini](#), [Gorsuch after Scalia. Il procedimento di nomina ed il pensiero del primo Justice di Donald Trump alla Corte Suprema degli Stati Uniti](#) 1212
- [Laura Pelucchini](#), [Diritto alla Privacy, data protection e costituzioni mute: la Corte Suprema indiana riconosce finalmente il diritto alla vita privata come inalienabile](#) 1245
- [Roberta Calvano](#), [Influencing the public opinion or giving effective answers to the crisis? The EU perspective and the italian way](#) 1256

Commenti

- [Luigi Gianniti](#), [La riforma del meccanismo europeo di stabilità. Un nodo critico nello sviluppo del processo di integrazione europea](#) 1272

Ricordi

- [Fulco Lancaster](#), [In ricordo di Mario D'Addio](#) 1278

CRONACHE COSTITUZIONALI DALL'ESTERO

- [FRANCIA, Paola Piciacchia](#), [Macron Presidente e la vittoria di LREM alle elezioni legislative: interrogativi e sfide del quinquennato](#) 1285
- [GERMANIA, Astrid Zei](#), [La politica monetaria della BCE di nuovo al vaglio del Tribunale Costituzionale Federale](#) 1300
- [GIAPPONE, Michele Crisafi](#), [Sirene di allarme per la popolarità del Governo Abe](#) 1319
- [ISRAELE, Enrico Campelli](#), [Le questioni irrisolte dell'ordinamento israeliano ed il dibattito tra Stato e Religione](#) 1326
- [POLONIA, Jan Sawicki](#), [La riforma tentata e poi \(momentaneamente\) rinviata dell'ordinamento giudiziario come tappa ulteriore dell'involuzione dei rapporti tra poteri](#) 1336
- [REGNO UNITO, Giulia Caravale](#), [European Union \(withdrawal\) Bill 2017-2019: un test decisivo per la tenuta del Governo May.](#) 1345
- [RUSSIA, Ilmira Galimova](#), [La Russia e l'imminente ciclo elettorale](#) 1361
- [SPAGNA, Laura Frosina](#), [Referendum, autodeterminació y transitorietat jurídica. La sfida delle istituzioni catalane all' "indissolubile unita della nazione spagnola"](#) 1377
- [STATI UNITI, Giulia Aravantinou Leonidi](#), [Trump unveiled. Luci e ombre dell'amministrazione statunitense: immigrazione, impeachment e war powers](#) 1395

CRONACHE COSTITUZIONALI ITALIANE

a cura di **Marco Mandato** e **Giuliaserena Stegher**

- [Aspettando Godot: L'Italia tra mancate intese e utopici auspici](#) 1416

RASSEGNE CRITICHE, RECENSIONI E SCHEDE

Rassegne

- [Enrico Campelli](#), [A proposito di alcuni contributi sulla cittadinanza e sul caso israeliano](#) 1426

Recensioni

- [Lucio Adalberto Caruso](#), [Recensione a G. Bascherini, Il dovere di difesa nell'esperienza costituzionale italiana, Napoli, Jovene, 2017](#) 1440
- [Michele Crisafi](#), [Recensione a A. Di Martino, Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali. Uno studio comparativo, Napoli, Jovene, 2016](#) 1449
- [Adriano Dirri](#), [Recensione a C. Manga Fombad, Separation of power in african Constitutionalism, Stellenbosch handbooks in African constitutional law, Oxford University Press, 2016](#) 1455
- [Imira Galimova](#), [Recensione a P. Norris, A. Nai \(a cura di\), Election Watchdogs. Transparency, Accountability and Integrity, Oxford University Press, 2017](#) 1465
- [Marco Mandato](#), [Recensione a R. Orrù, F. Bonini, A. Ciammariconi \(a cura di\), La rappresentanza in questione, Napoli, Esi, 2016](#) 1472
- [Laura Pelucchini](#), [Recensione a G. De Minico, Costituzione, emergenza e terrorismo, Napoli, Jovene, 2016](#) 1477
- [Giuliaserena Stegher](#), [Recensione a V. Lippolis, N. Lupo \(a cura di\), Il Parlamento dopo il referendum costituzionale, Il Filangeri Quaderno 2015-2016, Napoli, Jovene, 2016](#) 1483

DOCUMENTAZIONE

- [Il testo unificato depositato dal Presidente della Commissione Affari Costituzionali della Camera](#)
[Andrea Mazziotti di Celso](#)
- [Il nuovo testo base \(Rosatellum\) presentato dal relatore Emanuele Fiano \(PD\) in Commissione](#)
[Affari Costituzionali della Camera](#)
- [Testo a fronte tra la normativa elettorale vigente e il testo base "Rosatellum bis" adottato il 26](#)
[settembre 2017](#)
- [Proposte di modifica della legge elettorale](#)
- [Il sistema di elezione del Parlamento nazionale. L'evoluzione normativa e la disciplina vigente](#)
- [Testo del Ddl 2092 recante modifiche alla legge 5 febbraio 1992, n. 91, e altre disposizioni in](#)
[materia di cittadinanza](#)



“NOMOS. LE ATTUALITÀ NEL DIRITTO” n. 3 del 2017

SOMMARIO

CORTE COSTITUZIONALE E CORTI EUROPEE

- [Paolo Carnevale, *Dialogando con Giuliano Amato in tema di dialogo fra Corti*](#) 1491
- [Massimo Luciani, *La difficile linea di confine*](#) 1505
- [Guido Melis, *La tecnica e il meticcio*](#) 1510
- [Giuliano Amato, *La Corte e le Corti. Riflessioni dall'interno*](#) 1515

CONVEGNI

- ‘I COSTITUENTI DELLA SAPIENZA’** 1520
- [Fulco Lanchester, *Introduzione*](#) 1522
 - [Ugo De Siervo, *Il ruolo dei giuristi alla Costituente*](#) 1532
 - [Paolo Pombeni, *Ripensare la Costituente*](#) 1543
 - [Fulco Lanhester, *Il ruolo dello Studium Urbis nel periodo costituzionale transitorio*](#) 1565
 - [Massimiliano Gregorio, *Vittorio Emanuele Orlando costituente*](#) 1576
 - [Salvatore Bonfiglio, *Il contributo di Mortati nella fase costituente attraverso la prospettiva teorica e storica della Costituzione in senso materiale*](#) 1597
 - [Fernanda Bruno, *Egidio Tosato*](#) 1606
 - [Eugenio Gaudio, *Giuseppe Caronia*](#) 1609
 - [Renato Moro, *Aldo Moro*](#) 1619

- [Attilio Celant, Amintore Fanfani](#)
- [Stefano Ceccanti, Giovanni Leone costituente](#) 1633
- [Vincenzo Atripaldi, Gaspare Ambrosini: “un politico con preparazione tecnica”. Sintesi della relazione](#) 1644
- [Marco Macchia, Massimo Severo Giannini nell’età costituente](#) 1656
- [Sergio Lariccia, Arturo Carlo Jemolo...e Francesco Calasso](#) 1672
- [Giulia Caravale, Il contributo di Vincenzo Gueli alla Commissione Forti](#) 1701
- [Paola Piciacchia, Perticone e il dibattito costituente](#) 1712
- [Roberto D’Orazio, La documentazione per la Costituente](#) 1724
- [Andrea Ridolfi, I “decostituiti” de “La Sapienza”: Santi Romano, Maurizio Maraviglia e Carlo Costamagna](#) 1726
- [Francesco Margiotta Broglio e Daniele Ferrari, L’art. 7 della Costituzione e la “Divina Sapienza”](#) 1753

TAVOLA ROTONDA FINALE: Classe dirigente e procedimento costituente 1774

- [Giuliano Amato, Sabino Cassese, Raffaele Romanelli, Luciano Violante](#)

SAGGI

- [Sergio Marchisio, L’utilizzo delle categorie giuridiche del Diritto internazionale nel processo d’unificazione italiana](#) 1790
- [Marco Podetta, La proposta di riforma regolamentare all’esame del Senato. Gli inadeguati colpi di acceleratore di fine legislatura](#) 1815
- [Andrea Gratteri, Genesi di un precedente: l’interpretazione delle elezioni a base regionale del Senato da parte del Presidente Ciampi](#) 1844
- [Laura Frosina, Profili giuridici e aspetti problematici del referendum di secessione. Un’analisi comparata](#) 1854
- [Andrea Longo, “Est modus in rebus”. Modalità e contesto nella compressione dei diritti fondamentali, a partire dalla sentenza della Corte costituzionale n. 122 del 2017](#) 1886

- [**Maria Vittoria Ferroni**, *Le forme di collaborazione per la rigenerazione di beni e spazi urbani*](#) 1907
- [**Domenico Siclari**, *La tutela del diritto ad un ambiente salubre tra attività prestazionale dell'amministrazione e vincoli di bilancio*](#) 1925
- [**Alessandro Palmaccio**, *Brevi considerazioni sulle modalità di erogazione dei servizi sociali dopo l'entrata in vigore del correttivo al Codice dei Contratti e del Codice del terzo settore*](#) 1942
- [**Lio Sambucci**, *Corte costituzionale e armonizzazione dei bilanci pubblici: il difficile bilanciamento dei principi di autonomia e delle esigenze di unitarietà della finanza pubblica*](#) 1963
- [**Fulco Lanchester**, *Il Gran Consiglio del Fascismo e la monarchia rappresentativa*](#) 2036

IL PROBLEMA DEL PARTITO POLITICO TRA SCIENZA POLITICA E DIRITTO

- [**Oreste Massari**, *Partiti e parlamenti negli ordinamenti di democrazia pluralista*](#) 2055
- [**Giuseppe Vecchio**, *Crisi dei partiti e crisi del pluralismo*](#) 2076

NOTE E COMMENTI

- [**Maria Sofia Corciulo**, *Alle origini delle istituzioni parlamentari europee. A proposito del volume di Sandro Guerrieri*](#) 2092
- [**Luca Longhi**, *Riflessioni sulla certezza dei diritti*](#) 2097
- [**Maria Rita Magnotta**, *Prove di sovranità popolare ai tempi della democrazia recitativa*](#) 2110
- [**Jacopo Bernardini**, *Le prime Costituzioni sovietiche nel commento di Boris Mirkine-Guetzévitch*](#) 2120

LEGGE ELETTORALE E CONFLITTO DI ATTRIBUZIONE TRA I POTERI DELLO STATO

2133

[scritti di: Fulco Lanchester, Paolo Maddalena, Giampiero Buonomo, Stefano Ceccanti, Lorenzo Spadacini, Massimo Villone, Giovanni Serges](#)

CRONACHE COSTITUZIONALI DALL'ESTERO

- [FRANCIA: Paola Piciacchia, *La via francese delle riforme tra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*](#) 2174
- [GERMANIA: Astrid Zei, *La lunga fase preparatoria nell'ambito del procedimento di formazione del Governo*](#) 2191
- [GIAPPONE: Michele Crisafi, *Il IV Governo Abe nel solco della continuità*](#) 2201
- [ISRAELE: Enrico Campelli, *L'ordinamento israeliano tra simboli e diavoli*](#) 2208
- [POLONIA: Jan Sawicki, *Portata a compimento la riforma governativa della Corte suprema e dell'ordinamento giudiziario. La separazione del terzo potere appare ormai memoria del passato*](#) 2221
- [REGNO UNITO: Giulia Caravale, *Il rapporto governo-parlamenti ai tempi della Brexit e le nuove sfide per la Costituzione britannica*](#) 2230
- [RUSSIA: Ilmira Galimova, *La Russia si prepara alle elezioni presidenziali: come rendere le votazioni più credibili*](#) 2251
- [SPAGNA: Laura Frosina, *La deriva della Catalogna verso la secessione unilaterale e l'applicazione dell'art. 155 Cost.*](#) 2271
- [STATI UNITI: Giulia Aravantinou Leonidi, *La "constitutional trifecta" dei repubblicani ovvero quanto sono ancora democratiche le istituzioni americane. Alcune considerazioni a quasi un anno dall'insediamento di Donald Trump alla Casa Bianca*](#) 2292

CRONACHE COSTITUZIONALI ITALIANE

- [Marco Mandato e Giuliaserena Stegher, *L'esodo della XVII Legislatura: tra riforma della legge elettorale e scioglimento delle Camere, l'Italia verso il voto*](#) 2307

RASSEGNE CRITICHE, RECENSIONI E SCHEDE

Recensioni

- [Mario Altomare, *Recensione a R. J. Jackson, D. Jackson, *Canadian Government and Politics in Transition*, Toronto, Pearson, 2016, pp. 336*](#) 2339
- [Luca Bartolucci, *Recensione a F. Capriglione, R. Ibrido, *La Brexit tra finanza e politica. Le prospettive del processo di integrazione costituzionale Europa*, Milano, UTET, 2017, pp. 164*](#) 2346

- [Lucio Adalberto Caruso, Recensione a M. Volpi \(a cura di\), *Governi tecnici e tecnici al governo*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 152](#) 2356
- [Adriano Dirri, Recensione a K.K. Ahmed, *Umpiring a Federal System. The Ethiopian Choice in Comparative Perspective*, Tampfli Publishers, Friburgo, 2017, pp 272](#) 2362
- [Ilmira Galimova, Recensione a H. Hardman, B. Dickson, *Electoral Rights in Europe: Advances and Challenges*, New York, Routledge, 2017, pp. 252](#) 2366
- [Marco Mandato, Recensione a E. De Giorgi, *L'opposizione parlamentare in Italia: dall'antiberlusconismo all'antipolitica*, Bari, Carocci, 2016, pp. 148](#) 2373
- [Whyhton Ngouedi Marocko, Recensione a B. Mathieu, *Le droit contre la démocratie?*, LGDJ, Paris, 2017, pp. 304](#) 2376
- [Laura Pelucchini, Recensione a L. Ferrajoli, *Costituzionalismo oltre lo Stato*, Mucchi, 2017, pp. 80](#) 2385
- [Giuliaserena Stegher, Recensione a F. Bassanini –A. Manzella \(a cura di\), *Due Camere, un Parlamento. Per far funzionare il bicameralismo*, Firenze, Passigli editore, 2017, pp. 196](#) 2392

DOCUMENTAZIONE

A cura di Marco Mandato e Giuliaserena Stegher

Legge elettorale

A) Conflitto di attribuzione

- [Felice Besostri, Intervento](#)
- [Ricorso per conflitto di attribuzione nei confronti della legge n. 52 del 2015, recante “Disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati”](#)
- [Ricorso per conflitto di attribuzione nei confronti della legge n. 52 del 2015, recante “Disposizione in materia di elezione della Camera dei deputati”](#)
- [Ricorso per conflitto di attribuzione nei confronti della legge n. 165 del 2017, “Modifiche al sistema di elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica. Delega al Governo per la determinazione dei collegi elettorali uninominali e plurinominali](#)

B) Legge n. 165/2017

- [“Rosatellum bis”](#)
- [Tabelle suddivisione collegi elettorali](#)
- [232 collegi uninominali](#)
- [Schema decreto legislativo per elezioni Camera e Senato](#)
- [Istruzioni per la presentazione e l'ammissione delle candidature Ministero dell'Interno](#)

C) Scioglimento delle Camere e convocazione dei comizi

- [Decreto di scioglimento del Senato della Repubblica e della Camera dei Deputati](#)
- [Decreto di convocazione dei comizi per le elezioni della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica](#)

D) Regolamenti parlamentari

- [Proposta di modifica del Regolamento del Senato della Repubblica](#)
- [Resoconto stenografico della seduta n. 919 del 20/12/2017 relativo all'approvazione delle modifiche al Regolamento](#)

E) Partiti

- [Nuovo codice etico del Movimento 5 stelle](#)
- [Nuovo statuto del Movimento 5 stelle](#)
- [Regolamento per la selezione di coloro che saranno candidati nei collegi plurinominali e uninominali nelle liste per le elezioni politiche del 4 marzo 2018](#)

F) Cittadinanza

- [A.S. 2092 contenente disposizioni in materia di cittadinanza](#)
- [Note del Servizio studi del Senato della Repubblica sull'A.S. 2092](#)

G) Bilancio

- [Nota di aggiornamento del documento di economia e finanza 2017](#)
- [“Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2018 e bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020”](#)

H) Biotestamento

- [Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento](#)

I) Vitalizi

- [Disposizioni in materia di abolizione dei vitalizi e nuova disciplina dei trattamenti pensionistici dei membri del Parlamento e dei consigli regionali](#)



2017

INDICE PER AUTORI

ARTICOLI

- LUCA ALBINO, [Continuità e rottura come problema giuridico](#) in *Nomos* 2/2017, Saggi.....
- GIUSEPPE ALLEGRI, [Alle origini dell'infinita crisi repubblicana italiana, tra società politica e magistratura](#), in *Nomos* 2/2017, Saggi.....
- MARIO ALTOMARE [Recensione a R.J. Jackson, D. Jackson, Canadian Government and Politics in Transition, Toronto, Pearson, 2016, pp. 336](#) in *Nomos*, Rassegne Critiche, Recensioni e Schede 3/2017.....
- GIULIANO AMATO, [La Corte e le Corti. Riflessioni dall'interno](#), in *Nomos* 3/2017, Saggi.....
- [Tavola rotonda su 'Classe dirigente e procedimento costituente'](#) in *Nomos* 3/2017, Saggi.....
- GIULIA ARAVANTINO LEONIDI, ['America great again?' I primi mesi della presidenza Trump. Dalla campagna elettorale alla Casa Bianca – Cronache costituzionali gennaio-aprile 2016](#) in *Nomos* 1/2017.....
- [On the Edge of Crisis. Le ipotesi di crisi costituzionale e l'ombra dell'impeachment nei primi mesi della presidenza Trump](#) in *Nomos* 2/2017, Note e commenti.....
- [Trump unveiled. Luci e ombre dell'amministrazione statunitense: immigrazione, impeachment e war powers – Cronache costituzionali maggio-agosto 2017](#) in *Nomos* 2/2017.....
- [La "constitutional trifecta" dei repubblicani ovvero quanto sono ancora democratiche le istituzioni americane. Alcune considerazioni a quasi un annodall'insediamento di Donald Trump alla Casa Bianca – Cronache costituzionali settembre-dicembre 2017](#) in *Nomos* 3/2017.....

- VINCENZO ATRIPALDI, [Gaspare Ambrosini: “un politico con preparazione tecnica”](#), in *Nomos* 3/2017, Saggi.....
- LUCA BARTOLUCCI, [Recensione a L. Di Nucci, La democrazia distributiva. Saggio sul sistema politico dell'Italia repubblicana, Bologna, Il Mulino, 2016, pp. 225](#), in *Nomos* 1/2017, Rassegne Critiche, Recensioni e Schede.....
- [Recensione a F. Capriglione, R. Ibrido, La Brexit tra finanza e politica. Le prospettive del processo di integrazione costituzionale in Europa, Milano, UTET, 2017, pp. 164](#), in *Nomos* 2/2017, Rassegne Critiche, Recensioni e Schede.....
- MARCO BENVENUTI, [I rapporti tra la giurisprudenza costituzionale e le giurisdizioni comuni nella storia repubblicana \(ovvero dei problemi e delle prospettive del sindacato di legittimità costituzionale in via incidentale come sineddoche\)](#) in *Nomos* 1/2017, Saggi.....
- JACOPO BERNARDINI, [Le prime Costituzioni sovietiche nel commento di Boris Mirkine-Guetzévitch](#) in *Nomos* 3/2017, Note e commenti.....
- FELICE BESOSTRI, [Punti critici per un voto a tempi brevi](#), in *Nomos* 1/2017, Saggi.....
- SALVATORE BONFIGLIO, [Il contributo di Mortati nella fase costituente attraverso la prospettiva teorica e storica della Costituzione in senso materiale](#), in *Nomos* 3/2017, Saggi.....
- PAOLO BONINI, [Gorsuch after Scalia. Il procedimento di nomina e il pensiero del primo justice di Donald Trump alla Corte Suprema degli Stati Uniti](#), in *Nomos* 2/2017, Note e commenti.....
- FRANCESCO MARGIOTTA BROGLIO, [L'art. 7 della Costituzione e la “Divina Sapienza”](#), in *Nomos* 3/2017, Saggi.....
- FERNANDA BRUNO, [Egidio Tosato](#), in *Nomos* 3/2017, Saggi.....
- SANDRO BULGARELLI, [Carlo Chimenti funzionario e bibliotecario del Senato. \(Vitalità e destino della burocrazia parlamentare\)](#), in *Nomos* 2/2017, Saggi.....
- GIAMPIERO BUONOMO, [La zona franca e la legge elettorale: perché il conflitto endorganico chiude il cerchio](#), in *Nomos* 3/2017, Saggi.....
- ROBERTA CALVANO, [Influencing the public opinion or giving effective answers to the crisis? The EU perspective and the italian way](#) in *Nomos* 2/2017, Note e Commenti.....

ENRICO CAMPELLI, [Elezioni anticipate? Possibili scenari governativi e partitici – Cronache costituzionali gennaio-aprile 2017](#), in *Nomos* 1/2017.....

[Recensione a M. Knapp – A. Flatch – E. Ayboga, Revolution in Rojava. Democratic Autonomy and Women’s Liberation in the Middle East, London, Pluto Press, 2016, pp. 272](#), in *Nomos* 1/2017,
Rassegne Critiche, Recensioni e
Schede.....

[Le questioni irrisolte dell’ordinamento israeliano e il dibattito tra Stato e religione- Cronache costituzionali maggio-agosto 2017](#), in *Nomos* 2/2017.....

[A proposito di alcuni contributi sulla cittadinanza e sul caso israeliano](#), in *Nomos* 2/2017 Rassegne
critiche, Recensioni e Schede.....

[L’ordinamento israeliano tra simboli e diavoli - Cronache costituzionali settembre-dicembre 2017](#), in
Nomos 3/2017.....

GIULIA CARVALE, [Dalla sentenza Miller allo scioglimento della Camera dei Comuni – Cronache costituzionali gennaio-aprile 2017](#), in *Nomos* 1/2017.....

[European Union \(withdrawal\) Bill 2017-2019: un test decisivo per la tenuta del Governo May – Cronache costituzionali maggio-agosto2017](#), in *Nomos* 2/2017.....

[Il contributo di Vincenzo Gueli alla Commissione Forti](#), in *Nomos* 3/2017,
Saggi.....

[Il rapporto governo-parlamenti ai tempi della Brexit e le nuove sfide per la Costituzione britannica - Cronache costituzionali settembre-dicembre 2017](#), in *Nomos*
3/2017,.....

PAOLO CARNEVALE, [Leggendo in filigrana il comunicato stampa della Corte costituzionale del 25 gennaio scorso...sperando di non incorrere in allucinazioni. Note a prima \(non letture\) sulla decisione relativa alla legge 52 del 2015](#), in *Nomos* 1/2017,
Saggi.....

[Dialogando con Giuliano Amato in tema di dialogo fra Corti](#), in *Nomos* 3/2017, Saggi

LUCIO ADALBERTO CARUSO, [Recensione a P. Ridola, Stato e Costituzione in Germania, Torino, G. Giappichelli, 2016, pp. 149.](#), in *Nomos* 1/2017, Rassegne Critiche, Recensioni e
Schede.....

[Recensione a G. Bascherini, Il dovere di difesa nell’esperienza costituzionale italiana, Napoli, Jovene, 2017](#),
in *Nomos* 2/2017, Rassegne Critiche, Recensioni e
Schede.....

[Recensione a M. Volpi \(a cura di\), Governi tecnici e tecnici al governo, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 152.](#) in *Nomos* 3/2017, Rassegne Critiche, Recensioni e
Schede.....

- SABINO CASSESE, [Riflessioni sui miei studi sul fascismo](#), in *Nomos* 2/2017, Saggi.....
- [Tavola Rotonda su 'Classe dirigente e procedimento costituente'](#), in *Nomos* 3/2017, Saggi.....
- GIOVANNI CAVAGGION, [l'art. 138 Cost. in Assemblea Costituente. Procedimento ordinario di revisione costituzionale e partecipazione delle minoranze](#), in *Nomos* 2/2017, Saggi.....
- STEFANO CECCANTI, [Tre brevi riflessioni: motivazioni per il NO al ballottaggio, auto-applicatività garantita, modifiche opportune per un'armonizzazione ragionevole](#), in *Nomos* 1/2017, Saggi.....
- [Giovanni Leone costituente](#), in *Nomos* 3/2017, Saggi.....
- [Legge elettorale e i rischi di "benaltrismo costituzionale" nei ricorsi](#), in *Nomos* 3/2017, Saggi.....
- ATTILIO CELANT, [Amintore Fanfani](#), in *Nomos* 3/2017, Saggi.....
- AUGUSTO CERRI, [Introduzione al Convegno su Stato e istituzioni nel dopoguerra](#), in *Nomos* 1/2017, Saggi.....
- ENZO CHELI, [Gli organi costituzionali di controllo nella storia costituzionale repubblicana](#), in *Nomos* 1/2017, Saggi.....
- CARLO CHIMENTI, [Le Autorità indipendenti nell'evoluzione della forma di stato](#), in *Nomos* 2/2017, Saggi.....
- LUIGI CIAURRO, [Per una cattedra di Diritto parlamentare](#) in *Nomos* 1/2017, Note e commenti.....
- MARIA SOFIA CORCIULO, [Alle origini delle istituzioni parlamentari europee. A proposito del volume di Sandro Guerrieri](#), in *Nomos* 3/2017, Note e commenti.....
- MICHELE CRISAFI, [Il Giappone di Abe fra la crisi nordcoreana e il nodo legislativo dell'abdicazione dell'Imperatore Akihito - Cronache gennaio-aprile 2017](#), in *Nomos* 1/2017,
- [Sirene di allarme per la popolarità del Governo Abe – Cronache costituzionali maggio-agosto 2017](#), in *Nomos* 2/2017.....
- [Recensione a A. Di Martino, Le opinioni dissenzianti dei giudici costituzionali. Uno studio comparativo, Napoli, Jovene, 2016](#), in *Nomos* 2/2017, Rassegne Critiche, Recensioni e Schede.....
- [Il IV Governo Abe nel solco della continuità – Cronache costituzionali settembre-dicembre 2017](#), in *Nomos* 3/2017.....

- VALERIA DE SANTIS, [Iscrizione ai partiti politici, elettorato passivo e regime delle ineleggibilità per magistrati nel \(poco democratico\) sistema dei partiti](#) in *Nomos* 2/2017, Saggi.....
- UGO DE SIERVO, [Il ruolo dei giuristi alla Costituente](#), in *Nomos* 3/2017, Saggi.....
- GIUSEPPE DE VERGOTTINI, [Il ruolo del Presidente della Repubblica negli scritti di Giustino D'Orazio](#), in *Nomos* 1/2017, Saggi
- ILARIA DI GIOIA, [Uncooperative Federalism or Dinosaur Constitutionalism: the Affordable Care Act and the Language of States Rights](#), in *Nomos* 1/2017, Saggi.....
- ADRIANO DIRRI, [Recensione a C. Manga Fombad, Separation of power in african Constitutionalism. Stellenbosch handbooks in African constitutional law, Oxford University Press, 2016](#), in *Nomos* 2/2017, Rassegne Critiche, Recensioni e Schede.....
- [Recensione a K.K. Ahmed, Umpiring a Federal System. The Ethiopian Choice in Comparative Perspective. Tampfli Publishers, Friburgo, 2017, pp 272](#), in *Nomos* 3/2017, Rassegne Critiche, Recensioni e Schede.....
- MARIO DOGLIANI, [La Corte habermasiana di D'Orazio](#), in *Nomos* 1/2017, Saggi.....
- GIAN PAOLO DOLSO, [I controlimiti comunitari tra passato e presente](#), in *Nomos* 2/2017, Saggi.....
- MARIA ROSARIA DONNARUMMA, [L'indépendance de la fonction parlementaire, la séparation des pouvoirs et l'affaire "Fillon"](#), in *Nomos* 1/2017, Note e commenti.....
- ROBERTO D'ORAZIO, [La documentazione per la Costituente: prime note](#), in *Nomos* 3/2017, Saggi.....
- ROSANNA FATTIBENE, [Una riflessione sul biodiritto a partire dal dibattito italiano sulla diagnosi genetica preimpianto](#), in *Nomos* 1/2016, Note e commenti.....
- DANIELE FERRARI, [L'art. 7 della Costituzione e la "Divina Sapienza"](#), in *Nomos* 3/2017, Saggi.....
- SIMONE FERRARO, [Documentazione](#) in *Nomos* 1/2017, Saggi.....

- GIUSEPPE FILIPPETTA**, [Carlo Chimenti funzionario e bibliotecario del Senato. \(Vitalità e destino della burocrazia parlamentare\)](#), in *Nomos* 2/2017, Saggi.....
- ELISABETTA FRONTONI**, [Leale collaborazione, delegazione legislativa e modulazione degli effetti delle decisioni di illegittimità costituzionale: la Corte di fronte alla perdurante assenza di una seconda Camera delle Regioni](#), in *Nomos* 2/2017, Saggi.....
- LAURA FROSINA**, [Governare in minoranza. I complessi negoziati con i gruppi parlamentari e le autonomie territoriali – Cronache costituzionali gennaio-aprile 2017](#), in *Nomos* 1/2017,
- [Referendum, autodeterminació y transitorietat jurídica. La sfida delle istituzioni catalen all’ “indissolubile unità della nazione spagnola” – Cronache costituzionali maggio-agosto 2017](#), in *Nomos* 2/2017.....
- [Profili giuridici e aspetti problematici del referendum di secessione. Un’analisi comparata](#), in *Nomos* 3/2017, Saggi.....
- [La deriva della Catalogna verso la secessione unilaterale e l’applicazione dell’art. 155 Cost. – Cronache costituzionali settembre-dicembre 2017](#), in *Nomos* 3/2017.....
- ERIK FURNO**, [Pareggio di bilancio e diritti sociali: la ridefinizione dei confini nella recente giurisprudenza costituzionale in tema di diritto all’istruzione dei disabili](#), in *Nomos* 1/2017, Saggi.....
- ILMIRA GALIMOVA**, [Ad un anno dalle presidenziali: la Russia entra in una fase di turbolenza politica?-Cronache costituzionali gennaio-aprile 2017](#), in *Nomos* 1/2017,.....
- [Recensione a G. Azzariti, Contro il revisionismo costituzionale. Tornare ai fondamentali, Roma-Bari, Laterza, 2016, pp. 260.](#), in *Nomos* 1/2017, Rassegne Critiche, Recensioni e Schede.....
- [La Russia e l’imminente ciclo elettorale – Cronache costituzionali maggio-agosto 2017](#), in *Nomos* 2/2017.....
- [Recensione a P. Norris, A. Nai \(a cura di\), Election Watchdogs. Transparency, Accountability and Integrity, Oxford University Press, 2017](#), in *Nomos* 2/2017, Rassegne Critiche, Recensioni e Schede.....
- [La Russia si prepara alle elezioni presidenziali: come rendere le votazioni più credibili – Cronache costituzionali settembre-dicembre 2017](#), in *Nomos* 3/2017.....
- [Recensione a H. Hardman, B. Dickson, Electoral Rights in Europe: Advances and Challenges, New York, Routledge, 2017, pp. 252](#), in *Nomos* 3/2017, Rassegne Critiche, Recensioni e Schede.....
- TATIANA GALLOZZI**, [Legalità e legittimità costituzionale nel dopoguerra](#), in *Nomos* 2/2017, Saggi.....

- FORTUNATO GAMBARDELLA, [Diritto all'istruzione dei disabili e vincoli di bilancio nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale](#) in *Nomos* 1/2017, Saggi.....
- EUGENIO GAUDIO, [Giuseppe Caronia](#), in *Nomos* 3/2017, Saggi.....
- LUIGI GIANNITI, [La riforma del meccanismo europeo di stabilità. Un nodo critico nello sviluppo del processo di integrazione europea](#), in *Nomos* 2/2017, Note e commenti.....
- ALESSANDRO GIGLIOTTI, [Documentazione](#), in *Nomos* 1/2017.....
- STEFANO GRASSI, [La Costituzione siamo noi](#), in *Nomos* 1/2017, Note e commenti.....
- GIORGIO GRASSO, [Partiti politici europei e disciplina costituzionale nazionale](#) in *Nomos* 1/2017, Saggi.....
- ANDREA GRATTERI, [Genesi di un precedente: l'interpretazione delle elezioni a base regionale del Senato da parte del Presidente Ciampi](#), in *Nomos* 3/2017, Saggi.....
- MASSIMILIANO GREGORIO, [Vittorio Emanuele Orlando costituente](#), in *Nomos* 3/2017, Saggi.....
- PETER HÄBERLE, [La scienza jurídica europea come scienza de la cultura](#), in *Nomos* 1/2017, Saggi.....
- CHIARA INGENITO, [Recensione a F. Fabbrini, Economic governance in Europe – Comparative paradoxes and constitutional challenges, Oxford, Studies in European Law, 2016, pp. 329](#). In *Nomos* 1/2017, Rassegne Critiche, Recensioni e Schede
- FULCO LANCHESTER, [Il Corpo elettorale tra recessione del principio elettivo e ruolo delle Corti](#), in *Nomos* 1/2017, Saggi.....
- [La Corte e il voto: riflettendo su un comunicato stampa](#), in *Nomos* 1/2017, Saggi.....
- [Le ragioni di un ricordo](#), in *Nomos* 2/2017, Saggi.....
- [In ricordo di Mario D'Addio](#), in *Nomos* 2/2017, Ricordi.....
- [Introduzione](#), in *Nomos* 3/2017, Saggi.....
- [Il ruolo dello Studium Urbis nel periodo costituzionale transitorio](#), in *Nomos* 3/2017, Saggi.....
- [Il Gran Consiglio del fascismo e la monarchia rappresentativa](#), in *Nomos* 3/2017, Saggi.....
- [L'ipercinetismo e la giurisdizione](#), in *Nomos* 3/2017, Saggi.....

- SERGIO LARICCIA, [Arturo Carlo Jemolo... e Francesco Calasso](#), in *Nomos* 3/2017, Saggi.....
- LUCA LONGHI, [Riflessioni sulla certezza dei diritti](#), in *Nomos* 3/2017, Saggi.....
- ANDREA LONGO, ["Est modus in rebus": Modalità e contesto nella compressione dei diritti fondamentali a partire dalla sentenza della Corte costituzionale n. 122 del 2017](#), in *Nomos* 3/2017, Saggi.....
- ALBERTO LUCARELLI, [Alcune considerazioni in merito ai beni comuni tra sotto categoria giuridica e declinazione di variabile](#), in *Nomos* 2/2017, Saggi.....
- MASSIMO LUCIANI, [Un giroscopio costituzionale. Il Presidente della Repubblica dal mito alla realtà \(passando per il testo della Costituzione\)](#), in *Nomos* 1/2017, Saggi.....
- [A lezione di storia](#), in *Nomos* 1/2017, Saggi.....
- [La difficile linea di confine](#), in *Nomos* 3/2017, Saggi.....
- MARCO MACCHIA, [Massimo Severo Giannini nell'età costituente](#), in *Nomos* 3/2017, Saggi.....
- PAOLO MADDALENA, [Sovranità popolare e legge elettorale "rosatellum"](#), in *Nomos* 3/2017, Saggi.....
- GABRIELE MAESTRI, [Orizzonti di tecnica elettorale: problemi superati, irrisolti ed emersi alla luce della sentenza n. 35 del 2017](#), in *Nomos* 2/2017, Saggi.....
- MARIA ROTA MAGNOTTA, [Prove di sovranità popolare ai tempi della democrazia recitativa](#), in *Nomos* 3/2017, Note
- MARCO MANDATO, [Un quadrimestre in attesa. Il sistema istituzionale italiano tra fallimenti costituzionali e tentativi di rilancio](#), in *Nomos* 1/2017, Cronache costituzionali italiane.....
- [La mancata decadenza del Senatore Augusto Minzolini](#), in *Nomos* 1/2017, Cronache costituzionali italiane.....
- [Aspettando Godot: l'Italia tra mancate intese e utopici auspici](#), in *Nomos* 2/2017, Cronache costituzionali italiane.....
- [Recensione a R. Orrù, F. Bonini, A. Ciammariconi \(a cura di\), La rappresentanza in questione, Napoli, Esì, 2016](#), in *Nomos* 2/2017, Rassegne Critiche, Recensioni e Schede.....
- [L'esodo della XVIII legislatura: tra riforma della legge elettorale e scioglimento delle Camere, l'Italia verso il voto](#), in *Nomos* 3/2017, Cronache costituzionali italiane..

- Recensione a E. De Giorgi, L'opposizione parlamentare in Italia: dall'antiberlusconismo all'antipolitica, Bari, Carocci, 2016, pp. 148, in *Nomos* 3/2017, Rassegne Critiche, Recensioni e Schede.....
- Documentazione, in *Nomos* 3/2017.....-
- ANDREA MANZELLA**, Il Parlamento come organo costituzionale di controllo, in *Nomos* 1/2017, Saggi.....
- SERGIO MARCHISIO**, L'utilizzo delle categorie giuridiche del Diritto internazionale nel processo d'unificazione italiana, in *Nomos* 3/2017, Saggi.....
- ORESTE MASSARI**, Partiti e parlamenti negli ordinamenti di democrazia pluralista, in *Nomos* 3/2017, Lectio Magistralis.....
- GUIDO MELIS**, La tecnica e il meticciano, in *Nomos* 3/2017, Saggi.....
- ANTONELLA MENICONI**, Continuità e rottura nella magistratura come problema storico-istituzionale, in *Nomos* 1/2017, Saggi.....
- MACIEJ MIZEJEWSKI**, La crisi dell'ordine costituzionale in Polonia negli anni 2015 e 2016 e le sue conseguenze politiche, in *Nomos* 1/2017, Note e commenti.....
- RENATO MORO**, Aldo Moro, in *Nomos* 3/2017, Saggi.....
- WHYLTON NGOUEDI MAROCKO**, Recensione a B. Mathieu, Le droit contre la démocratie?, LGDJ, Paris, 2017, pp. 304 in *Nomos* 3/2017, Rassegne Critiche, Recensioni e Schede.....
- NAUSICA PALAZZO**, Bugie di carta: un argine penale al negazionismo, in *Nomos* 2/2017, Saggi.....
- ALESSANDRO PALMACCIO**, Brevi considerazioni sulle modalità di erogazione dei servizi sociali dopo l'entrata in vigore del correttivo al Codice dei Contratti e del Codice del terzo settore, in *Nomos* 3/2017, Saggi.....
- LAURA PELUCCHINI**, Diritto alla Privacy, data protection e costituzioni mute: la Corte Suprema indiana riconosce finalmente il diritto alla vita privata come inalienabile, in *Nomos* 2/2017, Note...
- Recensione a G. De Minico, Costituzione, emergenza e terrorismo, Napoli, Jovene, 2016, in *Nomos* 2/2017, Rassegne Critiche, Recensioni e Schede.....

- [Recensione a L. Ferrajoli, *Costituzionalismo oltre lo Stato*, Mucchi, 2017, pp. 80](#), in *Nomos* 3/2017, Rassegne Critiche, Recensioni e Schede.....
- PAOLA PICIACCHIA**, [Le elezioni presidenziali francesi e “les enjeux ouverts” delle elezioni legislative. Un nuovo test per la V Repubblica? – Cronache costituzionali dall’estero gennaio-aprile 2017](#), in *Nomos* 1/2017
- [Carlo Chimento studioso attento \(e talvolta disincantato\) del parlamentarismo italiano](#), in *Nomos* 2/2017, Saggi.....
- [Macron Presidente e la vittoria di LREM alle elezioni legislative: interrogativi e sfide del quinquennato – Cronache costituzionali dall’estero maggio-agosto 2017](#), in *Nomos* 2/2017.....
- [Perticone e il dibattito costituente](#), in *Nomos* 3/2017, Saggi.....
- [La via francese delle riforme tra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa – Cronache costituzionali dall’estero settembre-dicembre 2017](#), in *Nomos* 3/2017.....
- MARCO PODETTA**, [La proposta di riforma regolamentare all’esame del Senato. Gli inadeguati colpi di acceleratore di fine legislatura](#), in *Nomos* 3/2017, Saggi.....
- PAOLO POMBENI**, [Ripensare la Costituente](#), in *Nomos* 3/2017, Saggi.....
- GIOVANNA RAZZANO**, [Riflessioni su Emilio Betti, filosofo e costituzionalista, suo malgrado](#), in *Nomos* 1/2017, Saggi.....
- ANDREA RIDOLFI**, [La giurisdizione durante il regime costituzionale provvisorio e la sua valutazione nella giurisprudenza successiva](#), in *Nomos* 2/2017, Saggi.....
- SIMONA RODRIQUEZ**, [L’insindacabilità parlamentare nelle esperienze comparate e l’influenza della Corte di Strasburgo](#), in *Nomos* 2/2017, Saggi.....
- GIANCARLO ROLLA**, [La origen del amparo mexicano y la evolución de los institutos de tutela de los derechos fundamentales en el continente americano](#), in *Nomos* 1/2017, Lezioni Magistrali.....
- RENATO ROLLI**, [La giustizia amministrativa nella Costituzione del 1948](#), in *Nomos* 2/2017, Saggi.....
- RAFFAELE ROMANELLI**, [Tavola rotonda su ‘Classe dirigente e procedimento costituente’](#), in *Nomos* 3/2017, Saggi.....
- EMANUELE ROSSI**, [Le vicende e le attività del servizio studi della Corte costituzionale \(in ricordo di Giustino D’Orazio\)](#), in *Nomos* 1/2017, Saggi.....
- ANTONIO RUGGERI**, [Appunti per uno studio delle più salienti vicende della giustizia costituzionale in Italia](#), in *Nomos* 1/2017, saggi.....
- LIO SAMBUCCI**, [Corte costituzionale e armonizzazione dei bilanci pubblici: il difficile bilanciamento dei principi di autonomia e delle esigenze di unitarietà della finanza pubblica](#), in *Nomos* 3/2017, Saggi.....

- JAN SAWICKI, *Prosegue il deterioramento dello Stato di diritto, mentre il Governo subisce una prima sconfitta ad opera dell'Unione Europea – Cronache costituzionali dall'estero gennaio-aprile 2017*, in *Nomos* 1/2017.....
- La riforma tentata e poi (momentaneamente) rinviata dell'ordinamento giudiziario come tappa ulteriore dell'involuzione dei rapporti tra poteri - Cronache costituzionali dall'estero maggio-agosto 2017*, in *Nomos* 2/2017.....
- Portata a compimento la riforma governativa della Corte suprema e dell'ordinamento giudiziario. La separazione del terzo potere appare ormai memoria del passato - Cronache costituzionali dall'estero settembre-dicembre 2017*, in *Nomos* 3/2017.....
- EMILIANO SCIARRA, *Recensione a R. Miccú-D. Siclari, Advanced Law for Economics. Selected Essays, Torino, Giappichelli, 2014, pp. 270., in Nomos 1/2017*, Rassegne Critiche, Recensioni e Schede
- MARIA FRANCESCA SERRA, *Piero Alberto Capotost. Un'incursione nel diritto sportivo*, in *Nomos* 2/2017, Saggi.....
- GIOVANNI SERGES, *Prime riflessioni sul futuro della legislazione elettorale (in attesa delle motivazioni della Corte costituzionale)*, in *Nomos* 1/2017, Saggi.....
- Notazioni minime a margine del conflitto tra parlamentari e Camera*, in *Nomos* 3/2017, Saggi.....
- DOMENICO SICLARI, *La tutela del diritto ad un ambiente salubre tra attività prestazionale dell'amministrazione e vincoli di bilancio*, in *Nomos* 3/2017, Saggi.....
- MASSIMO SICLARI, *La sfiducia individuale negli scritti di Giustino D'Orazio*, in *Nomos* 1/2017....
- Prime considerazioni sul parziale accoglimento delle questioni di legittimità costituzionale sollevate nei riguardi della legge n. 52 del 2015, alla luce del comunicato emesso dalla Corte il 25 gennaio 2017*, in *Nomos* 1/2017, Saggi.....
- Per ricordare Carlo Chimenti*, in *Nomos* 2/2017, Saggi.....
- MARIO SIRIMARCO, *La riflessione sullo Stato e la sua crisi nel pensiero di Vezio Crisafulli*, in *Nomos* 1/2017, Saggi.....
- LORENZO SPADACINI, *Sull'ammissibilità dei recenti conflitti di attribuzione sollevati con riguardo alla legislazione elettorale*, in *Nomos* 3/2017, Saggi.....
- GIULIASERENA STEGHER, *Un quadrimestre di attesa. Il sistema istituzionale italiano tra fallimenti costituzionali e tentativi di rilancio - Cronache costituzionali italiane gennaio-aprile 2017*, in *Nomos* 1/2017
- L'elezione di Salvatore Torrisi alla Presidenza della I Commissione Affari Costituzionali del Senato*, in *Nomos* 1/2017.....
- Ripensare l'Europa. Brevi considerazioni sulle proposte in Italia per la riforma della governance europea nel 60° anniversario dalla firma del Trattato di Roma.*, in *Nomos* 1/2017, Rassegne Critiche, Recensioni e Schede.....

- Aspettando Godot: L'Italia tra mancate intese e utopici auspici – Cronache costituzionali italiane maggio-agosto 2017, in *Nomos* 2/2017.....
- Recensione a V. Lippolis, N. Lupo (a cura di), Il Parlamento dopo il referendum costituzionale, Il Filangeri Quaderno 2015-2016, Napoli, Jovene, 2016, in *Nomos* 2/2017, Rassegne Critiche, Recensioni e Schede.....
- L'esodo della XVII Legislatura: tra riforma della legge elettorale e scioglimento delle Camere, l'Italia verso il voto – Cronache costituzionali italiane settembre-dicembre 2017, in *Nomos* 3/2017.....
- Recensione a F. Bassanini –A. Manzella (a cura di), Due Camere, un Parlamento. Per far funzionare il bicameralismo, Firenze, Passigli editore, 2017, pp. 196, in *Nomos* 3/2017, Rassegne Critiche, Recensioni e Schede.....
- GIUSEPPE STORSILLO**, Recensione a F. Fornaro, Fuga dalle urne. Astensionismo e partecipazione elettorale in Italia dal 1861 ad oggi, Novi Ligure, Edizioni Epokè, 2016, pp.173., in *Nomos* 1/2017, Rassegne Critiche, Recensioni e Schede.....
- VITTORIO TEOTONICO**, La nuova dimensione “giuridica” dei processi economico-sociali. Brevi note su costituzionalismo (moderno), Costituzione (del '48) e costituzionalisti (d'oggi), in *Nomos* 1/2017, Saggi.....
- RAFFAELE TITOMANLIO**, Riflessioni sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti fra legalità “sostanziale”, legalità “procedurale” e funzione di regolazione, in *Nomos* 1/2017, Saggi.....
- LUCIANO VIOLANTE**, Tavola rotonda su “Classe dirigente e procedimento costituente”, in *Nomos* 3/2017.....
- GIUSEPPE VECCHIO**, Crisi dei partiti e crisi del pluralismo, in *Nomos* 3/2017, Lectio Magistralis.....
- MASSIMO VILLONE**, Legge elettorale dal conflitto politico al conflitto tra poteri, in *Nomos* 3/2017.....
- ASTRID ZEI**, L'arbitrato del caso: applicazioni del metodo del sorteggio nel Diritto pubblico, in *Nomos* 1/2017, Saggi.....
- La nuova giurisprudenza del Bundesverfassungsgericht sull'incostituzionalità dei partiti politici: a volte la democrazia non si difende – Cronache costituzionali dall'estero gennaio-aprile 2017, in *Nomos* 1/2017.....
- La politica monetaria della BCE di nuovo al vaglio del Tribunale Costituzionale Federale – Cronache costituzionali dall'estero maggio-agosto 2017, in *Nomos* 2/2017.....
- La lunga fase preparatoria nell'ambito del procedimento di formazione del Governo – Cronache costituzionali dall'estero settembre-dicembre 2017, in *Nomos* 3/2017.....

La ciencia jurídica europea como ciencia de la cultura**

di Peter Häberle**

(Traducción del alemán por Miguel Azpitarte Sánchez)

INTRODUCCIÓN

Este breve texto parte del desarrollo histórico de nuestra disciplina, que se construye en tres escalones, siempre desde una perspectiva cultural: la Teoría del Estado (H. Heller, 1934), la Teoría de la Constitución (mi propia propuesta de 1982) y, finalmente, la Ciencia Jurídica Europea, que he desarrollado en pequeños pasos, por ejemplo, “Europa in kulturverfassungsrechtlicher Perspektive” (1983), así como las siete ediciones de mi *Europäischen Verfassungslehre* desde 2001/02, ahora una octava, mejorada gracias a la ayuda de M. Kotzur.

Nuestra disciplina está en crisis. En parte por las cinco crisis políticas de la Unión (la financiera, el terrorismo, la guerra en Ucrania -¡entre miembros del Consejo de Europa!, la económica y la de los refugiados). Pero también porque estamos ante una “Unión cada vez más estrecha”, en una Europa “de dos velocidades”, y en la que nos preguntamos si queremos “más o menos” Europa, pero sin saber cómo alcanzar una Europa mejor. Nuestra única salida es esforzarnos en cultivar el optimismo científico, pese a que los límites de la ciencia europea nunca se habían sentido de una forma tan dolorosa. Me gustaría pensar que la comprensión de la ciencia como una “búsqueda eterna de la verdad” (tal y como dijo W. von Humboldt o el TCFA) nos llevará un poco más lejos. No olvidemos que Europa, un gran éxito hasta ahora, fue un proyecto visionario, fruto de importantes dosis de idealismo (nacido a partir de visiones religiosas, artísticas, científicas y políticas de distintas épocas y países). Por ello, sigue siendo necesaria la soledad y libertad del estudioso, la pasión del político europeo y, no menos, la del ciudadano europeo. Hace falta humildad para no dejarnos engañar por el dominio económico; la casa común europea debe sujetar las fuerzas (nacionales) en estampida.

PRIMERA PARTE: REPASO HISTÓRICO.

1) Historia del desarrollo.

Desde el punto de vista del desarrollo histórico, a partir de la Segunda Guerra Mundial, ha ido surgiendo una disciplina parcial, a resultas del esfuerzo de personas e instituciones que deben ser recordadas -en la historia de las ideas. Esta disciplina ya estaba presente en Abbé de Saint Pierre (1973) e I. Kant (1975)-. Ciertamente, la Ciencia Jurídica Europea todavía no existía en 1945, pero ya un puñado de grandes europeos estaban generando los preliminares, por ejemplo, el

* Relazione introduttiva tenuta al convegno “Los nuevos desafíos del constitucionalismo contemporáneo” l’11 maggio 2017 presso la Facoltà di Diritto dell’Università di Granada.

* Contributo sottoposto a double blind peer review

** Professore emerito di Diritto Costituzionale presso l’Università di Bayreuth.

Conde Coudenhove-Kalergi (Paneuropa), políticos como W. Churchill en su discurso de Zürich de 1946 (“los Estados Unidos de Europa” – antes Víctor Hugo, 1871), personalidades como A. Spinelli y el manifiesto de Ventotene, en esencia desarrollado por él, en favor de un Europa libre y unida (1941-43); R. Schuman, Jean Monnet, W. Hallstein y A. De Gasperi; más tarde también Ch. de Gaulle y K. Adenauer, así como H. Kohl (hoy no hay nadie de genio comparable a estas personalidades).

Europa se ideó como proyecto de paz después de dos grandes guerras y bajo la sombra criminal de su pasado colonial. Su desarrollo ha sido paulatino. Debe mencionarse el Tratado que creó el Consejo de Europa (1949), el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) y el Convenio cultural europeo (1954, cuyo preámbulo habla de la “cultura europea”, y en los artículos 1, 3 y 5 se habla de “un patrimonio cultural común”). Asimismo, en el Preámbulo del CEDH se declara “reafirmando su profunda adhesión a estas libertades fundamentales que constituyen las bases mismas de la justicia y de la paz en el mundo [...] Resueltos, en cuanto que Gobiernos de los Estados europeos animados de un mismo espíritu y en posesión de un patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto a la libertad y de preeminencia del Derecho (...)”. En el preámbulo de la constitución del Consejo de Europa (1949) aparecen como palabras claves “Reafirmando su adhesión a los valores espirituales y morales que son patrimonio común de sus pueblos y la verdadera fuente de la libertad individual, la libertad política y el imperio del Derecho, principios sobre los cuales se funda toda auténtica democracia” (en el mismo sentido artículo 1); en el Tratado de Maastricht de 1992, su preámbulo, respecto a los pueblos, se dispone que se observará su “historia, cultura y tradiciones”. Fueron textos audaces y de un sentido profundo, que han llegado a convertirse en “textos clásicos de la vida constitucional”.

Luego vino la Comunidad Económica del Carbón y del Acero (1951) y el Tratado de Roma (1957), cuyo espíritu no se hace evidente en su texto, sino que necesita una interpretación cultural. De hecho todavía en la década de los cincuenta, las clases de derecho en Tubinga, Bonn o Friburgo, prescindían del TEDH. Es cierto que ya existían personalidades como P. Koschaker y F. Wieacker, que fueron “juristas europeos”, invadidos por lo más profundo de la historia cultural europea. Trabajaron sobre los fundamentos jurídico-culturales de Europa, en especial en el ámbito del derecho privado y de algún modo actualizaron el derecho común que venía del derecho romano. En esta tradición se insertaría el CEDH o el ya citado Tratado cultural. Y en la misma línea, el “pensamiento de Friburgo”, partiendo de la Constitución (K. Hesse) alcanzó un lugar principal y todavía hoy es ejemplar el modo en el que los “Grundzüge” de K. Hesse (publicados inicialmente en 1968) estructuraron la Ley Fundamental. Después, poco a poco, llegaron al campo científico las Comunidades Europeas y con ellas el Derecho Europeo. Fueron pioneros H.P. Ipsen y la Escuela de Hamburgo, con su segunda y tercera generación, con G. Nicolaysen, E. Grabitz y hoy A. Hatje. En la práctica de Estrasburgo, J.A. Frowein fue influyente desde muy pronto. Los tribunales europeos de Estrasburgo y Luxemburgo fueron ganando estatura, fuerza normativa y autoridad, hasta el punto de que hoy los deberíamos identificar como “tribunales constitucionales”, puesto que, al igual que el Derecho Europeo, van generando momentos constitucionales.

Hoy tomamos por clásica la expresión de H. Conig, “de Bolonia a Bruselas” dicha en el “*annus mirabilis*” (1989). Van surgiendo muchos científicos europeos, tanto en el interior como en “el extranjero”, aunque ciertamente el término “extranjero” no es el más preciso por referencia a los otros países de Europa. Los grupos científicos que se han desarrollado en Italia, España y Portugal (bien comunicados por su cercanía lingüística) han aportado muchas ideas. En Alemania hallamos ya incluso algunas disciplinas (*venia legendi*) como el Derecho Europeo, el Derecho Penal Europeo (U. Sieber en Friburgo), y por encima de todo el Instituto Max-Planck (ha de citarse el *Handbuch Jus publicum Europaeum* de A. Bogdandy y P.M. Huber) y P. –Ch. Müller-Graff en Heidelberg. Se trata de fundamentos institucionales con fuertes vínculos personales que todavía hoy cuentan: cátedras de Derecho europeo, el Colegio de Europa en Hamburgo, las Cátedras Jean Monnet, el Colegio de Europa en Brujas con su anexo en Natolin, algunas revistas como EuR, EuGRZ, el *Zeitschrift für europäisches Privatrecht* y la *Europäisches Wirtschaftsrecht*. Sin olvidar las grandes decisiones europeas del TCFA o de otros tribunales como el de Madrid o Brno. Habrían de ser suficientes palabras claves como Maastricht, Lisboa u OMT. Por otro lado, el Tribunal de Justicia ha sobrepasado al derecho constitucional nacional y, pese a las críticas de algunos autores, ha actuado de forma pretoriana en el sentido clásico.

Pero no caigamos en la autosatisfacción: hay ejemplos históricos que muestran la muerte de disciplinas científicas enteras (por ejemplo, desde 1989 ya no hablamos del “Derecho del Este”). La pregunta clave sigue siendo la misma: cuándo y cómo surgen las disciplinas científicas (¿por elementos personales/institucionales, en razón de crisis, fenómenos inesperados, revoluciones, cambios culturales?).

2) En especial: la política europea y la dogmática jurídica.

En primer lugar, debe distinguirse entre el Derecho Europeo en sentido estricto, referido al Derecho de la Unión, y en sentido amplio, relativo al Consejo de Europa y a la OCDE (1975). Debemos también recordar la vieja tesis que considera la Ley Fundamental, en el contexto del Derecho Constitucional Europeo, una Constitución parcial (2001). De manera recíproca, los Tratados como el CEDH son Constituciones parciales, en atención a su alto valor y los años de vigencia. Circunstancia que es hoy aún más válida frente a las dolorosas tendencias de renacionalización (“deconstitucionalización”). El TEDH, en consecuencia, responde a la lógica de un Tribunal Constitucional (parcial), algo que también se puede decir para el Tribunal de Justicia de Luxemburgo, dada su actual atribución competencial.

La política europea y la dogmática jurídica del Derecho Europeo están en estrecha conexión, que se refleja en algunos hitos principales. Antes de nada, el llamado “Derecho Constitucional europeo nacional”, esto es, el sorprendente y creativo “artículo europeo” de muchas Constituciones. Lo encontramos en la Ley Fundamental (Preámbulo, art. 23, 24.1, 52.3.3ª) y en las Constituciones de los Länder más antiguas, como Baviera (art. 3a, del año 1946/2003), Baden-Württemberg de 1953/2000 (en su preámbulo “Europa de las regiones”), el preámbulo de Brandeburgo de 1992 “dentro de una Europa unida”; el art. 12 de la Constitución de Sajonia de 1992, “una Europa que crece unida”. Sin olvidar los numerosos artículos sobre Europa en los Estatutos regionales de España e Italia. Por ejemplo, el art. 1.2 y 3 del Estatuto de Apulia de

2004; art. 1.1 del Estatuto de la Calabria de 2004; art. 32.1 del Estatuto de la Marca de 2005; el preámbulo del Estatuto de Emilia-Romaña de 2004; el art. 1.4 de la Umbría de 2005; art. 4 del Estatuto del Abruzzo de 2007 y el art. 6 del Estatuto de la Lombardía de 2008. En España podemos citar particular los Estatutos de Cataluña y Andalucía, con más de cincuenta referencias a Europa, así como el art. 1.4 del Estatuto de Valencia (2006) el preámbulo del Estatuto de Aragón (2007); el art. 13.1 de Baleares (2007), e incluso el art. 1.2 de Castilla y León (2007), que afirma la condición de “Región de Europa”. Todos estos ejemplos prueban que a partir de pequeñas unidades políticas -Länder, Regiones, Municipios- se construye Europa desde un punto de vista político y jurídico. Se trata, sin duda, de una Europa cultural y es de lamentar que los trabajos científicos no hayan atendido lo suficiente a estos procesos. Por decirlo de algún modo, esta Europa que crece desde abajo (dicho de otro modo, desde el principio de subsidiariedad) protege el humus cultural de Europa en todas sus facetas. La Europa vivida se manifiesta cotidianamente, por ejemplo, en el Programa Erasmus o en el himno y la bandera europea, símbolos estos dos últimos, que encontramos en todos lados pese a que carecen de un específico fundamento legal – la cultura, como la lengua, alimenta la vida colectiva, el “Nosotros, el pueblo”. La ciencia, aquí, como suele ocurrir, interviene a posteriori. Así, en 1991, se empezó a trabajar con el concepto de “Derecho constitucional común europeo”, y J. Schwarze fue pionero en tratar el Derecho Administrativo europeo. En cualquier caso, en este campo también se hace evidente que la labor científica no es apolítica, y que nunca es fácil la distinción entre Derecho Constitucional y política.

SEGUNDA PARTE: LA CIENCIA EUROPEA HOY Y AQUÍ

1. Métodos, contextos, ideas centrales, dogmática y judicatura.

La Ciencia Jurídica necesita métodos pensados a conciencia y de manera específica, es decir, se han de abrir caminos de conocimiento con personas e instituciones que los practiquen con fe. En cualquier caso, la ciencia es “una búsqueda eterna de la verdad” y por ello precisamente ha de ser una ciencia cultural. Se trata de abrir caminos de conocimiento reflexivos, como, por ejemplo, los cuatro o mejor cinco métodos interpretativos (recuérdese la doctrina del Derecho comparado como “quinto método interpretativo”), con controles judiciales ex post, una fina sensibilidad para con el contexto (tal y como se advirtió en 1979), así como la manifestación de la precomprensión y el método interpretativo, en el sentido de J. Esser. Debe usarse una dogmática “que sirva” y orientada con sinceridad a las teorías e ideas directrices (idées directrices, en el sentido de M. Hauriou, recibido en Alemania en 1962). Grandes ejemplos de estas ideas directrices podrían ser la doctrina del deber de protección o el feliz concepto de la “responsabilidad de integración”.

En este sentido, el Tribunal de Justicia profundizó y enriqueció el concepto de ciudadanía europea, que es al mismo tiempo un logro político y jurídico europeo. Recuérdese también la creación conceptual de la “Staatenverbund (P. Kirchhof y el TCFA) en referencia a la Unión, luego desarrollado a través de la idea de “Verfassungsverbund” (de I. Pernice). Tales conceptos claves, “invenciones jurídicas”, en el sentido de H. Dölle, sellos lingüísticos o “conceptos hitos” son irrenunciables para la ciencia viva al servicio de la justicia. Vistos desde una perspectiva más

profunda, son expresiones culturales, conducen a una cultura jurídica europea plural y merecen la mejor valoración incluso en situaciones críticas como la actual.

Europa como Comunidad constitucional en formación (2000), que encierra la esperanza de un sentimiento de comunidad, es otro buen ejemplo de la búsqueda de un espacio público europeo y del interés europeo. Desde hace décadas se ha emprendido una conversación cultural en torno al interés general; dentro de ella, desde hace mucho crítico sin éxito la metáfora dominante que afirma la existencia “de un sistema de diversos niveles” porque manifiesta una concepción jerárquica. Ni siquiera en el Estado federal, la Federación se encuentra arriba y los Estados abajo. Por lo demás, debemos distinguir entre la Ciencia europea en plural (que incluye la política, la economía y la historia) y la Ciencia jurídica europea, que igual que las anteriores está orientada como una concepción cultural de Europa. Por “cultura” entendemos lo hecho por las personas, en contraposición a la naturaleza. La cultura es la “segunda creación”.

2. Géneros nacionales y “extranjeros”. La praxis pretoriana.

El Derecho Europeo recibe tratamiento científico a través de una variedad de géneros que se comunican entre ellos con todo tipo de intensidad. Existen manuales, tratados, monografías, introducciones, análisis jurisprudenciales, comentarios y libros homenajes. Alemania es un ejemplo de primer nivel. Están los manuales, con sus numerosas ediciones, de R. Streinz, T. Oppermann, y más recientemente el de M. Herdegen; facilitan una primera lectura a la vez que estimulan reflexiones ulteriores. Hay mucha bibliografía sobre el método del Derecho Europeo (los métodos pueden iniciarse como un esfuerzo artesano y llegar a ser un arte), sobre el Derecho Económico Europeo, el Derecho Procesal Europeo (Ch. Hillgruber/Ch. Goos), el Derecho Penal Europeo y el Derecho Privado Europeo. También la mirada al exterior es fructífera. En Portugal han de citarse los trabajos de J. Miranda, J. Gomes Canotilho y Fausto de Quadros, en Italia los de P. Ridola, F. Lanchester, A. D’Atena, S. Gambino, entre otros, en Grecia D. Tsatsos y en España el círculo en torno a F. Balaguer, en especial la *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. Respecto a los jueces europeos en Luxemburgo han de citarse: U. Everling, V. Skouris y M. Zuleeg. W. von Simson supo ligar de manera especialmente brillante la praxis (abogado en Luxemburgo) y la ciencia. La famosa doctrina sobre los derechos fundamentales como “principios generales” (una prueba del *numerus apertus* de las fuentes del derecho) comenzó con P. Pescatore y hoy, en el sentido de los paradigmas textuales, la encontramos en el artículo 6 TUE. W. Hallstein fue uno de los primeros juristas europeos de nuestro tiempo, y con todo acierto, I. Pernice nombró su Instituto en Berlín en honor a este primer presidente de la Comisión.

TERCERA PARTE: LA CIENCIA EUROPEA COMO CIENCIA DE LA CULTURA, SU CONCRETIZACIÓN.

1. El punto de partida.

El clásico trabajo de H. Heller sobre la Teoría del Estado como Ciencia de la cultura nunca estará sobrevalorado. Yo me quiero alzar sobre los hombros de este gigante, más aún cuando la

actualidad de esta propuesta científico-cultural se ha visto reafirmada por el Tribunal Penal Internacional al declarar como crimen de guerra la destrucción de la ciudad de Tombuctú por parte de los islamistas de Ahmad al Faqi al Mahdi. De este modo tan espectacular, el derecho internacional también ha cobrado una dimensión científico-cultural (los documentos de la Unesco van en el mismo sentido).

Mi propuesta científico cultural del año 82 alcanza su formulación más específica en el párrafo que dice (p. 19): “solo con descripciones jurídicas, textos, instituciones y procedimientos no se logra nada. La Constitución no solo es orden jurídico a interpretar según las viejas y nuevas reglas jurídicas; también es una guía para los ciudadanos. La Constitución no es tan solo un texto jurídico o un conjunto de reglas, sino expresión de una situación cultural en desarrollo, es un medio para la autocomprensión cultural del pueblo, espejo de su herencia cultural y fundamento de sus esperanzas. La Constitución vivida como obra de todos los intérpretes constitucionales de la sociedad abierta es el medio y la expresión de la cultura, el marco para la reproducción cultural, recepción y silo de las tradiciones culturales, experiencias, acontecimientos, sabidurías”. Afirmaciones que se sintetizan de manera hermosa, en la paráfrasis de Heller sobre la imagen de Goethe, la Constitución es “forma acuñada que se desarrolla a través de la vida”.

A la luz de los interrogantes que presentan los ejemplos actuales, lo más importante es saber qué aportan una Ciencia jurídica europea como ciencia de la cultura y una Europa culturalmente abierta. Pero antes un inciso sobre la específica comprensión cultural de los derechos fundamentales. Sin duda son derechos subjetivos públicos, pero igual de importante es tener en cuenta que son un producto cultural fruto del uso de la libertad. El ejercicio de los derechos fundamentales también es cultura. Esto no siempre se subraya adecuadamente, aunque está claramente presente en la comprensión institucional de los derechos fundamentales (1962). La religión, la educación, la ciencia, individual y colectivamente, son “creaciones”, “obras” irrenunciables (palabra clave: función cultural de los derechos fundamentales).

2. Cuestiones científico-culturales y sus consecuencias.

Comencemos con el concepto abierto de cultura, sea para ligarlo a su contenido o a su geografía. Debe recordarse la diferencia entre la alta cultura (la triada ilustración, ciencia y arte, por encima de la religión como comienzo de la dignidad humana), la cultura popular (por ejemplo, Suiza y Baviera) y la cultura alternativa (los Beatles, que luego se han convertido en alta cultura, como ahora Bob Dylan). En el caso europeo se debe partir siempre de un concepto de cultura plural y abierta. Los distintos textos jurídicos que ya se han citado, nos dan desde hace mucho pistas en este sentido. ¿Definimos Europa como un concepto cultural antes que histórico?, ¿usamos las dos aproximaciones?, ¿es Anatolia Europa?, fue la pregunta que en el año 2000 nos formuló W. Graf Vitzthum. ¿En qué medida pertenece Rusia a Europa? Llegados a este punto es oportuno recordar la teoría de los tres o cuatro elementos del Estado, incluso si Europa es una “Comunidad constitucional”, pero no un Estado. Desde la definición de G. Dürig sobre la cultura como cuarto elemento, yo he ido más allá hasta considerarla el primer elemento configurador del Estado. El concepto de “Comunidad constitucional”, que se ha ido desarrollando en pequeños pasos, encontró su primer apoyo en W. Hallstein (conscientemente él usó el término “comunidad”).

Europa posee fronteras relativamente abiertas, como han demostrado las sucesivas ampliaciones. La invulnerabilidad de las fronteras fue en la Europa posterior a 1945 garantía de la paz. Rusia, con la invasión de Crimea ha vulnerado este principio. Aunque también soy escéptico respecto a la asociación de Ucrania con la Unión e incluso frente a una entrada de Ucrania en la OTAN, puesto que han de tenerse en cuenta las necesidades de seguridad de Rusia. Sería suficiente si Ucrania (con una organización cuasi federal) mantuviese un estatus neutral al estilo de Austria, incorporándose a medio plazo a la Unión. Sea como fuere todas estas cuestiones difícilmente se pueden responder en términos geográficos. Yo, desde luego, no tengo la respuesta. Nos encontramos en la frontera del conocimiento científico, incluido de la Ciencia europea como ciencia de la cultura. Incluso siendo alemán, tengo que reconocer mi impotencia.

Querría hablar ahora del sugerente papel de los preámbulos, entendidos desde la aproximación científico cultural. Es posible crear una teoría sobre los preámbulos desde Europa (yo la desarrollé primero para el Estado constitucional en 1982). Los preámbulos, antes de nada, dan forma a un texto cultural (pensemos por ejemplo en el sudafricano, el polaco o el tunecino). Son musicales y hemos de tomarlos en serio en cuanto que formato de la narrativa europea (basta recordar la referencia al “espíritu” en el preámbulo del CEDH). Los preámbulos profundizan en la historia, esbozan el presente y ofrecen expectativas de futuro, son cercanos al ciudadano en virtud del lenguaje ceremonioso que utilizan. A ellos, se les han de añadir los densos artículos sobre Europa en los distintos contextos de la Federación y los Länder, o en los Estatutos regionales de Italia y España. Muchos de los preámbulos europeos son expresión del “principio esperanza” o de utopías concretas. Por ello, en los tiempos actuales de crisis, deberíamos estar atentos a ellos. Sus términos esenciales son libertad, paz, Estado de derecho, democracia, bienestar y educación. Sin duda, merece la pena referirnos al preámbulo del TUE que remite al patrimonio cultural, religioso y humanista de Europa, así como a su historia, cultura y tradiciones; todo ello sin olvidar los fines y valores de la Unión recogidos en los artículos 2 y 3. Concretamente el artículo 167 del TFUE dispone: “La Unión desarrollará una política de formación profesional que refuerce y complete las acciones de los Estados miembros, respetando plenamente la responsabilidad de los mismos en lo relativo al contenido y a la organización de dicha formación” (en el apartado segundo se habla de “la mejora del conocimiento y la difusión de la cultura y la historia de los pueblos europeos” y del patrimonio cultural de importancia europea”. En el apartado la palabra clave es “la diversidad de sus culturas”).

En relación con el espacio público europeo como cultura, conviene recordar las palabras de Goethe: “Quien tiene ciencia y arte, tiene religión, quien no tiene ninguna de esas dos, tenga religión”. La religión, el arte y la ciencia, esto es, lo que lleva de la producción a la obra de arte, dan la forma de lo que hoy es Europa. En todas las naciones han existido épocas doradas o clásicas, que han generado la pluralidad de Europa. En este sentido, no es necesario pensar las libertades fundamentales antes citadas solo desde un prisma subjetivo, puesto que también hemos de analizarlas como resultados culturales, obras, innovaciones, cristalización. Han hecho de Europa un continente de la pluralidad en el específico sentido cultural. Son capitales de la cultura europea Atenas, Roma, Chartres, París, St. Petersburgo, Londres, Madrid, Granada (en virtud de su patrimonio islámico), Ámsterdam, Viena, Budapest, Basilea y Berlín (sin olvidar el título de capitalidad europea, que fue una feliz idea de Melina Mercuri). En muchos de los textos citados

se refleja lo dicho y al menos desde 1983, se ha de hablar de Europa en una “perspectiva cultural”. El espacio público europeo supone la actualización de esta pluralidad cultural. Lamentablemente, el día a día se llena de escándalos políticos. Pero la libre circulación de personas es un vehículo para la intercomunicación cultural en Europa. Por eso es tan doloroso el Brexit, que podríamos calificar como *Brexodus*, ¿Habrá un Brexit duro?

Son necesarias algunas observaciones respecto al Brexit, también en una perspectiva científico-cultural. En mi opinión el Brexit es algo más que un accidente, es un desastre, una pérdida cultural de primer rango. ¿Ha nacido una pequeña Europa? ¿Se iniciarán reformas críticas de la UE (con más subsidiariedad, más solidaridad, integración diferenciada? Sin duda, el Reino Unido debe permanecer siendo una parte de Europa en sentido amplio, un miembro vital del Consejo de Europa y del CEDH. Respecto a la salida, las dos partes se están perdiendo en una cuestión de dinero, casi al modo de vulgares tenderos; apenas se discuten elementos culturales. Pero la pérdida para el continente es muy alta. Desde el punto de vista cultural hemos de realzar el pragmatismo británico, su experiencia como vieja potencia mundial, la Commonwealth, el arte de Shakespeare, la vida musical de Londres en los siglos diecisiete y dieciocho, sus compositores como E. Elgar o B. Britten, las pinturas de W. Turner, la novela del diecinueve (J. Austen) e incluso las novelas de A. Christie, algunas manifestaciones deportivas, el humor británico pese a su aburrida comida, el inglés como *lingua franca*, que después de la salida ya no será lengua oficial aunque se hable en Irlanda y Malta.

El Reino Unido es la madre de la democracia parlamentaria como “democracia cultural”; hemos de recordar la gran tradición del common law, y la especial posición del juez, incluidos sus rituales, encabezados por su Reina. Podríamos pensar en modelos de asociación como Noruega, Suiza o Turquía. Hasta ahora solo Groenlandia y Argelia habían sido ejemplos de la salida de la Unión. El artículo 50 del TUE, en términos científicos todavía no se ha cerrado. Y existen problemas derivados como la relación de Escocia (que quizá pida un nuevo referéndum de independencia) e Irlanda del Norte. Estamos ante problemas sin fin; son máximas las exigencias para la Ciencia jurídica europea. Los tribunales y la doctrina deben trabajar duro para mantener al Reino Unido lo más cerca posible, y conservar al menos un mercado interior. Y pese a que la economía también es vehículo de la cultura, los problemas económicos son solo una parte de la cuestión. Europa es antes cultura que mercado. Los medios, con razón, nos informan de una crisis cultural de la economía, que se ha convertido en un fin en sí mismo y se ha orientado a un crecimiento sin límites. ¿Es el euro una historia de éxito? ¿Existen mentalidades distintas entre el norte y el sur? ¿Ahorramos nosotros y gastan ellos?

Otro reto de la Unión que proviene del exterior es Turquía. Sin duda, pertenece a Europa en sentido amplio, en tanto que miembro del Consejo de Europa y del CEDH, pero se discute su ingreso en la Unión. Hace cuatro años se hablaba de una “cooperación privilegiada”. Hoy, sin embargo, se discuten puntos esenciales del ingreso. Estamos en una nueva fase cualitativamente distinta por dos razones. De un lado, Europa se ha hecho dependiente de Turquía en razón de la crisis de los refugiados; irónicamente podría decirse que en 1864 los turcos se sublevaron frente a Viena y fueron vencidos (con la ayuda de los polacos), pero hoy es la Unión la que está en manos de Turquía en lo que se refiere a los refugiados. Por otro, el golpe de Estado en Turquía

de julio de 2016 tuvo como consecuencia un contragolpe del Gobierno de Erdogan. Miles de jueces, de científicos, de periodistas e incluso soldados fueron suspendidos y condenados. Es obvia la vulneración del principio de división de poderes y del Estado de derecho democrático; a lo que hay que añadir la guerra contra los turcos en su propio país. La recuperación de la pena de muerte sería contraria al CEDH, aunque la situación de excepción encuentra su sostén en el artículo 15 del CEDH. Es innegable que la historia de Turquía nos ofrece grandes logros en el ámbito arquitectónico, en la pintura o en la literatura (pensemos en la “Marcha turca” o “El rapto del Serrallo” de Mozart –un claro enriquecimiento fruto del contacto con otras culturas). La cuestión, sin embargo, es entender el modo de actuar de la Unión, también en su dimensión cultural. Pensemos también en las sociedades turcas dentro de Alemania o Francia, formadas por trabajadores que en los inicios fueron muy bien recibidos.

Es indiscutible el fracaso de la Unión en la crisis de los refugiados, tal y como he manifestado en otras ocasiones. Si no se acomete una protección segura de sus fronteras exteriores, será imposible un reparto equilibrado de los refugiados entre los 27 Estados miembros (afortunadamente ha fracasado el referéndum en Hungría de 2016). “La confusión entre Dublín y Schengen” es un lío incluso para los expertos. ¿Es posible un derecho único para los refugiados y solicitantes de asilo? Italia se ha quedado sola a menudo, pese al Frontex. Falta tanta solidaridad como acción común (J.-C. Juncker ha sido desilusionante). ¿Es suficiente el llamado proceso de Bratislava, bastan los logros que se han alcanzado en materia de seguridad interior y exterior, migración y refugiados, con sus políticas de crecimiento e inversión? El mar Mediterráneo es el mar de la muerte para muchos, y ha perdido a corto plazo su condición de “mare nostrum” o “mare constitucionale”. Pero también es cierto que la identidad cultural europea se inunda en interrogantes, cuando millones de refugiados de otros círculos culturales llegan cada año (aunque no podemos olvidar, por ejemplo, la riqueza que han aportado a la cultura alemana hugonotes y polacos). No hay tiempo para tratar otras cuestiones específicas del derecho de asilo en Alemania, aunque cabe dejar algunas palabras claves: una pérdida puntual del control sobre las fronteras, la falta de una diferencia entre los solicitantes de asilo y los migrantes (para estos segundos sí cabe una regulación mediante la reserva de ley), la relevancia constitucional de las “fronteras” y el territorio estatal como elemento culturalmente determinado). El artículo 16 de la Ley Fundamental, dogmáticamente puede configurarse como un derecho de prestación bajo la reserva de lo posible, en el sentido de la conceptualización que se fijó en los debates de Ratisbona (VVDStRL 30 (1972), p. 43 (107 y ss., 114, 139 y ss-).

El Islam es el último punto en discusión en relación a las exigencias que se imponen sobre el pensamiento de naturaleza cultural. Deberíamos discutir las situaciones jurídicas en los distintos Estados miembros de la Unión y más allá de ésta. La prohibición del burka en Francia ha sido aceptada por Estrasburgo. Alemania se encuentra ante la pregunta de determinar si han de prohibirse al menos parcialmente las vestimentas que cubren todo el cuerpo, al menos allí donde mostrar el rostro es necesario para una correcta comunicación. En mi opinión, en Alemania sería admisible una prohibición parcial del Burka en la calle, en los tribunales, en la escuela o en las oficinas de la administración pública. Seguiremos discutiendo con intensidad. Pese a la pasión y respeto por Oriente, debemos recordar las palabras de Goethe y F. Rückert: ¿pertenece el Islam verdaderamente a Europa?, ¿pertenece los musulmanes a Alemania?, ¿puede haber un Islam

ilustrado?, ¿puede haber un Islam alemán? (tal y como afirma W. Schäuble). ¿Es suficiente la tesis que sostiene que la Ley Fundamental recoge la esencia de la cultura alemana?

CONCLUSIÓN

El esfuerzo acometido en estas páginas, a saber, comprender Europa desde un punto de vista cultural, arroja solo una parte de la verdad. Otras perspectivas, sea desde la economía o desde el derecho positivo, también reclaman su posición. La proposición cultural no es una “comprensión mundial”, una “teoría general; más bien se ha de incluir en el modelo teórico de Popper, por más que este no haya fundado su famosa “sociedad abierta” desde un punto de vista cultural. Conscientemente he buscado las zonas problemáticas que son hoy para Europa dramáticamente actuales. Quizá esté demasiado presente el aspecto de la crisis, pero no quería dejar a un lado las dificultades que se agolpan frente a los juristas. Al menos a vista de pájaro, es indudable que la cultura Europea se diferencia de la cultura asiática, africana o latinoamericana, siendo muchos, no obstante, los puentes entre Europa y Latinoamérica. Y no es menos cierto que junto a la identidad europea encontramos las identidades nacionales. He de reconocer que no he citado todos los ámbitos en crisis: por ejemplo, los procesos pendientes frente a Polonia (donde curiosamente el derecho constitucional procesal es “derecho constitucional concreto” que se utiliza contra la propia Constitución, en especial el principio de división de poderes y el Estado de derecho), o la reunificación de Chipre. Desde mi punto de vista la subsidiariedad y la solidaridad, la Unión como comunidad de paz y de derecho son todavía los conceptos esenciales. Pero todos han de tener claro hacia adónde vamos. Europa siempre ha sido reformable. Una política de integración diferenciada quizá sea el futuro. Me gustaría quedarme con la siguiente precomprensión: la imposibilidad de renunciar al optimismo científico en relación con la “casa abierta” de Europa, que a su vez ha de luchar mediante métodos culturales frente al pensamiento económico dominante (Europa como lugar para la memoria y objetivo educativo en las escuelas, con fundamento en las cláusulas europeas que darían lugar a una “interpretación pedagógica”).

Hoy nos encontramos a menudo con la “cabeza de medusa” denunciada por H. Kelsen. Frente a ella debe situarse con firmeza la política de la paz (una cultura de la paz). No debemos caer en una dicotomía norte/sur, o en una tensión entre el este y el oeste de Europa. Y las exigencias pesan especialmente sobre la próxima generación de juristas europeos, que se han encontrado el regalo de Europa y lo dan por supuesto. A la luz de la globalización hemos de construir una “casa europea duradera y estable, y abierta al intercambio con otros continentes. Aquí también cabe el texto clásico de Goethe: “Dios es del Oriente, Dios es de Occidente, el Norte y el Sur se mecen en la paz de sus manos”.

L'arbitrato del caso: applicazioni del metodo del sorteggio nel Diritto pubblico*

di Astrid Zei*

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. La razionalità di una rinuncia al discernimento. – 2.1. Il sorteggio come metodo sussidiario per superare la parità. – 2.2. Il sorteggio come metodo di scelta sussidiario nel diritto amministrativo. - 3. La razionalità polemica del sorteggio nella formazione degli organi collegiali. - 3.1. “Cricche” e “partigianerie” nell’organizzazione dei Parlamenti liberali ottocenteschi. - 4. L’(ir)razionalità polemica del sorteggio: il dibattito sulla selezione casuale dei collegi rappresentativi – 5. Il sorteggio del perdente: sulla funzione sociale del sorteggio.

1. *Introduzione*

Nella sentenza sull'*Italicum* pronunciata il 25 gennaio 2017 la Corte Costituzionale ha censurato la disposizione che consentiva al capolista che fosse eletto in più collegi di scegliere quale rappresentare¹, considerando irragionevole tale “arbitrio”, distorsivo rispetto all’esito delle preferenze espresse dagli elettori, e quindi in contrasto con i principi dell’uguaglianza e della libertà del voto². Posta l’opportunità di un intervento del legislatore, atto ad individuare un criterio alternativo per stabilire in questi casi quale debba essere il collegio d’elezione, la pronuncia ha prescritto nel frattempo l’applicazione del criterio residuale del sorteggio, già previsto, in mancanza di opzione, dall’art. 85 del d.p.r n. 361 del 1957, una norma che l’Italia repubblicana ha ereditato addirittura dal Decreto di Carlo Alberto sulle elezioni dei deputati del 17 marzo 1848, il quale, all’art. 101 stabiliva: “Il deputato eletto da varii Collegi elettorali sarà tenuto di dichiarare alla Camera, tra otto giorni, dopo che esso avrà riconosciute valide le elezioni, quale sia il collegio di cui esso intenda di esercitare la rappresentanza. In difetto di opzione in questo termine, la Camera procederà per estrazione a sorte alla designazione del Collegio che dovrà eleggere un nuovo Deputato”³. Tale disposizione era stata a sua volta mutuata alla lettera dall’art. 49 della legge elettorale del Belgio del 3 aprile 1831 e dall’esperienza francese,

* Contributo sottoposto a double blind peer review

* Professore associato di Diritto pubblico comparato – “Sapienza” Università di Roma

¹ Art. 1, comma 1, lett. b della legge del 6 maggio 2015, n. 52.

² Corte Costituzionale, sentenza n. 35 del 2017, depositata il 9 febbraio (par. 12.2).

³ Tale norma, già iscritta nell’art. 101 della legge elettorale del Regno di Sardegna, rimarrà sostanzialmente invariata anche dopo la proclamazione del Regno d’Italia, fatto salvo che col tempo si sorteggerà direttamente il collegio d’elezione. Le candidature multiple, assieme al diritto di opzione e al rimedio alternativo del sorteggio, seguiranno ad essere ammesse anche quando con la riforma elettorale del 1882 (Regio decreto del 21 settembre 1881, n. 999) si introdurranno lo scrutinio di lista e il voto limitato (v. l’art. 84), per poi tornare al sistema dei collegi uninominali (legge del 5 maggio 1891, n. 10) e anche quando nel 1919 si opterà per la rappresentanza proporzionale con scrutinio di lista, salvo il fatto che le liste di partito rendevano superflue le eventuali elezioni suppletive per assegnare i seggi rimasti vacanti. Gli artt. 2 e 15 della legge del 15 agosto 1919, n. 1401 consentivano infatti ai candidati di presentarsi in due circoscrizioni ed inoltre agli elettori era permesso assegnare un voto disgiunto, esercitare, cioè, il diritto di preferenza per uno dei candidati della lista prescelta, ma anche votare un candidato appartenente ad un altro partito, in ossequio al principio personalistico. In caso di elezioni plurime il seggio divenuto vacante per effetto dell’opzione o del sorteggio veniva assegnato direttamente “al candidato che nella medesima lista del deputato eletto lo segue immediatamente”, ovvero, in mancanza di candidati della medesima lista, alla lista che, dopo gli eletti, presentava il maggior quoziente (art. 15). Così pure nella legge Acerbo (legge 18 dicembre 1923, n. 2444) che ancora consentiva ai candidati di presentarsi in due circoscrizioni diverse con lo stesso contrassegno (artt. 52 e 103) e poi col Decreto luogotenenziale del 10 marzo 1946, n. 74 (art. 63), e nell’Italia repubblicana (v. già la legge del 20 gennaio 1948, n. 6 e il Testo Unico delle leggi per la elezione della Camera dei Deputati, D.P.R. 5 febbraio 1948, n. 26: artt. 11, 60 e 61).

dove già la legge del 25 marzo 1818 prescriveva il sorteggio, anche se dopo il termine più lungo di un mese⁴.

Essa si spiegava dunque alla luce di una concezione aristocratica e unitaria della rappresentanza nazionale, nel quadro di un sistema elettorale basato sui collegi uninominali, e in assenza di procedure formalizzate per la presentazione delle candidature⁵, che spesso giungevano solamente alla vigilia del voto⁶. In mancanza di opzione da parte dell'eletto, il sorteggio si svolgeva presso la Camera dei Deputati, dove “i collegi estratti vengono immediatamente dichiarati vacanti, ed il deputato viene proclamato rappresentante dell'ultimo collegio che rimane nell'urna”⁷. Tale procedura serviva essenzialmente ad individuare i collegi cui infliggere il “fastidio” di procedere ad elezioni suppletive; una “pratica inutile e molesta” che Paolo Lioy⁸ nel 1874 consigliava di eliminare per combattere la piaga dell'astensionismo, proclamando senz'altro eletto il deputato laddove avesse raccolto più voti.

Da allora il principio dell'ammissibilità delle candidature multiple— anche se limitate - si è mantenuto⁹, a differenza di quanto è avvenuto negli altri ordinamenti da cui pure esso era stato mutuato¹⁰, e se è vero che la facoltà di opzione, assieme all'alternativa del sorteggio erano state raramente messe in discussione, le voci che si levavano nel periodo liberale erano semmai più critiche sulla libertà di scelta dell'eletto¹¹ che sul sorteggio, che ad esempio Emilio Serra Gropelli considerava una soluzione più coerente col principio della rappresentanza nazionale, “il quale ingiunge al deputato una certa imparzialità, o almeno di studiarci a conciliare gli interessi del collegio pel quale siede in parlamento con quelli della nazione”.

Sulle applicazioni del sorteggio nel diritto pubblico non si è scritto mai molto, sebbene tale metodo trovi spazio anche in altri ambiti e con diverse finalità.

Il sorteggio rappresenta una declinazione del criterio della casualità, di cui però non è l'unica espressione, essendo quest'ultimo sotteso anche ad altri metodi di scelta, come la rotazione, l'ordine alfabetico, nonché, in mancanza di ragioni oggettive di discriminare, l'ordine cronologico di presentazione di una domanda o di iscrizione in un elenco.

⁴ *Loi concernant les conditions d'éligibilité pour être admis à la chambre des députés* (art. 1, secondo comma).

⁵ Solo la legge del 30 giugno 1912, n. 666, formalizzerà la procedura da seguire per la presentazione delle candidature (art. 66), che doveva avvenire entro il giovedì precedente le elezioni, termine che la legge del 15 agosto 1919, n. 1401 porterà a venti giorni (art. 3), poi elevati a quaranta con la legge Acerbo (art. 53 della legge del 18 novembre 1923, n. 2444).

⁶ A. Mastropaolo, *Notabili, clientelismo, trasformismo*, in L. Violante (a cura di), *Il Parlamento*, Torino, Einaudi, 2001, p. 804.

⁷ A. Brunialti, *Codice elettorale politico ed amministrativo*, Torino, Unione tipografico-editrice, 1892, p. 181.

⁸ P. Lioy, *Elettori e deputati*, Milano, Treves, 1874, p. 87.

⁹ Legge 277 del 4 agosto 1993, all'art. 2, comma 1, lett. d-e, pur introducendo un divieto per i collegi uninominali, consentiva comunque di candidarsi per il voto di lista in tre circoscrizioni, e manteneva pertanto la facoltà di opzione con l'alternativa del sorteggio (art. 6, comma 2, lett. c).

¹⁰ Al riguardo, nella prospettiva della comparazione diacronica, v. soprattutto la ricostruzione di L. Trucco, *Le candidature multiple tra passato, presente...ed Italicum*, in *Rivista AIC*, n. 3/2015, spec. pp. 1-10; per quanto concerne i profili procedurali della verifica dei titoli e della convalida dell'elezione da parte delle assemblee del Parlamento italiano, il tema è trattato in parte da G. Buonomo, *I subentri nelle assemblee parlamentari in corso di legislatura*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2007, pp. 895-916.

¹¹ A. Gaeta, *La teoria del suffragio politico*, Torino, Roux Frassati e C. Editori, 1897, pp. 105-106, scriveva ad esempio: “E che l'opzione venga resa impossibile, ci sembra sia un bene. Essa, infatti, fa dipendere dall'arbitrio dell'optante l'elezione di uno piuttosto che di un altro candidato, giacche, a seconda che si opta per uno o per un altro collegio, si lascia vuoto il posto a un candidato piuttosto che a un altro, sia che questo candidato venga proclamato eletto in seguito a una seconda votazione, sia che la proclamazione venga senz'altro fatta in favore di colui che ottenne, dopo l'optante, i maggiori voti”.

Sebbene il sorteggio sia stato spesso percepito come una declinazione dell' "azzardo" e quindi considerato fundamentalmente estraneo sia alla razionalità del diritto che alla volitività dei processi democratici, tale metodo trova diversi in ambiti di applicazione, e non solo come *ultima ratio*, soprattutto per la formazione di collegi giudicanti o preposti all'esercizio di funzioni di controllo o consultive, come metodo sussidiario di spareggio nelle votazioni elettive, e, sempre in via residuale, nei procedimenti amministrativi volti all'assegnazione di beni e servizi ove il numero dei richiedenti risulti superiore alle disponibilità.

Più o meno seriamente, più o meno provocatoriamente, recentemente si è persino proposto il ricorso al sorteggio non solo per la selezione giudici della Corte Costituzionale¹², ma anche per la designazione dei Senatori¹³, dei membri della Camera dei Lord¹⁴, per la formazione delle Commissioni parlamentari del Congresso degli Stati Uniti¹⁵, dei Commissari europei¹⁶, nonché nell'ambito dei processi di democratizzazione, quale metodo alternativo all'elezione delle assemblee parlamentari in ordinamenti caratterizzati dall'assenza di un sistema partitico minimamente strutturato¹⁷.

Il sorteggio, nei suoi diversi ambiti di applicazione, trova giustificazioni diverse, potendosi configurare come espressione dei principi di imparzialità¹⁸, uguaglianza, e talvolta necessità, quando l'estrazione a sorte consenta di giungere ad una decisione rapida in situazioni di estrema urgenza¹⁹.

¹² M. Ainis, *Ora scegliamo con il sorteggio i tre giudici della Consulta*, in *Corriere della Sera*, 12 dicembre 2015. Diversi anni dietro anche in Germania sulla *Frankfurter Allgemeine Zeitung* si propose il sorteggio per la designazione dei giudici costituzionali, che sarebbero stati estratti a sorte tra tutti i magistrati dei Tribunali superiori: K. A. Bettermann, *Die Aufgabe: Fachgericht für Verfassungsrecht*, 20 dicembre 1996.

¹³ L. Del Savio e M. Mameli, *Riforma del Senato: sortegiamoli!*, in *Micromega*, 30 giugno 2014. Una proposta di revisione dell'art. 56 della Costituzione, che prescriveva il sorteggio dei Senatori con le modalità prescritte da una legge costituzionale, è stata presentata del corso della XVI legislatura dai Senatori Poretti e Maduca ([Proposta di modifica n. 1.202 al DDL n. 24](#) recante *Modifiche agli articoli 55 e 57 e abrogazione dell'articolo 58 della Costituzione in materia di composizione del Senato della Repubblica e di elettorato attivo e passivo*).

¹⁴ Si tratta della proposta presentata da un *think-tank* guidato da Anthony Barnett e Peter Carey, denominato *The Athenian option: Radical reform of the House of Lords* (www.demos.co.uk). La proposta venne illustrata da Connan Boyle (che nel 1998 aveva pubblicato un contributo sull'uso del sorteggio per la selezione di collegi rappresentativi: *Organizations selecting people: how the process could be made fairer by the appropriate use of lotteries* in *The Statistician, Journal of the Royal Statistical Society - Part 2*, 1998), evidenziando, in particolare, gli svantaggi legati ad ogni altra soluzione: il metodo dell'elezione avrebbe conferito alla seconda camera una legittimazione democratica ("*That may not be a bad thing, but it is unlikely that the Other Place would accept it*"), mentre la nomina da parte di un altro Collegio sarebbe stata sospettabile di clientelismo (<http://www.conallboyle.com/lottery/ReformHouseLords.pdf>

¹⁵ J. Elster, *Taming Chance: Randomization in Individual and Social Decisions*, *The Tanner Lectures on Human Values, delivered at Brasenose College, Oxford University*, May 6 and 7, 1987, p. 146 (Idem, *Solomonic Judgements: Studies in the Limitation of Rationality*, p. 92), ritiene che in questa maniera sarebbe possibile "*(to) break the system of entrenched power by seniority, which has been a major obstacle to rational policy making in the United States*".

¹⁶ H. Buchstein e M. Hein, *Randomizing Europe. The Lottery as a Political Instrument for a Reformed European Union*, in G. Delannoi e O. Dowlen (Eds.), *Sortition. Theory and Practice*, Exeter, Imprint Academy, 2010, pp. 119-155.

¹⁷ O. Dowlen, *Sortition and Liberal Democracy: Finding a Way Forward*, in G. Delannoi e O. Dowlen (Eds.), *Sortition. Theory and Practice*, cit., pp. 65-66. Le transizioni democratiche sono caratterizzate quasi sempre dalla necessità di ricostruire, o creare, una società politica, vale a dire dall'esigenza di introdurre metodi di scelta democratici anche in mancanza di un sistema di partiti, ovvero di garanzie sufficienti ad assicurare la libertà del voto. In tale contesto bisogna almeno riconoscere che un ipotetico ricorso al sorteggio scongiurerebbe il pericolo di condizionamenti illeciti.

¹⁸ Secondo B. Goodwin, *Justice by Lottery*, Chicago, The University of Chicago Press, 1992, p. 74, "*impartiality at the hearth of the lottery mechanism is also its major justification*".

¹⁹ Circa la legittimità del sorteggio laddove le circostanze non consentano di procedere ad un'adeguata ponderazione di tutte le circostanze di fatto, C. Thiele, *Regeln und Verfahren der Entscheidungsfindung innerhalb von*

Il sorteggio pretende in certi casi la parità delle chances, l'eguale dignità delle legittime aspirazioni, o più modestamente la sostanziale indifferenza delle alternative possibili²⁰.

In determinati contesti, però, il sorteggio esprime soprattutto una razionalità di segno polemico, perché si legittima contrapponendosi a metodi e criteri basati su una aggregazione delle preferenze, di cui, per qualche buona ragione, si diffida.

L'ascesa del sorteggio tra i temi emergenti dell'indagine scientifica, soprattutto - ma non solo - nell'ambito della filosofia politica, è spiegabile in questa prospettiva profondamente critica, vale a dire nel contesto di una crisi di legittimazione degli strumenti della democrazia rappresentativa, che da John Locke in poi trovano nel principio di maggioranza la "formula giuridica"²¹ che garantisce il governo di una società di eguali, e al contempo si alimenta anche della sfiducia nell'imparzialità di altre procedure selettive, quando si teme che possano prevalere interessi particolari, logiche di dominio e dinamiche aggregative estranee a quegli interessi pubblici che le stesse procedure dovrebbero garantire²².

Ecco allora che la crisi dei partiti politici e la critica nei confronti della componente elitaria della democrazia alimenta lo sforzo di approfondire quel cruciale momento di passaggio nella storia delle istituzioni, su cui si era interrogato bene Bernard Manin ne *La democrazia dei moderni*, quando all'egualitarismo democratico si contrappone il "principio di differenza"²³ che diviene il fondamento della moderna democrazia rappresentativa, e pertanto il sorteggio, che pure Montesquieu e Rousseau avevano associato alla democrazia, cede il passo all'aristocrazia dell'elezione²⁴.

Il sorteggio, come sottolinea Fulco Lanchester, apre nuovi spunti per una "riflessione sull'indispensabile vivificazione del rapporto tra comunità politica e soggetti politicamente rilevanti che agiscono all'interno delle strutture di autorità"²⁵. Da questa esigenza muovono anche nuove ricerche storiografiche e riscoperte²⁶ tese ad approfondire il ruolo del sorteggio nel

Staaten und Staatenverbindungen, Berlin – Heidelberg, Springer, 2008, p. 207, sottolinea il significato della tartaruga nell'iconografia della giustizia, a simboleggiare che un'istruttoria approfondita da parte delle autorità preposte in ogni caso "richiede il suo tempo".

²⁰ J. Elster, *Taming Chance*, cit., pp. 162-164 (Idem, *Solomonic Judgements: Studies in the Limitation of Rationality*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, p. 38 e pp. 107-110), ritiene che l'indifferenza sia una delle ragioni fondamentali che giustificano il ricorso ad un sorteggio, sia essa intesa come uguale bontà delle diverse opzioni, sia nel caso in cui l'applicazione di altri criteri comporti oneri organizzativi sproporzionati, e sia quando si constatino differenze di partenza tali che una comparazione risulterebbe in qualche misura irragionevole e arbitraria, e il sorteggio appare allora "semplice, meccanico e universalmente applicabile". "Incertezza, indifferenza, indeterminazione e incommensurabilità" implicano dunque la mancanza di una buona ragione per scegliere in un altro modo. Cfr., inoltre, T. Eckhoff, *Lotteries in Allocative Situations*, in *Social Science Information*, 1989, pp. 5-22, che ritiene eticamente accettabile e preferibile un sorteggio sia nelle c.d. scelte tragiche, sia, all'apposto, quando la posta in gioco sia di pochissimo conto.

²¹ E. Ruffini, *Il principio maggioritario*, Milano, Adelphi, 1976, p. 94.

²² Sulle ragioni di una "istituzionalizzazione sociale del caso" si sofferma brevemente anche S. Rodotà, *Il governo sociale del caso*, in M. Ceruti, P. Fabbri, G. Giorello e L. Preta (a cura di), *Il caso e la libertà*, Bari, Laterza, 1994, pp. 182-183.

²³ B. Manin, *La democrazia dei moderni*, Piacenza, Anabasi, 1992, p. 42.

²⁴ B. Manin, *op. cit.*, *passim*.

²⁵ F. Lanchester, *Il sorteggio in campo politico come strumento integrativo dell'attività delle assemblee parlamentari*, in *Nomos*, n. 2/2016, p. 6.

²⁶ Anche se F. Lanchester, *La rappresentanza in campo politico*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 11 (cfr. anche la letteratura ivi citata, alla nota n. 14), ci ricorda come il moderno concetto di rappresentanza si connetta storicamente con la statualità e con l'individualismo, e fosse assente anche nelle esperienze democratiche ateniesi, sottolineando le più diverse letture della democrazia degli antichi a seconda dell'"interesse istituzionale dei moderni".

governo ateniese a partire dal V secolo AC²⁷- e i sistemi misti di sorteggio, cooptazione ed elezione in uso dal XIII secolo e in età moderna nella Serenissima Repubblica di Venezia, a partire dalla riforma di Ruggero Zorzi del 1268²⁸, nella Repubblica di Firenze dal 1328²⁹, nel Vescovato di Münster³⁰, a Berna³¹, Basilea³², in Castiglia³³, ad Ales in Francia³⁴, nella Città anseatica di Brema³⁵, e nelle esperienze di alcuni piccoli Comuni svizzeri nei secoli XVI-XVIII³⁶; ricerche che tracciano una curiosa “storia del sorteggio” per l’assegnazione delle cariche³⁷, fino alla declinazione di nuovi modelli di partecipazione diretta dei cittadini basati sulla selezione casuale di campioni più o meno rappresentativi della popolazione con funzioni consultive, ma anche nuovi istituti e proposte di riforma dei meccanismi di selezione per la formazione dei collegi amministrativi.

2. La razionalità di una rinuncia al discernimento

Talvolta anche nell’ambito del diritto tirare a sorte si spiega come un appello all’irrazionalità. Ciò riguarda però solamente talune delle ipotesi di ricorso al sorteggio nel diritto pubblico, e in questi casi la razionalità di una rinuncia al discernimento non sta nell’imparzialità del metodo, ma nella necessità di decidere l’indecidibile, e ciò perché la scelta non è voluta – come ad esempio nell’estrazione a sorte dei temi per la prove di concorso nella pubblica amministrazione³⁸, per la scelta del collegio elettorale di spettanza nel caso di elezioni plurime di uno stesso candidato³⁹,

²⁷ J. Ober, *Mass and Elite in Democratic Athens: Rhetoric, Ideology, and the Power of the People*, Princeton, Princeton University Press, 1989; M.H. Hansen, *The Athenian Democracy in the Age of Demosthenes*, London, Bristol Classical Press, 1999; W. Schuller, *Neue Prinzipien der Atheniesischen Demokratie. Günter Wöhrle zum 70. Geburtstag*, in *Der Staat*, 1987, pp. 527-538; M. Knoll, *Die distributive Gerechtigkeit bei Platon und Aristoteles*, in *Zeitschrift für Politik*, 2010, pp. 3-30; G. Tridimas, *A political economy perspective of direct democracy in ancient Athens*, in *Constitutional Political Economy*, 2011, pp. 58-72; P. Ségur, *La désignation des gouvernants par tirage au sort*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2013, pp. 687-698; K. Conover, *Rethinking Anti-Corruption Reforms: The View from Ancient Athens*, in *Buffalo Law Review*, 2014, pp. 69-117.

²⁸ A. Riklin, *Machtteilung. Geschichte der Mischverfassung*, Darmstadt, 2006, pp. 127 ss.;

²⁹ J. Najemy, *Corporatism and Consensus in Florentine Electoral Politics. 1280-1400*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1982; J. P. McCormick, “Greater, more honorable and more useful to the republic”. *Plebeian offices in Machiavelli's "perfect" constitution*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2010, pp. 237-262.

³⁰ B. Stollberg-Rilinger, *Vom praktischer Umgang mit Unverfügbarkeit in der Frühen Neuzeit*, in A. Brodacz et al. (eds.), *Die Verfassung des Politischen*, Wiesbaden, Springer, 2014, pp. 72 ss.

³¹ A. Würzler, *Zwischen Verfahren und Ritual. Entscheidungsfindung und politische Integration in der Stadtrepublik Bern in der Früheren Neuzeit*, in R. Schlögl (Ed.), *Interaktion und Herrschaft*, Costanza, UVK, 2004, pp. 63-91.

³² P. Burckhardt, *Geschichte der Stadt Basel*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1942.

³³ T. Weller, *Repräsentation per Losentscheid. Wahl und Auswahlverfahren der Procuradores de Cortes in den kastilischen Städte der Frühen Neuzeit*, in C. Dartmann, G. Wassilowsky, T. Weller (Hrsg.), *Technik und Symbolik vormoderne Wahlverfahren*, München, Oldenbourg Verlag, 2010, pp. 117-137.

³⁴ R. Aupetitgendre Le Thuaut, *Le fonctionnement des institutions locales à Alès entre 1598 et 1629*, in *Bibliothèque de l'École des chartes*, 2002, pp. 605-628.

³⁵ M. Wölk, *Wahlbewusstsein und Wahlerfabrungen zwischen Tradition und Moderne*, in *Historische Zeitschrift*, 1984, pp. 311 ss.

³⁶ A: Chollet, *Un tirage au sort mixte: sur quelques exemples oubliés du XVI au XVIII siècle*, Congrès AFSP Paris 2013: <http://www.afsp.info/congres2013/st/st22/st22chollet.pdf>.

³⁷ Soprattutto, Y. Sintomer, *Petite histoire de l'expérimentation démocratique. Tirage au sort et politique d'Athènes à nos jours*, Paris, Edition La Découverte, 2011 e H. Buchstein, *Demokratie und Lotterie. Das Los als politisches Entscheidungsinstrument von der Antike bis zur EU*, Frankfurt-New York, Campus Verlag, 2010.

³⁸ V. art. 11, comma 2, del D.P.R. n. 487 del 1994: “Regolamento recante norme sull’accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni e le modalità di svolgimento dei concorsi, dei concorsi unici e delle altre forme di assunzione nei pubblici impieghi”.

³⁹ V. *infra*, par. 1.

per stabilire l'ordine di iscrizione delle liste nelle schede elettorali⁴⁰ o dei candidati nei collegi uninominali (ad es. nella variante del “*Robson Rotation*”⁴¹), ed è inevitabile un riferimento anche alla divisione per sorteggio dei beni ereditari, versandosi in una delle materie più classiche del diritto civile⁴² – oppure quando la scelta non è possibile, in quanto gli altri criteri e procedure prescritte non risultano dirimenti, e la decisione appaia comunque necessaria e/o improcrastinabile. Così si spiega, ad esempio, una decisione del 1991 del Tribunale costituzionale federale tedesco che, pronunciandosi sul criterio da seguire per scegliere il nome da assegnare ad un bambino, di fronte al persistente disaccordo tra i genitori, stabilì che sarebbe stato il caso a decidere, considerando illegittima una norma di *favor* nei confronti del padre⁴³.

⁴⁰V. l'art. 24 del *Testo Unico delle Leggi elettorali. Norme per l'elezione della Camera dei deputati*, D.P.R. 30 marzo 1957, n. 361 e successive modifiche.

⁴¹Come si spiegherà più avanti, in questo paragrafo.

⁴²Riguardo alla divisione ereditaria l'art. 729 cod. civ. prescrive il ricorso ad un sorteggio nel caso di uguaglianza di quote a garanzia della trasparenza delle operazioni divisionali contro ogni possibile favoritismo, e ciò anche nell'ipotesi di divisione dei beni comuni, in virtù del rinvio recettizio di cui all'art. 1116 cod. civ.

⁴³*Bundesverfassungsgericht*, pronuncia del 5 marzo 1991, BVerfGE, 84/9; non si trattava del nome proprio, ma del cognome, posto che entrambi i genitori pretendevano di assegnargli il proprio, in forza della norma iscritta nell'art. 1355, comma 2, del Codice Civile (*Bürgerliche Gesetzbuch*), che consente di assegnare il bambino il cognome del padre o della madre. Il *Bundesverfassungsgericht* in quel caso ritenne accettabile la soluzione del doppio cognome, ma in ordine casuale (la materia è stata redisciplinata successivamente dal legislatore: *Familiennamengesetz*, abbr. *FamNamG* del 1 aprile 1994).

Il sorteggio nella sua dimensione irrazionale, può essere pertanto invocato anche nelle c.d. “scelte tragiche”⁴⁴, laddove si debba procedere all’assegnazione di risorse vitali ma scarse⁴⁵, come gli organi da impiantare o particolari terapie mediche da somministrare, e così si è fatto giustamente anche per l’assegnazione dei primi alloggi provvisori tra i cittadini del Comune di Amatrice (diversi mesi) dopo il terremoto del 24 agosto 2016⁴⁶. Il caso, in altre parole, può essere invocato per escludere il concorso di ragioni contrastanti con il principio dell’eguale dignità della vita dei singoli individui⁴⁷, e pertanto si spiega come *ultima ratio*, laddove qualsiasi criterio di

⁴⁴ In un caso del 1842 (*United States v. Holmes*: 26 Federal case 360, in *American Law School Review*, 43, pp. 1902-1906) molto noto nella *Common Law* e riportato nella maggior parte dei manuali ad uso degli studenti di legge anglosassoni, la Corte Suprema degli Stati Uniti venne chiamata a giudicare uno dei nove marinai superstiti di un naufragio, i quali, trovatisi su una scialuppa assieme a trentadue passeggeri, imposero che la metà degli stessi fossero gettati in mare per alleggerire l’imbarcazione che altrimenti sarebbe risultata troppo pesante per affrontare una tempesta incombente. Tra gli argomenti addotti in difesa dell’accusato vi era la necessità di preservare il primo marinaio e gli altri otto membri dell’equipaggio, che soli disponevano delle competenze e dell’esperienza necessarie per scampare il naufragio. La scelta dei sedici passeggeri da condannare a morte (quattordici uomini e due donne) fu giudicata comunque arbitraria. La Corte stabilì infatti che quando si debba decidere, tra i superstiti di un naufragio, chi sacrificare affinché gli altri possano salvarsi, il sorteggio “è l’unico modo che consenta di mettere sullo stesso piano coloro che hanno gli stessi diritti, e l’unico che consenta di evitare la parzialità e l’oppressione, la violenza e il conflitto” (in ogni caso, la condanna per il più lieve reato di *manslaughter* rispetto all’accusa di omicidio, comportò la pena di soli sei mesi di lavori forzati, e una multa di venti dollari di allora; peraltro, per il condannato, che beneficiò del sostegno di una certa stampa e dell’opinione pubblica, fu chiesto comunque, ma invano, l’esercizio del potere presidenziale di grazia). La Corte Suprema discusse nuovamente della necessità di un ricorso al sorteggio tra i superstiti di un naufragio in una sentenza del 1884, *The Queen v. Dudley & Stephens* (14 Q.B.D. 273), pronunciando una condanna per omicidio nei confronti dei marinai che avevano cannibalizzato uno dei compagni di sventura per sopravvivere in mare aperto. A.W. Simpson, *Cannibalism and the Common Law*, Chicago, University of Chicago Press, 1984, spiega addirittura la pratica del sorteggio per eseguire pratiche di cannibalismo che consentano la sopravvivenza in situazioni disperate qualificandola come parte del diritto consuetudinario del mare. Sul metodo di scelta da seguire nell’ipotesi di un naufragio che comporti la necessità di sacrificare la vita di alcuni si soffermava anche G.I. Pellizzi, *Sui poteri indisponibili della maggioranza assembleare*, in *Rivista di diritto civile*, 1967, p. 179 (anche lui formulava “l’esempio estremo e truculento dei naufraghi affamati che a maggioranza decidano di sbranare i compagni rimasti in minoranza”), considerando “impeccabile” la decisione di affidarsi al caso, perché conforme al principio di uguaglianza, anche se “non in omaggio a un giusnaturalismo più volte deplorato – ma a torto ravvisato – a questo proposito, bensì in virtù di un’esigenza logica, perché non può definirsi in alcun modo «comune» (cioè, si noti, appartenente a tutti) un interesse esprimendosi in una scelta con la quale a priori si pospongano o si sacrificino alcuni determinati membri della comunità”. Lo stesso singolare esempio viene utilizzato anche da R. Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge-London, The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 348, per argomentare l’idoneità del sorteggio nelle scelte tragiche.

⁴⁵ G. Calabresi e P. Bobbit, in *Scelte tragiche [Tragic Choices]*, New York, W.W. Norton & Company, 1978], 2. Ed., Milano, Giuffrè, 2006, p. 8, un volume divenuto un classico, definiscono le “scelte tragiche” come “tragedie culturali” determinate dalla necessità di scegliere a chi consentire e a chi negare risorse essenziali per la vita, ma non disponibili per tutti, decisioni che “suscitano sentimenti di compassione, di sdegno, di orrore” e che mettono in crisi “valori considerati come fondamentali da una società”, perché necessariamente comportano “grandi sofferenze, e persino la morte”.

⁴⁶ V. la comunicazione del Sindaco di Amatrice nel sito web del Comune <http://www.comune.amatrice.rieti.it/pirozzi-faccia-richiesta-casette-solo-chi-ha-reale-necessita>.

⁴⁷ La selezione casuale escluderebbe valutazioni basate su una misura del diverso “valore sociale” di un singolo individuo, ad esempio perché genitore, coniugato, privo di precedenti penali, ben integrato nella comunità; più problematico risulta il criterio dell’età, che non implica necessariamente un minore valore sociale delle persone più anziane dal momento che è traducibile anche nell’eguale diritto di tutti ad una speranza minima di vita. Un caso limite, ben presente nella letteratura sul tema, è l’istituzione negli anni Sessanta di una Commissione preposta alla scelta dei pazienti da sottoporre ad emodialisi presso la Clinica universitaria di Seattle, che per diversi anni sviluppò per ogni paziente un’istruttoria basata sul “*Social Worth*” dei malati, che teneva conto dei legami familiari, del loro radicamento nella comunità, e persino del reddito, della “moralità” e delle preferenze sessuali, che per questo fu stigmatizzata anche come “*Seattle God Commission*” (al riguardo, v. G. Calabresi e P. Bobbit, *Scelte tragiche*, cit., pp. 231 ss. e H. Schmidt, *Politik der Organverteilung. Eine Untersuchung über Empfängerwahl in der Transplantationsmedizin*,

discernimento sia considerato eticamente insostenibile⁴⁸, nella convinzione che “ogni vita umana (...) come tale sia ugualmente preziosa e pertanto non possa essere valutata o misurata diversamente, quale che sia il criterio adottato”⁴⁹

Quando si debba stabilire l'ordine di iscrizione delle liste nella scheda elettorale la scelta del sorteggio è dettata da una valutazione molto scettica riguardo alla possibilità di individuare un qualsiasi criterio oggettivo atto a determinare la sequenza di simboli e liste, nella convinzione che la composizione grafica della scheda potrebbe comunque condizionare la scelta degli elettori e dunque incidere sulla libertà del voto.

Nel nostro ordinamento il sorteggio, già prescritto nel 1923⁵⁰, fu reintrodotta nel 1990⁵¹ Prima di allora risultava determinante l'ordine di ammissione delle liste presso gli Uffici preposti. La modifica fu tesa ad evitare di conferire un (ingiusto) vantaggio ai partiti che potevano contare su funzionari più zelanti nella presentazione delle candidature (che non di rado aveva fatto registrare negli Uffici comportamenti perlomeno discutibili)⁵². Il sorteggio è utilizzato anche in Belgio⁵³ e in Francia⁵⁴, ma in altri ordinamenti la composizione grafica della scheda dipende dai risultati

Nomos, Baden-Baden, 1996, p. 63 ss.) finché il clamore suscitato dalla pubblicazione di un articolo di denuncia (S. Alexander, *They decide Who Lives, Who Dies*, in *Life*, 53, 1962, p. 102 ss.) impose l'adozione di procedure diverse.

⁴⁸ La nostra etica respinge con forza l'idea di una valutazione circa il maggiore o minore “merito” della vita di un singolo individuo, così come la possibilità di una decisione dettata da una maggioranza più “forte” e più “solidale” avverso una “minoranza” più “debole” e più “isolata”. Si tratta di un ampio orizzonte problematico che viene particolarmente in rilievo nella distribuzione di organi e nella somministrazione di terapie mediche quando tali risorse non siano sufficienti per tutti coloro che ne avrebbero bisogno. Al riguardo, mentre G. Calabresi e P. Bobbit, *Scelte tragiche*, cit., spec. pp. 37-42 e 233-235) – per citare un libro molto noto - respingono l'ipotesi di adottare il criterio della selezione casuale (sia essa effettuata attraverso un sorteggio, sia nella variante dell'ordine di presentazione delle richieste), in quanto esso implicherebbe la finzione dell'uguaglianza formale dinanzi a situazioni sostanzialmente diseguali, molti altri A. hanno approfondito il tema proponendo il metodo del sorteggio, almeno quale metodo sussidiario, laddove i criteri dettati dalla scienza medica non consentano di operare ulteriori distinzioni tra i pazienti, in ossequio al principio dell'eguale dignità umana. Tra i primi contributi al riguardo, v. N. Rescher, *The Allocation of Exotic Lifesaving Therapy*, in *Ethics*, 1969, pp. 173-86; A. Katz, *Process Design for Selection of Hemodialysis and Organ Transplant Recipients*, in *Buffalo Law Review*, 1972-73, pp. 373-418; H. Freely, *The Equality of Allocation by Lot*, in *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Review*, 1977, pp. 113 -141; J.F. Childress, *Who Shall Live When Not All Can Live?*, in S. J. Rieser, A.J. Dick e W. J. Curran (Eds.), *Ethics in Medicine. Historical Perspectives and Contemporary Concerns*, Cambridge, Massachusetts Institute of Technology Press, 1977, spec. pp. 623-625, J.F. Kilner, *A Moral Allocation of Scarce Lifesaving Medical Resources*, in *Journal of Religious Ethics*, pp. 245-285, spec. pp. 252-254. Per una ricostruzione in chiave più strettamente giuridica dei diversi criteri adottati, v. M. Bader, *Organmangel und Organverteilung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, pp. 291 ss., che pure sviluppando la ricerca nell'ambito del quadro normativo vigente in Germania, esamina le procedure utilizzate sotto il profilo della loro compatibilità con il principio di uguaglianza e con la tutela della dignità umana, che sono patrimonio del costituzionalismo.

⁴⁹ Così si è espresso il Tribunale costituzionale federale tedesco pronunciandosi sull'accesso al trattamento dell'aborto e sui limiti alla discrezionalità del legislatore e delle autorità nell'affrontare l'ipotesi di un attentato suicida: *BVerfG* 39, 1 (59), sentenza del 25 febbraio 1975 (*Schwangerschaftsabbruch I*) e *BVerfG* 115, 118 (139 e 158) del 15 febbraio 2006 (*Luftsicherheit*).

⁵⁰ La legge elettorale del marzo 1923, n. 2444, all'art. 57 aveva introdotto la scheda di stato, che riportava i contrassegni delle varie liste col numero progressivo sorteggiato dall'ufficio centrale nazionale, in base a quanto disposto dall'art. 55 della legge.

⁵¹ Legge 21 marzo 1990, n. 53, art. 13, che modificava l'art. 24 del D.P.R. n. 361 del 20 marzo 1957, Testo unico delle Leggi elettorali recanti norme per l'elezione della Camera dei deputati, e l'art. 13, primo comma della legge 6 febbraio 1948, n. 29, recante norme per l'elezione del Senato della Repubblica.

⁵² G. Maestri, *I simboli della discordia. Normativa e decisioni sui contrassegni dei partiti*, Milano, Giuffrè, 2012, spiega che la riforma venne introdotta dopo che il partito radicale era riuscito a più riprese a conquistare il primo posto nella scheda elettorale, precedendo il partito comunista.

⁵³ V. art. 128, § 3 e art. 115bis, § 2, alinea 1er.del [Code Electoral belga](#).

⁵⁴ V. l'art. R28 del [Code Electoral](#) francese: *Dispositions communes à l'élection des députés, des conseillers généraux et des conseillers municipaux*.

ottenuti nelle precedenti consultazioni⁵⁵ (così che le nuove liste vengono senz'altro iscritte per ultime, e tra queste, vale l'ordine di presentazione⁵⁶, oppure quello alfabetico⁵⁷, ovvero si procede ad un sorteggio⁵⁸), altrimenti per tutelare il principio della libertà del voto e della parità della *chances*, vale l'ordine alfabetico⁵⁹, che costituisce sempre un'espressione del criterio della casualità, soprattutto quando si vota in collegi uninominali⁶⁰, e che può trovare un'applicazione estrema nel c.d. “*Robson Rotation*”⁶¹, vale a dire nella diversificazione delle schede, che vengono stampate

⁵⁵ In Austria nelle schede utilizzate per l'elezione del Consiglio nazionale (v. art. 49, terzo comma, [Nationalrats-Wahlordnung 1992 – NRW](#)) il contrassegno e le liste sono riportate secondo il numero dei mandati conquistati nelle precedenti consultazioni, in ordine decrescente, ovvero, in caso di parità, in base alla cifra elettorale ottenuta a livello nazionale; in Germania le liste e i candidati nei collegi uninominali per l'elezione del Bundestag sono ordinati in base ai voti di lista ottenuti nelle ultime elezioni: [Bundeswahlgesetz, art. 30, terzo comma](#) in Spagna, ai sensi dell'art. 172, terzo comma, lett. b) della [Ley Orgánica del régimen electoral general \(LOREG\), n. 5 del 19 giugno 1985](#), l'ordine di iscrizione delle liste assenti dalle precedenti consultazioni per l'elezione del Senato è stabilito con sorteggio. W. Scott, *California Ballot Position Statutes: An Unconstitutional Advantage for Incumbents*, in *Southern California Law Review*, 1972, pp. 365-395, a p. 378 argomentava che la priorità accordata ai candidati uscenti sarebbe stata in contrasto con l'eguale protezione accordata dal XIV emendamento e con la libertà di espressione sancita dal I emendamento. Sulla giurisprudenza statunitense che ha successivamente invalidato le norme che prescrivevano la precedenza dei candidati uscenti, soprattutto a partire dalla pronuncia della Corte Suprema della California *Gould V. Grubb* resa il 7 luglio 1975 [536P.2d 1337 (Cal. 1975)], v. L. Miller, *Election by Lottery: Ballot Order, Equal Protection, and the Irrational Voter*, in *Legislation and Public Policy*, 2010, pp. 391-393.

⁵⁶ V. art. 49, quarto comma, [Nationalrats-Wahlordnung 1992 – NRW](#).

⁵⁷ Art. 30, terzo comma, della legge per l'elezione del Bundestag tedesco ([Bundeswahlgesetz](#)).

⁵⁸ V., ad es., l'art. 172, terzo comma, lett. b) della [Ley Orgánica del régimen electoral general \(LOREG\), n. 5 del 19 giugno 1985](#), con riguardo alle liste per l'elezione del Senato spagnolo.

⁵⁹ V. art. 43, secondo co., [Folketing parliamentary Elections Act](#) per l'iscrizione delle liste dei candidati nei collegi plurinominali nella scheda elettorale.

⁶⁰ V. ad es. l'art. 21 della legge che disciplina l'elezione del Presidente della Repubblica portoghese ([Lei eleitoral do Presidente da República](#)); per l'iscrizione dei candidati per l'elezione del Presidente della Repubblica francese, v. la decisione del *Conseil Constitutionnel*, [decisione n. 81-30 ORGA del 24 febbraio 1981](#) (da ultimo novata con la [Decisione n. 2016-135 ORGA dell'8 settembre 2016](#)). L'ordine alfabetico è il criterio utilizzato nel Regno Unito nei collegi uninominali per l'elezione dei deputati della Camera dei Comuni. Nel 2001 il rapporto pubblicato dalla Commissione di garanzia sui procedimenti elettorali (*Electoral Commission's report on the 2001 general elections*) istituita nel 2000 dal [Political Parties, Elections and Referendums Act 2000](#), aveva evidenziato l'opportunità di approfondire anche l'incidenza delle modalità di iscrizione delle candidature nelle schede elettorali (ordine alfabetico, numerazione, simboli ed eventuali epiteti dei candidati) e formulare eventuali proposte al riguardo. Nel 2003 era stata avviata una procedura di consultazione, “[Review of ballot paper design](#)”, nell'ambito della quale non era emerso un chiaro orientamento a favore del criterio casuale, né di altri criteri alternativi. Ancora nel 2015, nel suo *Report* periodico “*Standing for election In the United Kingdom. Report and recommendations*” (gennaio 2015), p. 13, la Commissione sottolineava: “*There is no strong argument to justify any particular alternative ordering method, and there are likely to be practical problems associated with each option*”, anche perché si paventava che introducendo l'ordine casuale l'elettore avrebbe potuto incontrare delle difficoltà nell'individuare il candidato o la lista prescelta. L'ordine alfabetico è il criterio prescritto anche in India, per la composizione delle schede elettroniche per l'elezione della *Lok Sabha* (v. l'art. 8 del *Representation of the Peoples 1996 Amendment Act*).

⁶¹ Si tratta di un metodo applicato per la prima volta in Tasmania all'inizio degli anni Ottanta per l'esercizio del voto singolo trasferibile, la cui formulazione si deve al deputato Neil Robson, da cui il metodo prende il nome. Un esempio di scheda è pubblicato nel sito dell'ACE Electoral Knowledge Network: http://aceproject.org/main/samples/po/pox_b006.pdf. Oggi il “*Robson Rotation*” è utilizzato in Tasmania per l'elezione della *House of Assembly*, per il Consiglio legislativo, e nelle elezioni locali, ed inoltre in Australia per l'elezione dell'Assemblea legislativa dell'*Australian Capital Territory (ACT)*. Recentemente in Scozia si è discusso a lungo sull'adozione del *Robson Rotation* per l'elezione del Parlamento Scozzese. La Commissione parlamentare all'uopo istituita nel 2013 aveva avviato un'ampia procedura di consultazione (sulla scorta di un *Call for evidence*) anche riguardo all'opportunità di abbandonare l'ordine alfabetico utilizzato nel Regno Unito nelle altre elezioni, esprimendosi infine a favore del sorteggio: v. *Local Government and Regeneration Committee 8th Report, 2013 (Session 4), Report on the 2012 Scottish Local Government Elections*, par. 92-119.

un po' per volta variando l'ordine dei candidati ⁶² In California, ad esempio, si procede al sorteggio di una lettera dell'alfabeto, così che nella prima circoscrizione i nomi dei candidati saranno riportati nella scheda a partire da quella lettera; nella seconda circoscrizione si inizierà dalla lettera successiva, e così via⁶³.

2.1. Il sorteggio come metodo sussidiario per superare la parità

Nella sua dimensione irrazionale il sorteggio trova altrimenti applicazione quando gli altri criteri già prescritti non siano stati determinanti per giungere ad una decisione, e si versi in una situazione di parità, ovvero quando, per ragioni straordinarie, la decisione risulti, al contempo, necessaria ed urgente, vale a dire quando qualsiasi soluzione risulti comunque una opzione migliore rispetto a non decidere affatto, ovvero a decidere troppo tardi⁶⁴. Il sorteggio è il metodo prescritto ad esempio per la nomina dei giudici del Tribunale costituzionale federale tedesco quando, per dimissioni, o incompatibilità, o per altro impedimento, si debba procedere alla sostituzione di uno dei giudici del singolo Senato affinché sia garantito il numero legale, e dunque la funzionalità del collegio⁶⁵. Il giudice supplente viene allora “rapidamente” estratto a sorte⁶⁶.

In altre situazioni, quando la parità abbia una connotazione oggettiva, la scelta casuale può risultare equa e comunque formalmente ineccepibile. Nel nostro ordinamento, il Regolamento di contabilità generale dello Stato⁶⁷ ammette ad esempio il ricorso al sorteggio per la scelta dell'aggiudicatario della gara di appalto nel caso di offerte uguali e in mancanza di offerte migliorative⁶⁸.

⁶² C. R. Bagley, *Does Candidates' Position on the Ballot Paper Influence Voters' Choice? A Study of the 1959 and 1964 British General Elections*, in *Parliamentary Affairs*, 1966, pp. 162-174.

⁶³ Cal. Elec. Code § 13112(a) (2003). Questa combinazione di sorteggio e rotazione è utilizzata in dodici Stati USA. Negli altri la scheda è unica, ma in sette Stati i candidati sono iscritti in ordine alfabetico, e in altri dodici si utilizza il sorteggio: per una disamina in chiave problematica dei diversi criteri seguiti, v. L. Miller, *Election by Lottery: Ballot Order, Equal Protection, and the Irrational Voter*, in *Legislation and Public Policy*, 2010, pp. 173 ss., p. 382.

⁶⁴ Nel nostro ordinamento, ad esempio, la giurisprudenza amministrativa ha occasionalmente legittimato l'aggiudicazione provvisoria tramite sorteggio di una gara pubblica laddove la procedura fosse stata connotata dal carattere emergenziale: cfr., ad esempio, Cons. St., sez. IV, 20 marzo 2000, n. 1495, dove i giudici, considerando la necessità di provvedere a lavori urgenti sulla rete fognaria comunale, hanno legittimato sia il sorteggio, quale forma di aggiudicazione provvisoria, sia il rinvio, ad un momento successivo al sorteggio, delle definitive verifiche sulla sussistenza dei requisiti di partecipazione alla gara”, posto che “un'esasperata razionalizzazione della procedura difficilmente potrebbe risultare congrua con una situazione di emergenza”.

⁶⁵ Art. 15 della Legge sul Tribunale costituzionale federale (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, abbr. *BVerfGG*) che trova attuazione nell'art. 38 del Regolamento del Tribunale costituzionale federale (*Bundesverfassungsgericht Geschäftsordnung*, abbr. *GeschO BVerfG*) che disciplina la pubblicità (ma non le modalità) della procedura. Nell'ordinamento italiano il sorteggio ha trovato pure applicazione per il rinnovo dei giudici della Corte Costituzionale: l'art. 4 della l. cost. n. 1/53 stabiliva infatti che “i giudici, nominati alla scadenza dei dodici anni dalla prima formazione della Corte, si rinnovano, decorsi nove anni, mediante sorteggio” di due giudici per ciascuno dei tre gruppi; che i rimanenti giudici vengono avvicendati dopo altri tre anni, e che “successivamente si rinnovano ogni nove anni i giudici rimasti in carica dodici anni”.

⁶⁶ In questo senso, v. ad esempio, R. Mellinghoff, § 15 (2002), in T. Maunz/I. Schmidt-Bleibtreu/F. Klein/H. Bethge, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* (feb. 2016), München, Beck (beck-online.beck.de), par. 32; G. Ulsamer, *Neue gesetzliche Regelungen zur Entlastung und Sicherung der Funktionsfähigkeit des BVerfG*, in *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 1986, p. 110, p. 116. Taluni insistono particolarmente sull'urgenza, e concludono che si possa e si debba autorizzare il ricorso al sorteggio esclusivamente nel caso in cui risulti concretamente urgente assicurare la funzionalità del collegio: K. Schlaich e S. Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht*, 10. Ed., München, Beck, 2015 (beck-online.beck.de), par. 49.

⁶⁷ V. l'art. 77 del R.D. n. 827 del 23 maggio 1924, “Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato”.

⁶⁸ Al riguardo, sull'applicazione generalizzata di tale disposizione, indipendentemente da un eventuale richiamo espresso nei bandi di gara, v. TAR Sicilia Palermo, II, 17 maggio 2001, n. 739. Sulla necessità del previo esperimento

Nelle procedure elettorali il sorteggio è previsto spesso in ultima istanza, laddove il risultato non consenta di proclamare un solo vincitore⁶⁹, eventualità certamente rarissima anche nelle elezioni locali⁷⁰, ma particolarmente spettacolare nei collegi uninominali: il 9 maggio 2016 il quotidiano di Manila “*Philippine Daily Inquirer*” titolava, ad esempio, “*Coin toss breaks tie in Bocaue mayoral race*”⁷¹. Anche nell’organizzazione delle assemblee parlamentari il sorteggio può costituire un metodo di scelta sussidiario nell’elezione dei suoi organi parziali⁷²: in Danimarca, Finlandia,

di una richiesta di offerte migliorative, v. TAR Sicilia Sede di Catania, I, 5 agosto 2004, n. 2055 e 11 gennaio 2005, n. 19, TAR Sicilia, sede di Palermo, II, 2005, sentenza del 9 maggio 2005, n. 733; e recentemente TAR Campania, sede di Napoli, VIII, sentenza del 24 marzo 2016, n.1560, che ha chiarito che “la definitiva parità tra le offerte deve ritenersi realizzata solo ove non si siano avute, per qualsiasi causa, offerte migliorative, ovvero ove queste ultime siano risultate di pari importo tra loro, potendosi procedere al sorteggio solo in tali ipotesi”.

⁶⁹ V. l’art. 83, comma 3 del Testo Unico delle Leggi Elettorali D.P.R. 30 marzo 1957, n. 361 e successive modifiche. La legge tedesca che disciplina l’elezione del Bundestag prescrive il sorteggio, in caso di parità, sia per l’assegnazione dei seggi nei collegi uninominali (v. art. 5, *Bundeswahlgesetz, Erster Abschnitt Wahlsystem*), sia per la ripartizione proporzionale dei seggi nell’ambito di collegi plurinominali (v. ad es. art. 6, secondo comma, *Bundeswahlgesetz, Erster Abschnitt Wahlsystem*). In Austria il ricorso ad sorteggio, in caso di parità, trova applicazione sia per la determinazione della dimensione dei collegi plurinominali (art. 4, quarto comma, *Nationalrats-Wahlordnung 1992 – NRWO*), sia per la ripartizione dei seggi a parità di cifra elettorale (art.107, sesto comma NRWO). In Spagna, l’art. 163, primo comma, lett. d) della *Ley Orgánica del régimen electoral general (LOREG)*, n. 5 del 19 giugno 1985, che disciplina la procedura da seguire per l’attribuzione dei seggi del Congresso dei Deputati spagnolo con il metodo d’Hondt, stabilisce che a parità di cifra elettorale, l’attribuzione del primo seggio avverrà per sorteggio, e i successivi, alternativamente. Lo stesso è previsto per l’elezione del *Riksdag* norvegese, a parità di quoziente e di cifra elettorale (§ 11-6, terzo comma, lett. b) *Representation of the People Act*), e per l’assegnazione dei seggi dell’*Althing* islandese tra i candidati nella medesima lista che abbiano ottenuto lo stesso numero di preferenze (art. 110, terzo alinea, della [Legge n. 24 del 16 maggio 2000 sulle elezioni parlamentari per l’Althing](#)). Altrove sono prescritti criteri differenti: in Belgio, ad esempio, riguardo alla procedura da seguire per la ripartizione proporzionale dei seggi della Camera dei Deputati e del Senato, il [Code Electoral](#), all’art. 168, dispone che, a parità di quoziente e di cifra elettorale, l’assegnazione del seggio vacante debba farsi a favore della lista che include il candidato con il maggior numero di voti di preferenza, ovvero, in ultima istanza, della lista che ricomprende il candidato più anziano di età, mentre in Portogallo si applica una regola di *favor* nei confronti della lista meno votata (v. l’art. 16, lett. d) della [Lei Eleitoral para a Assembleia da República](#)); nella Confederazione svizzera la [Legge federale sui diritti politici del 17 dicembre 1976](#), all’art. 43, terzo comma, prescrive che si ricorra ad un sorteggio qualora i candidati di una stessa lista nell’ambito dei collegi plurinominali per l’elezione dei deputati del Consiglio nazionale riportino lo stesso numero di preferenze. La Corte federale si è pronunciata sul punto in una sentenza (1C_521/2011) del 23 novembre 2011 (in [BGE 138 II 13](#)), prescrivendo senz’altro un “sorteggio manuale e in seduta pubblica”, sanzionando, nel caso di specie, il ricorso ad un sorteggio elettronico, che non avrebbe garantito l’eguaglianza delle chances tra i concorrenti.

⁷⁰ Sulla frequenza della parità nelle elezioni federali e statali statunitensi nel periodo compreso tra il 1898 e il 1992 e sui metodi prescelti per lo spareggio, v. C. B. Mulligan e C. G. Hunter, [The Empirical Frequency of a Pivotal Vote, Nber Working Paper Series, novembre 2001](#), e G.C. Nagles, *How Not to Count Votes*, in *Columbia Law Review*, 2004, pp. 1732 ss., nota n. 93; M.J. Pitts, *Heads or Tails? A Modest Proposal for Deciding Close Elections*, in *Connecticut Law Review*, 2006, pp. 739 ss., spec. note nn. 13 e 14.

⁷¹ Le norme che prescrivono il ricorso al caso per lo spareggio raramente precisano la tecnica da utilizzare: nella prassi il lancio della moneta risulta più diffuso e talvolta si procede all’estrazione dei nomi da un’urna, operazioni che non necessariamente avvengono alla presenza di entrambi i candidati, oppure si usano un mazzo di carte o dei bastoncini: nel 1980, nel Regno Unito, nella contea di Nottinghamshire uno dei seggi di un Consiglio municipale venne assegnato tirando tesa o croce, rinunciando all’estrazione dei bastoncini proprio perché uno dei candidati non era presente alla conta dei voti (BBC News, 5 maggio 2000: [Hague savours local victories](#)).

⁷² T.I. Schmidt, *Die Entscheidung trotz Stimmgleichheit*, in *Juristen Zeitung*, 2003, p. 137. Il sorteggio viene anche utilizzato in Germania per la nomina dei delegati delle assemblee legislative dei Länder che partecipano all’elezione del Presidente federale. La legge stabilisce infatti che essi debbano essere eletti dal Landtag utilizzando una formula proporzionale, in maniera da rispecchiare la composizione dell’assemblea. L’elezione avviene sulla base delle liste di candidati preparate dai singoli gruppi, ovvero si vota su maxi liste, presentate congiuntamente da due o più gruppi, ovvero su liste uniche formate in maniera da rispecchiare la composizione del Landtag. Fatta salva quest’ultima ipotesi, non è affatto infrequente che la formula d’Hondt, che viene normalmente adoperata, consegni

Islanda, Olanda (*Tweede Kamer der Staten-Generaal*), ad esempio, in caso di parità tra i candidati, l'elezione del Presidente dell'Assemblea non si ripete più di due volte, e la carica non viene senz'altro assegnata al deputato più anziano, ma si procede ad uno spareggio tra i candidati estraendo a sorte⁷³, e lo stesso è accaduto talvolta nelle legislature degli Stati Uniti per l'assegnazione della Presidenza nelle Commissioni permanenti quando maggioranza e opposizione disponevano dello stesso numero di seggi⁷⁴.

Eccezionalmente il ricorso al sorteggio è prescritto persino per superare la parità nelle votazioni deliberative⁷⁵. In Svezia, dove la maggior parte delle deliberazioni del *Riksdag* sono assunte per acclamazione⁷⁶, ciascun deputato può chiedere comunque di formalizzare il voto⁷⁷. In caso di parità, salvo che la Costituzione non richieda una maggioranza qualificata, l'esito della deliberazione viene deciso attraverso l'estrazione di una biglia da un'urna. Tra il 1973 e il 1976 si sorteggiò ben 153 volte, ma occorre precisare che quella legislatura per diverse circostanze costituisce un *unicum* nella storia istituzionale svedese, dal momento che i gruppi della maggioranza e dell'opposizione in quel periodo contavano esattamente lo stesso numero di seggi⁷⁸. Infatti, in forza delle norme costituzionali e delle regole convenzionali vigenti, in Aula conta il numero dei deputati eletti, a prescindere dai presenti al momento della votazione: sebbene la costituzione richieda la maggioranza semplice per l'approvazione della maggior parte delle leggi⁷⁹, esiste una regola convenzionale che impone di compensare - c.d. *quitting*, o *pairing* - l'assenza di uno o più deputati nella votazione con l'astensione dello stesso numero di deputati

un risultato parziale, così che talvolta si rende necessario procedere all'assegnazione dell'ultimo, o degli ultimi seggi, ricorrendo ad un sorteggio. Nelle elezioni Presidenziali, sia nel 2010 che nel 2012, si è sorteggiato in quattro assemblee (per i dettagli, v. i rapporti aggiornati sulla composizione del collegio nel sito www.wahlrecht.de).

⁷³ Cfr. la ricostruzione in forma tabellare di B.E. Rasch, *Parliamentary Voting Procedures*, in H. Döhring (Ed.), *Parliaments and Majority Rule in Western Europe*, 1995, p. 500, che però contiene qualche imprecisione (in Austria il sorteggio del Presidente tra i candidati che abbiano ottenuto lo stesso numero di voti non è previsto da alcuna norma e in Francia prevale l'anzianità). Per una rassegna (anche se un poco datata) circa la prescrizione del sorteggio nelle assemblee legislative dei Länder nell'ambito della procedura di nomina della Presidenza del Landtag, v. E. Röper, *Auflösung parlamentarischer Patt-Situationen*, in *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, 1979, p. 207.

⁷⁴ V. D. Loepp, *Sharing the Balance of Power: An Examination of Shared Power in the Michigan House of Representatives, 1993-94*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1999, p. 24; NCSL – National Conference of State Legislatures, *In Case of a Tie*: <http://www.ncsl.org/research/about-state-legislatures/incaseofatie.aspx>.

⁷⁵ Cfr. l'art. 41, secondo periodo, della Costituzione della Finlandia, prescrive il ricorso al sorteggio, salvo che nei casi per i quali la Costituzione richieda una maggioranza qualificata. Il par. 18, comma 3, della Legge sul Parlamento (*Act on the Sami Parliament*, n. 974/1995) prevede però che in caso di parità si considera determinante il voto del Presidente dell'Assemblea. La procedura è disciplinata dall'art. 45 del Regolamento del *Riksdag*.

⁷⁶ J. Nergelius, *Constitutional Law in Sweden*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011, p. 70; E. Lindström, *The Swedish Parliamentary System*, Stockholm, The Swedish Institute, 1982, p. 62. V. il cap. V, art. 5-7 del Regolamento del *Riksdag*.

⁷⁷ Cap. V, art. 7 del Regolamento del *Riksdag*.

⁷⁸ Le elezioni del 1973 avevano affidato il governo del Paese ad una coalizione formata dal Partito di Centro e dal Partito Comunista che contava sul sostegno di appena 175 deputati, vale a dire esattamente la metà dell'Assemblea. Di conseguenza la parità fu un esito piuttosto frequente nelle deliberazioni nel corso di quella legislatura. Il sorteggio in parte si paventò come un deterrente, suggerendo un accordo preventivo con le forze dell'opposizione su diversi importanti provvedimenti (M.F. Metcalf, *The Riksdag*, cit., p. 280), non di meno, nel 1974 si tirò a sorte 31 volte; nel 1975, 42, e ben 79 volte durante l'ultima sessione (1975-1976), il che corrisponde a circa il 6,5% di tutte le deliberazioni di quella legislatura.

⁷⁹ Nell'ordinamento costituzionale svedese l'organizzazione e il funzionamento dell'assemblea legislative è disciplinata dal Cap. IV della Costituzione (*Instrument of Government*) del 1974 e dalla Legge sul *Riksdag* approvata lo stesso anno. Le "disposizioni aggiuntive" contenute nella Legge riprendono il contenuto delle norme del Regolamento del *Riksdag* del 1949.

della parte avversa⁸⁰. Lo scopo è evitare maggioranze contingenti legate solo al temporaneo impedimento dei parlamentari. Occorre infine sottolineare che dal 1976 il *Riksdag* è formato da 349 deputati, vale a dire da un numero dispari; circostanza, questa, che, unitamente alla regola del *quitting*, scongiura di fatto il ricorso al sorteggio.

2.2. Il sorteggio come metodo di scelta sussidiario nel diritto amministrativo

Nei procedimenti amministrativi la selezione casuale - – nelle sue diverse forme, quali l'ordine alfabetico, l'ordine di iscrizione in una lista, l'orario di arrivo presso un Ufficio, il sorteggio, la rotazione⁸¹ - può considerarsi espressione del principio di imparzialità⁸², anche se il ricorso al sorteggio - fatta salva la formazione di organi collegiali - trova spazio in una serie di ipotesi circoscritte, soprattutto per la concessione di beni o servizi, sussumibili nell'esigenza di procedere ad una distribuzione di risorse scarse tra un numero superiore di soggetti aventi titolo. Ciò può avvenire comunque solamente in via sussidiaria, quando sia stata già effettuata una obiettiva ricognizione delle circostanze di fatto, con la garanzia di un contraddittorio, la presa in considerazione degli interessi dei soggetti cui si indirizza la decisione, ove i criteri materiali applicati non consentano di operare ulteriori distinzioni tra i richiedenti, e la procedura prescelta venga adeguatamente motivata con l'esposizione dei presupposti di fatto e delle ragioni giuridiche, che consistono sempre nell'uguale idoneità dei richiedenti ad accedere al beneficio⁸³. Negli Stati Uniti le Corti hanno più volte legittimato il criterio della selezione casuale per la distribuzione di licenze e concessioni⁸⁴: tra il 1984 e il 1989, ad esempio, attraverso speciali "Lotteries" le autorità assegnarono 1408 licenze di telefonia mobile⁸⁵.

Negli USA il sorteggio è utilizzato, dal 1990, persino per l'attribuzione di una certa quota dei permessi di soggiorno ("Diversity Lottery") tra i richiedenti che soddisfino certi requisiti minimi prescritti dalla legge⁸⁶.

⁸⁰ L'organigramma dei *caucus* di partito prevede sempre un funzionario incaricato di concordare gli eventuali *pairings*: al riguardo: v. M.F. Metcalf, *The Riksdag: A History of the Swedish Parliament*, New York, St. Martin's Press, 1987, p. 250.

⁸¹ Metodi, questi, che possono considerarsi di tipo casuale perché prescindono da una valutazione di merito, a meno di non voler assegnare un valore dirimente alla fretta, allo zelo, o alla pazienza.

⁸² Così il TAR Catania (sezione Terza), sentenza n. 2544 del 4 novembre 2015, riconoscendo la legittimità di un sorteggio corredato di adeguate forme di pubblicità e trasparenza nell'ambito di una procedura per l'affidamento in concessione di un servizio di illuminazione da parte di un Comune, considerando che il sorteggio era stato espressamente previsto dal bando per ridurre senz'altro a cinque il numero delle ditte che avessero manifestato interesse a partecipare alla gara: "Nessuna censura può, poi, essere mossa nei confronti della scelta di procedere a mezzo di sorteggio all'individuazione delle cinque imprese ammesse alla trattativa privata, trattandosi di criterio che, in termini assoluti, garantisce il rispetto del principio di imparzialità".

⁸³ Consiglio di Stato, V. Sez., sentenza del 21 dicembre 2012, dove incidentalmente si indica il sorteggio quale criterio alternativo alla graduatoria per l'assegnazione degli alloggi di edilizia convenzionata, così da garantire "l'attribuzione imparziale del beneficio, assegnando ovviamente titolo preferenziale ai soggetti correttamente inclusi nell'elenco degli aventi titolo a priorità".

⁸⁴ V. C. N. Brown, *Casting Lots. The Illusion of Justice and Accountability in Property Allocation*, in *Buffalo Law Review*, 2005-2006, pp. 66-140, e i riferimenti giurisprudenziali ivi contenuti, spec. alla nota n. 5.

⁸⁵ Sulla base del *Omnibus Budget Reconciliation Act* del 1981 (Pub. L. n. 97-35, 95 Stat 736-37) e del *Communication Amendment Act* del 1982 (Pub. L. n. 97-259, 115, 96 Stat. 1087), negli Stati Uniti tra il 1984 e il 1989 attraverso una lotteria sono state assegnate 1408 licenze di telefonia mobile; per un approfondimento, cfr. K. Kruhl, *Die Versteigerung knapper Frequenzen*, Baden-Baden, Nomos, 2003, p. 85-86.

⁸⁶ [Immigration and Nationality Act § 203 \(c\)](#), modificato dall'*Immigration Act 1990* (Pub. L. 101-649), Sec. 131. La legge richiede il possesso di un diploma di istruzione, ovvero due anni di esperienza di lavoro in un determinato ambito, e l'iscrizione del Paese di provenienza nell'elenco delle *Qualified Countries* aggiornato periodicamente dalle autorità federali.

La giurisprudenza amministrativa tedesca ha riconosciuto la legittimità del sorteggio quale metodo di scelta “*sach- und wertneutral*” per la distribuzione delle concessioni di taxi⁸⁷, l’assegnazione di spazi espositivi nell’ambito di fiere e mercati straordinari⁸⁸, per l’attribuzione dei posti di studio nei corsi di laurea a numero chiuso⁸⁹ (così come previsto anche in Belgio per gli studenti non residenti⁹⁰), e nei prossimi mesi sarà chiamata a pronunciarsi anche sull’ammissibilità del sorteggio per la chiusura delle sale gioco che risultino in sovrannumero rispetto ai limiti da ultimo stabiliti dai Länder⁹¹.

⁸⁷ Il Tribunale amministrativo federale (*BVerwG*, sentenza del 28 giugno 1963, VII C 23.63), pure avallando l’ordine di iscrizione in una lista di attesa quale criterio idoneo per la distribuzione delle licenze, ha prospettato in via ipotetica il ricorso ad un sorteggio, almeno quale criterio sussidiario, a fronte di un numero molto elevato di richieste (1.000), tale da scoraggiare comunque una valutazione di merito da parte delle autorità amministrative, che dovrebbe basarsi necessariamente su una complessa ponderazione degli interessi in gioco da “diversi punti di vista personali e sociali”.

⁸⁸ *BVerwG*, decisione del 4 ottobre 2005 (6B 63.05): i giudici, pur sottolineando che il ricorso a questo metodo di scelta rientra nella discrezionalità delle autorità amministrative, così che nessuno potrebbe avanzare delle pretese al riguardo, evidenzia la „necessità di formulare una valutazione che sotto molteplici profili dipende da visioni soggettive e che conduce ad una incertezza molto difficilmente superabile, e che si evita invece ricorrendo ad un sorteggio facilmente gestibile tra le imprese dello stesso genere”; nello stesso senso, v. già *Niedersachsen Oberverwaltungsgericht*, decisione del 16 giugno 2005 (7LC 201/03); *Verwaltungsgericht Minden*, decisione dell’8 agosto 2000 (3 L 1013/00), e sentenza del 6 giugno 2007 (3 K 316/07, 3 K 354/07).

⁸⁹ L’art. 13 del contratto nazionale sulla ripartizione dei posti di studio in Germania (*Staatsvertrag über die Vergabe von Studienplätzen*) stabilisce che un quinto dei posti debba essere assegnato ai candidati che abbiano ottenuto i migliori risultati negli studi e per un ulteriore quinto si dovrà computare il tempo trascorso dalla conclusione degli studi (periodo di attesa) (v. art. 13, commi 1 e 2). In caso di parità tra i candidati, tenuto conto, eventualmente, di entrambi i parametri, l’assegnazione avverrà con un sorteggio (art. 13, comma 3 del Contratto nazionale). Il Tribunale costituzionale federale si è pronunciato a più riprese al riguardo, confermando la legittimità del sorteggio, quale metodo sussidiario: v. ad es. le pronunce dell’8 febbraio 1977 (BVerfGE 43, 291), *Numerus Clausus II*, e del 29 settembre 2008 (1 BvR 1464/07). I giudici di Karlsruhe, in particolare, hanno sottolineato la necessità di seguire una procedura che consenta di bilanciare il requisito del merito scolastico con l’obiettivo di non precludere del tutto l’accesso all’istruzione universitaria per gli studenti che, pur risultando meritevoli, non abbiano raggiunto risultati di eccellenza. In questa prospettiva, l’applicazione, in via sussidiaria, del metodo del sorteggio, che pure significa consegnare in parte al caso le “opportunità di vita” e il conseguimento di un certo “ruolo professionale”, presenterebbe certamente anche dei vantaggi, che non consistono solamente nella possibilità di chiudere più rapidamente l’istruttoria, ma anche nelle maggiori possibilità di accesso ai corsi di laurea a numero chiuso per tutti i ragazzi diplomati, senza prescindere del tutto dal loro rendimento scolastico (par. 62 della pronuncia dell’8 febbraio 1977).

⁹⁰ Il decreto della Comunità francese 16 giugno 2006 (*Décret C.F. régulant le nombre d’étudiants dans certains cursus de premier cycle de l’enseignement supérieur*, in *Moniteur belge* del 6 luglio 2006, pag. 34055), prevede una riserva limitata di posti nelle Università e nelle *Hautes Ecoles* a favore degli studenti non residenti, prescrivendo il metodo del sorteggio per stabilire un ordine di precedenza tra gli stessi (v. artt. 5 e 9)..

⁹¹ In Germania i Länder hanno disciplinato l’attività delle sale da gioco attraverso un accordo interstatale (*Glücksspielstaatsvertrag*) cui è stata data attuazione con apposite leggi. L’accordo, rivisto nel 2011, stabilisce una serie di criteri per la concessione delle autorizzazioni, che mirano anche ad evitare un’eccessiva densità degli esercizi in cui si pratica il gioco d’azzardo, anche nei centri urbani. Il Trattato ha comunque disposto una deroga per le sale aperte prima del 28 ottobre 2011 con una norma transitoria che consente la prosecuzione delle attività fino al 1 luglio 2017. A partire da tale data il numero degli esercizi dovrebbe ridursi di almeno un terzo, soprattutto in forza delle norme che prescrivono una distanza minima di 100 metri tra le sale. La decisione spetta alle autorità dei Comuni. Il contratto non disciplina nel dettaglio la procedura relativa all’eventuale rinnovo delle autorizzazioni, e in molti casi neppure le leggi attuative dei Länder forniscono ulteriori indicazioni, in particolare riguardo ai criteri cui attenersi nel caso in cui le sale da gioco risultino in sovrannumero, pur soddisfacendo gli altri requisiti prescritti dalla legge. In Bassa Sassonia molti comuni hanno così stabilito di ricorrere ad un sorteggio. Il Governo del Land, rispondendo per iscritto ad una interrogazione dei deputati del Landtag, il 24 ottobre 2016 (*Landtag Niedersachsen*, 17/6389, pp. 4-5) ha chiarito che i Ministri, consultatisi “intensamente” con i Comuni al fine di individuare i criteri utili, sarebbero giunti alla conclusione che il sorteggio, già utilizzato per la scelta degli operatori che partecipano alle fiere, ai mercati e alle esposizioni, appare il metodo più adatto per soddisfare “un interesse che eccede la

Finora la giurisprudenza amministrativa ha sempre legittimato tale procedura considerandola non in contrasto con il principio di uguaglianza iscritto nell'art. 3 della Legge Fondamentale, quand'anche non imposta dalla stessa norma⁹².

In alcune pronunce⁹³ si rinvencono persino una serie di prescrizioni riguardo alla tecnica da seguire: i giudici, ad esempio, hanno considerato poco trasparente e manipolabile sia il lancio del dado⁹⁴, sia l'estrazione dei bastoncini di legno⁹⁵, mentre la moneta è stata ritenuta sufficientemente affidabile, purché lanciata abbastanza in alto⁹⁶.

Merita osservare che tra i criteri utilizzati in alternativa al sorteggio per l'assegnazione di spazi e concessioni, sui quali le magistrature si sono pure espresse a più riprese in senso positivo, rientra anche la rotazione, raramente l'ordine di iscrizione in un elenco o di protocollo delle domande⁹⁷, e soprattutto la preferenza accordata a chi è “noto e comprovato” (“*Bekannt und Bewährt*”), che nella prassi risulta anzi il criterio di gran lunga più utilizzato⁹⁸. Mentre la precedenza per anzianità nell'ordinamento tedesco “si è mantenuta solo in alcuni angoli nascosti dell'ordinamento giuridico”⁹⁹ - dove secondo Christian Tomuschat si risolve in definitiva in una “divisione di classe

disponibilità” quando le risorse siano “geograficamente limitate”. Nel frattempo il Tribunale amministrativo di Hannover il 1 giugno 2016 aveva già respinto la richiesta di una misura cautelare presentata dai gestori di due sale gioco che contestavano il sorteggio che l'amministrazione della città di Hannover aveva indetto per il 2 giugno 2016. Secondo i giudici l'estrazione a sorte consiste infatti in una fase endoprocedimentale che di per sé non può essere oggetto di un'autonoma impugnazione, e il ricorso è ammesso, eventualmente, solo avverso la decisione relativa all'autorizzazione: *VG Hannover*, decisione del 1 giugno 2016 (11 B 3071/16 e 11 B 3102/16).

⁹² V. ad es., *BVerwG*, decisione del 16 novembre 1964 (1 B 182.64) e sentenza del 18 febbraio 1976 (8 C 14.75). La discrezionalità delle autorità amministrative, difatti, troverebbe un limite solamente nella garanzia della parità delle *chances*, nel rispetto del principio di economicità, nella congruità rispetto alle finalità perseguite, e nella tutela della concorrenza, intesa come “apertura del mercato, in particolare per le nuove imprese e per quelle di nuovo ingresso in un determinato mercato”: al riguardo, v. M. Faber, *Die Verteilung knapper öffentlicher Güter durch Höchstgebot Eine verfassungsrechtliche Untersuchung unter Berücksichtigung der UMTS-Versteigerung*, in *Zeitschrift für Gewerbe- und Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2002, pp. 264 ss.

⁹³ Ci si riferisce qui di seguito ad alcune decisioni che riguardano di per sé un altro ambito di applicazione del sorteggio, vale a dire la formazione dei consigli degli impiegati (*Personalrat*) in caso di parità nelle votazioni, spesso richiamate nelle altre pronunce con riguardo alle garanzie della pubblicità e della trasparenza delle operazioni di sorteggio e alla tecnica da seguire. E' opportuno anche ricordare che nel diritto amministrativo tedesco il sorteggio è prescritto, in via generale, in tutti i casi in cui un organo collegiale debba procedere ad una elezione e si acclari una situazione di parità tra i candidati, o tra le liste: v. l'art. 92, commi 2 e 3 della Legge federale sul procedimento amministrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz*, abbr. *VwVfG*), e questo contribuisce a spiegare come mai la giurisprudenza amministrativa sia stata chiamata a più riprese ad affrontare persino i problemi connessi alle diverse tecniche utilizzate.

⁹⁴ *OVG Nordrhein-Westfalen*, decisione del 6 luglio 1987 (CB 30/85).

⁹⁵ *BVerwG*, decisione del 15 maggio 1991 (8 C 83.88).

⁹⁶ *BayVGH*, decisione del 13 febbraio 1991 (17 P 90.3560).

⁹⁷ Benché la dottrina tedesca si sia espressa spesso in termini fortemente critici sul c.d. “*Prioritätsprinzip*”, sia perché associato all'intraprendenza dei più “furbacchioni”, spesso semplicemente consigliati meglio (C. Tomuschat, *Güterverteilung als rechtliches Problem*, in *Der Staat*, 1973, p. 445), sia perché l'ordine risulterebbe determinato, in definitiva, da una pluralità di contingenze, alcune delle quali del tutto casuali, contrapponendosi – al pari del sorteggio - ad una valutazione basata sul merito (N. Malaviya, *Verteilungsentscheidungen und Verteilungsverfahren. Zur staatlichen Güterverteilung in Konkurrenzsituationen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, p. 151; K. Kruhl, *Die Versteigerung knapper Frequenzen*, Baden-Baden, Nomos, 2003, pp. 77-78), e risultando, per ciò stesso, un criterio semplicemente “insensato” (J. Salzwedel, *Wasserrecht und Investitionsschutz*, in *Recht der Wasserwirtschaft*, 1975, p. 54)

⁹⁸ D. Ehlers, § 18 - *Gewerberecht*, in D. Ehlers, M. Fehling e H. Pünder (Eds.), *Besonderes Verwaltungsrecht: Öffentliches Wirtschaftsrecht. 1. Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 3a Ed., Müller Verlag, 2012, p. 617.

⁹⁹ C. Tomuschat, *Güterverteilung als rechtliches Problem*, in *Der Staat*, 1973, p. 445, che si riferisce, in particolare, alla nomina dei notai, dove viene in rilievo anche l'esigenza di garantire un certo equilibrio generazionale (“*eine geordnete Altersstruktur*”: v. art. 4, seconda frase, *BundesNotarordnung*), e, fino al 2008, all'organizzazione professionale degli spazzacamini (che in Germania sono competenti per il controllo e la manutenzione degli impianti di

tra giovani e vecchi”¹⁰⁰ - il criterio “*Bekannt und Bewährt*”, sebbene non prescritto dal diritto positivo, ha trovato pieno accoglimento nell’ambito della giurisprudenza amministrativa relativa alle piccole gare per l’acquisto di beni di consumo corrente, ai servizi di trasporto locale¹⁰¹, all’appalto dei servizi di soccorso mobile¹⁰², e soprattutto per la concessione di spazi nelle fiere, in forza del riconoscimento di un interesse pubblico ad assicurare il buon esito delle iniziative, che dunque non osta ad una scelta, da parte delle autorità, ad esempio a favore degli espositori che in passato abbiano già partecipato ad altri eventi¹⁰³. Una volta soddisfatti tutti i requisiti oggettivi prescritti per la presentazione delle candidature, le autorità disporrebbero in altre parole di una sfera di discrezionalità (“*Ermessen*”) che può accogliere sia il metodo del sorteggio, sia la presa in considerazione di altri fattori che depongano a favore della “comprovata affidabilità”¹⁰⁴, e dunque della soddisfazione dell’interesse pubblico che viene in rilievo.

Sebbene questi due criteri – la casualità e i “noti e comprovati” – siano stati entrambi legittimati dalla giurisprudenza solamente in alcune fattispecie circoscritte, essi esprimono una visione diametralmente opposta riguardo al modo in cui debbano essere considerati eventuali rapporti già consolidati con le amministrazioni chiamate a decidere, laddove il sorteggio mira proprio ad escludere l’insinuarsi di preferenze che si considerano estranee all’agire amministrativo, e per questo perlomeno sospette.

Come osserva Augusto Cerri, il sorteggio nell’ambito del diritto amministrativo garantisce l’imparzialità, vale a dire la cura di “tutti e soli gli interessi protetti dall’ordinamento”¹⁰⁵ laddove tutte le altre condizioni prescritte risultino rispettate. In tali ipotesi il sorteggio “è volto solo ad escludere l’insinuarsi di interessi estranei alla funzione, pur quando gli interessi di questa sarebbero, comunque, pienamente soddisfatti”¹⁰⁶.

riscaldamento), posto che la designazione dei professionisti responsabili in esclusiva per i singoli distretti territoriali avveniva in base all’ordine di iscrizione nelle apposite liste (*Gesetz über Schornsteinfegerwesen* del 15 settembre 1969, artt. 5 e 6). La Commissione europea nel 2003 aveva aperto una procedura di infrazione nei confronti della Germania, ritenendo tale normativa in contrasto con i principi della concorrenza e della libera circolazione dei lavoratori. Il legislatore tedesco ha pertanto novato la disciplina, superando il criterio dell’assegnazione in esclusiva in base all’anzianità di iscrizione nelle liste (BGBl. I 2008, pp. 2242 ss.).

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 455.

¹⁰¹ BVerwG, sentenza del 12 dicembre 2013 (3 C 30.12).

¹⁰² OVG Sachsen-Anhalt, decisione del 22 febbraio 2012 (OVG 3 L 259/10) e BVerwG, decisione del 20 dicembre 2012 (3 B 35.12).

¹⁰³ Con una sentenza del 1984 (BVerwG, sentenza del 27 aprile 1984, 1 C 24.82) il Tribunale amministrativo federale ha legittimato il ricorso a tale criterio, purché temperato, vale a dire applicato in maniera da non escludere a priori qualsiasi possibilità di accesso da parte dei nuovi operatori. La giurisprudenza amministrativa favorevole all’applicazione del criterio “noto e comprovato” nell’ordinamento tedesco è copiosa. Al riguardo si vedano i riferimenti giurisprudenziali raccolti nei volumi di N. Malaviya, *Verteilungsentscheidungen und Verteilungsverfahren*, cit., pp. 155-160; R. Stobere, *Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht: Gewerbe- und Regulierungsrecht*, Stuttgart, Kohlhammer, 2007, pp. 90-91; N.B. Kemle, *Kunstmessen: Zulassungsbeschränkungen und Kartellrecht*, Berlin, Walter de Gruyter, 2006, pp. 296-304.

¹⁰⁴ VGH Baden-Württemberg, decisione del 17 marzo 2000 (5 S 369/99), con riguardo alla selezione degli espositori che avrebbero partecipato ad una fiera all’aperto. Pur giudicando legittimo il criterio utilizzato, il Tribunale aveva sottolineato incidentalmente la necessità di garantire al contempo la libertà del mercato, evitando di privilegiare “sempre gli stessi” in quanto ciò significherebbe negare agli altri richiedenti una reale chance di entrare a far parte del gruppo dei “noti e comprovati”.

¹⁰⁵ A. Cerri, *Imparzialità ed indirizzo politico della pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 1973, p. 120.

¹⁰⁶ A. Cerri, *Principi di legalità, imparzialità, efficienza*, in L. Lanfranchi (a cura di), *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana fondata da Giovanni Treccani, 1997, pp. 198-199, il quale osserva anche che “in non poche vicende giuridiche tipiche (scelta del migliore, in un concorso pubblico oppure in una gara d’appalto), visibilmente le esigenze del principio di imparzialità e di buon andamento coincidono (...) perché il migliore presumibilmente garantisce il massimo rendimento delle attività che dovrà svolgere e perché

Il criterio della casualità trova dunque applicazione laddove, una volta esaurita l'istruttoria basata su una puntuale ricognizione di tutte le circostanze obiettive, si assuma l'eguaglianza formale fra i richiedenti, tra quali si potranno apprezzare eventualmente ulteriori differenze sotto molteplici profili, che tuttavia non dovrebbero venire in rilievo ai fini dell'assegnazione, perché la decisione risulterebbe altrimenti arbitraria o discriminatoria.

Il sorteggio, in altre parole nella sua dimensione razionale trova applicazione come metodo decisionale atto ad escludere immediatamente i "cattivi" argomenti, una volta esauriti quelli "buoni"¹⁰⁷.

3. La razionalità polemica del sorteggio nella formazione degli organi collegiali

Il sorteggio ha trovato e trova tutt'oggi applicazione per la formazione di organi collegiali preposti all'esercizio di funzioni giudicanti o di controllo. La razionalità del metodo qui sta nella volontà di assicurare che la composizione non sia determinata dalle preferenze espresse da gruppi precostituiti per la soddisfazione di interessi particolari o parziali.

E' ad esempio il metodo tradizionalmente prescritto, anche in altri ordinamenti, per la formazione delle giurie popolari¹⁰⁸, ed inoltre per designare gli scrutatori preposti alle diverse operazioni che si svolgono presso i seggi elettorali¹⁰⁹, per la selezione dei giudici aggregati della Corte Costituzionale dall'elenco redatto periodicamente dal Parlamento nei giudizi sul Presidente della Repubblica e nelle altre ipotesi previste dagli artt. 90 e 96 Cost., per la formazione dei collegi singoli giudicanti della Corte europea dei Diritti dell'Uomo¹¹⁰, nonché il metodo prescelto dal legislatore per la formazione delle Commissioni universitarie preposte alla valutazione dei candidati che aspirino ad abilitarsi come Professore universitario¹¹¹. Anche per la formazione delle sezioni regionali di controllo della Corte dei Conti, cui sono affidate funzioni di vigilanza sulla regolarità contabile, finanziaria ed economica della gestione regionale, la legge prescrive una selezione casuale, consistente nell'estrazione da un elenco di nominativi che garantiscono

qualsiasi altra motivazione nella scelta sarebbe deviante rispetto alla funzione. È innegabile però, che non tutte le esigenze dell'imparzialità si risolvono in esigenze di buon andamento e che non tutto il buon andamento si risolve nell'imparzialità": il sorteggio, da questo punto di vista "garantisce non il buon andamento che altre soluzioni, in ipotesi, potrebbero parimenti soddisfare, ma, appunto, solo l'imparzialità."

¹⁰⁷ P. Stone, *The Luck of the Draw. The Role of Lotteries in Decision Making*, Oxford, Oxford University Press, 2011, attribuisce al sorteggio fondamentalmente un "sanitizing effect" rispetto a qualsiasi argomentazione, buona o cattiva che sia (p. 36) e, spec. nelle pp. 146 ss., chiarisce che "nell'ambito di qualsiasi processo decisionale, bisognerebbe impiegare il sorteggio solamente quando si arrivi al punto in cui continuare a fare affidamento sulla ragione non offre più un vantaggio marginale positivo (dato che i pericoli [paventati dall'influenza] delle cattive ragioni superano i benefici offerti dalle buone ragioni)" (p. 150).

¹⁰⁸ Nell'ordinamento italiano i giudici popolari nelle Corti di assise e nelle Corti d'assise di appello sono estratti a sorte dalle apposite liste ai sensi degli artt. 13 ss della Legge del 10 aprile 1951, n. 287.

¹⁰⁹ L'art. 6 della legge istitutiva dell'albo degli scrutatori (legge n. 95/1989) aveva attribuito al Presidente della Corte di Appello il compito di procedere al sorteggio degli scrutatori tra i cittadini iscritti nell'apposito albo. Tale norma era rimasta in vigore fino all'approvazione della legge n. 270/2005 (art. 9, quarto comma).

¹¹⁰ *European Court of Human Rights, Rules of Court*: Art. 24, comma 1, art. 75, comma 2, art. 80, comma 3, art. 92, comma 2, art. 109, comma 4, lett.a).

¹¹¹ Art. 16, comma 3, della Legge del 30 dicembre 2010, n. 240.

determinati requisiti di esperienza e professionalità¹¹², procedura questa, che, come affermato dalla Corte Costituzionale, consente di eludere “l’influenza della politica”¹¹³.

Il sorteggio è utilizzato inoltre per la formazione delle Commissioni giudicatrici nelle gare di appalto di lavori pubblici¹¹⁴, e da qualche anno anche nelle procedure selettive per la direzione delle “strutture sanitarie complesse”, materie, entrambe, assai delicate, e troppo spesso al centro di procedimenti giudiziari per una serie di reati anche gravissimi che avevano acclarato l’estrema pervasività di interessi privati o parziali nelle scelte della pubblica amministrazione¹¹⁵.

Una proposta di legge che reca “Disposizioni per l’attribuzione di incarichi pubblici mediante sorteggio” presentata alla Camera dei Deputati il 10 novembre 2015¹¹⁶, propone inoltre l’adozione del sorteggio quale regola generale per la formazione delle Commissioni pubbliche di gara, dei Comitati tecnici e consultivi della pubblica amministrazione, dei Consigli di amministrazione delle Aziende pubbliche e degli Enti e società a partecipazione pubblica, e ciò con l’obiettivo di garantire “maggiore trasparenza” e un “minore condizionamento consociativo

¹¹² Cfr. l’art. l’articolo 14, comma 1, del D.L. n. 138 del 201, che ha istituito, a decorrere dal 1° gennaio 2012, un Collegio dei revisori dei conti formato da esperti selezionati per sorteggio da un elenco di soggetti in possesso di determinati requisiti professionali: per l’iscrizione dell’elenco è necessaria la qualifica di revisore legale di cui al decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 39, nonché la specifica qualificazione professionale in materia di contabilità pubblica e gestione economica e finanziaria degli enti territoriali, secondo i criteri individuati dalla Corte dei conti

¹¹³ Corte Costituzionale, sentenza del 20 luglio 2012, n. 198.

¹¹⁴ La legge sui lavori pubblici n. 109 del 1994, all’art. 21, commi 5 e 6, stabilisce che le Commissioni giudicatrici siano formate da esperti della materia sorteggiati tra “professionisti con almeno dieci anni di iscrizione nei rispettivi albi professionali, scelti nell’ambito di rose di candidati proposte dagli ordini professionali”; “professori universitari di ruolo, scelti nell’ambito di rose di candidati proposte delle facoltà di appartenenza”, “funzionari tecnici delle amministrazioni appaltanti, scelti nell’ambito di rose di candidati proposte dalle amministrazioni medesime”, ed inoltre che “non possono essere nominati commissari coloro i quali abbiano già ricoperto tale incarico relativamente ad appalti o concessioni affidati nel medesimo territorio provinciale ove è affidato l’appalto o la concessione cui l’incarico fa riferimento, se non decorsi tre anni dalla data della precedente nomina”. Sulla *ratio* sottesa alla scelta dei criteri della selezione casuale e della rotazione si è soffermata anche la Corte Costituzionale, nell’ordinanza n. 81 depositata il 20 marzo 2009, sottolineando che la “legge è stata emanata in un particolare contesto storico caratterizzato dall’emersione di un diffuso fenomeno di corruzione manifestatosi in particolare nel settore della gestione degli appalti di lavori pubblici; di qui la necessità di emanare una serie di rigide regole volte, in particolare, a prevedere criteri trasparenti ed oggettivi nella scelta dei componenti delle commissioni di gara”.

¹¹⁵ V. l’art. 4, comma 1, lett. d) del decreto-legge 13 settembre 2012, n. 158, convertito in legge dell’8 novembre 2012, n. 189, recante: “[Disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute](#)”, che modifica l’art. art. 15, comma 7- bis, lett. a) del d.lgs. del 30 dicembre 1992, n. 502. Il c.d. decreto Balduzzi ha inteso redisciplinare la materia introducendo una serie di principi che vincolano la discrezionalità delle Regioni anche con riguardo all’individuazione dei “criteri” e delle “procedure” per il “conferimento degli incarichi di direzione di struttura complessa”. Al riguardo il legislatore ha previsto infatti la costituzione di “una Commissione composta dal Direttore sanitario dell’Azienda interessata e da tre Direttori di strutture complesse nella medesima disciplina dell’incarico da conferire, individuati tramite sorteggio da un elenco nazionale nominativo costituito dall’insieme degli elenchi regionali dei direttori di struttura complessa appartenenti ai ruoli regionali del Servizio sanitario nazionale” Peraltro, la presenza del Direttore sanitario dell’Azienda interessata tra i membri della Commissione è stata prevista in sede di conversione del decreto, sulla base di un emendamento approvato dalla Camera dei Deputati. La stessa assemblea ha altresì specificato che la Commissione dovrà eleggere un presidente tra i tre componenti sorteggiati, e in caso di parità dei voti, tale carica sarà assegnata al componente più anziano, ed inoltre che in caso di parità nelle deliberazioni della Commissione, prevarrà il voto del Presidente.

¹¹⁶ [CD, XVII legislatura, n. 3416](#). La proposta prevede che la metà dei componenti siano estratti a sorte da una lista di soggetti in possesso delle competenze e dei requisiti necessari allo svolgimento delle funzioni, e per le Commissioni di gara introduce inoltre il principio della rotazione, vale a dire un divieto che riguarda le due gare successive a quella della nomina che abbiano analogo oggetto e medesimo soggetto banditore

e clientelare delle scelte di carattere tecnico e amministrativo da parte dei partiti e del potere politico”.

La selezione casuale esprime, dunque, una razionalità polemica, che risponde alla necessità di adottare un criterio di scelta atto a neutralizzare divisioni, schieramenti e rapporti di forza che potrebbero limitare la libertà della scelta e/o condizionare il risultato.

Come sottolinea Stefano Rodotà, la scelta casuale delle persone chiamate a decidere in un concorso o in un processo “si presenta come una sorta di surrogato di un velo di ignoranza continuamente sollevato dalla forza degli interessi particolari”¹¹⁷.

Il sorteggio, così come la rotazione delle cariche, è dunque uno dei metodi prescritti per escludere che l’esercizio delle funzioni assegnate possa essere influenzato da relazioni fiduciarie delle quali si diffida.

La stessa *ratio* giustificava l’utilizzo del sorteggio per la formazione degli Uffici parlamentari nell’ambito delle assemblee rappresentative ottocentesche in alternativa al voto, che, nel quadro di una concezione unitaria della rappresentanza nazionale, sarebbe stato condizionato da deprecate “partigianerie”.

3.1. “Cricche” e “partigianerie” nell’organizzazione dei parlamenti liberali ottocenteschi

La cultura rivoluzionaria francese alimentando l’ideologia dell’unitarietà e della indivisibilità della rappresentanza nazionale non distingueva tra partiti, fazioni, e sette, e, opponendosi alla precostituzione di schieramenti, aveva accolto il ricorso al sorteggio per la costituzione degli Uffici (*Bureaux*) dell’Assemblea nazionale che in precedenza, nel periodo dell’*Ancien Regime*, erano ripartiti per Province¹¹⁸. Agli Uffici, cui a partire dal 1814 verrà assegnato un fondamento costituzionale¹¹⁹ spettava l’esame preliminare di tutti i progetti di legge, in seduta segreta, e poi la nomina dei membri – uno per ogni *Bureau* - di un’apposita Commissione, che avrebbe completato l’esame del progetto per poi riferire all’Aula, attraverso un Relatore appositamente nominato nel suo seno. Nei fatti – si scriveva - gli Uffici “non discutono, non approfondiscono, ma si limitano alla semplice scelta dei Commissari”¹²⁰.

L’estrazione a sorte degli Uffici (*Bureaux* o *Abteilungen*) parlamentari cui erano affidati compiti organizzativi e preparatori del lavoro parlamentare venne seguita anche da altre assemblee ottocentesche che pure preferirono ispirarsi al modello francese¹²¹, il quale nel periodo della Monarchia di luglio doveva risultare “moderno”¹²², perché “più razionale, più semplice e più

¹¹⁷ S. Rodotà, *Il governo sociale del caso*, cit., pp. 182-183.

¹¹⁸ Si veda l’art. 2 del regolamento dell’Assemblea nazionale del 29 luglio 1789. Agli Uffici era affidata la verifica delle elezioni, e la scelta dei membri delle Commissioni e dei Comitati dell’Assemblea. Ogni Ufficio votava infatti un certo numero di nomi per. I voti espressi dai sei Uffici venivano sommati assieme, e risultavano eletti i più votati.

¹¹⁹ Cfr. l’art. 45 della Carta del 4 giugno 1814. Il sistema degli Uffici verrà poi formalmente mantenuto fino alla fine della terza Repubblica (anche se essi perderanno via via importanza).

¹²⁰ F. Racioppi e I. Brunelli, *Commento allo Statuto del Regno, Volume III*, Torino, Unione tipografico editrice torinese, 1909, p.97.

¹²¹ Sebbene il sistema degli Uffici possa essere stato utilizzato, ancor prima che in Francia, in Olanda: J. Barthelemy, *Essai sur le travail parlementaire et le système des Commissions*, Paris, Librairie Delagrave, 1934, p. 72.

¹²² Così C. Latini, “Una cosa sola formano Parlamento e Governo”. Proroga delle sessioni parlamentari e uso delle commissioni di controllo in Italia durante la Prima guerra mondiale, in *Giornale di Storia costituzionale*, 2009, p. 228.

agile”¹²³, “elemento essenziale di un sistema di lavoro legislativo *organizzato*”, contrapposto alla “disorganizzazione sistematica”¹²⁴ di quello inglese, fondato sulle tre letture, che affidava all’Aula l’organizzazione dell’istruttoria, che poteva imporre una riserva di assemblea - costituendosi come *Committee of the Whole House*- ovvero delegare la terza lettura ad una Commissione appositamente costituita in ragione degli argomenti trattati e delle competenze dei singoli deputati¹²⁵.

La tecnica più utilizzata consisteva nell’estrazione dei nomi da un’urna, operazione che di regola avveniva in seduta pubblica ed era affidata al Presidente dell’Assemblea¹²⁶. Il Presidente poteva però limitarsi a sorteggiare i primi nomi, incaricando gli altri segretari di completare l’operazione¹²⁷.

Tale metodo fu mantenuto nel Parlamento italiano, in Germania, in Belgio, sebbene – come notava Barthélemy – con un’assemblea particolarmente numerosa “tale operazione poteva risultare fastidiosa”¹²⁸.

Per questo, a partire dal 1876-77 in Francia, sia alla Camera che al Senato, l’assegnazione ai diversi Uffici avveniva con l’uso di biglie numerate, corrispondenti ai nomi, che venivano lasciate rotolare su una superficie piana corredata di un certo numero di grossi fori cui era agganciato un tubo, ovvero una nicchia in grado di contenere il numero necessario di biglie¹²⁹.

Di regola il sorteggio avveniva in seduta pubblica ed era effettuato dal Presidente. Eventuali deroghe a questo principio dipendevano da considerazioni di ordine squisitamente pratico, vale a dire dall’esigenza di procedere celermente ad una operazione abbastanza noiosa.

Anche nel *Reich* bismarckiano si utilizzava il sorteggio per la formazione delle Commissioni del *Reichstag*, secondo quanto prescritto dall’art. 2 del regolamento dell’assemblea, sebbene i gruppi politici (*Fraktionen*) assumeranno da subito un ruolo preponderante nell’organizzazione dei lavori parlamentari¹³⁰.

¹²³ Sul dibattito tedesco-prussiano e sulle ragioni che vennero evocate a favore di tale scelta, v. A.G. Manca, *La sfida delle riforme. Costituzione e politica nel liberalismo prussiano (1850-1866)*, Bologna, Il Mulino, 1995, pp. 247 ss, p. 249, che cita al riguardo un articolo di G. Cohen, *Parlamentarische Studien*, in *Preußischer Jahrbücher*, III, 1859, p. 154.

¹²⁴ J. Barthelemy, *Essai sur le travail parlementaire et le système des Commissions*, Paris, Librairie Delagrave, 1934, p. 73., il quale annotava anche (p. 373) :“se uno mi domandasse qual è la maggiore differenza tra il parlamentarismo francese e quello dell’Inghilterra, io direi che è l’assenza delle Commissioni a Westminster. Il regime parlamentare inglese è un regime inorganico che finisce col dare preponderanza alla più bassa burocrazia”.

¹²⁵ Tale modello veniva accolto anche nel regolamento dell’assemblea prussiana del 1849, anche se, soprattutto da parte dei liberali, si tornò continuamente a proporre una riforma regolamentare atta a spostare nelle Commissioni il baricentro dei lavori parlamentari: al riguardo si veda A.G. Manca, *La sfida delle riforme. Costituzione e politica nel liberalismo prussiano (1850-1866)*, Bologna, Il Mulino, 1995, pp. 247 ss.

¹²⁶ In Francia fino all’approvazione del regolamento parlamentare del 25 giugno 1874 l’assegnazione casuale dei deputati dell’Assemblea nazionale ai diversi Uffici, prevista già nei regolamenti parlamentari del 29 luglio 1789 e del 18 ottobre 1791, avveniva sulla carta, utilizzando l’ordine alfabetico, così che il primo deputato veniva assegnato al primo Ufficio, il secondo al secondo, e così via. Ad ogni rinnovo degli Uffici si applicava un correttivo (si cominciava dalla lettera successiva), in maniera da imporre la rotazione dei parlamentari (Barthelemy, *cit.*, pp. 73-75).

¹²⁷ J. Barthelemy, *cit.*, p. 75, nel 1934 scriveva: “sono stato per otto anni un deputato assiduo; per due anni sono stato un Segretario fedele della Camera. A dire la verità devo dire che non ho mai visto un sorteggio di Uffici che sia stato effettuato in seduta pubblica da parte del Presidente. L’operazione viene svolta, nei fatti, dai funzionari della Camera, come prescriveva, di diritto, il regolamento dell’Assemblea costituente”.

¹²⁸ J. Barthelemy, *Ibidem*, p.75.

¹²⁹ J. Barthelemy, *Essai sur le travail parlementaire, cit.*, p. 75.

¹³⁰ Il regolamento del 29 maggio 1848 dell’Assemblea nazionale di Francoforte affidava a 15 Sezioni (*Abteilungen*) estratte a sorte anzitutto la verifica delle elezioni, in secondo luogo l’elezione dei membri delle Commissioni parlamentari e soprattutto il primo esame delle proposte da istruire in Aula; di fatto, però, la funzione elettiva risultò da subito fortemente condizionata dagli schieramenti politici: M. Botzenhart, *Deutscher Parlamentarismus in der Revolutionszeit. 1848/1850*, Düsseldorf, 1977, p. 489. L’art. 26 del regolamento del Reichstag affidava agli Uffici

La procedura però era diversa, e riprendeva quella già seguita per la formazione degli Uffici (Dipartimenti) della Camera dei Deputati prussiana. I nomi dei deputati venivano infatti estratti uno ad uno dall'urna, e venivano assegnati, in successione, a ciascuno dei sette Uffici del *Reichstag*; una volta che il settimo deputato era stato scelto per l'ultimo Ufficio, a partire dall'ottavo si ricominciava il giro¹³¹.

Il modello degli Uffici, formati per sorteggio, veniva utilizzato anche nella Camera dei Deputati belga¹³², nella Seconda camera del Parlamento olandese¹³³, e nel Congresso dei Deputati spagnolo (a partire dal 1838 fino al 1867 e durante la prima Repubblica)¹³⁴, e concepito come un "salutare contrappeso" alle maggioranze dei partiti¹³⁵

In Italia, venne accolto in entrambi i rami del Parlamento il sistema degli Uffici¹³⁶ (fatta salva una breve parentesi tra il 1868 e il 1873) cui fino al 1920 si affiancarono Commissioni *ad hoc* non

(*Abteilungen*) l'elezione dei membri delle Commissioni, anche se tale scelta avveniva nella prassi nell'ambito della *Seniorenkonvent*, che, sebbene non riconosciuta formalmente quale organo parlamentare, di fatto riuniva i coordinatori delle diverse *Fraktionen*, e corrisponde, in altre parole, ad una Conferenza dei Capigruppo (A.G. Manca, *cit.*, p. 309).

¹³¹ J. Hatscheck, *Das Parlamentsrecht des Deutschen Reich*. Erster Teil, Berlin-Leipzig, Göschen'sche Verhandlung, 1915, pp. 224-225.

¹³² V. l'art. 52 e l'art. 53 del Regolamento, che prescriveva un rinnovo mensile. J. Hatscheck spiega la lenta affermazione del modello delle Commissioni specializzate, che saranno previste solamente a partire dal 1889, con le dimensioni contenute dello Stato e del suo bilancio (p. 139).

¹³³ L'articolazione della Camera in Uffici formati per sorteggio, con funzione referente, era prescritto dall'art. 6 della Costituzione del 1848. Accanto gli Uffici però si imposero da subito le Commissioni che pure procedevano all'istruttoria sui progetti e riferivano all'Assemblea. La riforma regolamentare del 1888 riconobbe alle Commissioni una doppia funzione, referente o redigente: sulla "lotta" per l'autonomia delle Commissioni nell'esame e nella preparazione dei progetti a partire dal 1849 v. J. Hatscheck, *cit.*, pp.135-136.

¹³⁴ Così prescrivevano gli artt. 39 e 60 ss. del Regolamento parlamentare del 4 maggio 1847. Il regolamento venne novato dopo l'approvazione della legge del 20 aprile 1864. Il regolamento del 25 giugno 1867 introdusse infatti l'elezione assembleare delle Commissioni. Dopo la Restaurazione, nel mese di febbraio 1876 il Congresso deliberò l'adozione del regolamento parlamentare del 4 maggio 1847, ripristinando il sistema degli Uffici introdotto sin dal 1838 sul modello francese. Si veda al riguardo, M.V. Fernández Mera, *La evolución de las comisiones parlamentarias: la creación de las comisiones permanentes legislativas*, in *Cuadernos de Derecho Público*, 2008, pp. 89 ss.

¹³⁵ J. Hatscheck, *cit.*, p. 142, stigmatizza una „*Parteimajorisierung*“.

¹³⁶ Cfr. l'art. 2 del regolamento della Camera dei Deputati del 2 marzo 1863 e gli artt.8 e 10 del regolamento della Camera dei Deputati del 1 giugno 1888 (nel 1868 il sistema degli Uffici fu superato con la costituzione di un Comitato privato dell'intera camera, che per ogni progetto eleggeva una Commissione di 7 membri, ma tale modello fu poi considerato inefficiente: F. Racioppi e I. Brunelli, *cit.*, p. 102). Il sorteggio degli Uffici - nove alla Camera dei Deputati (sette fino al 1860) e cinque al Senato - avveniva in seduta pubblica, raccogliendo in un'urna i nomi dei deputati e dei senatori (questi ultimi solo se "non notoriamente impediti dal fare atto di presenza nel tempo da trascorrere": M. Mancini e U. Galeotti, *Norme ed usi del Parlamento italiano*, *cit.*, p. 212), esclusi i Presidenti (a partire dal 1863), e compresi i Ministri che facevano parte della Camera. A cadenza bimestrale (con una eventuale proroga per i "disegni di legge di qualche mole"), i nomi venivano estratti uno alla volta: "gli altri segretari vanno di mano in mano scrivendo i nomi estratti su (..) liste distinte, notando il primo nome estratto sulla prima lista il secondo sulla seconda e così via": *Ibidem*). Tale sistema venne mantenuto formalmente fino alle riforme dell'estate del 1920, quando il terremoto provocato dall'introduzione del sistema elettorale proporzionale imporrà, in quanto non più procrastinabile, un riconoscimento del partito politico, con l'introduzione dei gruppi, e l'organizzazione in commissioni permanenti competenti per materia, formate in proporzione alla consistenza numerica dei gruppi (G. Ambrosini, *Partiti politici e gruppi parlamentari dopo la proporzionale*, Firenze, Soc. an. Editrice La Voce, 1921). Tali regole restarono in vigore fino quando il regime del partito unico e la riforma fascista del 1924, travolsero il sistema delle Commissioni permanenti "nate come espressione tipica del pluripartitismo": sul punto, L. Elia, (*voce*) *Commissioni parlamentari*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. VII, Milano Giuffrè, 1960, *ad vocem*, p. 896). Per quanto concerne il Senato, si vedano gli artt.15 e 18 del regolamento del Senato, che, considerando anche la natura non elettiva dell'assemblea, non verranno modificati fino alla nascita della Repubblica (fatta salva l'istituzione di una Commissione permanente per la politica estera, nel 1920, che si affiancava alla Commissione per la Finanza prevista

permanenti¹³⁷ formate da membri eletti dagli stessi Uffici (a maggioranza assoluta¹³⁸), in numero di uno per ogni Ufficio, dopo una discussione sommaria delle proposte da esaminare, ovvero - ai sensi dell'art. 33, n. 4, e dell'art. 34 del regolamento del Senato - da Senatori estratti a sorte¹³⁹.

In alcuni ordinamenti esso veniva utilizzato, in particolare, per scongiurare una divisione per province, ovvero la sovrarappresentazione di alcune circoscrizioni territoriali nell'ambito delle Commissioni. Il regolamento autonomo del *Reichstag* austriaco del 1861 prevedeva ad esempio l'articolazione dell'assemblea in nove Sezioni, i cui membri erano sorteggiati tra i deputati dei singoli Länder; un metodo, questo, che verrà applicato fino al 1873, quando il criterio della nazionalità risulterà superato e la scelta sarà invece dettata dal criterio dell'appartenenza ai gruppi politici¹⁴⁰.

Il sorteggio degli "Uffizi" – come scrivevano Mancini e Galeotti – “determina la prevalenza del senso comune sul tecnicismo”¹⁴¹. Tale metodo era funzionale, come scriveva Racioppi, a “sgominare, coi sorteggi a brevi periodi, le piccole fazioni e camarille che altrimenti s'imporrebbero anche nel primo stadio della preparazione delle leggi”¹⁴², ovvero, riprendendo le parole di Julius Hatscheck, a “interrompere la formazione di cricche nella conduzione dei lavori parlamentari”, tutelando “l'individualità dei deputati contro la tirannia dei partiti”¹⁴³, e col tempo venne a sancire il tentativo di difendere la “vecchia” idea oligarchica della rappresentanza unitaria della nazione negando la progressiva affermazione dei partiti politici, che comunque condizionavano nella prassi l'organizzazione e i lavori parlamentari attraverso organi e procedure che trovarono un riconoscimento formale solamente nel primo Dopoguerra, quando vennero finalmente sanciti di criteri dell'“appartenenza politica” e della “competenza”¹⁴⁴.

I gruppi e i partiti politici, che pure al volgere del secolo si imposero assieme alle grandi masse sulla scena politica, vennero infatti riconosciuti nei regolamenti parlamentari formalmente

sin dal 1848 e alle Commissioni preposte alla verifica dei titoli, alle petizioni, alla contabilità interna e alla biblioteca, istituite nel frattempo, che venivano nominate all'inizio di ogni sessione).

¹³⁷ L. Elia, *Commissione parlamentare*, in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. VII, Milano, Giuffrè, 1960, pp. 895 ss.

¹³⁸ M. Mancini e U. Galeotti, *op. cit.*, p. 217, i quali annotano anche il rigetto da parte del Senato della proposta formulata dalla sua Commissione per il regolamento il 14 aprile 1883 di ridurre tale *quorum* alla maggioranza relativa per abbreviare le operazioni.

¹³⁹ Si tratta di una delle modalità di nomina contemplata quale alternativa all'elezione da parte degli Uffici (art. 33, n.1, RRS), all'elezione a scrutinio di lista e a maggioranza assoluta da parte dell'assemblea (n.2), alla nomina da parte del Presidente su richiesta dell'Assemblea (n. 3).

¹⁴⁰ K. Neisser, *Die Geschäftsordnung des Abgeordnetenhauses des Reichsrates. Ihre Geschichte und ihre praktische Handhabung von 1861 bis 1909*. II, Wien-Leipzig, Braumüller, 1909, J. Hatscheck, *Das Parlamentsrecht des Deutschen Reich*. Erster Teil, Berlin-Leipzig, Göschen'sche Verhandlung, 1915, p. 157.

¹⁴¹ M. Mancini e U. Galeotti, *Norme ed usi del Parlamento italiano*, Roma, Tipografia della Camera dei Deputati, 1887, p. 211, pur apprezzando il criterio della competenza dei singoli deputati cui si informa il sistema delle Commissioni, commentano che “giova spesso che anche i giuristi debbano occuparsi di torpedini, i marinai di pandette, giacché non si apprende se non trattando delle cose; ed un'opinione pubblica non arriva a formarsi un concetto esatto su questo o su quell'argomento per il concorso di alcuni competentissimi, bensì per lo studio sereno, spassionato, sincero che vi hanno portato moltissimi, magari in voce di non essere competenti”.

¹⁴² F. Racioppi e I. Brunelli, *Commento allo Statuto del Regno, Volume III*, Torino, Unione tipografico editrice torinese, 1909, p. 97.

¹⁴³ J. Hatscheck, *cit.*, p. 139, commentando il buon funzionamento dell'assemblea belga, la cui organizzazione all'inizio del XX secolo si informava anch'essa al modello francese degli Uffici in base all'art. 52 del suo regolamento.

¹⁴⁴ F. Rossi, *Senato – Regolamenti (1848-1947)*, in *Dizionario del liberalismo italiano*, Soveria Mannelli, Rubettino, 2011, *ad vocem*.

molto¹⁴⁵, e forse troppo tardi¹⁴⁶. Il sistema degli Uffici costituiti col metodo del sorteggio, già superato dalla prassi, venne definitivamente cancellato anche dalla carta soltanto dopo che le riforme elettorali sancirono l'esigenza oramai improcrastinabile di rifondare l'unità statale, e dunque anche ripensare il ruolo del parlamento, tenendo conto delle manifestazioni del pluralismo sociale e politico.

La concezione del sorteggio quale strumento atto a scongiurare le insidie derivanti del peso eccessivo delle "correnti" politiche nei confronti dei membri di un collegio che si vorrebbe anzitutto imparziale riemerge periodicamente persino nell'ambito del dibattito circa l'opportunità di modificare le procedure di nomina dei membri togati del Consiglio superiore della magistratura¹⁴⁷.

L'idea che "le gravissime deformazioni correntizie dei vari sistemi elettorali avvicendatisi, per l'organo di autogoverno dei magistrati, si sormontano soltanto con una riforma radicale: il ricorso al sorteggio tra i candidati appartenenti all'ordine giudiziario" – così si leggeva già nella relazione di accompagnamento ad una proposta di revisione costituzionale presentata nel 1971¹⁴⁸ - ritorna, anche quando si prospetta l'adozione di un sistema misto basato sull'elezione dei magistrati nell'ambito di una rosa di nomi sorteggiati, e si argomenta, ad esempio, che "questa fase preliminare, affidata alla sorte, consentirebbe di poter eleggere soggetti non sostenuti dalle correnti, slegati da meccanismi di favore/scambio, unicamente dediti alle mansioni consiliari senza vincoli di vicinanza, familiarità e amicizia, che molti danni possono provocare all'immagine

¹⁴⁵ V. A.G. Manca, *Pubblicità e organizzazione del lavoro parlamentare nella Germania costituzionale (1815-1918)*, in *Giornale di Storia costituzionale*, 2003, p. 299, il quale, sottolineando il silenzio dei regolamenti parlamentari riguardo ai gruppi politici, parla di una "tradizione giuridico-positiva dura a morire".

¹⁴⁶ In questo senso S. Merlini, *Il governo costituzionale*, in R. Romanelli (ed.), *Storia dello Stato costituzionale dall'Unità ad oggi*, 1995, pp. 34-35, che ricorda come le dimissioni del Governo Giolitti del 1909 furono legate proprio al disaccordo riguardo alle nomine dei membri della Commissione incaricata di esaminare il bilancio da parte degli Uffici, e ipotizza che la costituzione formale dei gruppi parlamentari prima delle riforme del 1920 avrebbe indotto la dirigenza dei partiti politici di allora ad esercitarsi per tempo con la democrazia parlamentare e con i suoi strumenti di controllo. Con riguardo all'esperienza del parlamento imperiale tedesco, A.G. Manca, *Pubblicità e organizzazione del lavoro parlamentare, cit.*, p. 305, riprende il dibattito dell'epoca sull'indipendenza dei deputati eletti nell'ambito di collegi maggioritari uninominali rispetto alle direttive di partito, cui contribuiva anche la "consuetudine, sempre rispettata dai regolamenti parlamentari tedeschi fino a Weimar, di ignorare del tutto l'esistenza dei partiti all'interno del Parlamento". I gruppi parlamentari (*Fraktionen*), infatti furono riconosciuti formalmente solamente dal regolamento del *Reichstag* weimariano del 12 dicembre 1922, che gli affidava il compito di formare le Commissioni (artt. 7-9 GO-RT).

¹⁴⁷ Le voci favorevoli all'introduzione del sorteggio per la designazione dei componenti togati del CSM sono state consegnate soprattutto alla stampa dei quotidiani, a partire dalla proposta dell'allora Ministro della Giustizia Angelino Alfano, formulata nell'estate del 2009, basata sul sorteggio dei magistrati candidabili e su votazioni separate riservate ai giudici e ai PM. Per una ricostruzione del dibattito nella stampa riguardo alle proposte di riforma formulate nel periodo 2009-2010, v. E. Tira, *Elezioni per il rinnovo del Csm*, in *Rivista AIC*, n. 0/2010, pp. 1-5. Nell'ambito dell'editoria giuspubblicistica, si vedano M. Cecchetti, *Giustizia e politica: spunti di riflessione e linee di priorità per un rinnovato equilibrio tra i poteri della Repubblica*, in *Federalismi.it*, n. 16/2008, pp. 1-8, p. 6; S. Mazzamuto, *Per una riforma del sistema elettorale del Consiglio Superiore della Magistratura e della Sezione disciplinare*, in "Giustizia insieme", n. 1-2/2011.

¹⁴⁸ V. la proposta di legge d'iniziativa dei deputati Almirante e altri, recante «Modifica degli articoli 104, 105, 107 della Costituzione sulla funzione giurisdizionale» (Camera dei deputati, [Atto C.3568](#)) del 23 luglio 1971. Le stesse parole si leggono anche nel disegno di legge d'iniziativa dei Senatori Buemi e altri: "Modifica dell'articolo 104 della Costituzione per l'elezione dei componenti del Consiglio superiore della magistratura mediante sorteggio" ([Atto S. 1547](#)) del 30 giugno 2014, e analogamente, nel disegno di legge di revisione costituzionale "Riforma del Titolo IV della Parte II della Costituzione" ([Atto C. 4275](#)) del 7 aprile 2011, l'introduzione del sorteggio si giustifica con l'intento di "contrastare la «correntocrazia»".

e alla funzione propria della magistratura”¹⁴⁹, ma si scontra ogni volta con la volontà di tutelare la “rappresentatività” e la “democraticità”¹⁵⁰ di un organo necessariamente “politico”, in quanto concepito come presidio di garanzia dell’indipendenza della magistratura dagli altri poteri dello Stato¹⁵¹, e dunque di non recidere il rapporto che lega i membri eletti alle diverse componenti presenti in seno alla magistratura.

In ogni modo, il sorteggio, quando venga invocato per la formazione di organi collegiali, esprime sempre una razionalità polemica, perché animata dalla volontà di escludere i “cattivi” condizionamenti, quali che essi siano, a seconda del contesto.

Così accade, ad esempio, nella formazione delle rappresentanze dei detenuti e degli internati previste dagli artt. 12, 27 e 31 dell’Ordinamento penitenziario, per le quali si prescrive un sorteggio, secondo le modalità stabilite dal regolamento dei singoli istituti penitenziari.

Nelle carceri, infatti, l’organizzazione delle attività culturali, sportive e ricreative dei detenuti, e la gestione della biblioteca sono affidate ad un’apposita Commissione, composta dal direttore dell’istituto, dagli educatori e dagli assistenti sociali e dalle rappresentanze. La selezione casuale è funzionale, da un lato, a disarticolare il rapporto tra i detenuti e gli internati, e dall’altro, ad evitare la composizione possa essere condizionata da eventuali “gruppi di potere”, ovvero rapporti di “dipendenza” e di “contrapposizione tra elementi singoli e associati”¹⁵².

Mutatis mutandis, questi sono gli stessi argomenti utilizzati per spiegare il ricorso al sorteggio - puro ovvero misto ad elezioni - nella formazione delle Commissioni accademiche preposte al reclutamento della docenza universitaria sin dalla riforma del 1921¹⁵³, illustrati assertivamente dal

¹⁴⁹ L. Spaventi, *Il sistema del c.d. “sorteggio” per la nomina dei componenti togati del Consiglio superiore della magistratura*, in *La riforma del sistema elettorale per l’elezione dei componenti togati del Consiglio superiore della magistratura. Analisi e proposte del Gruppo di Autonomia e Indipendenza*, 25 settembre 2016, p. 24.

¹⁵⁰ In questo, v. soprattutto R. Romboli, *Una riforma “epocale” della giustizia o un riassetto del rapporto tra poteri? (Osservazioni al DDL costituzionale n. 4275 presentato alla camera dei deputati il 7 aprile 2011)*, in *Rivista AIC*, n. 3/2011, p. 8; simil. E. Bruti Liberati, *Intervento alla Tavola rotonda su La riforma costituzionale della giustizia*, in F. Biondi, M.G. Di Renzo Villata e N. Zanon (a cura di), *L’ordinamento giudiziario a cinque anni dalla riforma. Un bilancio tra spinte all’efficienza e servizio ai cittadini. Atti del Convegno di Milano, 21 giugno 2011*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 151; G. Tamburrino, *Ancora sul sistema elettorale per il CSM*, in *Giustizia insieme*, n. 1-2/2011, pp. 99-106).

¹⁵¹ In questo senso, v. soprattutto G. Ferri, *Il Consiglio Superiore della Magistratura e il suo Presidente. La determinazione dell’ordine del giorno delle sedute consiliari nella prassi costituzionale della presidenza Cossiga*, Padova, 1995, *passim*.

¹⁵² G. La Greca, *Art. 31. Costituzione di rappresentanze dei detenuti e degli internati*, in V. Grevi, G. Giostra e F. Della Casa (eds.), *Ordinamento penitenziario commentato*, p. 405; R. Alessandri e G. Catelani, *Codice penitenziario*, Lauros Robuffo, 1980, p. 268; S. Bellomia, *Ordinamento penitenziario*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXX, Milano, Giuffrè, 1980, p. 925, critica invece il metodo del sorteggio, ritenendolo limitativo del valore partecipativo insito nell’istituto della Commissione carceraria

¹⁵³ Sull’evoluzione della legislazione sul reclutamento universitario e sul dibattito relativo all’opportunità di adottare il metodo del sorteggio per la formazione delle Commissioni, che fu proposto già nel 1914 (Ministero della Pubblica Istruzione, Commissione Reale per il riordinamento degli studi superiori, *Relazioni e proposte. Parte I. Relazione generale - rel. prof. L. Ceci - e schema delle proposte*, Roma, Tipografia operaia romana cooperativa, 1914, pp. 171-183) v. M. Moretti e I. Porciani, *Il reclutamento accademico in Italia. Uno sguardo retrospettivo*, in *Annali di Storia delle Università italiane*, Bologna, Cooperativa Libreria Editrice, n. 1/1997, pp. 1-15 (www.cisui.unibo.it/annali/01/annali_01.h), che sottolineano anche che nell’Italia Repubblicana, fino all’approvazione della legge del 1973, “la base elettiva per facoltà faceva sì che potenti gruppi di pressione fossero in grado di condizionare l’elezione delle commissioni anche al di fuori di uno specifico ambito disciplinare”, e G. Palermo, *Storia della cooptazione universitaria*, in *Quaderni storici*, n. 1/2010, pp. 171-213, il quale affronta la questione di petto, scrivendo, a p. 176, che: “Gli universitari hanno sempre difeso il diritto di essere considerati gli unici idonei a valutare la qualità e le capacità scientifiche dei loro aspiranti colleghi ottenendo che le commissioni siano composte esclusivamente da professori. Proprio per questa loro capacità di giudizio non dovrebbero tuttavia esserci ragioni particolari per preferire un particolare docente piuttosto che un altro, visto che tutti i docenti, proprio in quanto tali, offrono garanzie scientifiche sufficienti. Al contrario, la predilezione per il sistema elettivo lascerebbe intendere che il mondo accademico non ritiene che tutti

Governo italiano nell'ambito della riforma del sistema di reclutamento dei professori universitari approvata nel 2010¹⁵⁴; un modello di sorteggio “non puro”, ma “più temperato, tra presunti ottimati”¹⁵⁵, atto a “ridurre l'incidenza delle logiche di «scuola» rispetto alla serena valutazione dei candidati”¹⁵⁶

4. L'(ir)razionalità polemica del sorteggio: il dibattito sulla selezione casuale dei colleghi rappresentativi

Negli ultimi anni il sorteggio, quale metodo di scelta alternativo alle votazioni elettive, ha suscitato un crescente interesse tra gli studiosi delle istituzioni, anche attraverso la formulazione di una lunga serie di proposte che ne farebbero uno strumento idoneo per la formazione di forum e assemblee “rappresentative” (le virgolette sono d'obbligo), dotate di funzioni consultive, di controllo e persino deliberative¹⁵⁷.

Il dibattito sulla selezione casuale in politica, animato anche da numerosi lavori a carattere monografico, come quelli di Oliver Dowlen¹⁵⁸, Barbara Goodwin¹⁵⁹, Peter Stone¹⁶⁰, Yves Sintomer¹⁶¹, Ania Röcke¹⁶², Hubertus Buchstein¹⁶³, Keith Sutherland¹⁶⁴, David Van

i suoi componenti abbiano capacità sufficienti per essere esaminatori affidabili. Da qui la necessità di scegliere quelli idonei. O in alternativa lascia presupporre che i docenti non abbiano semplicemente capacità speciali nel giudizio dei candidati, ma che abbiano anche capacità speciali nel giudicare la capacità di valutazione dei loro colleghi (e di se stessi), cosa che, oltre ad essere un po' pretenziosa, produce un evidente vizio logico nell'impianto elettivo stesso (...).”

¹⁵⁴ V. Lamonaca, *L'impatto del c.d. “Collegato lavoro” 2010 sull'ordinamento universitario*, in *La riforma dell'università tra legge e statuti. Analisi interdisciplinare sulla legge n. 240/2010*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 269, al riguardo parla di una “cieca e demagogica lotta al «baronato»” da parte del Governo.

¹⁵⁵ Questa è la valutazione cautamente ottimista di V. Zeno Zencovich, *Ci vuole poco per fare una università migliore. Guardando oltre la «Riforma Gelmini*, Fagnano Alto, Il Sirente, 2011, p. 87. Tra i giudizi critici sul ricorso al sorteggio per la formazione delle Commissioni universitarie di concorso, in quanto metodo atto a “deresponsabilizzare” i valutatori: A. Finazzi Agrò in un'intervista pubblicata nel volume di C. Zagaria, *Processo all'università: cronache dagli atenei italiani tra inefficienze e malcostume*, Bari, Edizioni Dedalo, 2007, pp. 237 ss. (perché “chi è stato scelto dalla sorte si sente sollevato da qualsiasi obbligo”), M. Ricci, *Reclutamento e stato giuridico dei professori e dei ricercatori di ruolo*, in *La riforma dell'università tra legge e statuti, op. cit.*, pp. 135-136 (“perché si attribuiscono poteri di cooptazione molto forti ad una Commissione formata casualmente, con risultati incerti rispetto all'obiettivo di una selezione più meritocratica”), A. Bellavista, *Il reclutamento dei Professori e dei Ricercatori universitari dopo la legge “Gelmini”*, in *Rivista AIC*, n. 3/2012, p. 8 (perché “il criterio elettivo permette una legittimazione dei commissari da parte della medesima comunità, responsabilizzandoli a tenere conto di tutti i punti di vista e di tutte le linee di pensiero ivi diffuse”).

¹⁵⁶ R. Manfrellotti, *Studenti, diritto allo studio, livelli essenziali*, in A. Arcari e G. Grasso (a cura di), *Ripensare l'Università. Un contributo interdisciplinare sulla legge n.240*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 220.

¹⁵⁷ Y. Sintomer, *Il potere al popolo, cit.*, pp. 98 ss.; *Petite histoire de l'expérimentation démocratique. Tirage au sort et politique d'Athènes a nos jours*, Paris, Edition La Découverte, 2011 [trad. *Das demokratische Experiment. Geschichte des Losverfahrens in der Politik von Athen bis Heute*, Wiesbaden, Springer Verlag, 2016].

¹⁵⁸ O. Dowlen, *The Political Potential of Sortition. A Study of the Random Selection of Citizens for Public Offices*, Exeter, Imprint Academy, 2009, nonché il volume curato assieme a G. Delannoi, *Sortition: Theory and Practice*, Exeter, Imprint Academy, 2010.

¹⁵⁹ B. Goodwin, *Justice by Lottery*, Chicago, The University of Chicago Press, 1992.

¹⁶⁰ P. Stone, *The Luck of the Draw, cit.*

¹⁶¹ Y. Sintomer, *Le pouvoir au peuple. Jurys citoyens, tirage au sort et démocratie participative*, Paris (trad. *Il potere al popolo. Giurie cittadine, sorteggio e democrazia partecipativa*, Bari, Edizioni Dedalo, 2009)

¹⁶² A. Röcke, *Losverfahren und Demokratie*, Münster, LIT, 2005.

¹⁶³ H. Buchstein, *Demokratie und Lotterie. Das Los als politisches Entscheidungsinstrument von der Antike bis zur EU*, Frankfurt-New York, Campus Verlag, 2010.

¹⁶⁴ K. Sutherland, *A People's Parliament*, Exeter, Imprint Academy, 2008.

Reybrouck¹⁶⁵, Lyn Carson e Brian Martin¹⁶⁶, Ernest Callenbach e Michael Philips¹⁶⁷, Anthony Barnett e Peter Carty¹⁶⁸, evidenzia la volontà di escludere, attraverso il sorteggio, le “cattive ragioni” della politica, la rigidità degli schieramenti partitici che contrappongono determinati interessi parziali, la professionalizzazione dei rappresentanti eletti, con i conseguenti fenomeni di clientelismo, corruzione, e commistione di interessi pubblici e privati.

Alle spalle di queste riflessioni vi è, da un lato, la letteratura anglo-sassone sull’istituto della giuria popolare, basata sulla selezione casuale dei membri del collegio tra tutti i cittadini¹⁶⁹; dall’altro, gli studi storici e storiografici sul sorteggio degli Uffici nella democrazia ateniese del V e IV secolo a.C.¹⁷⁰, e sul sistema misto di elezione, sorteggio e cooptazione per l’assegnazione

¹⁶⁵ D. Van Reybrouck, *Gegen Wahlen. Warum abstimmen nicht demokratisch ist*, Göttingen, Wallstein Verlag, 2013.

¹⁶⁶ L. Carson e B. Martin, *Random Selection in Politics*, Westport, Praeger Publishers, 1999.

¹⁶⁷ E. Callenbach e M. Philips, *A Citizens Legislature*, Berkeley, Imprint Academy, 1985

¹⁶⁸ A. Barnett e P. Carty, *The Athenian Option. Radical Reform of the House of Lords*, Exeter, Imprint Academy, 1998.

¹⁶⁹ Cfr., ad es., le argomentazioni di J. Gastil, E.P. Deess e P. Weiser, *Civic Awakening in the Jury Room: A Test of the Connection between Jury Deliberation and Political Participation*, in *The Journal of Politics*, n. 2/2002, pp. 585-595;

¹⁷⁰ La prima trattazione compiuta sulla funzione politica (e non religiosa) del sorteggio si deve a J.W. Headlam, *Election by Lot at Athens*, Cambridge, Cambridge University Press, 1891, insignita del *Prince Consort Price* dell’Università di Cambridge per l’originalità della ricerca. Il lavoro è basato essenzialmente sui testi di Plutarco, Isocrate, Lisia, Platone, e Aristotele (*Retorica* e *La politica*). Quando nel 1890 si scoprì il papiro contenente il testo della *Costituzione degli Ateniesi* di Aristotele, cui oggi dobbiamo la conoscenza piuttosto dettagliata dell’organizzazione del governo democratico di Atene nel IV e V sec. a.C. e delle pratiche del sorteggio delle cariche pubbliche, il manoscritto di Headlam era già pronto per la stampa, e così l’A. si limitò ad aggiungere una breve appendice al testo (pp. 183-190). Con le riforme di Clistene i cittadini – circa 40-45 mila – non venivano più distinti per etnia, ma suddivisi su base territoriale in dieci tribù, ognuna ripartita in terzi (*trittie*). Nell’Assemblea (*ekklesia*), aperta a tutti coloro che godevano dello status di cittadini, la partecipazione si informava al principio dell’eguale diritto di parola (*isegoria*). L’Assemblea si riuniva circa 40 volte l’anno, di fatto riuniva circa 5-6mila persone (M. Finley, *Democracy Ancient and Modern*, London, Chatto and Windus, 1973, trad. it. *La democrazia degli antichi e dei moderni*, 3. Ed., Roma-Bari, Laterza, 2010, pp. 19-20). Il cittadino chiamato a presiedere l’assemblea era scelto ogni volta per sorteggio. L’amministrazione del governo era affidata ad un Consiglio (*boulè*) formato da 500 membri estratti a sorte in numero di cinquanta per ognuna delle dieci Tribù. I membri dei diversi gruppi assumevano le funzioni che oggi diremmo esecutive, compresa la determinazione dell’ordine del giorno delle riunioni dell’assemblea, per un periodo di 36 giorni (*pritanie*), a rotazione, in base ad un ordine che veniva pure determinato con un sorteggio (Aristotele, *La Costituzione degli Ateniesi*, par. 43-44). U. Paoli, *Studi di diritto attico*, Firenze, Università degli Studi di Firenze, 1930, p. 206, spiega anche che “la riforma clistenica mirava appunto a costituire dei raggruppamenti stabili di cittadini il cui ufficio principale fosse l’esplicazione dell’attività statale indipendentemente dagli antichi rapporti che congiungevano gli appartenenti alle tribù genetiche e indipendentemente da interessi locali”. Considerando la speranza di vita di allora, si è calcolato che ogni cittadino poteva contare sulla ragionevole certezza di un sorteggio almeno una o due volte nella vita. D. Musti, *Demokratia. Origini di un’idea*, Roma-Bari, Laterza, 1995, pp. 151-152, sottolinea che proprio “il criterio di formazione della *boulè*, che sorteggiata tribù per tribù, ha nelle pritanie che si succedono i suoi rotanti centri di potere” garantiva la rappresentatività nel governo di un territorio vasto con una popolazione urbana numerosa. Ad Atene ogni anno venivano sorteggiati inoltre tra tutti i cittadini che avevano più di trent’anni circa 1100 funzionari preposti all’amministrazione della Città, ad eccezione delle magistrature “di tesoriere militare, di intendente dello spettacolo e di curatore delle fonti”, ed esclusi anche “tutti i titolari degli uffici che hanno attinenza con la guerra” (Aristotele, *La Costituzione degli Ateniesi*, par. 43 e 61). Anche i membri delle giurie popolari, 6000 cittadini in tutto, ripartiti in collegi formati da circa 600 giurati, venivano designati attraverso un sorteggio. Essi mantenevano l’incarico per un anno. Il sorteggio delle giurie popolari era, peraltro, una pratica diffusa anche in altre Città dell’antica Grecia (P. Frölich, *Les cités grecques et le contrôle des magistrats, IVe- Ier siècle avant J.-C.*, Genève, Droz, 2004, pp. 363 ss.). Per le operazioni di sorteggio ad Atene si utilizzava anche un grande manufatto in marmo denominato *kleroterion*, che consentiva di selezionare diverse persone per volta (per una descrizione dettagliata della procedura, v. M.H. Hansen, *The Athenian Democracy in the Age of Demosthenes. Structure, Principles, and Ideology*, Oxford, Basil Blackwell, 1991, trad. it. *La democrazia ateniese nel IV secolo a.C.*, Milano, LED Edizioni universitarie, 2003, pp. 294-295); O. Dow, *Aristotle, the Kleroteria, and the Courts*, in P.J. Rhodes (Ed.), *Athenian Democracy*, New York, Oxford University Press, 2004, pp. 62-94; P. Demont, *Le ἀληρωτήριον (« machine à tirer au sort ») et la démocratie athénienne*, in *Bulletin de*

delle cariche di governo utilizzato nelle Repubbliche di Venezia¹⁷¹ e Firenze¹⁷² e a partire dai secoli XIII e XIV e dal XIII secolo.

l'Association Guillaume Budé, n. 1/2003, pp. 26-52. Al sorteggio delle cariche si accompagnava, inoltre, la rotazione: come spiega U. Paoli, *Studi di diritto attico*, cit., p. 209, “il sorteggiato, infatti, non poteva esser più eletto, tranne che all’ufficio di buletta, essendo questo l’unico ufficio nel quale il ciclo di avvicendamento poteva esaurirsi tutto nei trent’anni in cui durava l’eleggibilità. Il sorteggio serve essenzialmente a garantire nell’interno della tribù la parità dei diritti fra *φύλται* (...). Ma veniva anche adottato per assicurare la parità di diritti fra tribù”. In sostanza “la sorte designa chi dev’essere chiamato subito e chi, non venendo estratto, è rimandato” a tempi successivi.

¹⁷¹ Nella Serenissima Repubblica di Venezia a partire dalla riforma di Ruggero Zorzi del 1268 l’elezione dogale avveniva attraverso una complessa procedura affidata ai 500-600 notabili riuniti nel Gran Consiglio, cui si era ammessi per cooptazione (sulla composizione del Gran Consiglio e sulla cooptazione dei suoi membri nei sec. XIII e XIV, v. G. Rösch, *The Serrata and Venetian Society. 1286-1323*, in J. Martin e D. Romano (Eds.), *Venice Reconsidered. The History and Civilization of an Italian City-State. 1297-1797*, Baltimore – London, The John Hopkins University Press, pp. 67-88). Si procedeva anzitutto al sorteggio di trenta Consiglieri, che con un secondo sorteggio si riducevano a nove. Ognuno di loro proponeva una rosa di quattro o cinque nomi, e poi votavano, eleggendo quaranta persone in totale. Tra i quaranta se ne sorteggiavano dodici. I dodici eleggevano venticinque persone. Un altro sorteggio - il quarto finora - li riduceva a nove. Questi nove ne eleggevano quarantacinque. Il quinto sorteggio permetteva di selezionare tra loro undici elettori. A questi ultimi spettava, finalmente, l’elezione del Doge. Come spiega A. Zorzi, *La Repubblica del Leone*, 6. Ed., Milano, Rusconi, 1989 [I. Ed., 1979], p. 133, che descrive più dettagliatamente le varie fasi, “una procedura così incredibilmente complicata e così poco influenzabile tradisce la preoccupazione più profonda, l’inquietudine più sottile del mondo politico veneziano: come evitare le elezioni passionali e irrazionali, o condizionate, o corrotte, e, con esse, il tipo di rivolgimento che in tante altre Città d’Italia aveva portato, o doveva portare, alla nascita di tirannie personali e familiari, di signorie”. Tale procedura rimarrà in vigore fino alla caduta della Repubblica e verrà applicata per l’ultima volta nel 1786. Sull’utilizzo del sorteggio per l’assegnazione delle cariche in altri Comuni italiani, soprattutto a partire dal XIII secolo, v., inoltre, H. Keller, *Formes électorales et conception de la communauté dans les communes italiennes (12e-14e siècle)*, in *Revue française de Science politique*, 2014, pp. 1083-1108.

¹⁷²A Firenze a partire dal 1328 si formalizzò una complessa procedura per l’assegnazione di quasi tutti gli Uffici della Città, basata su una combinazione di elezione e sorteggio, probabilmente già applicata negli anni precedenti almeno per l’elezione dei priori (D. De Rosa, *Origine e sviluppo dell’Ufficio delle tratte del Comune di Firenze nel secolo XIV*, in Ministero per i beni culturali e ambientali. Pubblicazioni degli Archivi di Stato, *Istituzioni e società nell’età moderna*, Roma, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1994, pp. 1-37, p. 2). In questa maniera si procedeva sia alla designazione dei *Tre Maggiori* Uffici di governo - vale a dire la *Signoria*, i sedici *Gonfalonieri* di compagnia e i dodici *Buonomini* - che all’assegnazione degli altri *Uffici Intrinseci* ed *Estrinseci* nell’amministrazione del territorio. Ciò avveniva in fasi ben distinte: inizialmente vari organi collegiali ed arroti, espressione delle diverse corporazioni e delle famiglie guelfe, formulavano le candidature (*recata*) deliberando in segreto. Nel 1328, ad esempio, tale prerogativa era affidata ai Signori in carica, ai Capitani di parte guelfa e ai Cinque della mercanzia, con almeno ventotto aggiunti popolari per ogni Ufficio (D. De Rosa, *Origine e sviluppo dell’Ufficio delle tratte del Comune di Firenze*, cit., p. 7). Tali nomi venivano successivamente vagliati da un collegio di magistrati straordinari, gli Scrutatori, che procedevano allo *squittinio*, votando su ogni singolo nome (si utilizzavano a tal fine dei fagioli bianchi o neri). Per superare questo esame era necessario ottenere una maggioranza qualificata (per diversi anni fu dei due terzi, successivamente del 55%). Queste operazioni potevano durare anche molto a lungo. Lo *squittinio* generale avviato alla fine del 1471, relativo a tutti i Maggiori Uffici e agli Uffici Intrinseci ed Estrinseci si protrasse, ad esempio, fino all’estate successiva (P. Salvadori, *Dominio e patronato. Lorenzo dei Medici e la Toscana nel Quattrocento*, Roma, Edizioni Storia e Letteratura, 2000, p. 107). I nomi dei candidati venivano impressi su cedole di legno (*polizze*), eventualmente in più esemplari, a seconda del numero degli Uffici per i quali il candidato concorreva. Seguiva la fase della *imborsazione*: le *polizze* venivano raccolte, cioè, in una serie di borsellini. Lo Statuto del 1415 imporrà una cadenza quinquennale per gli *squittini*. Via via che gli Uffici rimanevano vacanti si procedeva al sorteggio dei nominativi, detto *tratta*, che avveniva in forma pubblica e solenne. L’assegnazione presupponeva tuttavia l’assenza di incompatibilità, e ciò si risolveva essenzialmente nel rispetto di una serie di regole sulla rotazione delle cariche che servivano a preservare certi equilibri di potere tra le maggiori famiglie cittadine. Come precisa, D. De Rosa, *Origine e sviluppo dell’Ufficio delle Tratte del Comune di Firenze*, cit., p. 7, “le circostanze più frequenti che costituivano divieto consistevano nella comprovata assenza dalla città, contado o distretto per almeno sessanta miglia, morte, esilio, condanna per frode o corruzione in ufficio, bancarotta fraudolenta, incarcerazione per debito o altro motivo, temporanea ineleggibilità per aver già poco prima ricoperto la stessa carica o un’altra, o divieto familiare, quando questa era stata recentemente esercitata da un parente”. In certi casi era comunque possibile un ripescaggio.

Lo studio del sorteggio sviluppato prevalentemente nell'ambito della filosofia politica si è così arricchito di molteplici apporti disciplinari, fino ad assumere la consistenza di una vera e propria "agenda" che propone l'impiego del sorteggio per la formazione di collegi giuspubblicistici - a buon uso dei teorici della "democrazia partecipativa"¹⁷³ - al punto che si è persino ipotizzata "una nuova scuola di filosofia politica che affronta e sostiene l'uso della selezione casuale in politica"¹⁷⁴.

Il sorteggio periodico delle assemblee tra i cittadini attivi, vale a dire tra coloro che siano disponibili ad esercitare un mandato, viene difatti prospettato quale metodo idoneo, da un lato, alla selezione di un campione "statisticamente rappresentativo" (le virgolette sono d'obbligo) della cittadinanza, che ne riprodurrebbe la composizione per genere, istruzione, orientamento ideologico, bisogni, interessi e sensibilità¹⁷⁵; dall'altro, associato alla brevità dell'incarico - tra sei

All'equità procedurale del sorteggio si contrapponevano, dunque, il principio della cooptazione dei candidati, il vaglio delle candidature basato su rigidi requisiti di eleggibilità, e la discrezionalità politica di cui godevano gli accoppiatori, "occultata dalla segretezza degli scrutini" (V. Fubini, *Il Regime di Cosimo de' Medici al suo avvento al potere*, in Idem, *Italia quattrocentesca. Politica e diplomazia nell'età di Lorenzo il Magnifico*, Milano, Franco Angeli, 1994, pp. 71-72). Anche se questa sequenza procedurale si manterrà quasi invariata per circa tre secoli, numerose furono le modifiche e le rivendicazioni attinenti soprattutto alla frequenza degli scrutini, ai criteri per l'ammissibilità delle candidature, al regime delle incompatibilità, alla rotazione degli Uffici, e alla sempre maggiore discrezionalità concessa agli *imborsatori*, i quali avevano di fatto il potere di condizionare l'esito del sorteggio. Come scrive N. Rubinstein, *The Government of Florence under the Medici (1434-1494)*, 2. Ed., Oxford, Clarendon Press, 1997, che ha reso una delle ricostruzioni più dettagliate riguardo alle procedure elettorali utilizzate a Firenze nei secoli XIV e XV, "furono gli scrutini ad assumere la posizione centrale nell'ambito delle procedure elettorali, giacché la funzione della *tratta* era di carattere tecnico ed esecutivo, e conseguentemente essi giocarono un ruolo importante nella vita politica di Firenze" (p. 5). Sulla modifica delle procedure prescritte a partire dalla caduta dei Medici, v. sempre N. Rubinstein, *The early years of the Great Council of Florence (1494-1499)*, in *Revue française de Science politique*, 2014, pp. 1157-1186.

¹⁷³La giuspubblicistica ricava la nozione di democrazia partecipativa, da un lato, per astrazione, dalla disamina di una serie di esperienze pratiche di partecipazione diretta dei cittadini ai procedimenti amministrativi e legislativi, di regola con funzioni consultive (v. ad es. J. Steiner, *The Foundations of Deliberative Democracy. Empirical Research and Normative Implications*, New York, Cambridge University Press, 2012), e dall'altro, teorizzando un *tertium genus* accanto ai modelli della democrazia rappresentativa e della democrazia diretta. Lo spettro delle sedi e delle procedure della democrazia partecipativa ricomprende anche i tradizionali istituti della petizione parlamentare, dell'iniziativa popolare e del referendum, diverse forme di consultazione del partenariato sociale già istituzionalizzate negli ordinamenti di democrazia c.d. consociativa - ad esempio in Austria, nel Belgio e in Svizzera, dove in alcuni Cantoni è prevista anche una decisione popolare sul bilancio previsionale dei Comuni - l'audizione di cittadini da parte delle assemblee parlamentari e, più spesso, delle Commissioni parlamentari specializzate, nonché, appunto le varie forme di partecipazione dei privati al procedimento amministrativo, in parte derivate dal modello francese. U. Allegretti, *Democrazia partecipativa: un contributo alla democratizzazione della democrazia*, in U. Allegretti (a cura di), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze, Firenze University Press, 2010, pp. 5 ss., ha riordinato le diverse proposte classificatorie, teorizzando una "interazione, *entro procedure pubbliche* - soprattutto amministrative, ma anche normative - *fra società e istituzioni*, che mira a pervenire, mediante sia collaborazione che conflitti, a produrre volta a volta un risultato unitario imputabile ad entrambi questi soggetti" (p. 7).

¹⁷⁴ Al riguardo A. Veirgne, *A Brief Survey of the Literature of Sortition: Is the Age of Sortition upon us?*, in G. Delannoi e O. Dowlen, Eds.), *Sortition. Theory and Practice*, cit., pp. 84-85.

¹⁷⁵ V. soprattutto D. C Mueller, R.D. Tollison, e T.D. Willet, *Representative Democracy Via Random Selection*, in *Public Choice*, 1972, pp. 57-69; E. Callenbach, e M.A. Phillips, *A Citizen Legislature*, Berkeley, CA: Bunyan Tree Books, 1985; H. Landemore, *Deliberation, cognitive diversity, and democratic inclusiveness: an epistemic argument for the random selection of representatives*, in *Synthese*, 2013, pp. 1209-1231 (che tratta al riguardo di una maggiore "diversità cognitiva" associata al sorteggio dei rappresentanti, e, in misura minore, alla rotazione degli stessi).

mesi e un anno - e, conseguentemente, alla rotazione dei cittadini deputati, a scongiurare le pratiche illecite associate alla professionalizzazione delle carriere¹⁷⁶.

La selezione casuale di collegi rappresentativi, variamente denominata “demarchia”¹⁷⁷, “lottocrazia”¹⁷⁸, “democrazia statistica”¹⁷⁹, “dei cittadini”¹⁸⁰, “ateniese”¹⁸¹, costituirebbe una modalità di “chiamata diretta dei cittadini” che, nell’ambito di assemblee così formate, avrebbero – forse – una volta nella vita l’opportunità di rappresentare direttamente le proprie istanze, aspirazioni, competenze ed esperienze nell’ambito di un collegio dotato delle più diverse funzioni. Secondo Yves Sintomer, ad esempio, si potrebbe immaginare un’assemblea con un mandato essenzialmente consultivo, “sorteggiata tra gli elettori una volta all’anno o una volta ogni sei mesi”, che “porterebbe in sé un po’ dell’Eliea e delle *Boulé* greche, ma anche qualcosa del tribunato romano e dei Parlamenti moderni”, e che potrebbe forse anche legiferare in materia elettorale. La *potenziale* partecipazione di “tutti” permetterebbe di affinare un modello più prossimo all’ideale del governo “del popolo” – anche se l’attitudine di siffatte assemblee a realizzare il principio democratico anche sull’altro versante del governo “per il popolo” resta più in secondo piano – e si collocano dunque nella stessa area grigia, ricca di sfumature, che negli ultimi venticinque anni è stata occupata dai teorici della democrazia deliberativa, o partecipativa¹⁸², condividendo con i deliberativisti anche la comune diffidenza nei confronti del principio di maggioranza, soprattutto perché atto a sancire il primato di processi aggregativi che si oppongono alla ideale autonomia di giudizio che costituisce una premessa necessaria – sebbene non verificata - nei processi deliberativi¹⁸³.

¹⁷⁶ Sui benefici derivanti da una rotazione degli incarichi “che nel lungo periodo rinforzerebbe gli effetti egualitari (*equalizing*) del sorteggio“, insiste particolarmente N. Duxbury, *Random Justice. On Lotteries and Legal Decision-Making*, Oxford, Oxford University Press, spec. pp. 125-141.

¹⁷⁷ J. Burnheim, *Is Democracy Possible?*, Cambridge, Polity Press, 1985.

¹⁷⁸ L. Guinier, *Beyond Electocracy. Rethinking the Political Representative as Powerful Stranger*, in *Modern Law Review*, 2008, pp. 1-35; A. Guerrero, *Against Elections: The Lottocratic Alternative*, in *Philosophy & Public Affairs*, 2014, pp. 135-178, spec. pp. 154-155.

¹⁷⁹ M. Schmidt, *Institutionalizing Fair Democracy*, in *Futures*, 2001, pp. 361 ss.

¹⁸⁰ E. Callenbach e M. Philips, *A Citizens Legislature*, Exeter, Imprint Academy, 2008; P.C. Schmitter e A. Trechsel, *Green Paper on the Future of Democracy in Europe. Trends, Analyses and Reforms*, Strasbourg, 2004.

¹⁸¹ A. Barnett e e P. Carty, *The Athenian Solution*, Exeter, Imprint Academy, 2008.

¹⁸² R. Bifulco, (voce) *Democrazia deliberativa*, in *Enciclopedia del Diritto. Annali IV*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 282-283. Si vedano al riguardo anche le riflessioni di Luigi Bobbio sulla coerenza del metodo del sorteggio dei cittadini con il principio della massima inclusività cui si informano le arene deliberative (ad es. L. Bobbio, *Le arene deliberative*, in *Rivista Italiana di Politiche Pubbliche*, n. 3/2002, pp. 5-29), anche perché una selezione casuale tra cittadini volontari, anche se non consente di creare un campione statisticamente rappresentativo della popolazione, secondo l’A. (L. Bobbio, (a cura di) *A più voci. Amministrazioni pubbliche, imprese, associazioni e cittadini nei processi decisionali inclusivi*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2004, p. 51) “esclude comunque qualsiasi filtro a priori sui punti di vista ammissibili e soprattutto permette l’inclusione di cittadini che non hanno (ancora) alcuna opinione specifica. Anzi la forza del metodo (*deliberativo*) consiste proprio nel dare a cittadini comuni la possibilità di formarsi un’opinione attraverso la discussione di rapporti e testimonianze tecniche”.

¹⁸³ L’espressione si deve probabilmente a J. M. Bessette, *Deliberative democracy. The majoritarian principle in republican government*, in R. A. Goldwin e W. A. Shambra (Eds.), *How democratic is the constitution?*, Washington D.C., American Enterprise Inst. for Public Policy Research, 1980, pp. 102 ss., ma è molto difficile parlare di una teoria della “democrazia deliberativa”, perché tale formula ricomprende piuttosto *un fascio* di teorie normative della democrazia che negli ultimi 25 anni hanno avuto un ruolo dominante (A. Fung, *Deliberation before the revolution. Towards an ethics of deliberative democracy in an unjust world*, in *Political Theory*, 2005, p. 397 al riguardo ha scritto che “ci sono probabilmente tante teorie della democrazia deliberativa quanti sono i suoi teorici”), e che hanno in comune un ideale democratico fondato sul presupposto della libertà dei cittadini di associarsi su un piano di uguaglianza e partecipare in prima persona ad una discussione razionale sui temi della politica, ampliando lo spettro delle opinioni rappresentate rispetto alla politica tradizionale, così che le decisioni circa i provvedimenti da adottare

La selezione casuale dei cittadini significherebbe anzitutto superare la natura fiduciaria del rapporto rappresentativo, a favore di una rappresentanza di tipo sociologico, o descrittivo¹⁸⁴, che però a ben vedere richiederebbe la formazione di un collegio molto più ampio rispetto alle attuali assemblee parlamentari. Per questo diversi studiosi, a partire da Oliver Dowlen¹⁸⁵, propongono l'introduzione di un correttivo, che limiti l'imprevedibilità del sorteggio attraverso un sistema di quote, per genere, etnia, istruzione, professione, e ogni altra caratteristica cui si *voglia* attribuire rilevanza, così da "selezionare"¹⁸⁶ un campione proporzionato.

In secondo luogo, il sorteggio, che implica l'impossibilità di organizzare e di prevedere l'esito della consultazione, servirebbe a disarticolare i rapporti clientelari che condizionano l'esercizio del mandato, e che sono considerati all'origine del malaffare e della cattiva gestione dell'interesse pubblico¹⁸⁷, anche se sarebbe meglio dire che è soprattutto la rotazione delle cariche, assieme alla brevità del mandato che è stata sempre¹⁸⁸ considerata idonea a limitare la pervasività di interessi estranei e parziali¹⁸⁹.

maturino lentamente raccogliendo consenso "dal basso". Come sintetizza A. Pintore, *I diritti della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2003, pp. 42-43, nella sua critica alle teorie deliberativiste, la *deliberative democracy* "propone una via di uscita interessante e molto attraente all'alternativa tra il sostanzialismo morale che preconstituisce tutte le scelte politiche e il proceduralismo "mero" (...) che lega invece interamente tali scelte politiche agli esiti contingenti delle procedure democratiche". Essa "ricollega la legittimità delle istituzioni politiche allo svolgimento effettivo del processo democratico (...); al contempo essa fornisce un'immagine più ricca e allettante del metodo democratico". Semplificando, l'attributo della partecipazione può far leva sugli istituti della democrazia diretta, mentre quello della deliberazione sottolinea la necessità di corredare tali istituti di sedi e strumenti per un reale confronto e per la formazione delle opinioni che saranno poste alla base della deliberazione. Posta l'ideale attitudine di tali pratiche a svilupparsi nell'ambito di assemblee o forum di dimensioni limitate, preferibilmente a livello locale, ecco che il modello della democrazia deliberativa o partecipativa viene ricomprendere anche taluni tipici istituti del federalismo e del decentramento amministrativo. In questa prospettiva, M.N. Procaccini, *Partecipazione e federalismo. Lessico e strumenti di un metodo di governo*, in A. Valastro (a cura di), *Le regole della democrazia partecipativa. Itinerari per la costruzione di un metodo di governo*, Napoli, Jovene, 2010, pp. 57-80, teorizza una "concezione del federalismo come metodo di governo partecipato" (p. 62) e F. Palermo, *Participation, Federalism, and Pluralism: Challenges to Decision Making and Responses by Constitutionalism*, in C. Frankel-Haeberle, S. Kropp, F. Palermo, K.-P. Sommermann (Eds.), *Citizen Participation in Multi-Level Democracies*, Leiden-Boston, Brill Nijhoff, 2015, p. 44, pur tenendo distinti gli istituti del federalismo, ipotizza che l'intensa sperimentazione di certi modelli di democrazia partecipativa in alcuni ordinamenti unitari possa dipendere dal fatto che "negli ordinamenti federali le istanze di partecipazione sono meno pressanti" perché almeno in parte già soddisfatte.

¹⁸⁴ A. Pitkin, *The Concept of Representation*, Berkeley, University of California Press, 1967, pp.60-92.

¹⁸⁵ O. Dowlen, *The Political Potential of Sortition*, Exeter, Imprint Academic, 2008, p. 23.

¹⁸⁶ J. Mansbridge, *Should Blacks Represent Blacks and Women Represent Women? A Contingent 'Yes'*, in *Journal of Politics* 61, 1999, pp. 631-632, ritiene necessario contrapporre all'ideale di una rappresentanza sociologica universale (che definisce "microcosmic") la pratica di una rappresentatività "selettiva" ("selective").

¹⁸⁷ O. Dowlen, *Sorting Out Sortition*, in *Political Studies*, 2009, p. 310, ritiene che "nei sistemi di sorteggio dei cittadini lo stesso corpo della cittadinanza – in quanto aggregato di diverse prospettive individuali, esperienze ed interessi – assume il ruolo di proteggere il corpo politico da distorsioni dettate da intrighi organizzati da fazioni. E lo fa perché è meno probabile che coloro che sono selezionati siano, nell'insieme, coinvolti direttamente in circoli ben consolidati dipendenti dalla politica".

¹⁸⁸ Anche nel governo ateniese del V sec. A.C. il sorteggio era concepito essenzialmente come "un mezzo di avvicendamento" basato sull'eguaglianza delle tribù e dei cittadini, i quali per ragioni demografiche, potevano contare sulla certezza di essere sorteggiati almeno una volta prima di compiere trent'anni. Come sottolineava lo storico Ugo Paoli, *Studi di Diritto attico*, Firenze, Pubblicazioni della Università degli Studi di Firenze, Facoltà di lettere di filosofia, 1930, p. 209, nell'Atene antica "non si sorteggia per rimettere al caso l'elezione ma per stabilire un turno tra aspiranti ugualmente idonei all'ufficio per il quale sono sorteggiati".

¹⁸⁹ V. soprattutto J.R. Roig, *A Quantum Congress*, in *Chicago-Kent Law Review*, 2015, spec. pp. 453 ss, e riguardo alle esperienze del passato, cfr. P. Ségur, *La désignation des gouvernants par tirage au sort*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2013, p. 696, e R. Mulgan, *Lot as a Democratic Device of Selection*, in *The Review of Politics*, 1984, p. 548, il quale sottolinea anche l'importanza dell'immediato esercizio della carica, subito dopo che la procedura selettiva si è perfezionata,

In terzo luogo, la selezione casuale sarebbe coerente, quando non addirittura coincidente, con la premessa egualitaria del principio democratico, anche se il metodo del sorteggio delle cariche introduce solamente l'eguaglianza delle *chances* nell'elettorato passivo, e comunque, trovando storicamente applicazione nelle più varie esperienze di governo, adattata alle più disparate concezioni dell'eguaglianza¹⁹⁰, essa non costituisce di per sé “alcun indicatore idoneo a classificare un ordinamento nell'ambito della classica dottrina delle forme di stato”¹⁹¹.

Jon Elster, cui si deve uno dei primi contributi importanti sul metodo del sorteggio, proponeva semmai di combinare il sorteggio con l'elezione, nel senso che ad alcuni cittadini selezionati casualmente spettava in un secondo momento eleggere i membri di un'assemblea rappresentativa¹⁹². Al contrario, altri propongono un sorteggio tra i cittadini più votati (“*lottery voting*”)¹⁹³. In questa maniera non si escluderebbe l'elezione dei candidati più competenti, motivati e probabilmente meglio organizzati, ma il sorteggio introdurrebbe un fattore casuale, offrendo inizialmente a tutti i cittadini, compresi coloro che simpatizzano per cause minoritarie, la possibilità di determinare l'esito della selezione.

Il metodo del sorteggio è stato effettivamente utilizzato nel 2010 per formare un “*Forum costituzionale*” di cittadini in Islanda, incaricato di raccogliere “i principali punti di vista e aspetti chiave espressi dal pubblico riguardo all'organizzazione del governo del Paese e alla sua Costituzione”, da sottoporre ad una Assemblea costituzionale appositamente costituita¹⁹⁴. Una

così che eventuali gruppi organizzati abbiano meno tempo per concepire e mettere in atto forme di pressione sui cittadini sorteggiati.

¹⁹⁰ P. Demont, *Tirage au Sort et démocratie en Grèce ancienne*: www.laviedesidees.fr, 20 luglio 2010, p. 16.

¹⁹¹ H. Buchstein, *Demokratie und Lotterie*, cit., p. 186; P. Ségur, *La désignation des gouvernants par tirage au sort*, cit., pp. 694-695, sottolinea che tirare a sorte non contiene necessariamente “il fermento della democrazia” perché “tutto dipende dall'uso che se ne fa, e più ancora dalla cultura sottesa alla sua pratica, come indica il suo utilizzo concomitante nell'ambito di certi regimi oligarchici greci mentre si sviluppa la democrazia ateniese”. Il sorteggio utilizzato a cavallo dell'epoca moderna nelle Repubbliche italiane e in altre Città europee, si iscriveva in una complessa procedura, combinandosi con i metodi dell'elezione, della cooptazione e della rotazione, che concedeva teoricamente a tutti i candidati eguali *chances* di governare, prima o poi, anche se per un periodo limitato. Oltre a scoraggiare fenomeni di corruzione, questo sistema era in grado di evitare il consolidamento di divisioni e la formazione di cordate, anche maggioritarie, che avrebbero potuto altrimenti contendersi il governo della Città con mezzi leciti, illeciti o violenti (fra molti, v. ad es. O. Dowlen, *Sorting Out Sortition. A Perspective on the Random Selection of Political Officers*, in *Political Studies*, 2009, p. 310). Come osserva B. Stollberg-Rilinger, *Vom praktischer Umgang mit Unverfügbarkeit in der Frühen Neuzeit*, cit., p. 72, “l'obiettivo era rafforzare il dominio dell'aristocrazia, non metterlo in discussione”.

¹⁹² B. Manin, *La democrazia dei moderni*, cit., p. 11, sottolinea difatti che tali proposte non si configurano come una vera alternativa alle elezioni, e costituiscono piuttosto “una alternativa all'aggregazione di voti”.

¹⁹³ N. Duxbury, *Random Justice*, cit., pp. 39-41, e pp. 149-150, che paventa comunque l'eccessiva frammentazione delle assemblee così formate (difatti, G. Scaccia, *Democrazia a sorte: problemi e opportunità*, in *Nomos*, n. 2/2016, p. 3, che esprime una serie di perplessità riguardo all'ipotesi di un sorteggio dei membri delle assemblee parlamentari, ritiene tali proposte particolarmente destabilizzanti in una forma di governo parlamentare, e quindi semmai più congeniali ad un governo presidenziale). La proposta di A.R. Amar, *Lottery Voting: A Thought Experiment*, Yale Law School Legal Scholarship Repository, Faculty Scholarships Series, 1 gennaio 1995, di procedere ad un sorteggio tra *tutti* i nomi liberamente indicati dagli elettori nelle schede corrisponde in effetti ad un sorteggio universale, non ad una combinazione dei metodi di scelta, anche se è vero che i candidati più votati avrebbero maggiori *chances* di essere sorteggiati.

¹⁹⁴ Al riguardo, si veda A. Meuwese, *Popular Constitution-Making: The Case of Iceland*, in D.J. Galligan e M. Versteeg (Eds.), *Social and Political Foundations of the Constitutions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 469 ss. Il 16 giugno 2010 il Parlamento approvò una legge che istituiva una Assemblea costituzionale - poi denominata Consiglio Costituzionale - cui veniva conferito il mandato di formulare delle proposte di riforma concernenti determinati ambiti ed istituti. La legge prevedeva anche l'istituzione di un forum consultivo a carattere nazionale (*National Gathering*) che avrebbe dovuto raccogliere “i principali punti di vista e aspetti chiave espressi dal pubblico riguardo all'organizzazione del governo del Paese e alla sua Costituzione”, per trasmetterli all'Assemblea

procedura analoga è stata seguita nel 2012 per la selezione di una parte dei membri della Convenzione costituzionale irlandese¹⁹⁵, e nelle Province canadesi dell'Ontario e della Colombia per promuovere la partecipazione attiva dei cittadini al dibattito sulla nuova legge elettorale, anche se il corpo elettorale, chiamato successivamente a pronunciarsi con un referendum sulle proposte delle Commissioni provinciali, le ha definitivamente respinte¹⁹⁶.

Costituzionale, non appena essa si fosse costituita (*Act on a Constitutional Assembly, Interim Provision 2010*). Il *National Gathering* riuniva 950 persone, pari a circa lo 0,5% degli elettori residenti in Finlandia, i cui nomi vennero estratti a sorte dai pubblici registri, rispettando però un equilibrio di genere e una certa varietà delle aree territoriali di provenienza dei cittadini selezionati, così come prescritto dalla legge (v. *Interim Provisions*). La legge prevedeva inoltre l'istituzione di un Comitato costituzionale, formato da sette deputati ed esperti della materia, che aveva compiti organizzativi e preparatori. Al Comitato costituzionale fu affidato anche il compito di formulare una rosa di candidati (522 in tutto) tra i quali i cittadini avrebbero eletto (con la formula del voto limitato) i 25 membri dell'Assemblea costituzionale, che avrebbe avuto il compito di riesaminare il Rapporto sulle proposte di riforma redatto dal Comitato e di formulare un testo da sottoporre al Parlamento, tenendo conto delle conclusioni del *National Gathering*. Le elezioni si svolsero il 27 ottobre 2010, ma Corte Suprema, chiamata a pronunciarsi su una serie di presunte irregolarità nelle operazioni di spoglio delle schede, il 25 gennaio 2011 dichiarò nulla l'elezione (<http://www.haestirettur.is/control/index?pid=1109>). Il Parlamento, con una risoluzione del 24 marzo 2011 istituì comunque un Consiglio Costituzionale formato dai 25 candidati che a novembre avevano ottenuto il maggior numero di preferenze nelle elezioni invalidate dalla Corte (A. Árnason, *A Review of the Icelandic Constitution – Popular Sovereignty or Political Confusion*, in *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht*, luglio 2011, pp. 242-351). Le Raccomandazioni formulate dal *National Gathering* furono poste alla base del lavoro del collegio (A. Meuwese, *Popular Constitution-Making: The Case of Iceland*, cit., p. 481). L'esame e la discussione delle proposte si informarono a canoni di massima trasparenza e apertura alle suggestioni che chiunque (non solo i cittadini islandesi) era in grado di sottoporre al Consiglio attraverso l'apposito sito web e i social Media. La proposta di legge di riforma costituzionale venne formalizzata in Parlamento il 29 luglio 2011. La Costituzione vigente prevede all'art. 79 un procedimento ultra aggravato per la revisione costituzionale, con una doppia votazione da parte del Parlamento, e lo scioglimento obbligatorio dell'assemblea tra le due deliberazioni. La Costituzione prevede, peraltro, la possibilità di introdurre delle modifiche al testo nel corso del secondo esame, nel qual caso, però, gli emendamenti devono essere approvati dai due terzi dei deputati e il testo viene sottoposto ad un referendum, per il quale è necessario un quorum strutturale del 40% degli aventi diritto, altrimenti la legge si intende respinta. Il Parlamento decise di indire un referendum consultivo sulla proposta ancor prima di approvare il testo. Il referendum era articolato in sei quesiti, il primo dei quali avrebbe impegnato il Parlamento a porre la proposta del Consiglio Consultivo alla base del nuovo testo della Costituzione, mentre gli altri attenevano al merito della riforma. La consultazione si è tenuta il 20 ottobre 2012. Sebbene l'elettorato si sia pronunciato a favore della riforma (respingendo però il terzo quesito, sul carattere laico dello Stato, con 57,5% dei voti), l'Assemblea non ha approvato il testo e ad oggi il procedimento di revisione costituzionale non si è perfezionato.

¹⁹⁵ V. la Risoluzione della *Houses of the Oireachtas* del 12 luglio 2012 (https://www.constitution.ie/Documents/Terms_of_Reference.pdf), che ha previsto l'istituzione di una Convenzione costituzionale formata da 100 membri, una parte dei quali (66) sono stati sorteggiati tra tutti i cittadini aventi diritto, mentre i rimanenti sono stati designati, in numero di uno per ciascuno, dai partiti politici rappresentati in seno all'*Assemblea dell'Irlanda del Nord* che hanno accettato di partecipare ai lavori della Convenzione, i rimanenti sono stati scelti tra i membri della *Houses of the Oireachtas* per rappresentare la camera "in modo imparziale", sotto la direzione di un Presidente nominato da Governo. Nel rapporto finale pubblicato il 31 marzo 2014 si sottolineava, al di là del merito delle proposte di riforma, che l'esperienza della Commissione avrebbe contribuito a superare il "cinismo e senso di alienazione" presente nel "discorso pubblico", e che al termine dei lavori si sarebbe percepito un "accresciuto mutuo rispetto tra cittadini e politici, maturato lavorando assieme" (*Convention Model: a Template for the Future*): <https://www.constitution.ie>. L'esempio irlandese, peraltro, era stato espressamente menzionato nell'ambito del dibattito sulle riforme nel Regno Unito, ma immediatamente scartato, perché considerato non praticabile (semplicemente, "*Parliament would allow that*": v. *Political and Constitutional Reform Committee, Session 2012-13, Minutes of Evidence HC 371*).

¹⁹⁶ Il 30 aprile 2003 il Parlamento della *British Columbia* aveva istituito una Commissione consultiva formata da cittadini estratti a sorte, in numero di due per ogni collegio elettorale, con il compito di formulare una proposta di riforma da sottoporre a referendum. La consultazione popolare si è tenuta il 17 maggio 2005 e la proposta della Commissione (che prevedeva l'introduzione del metodo del voto singolo trasferibile) non è stata accolta, non essendo stata raggiunta la maggioranza qualificata prescritta per la revisione della legislazione elettorale (pari al 60%

La costituzione di assemblee di cittadini che non seguono la politica per professione, dotate di funzioni consultive, concorre soprattutto allo sviluppo di una sorta di pedagogia della “cittadinanza attiva”, che costituisce un tema molto presente nelle teorie della democrazia partecipativa, a partire dal lavoro di Robert Dahl¹⁹⁷.

Ciò premesso, all’idea di utilizzare il sorteggio quale metodo di scelta per la preposizione di individui a cariche rappresentative possono essere opposti alcuni dei più classici argomenti utilizzati dai critici della democrazia deliberativa, o partecipativa.

Anzitutto quelli relativi alla rappresentatività del collegio, e ciò sia perché l’astratta attitudine della selezione casuale a fornire una miniatura fedele della cittadinanza nel suo complesso è perlomeno discutibile, a meno di non immaginare delle assemblee pletoriche (alcuni hanno calcolato, ad esempio, 2000 membri per la Spagna)¹⁹⁸, sia per il carattere necessariamente volontario della partecipazione, che in altre parole presuppone un eguale desiderio di svolgere il mandato; premessa, questa, di cui si può dubitare anche citando Oscar Wilde - come fa Anna Pintore nella sua critica alle teorie deliberativiste della democrazia¹⁹⁹ - il quale avrebbe dichiarato in un salotto che lo scarso *appeal* del socialismo dipende dal fatto ... “che occupa troppe sere”. Tornando, ad esempio, all’esperienza dell’assemblea consultiva sulla riforma elettorale sorteggiata nella provincia Canadese dell’Ontario, è interessante sottolineare che i cittadini di età compresa tra 25 e 39 anni costituivano solamente il 7% del collegio; una percentuale, dunque, estremamente bassa rispetto alla piramide demografica della Provincia. La sovrarappresentazione dei cittadini più *âgé* con ogni probabilità era legata alla loro maggiore disponibilità di tempo, calcolando che i lavori dell’Assemblea impegnavano “grosso modo 40 ore al mese”²⁰⁰. Non è detto, cioè, che le virtù civiche della partecipazione siano diffuse in modo omogeneo, tanto più che laddove i mandati fossero davvero assegnati in maniera casuale, e per giunta per un periodo di tempo molto limitato, probabilmente verrebbero presto considerati assai meno prestigiosi di quanto non appaia oggi la carica di parlamentare o di consigliere²⁰¹.

In secondo luogo, ammesso che le assemblee sorteggiate si configurino come una miniatura fedele della cittadinanza nel suo complesso, non è detto che le decisioni che verranno assunte siano più democratiche (vale a dire più rispondenti ai bisogni, agli interessi e ai *desiderata* della maggior parte della cittadinanza) e/o più giuste, vale a dire più eque e più utili a raggiungere gli obiettivi di volta in volta enunciati. Non solamente perché non tutte le persone selezionate

dei votanti): al riguardo si vedano i saggi raccolti nel volume curato da M.E. Warren e H. Pearse (Eds.), *Designing Deliberative Democracy: The British Columbia Citizens’ Assembly*, New York, Cambridge University Press, 2008. Il rapporto della Commissione (*Citizen’s Assembly on Electoral Reform of British Columbia, Final Report (December 2004), Making Every Vote Count: The Case for Electoral Reform in British Columbia*) è pubblicato nel sito: http://participedia.net/sites/default/files/case-files/653_265_final_report.pdf. Una procedura analoga è stata seguita pochi anni dopo nella Provincia dell’Ontario per la revisione della legislazione elettorale. Anche in questo caso, il corpo elettorale, con un referendum tenutosi il 10 ottobre 2007, ha respinto la proposta della Commissione appositamente istituita, pronunciandosi per il mantenimento del sistema elettorale vigente. Al riguardo, v. J. Rose, *The Ontario Citizens’ Assembly on Electoral Reform*, in *Canadian Parliamentary Review*, 2007, pp. 9 ss.

¹⁹⁷ R. Dahl, *Democracy and Its Critics*, New Heaven, 1989, il quale però negava a siffatte assemblee, o forum, una legittimazione democratica.

¹⁹⁸ J. Cancio, *Invitación a un debate: el sorteo y las Cámaras Sorteadas como mejoras institucionales de la democracia*, in *Mientras Tanto*, 2009, p. 48, nota n. 3.

¹⁹⁹ A. Pintore, *I diritti della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2003, p. 72.

²⁰⁰ K. Kössler, *Laboratories of Democratic Innovation? Direct, Participatory and Deliberative Democracy in Canadian Provinces and Municipalities*, in C. Frankel-Haeberle, S. Kropp, F. Palermo, K.-P. Sommermann (Eds.), *Citizen Participation in Multi-Level Democracies*, cit., pp.286 ss., pp. 297-298.

²⁰¹ J. Gaudemet, *Institutions de l’Antiquité*, Paris, Sirey, 1967, p. 168, con riguardo al sorteggio dei magistrati nell’ambito della democrazia ateniese.

casualmente saprebbero, o vorrebbero, imporsi nelle discussioni quando si affrontassero proposte e temi che pure le riguardano più direttamente, ma soprattutto perché la cesura del vincolo fiduciario con l'elettorato non garantisce affatto l'autonomia di giudizio e l'indipendenza dei membri di queste assemblee rispetto ad altre forme di aggregazione degli interessi²⁰². Come sottolinea Fulco Lanchester, anche costruendo un campione rappresentativo della società, la scelta per sorteggio farebbe mancare “gli effetti positivi forniti dal rapporto di rappresentanza e di responsabilità, generati dal procedimento elettivo”²⁰³. Essendo inoltre esclusa la possibilità di un secondo mandato, verrebbero meno molte buone ragioni che sconsigliano l'incoerenza, la disonestà intellettuale, le lusinghe di eventuali gruppi di pressione, che normalmente trovano un limite non solamente nella possibilità di presentarsi di nuovo dinanzi all'elettorato per chiedere la conferma del mandato, ma anche nella disciplina di gruppo e di partito²⁰⁴, fatte salve, naturalmente, ulteriori ipotesi penalmente sanzionabili.

Storicamente, laddove l'uso del sorteggio è stato associato ad una riduzione delle pratiche di corruzione e abuso di potere, ciò è dipeso soprattutto dal principio della rotazione, vale a dire dal divieto di rielezione che, unitamente alla brevità del mandato, ostava ad una professionalizzazione delle carriere politiche²⁰⁵.

Infine, la rappresentanza sociologica, anche nella sua versione ideale, si realizza attraverso la formazione di un collegio che *nel suo insieme* riflette la società nel suo complesso²⁰⁶, mentre il rappresentante sorteggiato *uti singuli*²⁰⁷ non potrebbe che esprimere i suoi particolarissimi interessi, eventualmente, ma non necessariamente, condivisi con una quota imprecisata di cittadini²⁰⁸.

²⁰² Questo aspetto è sottolineato anche a G. Delannoi, *Reflections on Two Typologies of Random Selection*, in G. Delannoi e O. Dowlen (Eds.), *Sortition: Theory and Practice*, Exeter, Imprint Academy, 2010, p. 22.

²⁰³ F. Lanchester, *Il sorteggio in campo politico come strumento integrativo dell'attività delle assemblee parlamentari*, *cit.*, p. 6. H. Pitkin, *The Concept of Representation*, *cit.*, p. 74, critica i teorici di un modello basato sulla formazione di un campione casuale rappresentativo della popolazione sottolineando che ciò significherebbe “la fine dei partiti politici, dei politici di professione, della concezione delle elezioni come un'occasione per sottoporre al vaglio la politica, autorizzare o chiamare a render conto”.

²⁰⁴ In questo senso, v. anche K. Sutherland, *What Sortition Can and Cannot do*, (16 settembre 2011) (*Paper* consultabile alla pagina: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1928927), nota n. 6). Un radicale scetticismo nei confronti della politica dei partiti giustifica un giudizio diverso da parte, ad esempio, di un gruppo di studiosi dell'Università di Catania, esperti di modelli matematici, fisica teorica ed economia politica, i quali hanno elaborato un modello atto a dimostrare la maggiore efficienza delle assemblee parlamentari ove un certo numero di deputati fosse sorteggiato tra tutti i cittadini: A. Pluchino, C. Garofalo, A. Rapisarda, S. Spagano, M. Caserta, *Accidental politicians: How randomly selected legislators can improve parliament efficiency*, in *Physica*, 2011, pp. 3944–3954.

²⁰⁵ V. *infra* alle note nn. 176 e 189.

²⁰⁶ K. Sutherland, *What Sortition can and cannot do*, *cit.*, pp. 19-20, sottolinea che “le elezioni riguardano individui che si sono candidati con un nome (ovvero, nel caso di alcuni sistemi di rappresentanza proporzionale, con un ordine di lista), mentre il sorteggio genera una rappresentazione collettiva, che è un ritratto in miniatura dell'intera società”.

²⁰⁷ Si tratta su cui insiste molto da K. Sutherland, *What Sortition Can and Cannot do*, *cit.*, a partire dalla “*aggregate nature of the concept of representative democracy*”. Da qui muove anche l'idea che il sorteggio sia utilizzabile solo per la formazione di collegi o assemblee che deliberano collegialmente - escludendosi qualsiasi modalità di organizzazione del lavoro che preveda una ripartizione tra sottogruppi o Commissioni - ovvero che esercitano solamente una funzione di veto o di controllo (A. Barnett e P. Carty, *The Athenian Option: Radical Reform for the House of Lords*, Exeter, Imprint Academy, 2008, *passim*; K. Sutherland, *A People's Parliament*, Exeter, Imprint Academy, 2008).

²⁰⁸ “Se iniziate con delle liste riservate per assicurare un equilibrio di genere, perché non fare altrettanto per tutti gli altri? E fino a che punto? Avrete una sezione per normali/pedofili?”: lettera di Conan Boyle al Prof. Anthony Barnett, co-autore del *pamphlet* “*The Athenian option: Radical reform for the House of Lords*”: <http://www.conallboyle.com/lottery/ReformHouseLords.pdf>.

5. *Il sorteggio del perdente: sulla funzione sociale del sorteggio*

Persino per Martin Lutero il sorteggio aveva una chiara praticità terrena, consistendo, almeno in certi casi, semplicemente in “un patto col quale stabiliamo che ci accorderemo su qualcosa seguendo quella procedura”²⁰⁹

Il sorteggio è anche questo, e con questa giustificazione può trovare applicazione anche nel diritto pubblico. Oggi, ad esempio, nell’ordinamento tedesco la c.d. “clausola di Magonza”, che prevede il ricorso al sorteggio per determinare il voto dei Consiglieri del Bundesrat, corrisponde alla procedura concordata dai Consiglieri della Renania-Palatinato nel periodo 1996-2001 per decidere se votare a favore o contro una proposta legislativa in mancanza di un accordo tra i due partiti della coalizione che governava il Land. Più precisamente, posto che nell’ordinamento tedesco i consiglieri dei Länder che siedono nel Bundesrat debbono sempre votare unitariamente, a favore o contro le proposte in esame, e considerando che ai sensi dell’art. 52, comma 3, LF le astensioni vengono computate tra i voti contrari, tale soluzione era stata formalizzata nell’accordo di coalizione sottoscritto dai partiti al governo del Land per evitare, appunto, l’astensione. L’accordo, in particolare, prevedeva che, in caso di dissenso tra i Ministri sulle votazioni all’ordine del giorno, si sarebbe tirato a sorte per stabilire quale dei due partiti avrebbe fornito le indicazioni di voto sul primo argomento, e per gli altri temi controversi si sarebbe seguito poi il criterio dell’alternanza²¹⁰.

La casualità non riguardava dunque il voto da esprimere e, quindi, indirettamente, l’oggetto della delibera parlamentare, ma la conduzione politica delle votazioni su determinati temi²¹¹.

²⁰⁹ M. Luther, *Der Prophet Jona ausgelegt*, 1526, in *D. Martin Luther Werke. Weimarer Ausgabe, Schriften*, T. 19, Weimar, Hermann Böhlau Nachfolger, 1883-1929. Nella cristianità il rapporto tra il sorteggio e il sovrannaturale, sia esso inteso come espressione della volontà di Dio, sia come *ars divinatoria* animata da qualsivoglia entità ultraterrena è stato piuttosto problematico (lo sottolineano particolarmente B. Stollberg-Rilinger, *Vom praktischer Umgang mit Unverfügbarkeit in der Frühen Neuzeit*, cit., pp. 66-71 e J. Weitzel, *Los, Losentscheid*, in *Lexikon des Mittelalters*, Vol. V, Stuttgart, Metzler, 1991, *ad vocem*), posto che, fatte salve le numerose indicazioni contenute nel Vecchio e nel Nuovo testamento, la teologia cattolica ha sempre condannato, assieme all’ordalia, ogni altra pretesa di accedere con qualsivoglia mezzo a ciò che Dio non abbia voluto rendere altrimenti intellegibile. Lo stesso Tommaso d’Aquino, però, pure espressione di quella Chiesa che rigettava le pratiche divinatorie, considerava il ricorso alla fortuna “per assegnare qualcosa, cioè dei beni materiali, onori, dignità, castighi o altro” semmai come una innocente “leggerezza” da parte di chi non era stato in grado di superare altrimenti un disaccordo, o l’indecisione: nella *Summa Theologica* (II parte, II sezione, Questione 95, art. 8, Bologna, Edizioni Studio Domenicano, 2014), pronunciandosi circa la natura del sorteggio scriveva infatti: “Se ci si affida alla fortuna, e ciò può accadere solo nella sorte divisoria, l’azione sembra che non presenti altro vizio che quello di una certa leggerezza: come se alcuni, non riuscendo ad accordarsi nel dividere una certa cosa, decidessero di affidare la divisione al sorteggio, quasi affidando al caso la parte che ciascuno deve prendere”.

²¹⁰ V. Vereinbarung zur Zusammenarbeit in einer Regierungskoalition für die 13. Wahlperiode des rheinland-pfälzischen Landtags 1996-2001, p. 72. Peraltro tale clausola non ha mai trovato applicazione, pur avendo probabilmente sortito almeno l’effetto di scongiurare contrapposizioni irrimediabili tra i due partiti della coalizione: F. Decker, *Regieren im Parteienbundesstaat. Zur Architektur der deutschen Politik*, Wiesbaden, VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2011, p. 262, scrive al riguardo che la razionalità del metodo consisteva proprio nell’accrescere l’urgenza di un accordo.

²¹¹ In questo senso, v. anche, S. Jutzi, *Losentscheid im Gesetzgebungsverfahren: Zum neuen “Wechselstimmverfahren” nach der Mainzer Bundesratklausel in der Koalitionvereinbarung von SPD e FDP*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1996, pp. 380-385, che definisce la procedura introdotta come „ausgeloste Wechselstimmungsverfahren“

In questo caso il sorteggio introduce una finzione di uguaglianza tra *quasi eguali*, che però eguali non sono²¹², ma si afferma comunque come una soluzione di gran lunga migliore rispetto all'indecisione e al conflitto.

Uno degli argomenti più forti *contro* l'uso del sorteggio nelle procedure selettive e deliberative fa leva sulla funzione deresponsabilizzante della scelta di affidarsi al caso, che taluni considerano senz'altro inconciliabile con l'etica del diritto pubblico²¹³. La rinuncia al discernimento, che vale ad attribuire al sorteggio il carattere della *a-razionalità*²¹⁴, non significa però che tale rinuncia sia di per sé irrazionale. Il sorteggio, infatti, si giustifica spesso con la necessità di escludere sia le buone ragioni – se sono deboli – sia soprattutto quelle cattive, quando le stesse minacciano di un esercitare, al contrario, un condizionamento soverchiante.

Talvolta, come si diceva, si diffida dell'influenza di logiche di dominio e sudditanza, o di solidarietà tra persone che a vario titolo condividono uno stesso senso di appartenenza ad una comunità, ad una famiglia, oppure a un partito, o sono mossi da interessi personali, ma condivisi: “cricche”, “consorterie”, “baronati”, “affiliazioni”, queste sono le espressioni utilizzate dai giuristi che oggi, come nel passato, hanno spiegato la prescrizione del sorteggio per la formazione di collegi pubblicistici.

In certi contesti, però, soprattutto laddove la decisione presupponga essenzialmente una volizione, l'appello al caso può svolgere un'ulteriore funzione che potremmo dire sociale, che è quella di limitare le conseguenze destabilizzanti del disaccordo.

La razionalità di lanciare una moneta o di estrarre un nome come si faceva nell'Università di Basilea per la chiamata dei professori tra i candidati proposti dal corpo accademico, per ciò stesso considerati in principio tutti ugualmente meritevoli di una cattedra, stava nel riconoscimento dell'eguale dignità delle diverse aspirazioni²¹⁵, con l'obiettivo di evitare ai membri *quasi uguali* di una ristretta élite l'onta di un voto negativo, e scongiurare l'"invidia" e la "gelosia" nei confronti dei prescelti da parte dei concorrenti umiliati da un diniego²¹⁶.

²¹² Per la pervasività delle indicazioni contenute negli accordi di coalizione, sia con riguardo all'organizzazione del Governo che alla determinazione del suo indirizzo politico, nell'ambito della dottrina tedesca viene talvolta formulata l'idea di riconoscere agli stessi un rilievo propriamente costituzionale: v., ad es., R. Zuck, *Verfassungswandel durch Vertrag?*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1996, p. 457.

²¹³ L. Carson e B. Martin, *Random Selection in Politics*, Westport, Praeger, 1999, p. 35; V.H. Schmidt, *Das Los des Losen*, cit., spec. pp. 373 ss. (che insiste sull'obbligo di motivare qualsiasi decisione quale portato irrinunciabile dell'etica moderna).

²¹⁴ O. Dowlen, *The Political Potential of Sortition*, cit., pp. 11 ss.; Idem, *Sorting Out Sortition: A Perspective on the Random Selection of Political Officers*, cit., pp. 598 ss. Mentre diversi autori si cimentano in una minuziosa tassonomia delle più diverse ragioni e delle possibili applicazioni del metodo casuale, Dowlen distingue meglio di altri le sue diverse giustificazioni, che chiarisce trattando di applicazioni “forti” e “deboli” del sorteggio: nel primo caso prevale la volontà di escludere qualsivoglia condizionamento o pregiudizio, consapevole o no, e dunque di rinunciare a priori a qualsiasi criterio di scelta. Un esempio al riguardo consiste nella scelta casuale del campione cui somministrare un placebo per sperimentare un farmaco. L'A. teorizza invece un uso “debole” del sorteggio quando la scelta del metodo sia dettata fondamentalmente dall'indecisione, e dunque si configuri come una soluzione di carattere sussidiario ove gli altri criteri non risultino dirimenti: O. Dowlen, *The Political Potential of Sortition*, cit., spec. pp. 16-19; Idem, *Sorting Out Sortition*, cit., pp. 305-306.

²¹⁵ La procedura, che è descritta dettagliatamente da A. Bruckhardt, *Ueber die Wahlart der Basler Professoren, besonders im 18. Jahrhundert*, in *Basler Zeitschrift für Geschichte und Altertumskunde*, 1916, pp. 18-46, disciplinata da una legge del 1718, prevedeva la divisione degli accademici in tre collegi, a ciascuno dei quali spettava proporre una rosa di nomi. Independentemente dal numero delle preferenze accordate a ciascuno di loro, si procedeva, per ogni collegio, a sorteggiare un nome tra quelli votati, e infine un ulteriore sorteggio sanciva il vincitore nella terna.

²¹⁶ Così commentavano - scrive A. Bruckhardt, cit., p. 36 - gli accademici del tempo. Riguardo all'introduzione del sorteggio nelle procedure di chiamata dei professori abilitati è interessante sottolineare che si tratta di una proposta che negli ultimi in Germania era stata prospettata quale rimedio contro “la sclerotizzazione” delle procedure di

Come osservano Volker H. Schmidt²¹⁷ e Mark A. Kishlansky²¹⁸ a proposito del sorteggio praticato nei secoli XV-XVII nei Comuni in Inghilterra per selezionare le candidature per l'elezione del Parlamento: perdere con un sorteggio è più dignitoso rispetto all'onta di un rigetto da parte della propria comunità.

Anche queste, da un certo punto di vista, possono essere considerate in fondo piccole scelte tragiche, dove la finalità del sorteggio è senz'altro quella di individuare il perdente, ma, prima ancora di lanciare una moneta, o di estrarre una biglia, o una carta, accettare l'arbitrato del caso significa anzitutto riconoscere l'eguale dignità dei contendenti, indipendentemente dalla decisione che verrà presa.

Del resto, quando si tratta di ripartire risorse limitate tra individui che già risultano senz'altro ugualmente meritevoli, tra le ragioni che un sorteggio può escludere non ci sono solo quelle cattive. Ne esistono anche altre che pur non risultando aberranti, semplicemente sono troppo deboli.

C'è un punto oltre il quale continuare a fare affidamento sugli argomenti della ragione significa apprezzare differenze che in altre circostanze sarebbero state giudicate trascurabili, o dilatare oltremodo le procedure di scelta, ovvero subentra il rischio di valutare qualità e fattori di per sé estranei alla posta in gioco. In certe circostanze, per quanto si possa apprezzare lo zelo e l'accuratezza di una procedura selettiva o deliberativa, se essa rischia di divenire eccessivamente onerosa in termini di tempo e di risorse organizzative, o sindacabile per la scarsa consistenza dei criteri considerati dirimenti, o persino sospetta, c'è un punto oltre il quale il sorteggio, inteso come una rinuncia a scegliere, purché condivisa, risulta più razionale²¹⁹.

Il sorteggio diviene dunque un "compromesso"²²⁰, lo strumento di una mediazione operata affidando la responsabilità della decisione ad una istanza esterna, essenzialmente con l'obiettivo di scongiurare "le trappole della fascinazione e della violenza"²²¹, e di introdurre la finzione della parità tra *quasi uguali*.

Come osserva Fredrik Engelstad: "*Lottery may also be justified by equality of self-respect*"²²².

Jean-Pierre Dupuy propone una interessante generalizzazione che contribuisce a chiarire la funzione sociale del sorteggio: in un saggio su "*Il caso e la libertà nelle istituzioni sociali*" Dupuy ripercorre il modo in cui John Rawls affronta il principio di differenza nella sua teoria della giustizia²²³, vale a dire insistendo sull'arbitrarietà e sulla contingenza delle decisioni iniziali e sull'assenza di merito e demerito connessa, per evidenziare la necessità di allontanare la "minaccia dell'invidia", suscitata dall'idea che "l'altro meriti la sua buona sorte" introducendo un

reclutamento del personale accademico nell'ambito dei singoli Istituti o Atenei: v. H. Peukert, *Der Überraschungseffekt fehlt. Warum nicht lösen? Ein Vorschlag gegen Fehlschaltungen im Berufungsverfahren*, in *Forschung & Lehre*, n. 12/2003, pp. 658-660.

²¹⁷ V.H. Schmidt, *Das Los des Loses. Zu einige Grenzen rationalen Handelns*, in *Leviathan*, 2000, pp. 363 ss., p. 366.

²¹⁸ M.A. Kishlansky, *Parliamentary Selection: Social and Political Choice in Early Modern England*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986.

²¹⁹ P. Stone, *The Luck of the Draw*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 150-151.

²²⁰ J. Elster, *cit.*, p. 154.

²²¹ Così si esprime J.-P. Dupuy, *Caso e libertà nelle istituzioni sociali*, in M. Ceruti, P. Fabbri, G. Giorello e L. Preta (a cura di), *Il caso e la libertà*, Bari, Laterza, 1994, pp. 151 ss.

²²² F. Engelstad, *The Assignment of Political Office by Lot*, in *Social Science Information*, 1989, p. 28.

²²³ J. Rawls, *Una teoria della giustizia* [*A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971], Milano, Feltrinelli, 1971.

“produttore di caso”, un “sucedaneo laico del destino” quale “la contingenza e la complessità”, che contribuiscono a garantire la stabilità della costruzione teorica di Rawls²²⁴.



FOTO: Il giudice George Preston mescola per sei volte le carte con cui si procederà allo spareggio tra i candidati Thomas McGuire (a sinistra) e Adam Trenk (a destra) per il Consiglio comunale di Cave Creek (Arizona). *Credit Joshua Lott for The New York Times*

²²⁴ J.-P. Dupuy, *Caso e libertà nelle istituzioni sociali*, cit., pp. 162-166, anche se l’“alea riconducibile al computo probabilistico” risulta per Dupuy “troppo solidale al sogno di dominio da parte del calcolo che caratterizza la modernità”.

Diritto all'istruzione dei disabili e vincoli di bilancio nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale*

di Fortunato Gambardella *

SOMMARIO: 1. Il diritto all'istruzione dei disabili nella giurisprudenza della Corte costituzionale: il precedente della sentenza n. 80 del 2010. – 2. Il finanziamento regionale del trasporto scolastico per l'effettività del diritto all'istruzione dei disabili: la posizione della Corte Costituzionale. – 3. Diritto all'istruzione dei disabili ed equilibrio di bilancio: tecniche per un bilanciamento indiretto dei valori costituzionali. – 4. Diritti fondamentali e limiti per la discrezionalità amministrativa. L'influenza degli orientamenti della Corte Costituzionale sulla giurisprudenza civile e amministrativa in materia di diritto all'istruzione dei disabili.

1. Il diritto all'istruzione dei disabili nella giurisprudenza della Corte costituzionale: il precedente della sentenza n. 80 del 2010.

Con la sentenza n. 275 del 16 dicembre 2016, la Corte Costituzionale è tornata ad occuparsi del rapporto tra il diritto all'istruzione dei disabili²²⁵ e il limite delle risorse finanziarie, lungo una traccia di approfondimento non nuova per il Giudice delle leggi che, già nel 2010, aveva avuto modo di evidenziare rilevanza e portata della tutela di questo particolare diritto fondamentale.

Il riferimento è alla sentenza n. 80 della Consulta che aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale di alcune norme della legge finanziaria 2008²²⁶ che incidevano sulla disciplina legislativa in tema di formazione dei disabili nelle scuole pubbliche mediante l'intervento di insegnanti di sostegno. Le norme incostituzionali, in quella fattispecie, riguardavano, da un lato, la previsione di un limite massimo al numero dei posti degli insegnanti di sostegno, dall'altro, l'esclusione della possibilità, già contemplata dalla legge 27 dicembre 1997, n. 449, di assumere insegnanti di sostegno in deroga, nelle classi di studenti con disabilità grave.

* Contributo sottoposto a double blind peer review

* Ricercatore di Diritto amministrativo presso il Dipartimento di Scienze Politiche *Jean Monnet* della Seconda Università degli Studi di Napoli.

²²⁵ Per un approfondimento sul tema L. BUSCEMA, *Il diritto all'istruzione degli studenti disabili*, in *Rivista AIC*, 2015; C. S. VIGILANTI, *Il diritto all'istruzione dei disabili come paradigma della tutela dei diritti sociali*, in www.forumcostituzionale.it, 2012. Per un accurato inquadramento storico evolutivo della problematica, si rinvia ampiamente a L. GIANI, *Diritti sociali e la sfida della crisi economica. Equità ed eguaglianza nel diritto all'istruzione dei soggetti diversamente abili*, in *Studi in onore di Claudio Rossano*, 2013, II, p. 663. Sulla disciplina generale del diritto all'istruzione, nell'ambito della vasta bibliografia in tema: V. ATRIPALDI, *Diritto allo studio*, Napoli, 1975; S. CASSESE, *La scuola: ideali costituenti e norme costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1974, p. 3614; F. CORTESE (a cura di), *Tra amministrazione e scuola, snodi e crocevia del diritto scolastico italiano*, Napoli, 2014; F. FRACCHIA, *Il sistema educativo di istruzione e formazione*, Torino, 2008; M. GIGANTE, *L'istruzione*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, I, Milano, 2003, p. 779; C. MARZUOLI (a cura di), *Istruzione e servizio pubblico*, Bologna, 2003; R. MORZENTI PELLEGRINI, *Istruzione e formazione nella nuova amministrazione decentrata della Repubblica*, Milano, 2004; A. SANDULLI, *Il sistema nazionale di istruzione*, Bologna, 2003; U. POTOTSCHNIG, voce *Istruzione (diritto alla)*, *Enc. Dir.*, XXIII, Milano, 1973, p. 96. In prospettiva comunitaria, M. COCCONI, *Il diritto europeo dell'istruzione*, Milano, 2006.

²²⁶ Si tratta dei commi 413 e 414 dell'art. 2 della legge 24 dicembre 2007, n. 244.

L'occasione fu utile, per la Corte costituzionale, innanzitutto per ribadire la qualità del diritto all'istruzione dei disabili come diritto fondamentale, la cui natura costituzionale si rilevava derivare dalla previsione diretta dell'articolo 38 della Carta fondamentale e dal meccanismo di conformazione, che contempla l'articolo 10, tra il nostro ordinamento giuridico e le "norme del diritto internazionale generalmente riconosciute", nell'ambito delle quali assume rilevanza specifica l'art. 24 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità²²⁷.

Posta la natura di diritto fondamentale delle pretese relative all'istruzione dei disabili, la Corte sottolineava come il potere discrezionale del legislatore nell'individuazione delle misure necessarie a tutela dei diritti dei portatori di *handicap* non abbia carattere assoluto, incontrando un limite invalicabile nel rispetto di un "nucleo indefettibile di garanzie" per gli interessati e, in questo quadro, la scelta legislativa di eliminare la riserva che consentiva di assumere in deroga insegnanti di sostegno a tempo determinato veniva ritenuta dalla Corte priva di giustificazione nel nostro ordinamento, posto che detta riserva costituisce uno degli strumenti attraverso i quali è reso effettivo il diritto fondamentale all'istruzione del disabile grave.

Lo snodo fondamentale sta dunque nell'individuazione di un nocciolo duro di garanzie come argine all'intervento del legislatore in materia di politiche sociali che intercettino diritti fondamentali e nel rintracciare, nel caso di specie, una delle possibili forme di manifestazione di quel nucleo non superabile. Rispetto a questa operazione, come vedremo, la recente decisione della Consulta consente probabilmente di individuare un nuovo tassello nella ricostruzione complessiva del minimo di tutele che l'ordinamento deve garantire senza condizioni.

2. Il finanziamento regionale del trasporto scolastico per l'effettività del diritto all'istruzione dei disabili: la posizione della Corte Costituzionale

All'origine dell'intervento odierno della Consulta è la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Provincia di Pescara e avente ad oggetto l'articolo 6, comma 2-*bis*, della legge della Regione Abruzzo n. 78 del 1978 in materia di interventi per l'attuazione del diritto allo studio.

La disposizione, in particolare, era stata aggiunta, nel corpo della legge del 1978, ad opera della legge finanziaria regionale abruzzese per il 2004²²⁸, introducendo la regola della parziale copertura regionale delle spese provinciali per le attività di supporto organizzativo del servizio di istruzione per gli alunni con *handicap* o in situazione di svantaggio. In questa direzione, la

²²⁷ Approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 13 dicembre 2006, ratificata e resa esecutiva nel nostro ordinamento con legge 3 marzo 2009, n. 18. Per un approfondimento critico sui contenuti della Convenzione e sulle modalità di adeguamento dell'ordinamento italiano, L. GIANI, *Diritti sociali e la sfida della crisi economica*, cit., pp. 689 e seguenti, laddove si evidenzia come dalla lettura del testo della Convenzione "emerge chiara l'intenzione da parte delle Nazioni Unite di spingere gli Stati alla costituzione di una <<rete>> di soggetti e meccanismi tesi a garantire l'attuazione, l'effettività dei diritti consacrati all'interno della Convenzione" attraverso un meccanismo di "triangolazione tra efficienza dell'esecutivo, controllo da parte dei soggetti indipendenti e partecipazione dei diretti interessati" (p. 692).

²²⁸ Legge della Regione Abruzzo 26 aprile 2004, n. 15, recante «Disposizioni finanziarie per la redazione del bilancio annuale 2004 e pluriennale 2004-2006 della Regione Abruzzo».

previsione normativa determinava un meccanismo di compartecipazione alle spese tra le province, coinvolte nella organizzazione dei relativi servizi, e la Regione, stante l'obbligo in capo alla Giunta regionale di garantire un contributo finanziario del 50% delle spese documentate dalle province. Allo stesso tempo, la disposizione fissava una misura di salvaguardia per le casse regionali, stabilendo che la misura del contributo fosse soggetta al limite "della disponibilità finanziaria determinata dalle annuali leggi di bilancio e iscritta sul pertinente capitolo di spesa".

E' stata proprio quest'ultima previsione ad essere oggetto di contestazione dinanzi al Giudice delle leggi. La Provincia di Pescara, infatti, a seguito della richiesta alla Regione del contributo per le spese sostenute per l'apprestamento del servizio di trasporto degli studenti disabili, per le annualità 2006-2012, si era vista erogare, in forza della citata previsione sul limite delle disponibilità di bilancio, finanziamenti in misura inferiore alla soglia del 50% delle spese documentate, con rilevante impatto sulle consequenziali scelte di politica sociale dell'ente, costretto alla drastica riduzione dei servizi per gli studenti disabili, fino a compromettere l'erogazione dell'assistenza specialistica e dei servizi di trasporto.

Nel conseguente giudizio amministrativo, la relativa questione di legittimità costituzionale viene ritenuta dal TAR abruzzese non manifestamente infondata. Nel ragionamento del giudice *a quo*, la previsione del limite delle disponibilità di bilancio legittimerebbe, infatti, decisioni arbitrarie della Regione in ordine alla copertura dei costi dei relativi servizi di supporto fino a condizionare l'erogazione del contributo e la stessa erogazione del servizio, compromettendo, per questa via, l'effettività del connesso diritto fondamentale.

In quest'ottica, "la determinazione della misura del finanziamento non potrebbe essere rimessa alle mere decisioni dell'amministrazione regionale, poiché ciò trasformerebbe l'onere della Regione in una posta aleatoria ed incerta, la cui entità, in mancanza di limiti predeterminati dalla legge, potrebbe essere arbitrariamente ridotta, per finanziare beni ed interessi che non godono di tutela piena ed incondizionata al pari del diritto allo studio del disabile"²²⁹. Così, nella fattispecie, il legislatore permetterebbe all'amministrazione un bilanciamento tra interessi che, nel caso di specie, accorderebbe superiore rilevanza alle esigenze di equilibrio di bilancio, a tutto discapito delle imperative istanze di tutela del diritto all'istruzione dei disabili.

In ogni caso, il richiamo alle esigenze di bilancio mette in campo, come rilevato nel corso del procedimento anche dalla difesa regionale, un altro valore costituzionalmente garantito. Il richiamo, ovviamente, è all'articolo 81 della Costituzione nella parte in cui prevede il principio di copertura finanziaria e di equilibrio della finanza pubblica che sembrerebbe, a prima vista, legittimare opzioni legislative che siano nel senso di affidare agli apparati amministrativi scelte di bilanciamento, in concreto, tra la tutela del diritto allo studio e le istanze di tenuta di conti pubblici. Sullo sfondo di questa impostazione, l'idea che la nuova formulazione dell'articolo 81 per effetto della revisione costituzionale del 2012, nell'affermare la regola per cui "lo Stato assicura l'equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio" avrebbe inspessito le maglie della tutela del valore che essa sottende, con ciò offrendo un apparente sostegno nel senso della compatibilità costituzionale di previsioni normative che, nel restituire alle pubbliche amministrazioni la possibilità di bilanciare in concreto la protezione di diritti costituzionalmente

²²⁹ Così il punto 5 del considerando in diritto di C.Cost. n. 275 del 2016.

garantiti, possano privilegiare soluzioni che non compromettano senza rimedio le esigenze di bilancio.

Poste queste coordinate di riferimento, la sentenza della Corte costituzionale interviene innanzitutto nel senso di ribadire come la natura fondamentale del diritto all'istruzione del disabile imponga al legislatore l'onere di riempire quella posizione soggettiva di contenuti concreti, attraverso la predisposizione degli strumenti idonei alla sua realizzazione ed attuazione, nel difetto dei quali lo stesso si ridurrebbe a "mera previsione programmatica". Da qui il richiamo ai riferiti indirizzi giurisprudenziali della stessa Corte²³⁰, attraverso i quali, si è rilevato, è stato possibile individuare "un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati, tra le quali rientra il servizio di trasporto scolastico e di assistenza poiché, per lo studente disabile, esso costituisce una componente essenziale ad assicurare l'effettività del medesimo diritto".

Questo nucleo di garanzie rappresenta, in ogni caso, un "limite invalicabile" per la discrezionalità del legislatore e, nel caso di specie, per quello regionale. Con la legge n. 78 del 1978, la Regione si è fatta doverosamente carico, infatti, dell'onere di concorrere al pagamento delle spese connesse all'attuazione del diritto all'istruzione dei disabili, la cui effettività diventa mera ipotesi al cospetto di una previsione normativa "che lasci incerta nell'*an* e nel *quantum* la misura della contribuzione".

Peraltro, nel ragionamento della Corte costituzionale, la stessa normativa regionale appare censurabile sul piano della "coerenza intrinseca". La prima preoccupazione della legge abruzzese è, infatti e opportunamente, quella di mettere in sicurezza il livello delle prestazioni da erogare per l'attuazione del diritto fondamentale in oggetto, lungo una traiettoria che il legislatore regionale sviluppa sul duplice piano della pianificazione dei fabbisogni e dell'obbligo di rendicontazione delle spese sostenute. Eppure, quest'impianto viene vanificato dalla previsione contraddittoria del limite delle risorse finanziarie disponibili a bilancio fino a scolorarne il carattere cogente.

3. Diritto all'istruzione dei disabili ed equilibrio di bilancio: tecniche per un bilanciamento indiretto dei valori costituzionali

Chiarita dunque la supremazia del diritto sociale allo studio dei disabili, la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'articolo 6, comma 2-*bis*, della legge abruzzese n. 78 del 1978 da parte della Consulta, nella parte in cui la disposizione condiziona il contributo regionale alla "disponibilità finanziaria determinata dalle annuali leggi di bilancio e iscritta sul pertinente capitolo di spesa", passa anche per il superamento, per quanto incidentale, di ogni possibile obiezione circa il carattere costituzionalmente giustificabile della disposizione alla luce di altre norme della Carta fondamentale.

²³⁰ Il riferimento è alle sentenze n. 215 del 1987 e n. 80 del 2010 con le quali la Corte aveva affermato che "in attuazione dell'art. 38, terzo comma, Cost., il diritto all'istruzione dei disabili e l'integrazione scolastica degli stessi sono previsti, in particolare, dalla legge 5 febbraio 1992, n. 104 (Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate)", la quale "attribuisce al disabile il diritto soggettivo all'educazione ed all'istruzione a partire dalla scuola materna fino all'università"; e che "la partecipazione del disabile al processo educativo con insegnanti e compagni normodotati costituisce [...] un rilevante fattore di socializzazione e può contribuire in modo decisivo a stimolare le potenzialità dello svantaggiato".

In quest'ottica, come già accennato, a venire in rilievo è soprattutto l'articolo 81 della Costituzione, la cui interpretazione come possibile limite all'attuazione dei diritti fondamentali rappresenta, secondo la Corte, il frutto di una distorsione del concetto di equilibrio di bilancio e, consequenzialmente, di un vizio di approccio nella lettura della relazione che intercorre tra le norme costituzionali, laddove "è la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione".

In questo quadro, la decisione sembra segnare un argine rispetto alla tendenza talora evidenziata dalla Consulta che, accordando rilievo principale alle istanze di equilibrio delle finanze pubbliche enucleate dall'articolo 81 della Costituzione, in alcune recenti occasioni, "ha ridotto sensibilmente la prestazione di servizi e la garanzia dei diritti" attraverso un lavoro ermeneutico che "nella migliore delle ipotesi ha impedito che si estendessero i diritti sociali a categorie di cittadini che ne avrebbero potuto beneficiare"²³¹.

A monte, nell'odierno ragionamento del Giudice delle leggi, la convinzione che la materia finanziaria non costituisca una "zona franca sfuggente a qualsiasi sindacato del giudice di costituzionalità" ma si inserisca "nella tavola complessiva dei valori costituzionali" in quanto "non vi può essere alcun valore costituzionale la cui attuazione possa essere ritenuta esente dalla inviolabile garanzia rappresentata dal giudizio di legittimità costituzionale"²³². Per quanto poi riguarda, in particolare, i diritti sociali, è stato opportunamente osservato come, nella nostra Costituzione, "il legame con l'uguaglianza sostanziale e soprattutto con la dignità sociale fa sì che la loro garanzia costituisca un connotato ineliminabile della forma di Stato"²³³. Da qui la considerazione della Consulta sul come, intorno alla condizione giuridica del disabile, confluisca un complesso di valori direttamente collegabili "ai fondamentali motivi ispiratori del disegno costituzionale", il che impone che il canone ermeneutico, che deve rispettare il legislatore e alla cui stregua effettuare il sindacato di costituzionalità, parta "dall'interrelazione e integrazione tra i precetti in cui quei valori trovano espressione e tutela"²³⁴.

Un meccanismo di interrelazione e integrazione tra precetti che la norma contestata trancia di netto nel momento in cui consente alla Regione di condizionare il finanziamento del 50% delle spese già quantificate dalle Province (in conformità alla pianificazione disciplinata dallo stesso legislatore regionale) rispetto a "generiche ed indefinite previsioni di bilancio", che in realtà dipendono da "scelte finanziarie che la Regione può svolgere con semplici operazioni numeriche,

²³¹ Gli ultimi due virgolettati recuperano espressioni di I. CIOLLI, *I diritti sociali al tempo della crisi economica*, in *www.costituzionalismo.it*, 2012, p. 6, cui si rinvia anche per i relativi riferimenti nella recente giurisprudenza della Corte.

²³² Cfr. C. Cost., sentenza n. 260 del 1990, in *www.cortecostituzionale.it*.

²³³ I. CIOLLI, *op.ult.cit.*, p. 3, laddove si sottolinea la Costituzione tuteli in via prioritaria la persona umana sia in chiave personalistica che solidaristica, in quanto gli articoli 2 e 3 "esaltano e tutelano la persona nella sua individualità e nella sua condizione di *homo* *situe*". Sul punto si veda anche D. MONE, *La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio ed il potenziale vulnus alla teoria dei controlimiti*, in *Rivista AIC*, 2014, 3, p. 19, che rileva come il nucleo irriducibile dei diritti sociali non possa essere violato per ragioni di ordine finanziario, "pena una regressione e uno snaturamento del costituzionalismo ... interpretato in termini di garantismo e consistente nell'assicurarne l'effettività mediante l'introduzione e l'attuazione delle garanzie dei diritti costituzionalmente stabiliti" (il corsivo rinvia a una citazione testuale di L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, Bologna, 2013, pp. 11-12). Sui diritti fondamentali come "contenuto necessario del diritto costituzionale", A.M. CECERE, *Garanzia dei diritti fondamentali e unità della Costituzione nel progressivo formarsi del diritto pubblico europeo*, in A. LUCARELLI, A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi studi sulla Costituzione europea*, Napoli, 2009, spec. pp. 319 e seguenti.

²³⁴ V. C. Cost., sentenza n. 215 del 1987 in *www.cortecostituzionale.it*.

senza alcun onere di motivazione in ordine alla scala di valori che con le risorse del bilancio stesso si intende sorreggere”²³⁵.

La decisione della Corte sembra allora dirci due cose, particolarmente rilevanti specie in un tempo nel quale, sotto l’influsso dei vincoli di politica europea²³⁶, “il paradigma dottrinario e giurisprudenziale dei *diritti sociali finanziariamente condizionati* ricostruisce le conseguenze del bilanciamento tra vincoli di bilancio e diritti sociali sempre più a detrimento dei secondi”²³⁷. La prima riguarda facoltà e limiti della discrezionalità politica del legislatore, che può consentirgli un bilanciamento²³⁸ tra “grandezze non omogenee”²³⁹, quali diritti fondamentali e principi di bilancio, purché quel bilanciamento incontri il limite tradizionale nel rispetto del canone della ragionevolezza²⁴⁰. Il parametro della ragionevolezza diventa, nella fattispecie all’esame della Consulta, regola di metodo di un bilanciamento che debba essere consapevole e non mero frutto di calcoli aritmetici, quanto piuttosto espressione di una precisa direzione politica della decisione di base. Il secondo aspetto è poi, sostanzialmente, conseguente al primo: ammettere che i diritti fondamentali possano essere oggetto di un bilanciamento, significa assegnare loro “un carattere di elasticità”, in quanto “suscettibili di compressione e successiva riespansione a seconda delle scelte legislative e del contesto economico”. Questa elasticità incontra però, come già evidenziato, un “momento di rottura”²⁴¹ coincidente con la lesione del nucleo irriducibile di quei diritti e, nella complicata indagine intorno al *proprium* di quel nucleo, la decisione in commento può rappresentare un tassello importante per restituire al legislatore dimensione e consistenza della soglia non valicabile.

²³⁵ Sul punto, chiarisce la sentenza come “l’impianto della legge reg. Abruzzo n. 78 del 1978 sia improntato al metodo della programmazione, secondo cui gli interventi ed i pertinenti oneri finanziari sono istruiti nell’anno precedente così da consentire la loro corretta iscrizione nel bilancio, soprattutto quando riguardano il nucleo incompressibile del diritto a prestazioni riconducibili a diritti fondamentali. In tal modo non è configurabile il rischio per l’equilibrio del bilancio della Regione da essa paventato in correlazione allo stanziamento della percentuale di finanziamento prevista per legge. Proprio la previa redazione del piano di assistenza testimonia l’inverosimiglianza dell’ipotesi di squilibrio di bilancio che è viceversa eziologicamente collegabile all’uso promiscuo delle risorse, che il giudice rimettente individua come autentica causa vanificatrice della copertura finanziaria del servizio”.

²³⁶ Sui rapporti tra disciplina nazionale ed europea della finanza pubblica, si rinvia ampiamente a G. DELLA CANANEA, *Lex Fiscalis Europea*, in *Quad. cost.*, 2014, 1, pp. 7 e seguenti.

²³⁷ F. LOSURDO, *Lo Stato sociale condizionato. Stabilità e crescita nell’ordinamento costituzionale*, Torino, 2016, p. 10. Sul punto, A. LUCARELLI, *Il diritto all’istruzione del disabile: oltre i diritti finanziariamente condizionati. Nota a Corte Cost. n. 275 del 2016*, in *Giur. cost.*, 2016, 6, in relazione alla sentenza in commento, coglie un ulteriore sviluppo “in sostanza, sembra affermarsi questo orientamento, anche dopo la riforma dell’art. 81 della Costituzione, ovvero che i diritti sociali, quali diritti fondamentali, non possono essere *tout court* intesi quali diritti finanziariamente condizionati, né che esista semplicemente un nucleo di diritti fondamentali quali limite al perseguimento del pareggio di bilancio, ma piuttosto che il contingentamento delle prestazioni di *Welfare State* risulti argomentato nella misura in cui sussistano due condizioni, accertate con rigore e puntualità: l’una di natura temporale, l’altra di matrice economico-finanziaria”. Sull’impatto delle limitazioni imposte alla finanza pubblica sulle risorse disponibili per sostenere lo stato sociale, A. BRANCASI, *Debito pubblico, vincoli europei e “welfare state”: spunti sparsi di riflessione*, in *Persona e Mercato*, 2014, 4, p. 7. Che la “subordinazione di fatto dei diritti sociali ai vincoli condizionanti e stringenti della finanza pubblica” sia da intendersi “come fondamentale causa di destabilizzazione del modello dello Stato sociale di diritto e, anzitutto, come il fattore principe della relativizzazione degli stessi valori sui quali esso fa leva e che da esso sono affermati e fondati” è dato rilevato da R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma, Bari, 2005, 63. Sulla relazione tra “diritti sociali e forma di stato europea”, ancora A. LUCARELLI, *Diritti sociali e principi costituzionali europei*, in *Dem. dir.*, 2003, p. 189.

²³⁸ Nel senso della cui ammissibilità, A. MORRONE, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*, in *Quad. cost.*, 2014, 1, p. 90. In senso sfavorevole C. PINELLI, *Diritti sociali condizionati, argomento delle risorse disponibili, principio di equilibrio finanziario*, in ID. (a cura di), *Nel lungo andare. Una costituzione alla prova dell’esperienza*, Napoli, 2012.

²³⁹ C. MARCHESE, *Diritti sociali e vincoli di bilancio*, in *www.cortecostituzionale.it*, 2015, p. 25.

²⁴⁰ Per tutti, F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007.

²⁴¹ Gli ultimi tre virgolettati recuperano espressioni di C. MARCHESE, *Diritti sociali e vincoli di bilancio*, cit., pp. 26-27.

In relazione a questo secondo profilo, tuttavia la questione dell'inviolabilità di alcuni diritti fondamentali rispetto alle esigenze di equilibrio finanziario non assume, e probabilmente non potrebbe farlo, “il valore di uno snodo decisivo, bensì quello di un mero argomento concorrente, *ad adiuvandum* di un distinto profilo di illegittimità²⁴². Come è stato opportunamente osservato, infatti, il giudice costituzionale trasforma “di fatto, le garanzie di protezione sociale da norma prescrittiva ed effettiva a mera enunciazione di programma”²⁴³.

Nella decisione della Corte la questione del rapporto tra equilibrio finanziario e tutela dei diritti sociali²⁴⁴ resta sottotraccia. La prima istanza è oggi enfatizzata dal richiamo costituzionale dell'art. 81 attraverso la regola del cd. pareggio di bilancio e del conseguente divieto di ricorso al debito, lungo una traiettoria in potenziale rotta di collisione “con alcuni principi e diritti, come quelli alla salute, all'istruzione, alla dignità umana, protetti dalla Costituzione e progressivamente garantiti, attraverso l'opera del legislatore e della Corte costituzionale all'intera collettività, come diritti sociali a soddisfazione necessaria”²⁴⁵.

Eppure, il *decisum* sostanziale della sentenza in commento sembra in linea con le rassicurazioni di chi aveva per tempo evidenziato come la riforma costituzionale del 2012 non avesse inciso su valenza e portata dei principi supremi e ispiratori del nostro impianto costituzionale, che conservava pertanto strumenti adeguati per la “tutela del nucleo incompressibile dei diritti (anche sociali)”, laddove peraltro la protezione della stabilità finanziaria integra, anche a livello costituzionale, l'affermazione di una precondizione “della sostenibilità a

²⁴² A. APOSTOLI, *I diritti fondamentali “visti” da vicino dal giudice amministrativo Una annotazione a “caldo” della sentenza della Corte costituzionale n. 275 del 2016*, in *Forum di Quaderni Costituzionali – Rasssegna*, 2017, p. 5.

²⁴³ A. LUCARELLI, *Il diritto all'istruzione del disabile*, cit., il quale rileva che “nella fattispecie in esame la Corte si sottrae dalla sperimentazione di nuove tecniche decisorie adeguate al tipo di bilanciamento, trattandosi di una manovra di bilancio, e non di un diritto costituzionalmente garantito all'equilibrio di bilancio, nel quale è deciso di allocare le risorse in capitoli di bilancio diversi da quelli necessari a soddisfare il diritto all'istruzione dei disabili”.

²⁴⁴ A. LONGO, *Alcune riflessioni sui rapporti tra l'interpretazione conforme a diritto comunitario e l'utilizzo del canone di equilibrio finanziario da parte della Corte costituzionale*, in *www.giurcost.org*, 2011, sottolinea come tali diritti siano “avvinti, nella giurisprudenza costituzionale, da un apparente paradosso: da un lato considerati inviolabili e dall'altro, in quanto diritti ad una prestazione, fortemente condizionati all'attuazione legislativa, a sua volta condizionata dalla disponibilità delle risorse finanziarie”. Sulla natura inviolabile dei diritti sociali di prestazione, D. BIFULCO, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli, 2003, spec. pp. 164 e seguenti. Nell'ambito della vastissima bibliografia sui diritti sociali, senza pretesa di completezza: M. BENVENUTI, *Diritti sociali*, in *Enc. Giur.*, aggiornamento, 2012; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *I diritti sociali*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1968; A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, XI; G. CICALA, *Diritti sociali e crisi del diritto soggettivo nel sistema costituzionale italiano*, Napoli, 1967; E. CHELI, *Classificazione e protezione dei diritti economici e sociali nella Costituzione italiana*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Milano, 1995, p. 1774; B. CARAVITA, *Oltre l'uguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3, c. 2, Cost.*, Padova, 1984; P. COSTANZO, S. MORDEGLIA, *Diritti sociali e servizio sociale dalla dimensione nazionale a quella comunitaria*, Milano, 2005; M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino, 1994; ID., *Sui diritti sociali*, in *Studi in onore di Manlio Mazziotti di Celso*, II, Padova, 1995; P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2005; L. PRINCIPATO, *I diritti sociali nel quadro dei diritti fondamentali*, in *Giur. cost.*, 2001, 2, p. 873; C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, Torino, 2000; B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Milano, 2001; A. ROVAGNATI, *Sulla natura dei diritti sociali*, Torino, 2009; S. SCAGLIARINI, *Diritti sociali nuovi e diritti sociali in fieri nella giurisprudenza costituzionale*, in *www.gruppodipisa.it*, 2012. Sui diritti sociali “come diritti fondamentali la cui attuazione spetta, primariamente, alla società”, L.R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 1, p. 61.

²⁴⁵ R. PEREZ, *Dal bilancio in pareggio all'equilibrio tra entrate e spese*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, p. 10, laddove si sottolinea che “con il divieto di ricorso al debito, molti di questi diritti che appaiono una conquista dello Stato sociale, perderebbero, almeno in parte, la protezione di cui fino a oggi hanno goduto e si interromperebbe il cammino che ha portato a estendere a categorie sempre più ampie di cittadini (e anche agli stranieri) il godimento di diritti sociali (come il diritto alla salute o all'istruzione) riconducibili al principio di uguaglianza sostanziale”.

lungo termine delle stesse politiche di *welfare*, che altrimenti rischierebbero di essere pregiudicate definitivamente”²⁴⁶.

Da questo punto di vista, il nuovo articolo 81 è misura di responsabilizzazione del legislatore e, a cascata, degli amministratori pubblici, nella direzione di scelte allocative delle risorse finanziarie che siano adeguate e ponderate, nel solco di un sentiero che la decisione della Consulta ha chiaro nel momento in cui esclude che l’attuazione di politiche sociali, connesse allo svolgimento di diritti fondamentali, possa passare per calcoli aritmetici delle leggi di bilancio, nel difetto di una puntuale motivazione dell’eventuale, quando irrinunciabile, sacrificio di pretese costituzionalmente garantite²⁴⁷.

4. Diritti fondamentali e limiti per la discrezionalità amministrativa. L’influenza degli orientamenti della Corte costituzionale sulla giurisprudenza civile e amministrativa in materia di diritto all’istruzione dei disabili

I principi condensati dalla Corte Costituzionale in materia di diritto all’istruzione dei disabili hanno condizionato a più riprese la giurisprudenza civile²⁴⁸ e amministrativa²⁴⁹ nel senso di chiarire come le superiori istanze di tutela dei diritti fondamentali, con riguardo al riferito

²⁴⁶ Gli ultimi due virgolettati sono tratti da T.F. GIUPPONI, *Il principio costituzionale dell’equilibrio di bilancio e la sua attuazione*, in *Quad. cost.*, 2014, 1, pp. 68-69. Nella stessa direzione già A. MORRONE, *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, in *Lav. Dir.*, 2013, 3, p. 379: “debito pubblico elevato, scarsa propensione alla responsabilità delle classi politiche, debolezza strutturale delle istituzioni di governo, sono tutti fattori che scaricano sulle fasce sociali più esposte i costi di decisioni che spesso non hanno neppure le sembianze di politiche orientate al benessere dei *cives*. In definitiva, seguendo questa strada, il pareggio di bilancio, con le connesse regole sul controllo dei disavanzi e sulla riduzione dell’indebitamento, possono considerarsi espressione di esigenze coesenziali allo Stato costituzionale, proprio perché coerenti con l’idea stessa di “costituzione” come patto politico intorno a un nucleo di valori fondamentali destinato a durare nel tempo”.

²⁴⁷ Del resto il carattere prioritario della tutela dei diritti fondamentali rispetto agli equilibri finanziari è stato evidenziato anche, più in generale, con riguardo agli obiettivi finali di pareggio di bilancio che oggi l’ordinamento, sollecitato dalla politica economica dell’Unione Europea: “questo obiettivo di sana gestione delle risorse pubbliche è posto (o, comunque, può essere letto) nel pieno rispetto dell’autonomia della politica (e del circuito di decisione democratica) e nel rispetto dei diritti fondamentali. In tutti gli ordinamenti costituzionali, in coerenza con le norme europee, è previsto che gli organi responsabili dell’indirizzo politico possano sempre fare ricorso all’indebitamento nelle fasi avverse del ciclo economico e, soprattutto, per fronteggiare «situazioni eccezionali»: formula che ricomprende tutti i casi che impongono risposte immediate e necessarie per assicurare garanzia dei diritti e coesione sociale, secondo le possibilità consentite nei differenti contesti storico-politici”. Così A. MORRONE, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*, in *Quad. cost.*, 2014, 1, pp. 99-100. Sintomatica, in questo quadro, la circostanza che, per quanto il titolo della legge costituzionale parlasse di “pareggio di bilancio”, nel testo la soluzione in concreto sperimentata passa per l’impiego del termine “equilibrio, nozione molto più duttile e, soprattutto, molto meno estranea al nostro ordinamento giuridico che non la prima”, come rileva D. MONE, *La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio*, cit., pp. 2-3, laddove pure si evidenzia come la nozione di equilibrio rinvii a “una valutazione politica ossia una scelta politica circa il rapporto che si intende fissare fra entrate ed uscite: rapporto che potrebbe essere anche negativo”.

²⁴⁸ Sul ruolo dei giudici comuni quali “garanti dei diritti costituzionali” con riferimento alla tutela dei diritti fondamentali, A. PACE, *La garanzia dei diritti fondamentali nell’ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici “comuni”*, in *Nuove dimensioni nei diritti di libertà (Scritti in onore di Paolo Barile)*, Padova, 1990, p. 124.

²⁴⁹ Su consistenza e limiti del sindacato del giudice amministrativo intorno ai diritti fondamentali, L. CORAGGIO, *La teoria dei diritti inderogabili: origini ed attuali tendenze*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 2, p. 483; M. MIDIRI, *Diritti fondamentali, effettività della tutela, giudice amministrativo*, in *Rivista AIC*, 2015, 3, p. 15; M. R. SPASIANO, *Diritti fondamentali e giudice amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2011. La giurisdizione del giudice amministrativo in tema di tutela del diritto dell’alunno disabile al sostegno scolastico, quando si contesta il mancato o cattivo esercizio del potere pubblico di determinazione e assegnazione delle ore di sostegno in relazione alla patologia dell’alunno, è ribadita da Cons. St., ad. plen., 12 aprile 2016, n. 7, in *Foro it.*, 2016, 11, III, p. 585, in linea di continuità con l’indirizzo già espresso dalla citata sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione, n. 25011 del 2014.

nucleo di garanzie inviolabili, rappresentino un limite non solo per la discrezionalità del legislatore, quant'anche per quella degli amministratori pubblici.

L'ambito dell'indagine riguarda, anche nei casi che passeremo in rassegna, il completo riconoscimento del sostegno scolastico per gli alunni disabili²⁵⁰, in piena continuità con gli indirizzi tracciati dal giudice costituzionale con la sentenza n. 80 del 2010²⁵¹ e a riprova dell'attitudine di quella decisione a cristallizzare un modo di operare dei pubblici poteri quando è in gioco la tutela di valori costituzionali assunti come prevalenti.

Nell'ambito della giurisdizione civile, in particolare, assume rilievo l'orientamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che, con la sentenza n. 25011 del 2014²⁵², hanno accertato la natura discriminatoria della decisione dell'amministrazione scolastica di non concedere, ad una minore affetta da sindrome di Angelmann²⁵³, l'insegnamento scolastico di supporto per il numero di 25 ore settimanali indicato nel Piano educativo individualizzato (PEI)²⁵⁴.

La Cassazione, nella fattispecie, è partita dalla considerazione dell'assoluta centralità del piano educativo individualizzato, come strumento per giungere ad una scelta condivisa²⁵⁵ ai fini dell'indicazione del numero delle ore di sostegno finalizzate all'educazione e all'istruzione del disabile, nell'ottica di un percorso che consideri difficoltà e potenzialità del portatore di *handicap*.

Definito però, in sede di piano educativo individualizzato, il numero di ore necessarie per il sostegno scolastico dell'alunno che versa in situazione di disabilità particolarmente grave, all'amministrazione scolastica non residuano margini di discrezionalità al fine di rimodulare o sacrificare in via autoritativa, in ragione della scarsità delle risorse disponibili per il servizio, la misura del supporto integrativo già individuato. In questo quadro, la pubblica amministrazione ha soltanto il dovere di assicurare l'assegnazione del personale docente specializzato, anche disponendo l'attivazione di un posto di sostegno in deroga al rapporto insegnanti/alunni, per rendere possibile la fruizione effettiva del diritto costituzionalmente protetto, quando la specifica situazione di disabilità del bambino richieda interventi di sostegno continuativi e più intensi.

Peraltro, continua la sentenza, l'omissione o le insufficienze dell'amministrazione nello svolgimento di quella attività doverosa, nel determinare una sostanziale contrazione del diritto fondamentale del disabile, appaiono "suscettibili di concretizzare, ove non accompagnate da una corrispondente contrazione dell'offerta formativa riservata agli altri alunni normodotati, una discriminazione indiretta, vietata dalla legge. n. 67 del 2006, art. 2, per tale intendendosi anche il comportamento omissivo dell'amministrazione pubblica preposta all'organizzazione del servizio scolastico che abbia l'effetto di mettere il disabile in una posizione di svantaggio rispetto agli altri alunni"²⁵⁶.

²⁵⁰ Per un quadro completo degli arresti giurisprudenziali sull'argomento si rinvia a L. BUSCEMA, *Il diritto all'istruzione degli studenti disabili*, cit., pp. 10 e seguenti.

²⁵¹ Per un approfondimento, M. LOTTINI, *Scuola e disabilità, I riflessi della sentenza 80 del 2010 della Corte costituzionale sulla giurisprudenza del giudice amministrativo*, in *Foro amm. TAR*, 7-8, p. 2403.

²⁵² In *Foro it.*, 2015, 3, p. 962, con nota di E. SCODITTI, *I diritti fondamentali fra giudice ordinario e giudice amministrativo*.

²⁵³ Malattia invalidante riconducibile alla fattispecie di *handicap* grave ai sensi della L. 5 febbraio 1992, n. 104, art. 3, comma 3.

²⁵⁴ Contenuti e natura giuridica del piano sono individuati da L. BUSCEMA, *op.ult.cit.*, cit., pp. 20 e seguenti.

²⁵⁵ Frutto anche del confronto tra genitori dell'alunno disabile e amministrazione: alla definizione del piano provvedono congiuntamente, con la collaborazione dei genitori della persona disabile, gli operatori delle unità sanitarie locali e, per ciascun grado di scuola, personale insegnante specializzato della scuola

²⁵⁶ Per un approfondimento, A. GRECO, *L. 67/2006: tutela inibitoria e risarcitoria per i soggetti disabili vittime di discriminazioni*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 1, p. 243.

La Cassazione, per l'effetto, nel caso di specie, ha ordinato alle amministrazioni convenute la concessione dell'insegnante di sostegno, condannando peraltro il Ministero al risarcimento del danno non patrimoniale cagionato, con decisione che peraltro svela, in modo evidente, come scelte amministrative di compressione del nucleo irriducibile dei diritti fondamentali, mosse dall'intenzione di conseguire risparmi economici, possano in concreto dispiegare un effetto *boomerang*, conseguente all'eventualità di dover sostenere nel tempo impegni economici ulteriori e inattesi²⁵⁷.

L'assoluta centralità e il relativo carattere non derogabile del minimo di tutela previsto dal PEI, in ogni caso, sono affermati ripetutamente anche dal giudice amministrativo, specie quando si tratta di ribadire che i vincoli di spesa non possano rappresentare un limite, per l'amministrazione scolastica, ai fini della miglior tutela del diritto allo studio dei disabili. Sintomatica, in questa prospettiva, la posizione del Consiglio di Stato²⁵⁸ in relazione a un provvedimento con cui il dirigente di una scuola secondaria di primo grado riconosceva a una minore, portatrice di *handicap* grave ai sensi dell'articolo 3, comma 3 della legge n. 104 del 1992, solo otto ore di sostegno²⁵⁹. Intimando all'amministrazione scolastica di riconsiderare il numero di ore di sostegno assegnate, il giudice di secondo grado contesta alla stessa l'esercizio di una discrezionalità non consentita emergendo, dalla motivazione del provvedimento che assegna le ore di assistenza, l'aver dato rilievo al "vincolo derivante dalla carenza di risorse economiche che non possono, in modo assoluto, condizionare il diritto al sostegno in deroga, sino a esigere e sacrificare il diritto fondamentale allo studio e all'istruzione".

La traccia che viene sviluppata in queste decisioni è, dunque, nel senso di valorizzare il carattere vincolante delle previsioni del PEI, come sede di individuazione della soglia minima di protezione del diritto all'istruzione del disabile²⁶⁰. Peraltro, i giudici, al riguardo, chiariscono come

²⁵⁷ Peraltro, la prospettiva risarcitoria è sovente indagata anche dal giudice amministrativo, attraverso il prevalente ricorso alla categoria del danno esistenziale, ristorabile attraverso le maglie larghe del danno non patrimoniale ai sensi dell'art. 2059 del codice civile, in fattispecie nelle quali l'amministrazione scolastica, in violazione delle previsioni del Piano educativo individuale, non abbia riconosciuto l'effettivo godimento delle ore di sostegno. V. T.A.R. Calabria – Reggio Calabria, sez. I, 13 gennaio 2016, n. 39, in *www.giustizia-amministrativa.it*: "nel caso di violazione dei diritti del minore disabile costituzionalmente garantiti e protetti può farsi luogo al risarcimento del danno esistenziale, che è individuabile negli effetti che la diminuzione (anche temporanea) delle ore di assistenza ha sullo sviluppo del disabile in situazione di gravità, in considerazione dell'interruzione del processo di promozione dei suoi bisogni di cura, di istruzione e di partecipazione a fasi di vita "normale". Più in generale, occorre precisare che il danno di tipo esistenziale di cui qui si chiede il ristoro è inteso come ogni pregiudizio (di natura non meramente emotiva e interiore, ma oggettivamente accertabile) provocato sul fare abituale del soggetto, che alteri le sue abitudini e gli assetti relazionali propri, inducendolo a scelte di vita diverse quanto all'espressione e realizzazione della sua personalità nel mondo esterno. Tale accezione di danno esistenziale è stata elaborata ed è abitualmente usata per i soggetti la cui esistenza non è in partenza minata da disabilità psico-fisiche, e rispetto ai quali, dunque, il pregiudizio è più immediatamente percepibile, passandosi da una situazione originaria di pienezza ad una di limitazione. Per il caso di soggetti minori e disabili gravi, che è quello che qui rileva, avverte il Collegio che la nozione di pregiudizio, e soprattutto la sua esigenza di prova cui è ancorata la risarcibilità, deve tenere conto del fatto che esso incide su esistenze, le cui abitudini ed i cui assetti si presentano già gravemente compressi e portatrici di condizioni di forte sofferenza. In senso analogo, T.A.R. Sicilia - Palermo, sez. I, 9 ottobre 2015, n. 2519, in *Foro amm.*, 2015, 10, p. 2666. Sulla quantificazione del danno per la mancata attribuzione delle ore di sostegno, T.A.R. Sicilia – Palermo, sez. III, 1 aprile 2014, n. 2370, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

²⁵⁸ Sez. VI, 10 febbraio 2015, n. 704, in *Foro amm.*, 2015, 2, p. 492.

²⁵⁹ A monte, la cognizione del giudice riguardava anche la determinazione dell'Ufficio scolastico regionale per l'Umbria che assegnava all'istituto un numero di insegnanti di sostegno insufficiente.

²⁶⁰ Indirizzo che trova, peraltro, implicita sponda anche nella decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 12 aprile 2016, n. 7 (in *Foro it.*, 2016, 11, III, 585), nell'ambito però di una sentenza intesa a definire il perimetro della giurisdizione esclusiva amministrativa in materia di servizio pubblico scolastico.

lo stesso Piano presenti un contenuto minimo e infungibile consistente nell'individuazione di un insegnante di sostegno e di un numero di ore da dedicare alla corrispondente attività, sanzionando come scaturigine di uno stesso vizio fattispecie diverse, che spaziano dal caso limite della omissione *tout court* del PEI fino alla redazione dello stesso che non indichi partitamente le ore di sostegno oppure non provveda all'assegnazione del relativo insegnante²⁶¹.

In ogni caso, una volta individuata, attraverso il PEI, la modalità concreta di tutela da apprestare a vantaggio del disabile, come già evidenziato, non residuano spazi di discrezionalità che l'amministrazione scolastica possa esercitare in funzione di restrizione delle garanzie minime che lo strumento individua. Alla base, il pacifico indirizzo che riconosce agli alunni disabili un diritto soggettivo²⁶² alla fruizione del sostegno scolastico come stabilito dal piano educativo, con conseguente impossibilità per il soggetto pubblico di rimodulare il sostegno già fissato. Il margine residuo di discrezionalità che l'amministrazione possa in concreto spendere riguarda, allora, esclusivamente l'individuazione di soglie di protezione ulteriori e la definizione di concrete modalità operative tese, in ogni caso, ad "apprestare gli interventi corrispondenti alle esigenze rilevate, la cui omissione od insufficienza è lesiva del diritto del disabile ad avere pari opportunità nella fruizione del servizio scolastico"²⁶³.

L'ulteriore traccia che sviluppa la giurisprudenza amministrativa, nel plasmare la discrezionalità dell'amministrazione scolastica che assume decisioni che incidano sul diritto allo studio dei disabili, riguarda, invece, il limite numerico delle classi che accolgano studenti con disabilità. La normativa di riferimento è contenuta nel d.P.R. 20 marzo 2009, n. 81 che, all'articolo 5, comma 2, fissa "di norma", nel numero di venti, il massimo di allievi per classe, quando tra essi vi siano portatori di *handicap*. La previsione, peraltro, si completa col prevedere che "sia esplicitata e motivata la necessità di tale consistenza numerica, in rapporto alle esigenze formative degli alunni disabili, e purché il progetto articolato di integrazione definisca espressamente le strategie e le metodologie adottate dai docenti della classe, dall'insegnante di sostegno, o da altro personale operante nella scuola".

L'infelice formula può essere, in realtà, interpretata in due direzioni. La più rigorosa (e probabilmente più aderente al tenore letterale della disposizione), sembrerebbe richiedere che, in tutti le ipotesi in cui una classe debba accogliere studenti disabili, il numero massimo di allievi della stessa non debba essere superiore a venti, imponendo, in ogni caso, un doppio *step* di

²⁶¹ T.A.R. Campania – Napoli, sez. IV, 27 febbraio 2015, n. 1330, in *Foro amm.*, 2015, 2, p. 615: "in ognuno di questi casi, la mancata assegnazione di un insegnante di sostegno o di un numero di ore di sostegno che la parte privata consideri (e dimostri) essere insufficienti rispetto alla patologia da cui l'alunno è affetto, costituisce violazione della normativa in materia di tutela degli alunni disabili nell'ambito del servizio pubblico scolastico, la quale stabilisce che l'Amministrazione è comunque tenuta a garantire un'offerta didattica differenziata, assegnando un insegnante specializzato di sostegno nella misura idonea a realizzare le finalità del servizio e l'integrazione della persona disabile all'interno della classe e del gruppo". Sull'autonoma rilevanza, ai fini risarcitori, della fattispecie dell'omissione del PEI, T.A.R. Campania – Napoli, sez. IV, 1 marzo 2016, n. 1104, in *www.giustizia-amministrativa.it*: "il reiterato, sistematico e costante perdurare dell'inadempimento dell'Amministrazione negli anni a venire in ordine alla redazione dei P.E.I. o all'esatta quantificazione delle ore di sostegno, in mancanza di miglioramenti nella condizione psico - fisica dell'alunno disabile, è autonomamente valutabile ai fini delle eventuali richieste risarcitorie avanzate dai soggetti legittimati ad agire per conto dei suddetti disabili".

²⁶² T.A.R. Toscana – Firenze, sez. I, 29 gennaio 2015, n. 146, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Puglia – Bari, sez. II, 2 aprile 2015, n. 549, in *Foro amm.*, 2015, 4, p. 1244; T.A.R. Abruzzo – Pescara, sez. I, 15 luglio 2016, n. 260, in *Foro amm.*, 2016, 7-8, p. 1948.

²⁶³ Ancora Cass. civ., sez. un., 25 novembre 2014, n. 25011, cit.

garanzia, consistente nell'onere di esplicitazione e motivazione in ordine alla consistenza in concreto individuata alla luce delle specifiche esigenze formative dei portatori di *handicap* e comunque nell'ambito di una cornice di riferimento offerta dal riferito progetto di integrazione. Altra lettura, suggerita da alcuni settori della giurisprudenza²⁶⁴, intende la fattispecie, invece, nel senso di ritenere che gli individuati *step* di garanzia siano funzionali alla possibilità di derogare alla regola del tetto minimo dei venti studenti, con comunque rilevante compressione della discrezionalità dell'istituzione scolastica tenuta al rispetto di una procedura aggravata che passa per oneri di specifica motivazione e oneri di nuova redazione (riferiti al citato progetto di integrazione). Quale che sia l'interpretazione prescelta, lo spazio della discrezionalità amministrativa, ancora una volta, emerge come particolarmente stretto e tutto orientato, dal legislatore, alla più completa effettività del diritto all'istruzione dei disabili.

Del resto la particolare rilevanza della previsione del tetto massimo dei 20 studenti per le classi con alunni disabili è sottolineata con forza anche da quella giurisprudenza che non ammette eccezioni alla regola neppure per quei piccoli comuni nei quali vi sia “un solo istituto scolastico nel quale sia istituita una sola classe prima di scuola secondaria di primo grado”²⁶⁵. La sentenza è interessante perché, ancora una volta, individua l'alveo di scorrimento della discrezionalità amministrativa che, lungi dal poter comprimere il fondamentale diritto allo studio del portatore di *handicap*, deve essere, all'opposto, protesa alla sua più completa realizzazione e consistere nel “bilanciare gli interessi coinvolti giungendo ad una soluzione organizzativa che garantisca a tutti gli allievi, portatori di disabilità e normodotati, di frequentare un corso di studi regolare possibilmente scongiurando la necessità per alcuni di essi — tra l'altro di giovanissima età — di dover affrontare trasferte”.

La soluzione suggerita dal giudice, nel caso di specie, è quella dell'istituzione di classi in deroga ai sensi dell'art. 4 del d.P.R. 81 del 2009²⁶⁶, con un'opzione che, ancora una volta, chiarisce come, quando sia in gioco il nucleo irriducibile del diritto all'istruzione dei disabili, la discrezionalità che resta alle istituzioni scolastiche debba essere esercitata esclusivamente nella prospettiva della compiuta e incondizionata garanzia del canone costituzionale. In quest'ottica, peraltro, ci si può forse aspettare che anche la sentenza n. 275 del 2016 della Corte costituzionale, da cui siamo partiti, favorisca una ulteriore traccia di approfondimento della giurisprudenza civile e amministrativa intorno a quel tassello del nucleo non comprimibile del diritto sociale all'istruzione del disabile, che la stessa, per quanto incidentalmente, individua.

²⁶⁴ T.A.R. Campania – Salerno, sez. II, 8 luglio 2014, n. 1214, in *Foro amm.*, 2014, 7-8, p. 2182.

²⁶⁵ T.A.R. Calabria – Reggio Calabria, sez. I, 6 giugno 2014, n. 246, in *Foro amm.*, 2014, 6, p. 1848, che dichiara “illegittima l'istituzione di una sola prima classe di scuola secondaria di primo grado formata da 25 alunni di cui 4 diversamente abili, superando il limite stabilito dal secondo comma dell'art. 5 d.P.R. 20 marzo 2009 n. 81” e individua la *ratio* dell'art. 5, comma 2, “nella esigenza di garantire un adeguato apporto di risorse culturali e professionali a tutti gli allievi che frequentano le classi in cui sono presenti disabili: la limitazione numerica tende per tal via a garantire che lo svolgimento della programmazione didattica possa svolgersi con profitto”.

²⁶⁶ La norma stabilisce che “i dirigenti scolastici possono disporre incrementi del numero delle classi dell'istruzione primaria e dell'istruzione secondaria solo in caso di inderogabili necessità legate all'aumento effettivo del numero degli alunni rispetto alle previsioni, previa autorizzazione del dirigente preposto all'Ufficio scolastico regionale. In ogni caso, la riferita sentenza chiarisce che il disposto “pur se riferito ad una ipotesi specifica, tuttavia rileva per la possibilità contemplata dal legislatore di accedere all'utilizzo di risorse economiche di cui originariamente non era stato previsto l'impiego al fine di consentire l'accesso alla istituzione scolastica a tutti gli iscritti”.

Pareggio di bilancio e diritti sociali: la ridefinizione dei confini nella recente giurisprudenza costituzionale in tema di diritto all'istruzione dei disabili*

di Erik Furno*

Sommario: 1. Premessa - 2. Il quadro dei vincoli comunitari - 3. Gli arresti giurisprudenziali -4. La Corte costituzionale tra vincoli di bilancio e diritti sociali: la sentenza n.275 del 16 dicembre 2016 - 5. Osservazioni conclusive

1. Premessa

Tra le riforme costituzionali più discusse un posto di rilievo occupa la legge costituzionale 20 aprile 2012, n.1 (d'ora in avanti, per brevità, indicata come legge cost. n.1 del 2012)²⁶⁷, che, nell'introdurre con il nuovo art.81 il principio del pareggio (*rectius*: equilibrio²⁶⁸) di bilancio nella Carta costituzionale, ha imposto vincoli più stringenti e puntuali in materia di bilancio, contabilità pubblica e stabilità finanziaria, mentre, con la modifica degli artt.117 e 119, ha fissato le regole in tali materie anche per le Regioni e gli enti locali.

* Contributo sottoposto a double blind peer review

* Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico presso il Dipartimento di giurisprudenza della Università "Federico II" di Napoli.

²⁶⁷ Legge cost. 20 aprile 2012, n.1, recante « *Introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale* », pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 95 del 24 aprile 2012, approvata con insolita rapidità dalla maggioranza qualificata de due terzi del Parlamento e, come tale, non sottoposta a referendum confermativo.

V. le critiche al riguardo di A. BRANCASI, *L'introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio: un esempio di revisione affrettata della Costituzione*, in www.forumcostituzionale.it, 10 gennaio 2012, e P. DE IOANNA, *Categorie economiche e vincoli giuridici: un medium cognitivo di difficile composizione*, in *Astrid Rassegna*, n.7/2015, che scorge nella vicenda un deficit di « processo cognitivo pubblico ». La legge cost. n.1/2012 non si è limitata a novellare solo l'art.81 Cost., ma ha apportato modifiche anche agli artt. 97, 117 e 119 Cost.

Sull'introduzione in Costituzione del principio del pareggio di bilancio la letteratura è vastissima: senza alcuna pretesa di esaustività, tra gli altri, G. BOGNETTI, *Il pareggio del bilancio nella Carta costituzionale*, in www.rivistaaic.it, n.2/2012; I. CIOLLI, *I paesi dell'eurozona e i vincoli di bilancio. Quando l'emergenza economica fa saltare gli strumenti normativi ordinari*, ivi, n.1/2012; F. BILANCIA, *Note critiche sul c.d. "pareggio di bilancio"*, ivi, n.2/2012; M. MAZZIOTTI, *Note minime sulla legge costituzionale 20 aprile 2012 n.1*, in *Giur. cost.*, 2012, 3791 ss.; D. DE GRAZIA, *L'introduzione del principio del pareggio di bilancio in Costituzione (tra vincoli europei e zelo del legislatore)*, ivi, 2012, 2483 ss.; G. M. SALERNO, *Sulla forza prescrittiva dei nuovi principi norme secondarie sempre più determinanti*, in *Guida al diritto*, 2012, 20 ss.; P. CANAPARO, *La legge costituzionale n.1 del 2012: la riforma dell'articolo 81, il pareggio di bilancio e il nuovo impianto costituzionale in materia di finanza pubblica*, in www.federalismi.it, n.13/2012; D. MORGANTE, *La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio*, ivi, n.14/2012; A. BRANCASI, *Il principio del pareggio di bilancio in Costituzione*, in www.osservatoriosullefonti.it n.2/2012; M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, Milano 2015, 1673 ss., e Id., *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, in *Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 22 novembre 2013*, Milano 2014; G. RIVOSECCHI, *Il c.d. pareggio di bilancio tra Corte e legislatore, anche nei suoi riflessi sulle regioni: quando la paura prevale sulla ragione*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, n.3/2012.

Sulla crisi fiscale dello Stato e sugli eccessi di spesa dei processi decisionali democratici A. CANTARO- D. LA ROCCA, *Costituzionalismo fiscale e nuovi assetti della finanza pubblica*, in AA.VV., *La politica di bilancio in condizioni di stress fiscale. Profili istituzionali*, (a cura di F. FICHERA), Milano 1986, 139 ss.

Sulle contrapposizioni tra l'Europa dei mercati e l'Europa sociale A. LUCARELLI, *Per un diritto pubblico europeo dell'economia. Fondamenti giuridici*, in Id., *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, Napoli 2016, VII ss.

²⁶⁸ Sebbene la legge cost. n.1/2012 sia intitolata all'introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale, il testo costituzionale si riferisce esclusivamente all'equilibrio dei bilanci.

Come nota O. CHESSA, *La Costituzione della moneta. Concorrenza, indipendenza della banca centrale, pareggio di bilancio*, Napoli 2016, 396, l'incertezza nasce già nel titolo della legge cost. n.1 del 2012, che parla di "pareggio", mentre l'articolato parla sempre di "equilibrio".

Trattasi di una rilevante modifica della nostra Carta fondamentale, che ha introdotto nella Costituzione del 1947, modellata sullo « Stato sociale »²⁶⁹, una precisa opzione di politica finanziaria delle pubbliche amministrazioni, vietando, salvo alcune deroghe, « il ricorso all'indebitamento», nel tentativo di contenere la spesa pubblica.

Il ricorso al debito viene, infatti, consentito dalla novella costituzionale solo in funzione anticiclica oppure²⁷⁰ al verificarsi di eventi eccezionali²⁷¹, previa autorizzazione in tal caso delle Camere, adottata a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti. La regola dell'equilibrio, inoltre, è estesa dalla revisione costituzionale degli artt.97²⁷² e 119²⁷³ anche ai bilanci delle Regioni e degli enti locali, senza peraltro i correttivi e le deroghe eccezionali previste invece per il bilancio statale.

In attuazione di quanto previsto dal novellato art.81, comma 6, Cost.²⁷⁴, la legge rinforzata²⁷⁵ 24 dicembre 2012, n.243²⁷⁶, ha poi specificato il contenuto della legge di bilancio e dettato le

²⁶⁹ Sul concetto di « Stato sociale» F. RIMOLI, *Stato sociale*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma 2004.

²⁷⁰ Per la tesi disgiuntiva, M. LUCIANI, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, cit., 23: « l'indebitamento è consentito non solo per far fronte a circostanze eccezionali, ma anche allo scopo di moderare gli effetti del ciclo»; *contra*, per la tesi congiuntiva, A. BRANCASI, *L'introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio: un esempio di revisione affrettata della Costituzione*, in *Quad. cost.* n.1/2012, 108 ss.,

²⁷¹ L'art.5 della stessa legge cost. n.1 del 2012 chiarisce che cosa si intenda per eventi eccezionali, quali, cioè, «gravi recessioni economiche», «crisi finanziarie» e «gravi calamità naturali»(comma 1, lett. d).

²⁷² Art.97, comma 1, Cost., come modificato dall'art.2 della legge cost. n.1 del 2012:« Le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico».

²⁷³ Art.119, comma 1, Cost., come modificato dall'art.4 della legge cost. n.1 del 2012: « I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni hanno autonomia finanziaria di entrata e di spesa, nel rispetto dell'equilibrio dei relativi bilanci, e concorrono ad assicurare l'osservanza dei vincoli economici e finanziari derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea»; (...) (comma 6): « I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni hanno un proprio patrimonio, attribuito secondo i principi generali determinati dalla legge dello Stato. Possono ricorrere all'indebitamento solo per finanziare spese di investimento, con la contestuale definizione di piani di ammortamento e a condizione che per il complesso degli enti di ciascuna Regione sia rispettato l'equilibrio di bilancio. E' esclusa ogni garanzia dello Stato sui prestiti dagli stessi contratti».

²⁷⁴ L'art.81, comma 6, Cost.:«Il contenuto della legge di bilancio, le norme fondamentali e i criteri volti ad assicurare l'equilibrio tra le entrate e le spese dei bilanci e la sostenibilità del debito del complesso delle pubbliche amministrazioni sono stabiliti con legge approvata a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera, nel rispetto dei principi definiti con legge costituzionale ».

²⁷⁵ Corte cost. 10 aprile 2014, n.88, in *Giur. cost.*, 2014, 1606 ss., con nota di A. BRANCASI, *La Corte costituzionale al bivio tra il tradizionale paradigma del coordinamento finanziario e la riforma costituzionale "Introduttiva del pareggio di bilancio"*, ivi, 1633 ss., e di G. D'AURIA, *Il «pareggio di bilancio » approda alla Corte costituzionale*, in *Foro it.*, I, 2015,414 ss., ritiene che, pur trattandosi di una legge «rinforzata », in ragione della maggioranza parlamentare richiesta per la sua approvazione, essa mantiene il rango di legge ordinaria.

Secondo G. SCACCIA, *La giustiziabilità della regola del pareggio di bilancio*, in www.rivistaaic.it , n.3/2012, che richiama F. MODUGNO, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enc. dir., Aggiornamenti*, I, Milano 1997, 561 ss., tale legge rinforzata si pone in una gerarchia sostanziale di contenuti sulla legge di bilancio, mentre per A. MORRONE, *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, in www.rivistaaic.it , n.1/2014, trattati di una « legge specializzata». Secondo N. LUPO, *La revisione costituzionale della disciplina di bilancio e il sistema delle fonti*, in *Il Filangieri, Quaderno 2011*, Napoli 2012, 89 ss., specie 108, l'art.5 della legge cost. n.1/2012 introduce una vera e propria « legge organica», a cui è garantita una competenza definita in termini tassativi e al tempo stesso riservata, cioè, una fonte legislativa intermedia tra il livello costituzionale ed il livello ordinario, che fa per la prima volta la sua comparsa nell'ordinamento italiano sulla scorta del modello francese e spagnolo. *Contra*, R. DICKMANN, *Legislazione di spesa ed equilibrio di bilancio tra legittimità costituzionale e legittimità europea*, in www.federalismi.it , n.10/2012,3 ss., secondo cui essa costituisce «una disposizione di delega legislativa a tutti gli effetti, in quanto dotata delle "componenti" essenziali di cui all'art.76 Cost.». Per G. M. SALERNO, *Equilibrio di bilancio, coordinamento finanziario e autonomie territoriali*, in

Il Filangieri, Quaderno 2011, cit., 145 ss., specie 156, tale legge rappresenta il « precipitato normativo » del dettato costituzionale in materia di equilibrio di bilancio nei confronti di tutte le istituzioni pubbliche, sia statali, che regionali e locali.

²⁷⁶ Legge 24 dicembre 2012, n.243, recante « Disposizioni per l'attuazione del principio del pareggio di bilancio ai sensi dell'articolo 81, sesto comma, della Costituzione», pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n.12 del 15 gennaio 2013.

Sottolineano l'estrema rapidità di approvazione di tale legge attuativa, così come peraltro già avvenuto con la legge cost. n.1 del 2012, L. GIANNITI- C. GORETTI, *Prime note sull'Ufficio parlamentare di bilancio*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 2013, 86, e D. CABRAS, *La legge di attuazione del principio costituzionale del pareggio di bilancio*, in *Quad. cost.*, 2013, 124-125. In generale, M. NARDINI, *La legge n.243/2012 e l'adeguamento dell'ordinamento nazionale alle regole europee di bilancio*, in www.osservatoriosullefonti.it , n.1/2013, M. BERGO, *Pareggio di bilancio "all'italiana". Qualche riflessione a margine della legge 24 dicembre 2012, n.243 attuativa della*

nuove regole, ampliando i principi della stessa legge cost. n.1 del 2012 all'intero comparto delle Pubbliche Amministrazioni fino a comprendervi anche gli enti non territoriali, in modo da integrare quanto stabilito dal riformato art.97 Cost., nel tentativo di contenere la spesa pubblica in coerenza con i vincoli imposti dall'Unione europea agli Stati membri²⁷⁷.

La costituzionalizzazione di tali vincoli, adottata allo scopo di rendere pienamente cogenti gli obblighi che in materia di bilanci derivano dall'appartenenza all'Unione europea, avrebbe il senso, tra l'altro, di fornire un controllo giurisdizionale alle relative regole, che ne erano sprovviste a livello europeo, controllo da esercitarsi attraverso il nostro giudice costituzionale²⁷⁸, in modo da interdire allo stesso legislatore ordinario la possibilità di introdurre ipotesi derogatorie.

Quindi, la revisione dell'art.81 Cost. non solo rende il vincolo del pareggio di bilancio fonte di responsabilità giuridica, ma consente alla Corte costituzionale il controllo di ciò che in precedenza costituiva solo un obiettivo politico e non un obbligo giuridico²⁷⁹.

Il che potrebbe significare che nel passaggio dal precedente al nuovo testo costituzionale si è trasformato il disegno originario dei Costituenti, che prevedeva il contemperamento degli interessi finanziari con gli altri interessi costituzionalmente garantiti, in una supremazia egemonica dei soli interessi finanziari²⁸⁰ a scapito della tutela dei diritti fondamentali. Ma è davvero così?

Anche se non è mancata una lettura storica del dibattito in sede di Assemblea Costituente, volta ad interpretare il previgente testo dell'art.81 "come garanzia della tendenza al pareggio di bilancio"²⁸¹, non essendo di certo estranea ai nostri Costituenti la preoccupazione di una sana

riforma costituzionale più silenziosa degli ultimi tempi, in www.federalismi.it, n.6/2013; R. DICKMANN, *Brevi considerazioni sulla natura rinforzata della legge 24 dicembre 2012, n.243, di attuazione del principio costituzionale del pareggio dei bilanci pubblici*, ivi, e A. PASSARO, *Il bilancio dello Stato nella prospettiva europea*, Roma 2013.

²⁷⁷ Il contenuto della legge 24 dicembre 2012, n.243, è previsto in via generale dall'ultimo comma dell'art.81 Cost. e, nello specifico, dal primo comma dell'art.5 della legge cost. n.1 del 2012. Essa reca disposizioni volte a dare attuazione al principio di equilibrio dei bilanci delle pubbliche amministrazioni e della sostenibilità del debito pubblico, disciplina i contenuti della legge di bilancio ed istituisce l'Ufficio parlamentare di bilancio. L'art.1, comma 2, prevede che tale legge possa essere abrogata, modificata o derogata solo in modo espresso mediante una legge successiva, da approvare sempre a maggioranza assoluta dei componenti di Camera e Senato.

²⁷⁸ A. BRANCASI, *Bilancio (equilibrio di)*, in *Enc. dir., Annali VII*, Milano 2014, 167 ss., specie 178-179, considera la riforma costituzionale come succedanea al c.d. *Fiscal Compact* ed alla clausola ivi racchiusa, che riconosce la giurisdizione della Corte di giustizia, limitatamente però all'obbligo di recepire nell'ordinamento nazionale le regole europee e non la loro osservanza (art.8).

²⁷⁹ G. SCACCIA, *La giustiziabilità della regola del pareggio di bilancio*, anche in *Il Filangieri, Quaderno* 2011, Napoli 2012, 211-212 ss.: «la revisione dell'art.81 della Costituzione e la specifica previsione di un controllo costituzionale sul rispetto del vincolo del pareggio tocchino uno degli snodi cruciali della forma di governo, perché fanno oggetto di responsabilità giuridica e di sanzione costituzionale obbligazioni che in precedenza rilevavano solo in sede politica e restavano consegnate, in definitiva, alle dinamiche della relazione fiduciaria».

²⁸⁰ A. BRANCASI, *Bilancio (equilibrio di)*, cit., 180: «Del resto, già da tempo, a questo originario disegno era subentrata, seppure in maniera surrettizia, l'idea che la cura dell'interesse finanziario dovesse comunque prevalere. Si è così trattato di rimuovere dalla Costituzione il segno residuo che ancora si poneva in antitesi a questa trasformazione, cioè il divieto di "stabilire nuovi tributi e nuove spese" con la legge di bilancio: a ciò ha provveduto la riforma, che ha eliminato, dall'art.81 cost., il comma 3 e ha affidato alla legge da approvare a maggioranza assoluta la disciplina del contenuto della legge di bilancio».

²⁸¹ L. GIANNITI, *Il pareggio di bilancio nei lavori della Costituente*, in www.astrid-online.it, 2011, che fa riferimento alle posizioni espresse da Einaudi e Vanoni, che proposero di sancire l'obbligo della copertura delle nuove spese «come garanzia della tendenza al pareggio di bilancio» (Atti Assemblea Costituente, Commissione per la Costituzione, Seconda Sottocommissione, seduta del 24 ottobre 1946). *Contra*, V. ONIDA, *Le leggi di spesa nella Costituzione*, Milano 1969, 450 ss., e A. BRANCASI, *Legge finanziaria e legge di bilancio*, Milano 1985, 412, che negano il vincolo contenutistico del pareggio di bilancio. Conferma l'interpretazione a maglie larghe del vincolo Corte cost. 10 gennaio 1966 n.1, in *Giur. cost.*, 1966, 1 ss., specie 27: «il precetto costituzionale attiene ai limiti sostanziali che il legislatore ordinario è tenuto ad osservare nella sua politica di spesa, che deve essere contrassegnata non già dall'automatico pareggio del bilancio, ma dal tendenziale conseguimento dell'equilibrio tra le entrate e la spesa» (punto 5 del Cons. dir.). Ciò consentiva di spalmarne la copertura delle leggi di spesa mediante il ricorso ai bilanci successivi, con la conseguente evoluzione del concetto di pareggio del bilancio nel più ampio concetto di equilibrio finanziario complessivo.

gestione delle risorse pubbliche²⁸², prevalente è la tesi di una «neutralità»²⁸³ o, comunque, di una flessibilità²⁸⁴ del precedente testo dell'art.81 Cost.²⁸⁵ rispetto alle politiche di bilancio ed alle scelte fondamentali del governo dell'economia, in modo da consentire una naturale fluidità ai rapporti tra Governo e Parlamento, tipica della nostra forma di governo parlamentare²⁸⁶.

Dall'esame dei lavori preparatori dell'art.81 Cost. emerge, infatti, la volontà dei Costituenti di tenere distinti il piano del bilancio da quello delle leggi di spesa, come si evince darapporto intercorrente tra il terzo ed il quarto comma²⁸⁷, onde evitare, grazie anche alla elasticità della norma costituzionale²⁸⁸, alterazioni degli equilibri del bilancio.

Il vecchio art.81 Cost. veniva, quindi, interpretato come previsione della corretta regola procedurale, secondo cui nessuna legge che importi nuove e maggiori spese può essere approvata dal Parlamento senza indicare i mezzi per farvi fronte²⁸⁹.

²⁸² T. F. GIUPPONI, *Il principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio e la sua attuazione*, in *Quad. cost.*, 2014, 51 ss., specie 56-57.

²⁸³ Secondo V. ONIDA, *Le leggi di spesa nella Costituzione*, cit., 457, occorre evitare di intendere l'art.81, quarto comma, Cost., «come un impegno o un invito ad adottare questo o quell'orientamento, questa o quella scelta concreta nella politica finanziaria e di bilancio», trattandosi, invece, dell'affermazione del principio, per cui ogni nuova spesa richiede l'esame dei mezzi necessari per farvi fronte. Per tale A. l'art.81 Cost. non intendeva incorporare il principio del pareggio di bilancio, né quello della tendenza al pareggio, ma consentire una sana gestione finanziaria, onde evitare iniziative parlamentari autonome di spesa tali da alterare l'equilibrio del bilancio: da ciò la differenza tra il terzo ed il quarto comma dell'art.81, su cui *infra*.

²⁸⁴ Sull'elasticità del previgente art.81 Cost., che avrebbe dovuto tener conto delle fluttuazioni cicliche e consentire politiche fiscali anticicliche, di tipo Keynesiano, M. LUCIANI, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, cit., 8 ss., specie 17, ove evidenzia che «equilibrio» non significa «pareggio» del bilancio e, cioè, perfetta corrispondenza di entrate e uscite, non avendo alcun senso inserire le formule meramente numeriche del pareggio in Costituzione; P. DE IOANNA, *Forma del governo e politica di controllo della finanza pubblica*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, n.3/2013, 372; A. MORRONE, *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, in www.rivistaaic.it, n.1/2014; T.F. GIUPPONI, *op. ult. cit.*, 59; G. SCACCIA, *L'equilibrio di bilancio fra Costituzione e vincoli europei*, in www.osservatoriosullefonti.it, n.2/2013, sostiene che l'esigenza di un «tendenziale» equilibrio, derivante dal combinato disposto dei commi 3 e 4 dell'art.81 Cost., è sempre stata considerata come un obiettivo politico, piuttosto che come obbligazione giuridica.

²⁸⁵ Sui lavori preparatori dell'art.81 quarto comma Cost., S. BARTOLE, *Art.81*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, *Art.76-82, La formazione delle leggi*, tomo II, Bologna-Roma 1979, 197 ss., sostiene l'evidenza di una ispirazione tale da sottrarre «le potenzialità interpretative della disposizione *de qua* all'ipoteca di un troppo stretto collegamento con dottrine economiche storicamente determinate, e specialmente con quelle che nel pareggio di bilancio vedevano, e tuttora vedono una delle istanze fondamentali della politica finanziaria dello Stato»; V. ONIDA, *Le leggi di spesa nella Costituzione*, cit., 154 ss.; P. DE IOANNA, *Copertura delle leggi di spesa*, in A. BARETTONI ARLERI, *Dizionario di contabilità pubblica*, Milano 1989, 127 ss.; N. LUPO, *Costituzione e bilancio. L'art.81 della Costituzione tra interpretazione, attuazione e aggiramento*, Roma 2007, 15 ss..V. anche in generale AA.VV., *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art.81, u.c., della Costituzione, Atti del seminario svoltosi in Roma, palazzo della Consulta, nei giorni 8 e 9 novembre 1991*, Milano 1993.

²⁸⁶ G. RIVOSACCHI, *L'equilibrio di bilancio: dalla riforma costituzionale alla giustiziabilità*, in www.rivistaaic.it, n.3/2016, specie 2. V. anche Id., *L'indirizzo politico-finanziario tra Costituzione italiana e vincoli europei*, Padova 2007, secondo cui ai Costituenti non interessava il pareggio di bilancio, ma piuttosto che, a prescindere dal disavanzo prestabilito, la successiva legislazione di spesa non alterasse il complessivo equilibrio finanziario fissato inizialmente in bilancio. Concorda A. PIROZZOLI, *Il vincolo costituzionale del pareggio di bilancio*, in www.rivistaaic.it, n.4/2011, 5.

²⁸⁷ A. BRANCASI, *L'ordinamento contabile*, Torino 2005, 115 ss., nonché Id., *La disciplina costituzionale del bilancio: genesi, attuazione, evoluzione, elusione*, in *Il Filangieri, Quaderno 2011*, cit., 7 ss., secondo cui il terzo comma del previgente art.81 Cost., parlando di «legge di approvazione del bilancio» e non semplicemente della «legge di bilancio», rappresentava una tacita adesione alla nozione, elaborata da P. LABAND, della legge di bilancio come legge meramente formale in quanto legge di sola approvazione. E' noto che il quarto comma, che in origine costituiva un articolo distinto del progetto di Costituzione relativo alla iniziativa legislativa parlamentare di spesa presentato dal c.d. Comitato dei 18 (Atti Assemblea Costituente, II Sottocommissione, 422), solo in sede di coordinamento nella c.d. Commissione dei 75 fu agganciato ai primi tre commi dell'art.77, destinato poi a divenire l'art.81 Cost. Esso rappresenta la sostituzione dell'originario testo proposto da Mortati («le leggi le quali comportino maggiori oneri finanziari devono provvedere ai mezzi necessari») con quello più duttile sollecitato da Bozzi e da Perassi («le leggi ... devono indicare i mezzi»), poi modificato nel previgente testo dell'art.81 Cost., ed è stato interpretato quale prescrizione del divieto che le leggi di spesa, prive di copertura, alterino gli equilibri fissati nel bilancio.

²⁸⁸ G. DELLA CANANEIA, *Indirizzo e controllo della finanza pubblica*, Bologna 1996, 23, parla di «natura aperta» dell'art.81 Cost. anche rispetto alla trasposizione dei vincoli esterni europei in vincoli interni.

²⁸⁹ V. ONIDA, *Le leggi di spesa nella Costituzione*, cit., 158 ss.; A. BRANCASI, *Introduzione*, in AA.VV., *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica. La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio tra internazionalizzazione economica, processo di*

Il *punctum dolens* del dibattito dottrinario si incentra allora sul rilievo da attribuire al passaggio dalla precedente formulazione alla nuova declinazione dell'art.81 Cost. e se quest'ultima abbia comportato o meno un radicale mutamento della politica finanziaria sia a livello statale che a livello locale, finendo con il sacrificare alla sostenibilità finanziaria anche la tutela dei diritti fondamentali e, tra questi, dei diritti sociali²⁹⁰.

Da un lato, si afferma che, nonostante l'avvenuta costituzionalizzazione del principio dell'equilibrio finanziario ed i più stringenti vincoli europei, imposti alle politiche nazionali di bilancio sin dal Trattato di Maastricht del 1992, residui ancora una flessibilità della norma costituzionale, dato che la duttilità è il solo modo per evitare che «regole di bilancio troppo rigide producano (...) il rischio di indiscriminata compressione dei diritti fondamentali a causa delle limitazioni di bilancio»²⁹¹.

Tale costituzionalizzazione, anche alla luce del primo comma del novellato art.81²⁹² che impone di porre in essere politiche anticicliche, consentirebbe ancora l'utilizzo di politiche di disavanzo, prevedendo altresì meccanismi mediante i quali lo Stato, tanto nella fasi avverse del ciclo, quanto in occasione di eventi eccezionali, debba concorrere ad assicurare il finanziamento da parte delle autonomie territoriali dei "livelli essenziali delle prestazioni e delle funzioni fondamentali inerenti i diritti civili e sociali"²⁹³: e ciò come confermato dalla stessa giurisprudenza costituzionale a

integrazione europea e sovranità nazionale (a cura di R. BIFULCO e O. ROSELLI), Torino 2013, 119 ss.; O. CHESSA, *La Costituzione della moneta*, cit., 401.

²⁹⁰ Sulla nozione di diritti sociali, P. BISCARETTI DI RUFFIA, *I diritti sociali*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino 1960, 759 ss.; B. CARAVITA, *Oltre l'uguaglianza formale. Un'analisi dell'art.3, c. 2, Cost.*, Padova 1984; A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, vol.XI, Roma 1989, 30 ss., che distingue i diritti sociali incondizionati, che attengono a rapporti giuridici che si istituiscono su libera iniziativa delle parti, dai diritti sociali condizionati, cioè

«diritti il cui godimento dipende dall'esistenza di un presupposto di fatto, vale a dire la presenza di un'organizzazione erogatrice delle prestazioni oggetto dei diritti stessi o, comunque, necessaria per rendere possibili i comportamenti o le condotte formanti il contenuto di quei diritti»; L. ELIA, *Relazione di sintesi*, in *I diritti fondamentali oggi*, Atti del V convegno dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, 30 novembre -1 dicembre 1990, Padova 1995, 305 (per il quale M. LOSANA, *Leopoldo Elia e i diritti sociali*, in AA.VV., *La lezione di Leopoldo Elia*, a cura di M. DOGLIANI, Napoli 2011, 211 ss.), utilizza l'espressione in modo ristretto, riferendosi ai soli «diritti a prestazione da parte dello Stato, diritti cioè che implicano una richiesta diretta allo Stato di soddisfare esigenze primarie della persona»;

F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino 1994, 71; P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, II ed., Torino 2005, *passim*; G. RAZZANO, *Lo "statuto" costituzionale dei diritti sociali*, in www.gruppodipisa.it, 2012; L. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 61 ss.

²⁹¹ M. LUCIANI, *L'equilibrio di bilancio e i principi e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, cit., 18 ss., specie 21-28, trae ulteriore conferma della flessibilità del nuovo impianto normativo: «il saldo che conta è quello "strutturale" e quel saldo non si ottiene sulla base di un mero computo aritmetico delle entrate e delle uscite, ma va desunto da un calcolo più complesso (e discrezionale), che deve tenere conto degli effetti del ciclo economico». V. anche Id., *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, cit., specie 40; A. BRANCASI, *Il principio del pareggio di bilancio in Costituzione*, in www.osservatoriosullefonti.it, n.2/2012; N. LUPO, *Costituzione europea, pareggio di bilancio ed equità tra le generazioni. Notazioni sparse*, in www.amministrazioneincammino.it, 25 ottobre 2011; D. CABRAS, *Su alcuni rilievi critici al c.d. "pareggio di bilancio"*, in www.rivistaaic.it, n.2/2012; M. BERGO, *Pareggio di bilancio "all'italiana". Qualche riflessione a margine della legge 24 dicembre 2012, n.243 attuativa della riforma costituzionale più silenziosa degli ultimi tempi*, in www.federalismi.it, n.6/2013; G. SCACCIA, *La giustiziabilità della regola del pareggio di bilancio*, cit.

²⁹² Il novellato art.81, primo comma, Cost.:«Lo Stato assicura l'equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico».

²⁹³ Così A. MORRONE, *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, cit., 9, che richiama l'art.5, comma 1, lett. g), della legge cost. n.1 del 2012. Concordano D. CABRAS, *Su alcuni rilievi critici al c.d. "pareggio di bilancio"*, cit., specie 4:«Il pareggio di bilancio, pertanto, in coerenza con la legislazione europea, non preclude in maniera assoluta il ricorso all'indebitamento e prevede dei margini di flessibilità tutt'altro che irrilevanti»; F. R. DE MARTINO, *Revisione dei Trattati europei, Fiscal compact e Costituzione italiana*, in www.rivistaaic.it, n.1/2015, part. 12; M. BERGO, *Pareggio di bilancio "all'italiana". Qualche riflessione a margine della legge 24 dicembre 2012, n.243 attuativa della riforma costituzionale più silenziosa degli ultimi tempi*, cit., part. 33-34; C. PINELLI, *Interpretazione e interpreti dell'equilibrio di bilancio*, in www.astridonline.it, n.6/2015, specie 5, che non rinviene elementi di rigidità nel nuovo art.81

partire dalla sentenza capostipite n.1/1966 fino alle più recenti decisioni quali le sentenze nn. 250²⁹⁴ e 266 del 2013²⁹⁵.

Dall'altra, invece, si sostiene che la costituzionalizzazione dei vincoli di bilancio abbia modificato radicalmente la nostra Carta costituzionale, che, se prima poteva contemperare le scelte economico-finanziarie con i diritti fondamentali dei cittadini, ora, dopo la riforma, deve privilegiare le procedure di contenimento della spesa pubblica, condizionando i diritti di prestazione al potere di spesa.

In altri termini, con la novella del 2012 si sarebbe « compiuto il transito da un disegno costituzionale che non vietava alla politica democratica di decidere misure Keynesiane espansive di *deficit spending* (fermo restando il limite generico dell'equilibrio finanziario) a un assetto che invece le vieta in linea di principio, consentendone la praticabilità solo a condizioni enumerate e particolarmente rigorose »²⁹⁶.

Spetterebbe, allora, alla Corte bilanciare i diritti fondamentali, tra cui i diritti sociali di prestazione, cioè “i diritti costituzionali che costano”, con le esigenze finanziarie di bilancio, per cui una legge limitativa della loro tutela, trovando adeguata copertura costituzionale nel principio dell'equilibrio finanziario, potrebbe sottrarsi a censure di incostituzionalità, anche se prospettate in relazione agli artt.2 e 3 Cost.

2. Il quadro dei vincoli comunitari

Senza entrare nello specifico della disciplina comunitaria, occorre ricordare come i vincoli europei del Trattato di Maastricht del 1992, che subordinavano la partecipazione degli Stati nazionali alla Unione al rispetto dei parametri del rapporto deficit/PIL pari al 3% e del rapporto debito pubblico/PIL pari al 60%, siano stati via via specificati e rafforzati dal Patto di Stabilità e Crescita del 1997²⁹⁷, successivamente riformato²⁹⁸, divenendo sempre più rigorosi e stringenti

Cost., quanto piuttosto nel *Fiscal Compact* nella parte in cui stabilisce la “tabella di marcia” per il rientro del debito pubblico per i paesi in cui questo supera il 60 % nel rapporto con il PIL.

²⁹⁴ Corte cost. 25 ottobre 2013, n.250, in *Giur. cost.*, 2013, 3781 ss.: « il principio dell'equilibrio tendenziale del bilancio, già individuato da questa Corte come precetto dinamico della gestione finanziaria (...), consiste nella continua ricerca di un armonico e simmetrico bilanciamento tra risorse disponibili e spese necessarie per il perseguimento delle finalità pubbliche (...) non può essere limitato al pareggio formale della spesa dell'entrata» (punto 3.2 del Cons. dir.).

²⁹⁵ Corte cost. 13 novembre 2013, n.266, in *Giur. cost.*, 2013, 4317 ss.

²⁹⁶ O. CHESSA, *La Costituzione della moneta*, cit.,402.

²⁹⁷ Il Patto di Stabilità e di Crescita (PSC) era costituito nella sua originaria formulazione dalla risoluzione del Consiglio europeo di Amsterdam del 16 e 17 giugno 1997 a seguito della adesione di undici paesi (Austria, Belgio, Finlandia, Francia, Germania, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi e Spagna), successivamente esteso anche a Cipro, Estonia, Malta, Slovacchia e Slovenia, facenti parte della c.d. Eurozona, e poi anche a Bulgaria, Danimarca, Lettonia, Lituania, Polonia, Regno Unito, Repubblica Ceca, Romania, Svezia ed Ungheria, che non hanno adottato la moneta dell'Unione. Tale risoluzione sanciva l'impegno degli Stati a perseguire l'obiettivo di medio termine di un saldo del conto economico delle pubbliche amministrazioni prossimo al pareggio o in avanzo. Il Patto era altresì composto da due regolamenti del Consiglio, il n.1466/97 ed il n.1467/97 del 7 luglio 1997, che rispettivamente miravano alla sorveglianza sulle politiche economiche degli Stati membri ed acceleravano le modalità di attuazione della procedura prevista per i disavanzi eccessivi.

²⁹⁸ Una prima revisione del Patto avveniva con l'approvazione dei Regolamenti n.1055/2005 e 1056/2005, che consentivano di scorporare dal calcolo del disavanzo consentito alcune spese di investimento.

attraverso l'approvazione del c.d. *Six Pack* e del Patto *Euro plus* del 2011²⁹⁹ fino a culminare con il più recente *Fiscal compact* ³⁰⁰.

In particolare, l'art.3 di quest'ultimo dispone che i bilanci degli Stati firmatari debbano essere «in pareggio o in avanzo», considerando tale regola rispettata «se il saldo strutturale annuo della pubblica amministrazione è pari all'obiettivo di medio termine specifico per il paese, quale definito dal Patto di stabilità e crescita rivisto, con il limite inferiore di un disavanzo strutturale dello 0,5% del prodotto interno lordo»³⁰¹.

Deviazioni significative da tale obiettivo sono consentite solo in presenza di circostanze eccezionali, definite quali «eventi inconsueti non soggetti al controllo della parte contraente interessata che abbiano rilevanti ripercussioni sulla situazione finanziaria della pubblica amministrazione ovvero periodi di grave recessione economica ai sensi del Patto di stabilità e crescita», purchè tale deviazione sia «temporanea» e «non comprometta la sostenibilità del bilancio medio termine»³⁰².

Le critiche rivolte al PSC dagli Stati membri, che, per contrastare la sfavorevole congiuntura economica, spingevano per l'adozione di misure espansive, mentre la Banca Centrale europea e

²⁹⁹ Con il Patto *Euro plus*, adottato con una dichiarazione congiunta dei Capi di Stato e di Governo in data 11 marzo 2011, gli Stati si impegnavano a recepire nei loro ordinamenti interni le regole europee di bilancio già contenute nel Patto di Stabilità e Crescita del 1997 e nel Trattato di Maastricht del 7 febbraio 1992, tra cui i noti parametri del 3% di rapporto tra disavanzo e PIL e del 60% del rapporto tra debito e PIL allo scopo di evitare disavanzi eccessivi (attuale art.126 TFUE di Lisbona). A tale scopo gli Stati dovevano scegliere strumenti giuridici nazionali, che avessero «natura vincolante e sostenibile sufficientemente forte (ad esempio costituzionale o normativa quadro)».

Il c.d. *Six Pack*, approvato in via definitiva dal Consiglio dell'UE l'8 novembre 2011 e costituito da cinque regolamenti (1173/2011, 1174/2011, 1175/2011, 1176/2011 e 1177/2011) entrati in vigore il 13 dicembre 2011 e da una direttiva (2011/85/UE), integrato nel 2013 dal c.d. *Two Pack*, costituito a sua volta da due regolamenti, rafforzava la sorveglianza e la vigilanza economico-finanziaria delle politiche nazionali di bilancio, modificando in senso più stringente i precedenti vincoli del PSC.

³⁰⁰ Il Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* dell'Unione europea (c.d. *Fiscal compact*), siglato a Bruxelles il 2 marzo 2012 da tutti i paesi dell'Eurozona tranne Regno Unito e Repubblica Ceca, è stato ratificato dall'Italia con la legge 23 luglio 2012, n.114.

Il Trattato individua un percorso virtuoso per gli Stati membri, consentendo, da un lato, il limite al deficit strutturale, nel corso di un ciclo, pari allo 0,5 % del PIL, dall'altro, prevedendo l'obbligo di ridurre il rapporto tra debito pubblico e PIL in una percentuale annualmente commisurata in un ventesimo della differenza tra il suo livello effettivo e la soglia del 60%, già fissata a Maastricht.

Tale Trattato, pur ribadendo quanto già stabilito dal Patto di Stabilità e Crescita, come aggiornato dal *Six Pack*, introduce l'obbligo per gli Stati contraenti di inserire il pareggio di bilancio nell'ordinamento nazionale

«preferibilmente a livello costituzionale». Il quadro, infine, è completato dalla istituzione del Meccanismo europeo di stabilità (Mes), detto anche Fondo Salva Stati, che è uno dei meccanismi di risoluzione delle crisi per i paesi dell'eurozona e mira a fornire sostegno alla stabilità attraverso alcuni strumenti di assistenza finanziaria.

Su tali atti, per il dettaglio, sia consentito rinviare a G. L. TOSATO, *La riforma costituzionale del 2012 alla luce della normativa dell'Unione: l'interazione fra i livelli europei e interno*, in *Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012*, cit., 95 ss., e I. CIOLLI, *I paesi dell'eurozona e i vincoli di bilancio. Quando l'emergenza economica fa saltare gli strumenti normativi ordinari*, in www.rivistaic.it, n.1/2012.

Sulla nuova *governance* economica europea v. G. COLOMBINI, *Unione europea e Stati nazionali di fronte alla crisi economica. Riflessioni a margine*, in www.federalismi.it, n.26/2016, 30 dicembre 2016, e AA.VV., *Governance europea tra Lisbona e Fiscal compact*, (a cura di A. IACOVIELLO), Atti del convegno svoltosi a Roma il 29-30 Ottobre 2014, Milano 2016.

Sui forti contrasti provocati tra gli Stati a seguito dell'approvazione del Trattato di Bruxelles A. CANTARO, *Crisi costituzionale europea e diritto della crisi*, Atti del convegno internazionale di studi *Costituzionalismo, Costituzione e interpretazione costituzionale*, in www.dirittifondamentali.it, 29 maggio 2012, 13 ss.

³⁰¹ Art.3, par.1, lett.b), del Trattato.

³⁰² Art.3, par.3, lett. b), del Trattato.

la Commissione Europea richiedevano invece la rigida applicazione delle regole del Patto³⁰³, hanno contribuito a dividere i sostenitori delle politiche espansive della spesa pubblica ed i fautori di politiche europee e nazionali di *austerità*, che facevano dipendere dall'economia finanziaria anche i diritti sociali che in concreto sostanziano il *welfare state*.

In realtà, il *Fiscal Compact* non fa altro che ribadire la regola del pareggio di bilancio già fissata dal PSC, la cui disciplina, come modificata ed integrata dalle misure del *Six Pack*, resta sostanzialmente inalterata³⁰⁴. In particolare, l'unica novità è rappresentata dall'art.3, par. 2, che impone agli Stati membri di recepire la regola del pareggio di bilancio a livello nazionale "tramite disposizioni vincolanti e di natura permanente- preferibilmente costituzionale", com'è accaduto in Italia, Germania, Spagna, Ungheria e Polonia³⁰⁵, "o il cui rispetto fedele è in altro modo rigorosamente garantito lungo tutto il processo nazionale di bilancio", cioè comunque mediante una fonte superlegislativa, com'è avvenuto in Francia con la legge organica n.2012-1403 del 17 dicembre 2012.

Da tale quadro comunitario non sembrava discendere alcun puntuale e stringente obbligo giuridico per gli Stati nazionali di approvare una revisione costituzionale in materia di bilancio, ben potendo bastare al riguardo gli impegni assunti dall'Italia ex art.11 e 117, comma 1, Cost., così come interpretati anche dalla stessa giurisprudenza costituzionale³⁰⁶.

Sul punto è concorde la dottrina maggioritaria³⁰⁷, che pone a base della riforma costituzionale ragioni non giuridiche, ma politiche, imposte dal contesto economico e finanziario e, soprattutto, dalla grave crisi in cui era precipitato il nostro paese, al punto tale da spingere il legislatore ad una riforma certamente rapida ed affrettata³⁰⁸, ma non altrettanto indolore.

A ciò si aggiunga la dubbia opportunità di introdurre un limite costituzionale a strumenti di politica economico-finanziari, che, per loro stessa natura, mal si prestano ad essere "ingabbiati"

³⁰³ V., ad esempio, la lettera del governatore del tempo J. J. Trichet, insieme al governatore *in pectore* M. Draghi, del settembre 2011, resa pubblica dal *Corriere della sera* solo in data 29 settembre 2011, con cui si affermava che sarebbe stata « appropriata (...) una riforma costituzionale che renda più stringenti le regole di bilancio».

³⁰⁴ Così G. L. TOSATO, *I vincoli europei sulle politiche di bilancio*, in *Il Filangieri, Quaderno 2011*, cit., 81-83: « L'unica vera novità è costituita dall'obbligo per gli Stati contraenti di inserire la "regola aurea" del pareggio di bilancio nel proprio diritto interno, "preferibilmente a livello costituzionale". Ma è dubbio, a stretti termini giuridici, che ce ne fosse bisogno. L'obbligo del pareggio di bilancio era già operante nel diritto dell'Unione; e questo, in base a consolidati principi, ha valore prioritario sul diritto interno. Gli Stati membri avrebbero quindi dovuto conformarsi a quell'obbligo, senza che fosse necessario replicarlo in un patto apposito. Tanto più che l'adozione della « regola aurea » nel diritto interno, a livello costituzionale o « quasi », già figurava fra gli impegni (peraltro non vincolanti) del Patto Euro Plus del marzo 2011».

³⁰⁵ Per un quadro comparativo A. MORRONE, *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, in *Lavoro e diritto*, n.3/2013, 357 ss., e F. FABBRINI, *Il pareggio di bilancio nelle Costituzioni degli Stati membri dell'UE*, in *Quad. cost.*, n.4/ 2011, 933 ss.

³⁰⁶ V. ad esempio le c.d. sentenze gemelle nn.348 e 349 del 2007, con cui la Corte costituzionale, a seguito della modifica dell'art.117, comma 1, Cost., ha statuito che il mancato rispetto della CEDU, come interpretata dalla Corte di Strasburgo, comporta l'illegittimità costituzionale della normativa interna per violazione degli obblighi internazionali e, dunque, del suddetto articolo della Costituzione.

³⁰⁷ M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, cit., 18 ss.; G. L. TOSATO, *La riforma costituzionale del 2012 alla luce della normativa dell'Unione: l'interazione fra i livelli europei e interno*, cit., 2-3; T.F. GIUPPONI, *Il principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio e la sua attuazione*, cit., 54. Di diverso avviso N. LUPO, *La revisione costituzionale della disciplina di bilancio e il sistema delle fonti*, in *Il Filangieri, Quaderno 2011*, cit., 89 ss., specie 94 : « né il "patto Europlus", né tantomeno un nuovo regolamento dell'Unione europea potevano bastare. Si è ritenuto necessario un impegno esplicito da parte degli Stati aderenti al "Fiscal Compact" a modificare la propria Costituzione, o comunque ad auto-vincolarsi in modo efficace».

³⁰⁸ A. BRANCASI, *L'introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio: un esempio di revisione affrettata della Costituzione*, cit., 108 ss, parla di revisione affrettata, approvata in meno di sette mesi, dato che il relativo disegno di legge governativo fu presentato in data 15 settembre 2011, e con la maggioranza dei due terzi, onde non fu possibile il ricorso al referendum confermativo.

e cristallizzati a livello costituzionale³⁰⁹, oltre ad essere non univocamente sindacabili sul piano della legittimità giuridica³¹⁰.

Con il fondato timore che sull'altare della stabilità finanziaria e dei conseguenti e stringenti vincoli economico-finanziari si rischi di destabilizzare i sistemi di *welfare* europei, mettendo in crisi i valori identificativi del modello sociale europeo³¹¹.

La novella costituzionale ha modificato anche il titolo V della parte seconda della Costituzione, da un lato, trasferendo nella legislazione esclusiva dello Stato la materia « armonizzazione dei bilanci pubblici »³¹², dall'altro, adeguando anche l'art.119 Cost. al principio dell'equilibrio di bilancio³¹³. L'estensione dei vincoli finanziari a Regioni ed Enti locali consente loro di ricorrere all'indebitamento³¹⁴, ma «con la contestuale definizione di piani di ammortamento e a condizione che per il complesso degli enti di ciascuna Regione sia rispettato l'*equilibrio* di bilancio »³¹⁵.

E' significativo, però, rilevare come la stessa legge cost. n.1 del 2012 preveda che anche i bilanci delle amministrazioni locali possano andare in disavanzo, laddove ammette l'intervento «speciale» dello Stato, che, « nelle fasi avverse del ciclo economico o al verificarsi degli eventi eccezionali (...), anche in deroga all'art.119 della Costituzione, concorre ad assicurare il finanziamento, da parte degli altri livelli di governo, dei livelli essenziali delle prestazioni e delle funzioni fondamentali inerenti ai diritti civili e sociali »³¹⁶.

Quindi, se da un lato anche le Regioni e gli enti territoriali devono concorrere al rispetto dell'equilibrio di bilancio e dei vincoli economici e finanziari derivanti dall'Unione europea, dall'altro, però, è consentito allo Stato concorrere a garantire, in attuazione dell'art.5, comma 1, lett. g), della legge cost. n.1 del 2012, i livelli essenziali delle prestazioni e dei diritti fondamentali inerenti ai diritti civili e sociali³¹⁷.

A fugare ogni dubbio in ordine all'ipotesi che il pareggio di bilancio possa essere perseguito a scapito delle garanzie dei diritti fondamentali, vi è la previsione di quei meccanismi, qual è, ad esempio, il « Fondo straordinario per il concorso dello Stato », mediante i quali «lo Stato, tanto nelle fasi avverse del ciclo, quanto in occasione di eventi eccezionali, deve concorrere ad

³⁰⁹ F. GALLO, *Il principio costituzionale di equilibrio di bilancio e il tramonto dell'autonomia finanziaria degli enti territoriali*, Audizione presso la Commissione per l'attuazione del federalismo fiscale della Camera dei deputati, 30 ottobre 2014, evidenzia che l'obbligo del pareggio di bilancio era già sorto con il *Six pack* e con il *Fiscal compact*, per cui la riforma costituzionale rendeva esplicito un sistema di garanzie delle norme dell'Unione già operante ai sensi degli artt. 11 e 117, comma 1, Cost.

³¹⁰ In tal senso R. DICKMANN, *Legislazione di spesa ed equilibrio di bilancio tra legittimità costituzionale e legittimità europea*, cit., 2, nonché M. NARDINI, *La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio secondo la teoria economica. Note critiche*, in www.amministrazioneincammino.it, 5 maggio 2012, 2: «Pur accettando l'idea che il "pareggio" rafforzi la credibilità delle politiche di risanamento adottate dagli Stati, risulta comunque incerto se tale soluzione di lungo periodo riesca a far fronte in modo ottimale il continuo divenire delle congiunture economiche».

³¹¹ F. LOSURDO, *La (ir)resistibile ascesa del principio del pareggio di bilancio*, in www.academia.edu.it, nonché A. CANTARO, *Crisi costituzionale europea e diritto della crisi*, cit.

³¹² Art.3 legge cost. n.1/2012.

³¹³ Art.4, comma 1, lett. a), legge cost. n.1/2012, che aggiunge all'art.119 Cost., comma 1, le seguenti parole: « nel rispetto dell'equilibrio dei relativi bilanci, e concorrono ad assicurare l'osservanza dei vincoli economici e finanziari derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea ».

³¹⁴ Già con la riforma del titolo V del 2001 si era stabilita la c.d. *golden rule*, cioè che il ricorso all'indebitamento da parte di Regioni ed enti locali era consentito solo per il finanziamento delle spese di investimento e non per coprire i costi delle spese correnti.

³¹⁵ Formula aggiunta al vigente art.119, comma 6, Cost., dall'art.4, comma 1, lett. b), della legge cost. n.1/2012.

³¹⁶ Art.5, comma 1, lett. g), legge cost. n.1/2012.

³¹⁷ R. BIFULCO, *Jefferson, Madison e il momento costituzionale dell'Unione. A proposito della riforma costituzionale sull'equilibrio di bilancio*, in www.rivistaaic.it, n.2/2012, 7, pur evidenziando come le due ipotesi di deroga dell'art.81, comma 2, Cost., siano riferite solo allo Stato, non esclude che il legislatore di attuazione dell'art.5, comma 1, lett. g), della legge cost. n.1/2012 possa prevedere il ricorso all'indebitamento per gli enti locali al fine di garantire il finanziamento dei livelli essenziali delle prestazioni e delle funzioni fondamentali inerenti ai diritti civili e sociali.

assicurare il finanziamento da parte delle autonomie territoriali dei livelli essenziali delle prestazioni e delle funzioni fondamentali inerenti ai diritti civili e sociali ³¹⁸.

In altri termini, anche in presenza di stringenti vincoli finanziari conseguenti all'introduzione del principio dell'equilibrio di bilancio e dei limiti per procedere all'indebitamento, le pubbliche amministrazioni regionali e locali possono continuare ad erogare prestazioni pubbliche considerate "essenziali" o collegate a funzioni "fondamentali"³¹⁹.

3. Gli arresti giurisprudenziali

La rimodulazione del bilanciamento tra l'equilibrio finanziario e la tutela dei diritti fondamentali, tra cui, in particolare, la garanzia dei diritti sociali, non poteva sfuggire all'attenzione della Corte costituzionale, che, a partire dagli anni '90, mostra maggiore sensibilità al necessario contenimento della spesa pubblica, per cui, dopo aver inventato la tecnica decisoria delle additive di principio³²⁰, «quali varianti "miti" delle additive di prestazione» ³²¹, pare voler ripiegare sulle sentenze additive di garanzia³²².

Trova così giustificazione il ricorso della Corte a formule come quelle dei *diritti finanziariamente condizionati*³²³, al principio di *gradualità delle riforme onerose*³²⁴, alla *limitatezza delle risorse disponibili* ³²⁵,

³¹⁸ A. MORRONE, *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, cit., 9, nota 50, richiama l'art.11 della legge n.243/2012, che crea l'apposito « Fondo straordinario per il concorso dello Stato», istituito presso il Ministero dell'economia e delle finanze ed alimentato sia da quota parte delle risorse derivanti dal ricorso all'indebitamento consentito per la correzione degli effetti del ciclo, sia da quote derivanti dalle deliberazioni parlamentari per fronteggiare eventi eccezionali. Il riparto di tali risorse è demandato ad un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, sulla base di un parere della Conferenza permanente per il coordinamento della finanza pubblica, tenendo conto della quota di entrate proprie di ciascun ente influenzata dall'andamento del ciclo economico o dagli eventi eccezionali.

³¹⁹ Così G. M. SALERNO, *Equilibrio di bilancio, coordinamento finanziario e autonomie territoriali*, cit., 173, che adopera però il condizionale dubitativo.

³²⁰ Sulle sentenze additive di principio, E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, V ed., Torino 2016, 143 ss.; G. Zagrebelsky, V. Marceno, *Giustizia costituzionale*, Bologna 2012, 400 ss. Con riferimento alle pronunce della Corte costituzionale in tema di equilibrio finanziario, R. Romboli, *Dichiarazione di incostituzionalità con delega al Parlamento*, in *Foro it.*, 1993, I, 1732 ss., e C. Pinelli, *Titano, l'eguaglianza e un nuovo tipo di "additiva di principio"*, in *Giur. cost.*, 1993, 1792 ss.

³²¹ Così efficacemente C. Salazar, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in www.rivistaaic.it, n.4/2013, 8.

³²² Sul ricorso della Corte alle sentenze additive, L. Elia, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 1981-luglio 1985)*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, Padova 1985, 299 ss.; F. Modugno, *Ancora sui controversi rapporti tra Corte costituzionale e potere legislativo*, in *Giur. cost.*, 1988, 19; C. Salazar, *Crisi economica e diritti fondamentali*, cit.

³²³ L'espressione «*diritti finanziariamente condizionati*» si deve a F. Merusi, *I servizi pubblici negli anni 80*, in AA.VV., *Servizi pubblici instabili*, Bologna 1990, 30-31, secondo cui « i diritti di prestazione di un servizio pubblico non sono diritti assoluti, come i diritti politici, bensì diritti finanziariamente condizionati. Ne deriva che anche i diritti sociali garantiti dalla Costituzione, ai quali corrisponde la prestazione di un servizio, non sono diritti assoluti, ma relativi».

In giurisprudenza, parla per la prima volta di *diritto costituzionale condizionato*, in relazione al diritto alla salute, Corte cost. 16 ottobre 1990, n.455.

³²⁴ Corte cost. nn.356/1992;243/1993;240/1994;99/1995;205/1995;218/1995;416/1996;125/1998; 30/2004.

Per R. Bin, Il principio di gradualità prevede un regime transitorio in modo da consentire un passaggio progressivo e meno traumatico ad una disciplina legislativa meno favorevole. Secondo A. Morrone, *Crisi economica ed integrazione politica in Europa*, in www.rivistaaic.it, n.3/2014, 13, « il criterio di gradualità costituisce una misura della legittimità costituzionale sufficientemente ampia, che lascia al legislatore spazi di manovra coerenti con politiche di revisionismo permanente alla ricerca del meglio, specie in situazioni di crisi economica o di contenimento del deficit pubblico».

³²⁵ Sul rapporto tra tenuta dei conti pubblici e spesa sociale, V. Caianiello, *Corte costituzionale e finanza pubblica*, in *Giur. it.*, 1984, IV, 284; E. Grosso, *Sentenze costituzionali di spesa "che non costino"*, cit.; C. Pinelli, *Diritti costituzionalmente condizionati, argomento delle risorse disponibili, principio di equilibrio finanziario*, in AA.VV., *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale* (a cura di A. Ruggeri), Torino 1994; F. Politi, *Il "costo" delle sentenze della Corte costituzionale nella recente riflessione dottrinale*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Livio Paladin*, IV, Napoli 2004, 1753.

ai *diritti sociali condizionati*³²⁶ oppure all'(auto)attribuzione del potere di modulazione degli effetti temporali delle proprie decisioni³²⁷, formule tutte che rendono palese lo sforzo dei giudici costituzionali di bilanciare la tutela dei diritti onerosi con le esigenze finanziarie per non gravare ulteriormente con le loro decisioni i conti dello Stato.

In disparte i casi in cui il vincolo del pareggio di bilancio ex art.81 Cost. viene relativizzato dalla stessa giurisprudenza costituzionale, che lo riconduce all'obbligo di copertura degli interventi finanziari in materia di diritti sociali³²⁸, la Corte è solita riconoscere ampia discrezionalità al legislatore³²⁹ nell'attuazione del necessario criterio di gradualità nella tutela dei diritti sociali, limitando il suo sindacato ai soli casi di manifesta irragionevolezza nel rispetto del nucleo irriducibile di tali diritti³³⁰, cioè il c.d. *livello minimo essenziale*³³¹.

Quindi, nella zona di frizione del principio dell'equilibrio finanziario con la concretizzazione dei diritti sociali, è riconosciuta da parte della giurisprudenza costituzionale la discrezionalità politica del legislatore, residuando alla Corte la sola sindacabilità della manifesta irragionevolezza della scelta legislativa, «in realtà integrata prevalentemente dal rispetto del nucleo irriducibile dei diritti in questione, del loro contenuto minimo essenziale»³³²⁻³³³, non modificabile in sede legislativa.

Ciò vale a dire che nel bilanciamento tra diritti sociali ed esigenze finanziarie non prevalgono i diritti, se non, rispetto ai vincoli di bilancio, il loro nucleo essenziale, che non può essere vanificato dal legislatore, senza violare la dignità della persona umana³³⁴.

³²⁶ Per una definizione dei diritti sociali *condizionati* o *derivati* v., per tutti, C. COLAPIETRO, M. RUOTOLO, *Diritti e libertà*, in F. MODUGNO (a cura di), *Lineamenti di Diritto pubblico*, II ed., Torino 2010, 596, secondo cui essi consistono in quei diritti sociali «il cui godimento dipende dall'esistenza di un'organizzazione necessaria e idonea all'erogazione della prestazione oggetto dei diritti stessi (ad es., il diritto all'assistenza ed alla previdenza sociale), e presuppongono, quindi, l'intervento legislativo».

La loro attuazione «è, pertanto, caratterizzata da necessaria gradualità, da ragionevole ponderazione con gli altri valori costituzionali primari e con le esigenze del bilancio statale, da non irragionevoli inerzie o ritardi, da corrispondenza con quella che è la *ratio* dello specifico diritto sociale».

³²⁷ Corte cost. nn.10 e 178 del 2015, su cui E. FURNO, *La modulazione nel tempo delle decisioni della Corte costituzionale dopo la mancata riforma c.d. Renzi-Boschi: quali scenari?*, in *Rass. parl.*, n.4/2016, 741 ss. ed ivi numerosi riferimenti, a cui sia consentito rinviare.

³²⁸ In relazione al previgente testo dell'art.81 v. Corte cost. 6 giugno 2012, n.142, richiamata anche da Corte cost. 31 ottobre 2012, n.241, secondo cui l'impegno dello Stato italiano in sede europea a conseguire il pareggio di bilancio «*ha natura meramente politica e non si è tradotto in norme giuridicamente vincolanti*».

³²⁹ Sulla discrezionalità del legislatore nella allocazione delle risorse, F. GABRIELE, *Diritti sociali, unità nazionale e risorse (in)disponibili: sulla permanente violazione-inattuazione della parte prima (quella "intoccabile") della Costituzione*, in www.rivistaaic.it, n.3/2013, e C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, cit., 9, che richiama la decisione della Consulta n.180/1992:«rientra nella discrezionalità del legislatore la determinazione dell'ammontare delle prestazioni sociali e delle variazioni delle stesse sulla base di un razionale contemperamento delle esigenze di vita dei lavoratori che sono beneficiari e della soddisfazione di altri diritti pur costituzionalmente garantiti da un lato e delle disponibilità finanziarie dall'altro lato(...)». Discrezionalità che questa Corte, che è priva dei necessari poteri istruttori, non può sindacare se non quando emerga la manifesta irrazionalità dei risultati attinti nelle disposizioni impugnate».

³³⁰ Corte cost. 19 luglio 2013, n.222, che, nel richiamare un «*nucleo intangibile dei diritti fondamentali della persona*», dichiara illegittima una disposizione di una legge regionale del Friuli-Venezia Giulia, che escludeva dai contributi economici straordinari gli stranieri non residenti da almeno cinque anni, ritenendo che «*le scelte connesse alla individuazione dei beneficiari—necessariamente da circoscrivere in ragione della limitatezza delle risorse disponibili—debbano essere operate sempre e comunque in ossequio al principio di ragionevolezza*» (sentt. n.4/2013;40/2011;432/2005).

³³¹ Corte cost. 26 febbraio 1998, n.27, con nota di O. CHESSA, *La misura minima essenziale dei diritti sociali: problemi e implicazioni di un difficile bilanciamento*, in *Giur. cost.*, 1998, 1170 ss.

³³² Così A. LONGO, *Alcune riflessioni sui rapporti tra l'interpretazione conforme a diritto comunitario e l'utilizzo del canone di equilibrio finanziario da parte della Corte costituzionale*, in www.giurcost.org.it, 2012, specie 20; D. MONE, *La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio ed il potenziale vulnus alla teoria dei controlimiti*, in www.rivistaaic.it, n.3/2014.

³³³ V. anche le sentt. nn.88, 184, 243 del 1993 e 309 del 1999.

³³⁴ Corte cost. 15 luglio 1994, n.304: «*questa Corte ha ripetutamente affermato che nel bilanciamento dei valori costituzionali che il legislatore deve compiere al fine di dare attuazione al "diritto ai trattamenti sanitari" (art.32 della Costituzione) entra anche la considerazione delle esigenze*

Da uno sguardo sommario e necessariamente sintetico della giurisprudenza costituzionale risulta, allora, come ai giudici costituzionali competa di volta in volta effettuare un sindacato sulla legittimità delle misure legislative di compressione delle politiche del *welfare* mediante il controllo di ragionevolezza e di rispetto del contenuto minimo essenziale dei diritti sociali, che integrano il nucleo indefettibile dell'attuale forma di Stato democratico³³⁵.

Infatti, quando la questione è giunta alla Corte attraverso la via incidentale, come nella sentenza n.80 del 2010³³⁶ in tema di diritto all'istruzione dei disabili, i giudici costituzionali, pur riconoscendo come il legislatore goda di ampia discrezionalità nella individuazione delle misure necessarie a tutela dei diritti delle persone disabili, hanno avuto modo di affermare che « *detto potere discrezionale non ha carattere assoluto e trova un limite nel "(...) rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati"* (sentenza n.251 del 2008 che richiama sentenza n.226 del 2000) (...) limite invalicabile all'intervento normativo discrezionale del legislatore»³³⁷.

Nella precedente decisione n. 467 del 2002³³⁸, la Corte aveva dichiarato il diritto all'educazione dei disabili sin dagli asili nido, riconoscendo a costoro la relativa indennità di frequenza, ed aveva negato che l'attribuzione di tale assegno fosse riservata alla discrezionalità legislativa, ritenendo che anche l'asilo fosse utile alla formazione e socializzazione dei disabili.

Ancor prima la stessa Corte, con la sentenza n.215 del 1987³³⁹, aveva chiarito che al disabile deve essere garantito il diritto all'istruzione «*malgrado ogni possibile ostacolo che di fatto impedisca il pieno*

relative all'equilibrio della finanza pubblica. Non v'è dubbio che, se queste ultime esigenze, nel bilanciamento dei valori costituzionali operato dal legislatore, avessero un peso assolutamente preponderante, tale da comprimere il nucleo essenziale del diritto alla salute connesso all'inviolabile dignità della persona umana, ci si troverebbe di fronte a un esercizio macroscopicamente irragionevole della discrezionalità legislativa»(punto 5 del Cons. dir.).

Sul concetto di «minimo esistenziale» A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Napoli 1999, 162 ss., e C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Torino 2000, 129 ss.

³³⁵ F. DI DONATO, *Crisi economica, sovranità statale e diritti sociali nell'era dell'austerità di bilancio e del neoliberalismo europeo*, in www.osservatorioaic.it, n.1/2017, specie 25; O. CHESSA, *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, Milano 2002, richiamato anche da A. M. CECERE, *Garanzia dei diritti fondamentali e unità della costituzione nel progressivo formarsi del diritto pubblico europeo*, in A. LUCARELLI, A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi studi sulla Costituzione europea*, Napoli 2009, 305 ss., specie 319:« i diritti fondamentali sono oggi considerati come il contenuto necessario del diritto costituzionale, vale a dire il solo contenuto che "nella situazione democratico-pluralista possa giustificarne ed affermarne stabilmente la superiore prescrittività"».

V. anche M. BENVENUTI, voce *Diritti sociali*, in *Dig. disc. pubbl., Aggiornamento*, V, Torino 2012, 251, e C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Padova 1996.

³³⁶ Corte cost. 26 febbraio 2010, n.80, che dichiara l'illegittimità costituzionale parziale dell'art.2, comma 413, legge 24 dicembre 2007, n.244 (legge finanziaria del 2008), nella parte in cui condiziona l'esercizio del diritto all'istruzione dei disabili alla compatibilità con il bilancio dello Stato, qualifica tale diritto come diritto soggettivo fondamentale, la cui fruizione deve essere assicurata attraverso « *misure di integrazione e sostegno idonee a garantire ai portatori di handicaps la frequenza degli istituti d'istruzione*».

V. al riguardo M.R. MAGNOTTA, *L'attuazione "condizionata" del diritto all'istruzione del diversamente abile, sotto il profilo dello standard di tutela assicurato dalla Corte costituzionale e dal giudice amministrativo*, in P. BONETTI, A. CASSATELLA, F. CORTESE, A. DEFFENU, A. GUAZZAROTTI (a cura di), *Giudice amministrativo e diritti costituzionali*, Torino 2012, 534 ss.

³³⁷ Punto 4 del Cons. dir. della sent. n.80 del 2010.

³³⁸ Corte cost. 22 novembre 2002, n. 467, che dichiara l'illegittimità dell'art.1, comma 3, della legge 11 ottobre 1990, n.289, (« *Modifiche alla disciplina delle indennità di accompagnamento di cui alla legge 23 novembre 1988, n.508, recante norme integrative in materia di assistenza economica agli invalidi civili, ai ciechi civili ed ai sordomuti e istituzione di un'indennità di frequenza per i minori invalidi*»), nella parte in cui non prevede che l'indennità mensile di frequenza sia concessa anche ai minori che frequentano l'asilo nido.

³³⁹ Corte cost. 8 giugno 1987, n.215, con nota di R. BELLI, *Servizi per le libertà: diritto inviolabile o interesse diffuso?*, in *Giur. cost.*, 1987, 1629 ss., che stabilisce che lo Stato non è più solo facoltizzato, ma è obbligato ad assicurare ai portatori di handicaps la frequenza alle scuole medie superiori. Con tale decisione, definita una «svolta epocale» da F. FURLAN, *La tutela costituzionale del cittadino portatore di handicap*, in C. CATTANEO (a cura di), *Terzo settore, nuova statualità e solidarietà sociale*, Milano 2001, 251, l'integrazione del disabile viene ad essere oggetto di un diritto a prestazione e non più di una generica possibilità, come osserva A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, cit., 20.

sviluppo della persona »³⁴⁰, ponendo l'accento proprio sugli ostacoli di ordine economico, ben consapevole della necessità di annullare la disuguaglianza delle posizioni di partenza.

Non a caso i giudici costituzionali precisavano che «*onde garantire l'effettività del diritto all'educazione(...) di minorati ed invalidi- e quindi dei portatori di handicaps- lo stesso art. 38 dispone, al quarto comma, che ai compiti a ciò inerenti debbano provvedere "organi ed istituti predisposti o integrati dallo Stato". Ciò, per un verso, evidenzia la doverosità delle misure di integrazione e sostegno idonee a consentire ai portatori di handicaps la frequenza degli istituti d'istruzione anche superiore: dimostrando, tra l'altro, che è attraverso questi strumenti, e non col sacrificio di quelli, che va realizzata la composizione tra la fruizione di tale diritto e le esigenze di funzionalità del servizio scolastico*»³⁴¹.

Seppure il ragionevole bilanciamento tra disponibilità finanziarie e garanzie dei diritti fondamentali spetti al legislatore, salvo il controllo della Corte, ciò non vuol dire, però, che i principi di economicità debbano necessariamente prevalere sugli altri, ma solo che occorre un bilanciamento calibrato di volta in volta sul caso in esame, di modo che i vincoli di bilancio siano comunque presi in considerazione, ma senza essere destinati al primato assoluto³⁴², in una sorta di gerarchia *mobile* dettata dal caso concreto³⁴³.

Emblematica di tale ragionevole bilanciamento è la nota decisione sul «*caso Ilva*»³⁴⁴, un *hard case* in cui l'emergenza ambientale e quella occupazionale a livello locale sono entrate in rotta di collisione nell'ambito della più vasta e generale emergenza economica dell'intero paese.

Nella specie, la Corte «*salva*» la disciplina censurata in quanto realizza «*un ragionevole bilanciamento tra diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, in particolare alla salute (art.32 Cost.), da cui deriva il diritto*

C. MORO, *L'eguaglianza sostanziale e il diritto allo studio: una svolta della giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1987, 3065 ss., segnala in tale decisione il richiamo all'art.3, comma 2, Cost. e, quindi, al dovere della Repubblica di rimuovere gli ostacoli di fatto, oltre al consueto riferimento agli artt. 34 comma 3 e 38 comma 3 Cost.

³⁴⁰ Punto 6 del Cons. dir. della sent. n.215 del 1987.

³⁴¹ Punto 8 del Cons. dir. della sent. n.215 del 1987.

³⁴² C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti sociali*, cit., 14:«I principi di efficienza e di economicità, dunque, non prevalgono necessariamente sugli altri, così che il rigetto (NDR: della *quaestio legitimitatis*) non deriva da una predeterminazione del quadro di prevalenza-soccombenza dei principi costituzionali in gioco che assegni comunque la vittoria all'equilibrio finanziario, ma da una valutazione calibrata sul caso di specie, nella quale il "fattore crisi" entra, naturalmente, ma *non preorienta la soluzione*».

³⁴³ Sul bilanciamento come metodo per dar vita ad una gerarchia "mobile" R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano 1992, 230. Secondo F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli 2007, 34, il bilanciamento della Corte costituzionale «consiste in un giudizio che, caso per caso, dispone i principi costituzionali in una sorta di gerarchia mobile, per cui un principio è anteposto ad un altro per la soluzione del caso di specie».

Anche per A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale. Introduzione allo studio dei diritti costituzionali*, III ed., Padova 2003, 140 ss., il bilanciamento tra le esigenze di spesa e l'esercizio dei diritti sociali non può essere risolto in astratto, ma va valutato caso per caso.

³⁴⁴ Corte cost. 9 maggio 2013, n.85, con cui la Corte dichiara legittimi gli artt.1 e 3 del decreto legge 3 dicembre 2012, n.207 (Disposizioni urgenti a tutela della salute, dell'ambiente e dei livelli di occupazione, in caso di crisi di stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale), convertito, con modificazioni, dalla legge 24 dicembre 2012, n.231, che consente la continuazione dell'esercizio delle attività lavorative nelle more dell'esecuzione di opere di risanamento ambientale nello stabilimento Ilva di Taranto, tenendo conto di tutti i diritti costituzionalmente protetti, senza che nessuno abbia una prevalenza assoluta sugli altri. V. al riguardo i commenti di V. ONIDA, *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente. Nota a Corte costituzionale, sentenza n.85 del 2013*, in www.rivistaaic.it, n.3/2013; L. GENINATTI SATE, «*Caso Ilva*»: la tutela dell'ambiente attraverso la rivalutazione del carattere formale del diritto (una prima lettura di Corte cost., sent. n.85/2013), in www.forumcostituzionale.it, 16 maggio 2013; E. VIVALDI, *Il caso Ilva: la "tensione" tra poteri dello Stato ed il bilanciamento dei principi costituzionali*, in www.federalismi.it, n.15/2013, nonché AA.VV., *Il caso Ilva davanti alla Corte costituzionale, in diritto penale contemporaneo*, n.1/2013, a cui sia consentito rinviare.

Sulla contrapposizione tra organi di indirizzo politico e la magistratura nei giudizi per conflitti di attribuzione

E. MALFATTI, *Il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2008-2010)*, Torino 2011, 241 ss., che sottolinea come la causa maggiore dei conflitti attenga alla insindacabilità parlamentare ex art.68, comma 1, Cost., su cui, se si vuole, E. FURNO, *L'insindacabilità parlamentare. Ascesa, declino e trasformazione di una prerogativa*, Napoli 2009.

all'ambiente salubre, e al lavoro (art.4 Cost.), da cui deriva l'interesse costituzionalmente rilevante al mantenimento dei livelli occupazionali ed il dovere delle istituzioni pubbliche di spiegare ogni sforzo in tal senso»³⁴⁵.

In tale occasione la Corte nega che nell'architettura costituzionale vi possa essere un valore che funga da architrave ed abbia necessariamente la prevalenza e/o il primato sugli altri³⁴⁶, dando vita ad una «"rigida" gerarchia tra diritti fondamentali»³⁴⁷.

Secondo i giudici costituzionali, infatti, « *Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri (...)La Costituzione italiana, come la altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi (...) Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato- dal legislatore nella statuzione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo- secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale*»³⁴⁸.

Negli ordinamenti pluralisti come il nostro, quindi, in caso di conflitto occorre ricercare la soluzione, che non si limiti a proteggere solo uno dei valori, con l'effetto di comprimere in modo insopportabile ed oltre ogni limite gli altri, ma consenta, avendo di mira gli artt.2 e 3 Cost., di rinvenire un ragionevole equilibrio tra le opposte esigenze ed i contrapposti principi³⁴⁹.

Su tali posizioni è solita attestarsi anche la giurisprudenza amministrativa, che ribadisce la propria giurisdizione in tema di offerta formativa nei confronti degli studenti affetti da disabilità e riconosce il primato del loro diritto costituzionale all'istruzione sulle esigenze finanziarie e di bilancio³⁵⁰.

Finanche la giurisprudenza contabile, che rappresenta il «giudice naturale del controllo della spesa pubblica», si è pronunciata con recenti arresti in tema di spese per il personale, ritenendo, ad esempio, non sussistere i presupposti dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori locali di un Comune, che aveva assunti nuovi insegnanti, nonostante il rapporto tra spese del personale e spese correnti superasse i limiti di legge. Nella specie, infatti, il Comune di Napoli aveva proceduto al reclutamento di personale a tempo determinato «*nella misura strettamente necessaria* » per soddisfare le esigenze di continuità dei servizi educativi della scuola dell'infanzia e degli asili nido comunali nel rispetto delle risorse finanziarie, nonostante il notevole disavanzo del conto di bilancio 2011.

³⁴⁵ Punto 9 del Cons. dir. della sent. n.85/2013.

³⁴⁶ Così M. BONI, *Le politiche pubbliche dell'emergenza tra bilanciamento e «ragionevole» compressione dei diritti: brevi riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale sul caso Ilva(n.85/2013)*, in www.federalismi.it, n.3/2014.

³⁴⁷ Punto 9 della sent. n.85 del 2013.

³⁴⁸ *Ibidem*.

³⁴⁹ Per M. CARTABIA, *Il principio di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Atti della Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese, svoltasi a Roma il 24-26 ottobre 2013, 10, « i diritti fondamentali non sono mai affermati in termini assoluti, ma fanno parte di un tessuto costituzionale complesso in cui altri diritti e altri interessi e beni costituzionalmente protetti possono legittimamente limitarne la portata. Nella Costituzione italiana, ogni diritto è sempre predicato assieme al suo limite».

V. anche G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano 2000,333, e Id., *Controllo di ragionevolezza delle leggi e applicazione della Costituzione*, in *Nova juris interpretatio*, Roma 2007, 286 ss., nonché L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, I, Milano 1997, 899 ss., e A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano 2001, *passim*.

³⁵⁰ Cons. St., Adunanza Plenaria n.7 del 12 aprile 2016; T.A.R. Campania, sede di Napoli, Sez. IV, 12 ottobre 2016, n. 4706, confermata da ord. Cons. St., 26 gennaio 2017, n.302.

In tale occasione, infatti, il Giudice contabile non ha esitato a mandare esenti da responsabilità gli amministratori locali, in quanto le norme sul contenimento della spesa pubblica non possono sacrificare la scuola e comprimere funzioni fondamentali come l'istruzione pubblica³⁵¹.

4. La Corte costituzionale tra vincoli di bilancio e diritti sociali: la sentenza n.275 del 16 dicembre 2016

Con la recente sentenza n.275 del 16 dicembre 2016³⁵² la Corte costituzionale è tornata a pronunciarsi sul delicato nodo dei rapporti tra il principio dell'equilibrio finanziario, consacrato dal novellato art.81 Cost. e destinato ad imporsi anche sull'autonomia finanziaria degli enti locali, e gli incomprimibili diritti alle prestazioni sociali, tra cui rientra anche il diritto allo studio ed al servizio di trasporto scolastico dei disabili³⁵³.

Accogliendo la *quaestio legitimitatis* sollevata in via incidentale dal T.A.R. per l'Abruzzo³⁵⁴, investito della domanda con cui la Provincia di Pescara aveva chiesto alla Regione Abruzzo il pagamento del contributo, previsto dalla legge regionale 15 dicembre 1978, n.78, ³⁵⁵ in misura pari al 50% delle spese sostenute per lo svolgimento del servizio di trasporto degli studenti disabili (annualità 2006-2012), la Corte costituzionale ha ribadito la natura fondamentale del diritto allo studio dei disabili e ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art.6, comma 2-*bis*, della stessa legge regionale n.78 del 1978, aggiunto dall'art.88, comma 4, della legge Regione Abruzzo 26 aprile 2004, n.15 ³⁵⁶, nella parte in cui prevedeva tale contributo solo « nei limiti della disponibilità finanziaria determinata dalle annuali leggi di bilancio e iscritta sul pertinente capitolo di spesa », facendolo così dipendere da situazioni future ed incerte della gestione contabile regionale.

Nella specie, il giudice *a quo* lamentava che il mancato finanziamento del 50% da parte della Regione delle spese rendicontate dalla Provincia « avrebbe determinato nel tempo un indebitamento tale da comportare una drastica riduzione dei servizi per gli studenti disabili, compromettendo l'erogazione dell'assistenza specialistica e dei servizi di trasporto »³⁵⁷.

La Regione Abruzzo, dal canto suo, pur non contestando l'ammontare delle spese sostenute dall'amministrazione provinciale, replicava che, in virtù della norma della legge regionale

³⁵¹ Procura contabile della Regione Campania, 24 maggio 2013, con nota di M. MORVILLO, *Un caso "di scuola": la vicenda del Comune di Napoli, fra diritti e vincoli di bilancio*, in www.rivistaait.it, n.4/2013.

V. altresì Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per il Veneto, deliberazione 28 maggio 2013, n.139, e Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per il Piemonte, deliberazione 30 agosto 2008, n.288.

In ordine al c.d. premio di virtuosità per gli enti locali v. Corte cost. 20 marzo 2013, n.46, con nota di E. FURNO, *La Corte costituzionale ed il patto di stabilità interno: un'occasione mancata per tracciare i confini del giudicato costituzionale?*, in *Giur. cost.*, n.3/2013.

³⁵² Corte cost. 16 dicembre 2016, n.275, in www.consultaonline.it, con nota di A. APOSTOLI, *I diritti fondamentali "visti" da vicino dal giudice amministrativo. Una annotazione a "caldo" della sentenza della Corte costituzionale n.275 del 2016*, e di A. LUCARELLI, *Il diritto all'istruzione dei disabili: oltre i diritti finanziariamente condizionati. Nota a Corte cost. n.275 del 2016*, in corso di pubblicazione su *Giur. cost.*, n.6/2016.

³⁵³ V. la legge 5 febbraio 1992, n.104, (« Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate »), pubblicata sulla G.U., Serie generale n.39 del 17 febbraio 1992.

³⁵⁴ Ordinanza del T.A.R. per l'Abruzzo, sede di Pescara, n.123 del 19 marzo 2014, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n.30, prima serie speciale, dell'anno 2014.

³⁵⁵ Legge della Regione Abruzzo 15 dicembre 1978, n.78, recante « Interventi per l'attuazione del diritto allo studio ».

³⁵⁶ Legge della Regione Abruzzo 26 aprile 2004, n.15, recante « Disposizioni finanziarie per la redazione del bilancio annuale 2004 e pluriennale 2004-2006 della Regione Abruzzo – Legge finanziaria regionale 2004 ».

³⁵⁷ In particolare, secondo il T.A.R. rimettente, « l'effettività del diritto allo studio degli studenti disabili, previsto dalla Costituzione, viene viceversa rimessa dalla legge regionale n.78 del 1978 ad arbitrari stanziamenti di bilancio di anno in anno decisi dall'Ente territoriale » (pag.7 dell'ordinanza).

censurata, il proprio obbligo di corrispondere il 50% di tali spese avrebbe trovato un limite nelle disponibilità finanziarie di bilancio.

Con tale decisione, il Giudice delle leggi, ritenuti assorbiti i profili di incostituzionalità sollevati in relazione all'art.10 Cost. ed all'art.24 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità³⁵⁸, rinviene nella norma censurata la violazione del terzo e quarto comma dell'art.38 Cost., che assicurano il diritto allo studio delle persone affette da disabilità, in quanto *«l'indeterminatezza del finanziamento determina un vulnus all'effettività del servizio di assistenza e trasporto, come conformato dal legislatore regionale»*³⁵⁹.

Secondo la Corte, *« tale effettività non può che derivare dalla certezza delle disponibilità finanziarie per il soddisfacimento del medesimo diritto»*, non potendo essere condivisa la tesi regionale, secondo cui ogni diritto, *«anche quelli incomprimibili della fattispecie in esame, debbono essere sempre e comunque assoggettati ad un vaglio di sostenibilità nel quadro complessivo delle risorse disponibili»*³⁶⁰.

La Consulta, nel difficile bilanciamento tra il principio dell'equilibrio finanziario e la tutela costituzionale dei diritti incomprimibili, privilegia questi ultimi, statuendo che *«il rilievo costituzionale del diritto in oggetto costituisce un limite invalicabile all'intervento discrezionale del legislatore, così che il nucleo di garanzie minime per renderlo effettivo dovrebbe essere assicurato al di là di ogni esigenza di bilancio»*³⁶¹.

Preme, infatti, ai giudici costituzionali sottolineare che, sebbene il legislatore goda di discrezionalità nell'individuazione delle misure per la tutela dei diritti delle persone disabili, tale potere discrezionale non è illimitato, ma *«trova un limite invalicabile nella necessità di coerenza intrinseca della stessa legge regionale contenente la disposizione impugnata, con la quale viene specificato il nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati»*³⁶².

Ed è proprio il livello essenziale delle prestazioni dovute che, se da un lato viene salvaguardato dalla legge regionale, allocando risorse nel bilancio per tale diritto fondamentale, dall'altro, poi, risulta in concreto *«vanificato dalla prescrizione contraddittoria che subordina il finanziamento (da parte regionale) degli interventi alle politiche ed alle gestioni ordinarie del bilancio dell'ente»*³⁶³.

Né, tanto meno, aggiunge la Corte, può sostenersi la tesi, secondo cui, ove la disposizione censurata *«non contenesse il limite delle somme iscritte in bilancio, la norma violerebbe l'art.81 Cost. per carenza di copertura finanziaria»*.³⁶⁴

In disparte il rilievo che *«una volta normativamente identificato, il nucleo invalicabile di garanzie minime per rendere effettivo il diritto allo studio e all'educazione degli alunni disabili non può essere finanziariamente condizionato in termini assoluti e generali»*³⁶⁵, risulta *«di tutta evidenza che la pretesa violazione dell'art.81 Cost. è frutto di una visione non corretta del concetto di equilibrio del bilancio, sia con riguardo alla Regione che alla Provincia cofinanziatrice»*³⁶⁶, in quanto devono essere i diritti sociali di prestazione a prevalere sulle esigenze di bilancio e non viceversa.

³⁵⁸ Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 13 dicembre 2006, ratificata e resa esecutiva con legge 3 marzo 2009, n.18.

³⁵⁹ Punto 9 del Cons. dir. della sent. n.275/2016.

³⁶⁰ Punto 7 del Cons. dir. della sent. n.275/2016.

³⁶¹ Così A. APOSTOLI, *I diritti fondamentali "visti" da vicino dal giudice amministrativo...*, cit., 2.

³⁶² Punto 10 del Cons. dir.

³⁶³ *Ibidem*.

³⁶⁴ Punto 11 del Cons. dir.

³⁶⁵ Punto 11 del Cons. dir.

³⁶⁶ *Ibidem*.

E ciò a prescindere nel caso in esame dalla « genericità della posta finanziaria del bilancio di previsione, nella quale convivono in modo indifferenziato diverse tipologie di oneri »³⁶⁷, in modo da lasciare la garanzia dei diritti fondamentali « al mero arbitrio del compilatore del bilancio e delle autorizzazioni in corso d'anno »³⁶⁸.

Dalla motivazione della decisione possono trarsi, in relazione al difficile equilibrio tra il regime di *austerità* e lo Stato sociale, due diversi spunti costruttivi: da un lato, il riconoscimento di un livello minimo ed essenziale del diritto a prestazioni riconducibili ai diritti sociali³⁶⁹, insensibile alle esigenze di bilancio e non finanziariamente condizionato³⁷⁰, con la storica affermazione, quanto all'art.81 Cost., che « è la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione »³⁷¹; dall'altro, la conferma del sindacato di costituzionalità sulle leggi di approvazione del bilancio³⁷² e sulle relative scelte allocative delle risorse, peraltro già riconosciuto per il passato³⁷³, dato che « non si può ipotizzare che la legge di approvazione del bilancio dello Stato o qualsiasi altra legge incidente sulla stessa costituiscano una zona franca sfuggente a qualsiasi sindacato del giudice di costituzionalità, dal momento che non vi può essere alcun valore costituzionale la cui attuazione possa essere ritenuta esente dalla inviolabile garanzia rappresentata dal giudizio di legittimità costituzionale »³⁷⁴.

In disparte il rilievo che i giudici costituzionali rinvennero il *vulnus* nella « incertezza » e nella « indeterminatezza » del finanziamento in quanto la norma censurata non ne precisa l'ammontare all'interno delle generiche poste del bilancio di previsione, « la cui copertura è rimessa al mero arbitrio

³⁶⁷ Punto 13 del Cons. dir.

³⁶⁸ *Ibidem*.

³⁶⁹ Sui livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali, C. PINELLI, *Sui livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (art.117, comma 2, lett. m), Cost.*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 887 ss.; A. ANZON DEMMIG, *Potestà legislativa regionale residuale e livelli essenziali delle prestazioni*, in *Giur. cost.*, 2010, 155 ss.; I. CIOLLI, *I diritti sociali*, in *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, (a cura di F. ANGELINI e M. BENVENUTI), Napoli 2012, 83 ss.; A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo modello sociale europeo: più sobrio, solidale e sostenibile)*, in www.rivistaaic.it, n.4/2011; L. TRUCCO, *Livelli essenziali delle prestazioni e sostenibilità finanziaria dei diritti sociali*, Atti del convegno dell'Associazione "Gruppo di Pisa" su « *I diritti sociali: dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza* », Trapani 8-9 giugno 2012, in www.gruppodipisa.it, 2012.

³⁷⁰ L'espressione « *diritti finanziariamente condizionati* » si deve a F. MERUSI, *I servizi pubblici negli anni 80*, in AA.VV., *Servizi pubblici instabili*, Bologna 1990, 30-31, secondo cui « i diritti di prestazione di un servizio pubblico non sono diritti assoluti, come i diritti politici, bensì diritti finanziariamente condizionati. Ne deriva che anche i diritti sociali garantiti dalla Costituzione, ai quali corrisponde la prestazione di un servizio, non sono diritti assoluti, ma relativi ».

³⁷¹ Punto 11 del Cons. dir.

³⁷² Per A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Milano 2012, 87, deve ritenersi sindacabile anche una legge c.d. « *meramente formale* », un atto, cioè, che risponde al modello del procedimento legislativo ma privo di contenuti normativi quale può essere una legge di bilancio. Per G. LO CONTE, *Equilibrio di bilancio, vincoli sovranazionali e riforma costituzionale*, Torino 2015, 131, la soppressione del terzo comma dell'art.81 Cost. nella sua previgente formulazione (« *Con la legge di approvazione del bilancio non si possono stabilire nuovi tributi e nuove spese* ») da parte della riforma cost. n.1 del 2012 ha reso sostanziale la legge di bilancio.

La tesi della qualificazione della legge di bilancio come « *legge meramente formale* », priva di forza attiva ed assimilabile ad un atto amministrativo, siccome non abilitata a modificare la legge su cui si fondano le previsioni di entrata e di spesa contenute nel bilancio, è assai controversa. V. al riguardo le osservazioni di V. ONIDA, *Le leggi di spesa nella Costituzione*, cit., 654 ss., A. BRANCASI, *Legge finanziaria e legge di bilancio*, cit., 117 ss., e di N. LUPO, *Costituzione e bilancio. L'art.81 della Costituzione tra interpretazione, attuazione e aggiramento*, cit., 47 ss.

Occorre ricordare come sul punto divergono anche altri ordinamenti come quello tedesco e quello francese: ad esempio, per il primo, il bilancio costituisce una tipica legge formale, mentre, per la scuola francese, la legge di bilancio ha valore sostanziale in quanto proroga di anno in anno le precedenti leggi finanziarie.

In dottrina, R. GNEIST, *Budget und Gesetz nach dem constitutionellen Staatsrecht Englands*, Berlino 1867, trad. It. di R. BONGHI, *Il bilancio e la legge secondo il diritto costituzionale inglese*, Firenze 1889, e Id., *Budget und Gesetz*, Berlino 1879; P. LABAND, *Staatsrecht*, 1883; G. JELLINEK, *Legge e decreto*, trad. it., Milano 1997; P. DE MARCE, *Le controle des finances en France et à l'étranger*, Paris 1928.

³⁷³ Corte cost. 25 maggio 1990, n.260, in *Foro it.*, 1991, I,2020: « *il valore costituzionale dell'equilibrio finanziario, desumibile dall'art.81 della Costituzione, non sia un presupposto per l'inammissibilità del giudizio di costituzionalità, ma rappresenti, piuttosto, un elemento della complessiva ponderazione dei valori costituzionali* » (punto 3 del Cons. dir.).

³⁷⁴ Punto 14 del Cons. dir.

del compilatore del bilancio»³⁷⁵, resta comunque la “concorrente” affermazione del primato dei diritti sociali sul principio, di pari rilievo costituzionale, del pareggio di bilancio, che, nel conflitto degli opposti interessi, diviene recessivo.

La Corte, per assicurare il pieno e non parziale rimborso delle spese sostenute per il trasporto scolastico dei disabili, dà una lettura costituzionalmente orientata della norma impugnata, facendo prevalere, a fronte del principio del pareggio di bilancio ex art.81 Cost. nuova formulazione, la garanzia dei diritti sociali della persona umana, anch’essi costituzionalmente garantiti³⁷⁶.

Il *dictum* della Corte non è casuale perché è proprio la regola dell’equilibrio finanziario, imposta dall’art.81 Cost. nuova formulazione anche agli enti territoriali, istituzionalmente erogatori di servizi sociali, ad entrare sempre più spesso in rotta di collisione con il soddisfacimento dei diritti sociali, che “costano” in quanto comportano forti implicazioni in termini di allocazione delle risorse disponibili³⁷⁷.

Ora, se si intende che la Corte conclude il giudizio *de quo* con la determinazione di un ordine di precedenza in favore dei diritti sociali³⁷⁸, il conseguente primato non può non imporsi anche agli organi dell’amministrazione ed allo stesso legislatore, che devono tenerne conto.

Così facendo, la Corte, nell’esercitare il proprio ruolo di guardiano della Costituzione, finisce con il divenire essa stessa « un attore che produce norme di diritto per via interpretativa, norme che vincolano i membri della comunità politica, cittadini ed organi dello Stato, altrettanto quanto le leggi, e che si impongono in linea di principio allo stesso organo legislativo»³⁷⁹.

Peraltro, già da tempo attenta dottrina segnala che, ove si bilancino esigenze economico-finanziarie ed esigenze sociali, le prime sono destinate a soccombere, potendosi tutt’al più praticare un *bilanciamento ineguale*³⁸⁰, salvo che il loro sacrificio implichi il parallelo sacrificio di altri (“controinteressati”) diritti fondamentali³⁸¹, parimenti garantiti.

³⁷⁵ Punto 13 del Cons. dir.

³⁷⁶ Sul bilanciamento degli opposti valori R. ROMBOLI, *Il principio generale di equilibrio finanziario nell’attività di bilanciamento dei valori costituzionali operata dalla Corte*, in AA.VV., *Le sentenze della Corte costituzionale e l’art.81, u. c., della Costituzione*, cit.,185 ss. In generale, R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano 1992; L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, 1997, I, 899 ss.; F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, cit.; G. SCACCIA, *Ragionevolezza delle leggi*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano 2006, vol. V, 4811 ss., e A. MORRONE, *Bilanciamento (giustizia cost.)*, in *Enc. dir., Annali*, 2008, vol. II, tomo II, 185 ss.

³⁷⁷ Cfr. al riguardo E. GROSSO, *Sentenze costituzionali di spesa “che non costino”*, Torino 1991, *passim*, ove propone l’adozione di sentenze redistributive delle risorse tra i destinatari in applicazione del principio di uguaglianza, fermo restando la loro entità come determinata dalle decisioni legislative di spesa.

³⁷⁸ A. MORRONE, *Bilanciamento (giustizia cost.)*, cit., 197:« Il giudizio intorno al bilanciamento svolto dal legislatore non si conclude, come spesso si ritiene, mediante una decisione di composizione del conflitto secondo una soluzione di equilibrio, ma, almeno di regola, con la determinazione di un “ordine di precedenza”».

³⁷⁹ S. LIETO- P. PASQUINO, *Metamorfosi della giustizia costituzionale in Italia*, in *Quad. cost.*, n.2/2015, 351 ss., specie 377.V. anche S. BARTOLE, *Il potere giudiziario*, Bologna 2008, *passim*.

³⁸⁰ M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino 1994,79 ss., specie 100 :«Certo, fra esigenze economico-finanziarie ed esigenze sociali il bilanciamento va comunque compiuto, e la nostra Costituzione impone che si tratti di un *bilanciamento ineguale*, o meglio ancora che non si tratti di un vero e proprio bilanciamento (che è sempre fra eguali), perché il fine (il soddisfacimento dei diritti sociali della persona) non può essere posto sullo stesso piano del mezzo (l’efficienza economica)». Sostengono la non comparabilità dei diritti di prestazione e le esigenze di bilancio anche R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, cit.,109 ss., e C. PINELLI, *Diritti sociali condizionati, argomento delle risorse disponibili, principio di equilibrio finanziario*, cit.,269 ss.

³⁸¹ Così M. LUCIANI, *L’equilibrio di bilancio e i principi e i principi fondamentali:la prospettiva del controllo di costituzionalità*, cit., 46-47.

Bilanciamento ineguale vuol dire che il fine ultimo è costituito sempre dal soddisfacimento dei diritti della persona e non dall'efficienza economica, benché questa non possa essere sacrificata e compressa al di là di ogni ragionevole limite³⁸².

Anche se nella sentenza n.275 del 2016 il richiamo all'art.81 Cost. sembra essere frutto più di un *obiter dictum*³⁸³, che un portato del complessivo impianto motivazionale della decisione, la Corte ribadisce il primato, non offuscato dalla riforma costituzionale del 2012, dei diritti sociali sui vincoli di bilancio, rinforzando quella "scala di valori" da tenere presente quale «saldo parametro cui confrontare la scala di valori emergente dalla scelta operata dal legislatore»³⁸⁴.

Resta sullo sfondo la problematica del bilanciamento interno tra i diritti sociali o, comunque, tra i diritti sociali e gli altri diritti costituzionalmente garantiti, considerata la limitatezza delle risorse disponibili, in quanto ogni tutela, come nella specie quella del diritto all'istruzione ed all'assistenza scolastica del disabile, potrebbe "costare" in termini economici una minor tutela di altri diritti sociali della persona, o di altri diritti aventi pari dignità costituzionale, soprattutto in presenza di una certa rigidità delle poste del bilancio³⁸⁵.

5. Osservazioni conclusive

Se i diritti sociali quali diritti fondamentali debbano necessariamente trovare soddisfazione, nonostante la contrazione delle risorse economiche pubbliche, almeno per quanto attiene i livelli essenziali fissati dalla legge, sembra potersi affermare, raccogliendo gli spunti offerti dalla giurisprudenza costituzionale, che il principio dell'equilibrio finanziario, uscito rafforzato dalla riforma dell'art.81 Cost., è comunque soggetto ad un bilanciamento *inequale* con i diritti sociali, con cui è destinato sempre più a collidere nei tempi attuali di erosione e crisi dell'intero sistema del *welfare State*.

Quindi, anche dopo la riforma dell'art.81 Cost., occorre respingere la tesi, secondo cui la Corte è «tenuta ad applicare il principio di equilibrio di bilancio come una sorta di super-valore costituzionale, capace cioè di prevalere in modo assoluto, ovvero senza adeguata e ragionevole ponderazione, sui diritti costituzionalmente garantiti allorché questi comportino oneri finanziari che alterano il preesistente quadro di riferimento degli impegni di finanza pubblica collegati ad un determinato obiettivo di bilancio»³⁸⁶.

Il rapporto tra diritti sociali e risorse finanziarie non può non tenere conto dell'ordine materiale dei valori costituzionali, del primato della persona umana e della sua dignità consacrato dall'art.2 Cost., della natura fondamentale dei diritti sociali quali derivati dal principio di uguaglianza

³⁸² M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, cit., 101.

³⁸³ Punto 11 del Cons. dir. della sent. n.275/2016: «la pretesa violazione dell'art.81 Cost. è frutto di una visione non corretta del concetto di equilibrio del bilancio(...) E' la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionare la doverosa erogazione».

³⁸⁴ R. ROMBOLI, *Diritti fondamentali, tecniche di giudizio e valore delle disposizioni processuali*, in Id.(a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, cit., 151 ss., in part. 160, ove suggerisce che la Corte proceda ad un bilanciamento tra i diversi valori, non congiuntamente realizzabili, mediante un'adeguata motivazione, tale da poter «servire come indirizzo alla attività di bilanciamento tra i diversi valori costituzionali che il Parlamento è chiamato a svolgere allorché si appresta ad approvare una legge».

³⁸⁵ M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in www.rivistaaic.it, n.3/2016, specie 13.

³⁸⁶ Così, in relazione alla sent. n.70 del 2015, GIULIO M. SALERNO, *La sentenza n.70 del 2015: una pronuncia non a sorpresa e da rispettare integralmente*, in www.federalismi.it, 20 maggio 2015, 4.

sostanziale e dal principio personalista che si compendia nel progetto del «pieno sviluppo della persona umana» ex art.3, secondo comma, Cost.³⁸⁷ ed, in generale, della giustizia sociale³⁸⁸, di cui è permeata l'intera Carta costituzionale.

Grazie all'apporto della giurisprudenza costituzionale ed all'utilizzo del paradigma della dignità umana e del pieno sviluppo della persona, si assiste al prevalere dei diritti sociali nel loro nucleo incompressibile anche a discapito della scarsità delle risorse finanziarie.

Come puntualmente rilevato dalla dottrina, infatti, « non è compatibile con il disegno costituzionale “che alle fasce più deboli siano riconosciuti (...) dei diritti, che sono diritti fondamentali, solo e se quando le risorse disponibili, o la situazione economica lo consente”»³⁸⁹.

Il che vuol dire per il legislatore il dover rendere effettivo e concreto l'esercizio dei diritti sociali anche ai soggetti privi delle necessarie risorse economiche, per garantire loro la realizzazione dei diritti fondamentali di prestazione, senza indebiti sacrifici in nome di una malintesa prevalenza di vincoli economico-finanziari.

Occorre, allora, escludere il primato dei vincoli finanziari, in modo da riaffermare lo statuto costituzionale dei diritti sociali contro le tendenze alla loro de-costituzionalizzazione³⁹⁰, per rivalutare in concreto il principio di solidarietà collettiva, pilastro fondante della nostra democrazia³⁹¹, e la conseguente esigenza di tutela dei soggetti deboli.

In conclusione, l'affermazione giurisprudenziale che i diritti sociali devono poter trovare tutela nonostante stringenti vincoli economici, sia nazionali, che comunitari, non è di poco conto in un periodo, qual è il nostro, caratterizzato da una sempre maggiore e paralizzante scarsità delle risorse finanziarie.

³⁸⁷ Per C. COLAPIETRO, *Diritti dei disabili e Costituzione*, Napoli 2011, 14 ss., la pienezza dello sviluppo della persona umana è il parametro espansivo per il riconoscimento e la garanzia dei diritti fondamentali dei soggetti deboli. Sul legame tra diritti sociali e l'art.3, comma 2, Cost., v., *ex plurimis*, B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali*, Milano 2001, 122 ss.

³⁸⁸ M. RUOTOLO, *Eguaglianza e pari dignità sociale. Appunti per una lezione*, Conferenza tenuta il 15 febbraio 2013 all'Università di Padova, in www.unipd.it/scuolacostituzionale, 3, ricorda come la giustizia sociale sia un principio costituzionale supremo, di cui le forze politiche presenti nell'Assemblea costituente erano ben consapevoli: «affermare l'esistenza di un diritto senza che il suo titolare abbia la possibilità di esercitarlo per motivi di carattere economico e sociale, equivale ad attribuire valore soltanto formale a quel riconoscimento». Dello stesso Autore v. *Appunti sulla dignità umana*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli 2011, vol. IV, 3163 ss., ove evidenzia come portato della giurisprudenza costituzionale l'affermazione della dignità quale fonte di nuovi diritti emergenti dall'evoluzione sociale.

³⁸⁹ L. CARLASSARE, *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio*, in www.Costituzionalismo.it, n.3/2015, 139.

³⁹⁰ L'espressione è tratta da A. LUCARELLI, *Il diritto all'istruzione: oltre i diritti finanziariamente condizionati. Nota a Corte cost. n.275 del 2016*, cit., 1.

³⁹¹ Come rilevato puntualmente da A. APOSTOLI, *La svalutazione del principio di solidarietà. Crisi di un valore fondamentale per la democrazia*, Milano 2012, *passim*.

Uncooperative federalism or dinosaur constitutionalism: the affordable care act and the language of states rights’*

di Anne Richardson Oakes* & Ilaria Di Gioia**

This paper is a reflection on the nature of state opposition to the Patient Protection and Affordable Care Act (PPACA) (2010) popularly known as the Affordable Care Act or simply Obamacare. The Act, signed into force by President Obama on March 23, 2010, represented the most significant regulatory overhaul of the U.S. healthcare system since the passage of Medicare and Medicaid in 1965 but a multi-state constitutional challenge to the individual mandate and the expansion of Medicaid began only minutes after the President signed the Act into force.³⁹² By the time the case reached the U.S. Supreme Court, twenty–six states and their Attorneys-General and/or Governors had joined two private citizens and the NFIB in a suit which, per Florida Senior District Judge Vinson was “not really about our health care system at all. It is principally about our federalist system, and it raises very important issues regarding the Constitutional role of the federal government.”³⁹³

In the event, the decision of the U.S. Supreme Court in *NFIB v. Sebelius*³⁹⁴ upheld the Act’s individual mandate provision. However the Court struck down the companion provisions requiring states to expand Medicaid coverage up to 133% (effectively 138%) of the federal poverty level on the grounds that they were unconstitutionally coercive. The Act imposed a penalty on states that refused to comply with the expansion of Medicaid in the form of forfeiture of all existing Medicaid funding but Congress, wrote Chief Justice Roberts, “has no authority to order the States to regulate according to its instructions. Congress may offer the States grants and require the States to comply with accompanying conditions, but the States must have a genuine choice whether to accept the offer.”³⁹⁵

* Contributo sottoposto a double blind peer review

* Ph.D.; Director, Center for American Legal Studies, Birmingham City University Law School, Birmingham, UK.

** Ph.D. candidate, Lecturer, Center for American Legal Studies, Birmingham City University Law School, Birmingham, UK.

³⁹² See Florida ex rel. Bondi v. U.S. Dept of Health & Human Services, 780 F. Supp. 2d 1256, 1263 (2011) (filed by Florida Attorney General Bill McCollum in the Northern District of Florida, and joined initially by Idaho Attorney General Lawrence Wasden and Utah Attorney General Shurtleff plus eleven other attorneys general. On the same day Virginia Attorney General Kenneth Cuccinelli filed suit in the Eastern District of Virginia challenging the constitutionality of the individual mandate provision of the ACA : *Commonwealth v. Sebelius*, No. 3:10-CV-00188-HEH (E.D. Va. Mar. 23, 2010).

³⁹³ *Id.* at 1263.

³⁹⁴ 567 U.S. _ (2012), 132 S. Ct. 2566; figures for between 2011 & 14 are 47 states and 458 bills

³⁹⁵ *Id.* at 2608. The decision was highly fractured; leaving scope to question whether Roberts’ view that states must be given the right to opt out without losing their pre-existing Medicaid funding constitutes the holding of the court; given that it only attracted three justices (Roberts, C.J., Breyer & Kagan, J.J.) An additional four justices (Scalia, Kennedy, Thomas, and Alito, J.J.) objected to the entire Medicaid provision in dissent but did not join Roberts’s opinion). For a discussion of the breakdown of the voting see Lawrence B. Solum, *How NFIB v. Sebelius Affects the Constitutional Gestalt*, 91 WASH. U. L. REV.1 (2013).

The decisions of the U.S. Supreme Court in *NFIB v. Sebelius*³⁹⁶ and the cases that have followed,³⁹⁷ have received considerable attention; less widely appreciated is the extent and nature of state legislative activity by which state legislatures have sought to push back against the Act and protect their citizens and state officials from forced compliance with its provisions. Between 2010 and early 2016, **22 state legislatures** have enacted laws and measures challenging or opting out of broad health reforms related to mandatory provisions of the Patient Protection and Affordable Care Act (ACA).³⁹⁸ Along the line considerably more measures have been considered but most have fallen by the wayside, chiefly because they used terminology associated with the states' rights doctrines of nullification, intercession and secession, and not heard since the Massive Resistance of Southern states that followed the U.S. Supreme Court desegregation mandate of *Brown v. Board of Education*.³⁹⁹

State legislators have drawn inspiration from model bills provided by two main sources: the American Legislative Exchange Council (ALEC)⁴⁰⁰ and the Tenth Amendment Center (TAC). Both these organisations promote state opposition to the ACA with justificatory arguments referencing the Tenth Amendment and doctrines of states' rights but their rhetoric and the wording of these bills are significantly different, and moreover have changed significantly over a six year period. In part this is due to the outcomes of the legal challenges to the ACA that they have helped to ground and shape. Both now advocate state non-cooperation with the federal government but TAC continues to use the language of nullification and it is the nuances of the underlying philosophy that this paper now seeks to pick up.⁴⁰¹

Academic commentary on the phenomenon has been divided. Some scholars describe a revival of constitutional arguments thought to be long dead as 'zombie' or 'dinosaur' constitutionalism, in effect dead in the water before they are made.⁴⁰² Others, notably respected constitutional

³⁹⁶ *National Fed'n Indep. Bus. (NFIB) v. Sebelius*, 567 U.S. ___, 132 S. Ct. 2566.

³⁹⁷ On June 25, 2015 the U.S. Supreme Court voted 6-3 to uphold health insurance subsidies for people who purchased their insurance through a federal health insurance exchange. The ruling in *King v. Burwell* means that 6 million to 7 million people will continue to receive insurance subsidies

³⁹⁸ MT, ID, WY, ND UT AZ KS OK TX, MO, AR. LA, IN, TN, AL, OH, VA, NC, SC, GA, FL, NH. See figures and maps available at NCSL website: http://www.ncsl.org/research/health/state-laws-and-actions-challenging-ppaca.aspx#ND_2011law.

³⁹⁹ *Brown v. Bd. of Educ.*, 347 U.S. 483 (1954) (*Brown I*) held that segregation itself violated the Equal Protection Clause of the Fourteenth Amendment; the desegregation mandate came a year later in *Brown v. Bd. of Educ.*, 349 U.S. 294 (1955) (*Brown II*).

⁴⁰⁰ ALEC is a not for profit with funding largely from corporations like Exxon Mobil, corporate foundations such as the Charles G. Koch Charitable Foundation, or trade associations like the pharmaceutical industry's PhRMA. See <http://www.prwatch.org/news/2011/07/10887/cmd-special-report-alecs-funding-and-spending>.

"Since the TAC is not registered as a nonprofit, little information is available about its finances, but it appears to function primarily as an internet-based organization with affiliates in most states" - See Rachel Tabachnick, *Nullification, Neo-Confederates, and the Revenge of the Old Right* <http://www.politicalresearch.org/tag/tenth-amendment-center/#sthash.vqbYH2bs.dpuf>, Nov. 22, 2013.

⁴⁰¹ <http://tenthamentendmentcenter.com/>.

⁴⁰² See Sean Wilentz, *States of Anarchy: America's Long, Sordid Affair with Nullification*, NEW REPUBLIC, Mar. 30, 2010,

commentator Sanford Levinson, take a more pragmatic or, as Levinson terms it, functionalist view; the language used may be old but the political problems they confront relate directly to twenty-first century workings of U.S. federalism and to that extent they are contemporary and new.⁴⁰³ The question remains however: can political arguments couched in terms of states' rights, particularly those which invoke the rhetoric of Calhoun and the history of Massive Resistance, shake off the connection with the history of race in the United States?

Interviewed in fall 2014 by journalist and political commentator David Remnick, President Obama made just this point. Some conservatives, he conceded, might genuinely consider that the federal government was too powerful, too distant and too bureaucratic and that as a consequence, there should be a rebalancing of power in favour of the states. Nevertheless, he observed, there is a “philosophy wrapped up in the history of states’ rights in the context of the civil-rights movement and the Civil War and Calhoun”:

There’s a pretty long history there. I think it’s important for conservatives to recognize and answer some of the problems that are posed by that history...⁴⁰⁴

Taking this observation as a starting point, this paper compares the language of PPACA oppositional bills with that of the Massive Resistance resolutions to consider first the extent to which states have learned from the lessons of the past to develop more successful strategies for challenging the unwanted reach of federal regulation and secondly how we might evaluate these strategies in terms of their contribution to the dynamics of contemporary U.S. federalism.

We begin with a brief overview of state legislative oppositional measures. According to the NCSL Affordable Care Act Legislative Database, the 22 state laws and measures related to challenging or opting out of broad health reform including the PPACA follow a number of general approaches but the legal language varies from state to state and includes statutes and constitutional amendments, as well as binding and non-binding state resolutions.⁴⁰⁵ The site

available at <http://www.tnr.com/article/politics/the-essence-anarchy>. See also Timothy S. Jost, *Can the States Nullify Health Care Reform?*, 362 NEW ENG. J. MEDICINE 869, 869 (2010) (asserting that recent state measures challenging federal health-care legislation “are pure political theater” in pursuit of a goal that “is constitutionally impossible.”).

⁴⁰³ Sanford Levinson, *The 21st Century Rediscovery of Nullification and Secession* in NULLIFICATION AND SECESSION IN MODERN CONSTITUTIONAL THOUGHT (Sanford Levinson ed., 2016). See also John Dinan, *Contemporary Assertions of State Sovereignty and the Safeguards of American Federalism*, 74 ALB. L. REV. 1637 (2011).

⁴⁰⁴ Barack Obama, cited by David Remnick *Going the Distance: On and Off the Road with Barack Obama*, NEW YORKER, Jan 27, 2014, available at <http://www.newyorker.com/magazine/2014/01/27/going-the-distance-david-remnick>.

⁴⁰⁵ The database for bills considered between 2011- 2013 is available at <http://www.ncsl.org/research/health/health-reform-database-2011-2013-state-legislation.aspx>. The database for bills considered in 2014 is available at <http://www.ncsl.org/research/health/new-health-reform-database.aspx>.

identifies broad approaches with individual state measures typically incorporating at least three. Thus, nine state legislatures have adopted non-binding resolutions or memorials to the federal government. Arizona, Arkansas, Georgia, Missouri, Montana, New Hampshire, North Carolina, Utah and Wyoming have laws restricting further compliance with PPACA without state legislative approval. Eighteen states provide that state government will not implement or enforce mandates requiring the purchase of insurance by individuals or payments by employers and bar state agencies and employees from enforcing fines and penalties. Alabama, Georgia, Indiana, Kansas Missouri, Oklahoma, South Carolina, Utah and Texas have enacted laws authorising entry into interstate health compacts, aimed at giving a group of states primary responsibility for regulating health care goods and services within their boundaries (except military). Most of the measures also include this provision: “Each Member State... may suspend by legislation the operation of all federal laws, rules, regulations, and orders regarding Health Care that are inconsistent with the laws” adopted by the member state as part of a compact. The creation of any interstate compact is not binding without congressional approval, so far untested in relation to health, and will not of itself operate to block PPACA implementation;⁴⁰⁶ the aim is the expressive one of asserting primary responsibility for an important area of regulation traditionally regarded as within the power of the state.

Additional oppositional state legislative measures include the non-expansion of Medicaid, non-participation in the health exchange or marketplace provisions, including regulating and/or restricting the functions of navigators and others who assist consumers in selecting health insurance in exchanges or Marketplaces (more than a dozen states have enacted laws of this kind) and blocking individual health benefits, most notably contraception. However, the nuclear option and the focus of this paper is the bill of nullification.

Some context is in order. Nullification bills properly so-called take as their starting point the alleged unconstitutionality of a federal bill/measure; the state legislature believes that a measure is unconstitutional and approves a bill to nullify its effects within its borders. The term is often combined with that of interposition and both claim to derive from the Virginia and Kentucky Resolutions of 1798 & 99 drafted by James Madison and Thomas Jefferson respectively in response to the Alien and Sedition Acts enacted as a wartime measure by a Federalist Congress and signed into law by President Adams.⁴⁰⁷

A detailed discussion of the detail of what Tenth Amendment Center and nullification proponent Thomas W. Woods calls ‘the Principles of 98’ is beyond the present scope of this

⁴⁰⁶ Utah repealed most of its compact statute in 2014.

⁴⁰⁷ Thomas Jefferson, Kentucky Resolutions (Nov. 10, 1798 & Nov. 14, 1799), reprinted in 5 *The Founders’ Constitution* 131-35 (Phillip B. Kurland & Ralph Lerner eds., 1987) [hereinafter Jefferson, Kentucky Resolutions]; James Madison, Virginia Resolutions Against the Alien and Sedition Acts (Dec. 21, 1798), reprinted in *JAMES MADISON, WRITINGS* 589-91 (Jack N. Rakove ed., 1999) [hereinafter Madison, Virginia Resolutions].

paper.⁴⁰⁸ Briefly, we can observe that nullification and interposition, though often combined, are in fact different. Nullification represents the idea that a state can declare a federal law which it regards as unconstitutional to be null and void within its borders. Interposition asserts the right of the state to interpose its own authority between its citizens and unconstitutional laws and to seek the support of other states in so doing.⁴⁰⁹ However, typically in the discourse of Calhoun and contemporary advocates the term interposition is used interchangeably with nullification.⁴¹⁰ Underpinning both is a theory of state sovereignty as a counter-balance to the power of the federal government and an explanation of the U.S. constitutional framework which sees the relationship between the states and the federal government in terms of a compact or contract. Compact theory offers more than a historical understanding of what the union is and where it came from; compacts have terms of engagement, providing parameters by which state grievances can be articulated and correspondingly rectified. The significance was picked up by John Calhoun and deployed initially in opposition to the 1828 tariff statutes which threatened to ruin the cotton-based economy of the South and subsequently in justification of full-blown secession.⁴¹¹ The South Carolina Ordinance of Nullification was enacted into law on November 24, 1832 but despite widespread support for the sentiment, no other state legislature followed this lead. Another attempt to nullify federal law took place in 1855 when the Wisconsin's Supreme Court ruled that the federal Fugitive Slave Act was unconstitutional. On appeal to the U.S. Supreme Court, the decision was reversed⁴¹², and the language of nullification, interposition and states' rights was not heard again until it resurfaced following the 1954 decision of the Supreme Court in *Brown v. Board of Education* and the so-called Massive Resistance that ensued.⁴¹³ Led by Virginia, eight states adopted nullification and interposition resolutions which borrowed directly from Calhoun.⁴¹⁴ Arkansas went so far as to amend its constitution. In Texas a referendum "to invoke

⁴⁰⁸ See THOMAS E. WOODS, JR., NULLIFICATION: HOW TO RESIST FEDERAL TYRANNY IN THE 21ST CENTURY, 15 (2010); see also Ilaria Di-Gioia, *When Liberty Subverts Federalism: Is Nullification of Federal Law Legitimate?* 4 EDINBURGH STUDENT L. REV., 155-168 (2015); James H. Read & Neal Allen, *Living, Dead, and Undead: Nullification Past and Present*, in Levinson ed., *supra* note 403, at 91; Robert S. Claiborne Jr., *Why Virginia's Challenges to the Patient Protection and Affordable Care Act Did Not Invoke Nullification*, 46 U. RICH. L. REV. 917.

⁴⁰⁹ Judith A. Hagley, *Massive Resistance; The Rhetoric and the Reality*, 27 N. M. L. REV. 167 (1997); Christopher R. Drahozal, *The Supremacy Clause* 46 (2004) (Nullification is the idea that states can declare federal laws unconstitutional, whereas interposition "is a more variable concept, sometimes synonymous with nullification, sometimes something less than nullification but more than mere protest.")

Interposition is not "categorical defiance by an individual state," but interposition allows states to "seek support of other members of the compact [or other states]." Robert B. McKay, *"With All Deliberate Speed": A Study of School Desegregation*, 31 N.Y.U. L. REV. 991, 1038 (1956).

⁴¹⁰ See Read & Allen, *supra* note 408, at 104-06 (referencing John Calhoun, James Kilpatrick, the strategist of southern opposition to the Brown decision and Thomas E Woods Jr. of TAC).

⁴¹¹ South Carolina legislature used Calhoun's reasoning to nullify the Tariff of 1832, which had earlier replaced the Tariff of Abominations.

⁴¹² *Ableman v. Booth*, 62 U.S. 506 (1859).

⁴¹³ See Hagley, *supra* note 409.

⁴¹⁴ The timeline was as follows: Feb. 1, 1956: Virginia joint resolution; Feb. 2, 1956: Alabama House Joint Resolution; Feb. 14, 1956: South Carolina joint resolution; Feb. 29, 1956: Mississippi Senate Concurrent resolution no. 125,

some form of interposition to halt federal encroachment on States' rights" received an affirmative vote.⁴¹⁵ The North Carolina legislature passed a "resolution of protest" against the *Brown* desegregation decision, having "defeated efforts to strengthen the resolution into one of interposition, and turned down a plan to soften its words"⁴¹⁶ The Tennessee House of Representatives did adopt an interposition resolution, but the Senate did not ratify it.⁴¹⁷ We consider the texts of these resolutions/constitutional amendments in more detail shortly. At this stage we note simply that in constitutional terms they could not survive the decision of the Supreme Court in *Cooper v. Aaron*⁴¹⁸ as was comprehensively explained by a three member federal court in *Bush v. Orleans Parish Sch. Bd.*: "interposition is not a constitutional doctrine. If taken seriously, it is illegal defiance of constitutional authority."⁴¹⁹ The Court addressed the compact theory directly:

Interposition is an amorphous concept based on the proposition that the United States is a compact of states, any one of which may interpose its sovereignty against the enforcement within its borders of any decision of the Supreme Court or act of Congress, irrespective of the fact that the constitutionality of the act has been established by decision of the Supreme Court. Once interposed, the law or decision would then have to await approval by constitutional amendment before enforcement within the interposing state. In essence, the doctrine denies the constitutional obligation of the states to respect those decisions of the Supreme Court with which they do not agree. The doctrine may have had some validity under the Articles of Confederation. On

adopted; Apr. 18, 1956; Arkansas interposition Constitutional Amendment adopted. May 29, 1956: Louisiana interposition resolution, May 2, 1957: Florida interposition resolution.

⁴¹⁵ TEXAS ALMANAC, 1958-1959, 451,455, available at <https://texashistory.unt.edu/ark:/67531/metaph117139/m1/453/?q=interposition>

⁴¹⁶ See SOUTHERN SCHOOL NEWS, Aug., 1956, available at http://crdl.usg.edu/export/html/gua/ssn/crdl_gua_ssn_ssnvol3no2.html?Welcome

⁴¹⁷ 2 RACE REL. L. REP. 228-82; 481-83 (1957);

⁴¹⁸ 358 U.S. 1, 17-18 :

we should answer the premise of the actions of the Governor and Legislature that they are not bound by our holding in the *Brown* case. It is necessary only to recall some basic constitutional propositions which are settled doctrine.

'Article VI of the Constitution makes the Constitution the 'supreme Law of the Land.' In 1803, Chief Justice Marshall, speaking for a unanimous Court, referring to the Constitution as 'the fundamental and paramount law of the nation', declared in the notable case of *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137, 177 (2 L. Ed. 60), that 'It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is.' This decision declared the basic principle that the federal judiciary is supreme in the exposition of the law of the Constitution, and that principle has ever since been respected by this Court and the Country as a permanent and indispensable feature of our constitutional system. It follows that the interpretation of the Fourteenth Amendment enunciated by this Court in the *Brown* case is the supreme law of the land, and Art. VI of the Constitution makes it of binding effect on the States 'any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding.' Every state legislator and executive and judicial officer is solemnly committed by oath taken pursuant to Art. VI, cl. 3, 'to support this Constitution.'" *Cooper v. Aaron, supra*.

⁴¹⁹ 188 F.Supp. 916 (E.D. La. 1960).

their failure, however, ‘in Order to form a more perfect Union,’ the people, not the states, of this country ordained and established the Constitution. Thus the Keystone of the interposition thesis, that the United States is a compact of states, was disavowed in the Preamble to the Constitution. ⁴²⁰

Ultimately, the question was one of authority: who, under the Constitution, should have the final say on questions of constitutionality. To this there could be only one answer; the Supreme Court of the United States rather than any statute authority is the ultimate judge of constitutionality. ⁴²¹Louisiana’s Interposition Act purporting to ‘interpose’ the sovereignty of state against enforcement of the *Brown* decision pending a change to the law of the land by proper constitutional amendment, was invalid, and the related package of segregation measures must fall with it.⁴²²

As the *Bush* Court observed, “throughout the early history of this country, the standard of interposition was raised whenever a state strongly disapproved of some action of the central government.”⁴²³ It is claimable, as the Louisiana statute observed and contemporary proponents of nullification stress, that the doctrines have antecedents that are benign.⁴²⁴ These claims notwithstanding, it is the Massive Resistance resolutions which followed the *Brown II* decision in May 1955⁴²⁵ that cast the shadow of Jim Crow and it is to their texts that we now turn.

Virginia's Interposition and Nullification Resolution, was typical of those that followed. It began with a “firm resolution to maintain and to defend the Constitution of the United States, and the

⁴²⁰ *Id.* at 922–23 (citing *Martin v. Hunter’s Lessee*, 1 Wheat. 304, 324, 14 U.S. 304, 324, 4 L.Ed. 97).

⁴²¹ *Id.*, at 925.

⁴²² *Id.*

⁴²³ *Id.* at 923.

⁴²⁴ notably by Thomas E. Woods, Jr. of the Tenth Amendment Center: See THOMAS E. WOODS, JR., NULLIFICATION: HOW TO RESIST FEDERAL TYRANNY IN THE 21ST CENTURY, 78-81 (2010). Woods refers to the case of Sherman Booth, found guilty by a federal court of violating the Fugitive Slave Act. The Wisconsin State Supreme Court ordered his release, declaring the Fugitive Slave Act to be unconstitutional but was firmly rebuked by the U.S. Supreme Court. See *Ableman v. Booth*, 62 U.S. 506, 526 (1858): “No State judge or court, after they are judicially informed that the party is imprisoned under the authority of the United States, has any right to interfere with him, or to require him to be brought before them.” Woods goes on to quote the resolution of the Wisconsin State legislature to the effect that the action of the U.S. Supreme Court was “without authority, void and of no force”. Woods, *id.* at 8. Although the Wisconsin Supreme Court was the only state high court to declare the Fugitive Slave Act unconstitutional, jury nullification occurred when juries refused to convict persons who assisted fugitive slave, See Gary Collison “*This Flagitious Offense*”: *Daniel Webster and the Shadrach Rescue Cases, 1851-1852*. 68 *NEW ENG. Q.* 609 (1995). Legislative nullification occurred in Vermont, November 1850, when the state legislature passed a "Habeas Corpus Law," requiring Vermont judicial and law enforcement officials to assist captured fugitive slaves, in effect making the federal Fugitive Slave Act unenforceable in Vermont.

⁴²⁵ Requiring that state school boards with federal court supervision dismantle their dual systems “with all deliberate speed”.

Constitution of this State, against every attempt, whether foreign or domestic, to undermine the dual structure of this Union, and to destroy those fundamental principles embodied in our basic law, by which the delegated powers of the Federal government and the reserved powers of the respective States have long been protected and assured.” There then followed recitals of what have become the basic tenets of states’ rights arguments; ie that the powers of the Federal Government result solely from the compact to which the States are parties; that its powers are limited by that compact to the enumerated powers; that all powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people; and that the Supreme Court has no power to amend the Constitution.⁴²⁶ We then get to the crux of the matter. The power to operate separate schools being a power reserved to the States exercisable “without intervention of the Federal courts under the Federal Constitution” so that the *Brown* decision of May 17, 1954 “placed upon the Constitution an interpretation, having the effect of an amendment thereto, which interpretation Virginia emphatically disapproves,” the General Assembly of Virginia, “mindful of the resolution it adopted on December 21, 1798, ... again asserts this fundamental principle: That whenever the Federal Government attempts the *deliberate, palpable, and dangerous* exercise of powers not granted it, the States who are parties to the compact have the right, and are in duty bound, to interpose . . .).⁴²⁷

Presciently for *Sebelius* and our purposes, Virginia then expresses concern about federal overreach:

we have watched with growing concern as the power delegated to the Congress to regulate commerce among the several States has been stretched into a power to control local enterprises remote from interstate commerce; we have witnessed ... the advancing tendency to read into a power to lay taxes for the general welfare a power to confiscate the earnings of our people for purposes unrelated to the general welfare as we conceive it; we have been dismayed at judicial decrees permitting private property to be taken for uses that plainly are not public uses; we are disturbed at the effort now afoot to distort the power to provide for the common defense, by some Fabian alchemy, into a power to build local schoolhouses⁴²⁸

Finally, mirroring the Kentucky Resolution of 1798, Virginia appeals to her sister States and respectfully requests them to join her in taking appropriate steps, pursuant to settle, (by constitutional amendment) “the issue of contested power here asserted,” pending which she

⁴²⁶ 1 RACE REL. L. REP. 445-47 (1956).

⁴²⁷ *Id.* (emphasis added). We italicize the words “*deliberate, palpable, and dangerous*” to emphasise the borrowing of these terms from the Virginia Resolution of 1798. The same wording is present in the resolutions that came later.

⁴²⁸ *Id.* at 447.

resolves, “to take all appropriate measures honorably, legally and constitutionally available to us, to resist this illegal encroachment upon our sovereign powers.”⁴²⁹

Virginia used the language of interposition; other states borrowed from Calhoun's opposition to the 1828 tariff statutes to declare the *Brown* decision “null, void and of no effect” (Alabama); “unconstitutional, invalid and of no lawful effect within . . . Mississippi.” (Mississippi); “null, void, and of no effect.” (Georgia,⁴³⁰ Florida⁴³¹ Alabama⁴³²) or used the language of both e.g. Arkansas (“...the State of Arkansas shall take appropriate action and pass laws opposing in every Constitutional manner the Un-Constitutional desegregation decisions...of the United States Supreme Court, including interposing the sovereignty of the state of Arkansas to the end of nullification of these and all deliberate, palpable, and dangerous invasions or encroachment upon rights and powers not delegated to the United States nor prohibited to the States by the Constitution of the United States....”⁴³³ The legislature of Louisiana pulled its punches; its resolution “solemnly declare[d] the decision of the Supreme Court of the United States...to be in violation of the Constitution of the United States, and the State of Louisiana; and, We declare, further, our firm intention to take all appropriate measures honorably and constitutionally available to us, to void this illegal encroachment upon the rights of the several States...”⁴³⁴

Unlike Calhoun and South Carolina in 1828, the legislatures stopped short of threatening secession, but underpinning all their claims lie the premises of state sovereign rights and illegal federal overreach, that *Brown* was a “*deliberate, palpable and dangerous attempt*”⁴³⁵ to change the true intent and meaning” of the Constitution, and a state had both the right and duty to resist the Court's illegal amendment until the issue was settled by a valid constitutional amendment. We return now to twenty-first century state legislative activity which is not confined to the PPACA but extends across a spectrum of issues which has included decriminalizing the use of medical marijuana, and opposing implementation of the REAL ID Act of 2005 and federal gun control laws,⁴³⁶ but now spreads even wider to take on matters such as the surveillance state, the ‘militarization’ of the police and restrictions on the commercial production of hemp. We consider these matters shortly. For now we consider specifically federalism scholar John Dinan’s view that

⁴²⁹ *Id.*

⁴³⁰ 1 RACE REL. L. REP. 438 (1956).

⁴³¹ 2 RACE REL. L. REP. 707 (1956).

⁴³² *Id.* at 437.

⁴³³ Arkansas Constitutional amendment – text available at 1 RACE REL L. REP 116.

See also Florida, 2 RACE REL. L. REP. 707-08: a resolution to declare [the *Brown* decision] “to be null, void and of no effect; to declare that a contest of powers has arisen between the State of Florida and the Supreme Court of the United States; to invoke the doctrine of interposition; and for other purposes.”

⁴³⁴ 1 RACE REL. L. REP. 755 (1956).

⁴³⁵ South Carolina Act of Feb. 14 1956, *id.* at 443; Georgia House Resolution No. 185 1956 Legislative Session Georgia General Assembly; *id.* at 438; Alabama, *id.* at 437; Arkansas; Florida, *id.* at 708

⁴³⁶ See, e.g. Tenth Amendment Center, 2015 State of the Nullification Movement Report, <http://tenthamendmentcenter.com/report/>.

critics who connect these practices with those of southern states in the 1830s and 1950s misunderstand the contemporary nature of state sovereignty assertions and their potential as legitimate responses to federal government overreach.⁴³⁷

Scholars, he claims,

have not fully appreciated the continued vitality of these sorts of assertions of state sovereignty in part because they have often misunderstood recent state challenges to federal law and what they aim to accomplish. Scholarly supporters and critics alike have been complicit in this misunderstanding, with critics understandably seeking to de-legitimize recent state measures by associating them with the repudiated doctrine of nullification, especially as practiced by southern states in the 1830's and 1950's, and some supporters equally willing to embrace the nullification label out of a desire to associate them with the Jeffersonian doctrine of nullification invoked in the 1790's. However, when we undertake a close examination of these recent state sovereignty measures, it is evident that they partake of something short of, and other than, nullification.⁴³⁸

We approach this claim with specific reference to opposition to the PPACA in 2014, a year in which the legislatures of 26 states considered in the region of 120 oppositional bills and 37 bills were signed into law in 10 states. Analysis of the content of the bills suggests a classification into three groups as follows:

1. Bills declaring the PPACA and its core provision “the individual mandate” unconstitutional and therefore inapplicable within the state. These bills use the language of nullification and we term them “nullification bills properly so-called”.
2. Bills establishing measures to prohibit state agencies or employees from implementing the individual mandate within the state. These bills presuppose the constitutionally respectable anti-commandeering doctrine, according to which the federal government cannot impose targeted, affirmative or coercive duties upon state legislators or executive officials.⁴³⁹ They do not use the

⁴³⁷ Dinan, *supra* note 403, at 1666-67.

⁴³⁸ Dinan, *id.*

⁴³⁹

See [https://ballotpedia.org/Arizona_Rejection_of_Unconstitutional_Federal_Actions_Amendment,_Proposition_122_\(2014\)](https://ballotpedia.org/Arizona_Rejection_of_Unconstitutional_Federal_Actions_Amendment,_Proposition_122_(2014))); *see also* Matthew D. Adler, The Supreme Court's Federalism: Real or Imagined, 574 ANNALS AM. ACAD. POL. & SOC. SCI, 158 (2001).

language of nullification but make declarations of state sovereignty and assertions of rights, freedoms and liabilities of citizens within the state, largely with the aim of establishing the groundwork for federal court challenges to the PPACA on constitutional grounds.

3. Bills establishing authority to join an interstate compact for multiple states opposing federal regulation over health matters which are properly the province of the states. Except in so far as these bills typically include declarations of opposition or incompatibility of state law with federal law, as noted above, these bills are not relevant to this present discussion and are included here for completeness only.⁴⁴⁰

Illustrative of bills of the first group is South Carolina Senate Bill n. 147/ 2013 which declares that the ACA “is not authorized by the Constitution of the United States and violates its true meaning and intent as given by the Founders and Ratifiers, and is invalid in this State, is not recognized by this State, is specifically rejected by this State, and is null and void and of no effect in this State.”⁴⁴¹ Most of the nullification bills have been proposed by Southern States, with Tennessee, Oklahoma and Georgia in the front line (respectively, 14, 12 and 10 bills). Despite the considerable number of introduced ACA nullification bills, none has been enacted in its original form. In many cases the bills did not even reach the discussion stage, in others the language had been moderated and the nullification bill transformed in a sovereignty declaration. Notable absents are Texas and Florida. Five of the states proposing nullification bills used to be part of the Confederacy and all the states proposing nullification bills are red, ie Republican, states.

Illustrative of the second group is Arizona’s Proposition 122, approved on 4th November 2014 general election ballot. The proposition amended Article 2, Section 3 of the Arizona Constitution to declare the ability of the state to “exercise its sovereign authority to restrict the actions of its personnel and the use of its financial resources to purposes that are consistent with the Constitution” and that “this state and all political subdivisions of this state are prohibited from using any personnel or financial resources to enforce, administer or cooperate with the designated federal action or program.”

Type 3 bills included for taxonomy purposes only, we now focus specifically on types 1 and 2 and observe in relation to the former that while 23 states have considered bills seeking to nullify the legal validity of the PPACA, none of the bills have become law in their original form. **The experience of North Dakota**, is instructive here. S. 2309 S. in its original form provided that:

1. ... the federal laws known as (PPACA) ... are not authorized by the United States Constitution and violate its true meaning and intent as given by the founders and

⁴⁴⁰ See text accompanying note 406 *supra*.

⁴⁴¹ Section 38-71-2120. The bill, like many other similar nullification bills in other states, died in committee.

ratifiers and are declared to be invalid in this state, may not be recognized by this state, are specifically rejected by this state, and are considered to be null in this state.

2. The legislative assembly shall enact any measure necessary to prevent the enforcement of the Patient Protection and Affordable Care Act and the Health Care and Education Reconciliation Act of 2010 within this state.

3. Any official, agent, or employee of the United States government or any employee of a corporation providing services to the United States government who enforces or attempts to enforce an act, order, law, statute, rule, or regulation of the government of the United States in violation of this Act is guilty of a class C felony .

4. Any public officer or employee of this state who enforces or attempts to enforce an act, order, law, statute, rule, or regulation of the government of the United States in violation of this Act is guilty of a class A misdemeanor .⁴⁴²

By the time the provision reached the statute book, the language had been significantly toned down and the criminal penalty removed. The current version now declares more temperately:

1. ... the federal laws known as (PPACA) ... *likely* are not authorized by the United States Constitution and may violate its true meaning and intent as given by the founders and ratifiers.

2. The legislative assembly shall *consider* enacting any measure necessary to prevent the enforcement of the (PPCA).

3. No provision of the (PPCA) may interfere with an individual's choice of a medical or insurance provider except as otherwise provided by the laws of this state. ⁴⁴³

⁴⁴² S.B. 2309, Leg.62d Sess. (N.D. 2011).

⁴⁴³ S.B. 2309, Leg.62d Sess. (N.D. 2011) (emphasis added) (original draft available at www.legis.nd.gov/assembly/62-2011/documents/11-0742-02000.pdf (last visited Dec. 21, 2016)).

The first draft replicated the first model nullification bill published by the Tenth Amendment Center (TAC), referred to earlier, but was toned down in committee in order to respond to objections that the language of nullification was constitutionally discredited.⁴⁴⁴ For similar reasons it is generally type 2 bills modelled on the American Legislative Exchange Council's (ALEC) model "Freedom of Choice in Health Care Act," which have received statehouse success. Promoted by ALEC as "How Your State Can Block Single-Payer and Protect Patients' Rights," these now called healthcare freedom bills gathered considerable state legislative interest during the period 2009-2012 and their language mirrors Arizona Proposition 101, which was narrowly defeated in 2008 but passed on the November 2010 ballot. The wording of the Idaho Health Freedom Act, enacted March 17, 2010 (before the PPACA passed into law) is typical:

(1) The power to require or regulate a person's choice in the mode of securing health care services, or to impose a penalty related thereto, is not found in the Constitution of the United States of America, and is therefore a power reserved to the people pursuant to the Ninth Amendment, and to the several states pursuant to the Tenth Amendment. The state of Idaho hereby exercises its sovereign power to declare the public policy of the state of Idaho regarding the right of all persons residing in the state of Idaho in choosing the mode of securing health care services free from the imposition of penalties, or the threat thereof, by the federal government of the United States of America relating thereto.

(2) It is hereby declared that ... every person within the state of Idaho is and shall be free to choose or decline to choose any mode of securing health care services without penalty or threat of penalty by the federal government of the United States of America.⁴⁴⁵

TAC which promotes itself as "the nation's leading source for constitutional education and nullification activism" no longer promotes bills which directly confront the Supremacy Clause. Instead their model "nullification bill" is called an "anti-commandeering bill" and, after reciting the Tenth Amendment's reservation of state powers and federal PPACA overreach which "makes a mockery of James Madison's assurance in Federalist #45 that the "powers delegated" to the Federal Government are "few and defined", while those of the States are "numerous and indefinite," prohibits state agencies employees or contractors, subject to civil penalties, from

⁴⁴⁴ See Senate Standing Committee Minutes, Conference Committee Apr. 18, 2011. On 4/18/2011 Rep. Kasper explained that although in his personal opinion the ACA was not authorized by the U.S. Constitution the words "likely" and "may" were necessary for the survival of the bill: "[I] would agree but sometimes making those bold statements at a time like this might not be the right thing to say for the survival of the bill". Rep. Ruby emphasized that a softer language would have left room for some kind of result at higher court level.

⁴⁴⁵ I.C. § 39-9003 (2010).

1) Enforc[ing] any federal act, law, order, rule or regulation of the federal government of the United States designed to give effect to the Patient Protection and Affordable Care Act, signed by President Barack Obama on March 23, 2010.

(2) Provid[ing] material support, participation or assistance in any form, with any federal agency or employee engaged in the enforcement of any federal act, law, order, rule, or regulation of the federal government of the United States designed to give effect to the Patient Protection and Affordable Care Act.

(3) Utiliz[ing] any assets, state funds or funds allocated by the state to local entities on or after (DATE), in whole or in part, to engage in any activity that aids a federal agency, federal agent, or corporation providing services to the federal government in the enforcement of any federal act, law, order, rule, or regulation of the federal government of the United States designed to give effect to the Patient Protection and Affordable Care Act.⁴⁴⁶

What are we to make of this and specifically of John Dinan's argument that what we see here represents the mechanics of federalism at work? The first point is this. Dinan's claim was made specifically in relation to state legislative bills legalizing medical marijuana and opposing implementation of the REAL ID Act (requiring state-issued driving licences to conform to uniform federal standards).⁴⁴⁷ These bills, he argues, do not invoke nullification which he describes as a "discredited doctrine inconsistent with the constitutional principles underlying the American federal system."⁴⁴⁸ Instead they should properly be regarded as mechanisms by which states can "talk back" to Washington when the federal government puts in place regulations and directives fixing states with fiscal or administrative burdens without paying sufficient attention or conceding sufficient respect to state reservations or concerns.⁴⁴⁹ In other words, they are a legitimate tool of effective state response to perceptions of federal overreach.

Although this paper has focused on state legislative opposition to PPACA, it is certainly the case that this fits into a pattern of expanding areas of state concern that is now finding expression with similar tactics.⁴⁵⁰ TAC now lists as targets for its self-designated "nullification bills" the following areas of state concern in descending order of priority: the Federal Food, Drug, and Cosmetic Act (controlling access to experimental drugs),⁴⁵¹ the mechanisms of the "surveillance state," (specifically the use of drones, ALPRs and stingrays), federal restrictions on the commercial production of hemp, federal gun control regulations federal funding of military grade weaponry for local police, and the legalization of marijuana for personal use. Opposition to

⁴⁴⁶ <http://tenthamendmentcenter.com/legislation/obamacare/>.

⁴⁴⁷ See also John Dinan, *How States Talk Back to Washington and Strengthen American Federalism*, 744 POLICY ANALYSIS (Dec 3, 2013).

⁴⁴⁸ *Id.* at 2

⁴⁴⁹ *Id.*

⁴⁵⁰ See text accompanying note 436 *supra*.

⁴⁵¹ Tenth Amendment Center, 2015 State of the Nullification Movement: Report on the Growth of State-Level Resistance to Federal Power, <http://tenthamendmentcenter.com/report/>.

“Obamacare” now occupies seventh place listed with ‘other issues’ including “Sound Money” – *ie* state gold and silver backed currency competition with Federal Reserve notes and opposition to Common Core educational standards. ALEC which earlier promoted “Healthcare Freedom Bills” and now anticipates its repeal under a Trump regime has removed these from its web-site.

The second point concerns the ‘anti-commandeering’ doctrine announced by the Supreme Court in *Printz v. United States* to the effect that Congress cannot compel the States to enact or enforce a federal regulatory program.⁴⁵² It is clear, as we saw earlier, that nullification bills properly so-called are unlikely to be successful in state legislatures. TAC now calls its bills “anti-commandeering” and equates this with “nullification” on the grounds that in practical terms what is important is the actual effect.⁴⁵³ Since as they claim, most federal acts or programs require a federal/state partnership to actually carry them out, bills that ban state participation can make those acts or programs “nearly impossible” to enforce; in effect, if not in law, the result is nullification.⁴⁵⁴ Nullification in this sense becomes a practice not an ideology so that, as both Dinan and TAC claim, the link with Massive Resistance and the legacy of Calhoun is misplaced.

The third point follows. *Printz* itself involved a challenge to provisions in the federal Brady Handgun Violence Prevention Act requiring local chief law enforcement officers to check the backgrounds of prospective purchasers of handguns pending the establishment of a national system. Holding this provision to be unconstitutional, Justice Scalia, for the majority, wrote:

Today we hold that Congress cannot circumvent that prohibition by conscripting the States’ officers directly. The Federal Government may neither issue directives requiring the States to address particular problems, nor command the States’ officers, or those of their political subdivisions, to administer or enforce a federal regulatory program. It matters not whether policymaking is involved, and no case-by-case weighing of the burdens or benefits is necessary; *such commands are fundamentally incompatible with our constitutional system of dual sovereignty.*⁴⁵⁵

Here, we argue, lies the rub. Justice Scalia claims that a system of “dual sovereignty” in U.S. constitutional arrangements is “incontestable”⁴⁵⁶ but as Professors Read and Allen suggest, the absence of the words “sovereign” and “sovereignty” from the Constitution supports a strong inference that “those who framed, ratified and amended the document did not agree among themselves about what sovereignty was and where in the Constitution it was found.”⁴⁵⁷ Justice Scalia looked to “historical understanding and practice in the structure of the Constitution, and

⁴⁵² 521 U.S. 898 (1997).

⁴⁵³ <http://tenthamendmentcenter.com/legislation/obamacare/>.

⁴⁵⁴ Tenth Amendment Center, *supra* note 451.

⁴⁵⁵ 521 U.S. at 935 (emphasis added)..

⁴⁵⁶ *Id.* at 919.

⁴⁵⁷ Read & Allen, *supra* note 402, at 99.

in the jurisprudence of this Court” for the answer.⁴⁵⁸ In terms of the first, as this paper details and President Obama understood, the language of state sovereignty is tainted by the practice of the past and this may likely be irredeemable.⁴⁵⁹ A study of the last is beyond the present scope of this paper. That leaves the structure of the Constitution and Professor Dinan’s claim that states are working within the vertical separation of powers to exploit the constitutional options open to them for combatting federal government overreach.

In a recent article in *Prospect*, Adam Tomkins has argued that federalism U.S. style is “dying”,⁴⁶⁰ distorted by a twenty-first century power imbalance in favour of the federal government that now leaves little for the states to do:

The reach of American government into not only the economy but social policy continued to grow, not shrink. From abortion to gay marriage, from Obamacare to the American government’s controversial “no child left behind” and “every student succeeds” education policies, there is less and less for the states to do. Arizona cannot control its long border with Mexico even when the immigration controls it enacts are held to be consistent with federal law: it is pre-empted from doing so by the fact that Congress has “occupied the field.”⁴⁶¹

From this perspective it is not just the language of state sovereignty but the concept itself that is outdated to the point of irrelevance. When, as he suggest, “some influential American policy-makers think now that states are little more than a relic from the past, and that it is clusters of cities and city-regions that are the economic powerhouses” the “live questions in American politics” now are: “can the states survive? And can they survive with anything meaningful to do?”⁴⁶²

This is itself an ideological view. The “liberal Yale law professors” that Tomkins refers to, share with the avowedly ideological TAC, the understanding that as Professor Heather Gerken explains:

[t]he federal government doesn’t have enough resources to deal with immigration, enforce its own drug laws, carry out its environmental policies, build its own infrastructure, or administer its health care system. Instead, it relies on the states to do much of this work. We call such arrangements between the states and federal government “cooperative federalism.” But we forget that they create many

⁴⁵⁸ 521 U.S. at 905.

⁴⁵⁹ See text accompanying note 404 *supra*.

⁴⁶⁰ Adam Tomkins, *British American and European Politics: Federal Flaw*, PROSPECT Oct. 2016.

⁴⁶¹ *Id.*

⁴⁶² *Id.*

opportunities for what Jessica Bulman-Pozen and I have called “uncooperative federalism”.⁴⁶³

From this point of view the resources and enforcement mechanisms of state regulatory apparatus are far from irrelevant but as Professor Gerken’s colleague points out, in a context of polarized political partisanship, federalism and states’ rights of themselves have no valence. Whether state legislative opposition to the PPACA has a legitimate place as an appropriate tactic of contemporary federalism is a profoundly ideological question: “without an appreciation of partisanship’s influence, dynamics considered fundamental to our federal system are obscure.”⁴⁶⁴ The PPACA was the signature achievement of a Democratic president and state opposition was partisan from day one; no Republican supported its passage and no Democratic state officials joined the multi-state legal challenge. As we stand at the beginning of a Trump presidency and progressives fear the worst for the future not only of the PPACA but even more profoundly for what might be termed an equality agenda, can we expect the language of states’ rights with its associated tactics of nullification and interposition to be deployed for a liberal agenda?

Nullification theory, write Professors Read and Allen gains traction

not from it being good constitutional theory but from the mere fact that it *is* a constitutional theory- one addressed to nonjudicial actors in language they understand, within a political community founded on the premise that the Constitution ultimately expresses the will of the people. Those who use constitutional arguments, even weak ones, have an advantage over those who neglect constitutional arguments altogether. Contemporary nullification theory thrives in this vacuum.⁴⁶⁵

As Professors Bulman-Pozen and Gerken point out, traditional states’ rights arguments fit a model of federalism in which autonomous states rival the federal government from a position of outsider.⁴⁶⁶ The alternative model of “co-operative federalism” allocates to the states only a subservient role as “supportive insiders--servants and allies to the federal government” with, as Bulman-Pozen and Gerken put it, no “fully developed account of the ways in which states playing the role of federal servant can also resist federal mandates, the ways in which integration--and not just autonomy--can empower states to challenge federal authority”⁴⁶⁷ If the negative connotations of state challenges to federal authority are to be discarded, what is needed is new constitutional theorising with a new conceptual framework and vocabulary that can not only accommodate but accord value to challenge,

⁴⁶³ Heather Gerken, *We’re About to See States’ Rights Used Aggressively Against Trump*, <http://www.vox.com/the-big-idea/2016/12/12/13915990/federalism-trump-progressive-uncooperative>, Dec 12, 2016, 8:50am EST (referring to Jessica Bulman-Pozen, Heather K. Gerken, *Uncooperative Federalism*, 118 YALE L.J. 1256 (2009)).

⁴⁶⁴ Jessica Bulman-Pozen, *Partisan Federalism*, 127 HARV. L. REV. 1077, 1079 (2014).

⁴⁶⁵ Read & Allen, *supra* note 407, at 124.

⁴⁶⁶ Jessica Bulman-Pozen & Heather K. Gerken, *Uncooperative Federalism*, 118 YALE L.J. 1256, 1258 (2009).

⁴⁶⁷ *Id.* at 1264.

dissent and even resistance at state-level. Bulman-Pozen and Gerken’s “uncooperative federalism” which celebrates state strength at the heart of the federal regulatory state offers just such a model, not least because of their “counter-intuitive” conclusions concerning current Supreme Court federalism doctrine:

In our view, a strong commitment to uncooperative federalism would lead you to conclude that the Supreme Court has two central doctrines of federalism backwards. Rather than proscribe commandeering and expansively construe preemption as it does now, a Court attentive to uncooperative federalism should allow commandeering and cabin preemption. By fostering integration and overlap in regulatory spheres, this doctrinal 180 would facilitate state dissent while pushing federal engagement with state challenges.⁴⁶⁸

Given the current political balance on the Supreme Court and the likely impact of future presidential nominees, we are tempted to say that at the present time, this is for the birds. We return therefore to the point where we began this paper and President Obama’s observations concerning the negative history of states’ rights arguments. This history needed to be addressed, he continued, “so that [opponents] understand if I am concerned about leaving it up to states to expand Medicaid that it may not simply be because I am this power-hungry guy in Washington who wants to crush states’ rights but, rather, because we are one country and I think it is going to be important for the entire country to make sure that poor folks in Mississippi and not just Massachusetts are healthy”⁴⁶⁹

The point is exactly that. Current state legislative oppositional activity may be in constitutional terms no more “than a protest, an escape valve through which the legislators blew off steam to relieve their tensions”⁴⁷⁰ but political though these strategies may be, as Professor Jost puts it: “health care reform is only about politics, except insofar as it is still about the morality of equal treatment for all.”⁴⁷¹ The onus is on those who now find themselves in opposition to make that case.

⁴⁶⁸ *Id.* at 1295.

⁴⁶⁹ Obama, *supra* note 404

⁴⁷⁰ *Bush v. Orleans Parish Sch. Bd.*, 188 F. Supp. 916, 926 (1960) (citing *Shuttlesworth v. Birmingham Bd. Educ.*, 62 F.Supp. 372, 381(N.D. Ala., 1958).

⁴⁷¹ Timothy S. Jost, *Can the States Nullify Health Care Reform?*, 362 N. ENG. J. MED. 869-871 (2010).

La nuova dimensione “giuridica” dei processi economico-sociali. Brevi note su costituzionalismo (moderno), costituzione (del '48) e costituzionalisti (d'oggi)*

di Vittorio Teotonico **

SOMMARIO: 1. La nuova dimensione “giuridica” dei processi economico-sociali: alcuni elementi introduttivi. – 2. Costituzionalismo, Costituzione e costituzionalisti. – 3. Dalla logica dell’(assoluta) irriducibilità a quella della (possibile) composizione tra (presunti) opposti. – 3.1. Stato e globalizzazione. – 3.2. Solidarietà e concorrenza. – 3.3. Centro e periferia, pubblico e privato. – 3.4. *Welfare* ed Europa. – 3.5. Ambiente e mercato – 4. Diritto ed economia. Una rinnovata alleanza tra giuristi ed economisti per contribuire alla costruzione di un diverso ordine del mercato. – 5. Brevi considerazioni finali.

1. La nuova dimensione “giuridica” dei processi economico-sociali: alcuni elementi introduttivi

Formulo, innanzitutto, un breve chiarimento sul titolo del presente contributo, strumentale ad una migliore comprensione di ciò che in esso tratterò.

«La nuova dimensione “giuridica” dei processi economico-sociali» rappresenta, al netto del successivo sottotitolo, la riproduzione, pressoché integrale, del titolo di una recente pubblicazione di cui sono stato co-curatore⁴⁷². C'è, però, una, per quanto piccola, non insignificante variazione, giacché ho sostituito la parola “istituzionale” con la parola “giuridica”. La ragione risiede nel fatto che, in questa sede, pur traendo indubbia ispirazione da alcune premesse di fondo da cui muovono i saggi di quell'opera, andrò oltre la loro impostazione: mi occuperò, infatti, non solo della dimensione prettamente “istituzionale” dei processi socio-economici in atto (cioè dell'inquadramento da un punto di vista normativo degli stessi), ma anche dell'importanza che riveste, in tal senso, il ceto dei giuristi (cioè coloro i quali si dedicano professionalmente alla sistematizzazione teorica e/o all'applicazione pratica delle regole di diritto). Più nello specifico, come si accenna nello stesso sottotitolo, nell'ottica del costituzionalismo moderno e nel rispetto (dello spirito più che della lettera) della Carta repubblicana, proverò, per un verso, a rimuovere alcuni pregiudizi, perlopiù ideologici, e a comporre alcune antitesi, più presunte che reali, presenti nel dibattito sul tema del mercato e su altre problematiche strettamente connesse; e tenterò, per altro verso, di argomentare come l'apporto della scienza giuridica, e costituzionale in particolare, risulti utile, se non decisivo, per meglio orientare quel dibattito e – come si è incisivamente scritto – «per recuperare un *sensu* all'agire collettivo»⁴⁷³, sia dentro che fuori il mercato.

Al tal fine, mi sembra opportuno partire da un dato di comune esperienza, quindi di immediata percezione e, come tale, non bisognoso – almeno spero – di molte spiegazioni: alludo all'estrema complessità e alla forte instabilità della situazione economico-sociale in cui da tempo viviamo. Questa instabilità si riflette inevitabilmente anche sul quadro politico-normativo (*rectius*: sui quadri

* Contributo sottoposto a double blind peer review

Il presente scritto costituisce la rielaborazione, con alcuni successivi aggiornamenti e l'aggiunta di riferimenti bibliografici, della Relazione tenuta al Convegno internazionale dal titolo “Libertà economiche e mercato”, svoltosi presso l'Università Cattolica Nostra Signora del Buon Consiglio di Tirana (Albania), il giorno 27 maggio 2016.

** Professore aggregato di Istituzioni di diritto pubblico – Dipartimento di scienze economiche e metodi matematici, Università degli studi di Bari Aldo Moro.

⁴⁷² G. LUCHENA, V. TEOTONICO (a cura di), *La nuova dimensione istituzionale dei processi economico-sociali*, Cacucci, Bari, 2015.

⁴⁷³ G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Laterza, Roma-Bari, 2013, 172.

politico-normativi) di riferimento mettendo sovente in evidenza, talvolta anche drammaticamente, l'inadeguatezza della classe dirigente (nei vari livelli di governo coinvolti) a guidare i mutamenti in corso. Sempre più spesso, pertanto, si usa parlare, in modo negativo e preoccupato, di *transizione* o, peggio, di *crisi*.

In simili frangenti succede che si radicalizzino i contrasti di opinione, si ragioni per alternative dilemmatiche, si operino scelte drastiche. Concetti che potrebbero anche essere visti in correlazione vengono prevalentemente intesi in opposizione: di solito non si parla di “sovranità e globalizzazione”, ma di “sovranità o globalizzazione”, né si dice “solidarietà e concorrenza”, ma “solidarietà o concorrenza”, e, così, “centro o periferia”, “pubblico o privato”, *Welfare o Europa*”, “lavoro o ambiente”, “diritto o economia”. In alcuni casi l'intransigenza può anche essere indice di una profonda coerenza logica, ovvero di una forte coscienza civica, o, ancora, di uno spiccato spirito identitario; in molti altri casi, invece, essa denota rigidità intellettuale, miopia politica, incapacità di reagire ai cambiamenti e di stare “al passo con i tempi”. Per quanto, allora, siano da valutate negativamente le *posizioni di mera retroguardia*, condizionate da uno sterile conformismo e appiattite essenzialmente sulla strenua difesa della tradizione e degli istituti consolidati, non meno deprecabili risultano essere gli *atteggiamenti esasperatamente iconoclastici*, volti a prospettare o a condividere, quando non ad esaltare, perlopiù acriticamente, interpretazioni normative eccentriche ed ipotesi di innovazione troppo spinte e, in definitiva, poco rassicuranti⁴⁷⁴. Emerge, abbastanza chiaramente, come i partiti, non solo per il frequente coinvolgimento in episodi di corruzione, ma anche e soprattutto per la notevole riduzione delle proprie capacità di *problem solving*, si siano tramutati da elementi di raccordo in una barriera tra popolo e istituzioni⁴⁷⁵. Il dibattito tra di essi e, talvolta, anche all'interno di alcuni di essi – come da noi dimostrato, da ultimo, dalla lunga ed accesa campagna referendaria per la riforma costituzionale – continua a connotarsi assai meno per l'apprezzabilità dei suoi contenuti specifici che per l'enfasi eccessiva – se non per la violenza verbale – dei suoi non di rado improvvisati protagonisti, i quali, rispetto alle proposte che vengono di volta in volta avanzate, spesso indugiano in sperticati elogi o, al contrario, sentenziano affrettate bocciature⁴⁷⁶. Da tempo, insomma, i tratti distintivi della politica, italiana e non solo, sembrano essere diventati l'assenza di contegno, l'atteggiamento sopra le righe, la mancanza di moderazione del giudizio (che spesso altro non sono che i maldestri tentativi di occultare il distacco dalla base sociale e l'inidoneità ad intercettare le istanze più pressanti che da essa provengono).

Al contrario, come, in una delle sue *Epistulae*, rimarcava Orazio, «*virtus est medium vitiorum et utrimque reductum*»: la virtù è ciò che si colloca nel mezzo dei vizi ed è lontano da entrambi. Proprio

⁴⁷⁴ A tutto ciò si aggiunge, quale ulteriore fattore negativo, anche una tendenza, che dura in Italia da almeno due decenni, a varare riforme «talvolta finte, altre a rate se non incompiute, altre inadeguate, altre tradite, altre infine circolari, che si elidono per accumulazione»: così R. CARANTA, *Lettera da Londra all'Amico e Maestro Francesco Gabriele*, in A.M. NICO (a cura di), *Studi in onore di Francesco Gabriele*, vol. I, Cacucci, Bari, 2016, 162.

⁴⁷⁵ Così, ad es., L. CARLASSARE, *Priorità costituzionali e controllo sulla destinazione delle risorse*, in www.costituzionalismo.it (4 giugno 2013), e L. FERRAJOLI, *Separare i partiti dallo Stato, riportare i partiti nella società*, in *Lo Stato*, n. 6 (gennaio-giugno 2016), 13, il quale rileva come, in base all'idea, sempre più diffusa, che i partiti siano «macchine elettorali e caste di privilegiati, talora corrotte e colluse con gruppi affaristici», si tenda a ritenere che «una politica degna di questo nome» debba svolgersi al di fuori di essi, «nei movimenti di protesta o di iniziativa politica e nelle tantissime forme di volontariato civile di cui ancora fortunatamente è ricca la società».

⁴⁷⁶ Molto caustica, sul punto, la critica di A. CARRINO, *La rettificazione dei nomi: federalismo e presidenzialismo*, in A.M. NICO (a cura di), *Studi in onore di Francesco Gabriele*, cit., vol. I, 213, laddove ritiene che, nonostante ci siano stati uomini di cultura e finanche politici che hanno non di rado proposto soluzioni intelligenti, comunque è sempre mancato lo strumento fondamentale per realizzarle, cioè una classe politica consapevole di sé e desiderosa di risolvere davvero i problemi del Paese. Egli, successivamente, “rincarando la dose”, osserva come nel dibattito politico si usi «un linguaggio sempre più povero, intellettualmente e lessicalmente», in quanto ciò che in esso conta è, invece, «un bulimico interesse di parte, che intimamente vuole e si auspica la corruzione della Repubblica, perché soltanto una Repubblica corrotta consente la sopravvivenza dei corrotti» (p. 216).

per gli evidenti e congeniti “vizi” della politica, per le sue manifeste e risalenti carenze, alla scienza giuridica, oggi più che mai, si richiede di essere fattivamente “virtuosa”, vale a dire propositiva e concreta, ma pur sempre equidistante dalle esagerazioni opposte. In proposito, Pietro Giuseppe Grasso ha affermato, molto incisivamente, che l’attività del giurista, e del costituzionalista *in primis*, si pone a mezza via tra gli eccessi del *rivoluzionario*, intento ad introdurre, nel nome dei soli propri ideali, un nuovo assetto ordinamentale privo di qualsiasi legame con il passato, e gli eccessi contrari del *reazionario*, pervicacemente convinto della necessità di totale invariabilità dello *status quo*, quale che esso sia⁴⁷⁷. Il giurista-costituzionalista, “in virtù” – è davvero il caso di dire – di tale sua posizione intermedia, lungi dal propugnare la *palingenesi* o, viceversa, la *pietrificazione* dell’ordinamento, dovrebbe svolgere una sorta di “funzione cuscinetto” tra le esigenze di cambiamento della società (politica e civile) e quelle di stabilità del diritto (costituzionale)⁴⁷⁸. Egli, in buona sostanza, in tanto si mostra fedele ai principi giuridici realmente supremi (giacché non solo consacrati in Costituzione ma anche inveterati nella coscienza collettiva⁴⁷⁹), in quanto riesce – oltre che a (contribuire a) a difenderli da possibili attacchi o a dare del diritto vigente interpretazioni ad essi conformi – a (co)operare alla creazione di quelle norme più idonee a realizzarli storicamente in base alle sempre mutevoli esigenze sociali.

2. Costituzionalismo, Costituzione e costituzionalisti

Da tutto ciò scaturisce quanto sia opportuno, anzi indispensabile, provvedere all’aggiornamento di alcune categorie giuspubblicistiche classiche (quali la sovranità statale, la protezione sociale, l’autonomia territoriale, il governo dell’economia, la democrazia rappresentativa e quella partecipativa), senza erigere barriere che separino dalle esperienze storiche pregresse. C’è chi, in proposito, ha affermato che anche il “nuovo” ha bisogno delle sue regole e che queste non nascono *ex nibilo*, bensì dal passato, da ciò che esso può ancora significare al presente e, quindi, dalla sua idoneità ad orientare le scelte per il futuro⁴⁸⁰. Insomma, il nuovo – come pure si è detto – deve pur sempre integrarsi e fare sistema con il vecchio⁴⁸¹.

La miglior riprova della validità di questi assunti sembra rivenire dalla storia del costituzionalismo moderno, cioè di quell’*humus* politico, filosofico e, più ampiamente, culturale in cui affondano le radici delle istituzioni statali occidentali. Esso, invero, si è caratterizzato evolutivamente, ossia a seconda dei valori e degli interessi sociali più avvertiti nelle diverse epoche attraversate, giammai obliterando la propria originaria matrice assiologica, ma, più semplicemente, rimodellandola ed implementandola. Il costituzionalismo, proprio per questa sua capacità di servire a nuovi scopi e aprirsi a «virtualità differenti», è stato talora definito come «risposta alle sfide della storia»⁴⁸², talaltra paragonato ad un albero, dal cui «unico tronco» si dipartono «rami» che nel tempo diventano «più numerosi e più specifici ed evoluti»⁴⁸³. Esso, in ogni caso, ha impresso una «tendenza irreversibile (sia pure tra difficoltà, interruzioni ed anche temporanei arretramenti e in modo non uniforme nei vari ordinamenti) in senso sempre più

⁴⁷⁷ P.G. GRASSO, *Il concetto di riforma e i giuristi*, in AA.VV., *Scritti (su le fonti normative e altri temi di vario diritto) in onore di Vezio Crisafulli*, vol. II, Cedam, Padova, 1985, 316 e 323 ss.

⁴⁷⁸ Sul punto v. anche, per ulteriori riferimenti bibliografici, V. TEOTONICO, *La scienza giuridica tra esigenze di innovazione e continuità costituzionale*, in www.rivistaaic.it (15 maggio 2016), in part. par. 5.

⁴⁷⁹ La precisazione appare non inutile laddove si rifletta, sulla scorta di G.U. RESCIGNO, *Costituzione italiana e Stato borghese*, Savelli, Roma, 1975, 156, che «la Costituzione non vige perché fu voluta, ma perché oggi è voluta; vige se e finché ha dietro di sé il consenso attuale che la rende concretamente operante».

⁴⁸⁰ G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, cit., 173.

⁴⁸¹ A. RUGGERI, «Nuovi» diritti fondamentali e tecniche di positivizzazione, in *Pol. dir.*, 1993, 199.

⁴⁸² P. RIDOLA, *Il costituzionalismo: itinerari storici e percorsi concettuali*, in AA.VV., *Studi in onore di Gianni Ferrara*, vol. III, Giappichelli, Torino, 2005, 305.

⁴⁸³ F. GABRIELE, *Europa: la “Costituzione” abbandonata*, Cacucci, Bari, 2008, 83.

democratico, o, se si preferisce, sempre meno autoritario e meno socialmente ingiusto»⁴⁸⁴. Il costituzionalismo, infatti, con le grandi rivoluzioni d'Occidente del XVII e XVIII secolo, si è connotato come “lotta” per ottenere (o conservare) la libertà *dallo* Stato, combattendo l'assolutismo e l'oscurantismo religioso e offrendo, così, una risposta alle pressanti istanze di individualismo e di laicismo avanzate da una borghesia in prepotente ascesa socio-economica⁴⁸⁵. Successivamente, con i processi costituenti del secondo dopoguerra, ha esteso (e, quindi, non ha rimosso) il suo orizzonte, al fine di garantire anche la libertà *attraverso* lo Stato, cioè l'“incorporazione” nel processo politico di nuovi gruppi, prima emarginati e, di conseguenza, la progressiva “ingerenza” dei poteri pubblici negli stessi fatti socio-economici⁴⁸⁶.

Il costituzionalismo del Novecento, pertanto, benché si sia connotato per una più decisa e generale vocazione emancipatoria, non ha cancellato il proprio passato, ma, a beneficio di ogni classe, ha arricchito (ma non stravolto), i *Bill of Rights* borghesi con l'introduzione dei diritti sociali⁴⁸⁷; ha potenziato le vecchie (più che inventato nuove) forme di intervento sul mercato⁴⁸⁸; ha concepito ulteriori criteri di redistribuzione della ricchezza accanto a (invece che in sostituzione di) quelli strettamente capitalistici⁴⁸⁹. Ad ogni modo – come è stato autorevolmente sostenuto –, lo «Stato pluriclasse», che è così sorto, non può certamente essere paragonato ad «uno Stato capitalista che fa concessioni per sopravvivere», né, tantomeno, configurato alla stregua di un ordinamento i cui governanti scelgono «a proprio libero giudizio ciò che si deve fare per riuscire». Tutt'altro: esso «è una complicatissima organizzazione in cui ciascun gruppo chiede tutela dei propri interessi ed in cui ogni voce è valida»⁴⁹⁰. Ne riviene che il nodo centrale del regime pluriclasse, se, in origine, può essere stato la determinazione delle finalità da perseguire, successivamente, è divenuto anche e soprattutto la loro equilibrata realizzazione.

L'insegnamento di massima che si può trarre ancora oggi dalla storia del costituzionalismo, quindi, è che, in una società complessa, quanto più ampio e armonioso è il patrimonio di valori costituzionali e quanto più continua e flessibile è la loro attuazione, tanto maggiore è la legittimazione del potere, cioè il consenso popolare che fornisce stabilità agli apparati di governo ed effettività alle loro decisioni. Seguendo la nota impostazione di Zagrebelsky, si può sostenere che l'unica lettura non catastrofica del nostro tempo è quella che presuppone la sostituzione della logica prevaricatrice ed esclusiva dell'*aut-aut* (o l'uno o l'altro) con la logica inclusiva e più conciliante dell'*et-et* (sia l'uno che l'altro), vale a dire una “convivenza mite”, costruita sul

⁴⁸⁴ Ivi, 75.

⁴⁸⁵ Come qualcuno ha di recente rilevato, le rivoluzioni americana e francese (e già prima la *Glorious Revolution* inglese) hanno portato alla costruzione (ovvero al consolidamento) di «un ordine politico-costituzionale fondato sulla legalità della *società commerciale*» e, dunque, su «istituzioni *elitarie*, degenerativamente *totalitarie*»: M. CARDUCCI, *La sostenibilità del diritto costituzionale nella globalizzazione*, in A.M. NICO (a cura di), *Studi in onore di Francesco Gabriele*, cit., vol. I, 186 s.

⁴⁸⁶ F. BALAGUER CALLEJÓN, *La dimensione costituzionale dello Stato sociale di Diritto*, tr. it. di T.N. POLI, in A.M. NICO (a cura di), *Studi in onore di Francesco Gabriele*, cit., vol. I, 4.

⁴⁸⁷ Così, *ex multis*, R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto pubblico*, Giappichelli, Torino, 2011, 35, i quali considerano i diritti sociali «strumenti di integrazione nello Stato dei gruppi sociali più svantaggiati». V. anche F. GABRIELE, *Diritti sociali, unità nazionale e risorse (in)disponibili: sulla permanente violazione-inattuazione della Parte prima (quella “intoccabile”) della Costituzione*, in *www.rivistaaic* (13 settembre 2013), spec. parr. 2 e 6 s., il quale argomenta ampiamente l'esistenza di una relazione diretta tra tutela dei diritti sociali e salvaguardia dell'unità nazionale.

⁴⁸⁸ Infatti, secondo l'impostazione di M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Il Mulino, Bologna, 1989, 34, e contrariamente ad una diffusa opinione, lo Stato *pluriclasse* del Novecento non ricorre a strumenti inediti di governo dell'economia, ma estende e ricodifica quelli già esistenti nello Stato *monoclasse* dell'Ottocento, «li perfeziona sotto l'aspetto tecnico, ma soprattutto li istituzionalizza, li rende cioè elementi strutturali dell'ordinamento».

⁴⁸⁹ Cfr. G. FERRARA, *Sulla rappresentanza politica. Note di fine secolo*, in *Riv. dir. cost.*, 1998, 50 ss. Per i suesposti motivi, si può accedere all'impostazione di C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Utet, Torino, 1985, il quale affermava che la fine dei regimi liberali «è una crisi non del *principio di libertà*, ma del *sistema capitalistico* che ne è derivato» (p. 541). Egli precisava, quindi, che l'instaurazione degli ordinamenti pluralistici e democratici – definiti dall'A. «sistemi misti o transattivi» – «è la riprova, sia della forza politica e morale propria della lotta contro i privilegi economici; sia della vitalità del principio di libertà» (p. 543).

⁴⁹⁰ M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, il Mulino, Bologna, 1986, 98 s.

pluralismo, sulla tolleranza, sulla interdipendenza e, come tale, nemica di ogni desiderio di supremazia o, peggio, di sopraffazione⁴⁹¹.

Mi rendo perfettamente conto che una prospettiva del genere andrebbe incontro ad almeno due obiezioni. La prima è che non è sempre possibile includere, conciliare, trovare «strade terze», per cui, perlomeno in qualche circostanza, bisogna avere le idee ben precise sul bene preminente da tutelare o, comunque, sul sistema o «livello conformemente ai cui valori si deve (senza che la parola evochi in un lettore frettoloso indebite suggestioni schmittiane) *decidere*»⁴⁹². La seconda obiezione – peraltro intimamente connessa alla precedente – attiene al fatto che l'introduzione di un nuovo istituto costituzionale, e in particolare di un nuovo diritto, non è mai indolore, o senza ripercussioni sull'ordinamento complessivamente inteso: essa, infatti, «ha un costo», perché, oltre ad incidere evidentemente sulla certezza dei rapporti giuridici, «comporta l'allungamento del catalogo dei doveri e altera la posizione relativa dei diritti preesistenti nel contesto del reciproco bilanciamento»⁴⁹³. Eppure, nonostante entrambe le obiezioni presentino un grumo di verità incontestabile, oggi la logica dell'*et-et* appare – anche alla luce della recente, per quanto non sempre del tutto lineare, giurisprudenza costituzionale – come quella più largamente soddisfacente ed effettivamente praticabile⁴⁹⁴. *Adducere inconveniens non est solvere argumentum*: la

⁴⁹¹ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi, Torino, 1992, *passim* e spec. 11 ss.

⁴⁹² Così M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in www.archivio.rivistaaic.it (17 luglio 2006), par. 5 e nota 93, a cui l'impostazione di Zagrebelsky (da questi ribadita anche in *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Einaudi, Torino, 2005, spec. 61 s.), appare eccessivamente “irenica” proprio per il fatto che essa tende, a parte che a confidare troppo nel «circuito della giurisdizione» a discapito di quello della “responsabilità politica”, a trascurare come una «terza opzione» non sia sempre la soluzione migliore: «non è affatto peregrino immaginare che, talora, una delle alternative in campo sia da rigettare *in toto*». Per ulteriori osservazioni critiche sulla «prospettiva della mitezza» v. P. PALOMBELLA, *I limiti del diritto mite*, in *Dem. dir.*, n. 3/1994-1/1995, 185 ss. (anch'egli perplesso, tra l'altro, dell'eccessiva «giuridificazione» dei conflitti tra valori a cui essa condurrebbe, mettendo «fuori dal gioco» i meccanismi procedurali di decisione fondati sulla teoria «della sfera pubblica e della sovranità»), e lo stesso M. LUCIANI, *Quanto è mite il diritto mite di Gustavo Zagrebelsky*, in A. GIORGIS, E. GROSSO, J. LUTHER (a cura di), *Il costituzionalista riluttante. Scritti per Gustavo Zagrebelsky*, Einaudi, Torino, 2016, 36 ss. (il quale argomenta in modo ancora più articolato le proprie riserve sulla profonda ridefinizione degli equilibri «fra le aule dei Parlamenti e quelle dei Tribunali» che comporta la dottrina del diritto mite).

⁴⁹³ M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione italiana*, in www.rivistaaic.it (1° marzo 2013), par. 6, nota 85. In modo conforme v., *ex aliis*, perlomeno A. PACE, *Problematica delle libertà fondamentali. Parte generale*, Cedam, Padova, 2003, 20 ss., e R. BIN, *Nuovi diritti e vecchie questioni*, in AA.VV., *Studi in onore di Luigi Costato*, vol. III, *I multiformi profili del pensiero giuridico*, Jovene, Napoli, 2014, 77 s., il quale sostiene che i diritti sono sempre «a somma zero», precisando che introdurne uno “nuovo”, ovvero potenziare la tutela di uno già esistente, significa sempre far retrocedere la tutela di un altro o di qualche interesse generale. Sui “nuovi diritti”, data la vastità della dottrina dedicatasi al tema, mi limito a rinviare al recente saggio di S. CAVALIERE, *Questioni in tema di “nuovi diritti”*, in A.M. NICO (a cura di), *Studi in onore di Francesco Gabriele*, cit., vol. I, 217 ss.

⁴⁹⁴ In tal senso, tra le pronunce più note e recenti dei giudici di Palazzo della Consulta, cfr. la n. 264 del 2012, riguardante i rapporti tra ordinamento costituzionale e Cedu (punti 4.1 e 4.2 del *Considerato in diritto*); la n. 85 del 2013, sul “caso Ilva” (punto 9 del *Considerato in diritto*); la n. 1 del 2014, intorno al c.d. *Porcellum* (punto 3.1 del *Considerato in diritto*); la n. 10 del 2015, concernente la c.d. *Robin tax* (punto 7 del *Considerato in diritto*); la n. 63 del 2016, in tema di limitazioni della libertà di culto per esigenze di sicurezza, ordine pubblico e pacifica convivenza (in part. punto 8 del *Considerato in diritto*); la n. 265 del 2016, in materia di equilibrio fra il libero esercizio di attività di trasporto di persone ed interessi pubblici con esso coinvolti (punto 4.3 e 5 del *Considerato in diritto*); e, infine, la n. 35 del 2017, in merito al c.d. *Italicum* (punti 6 e 9.2 del *Considerato in diritto*). Queste pronunce, come accennato, hanno spesso suscitato numerose perplessità e censure dottrinali, vuoi per i percorsi argomentativi utilizzati e considerati spesso non ineccepibili né coerenti con altri precedenti, vuoi per le concrete conseguenze, reputate, a seconda delle fattispecie coinvolte e dei profili trattati, talora scarsamente incidenti, talaltra troppo impattanti sul sistema normativo complessivo, vuoi, infine, per la forte e ben visibile “carica” di discrezionalità (se non di “politicalità”) che ne contraddistingue i rispettivi contenuti. Al di là di ciò, però, tale giurisprudenza si segnala per l'ispirazione di fondo comune riconducibile all'asserita impossibilità di declinare principi e diritti fondamentali secondo una “rigida” gerarchia, il che comporta la necessità, ineludibile, di trovare un «punto di equilibrio» tra di essi, «dinamico e non prefissato in anticipo», tale da evitare comunque «un sacrificio del loro nucleo essenziale»: sent. n. 85 del 2013, *loc. cit.* (e, analogamente, da ultima, v. sent. n. 35 del 2017, *loc. ult. cit.*, laddove si ribadisce la necessità che «il bilanciamento dei principi e degli interessi costituzionalmente rilevanti non sia [...] realizzato con modalità tali da determinare il sacrificio o la compressione di uno di essi in maniera eccessiva»). In senso parzialmente difforme, però, cfr. le sentt. n. 317 del 2009, in part. punto 8 del *Considerato in diritto* (in cui il diritto di difesa viene considerato non suscettibile di deroga alcuna per ragioni di abbreviazione dei tempi processuali), e n. 70 del 2015, in part. punto 10 del *Considerato in diritto* (laddove l'intesse dei titolari di trattamenti di quiescenza modesti è ritenuto perlomeno non bilanciabile con esigenze di contenimento della spesa pubblica). In dottrina, di recente e per tutti, v. M.

difficoltà, anche soverchia, di armonizzare interessi e posizioni giuridiche, potenzialmente o concretamente in contrasto, non può essere per il giurista-costituzionalista un buon motivo per “prendere partito” rinunciando ad ogni tentativo di componimento⁴⁹⁵. Del resto, il fatto che la Carta del '48 non menzionasse, tra l'altro, l'Europa, il mercato, la concorrenza, la sussidiarietà, la moneta unica, le autorità amministrative indipendenti, la libertà di orientamento sessuale, il diritto alla riservatezza, quello all'ambiente e simili, non ha impedito che essi si affermassero – prima o dopo, in un modo o nell'altro – quale “diritto costituzionale vivente”. Si tratta solo di alcuni esempi di principi ed istituti giuridici, spontanei o comunque costituzionalmente inespresi, il cui reperimento si fonde e si confonde con «l'accertamento storico del modo in cui l'ordinamento concretamente opera»⁴⁹⁶, e che, quindi, ad un certo punto, «si presentano con un tale grado di imperatività alla coscienza della comunità delimitata dallo stesso ordinamento statale, da dover essere attuati, quali che sia il sistema di regole»⁴⁹⁷.

Tutto ciò, d'altro canto, non può significare o legittimare, da parte di chiunque, un atteggiamento di sfiducia in quel progetto di sviluppo economico e di trasformazione socio-culturale delineato dai nostri *Patres conditores* (uno dei più vasti ed ambiziosi tra quelli delle attuali democrazie occidentali) ed assumere, così, «una posizione “giustificazionista” rispetto all'esistente»⁴⁹⁸. Ancor più inopportuno e censurabile, poi, sarebbe un disimpegno del genere da parte degli stessi giuristi-costituzionalisti, vale a dire di quanti dovrebbero non solo mantenere la Costituzione ad oggetto privilegiato delle proprie ricerche, ma anche essere costantemente ispirati da quella storia e guidati da quell'insegnamento, prima accennati, che reca con sé il costituzionalismo moderno. In particolare per loro mantenere fiducia in tale progetto – inteso nella sua generalità, piuttosto che nelle sue singole parti, nella sua originaria carica solidale e pacificatrice invece che nelle non poche letture faziose e fuorvianti succedutesi su di esso – vuol dire, innanzitutto, essere consci che esso è ancora distante dalla sua corretta e completa realizzazione, ma, proprio per questo, anche ammettere, senza timori o esitazioni, l'esigenza di elaborare percorsi ermeneutici e di sperimentare strumenti operativi che prendano il posto di quelli che si sono rivelati evidentemente obsoleti, obiettivamente inutili o, addirittura, pericolosamente controproducenti. Come accorta dottrina rileva, per i costituzionalisti – gli intellettuali “militanti” per la Costituzione per antonomasia – diventa, rispetto ad altri studiosi, un fatto del tutto normale, e quindi anche più immediato e continuo, tanto l'impegno a

CARTABIA, *Ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in A. GIORGIS, E. GROSSO, J. LUTHER (a cura di), *Il costituzionalista riluttante. Scritti per Gustavo Zagrebelsky*, cit., 463 ss.

⁴⁹⁵ A. SPADARO, *Embrioni crio-congelati inutilizzabili: la Corte costituzionale se ne lava le mani, ma qualcosa dice... (nota a C. cost., sent. n. 84/2016)*, nella rivista online www.biodiritto.org (fasc. 2/2016), par. 2, ritiene quasi impensabile che possa esistere sempre «un “bilanciamento mite”, che non presenti dei costi, dandosi vita ad un “unico” risultato costituzionalmente legittimo, perfetto e perenne». Ciò, tuttavia, a suo avviso, non vuol dire che tale attività non andrebbe fatta: al contrario, bisognerebbe sempre sforzarsi – il riferimento è in particolare alla Corte costituzionale – di cercare «il bilanciamento costituzionalmente “meno imperfetto” fra quelli astrattamente possibili» (corsivo originale), in modo che solo il risultato normativo di questo particolare bilanciamento possa poi essere considerato costituzionalmente meritevole di garanzia.

⁴⁹⁶ C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 21.

⁴⁹⁷ G. BARILE, *Limiti all'attuazione dei diritti europei e stranieri nell'ambito delle comunità statali*, in *Comunicazioni e studi*, n. 12, 1966, 91 ss. Devo questa citazione a M. CARDUCCI, *La sostenibilità del diritto costituzionale nella globalizzazione*, cit., 177, il quale, in quest'ottica, sottolinea che la Costituzione scritta non solo «si interpreta», nelle sue disposizioni formali, ma «si dispone», secondo le più varie aspettative. Egli specifica che «da positivizzazione testuale potrà assurgere a ultimo baluardo all'abuso di questa “disponibilità”, ma non esaurirà mai lo spazio della comunicazione culturale e sociale» (p. 182).

⁴⁹⁸ L'incisiva espressione è di G. GAROFALO, *Economia e diritto* [«Silete, iureconsulti» vs «Silete, economisti»], in AA.VV., *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, vol. II, Jovene, Napoli, 2010, 1403. Per V. ONIDA, *La Costituzione. La legge fondamentale della Repubblica*, Il Mulino, Bologna, 2007, 50, una cosa sono le possibili diversificate interpretazioni costituzionali che nel tempo si susseguono, adeguandosi all'evoluzione dei fenomeni sociali; «tutt'altra cosa è la disponibilità, in nome di interessi particolari o di oscillazioni dell'opinione pubblica, a trascurare o barattare i “punti fermi” che la Costituzione mira a salvaguardare».

controllare, verificare, criticare il potere, quanto il contributo a trasformare «assetti, procedure, effetti»⁴⁹⁹.

In base ad una posizione teorica risalente e, però, da ritenersi ancora attuale, la Costituzione «non è soltanto norma, ma anche realtà», «non è la regola di un'entità in sé data e permanente, del suo esplicitarsi all'esterno, ma è la forma della fondazione, della produzione e del costante rinnovamento di questa stessa entità»⁵⁰⁰. Essa oscilla perennemente fra «*continuità ed evoluzione*», caratterizzandosi, al contempo, come «atto (puntuale) e come processo (storico)»⁵⁰¹. È sia uno scriverci di un progetto di vita collettiva, sia «un consolidarsi, un perfezionarsi del progetto [... stesso], un farsi nel tempo». La Costituzione, pertanto, piuttosto che limitarsi ad essere, «diviene»⁵⁰². Non è un caso, allora, che le Carte fondamentali di maggior durata e solidità siano quelle contrassegnate «dalla combinazione della fiducia nel progresso con un sano rispetto della tradizione e dell'«esperienza dei secoli»»⁵⁰³.

Mi pare, allora, che possa convenirsi appieno con quanti rievocano, ancora oggi, quella «massima aurea», di dossettiana memoria – sicuramente non eversiva, ma neppure conservatrice – la quale indica l'esistenza di «valori da custodire» e, per converso, di «istituti da riformare»⁵⁰⁴. Né la recente “clamorosa” bocciatura referendaria della legge di revisione organica della Costituzione proposta dal Governo⁵⁰⁵ – come è stato ben argomentato – va per forza letta come una preclusione assoluta a reimpostare, a breve/medio termine, un percorso riformistico che (indirizzato non esclusivamente sul piano costituzionale e centrato preferibilmente su interventi più mirati) possa alla fine assicurare al Paese le innovazioni istituzionali di cui esso sembra avere comunque bisogno⁵⁰⁶. In altre parole – quelle che ho avuto modo di esprimere in una precedente

⁴⁹⁹ Così G. FERRARA, *Costituzione e Rivoluzione. Riflessioni sul Beruf del costituzionalista*, in *www.constituzionalismo.it* (20 ottobre 2010), e analogamente G. AZZARITI, *op. cit.*, 180 ss., laddove sostiene che l'accettazione dei valori della Costituzione, e, più ampiamente, del costituzionalismo, impegnano il giurista-costituzionalista ad esercitare una funzione critica per adeguare il sistema normativo ai medesimi valori e comunque a prestare il suo ingegno affinché le dinamiche politiche risultino costantemente assoggettate ad essi.

⁵⁰⁰ R. SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale* (1928), tr. it. di F. FIORE, J. LUTHER, Giuffrè, Milano, 1988, 153 s.

⁵⁰¹ Cfr. A. SPADARO, *Dalla Costituzione come «atto» (puntuale nel tempo) alla Costituzione come «processo» (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, 1998, 354.

⁵⁰² Così G.U. RESCIGNO, *Costituzione italiana e Stato borghese*, cit., 156.

⁵⁰³ R.C. VAN CAENEGEM, *Il diritto costituzionale occidentale. Un'introduzione storica* (1995), nuova ed. it. a cura di F. QUAGLIA, Carocci, Roma, 2010, 47.

⁵⁰⁴ Così, *ex aliis*, U. DE SIERVO, *Appunti a proposito della brutta riforma costituzionale approvata in Parlamento*, in *www.rivistaaic.it* (4 maggio 2005), par. 1, e U. ALLEGRETTI, E. BALBONI, *Perché non ci schieriamo sul referendum*, ivi, (28 maggio 2016), i quali ricordano come Giuseppe Dossetti avesse utilizzato l'espressione fin dal lontano 1951, riproponendola poi a metà degli anni Novanta del secolo scorso, vale a dire in tempi non meno incerti ed irrequieti di quelli attuali. Per riferimenti più specifici v. G. DOSSETTI, *La Costituzione: valori da custodire e istituti da riformare* (1995), in ID., *I valori della Costituzione*, con prefazione di F. CASAVOLA, Istituto Italiano per gli Studi Filosofici, Napoli, 2005, 41 ss.

⁵⁰⁵ Il “clamore” suscitato dall'esito negativo del referendum sulla c.d. riforma “Renzi-Boschi” è riconducibile sia all'alta affluenza alle urne, ancor più significativa alla luce del forte astensionismo registrato nelle varie tornate elettorali degli ultimi anni, sia, e soprattutto, al notevole distacco (intorno al 20%) conseguito dai “no” rispetto ai “sì”, specie in considerazione del deciso schieramento che stampa e televisione avevano assunto a favore della posizione governativa e che qualcuno non ha esitato a definire un «poco dignitoso “coro” massmediologico»: A. BALDASSARRE, *La personalizzazione del potere: una scommessa troppo rischiosa per il Paese reale*, in *Lo Stato*, n. 7 (luglio-dicembre 2016), 263 ss., in part. 269 s.

⁵⁰⁶ Cfr. U. DE SIERVO, *Possibili conseguenze della larga prevalenza dei no nel referendum costituzionale del 2016*, in *Lo Stato*, n. 7 (luglio-dicembre 2016), 303 ss., in part. 310, nota 20, e 313, il quale, evidenzia, innanzitutto, come, «superata una prima fase post-referendaria», si potrebbe pensare di riproporre la modifica di alcuni specifici punti della Costituzione, già oggetto della riforma respinta nella sua globalità, sui quali si è registrata una certa convergenza (riduzione del numero dei parlamentari, ridefinizione della decretazione d'urgenza, abolizione del CNEL, soppressione delle Province, eliminazione di alcune incongruenze del Titolo V). L'A., aggiunge, inoltre, che ulteriori innovazioni potrebbero essere introdotte più semplicemente ricorrendo alla revisione dei regolamenti parlamentari (per prevedere, tra l'altro, una fase consultiva obbligatoria, per le future riforme costituzionali, ad opera di appositi organi o soggetti indipendenti e di alta qualificazione giuridico-costituzionale), ovvero alla legislazione ordinaria (come nel caso della riorganizzazione del Governo, della ridefinizione dell'autonomia finanziaria delle Regioni e del completamento del trasferimento ad esse di alcune funzioni amministrative). In modo analogo V. LIPPOLIS, *Le conseguenze del “no” alla riforma Renzi nel referendum costituzionale del 4 dicembre 2016*, ivi, 319 ss., spec. 321,

occasione –, si tratta, anziché di rassegnarsi al sostanziale immobilismo, oppure di “certificare” una «crisi d’identità» dell’ordinamento costituzionale, di propugnarne «un *rinnovamento senza stravolgimento*», di agire affinché esso «possa realizzarsi *dinamicamente*, vale a dire essere *diversamente* se stesso»⁵⁰⁷. La vera svolta impressa dal costituzionalismo del secolo scorso, in fondo, è stata proprio questa: quella, cioè, di aver preteso, da un lato, la «trascrizione normativa» di necessità reali e diffuse, al fine di orientare sia le procedure che i contenuti concreti della politica; dall’altro, di aver puntato alla «persistenza nel tempo del diritto costituzionale come fondamento ultimo del *Legal Order*»⁵⁰⁸. Esso, perciò, se ha regolato specificamente la possibilità di revisione formale della Legge fondamentale, trasformandola da flessibile in rigida, ciò nondimeno, non ha escluso in radice la possibilità di mutamenti taciti di quest’ultima, in ragione della sua «disponibilità» ad aprirsi continuamente e, per l’appunto, “dinamicamente” a diverse modalità di inveroamento e ai mutevoli bisogni degli attori di quell’ordine⁵⁰⁹.

Parafrasando Felice Battaglia, si può affermare che i valori costituzionali non sono categorie astratte che, riassumendo l’assoluto, restano «immote e fondanti» un ordine definitivo; tali valori sono soprattutto convincimenti «pratici» diffusi che «sospingono il mondo [del diritto] per le vie della storia, ne stimolano il mutamento e ingenerano i più cangianti aspetti»⁵¹⁰.

3. Dalla logica dell’(assoluta) irriducibilità a quella della (possibile) composizione tra (presunti) opposti

Tenendo a mente le riflessioni sinora esposte, si può tornare alle “coppie oppositive” prima accennate al precipuo fine di attenuare, tramite un approccio tendenzialmente conciliativo, la diffusa tendenza alla “polarizzazione” dei due concetti espressi in ciascuna di esse. Il tipo di rapporto esistente, ad esempio, tra Stato e globalizzazione, tra solidarietà e concorrenza, tra centro e periferia, tra pubblico e privato, tra *Welfare* ed Europa, tra ambiente e mercato, tra diritto ed economia, allora, non va visto sempre e necessariamente in un’ottica di antagonismo dialettico (per cui uno dei due elementi contemplati va preferito a discapito dell’altro) o, al massimo, di stretta complementarità (la cui nozione presuppone che all’estendersi dello spazio a disposizione del primo elemento si ritragga automaticamente quello coperto dal secondo), potendo essere anche di sinergia o, quantomeno, di semplice separazione (il che comporta che in molti casi i caratteri o le forze proprie di entrambi, senza dover soccombere o prevalere, possano concorrere al raggiungimento di obiettivi comuni o, se non altro, non agire in maniera incompatibile tra di loro). Si può allora procedere ad un’analisi più dettagliata di tali (presunte) dicotomie seguendo il loro stesso ordine di elencazione.

3.1. Stato e globalizzazione

considera un’ipotesi «saggia e realistica» sia quella di rimettere mano alla Costituzione mediante parziali aggiustamenti su cui è possibile trovare un’ampia condivisione (come nel caso della modifica del riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni), sia quella di ritoccare i regolamenti parlamentari per recepire altre apprezzabili novità previste nella riforma bocciata (quale, ad es., il c.d. “voto a data certa”).

⁵⁰⁷ V. TEOTONICO, *Riflessioni sulle transizioni. Contributo allo studio dei mutamenti costituzionali*, in www.rivistaaic.it (1° agosto 2014), 26.

⁵⁰⁸ Cfr. M. CARDUCCI, *op. cit.*, 174 e 183.

⁵⁰⁹ *Ibidem* e *ivi*, 185. Sulla dicotomia tra mutamenti costituzionali taciti ed espliciti, volendo, si può fare nuovamente riferimento al mio *Riflessioni sulle transizioni. Contributo allo studio dei mutamenti costituzionali*, *cit.*, par. 3.2.

⁵¹⁰ F. BATTAGLIA, *I valori pratici (economia, diritto, morale) e il mondo storico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, 3.

Con riguardo alla prima dicotomia, bisogna rimarcare come, per quanto la c.d. *global governance* abbia costretto ad arretrare la sovranità dello Stato, quest'ultimo non sembri affatto destinato a soccombere. Già in tempi non sospetti (cioè ben prima dell'avvento della crisi economico-finanziaria mondiale del 2007-2008, che avrebbe fatto "rispolverare" a molti governi nazionali alcuni strumenti tipici di espressione di sovranità⁵¹¹), avveduta dottrina ha rilevato come lo Stato, in verità, sebbene gradualmente eroso dai flussi globali e sempre più assoggettato ad un diritto diverso dal proprio, ritorni continuamente in auge sotto nuove spoglie. Per tale via, questa dottrina, in primo luogo, ha registrato un'oggettiva difficoltà a contenere la spesa e i numeri dei dipendenti dello Stato, parlando di riduzione delle forme di gestione pubblica diretta, «ma non dello Stato nella sua interezza che, invece, appare aumentato nelle sue dimensioni»⁵¹². Inoltre, ha evidenziato che lo Stato, mentre ha perso alcuni compiti, specie quello di imprenditore, ne ha acquisiti altri, tra cui quello di *market builder*: «da un lato, vi sono settori dell'economia che devono il loro sviluppo allo Stato (tecnologia avanzata, spazio e difesa, biomedica); dall'altro, vengono istituiti nuovi organismi, per lo più indipendenti, per regolare settori nei quali prima la presenza statale era episodica o male organizzata (telecomunicazioni, borsa, mercati finanziari)»⁵¹³. Infine, non ha sottaciuto che lo Stato continua a tentare, in parte riuscendoci, di "rinazionalizzare" la stessa *global governance* mediante l'esercizio di un controllo (e talvolta persino di una sorta di veto) nei confronti delle sedi decisionali esterne. Sul punto, a prescindere dai vari *referendum* nei singoli Paesi membri sull'Europa, spesso ostativi a più decisi avanzamenti (quando non forieri di arretramenti) del processo di integrazione al suo interno⁵¹⁴ (di cui la c.d. *Brexit* rappresenta solo l'ultimo, per quanto clamoroso, esempio⁵¹⁵), bisogna accennare, perlomeno, alla proliferazione di comitati dell'Unione Europea e di altre forme di raccordo di istanze tra livelli di governo differenti, che sono sintomatici della volontà di tenere l'Unione stessa o altri organismi internazionali sotto tutela «attraverso "middle range officials" che stabiliscono "a meso-level of governance"»⁵¹⁶. Se poi si aggiunge che esistono Paesi – non solo i più ricchi e potenti, ma, talvolta, anche quelli più "sovranisti" e socialmente orientati – che riescono ad ottenere importanti deroghe nell'applicazione del diritto sovranazionale e internazionale, ovvero a sottrarsi agli effetti maggiormente pervasivi e deleteri della mondializzazione economica⁵¹⁷, si può ragionevolmente asserire che l'attuale modello di sviluppo globale (o europeo) non rappresenta né «il fine ultimo della storia», come acriticamente sostengono taluni, né «la fine della storia» [degli Stati], come apocalitticamente o rassegnatamente sostengono tal'altri⁵¹⁸.

⁵¹¹ V., in part., oltre alle considerazioni e alla letteratura riportate *infra*, par. 4, G. CERRINA FERONI, G.F. FERRARI (a cura di), *Crisi economico-finanziaria e intervento dello Stato*, Giappichelli, Torino, 2012.

⁵¹² S. CASSESE, *L'erosione dello Stato: una vicenda irreversibile?*, in S. CASSESE, G. GUARINO (a cura di), *Dallo Stato monoclasse alla globalizzazione*, Giuffrè, Milano, 2000, 20.

⁵¹³ Ivi, 21. In senso conforme v., almeno, V. ATRIPALDI, *La Costituzione economica tra "patto" e "transizioni"*, in V. ATRIPALDI, G. GAROFALO, C. GNESUITA, P.F. LOTITO, *Governi ed economia. La transizione istituzionale nella XI Legislatura*, Cedam, Padova, 1998, 23, per il quale, malgrado tutto, lo Stato sopravvive: esso ha ridotto «l'area di gestione diretta ma non quella del controllo complessivo dell'economia che si realizza con termini e modalità che non coincidono più con quelle precedenti».

⁵¹⁴ Cfr. in argomento, per tutti, F. GABRIELE, *Europa: la "Costituzione" abbandonata*, cit., 245 ss.

⁵¹⁵ Sul *referendum* inglese, v., tra gli altri, G. CALOVINI, G. MOROSI, *Brexit: rilancio o declino dell'Europa?*, in www.geopolitica-online.it (8 febbraio 2016); S. CASSESE, *Brexit, una lezione per l'Italia. Su consultazioni così importanti è meglio non aggiungere un carico politico*, in www.corriere.it (28 giugno 2016); B. CARAVITA, *Brexit: keep calm and apply the European Constitution*, in www.federalismi.it (29 giugno 2016); F. SAVASTANO, *Brexit: un'analisi del voto*, ivi; C. CURTI GIALDINO, *Oltre la Brexit: brevi note sulle implicazioni giuridiche e politiche per il futuro prossimo dell'Unione Europea*, ivi (29 giugno 2016), spec. par. 9, il quale vede nel recesso del Regno Unito dall'UE, l'ennesima crisi che si aggiunge e sovrappone ad altre (la difficoltà di governare la questione migratoria e di reprimere il fenomeno del terrorismo; il mantenimento di misure di austerità ormai prive di senso e la mancata attivazione dei meccanismi di ripresa economica; la crescita di movimenti e partiti euroscettici, populistici e xenofobi).

⁵¹⁶ V. S. CASSESE, *L'erosione dello Stato: una vicenda irreversibile?*, cit., 22, e la dottrina ivi citata.

⁵¹⁷ Per qualche indicazione in più, volendo, si può far riferimento a V. TEOTONICO, *La parabola dello Stato liberale e il monito della storia*, in G. LUCHENA, V. TEOTONICO (a cura di), *La nuova dimensione istituzionale dei processi economico-sociali*, cit., 76 ss.

⁵¹⁸ E. RONCHI, *Uno sviluppo capace di futuro. Le nuove politiche ambientali*, Il Mulino, Bologna, 2000, 231.

3.2. *Solidarietà e concorrenza*

Anche in riferimento al rapporto tra solidarietà e concorrenza (seconda coppia concettuale) si possono ipotizzare esiti ben diversi dalla loro assoluta irriducibilità reputando che la tutela della solidarietà (uno dei punti cardine dell’impianto costituzionale italiano e di tanti altri europei)⁵¹⁹ non escluda per forza l’impiego del metodo della concorrenza (che, al contrario, contraddistingue il processo eurounitario e, più ampiamente, quello di globalizzazione)⁵²⁰. Si parla da tempo di «solidarietà competitiva»⁵²¹, ravvisandosi nella formula una sorta di sintesi concettuale tra l’alto valore della persona umana e l’interesse materiale dell’operatore economico. L’idea, più in dettaglio, sarebbe quella di puntare non solo o non tanto a proteggere i singoli individui dal mercato, quanto e soprattutto a potenziarne la «capacità di concorrere» al suo interno, mediante un riallineamento di risorse e di posizioni iniziali derivante, tra l’altro, dalla razionalizzazione del sistema dei servizi pubblici, dall’investimento in beni infrastrutturali e, più in generale, dall’incremento-riequilibrio di «oneri di partecipazione di tutti i tipi»⁵²². Così – cioè offrendo *uguali opportunità di partenza* (anche mediante forze ed incentivi del mercato), piuttosto che garantendo *uguali risultati finali* (con interventi correttivi *ex post*) – diverrebbe più facile evitare, al contempo, sia gli effetti devastanti di una competizione senza (troppe) regole sia le «trappole della dipendenza»⁵²³ (rivenienti da una redistribuzione, centralizzata, troppo generosa e poco selettiva, tipica di “politiche consociative e spartitorie” di vecchio stampo).

Possono darsi, tra gli altri, almeno un paio di casi di concreta applicazione della formula in esame. Il primo è quello, di origine ormai risalente, rappresentato dalla progressiva attrazione – soprattutto per influsso della giurisprudenza sovranazionale – dei servizi sociali, seppur con qualche importante eccezione e distinguo, nell’orbita della disciplina concorrenziale dei servizi di interesse economico generale⁵²⁴. Il che, oltre a ridurre gli sprechi e ad incoraggiare l’ingresso del settore di nuovi fornitori (con conseguenti vantaggi per la fiscalità generale), rende i servizi stessi meno soggetti a pressioni politiche e distorsioni (che rischiano di favorire, paradossalmente, la fruizione da parte dei ceti abbienti a discapito delle fasce povere e svantaggiate)⁵²⁵. Il secondo

⁵¹⁹ Sul punto v., perlomeno, F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell’ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2002, a cui *adde*, da ultimi, i vari contributi raccolti nel primo fascicolo del 2016 della rivista www.costituzionalismo.it, sotto il titolo *Tornare ai fondamenti: la solidarietà*.

⁵²⁰ Per approfondimenti si rinvia, *ex multis*, a L. CASSETTI, *La cultura del mercato tra interpretazioni della Costituzione e principi comunitari*, Giappichelli, Torino, 1997, 208 ss.; M. DE CECCO, *Le prospettive internazionali della concorrenza*, in N. LIPARI, I. MUSU (a cura di), *La concorrenza tra economia e diritto*, Cariplo-Laterza, Milano-Roma-Bari, 2000, 71 ss.; A. TIZZANO, *Le dimensioni internazionali della concorrenza e la pluralità degli ordinamenti giuridici in un contesto di globalizzazione*, ivi, 89 ss.; A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza. Profili sostanziali*, Utet, Torino, 2007; L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Jovene, Napoli, 2013.

⁵²¹ V., per tutti, W. STREEK, *Il modello sociale europeo: dalla redistribuzione alla solidarietà competitiva*, tr. it. di L. BURRONI, in *Stato e mercato*, 2000, 3 ss.

⁵²² Ivi, 14 s. Questa dottrina segnala, più nello specifico, l’esigenza di migliorare l’efficienza delle istituzioni educative, per adeguare «i loro *outputs* alle domande del mercato», e di rafforzare le forme di decentramento, per valorizzare le peculiarità sociali, economiche e istituzionali presenti sul territorio, accrescendo, così, anche le «responsabilità per lo sviluppo di capitale umano verso coloro che ne sono gli effettivi “detentori”» (pp. 15 e 19 s.).

⁵²³ Ivi, 20 ss.

⁵²⁴ *Amplius*, tra gli altri, v. F. CINTIOLI, *Servizi pubblici e concorrenza. Servizi di interesse economico generale, promozione e tutela della concorrenza*, in *Dir. Un. Eur.*, 2006, 453 ss., e O. POLLICINO, V. SCIARABBA, *I servizi sociali in Europa: un profilo di diritto comparato*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2007, 968 ss., in part. 995 ss., i quali sottolineano che, posto il rigoroso rispetto delle norme europee in tema di concorrenza e di libertà di stabilimento per i servizi sociali aventi comunque un carattere economico, gli organi sovranazionali, *in subiecta materia*, utilizzano perlopiù strumenti di *soft law*, volti non alla regolazione diretta ma solo al coordinamento e alla propulsione (e ciò «se da un lato si spiega in quanto scelta rispondente al principio di sussidiarietà, dall’altro attesta la piena riconsacrazione delle competenze statali in materia»).

⁵²⁵ Così J.M. ORZAG, D.J. SNOWER, *L’espansione del sistema di Welfare: un proposta di riforma*, M. BUTI, D. FRANCO, L.R. PENCH (a cura di), *Il Welfare State in Europa. La sfida della riforma*, Il Mulino, Bologna, 1999, 177 ss.

caso, più recente, perlomeno in Italia (è, infatti, una novità introdotta con la legge di stabilità per il 2016), concerne la positivizzazione della disciplina delle cc.dd. società *benefit*. Si tratta di nuovi modelli aziendali che, attraverso regole parzialmente diverse da quelle tipiche delle società *for profit*, ma neppure sovrapponibili a quelle riguardanti le società *no profit*, risultano in grado, sulla falsariga delle *Benefit Corporation* americane, di bilanciare le insopprimibili esigenze di remuneratività del capitale dei propri azionisti con una serie di interessi esterni o comunque diversi («dei dipendenti, dei fornitori, del mercato, dell'ambiente sociale circostante, del territorio di riferimento»)⁵²⁶.

3.3. Centro e periferia, pubblico e privato

Strettamente legata ad una visione *produttivistica*, o quantomeno *efficientistica*, della solidarietà risulta, altresì, la tendenza, da decenni in corso, a decentrare o privatizzare attività statali, comprese quelli inerenti al campo sociale (con ciò si è passati all'esame della terza e quarta coppia concettuale). Orbene, se si riflette anche sul fatto che queste attività nel nostro Paese, non di rado, sono risultate, a parte che gravemente inefficienti⁵²⁷, scarsamente sensibili alle ragioni dell'autonomia locale ed individuale, tale tendenza, di per sé, andrebbe non solo non pregiudizialmente demonizzata, ma perfino concretamente incoraggiata. Infatti, alla tesi che ritiene che federalismo (fiscale) e sussidiarietà (verticale e orizzontale) rischiano seriamente di compromettere quei livelli di democrazia, efficienza e coesione sociale che solo un'*economia di scala* riveniente dalla sede nazionale può assicurare⁵²⁸, si può replicare che l'Italia si è notoriamente contrassegnata soprattutto per lo «strappo tra rappresentanza politica e fiscale»⁵²⁹ e per gli effetti di *diseconomia di scala*⁵³⁰ scaturiti dagli indirizzi di governo perlopiù (ri)centralizzanti⁵³¹.

Del resto, per restare sul continente, le *performance* sostanzialmente positive registrate in Germania, Svezia, Svizzera e Francia costituiscono preziosi indicatori di come l'erogazione di importanti prestazioni sociali, a favore delle fasce deboli della popolazione, da parte di governi periferici, famiglie, imprese o enti senza fini di lucro, possa, per un verso, consentire di suddividere (invece che ridurre *tout court*) il “carico sociale” dello Stato (la cui funzione perequativa e sussidiaria resta comunque ineliminabile⁵³²) e, per altro verso, rendere il sistema di

⁵²⁶ In argomento, per tutti, D. SICLARI, *Le Società benefit nell'ordinamento italiano* (the benefit companies in Italian law), in *Riv. trim. dir. econ.*, n.1, 2016, 36 ss., il quale riconduce la novità al «paradigma della crescita *smart*, inclusiva e sostenibile, dettato dall'Unione Europea nel contesto della strategia di *Europe 2020*, nonché dalla dottrina sociale della Chiesa, con l'emanazione dell'ultima Enciclica *Laudato si'* di Papa Francesco».

⁵²⁷ ... ragion per cui le privatizzazioni in Italia hanno avuto non già una caratterizzazione ideologica, bensì, più concretamente, una finalità di contenimento del debito pubblico e di reperimento di risorse finanziarie (derivanti dal ricavato della cessione, totale o parziale, dei tanti pacchetti azionari statali): M. MAZZA, *Le privatizzazioni: dal regime pubblicistico a quello di diritto privato*, in G.F. FERRARI (a cura di), *Diritto pubblico dell'economia*, Egea, Milano, 2013, 448 s. Sul tema A. MOSCARINI, *Sussidiarietà e libertà economiche*, in *Dir. soc.*, 1999, 489, osserva, criticamente, che l'aggettivo «misto», con riferimento al sistema economico italiano, ha finito negli anni per indicare non più la compresenza di imprese pubbliche e private in condizione di tendenziale parità, ma l'attività di sostegno finanziario (perlopiù a fondo perduto e/o mascherato dalla partecipazione azionaria) delle une alle altre.

⁵²⁸ Così, ad es., C. DE FIORES, *Note critiche sul federalismo fiscale*, in www.costituzionalismo.it (18 giugno 2009), par. 10.

⁵²⁹ A. MUSUMECI, *L'inguaglianza nel processo di federalizzazione della riforma dello Stato. Il nodo (non sciolto) del “federalismo fiscale” in Italia*, in AA. VV., *Studi in onore di Gianni Ferrara*, cit., vol. II, 669.

⁵³⁰ In tal senso, in part., M. ABRESCIA, *La concorrenza tra governi locali*, in G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico. Teorie, applicazioni e limiti*, Il Mulino, Bologna, 2009, 293 ss. e 304 ss.

⁵³¹ Per J.M. ORZAG, D.J. SNOWER, *L'espansione del sistema di Welfare: un proposta di riforma*, cit., 173 ss., laddove vi sono, a parte che vincoli di bilancio deboli (in argomento si tornerà poco oltre), criteri di organizzazione centralizzata dei servizi di *Welfare*, «la loro inefficienza farà parte dell'ordine delle cose».

⁵³² Infatti, come correttamente rilevato da R. BIFULCO, *Costituzioni pluralistiche e modelli economici*, in V. ATRIPALDI, G. GAROFALO, C. GNESUTTA, P.F. LOTITO, *Governi ed economia. La transizione istituzionale nella XI Legislatura*, cit., 524 s., proprio la

Welfare più “resiliente” rispetto a crisi e cicli economici negativi (proprio perché i suoi costi risultano meno correlati al livello dei servizi assistenziali forniti dall’economia nel suo insieme⁵³³). Di qui, in letteratura economica, si rileva come l’intervento pubblico centrale, e specificamente il *Welfare State*, contribuisca bensì in modo decisamente positivo alla crescita economica collettiva, ma solo «fino ad un valore soglia, superato il quale prevalgono gli effetti negativi»⁵³⁴.

Da noi, come già prima altrove, si assiste, quindi, ad un processo, praticamente irreversibile, di “rottura” del monopolio statale non solo nel perseguimento dell’interesse generale ma, probabilmente, nella sua stessa individuazione»⁵³⁵. Sarebbe, oltre che storicamente irrealistico, forse anche costituzionalmente illegittimo pensare di tornare indietro, svilendo le iniziative private e svuotando i poteri periferici, proprio perché significherebbe, tra l’altro, diminuire il livello di partecipazione democratica e «peggiore la qualità dei servizi alle persone e degli interventi sul territorio»⁵³⁶.

Ne riviene che la differenza tra soggetti e principi di diritto pubblico e quelli di diritto privato appare sempre meno netta, arricchendosi continuamente di valutazioni anche di natura prettamente economica il primo e di interessi non solo squisitamente patrimoniali il secondo⁵³⁷. Non conta più, quindi, individuare quali poteri pubblici (statali, infranazionali o sovranazionali) o quali soggetti privati (i singoli individui, le famiglie, le associazioni di volontariato, gli imprenditori, ecc.) possano intervenire, né in che maniera (obbligatoriamente, spontaneamente o a mezzo di incentivi), si operi, perché davvero importante è, invece, che si continui a considerare, esattamente come in passato, assolutamente irrinunciabile, al di là di chi e come possa realizzarlo, il risultato costituzionalmente tutelato: lo Stato, in alcuni casi, potrebbe evitare di intervenire direttamente e limitarsi a regolare il settore, a patto che, così facendo, non pregiudichi mai i valori dell’uguaglianza e della dignità umana e, in ultima istanza, assicuri a tutti pari opportunità di partecipazione alla vita economica e di accesso alle strutture di protezione sociale⁵³⁸.

3.4. Welfare ed Europa

La quinta coppia oppositiva (*Welfare*/Europa) è quella che, forse, suscita le più diffuse drammatizzazioni e preoccupazioni che inducono, nella specie, a vedere nella vocazione essenzialmente economico-finanziaria del processo di integrazione sovranazionale i tratti di una deriva asociale o, peggio, antisociale⁵³⁹. Sul punto, v’è da sottolineare, innanzitutto, come troppo

molteplicità di interessi e di centri di loro imputazione/soddisfazione – che distingue un ordinamento pluralistico da regimi basati su «teorie di stampo liberale/liberistico» – rende fondamentale il ruolo di «riequilibrio» svolto dallo Stato centrale.

⁵³³ Così J.M. ORZAG, D.J. SNOWER, *op. cit.*, 176 ss., i quali ritengono che espandere il sistema di protezione sociale non equivale necessariamente ad espandere la quota del settore pubblico.

⁵³⁴ G. GAROFALO, *Economia e diritto* [«*Silete, iureconsulti*» vs «*Silete, economisti*»], cit., 1406. Il che, peraltro, anche tenendo presente che non tutto ciò che è pubblico è statale, sembra smentire quella vulgata neolibera secondo cui qualsiasi sviluppo (che non necessariamente è espansione) del pubblico non possa che avvenire a spese del privato.

⁵³⁵ A. POGGI, *Istruzione, formazione e servizi alle persone. Tra Regioni e comunità nazionale*, Giappichelli, Torino, 2007, 179.

⁵³⁶ U. DE SIERVO, *A proposito della brutta riforma costituzionale approvata dal Parlamento*, cit., par. 1.

⁵³⁷ Cfr. P. PERLINGIERI, *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, Esi, Napoli, 1992, 154 s.

⁵³⁸ Cfr. G. AZZARITI, *Forme e soggetti della democrazia pluralista. Considerazioni su continuità e trasformazioni dello Stato costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2000, 159 ss., e, più di recente, Q. CAMERLENGO, L. RAMPÀ, *I diritti sociali fra istituti giuridici e analisi economica*, in *Quad. cost.*, 2014, 78 ss. Né con ciò si vuol minimamente insinuare che il *Welfare State* sia in crisi irreversibile come modello in sé: vero è, invece, che esso, di solito, «affronta i suoi problemi e li risolve, bene ove ha una classe politica e una struttura amministrativa preparate [e oneste], meno bene ove classe politica e struttura amministrativa siano sprovvedute» e/o corrotte: M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, cit., 102.

⁵³⁹ V., ad es., G. GUARINO, *Verso l’Europa, ovvero la fine della politica*, Milano, 1997, spec. 87; G. FERRARA, *Lo «Stato pluriclasse»: un protagonista del «secolo breve»*, in S. CASSESE, G. GUARINO (a cura di), *Dallo Stato monoclasse alla globalizzazione*, cit., 95 ss.; G. BUCCI, *Le fratture inferte dal potere monetario e di bilancio europeo agli ordinamenti democratico-sociali*, in www.constituzionalismo.it (13

spesso l'Europa venga frettolosamente “attaccata” per i vincoli asfissianti che imporrebbe ai conti pubblici interni e, di riflesso, alle politiche sociali, laddove, a ben considerare, andrebbero considerati negativamente, anche e soprattutto, l'inflazione e il *deficit* eccessivi che i medesimi vincoli tendono a contrastare. Sono l'elevata svalutazione monetaria, il costante rialzo dei prezzi e le grosse esposizioni debitorie dello Stato che, in effetti, dovrebbero percepirsi alla stregua di “tasse inique”, giacché risultano non sempre decise direttamente in Parlamento, spesso prive di valida contropartita e comunque gravanti, in particolare, sui più deboli e sui posteri⁵⁴⁰. Sicché le misure di «conservatorismo finanziario» – purché non trasmodino in «estremismo anti-inflazionistico»⁵⁴¹, ovvero non puntino al perseguimento del «mito ragionieristico e probabilmente incostituzionale del pareggio del bilancio» ad ogni costo⁵⁴² – rappresentano il presupposto indispensabile, e non già l'ostacolo insormontabile, per il godimento immediato dei diritti costituzionali e soprattutto per la loro «salvaguardia futura»⁵⁴³ (il che, del resto, come qualcuno ha opportunamente rilevato, appare tutt'altro che irrilevante sul piano del diritto costituzionale, per via della «spiccata vocazione alla 'intertemporalità' dei suoi principi e valori fondamentali»⁵⁴⁴).

Ma vi è di più. Tali misure, previste *ab origine* nella Costituzione italiana⁵⁴⁵, sono state semplicemente rafforzate dall'Unione Europea (e non solo⁵⁴⁶), la quale, ad ogni modo, ha bensì limitato la “sovranità di spesa”, ma assai meno sul piano delle scelte allocative che su quello delle grandezze complessive. I Paesi membri, pertanto, mantengono spazi di manovra, sebbene ridotti, non ridottissimi, per spostare stanziamenti da un settore pubblico ad un altro, per potenziare l'erogazione di determinate prestazioni alla cittadinanza, per alleggerire o inasprire, entro certi margini, la pressione fiscale, per favorire, in ultima analisi, specifiche attività produttive e/o categorie sociali piuttosto che altre, ritenute, al momento, non così bisognose di interventi

novembre 2012); C. IANNELLO, Il «non governo» europeo dell'economia e la crisi dello Stato sociale, in www.edizionesi.it (novembre 2015), spec. par. 3.

⁵⁴⁰ P. SAVONA, *Annotazione su una proposta di Costituzione del bilancio pubblico e Costituzione monetaria*, in M. D'ANTONIO (a cura di), *La Costituzione economica. Prospettive di riforma dell'ordinamento economico*, Il Sole 24 Ore, Milano, 1985, 294.

⁵⁴¹ In questi termini, A.K. SEN, *La libertà individuale come impegno sociale*, trad. it. di C. SCARPA, F. CRESPI, Laterza, Roma-Bari, 1997, 62 ss.

⁵⁴² A. D'ALOIA, *Equilibrio finanziario e indirizzo politico nel «diritto costituzionale comune» (europeo e nazionale)*, in V. TONDI DELLA MURA, M. CARDUCCI, R.G. RODIO (a cura di), *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, Giappichelli, Torino, 2005, 483.

⁵⁴³ V. F. VARANI, *Giurisdizione e spesa pubblica. In margine all'attuazione dell'art. 81 Cost.*, Cedam, Padova, 1997, 24 ss.

⁵⁴⁴ A. D'ALOIA, *Equilibrio finanziario e indirizzo politico nel «diritto costituzionale comune» (europeo e nazionale)*, cit., 482. Sull'importanza della dimensione cronologica nel diritto costituzionale v. L. GIANFORMAGGIO, *Tempo della Costituzione, tempo della consolidazione*, in *Pol. dir.*, 1997, 527 ss.; L. CUOCOLO, *Tempo e potere nel diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2009; F. PASTORE, *Costituzione e tempo*, in www.edizionesi.it (gennaio 2015).

⁵⁴⁵ Così, ad. es., O. POLLICINO, *L'economia nella Costituzione: modello originario e tendenze evolutive*, in G.F. FERRARI (a cura di), *Diritto pubblico dell'economia*, cit., 70 s., il quale rimarca come già dalla vecchia versione degli artt. 47 e 81 Cost. emergessero alcuni valori imprescindibili per il buon governo di un'economia sociale di mercato: «una politica monetaria a bassissimo tasso di inflazione» e «bilanci statali con disavanzi molto contenuti».

⁵⁴⁶ Pare errato imputare all'Unione Europea ogni responsabilità per la restrizione degli indirizzi politici nazionali. È sufficiente ricordare, a tacer d'altro, che dopo lo scoppio della crisi economico-finanziaria globale, gli atti esterni più rilevanti, adottati per rendere più stringenti i vincoli di bilancio (c.d. *Fiscal Compact*) e concepire forme di soccorso ai Paesi dell'Eurozona (*European Stability Mechanism*) in seria difficoltà, non appartengono all'ordinamento europeo, configurandosi come “semplici” Trattati internazionali (lo ricordano, tra gli altri, G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, 174, e R. MICCÙ, *Crisi dell'eurozona e identità costituzionale europea: dall'unione sempre più stretta alla disintegrazione?*, in A.M. NICO (a cura di), *Studi in onore di Francesco Gabriele*, cit., vol. II, 677 s.); né producono sempre effetti indiscriminati e cogenti: basti riflettere sul fatto che la stessa introduzione di più severe regole di bilancio a livello interno, per quanto fortemente “auspicata” (dal ridetto *Fiscal Compact*), è stata frutto, in Italia come altrove, di decisioni integralmente, e sotto il profilo formale e sotto quello sostanziale, imputabili ai poteri legislativi interni.

perequativi⁵⁴⁷. Del resto, diversamente opinando, si dovrebbe reputare sostanzialmente oziosa la gran parte di quelle dispute, in verità assai animate, che, in ambito politico, dottrinale, giornalistico e persino religioso, si accendono ogniqualvolta si parli di questioni, oltre che gravide di implicazioni etico-sociali, fortemente impattanti sulla configurazione dei bilanci interni (finanziamento per nuovi armamenti e per la prosecuzione di missioni militari all'estero; rimodulazione della tassazione delle rendite finanziarie; introduzione del c.d. reddito di cittadinanza; durata della decontribuzione per il lavoro dipendente; complesso di misure di assistenza ai rifugiati; revisione del sistema di *ticket* sanitari, e simili).

Né risulta affatto trascurabile che l'Unione Europea, sebbene ancora abbastanza timidamente e perlopiù mediante strumenti di *soft law*, mostri segnali di crescita d'attenzione diretta al tema del riequilibrio socio-economico. All'ormai risalente utilizzo del Fondo sociale europeo a fini occupazionali, infatti, si sono aggiunte, tra le altre, le novità più recenti del Trattato di Lisbona, quali quella del riconoscimento del carattere vincolante della Carta di Nizza (che equipara formalmente libertà individuali ed economiche ai diritti sociali, rendendo questi ultimi almeno teoricamente giustiziabili) e quella dell'introduzione, all'art. 9 del TFUE, di una specifica "clausola sociale" (in virtù della quale l'Unione stessa «tiene conto delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale, la lotta contro l'esclusione sociale e un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana») ⁵⁴⁸. Di certo, appare ancora ben lontana la prospettiva dell'instaurazione di un autentico «governo sociale dell'economia» in dimensione sovranazionale⁵⁴⁹. Ma, se non altro, a dispetto di un sostanziale immobilismo mantenuto per decenni, qualche piccolo passo, in questa direzione, sembra essere stato compiuto⁵⁵⁰.

⁵⁴⁷ In argomento sempre R. MICCÙ, *Crisi dell'eurozona e identità costituzionale europea: dall'unione sempre più stretta alla disintegrazione?*, cit., 671, rileva che «la politica economica e di bilancio è rimessa ai singoli Governi e Parlamenti nazionali, così come la necessità di garantirne i presupposti di democraticità e legittimità delle scelte politiche sottostanti».

⁵⁴⁸ Si rimanda, sul punto, *ex aliis*, a L. CUOCOLO, O. POLLICINO, A. TARZIA, A. VEDASCHI, *Le dinamiche della sovranità economica tra dimensione nazionale e dimensione sovranazionale*, in G.F. FERRARI (a cura di), *Diritto pubblico dell'economia*, cit., 163 ss.; E. PICOZZA, S. OGGIANU, *Politiche dell'Unione Europea e diritto dell'economia*, Giappichelli, Torino, 2013, 97 ss.; G. LUCHENA, *La socialità comunitaria e i «valori-base» della Costituzione nel prisma dell'economia sociale di mercato: spunti di riflessione*, in A.M. NICO (a cura di), *Studi in onore di Francesco Gabriele*, cit., vol. I, 601 ss. D'altronde, non si può sottacere, o sottovalutare, né la compressione «dello spazio dei valori della cittadinanza sociale europea», determinata, dopo lo scoppio della crisi globale di un decennio fa, dalle misure di austerità di bilancio e dagli impegni presi da alcuni Stati europei per ottenere aiuti finanziari (G. GRASSO, *I diritti sociali e la crisi oltre lo Stato nazionale*, in www.rivistaaic.it (1° novembre 2016), par. 7 (v. anche *infra*, par. 4), né il rischio che, a lungo andare, il diritto europeo e, in particolare, la giurisprudenza di Strasburgo, ricorrendo allo strumento dello *standard* di tutela minimo, finiscano per «appiattare il "nucleo essenziale" dei diritti sociali sulla soglia della sopravvivenza» (C. SALAZAR, *I diritti sociali nel "gioco delle tre Carte": qualche riflessione*, in L. D'ANDREA, G. MOSCHELLA, A. RUGGERI, A. SAIITA (a cura di), *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, Giappichelli, Torino, 2016, 224).

⁵⁴⁹ Così, ad es., G. DI PLINIO, *Il common core della deregulation. Dallo Stato regolatore alla Costituzione economica sovranazionale*, Giuffrè, Milano, 2005, 262. In senso conforme I. CIOLLI, *I diritti sociali al tempo della crisi economica*, in www.costituzionalismo.it (5 novembre 2012), par. 6 (per la quale, se non è affatto escluso che in futuro l'UE possa offrire migliori e più ampie garanzie, al momento «la sua natura economica è ancora prevalente e tutti i diritti sociali – non solo essi – sono condizionati da questa caratteristica ineludibile»); M. BENVENUTI, *Libertà senza liberazione (a proposito dell'introvabile "dimensione sociale europea")*, in A.M. NICO (a cura di), *Studi in onore di Francesco Gabriele*, cit., vol. I, 51 (secondo cui «una prospettiva sovranazionale che tenga insieme libertà e liberazione in una comune, condivisa e costruttiva "dimensione sociale europea" [...] sembra ancora assai lontana»); F. BILANCIA, *Crisi economica e asimmetrie territoriali nella garanzia dei diritti sociali tra mercato unico e Unione monetaria*, ivi, 76 (l'A. ritiene che, finché non saranno finanziati mediante tributi comuni, i diritti sociali in ambito UE continueranno a rappresentare una mera categoria culturale, un'idea astratta).

⁵⁵⁰ Né è possibile immaginare, *rebus sic stantibus*, avanzamenti molto più decisi, che possano andare oltre, magari, l'integrazione del c.d. "metodo aperto di coordinamento", sinora utilizzato, tramite "direttive quadro" tese a stabilire «*standard* minimi differenziati» (a seconda del grado di sviluppo dei diversi sistemi nazionali di *Welfare* e della diversa idea di solidarietà insita in ognuno di essi): S. GIUBBONI, *Governare le differenze: modelli sociali nazionali e mercato unico europeo*, in C. PINELLI, T. TREU

3.5. Ambiente e mercato

Anche la sesta diade (ambiente/mercato) genera punti di vista assai differenziati che, talvolta, sfociano in radicalismi concettuali e, quindi, in autentici contrasti frontali. Infatti, per quanto in posizione nettamente minoritaria, esistono coloro che, ispirati da una visione esasperatamente “ecocentrica”⁵⁵¹, propugnano non solo una riconsiderazione dell’attuale stile di vita occidentale, ma, addirittura, una sua trasformazione *ab imis*, basata su un’improbabile rallentamento, se non su un ancor più inverosimile, arresto dello sviluppo socio-economico. Per converso, non mancano affatto quanti si oppongono, anche strenuamente, alla predisposizione di vincoli normativi ed incentivi economici in tema d’ambiente, reputandoli un ostacolo al funzionamento ottimale del mercato e all’innalzamento del livello occupazionale.

Sull’impostazione dei primi va rilevato come essa non solo intacchi, anzi stravolga, quell’ordine etico-giuridico che, in tanto include tra i propri obiettivi la salvaguardia della natura, in quanto quest’ultima sia strumentale, o comunque strettamente legata, ad una migliore realizzazione del valore della dignità della persona, e non viceversa⁵⁵², ma svaluti totalmente anche il presupposto fondamentale di qualsiasi teoria economico-politico-filosofica, ovvero che i bisogni umani, lungi dal poter essere nel tempo ridimensionati, compressi o vanificati, «sono molteplici, e sono suscettibili

(a cura di), *La Costituzione economica: Italia, Europa*, Il Mulino, Bologna, 2010, 125. Infatti, una più decisa progressione europea in *subiecta materia*, innanzitutto, sarebbe di fatto ostacolata dalle contenute virtualità redistributive dell’Unione, dovute anche all’esiguità del proprio bilancio e alla carenza di proprie strutture amministrative; inoltre, porterebbe a circoscrivere eccessivamente, e comunque molto più di quanto già non sia, la responsabilità dei singoli Parlamenti nazionali di fronte ai propri elettori per realizzare «la sintesi d’equilibrio dinamico tra efficienza, competitività economica ed equità»: O. POLLICINO, V. SCIARABBA, *I servizi sociali in Europa: un profilo di diritto comparato*, cit., 991 s. Come ritengono, tra gli altri, E. PICOZZA, S. OGGIANU, *Politiche dell’Unione Europea e diritto dell’economia*, cit., 98, un più deciso ripensamento del modello di sviluppo europeo passa necessariamente dalla risoluzione di una questione più a monte: «la scelta di una Unione Europea in senso federalistico, cioè la scelta di una vera Unione o Federazione di Stati». In senso analogo anche G. GRASSO, *I diritti sociali e la crisi oltre lo Stato nazionale*, cit., spec. par. 7, secondo cui in tema di tutela di diritti sociali in ambito sovranazionale «è solo una diversa configurazione politica dell’Europa e delle sue istituzioni che potrà aiutare a invertire la rotta».

⁵⁵¹ Sul concetto di “ecocentrismo”, v., per tutti, J. LUTHER, *Antropocentrismo ed ecocentrismo nel diritto dell’ambiente in Germania e in Italia*, in *Pol. dir.*, 1989, 673 ss., e P. PAGANO, *Antropocentrismo, biocentrismo, ecocentrismo: una panoramica di filosofia ambientale*, in *Energia, ambiente e innovazione*, n. 2, 2004, 72 ss.

⁵⁵² Per una condivisibile confutazione delle estremizzazioni ecocentriche, che giungono persino a postulare la riduzione (quando non l’eliminazione) della specie umana, a causa delle sue gravi responsabilità della rottura degli equilibri naturali, v. S. STRASSOLDO, *Relazione*, in F. CIAPPARONI, (a cura di), *Diritto all’ambiente e diritto allo sviluppo. Atti del Convegno interdisciplinare di studio organizzato dalla facoltà di Giurisprudenza e di Scienze politiche, Teramo 7-9 novembre, 1991*, Giuffrè, Milano, 1995, 45. Quanto all’ecocentrismo in sé, ne mette in discussione i caratteri discretivi M. CECCHETTI, *Principi costituzionali per la tutela dell’ambiente*, Giuffrè, Milano, 2000, 57, ritenendo che anche seguendo un «approccio antropocentrico illuminato» si perverrebbe alle medesime conclusioni (come, ad es., individuare principi e strumenti innovativi e coerenti con un rapporto più armonioso tra uomo e natura; organizzare uno sviluppo economico maggiormente sostenibile e capace di salvaguardare la distribuzione intergenerazionale delle risorse ambientali; affermare la corresponsabilità in materia di tutti i soggetti, dai livelli di territoriali più alti a quelli più bassi, alle imprese, alle associazioni, ai singoli individui, ecc.).

di *indefinito sviluppo*»⁵⁵³. L'opinione dei secondi, poi, giustamente definita «paleocapitalistica»⁵⁵⁴, trascura, innanzitutto, la rilevanza del c.d. *eco-business*, cioè non dà il giusto peso alla crescita della richiesta e, correlativamente, dell'offerta di beni, servizi e professioni in connessione con l'ambiente (industria turistica, agricoltura biologica, contabilità ambientale, recupero dei centri urbani, produzione di energia da fonti rinnovabili, gestione di aree protette, di discariche, di impianti di depurazione, ecc.)⁵⁵⁵. Non tiene in debito conto, inoltre, come, in assenza di adeguati correttivi, possano scaturire effetti di diseconomia esterna sia a carico delle generazioni future, che subiscono una sorta di “furto” di risorse ambientali da parte delle generazioni presenti⁵⁵⁶, sia a carico di quegli imprenditori e consumatori dalla sensibilità, per così dire, più “verde”, che subiscono un netto svantaggio competitivo rispetto a quanti non investono né spendono in produzioni “pulite”, in materiali e articoli “eco-compatibili”⁵⁵⁷. Dunque, se non si può che recisamente respingere ogni pulsione ecocentrica che, antepoendo i ritmi e le esigenze della natura (ed il libero sviluppo della altre specie viventi) ai bisogni e alla evoluzione del genere umano, scada in una sorta di “fondamentalismo ambientale”, neppure può accogliersi una versione estrema dell’“antropocentrismo”, che – siccome basata sull'esaltazione del ruolo, quasi eroico, dell'uomo conquistatore della natura, o sulla sua crescente attitudine a risolvere con la tecnologia ogni problema ecologico – riporti indietro all'utilitarismo di ottocentesca memoria, oppure sfoci nel più moderno, ma altrettanto insoddisfacente, «tecnocentrismo dell'abbondanza»⁵⁵⁸.

In definitiva, anche discettando di ambiente, della sua relazione con il mercato e, più in generale, della relazione tra la natura e l'uomo, appare preferibile muoversi in un'ottica sostanzialmente compromissoria e moderata⁵⁵⁹, in modo da evitare i pericoli rivenienti da quelle

⁵⁵³ C. NAPOLEONI, *Elementi di economia politica*, La Nuova Italia, Firenze, 1981, 4. V. anche G. CAPOGRASSI, *Pensieri vari su economia e diritto* (1940), in ID., *Opere*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 1959, 271 e 273 s., secondo cui quanto più l'ambiente che lo circonda riesce a dare mezzi all'uomo per soddisfarne le sue esigenze, tanto più cresce l'inappagamento per quello che egli ancora non ha, «il senso tragico di quello che gli manca». Più di recente, F. PEDRINI, *Colloquio su Economia e (Scienza del) diritto. Intervista al prof. Alberto Quadrio Curzio (Roma 25 maggio 2016)*, in *Lo Stato*, n. 6 (gennaio-giugno 2016), 164 s., laddove si afferma che, anche per via delle condizioni difficili in cui versano molte popolazioni del pianeta, «un ripensamento dell'economia in termini di eco-compatibilità» non può comportare un blocco dello sviluppo, né una «decrescita felice».

⁵⁵⁴ B. CAVALLO, *Relazione*, in F. CIAPPARONI, (a cura di), *Diritto all'ambiente e diritto allo sviluppo*, cit., 190.

⁵⁵⁵ G. SAPELLI, *Responsabilità ambientale e cultura d'impresa: i presupposti dell'autoregolazione*, in S. SCAMUZZI, (a cura di), *Costituzioni, razionalità, ambiente*, Bollati Boringhieri, Torino, 1994, 307.

⁵⁵⁶ Così M. BRESSO, *Per un'economia ecologica*, Nuova Italia Scientifica, Roma, 1996, 171, la quale rileva come, dalla rivoluzione industriale in poi, tale furto sia stato perpetrato anche dai Paesi occidentali a danno dei Paesi meno sviluppati, che, nel tempo, si sono ulteriormente impoveriti svendendo a quegli altri molte materie prime di cui disponevano. In argomento v. anche G. GRASSO, *Solidarietà ambientale e sviluppo sostenibile tra Costituzioni nazionali, Carte dei diritti e progetto di Costituzione europea*, in *Pol. dir.*, 2003, 581 ss., e la letteratura ivi riportata, a cui adde, perlomeno, R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Jovene, Napoli, 2008, e F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010.

⁵⁵⁷ Cfr. P. MANZINI, *I costi ambientali nel diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 1996, 4 e *passim*.

⁵⁵⁸ R.K. TURNER, D.W. PEARCE, I BATEMAN, *Economia ambientale*, tr. it. di A. PASTORELLO, S. PASTORELLO, Il Mulino, Bologna, 2003, 40 ss.

⁵⁵⁹ Quale quella emergente, ad es., dal saggio di L. RAMPA, Q. CAMERLENGO, *I beni comuni tra diritto ed economia: davvero un tertium genus?*, in *Pol. dir.*, 2014, 253 ss., laddove in esordio viene evidenziato come nel corso della metà del Novecento si sia

eccessive semplificazioni e torsioni concettuali a cui in parte si è fatto qui cenno e che, impedendo l'emersione di ogni aspetto cruciale delle questioni da trattare, portano vieppiù a soluzioni largamente inefficaci, quando non del tutto controproducenti.

4. Diritto ed economia. Una rinnovata alleanza tra giuristi ed economisti per contribuire alla costruzione di un diverso ordine del mercato

Mantenendosi in quest'ordine di idee, si può passare all'esame dell'ultimo preteso dualismo, quello tra diritto ed economia (la cui analisi si è lasciata per ultima perché, in un certo senso, tutte le precedenti sembra, in larga misura, richiamare o sintetizzare). È nota, risalente e ancor oggi non sopita (o almeno non del tutto) la «diatriba sul se debba essere il diritto a conformare le dinamiche economiche o, invece, l'economia a dettare le regole che il diritto deve recepire e regolamentare»⁵⁶⁰. Ripercorrere le tappe fondamentali dell'evoluzione di tale disputa e ricostruire le posizioni, di volta in volta, assunte dai suoi principali artefici, per quanto appaia estremamente interessante, diviene tuttavia impossibile in questa sede⁵⁶¹. Facendo, allora, solo qualche fugace riferimento, si può qui ricordare, innanzitutto, che, mentre una visione puramente economicistica della realtà ha – tradizionalmente – finito per dividere gli uomini «nell'antagonismo delle utilità», riducendo «gli altri a mezzi nell'egoismo», il diritto – perlomeno in Occidente e da un certo momento in poi – ha cercato di rendere «possibile la coesistenza» su basi diverse, costruendola sui limiti a tali utilità ed ancorandola al reciproco rispetto e alla «mutua comprensione di rapporti»: esso, perciò, ha fondato la convivenza umana sul riconoscimento «dell'altrui dignità individuale»⁵⁶² e, progressivamente, anche sulla «partecipazione del maggior numero, delle masse» al «mondo della ricchezza»⁵⁶³. Con l'instaurazione dello Stato sociale, quindi, il giurista ha iniziato ad insegnare (all'economista) che la libertà non è la possibilità di fare qualunque cosa (di utile per sé), ma qualunque cosa che, comunque, «rispetti i legittimi diritti degli altri»; a sua volta, l'economista ha continuato a spiegare (al giurista) che ciascuno, posto che sia messo nella condizione di realizzare appieno le proprie aspirazioni, deve essere personalmente «responsabile delle scelte che compie»⁵⁶⁴. Si può anche dire, diversamente, che l'economista propone i modi per «garantire la capacità di produrre, sulla quale si fondano lo sviluppo del pensiero scientifico ed il progresso tecnico e la stessa sopravvivenza fisica di intere popolazioni»; e che il giurista cerca

registrato «un seppur timido riavvicinamento al tema dei beni comuni, intesi come meccanismi di gestione economico-sociale idonei ad abbinare economia ed ambiente, ragioni della produzione e istanze di tutela dell'ecosistema».

⁵⁶⁰ C.P. GUARINI, *L'autonomia scientifica del diritto dell'economia secondo G. Di Gaspare. Discutendo intorno al (l'ultima edizione del) suo volume "Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali"*, in www.amministrazionecammino.it (30 giugno 2016), spec. par. 2. Per dare solo una vaga idea delle lontane origini e dell'alta conflittualità nascente dalla questione in esame, vi è un passo di G. CAPOGRASSI, *Pensieri vari su economia e diritto*, cit., 231, in cui si afferma che, mentre per molti economisti «il sistema del diritto non è altro che la formulazione in norme generali di quelle che sono le condizioni fondamentali della vita economica», per la maggior parte dei giuristi, è il diritto che «ha dominato e domina il processo economico, costringendolo a direzioni diverse da quelle che la logica economica chiederebbe».

⁵⁶¹ ... ragion per cui si rinvia sul punto, *ex multis*, oltre che agli autori di cui alla nota precedente, a L. MENGONI, *Forma giuridica e materia economica* (1963), in ID., *Diritti e valori*, Il Mulino, Bologna, 1985, 147 ss.; F. ROMANI, *Diritto ed economia: la prospettiva di un economista*, in *Soc. dir.*, n.1-2, 1990, 245 ss.; U. PAGANO, *Economia e diritto*, in A. BOITANI, G. RODANO (a cura di), *Relazioni pericolose. L'avventura dell'economia nel pensiero contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari, 1995, 291 ss.; M. LIBERTINI, *Commento*, ivi, 316 ss.; V. ATRIPALDI, *La Costituzione economica tra "patto" e "transizioni"*, cit., 6 ss.; G. GAROFALO, *Economia e diritto*, cit., 1393 ss.; F. PEDRINI, *Colloquio su Economia e (Scienza del) diritto. Intervista al prof. Alberto Quadrio Curzio (Roma 25 maggio 2016)*, cit., 137 ss.

⁵⁶² F. BATTAGLIA, *I valori pratici (economia, diritto, morale) e il mondo storico*, cit., 22 ss.

⁵⁶³ G. CAPOGRASSI, *op. cit.*, 273.

⁵⁶⁴ G. GAROFALO, *op. cit.*, 1401.

di «impedire, per quanto possibile, che le forze produttive condizionino qualsiasi altro elemento o fattore della convivenza», mirando ad «evitare che così assumano la sola strutturazione che sia imposta dalle esigenze della produzione»⁵⁶⁵.

Ne riviene che, se eccessiva e fuorviante appare la riduzione della persona a semplice *homo oeconomicus*, il cui volere è ispirato dal puro calcolo utilitaristico e dall'innato spirito di conquista, non soddisfa pienamente neppure l'immagine esclusiva dell'*homo juridicus*⁵⁶⁶: non solo perché – com'è più facile intuire – quest'ultimo, privo di slancio morale e senza alcun anelito di giustizia, si limiterebbe, legalisticamente, a definire «il suo volere nella formalità della norma» e a catalogare «le possibilità che la norma gli attribuisce» in termini di diritti, doveri ed eventuali sanzioni⁵⁶⁷; ma anche perché egli, bloccato dalla fredda “unidimensionalità” della propria indagine, finirebbe per trascurare l'importanza dello stesso valore economico, sul quale, eppure, si atteggiano buona parte degli interessi sociali e, in ultima analisi, «si costruisce il mondo»⁵⁶⁸. Infatti, l'economia – come sapientemente argomentava Capograssi – è il «mondo delle utilità e delle ricchezze», che «prende ad oggetto la vita umana nelle sue esigenze elementari e artificiali, ed intende mettere in essere i mezzi perché la vita umana possa essere vissuta come tale, e queste esigenze possano essere soddisfatte»⁵⁶⁹. D'altro canto, il diritto – come opportunamente soggiungeva il medesimo Autore –, cogliendo l'insufficienza e l'incompletezza dell'esperienza economica, riporta alla «totalità della vita», esorta l'uomo ad «essere parte e non il tutto», gli ricorda che, per realizzarsi pienamente come persona, deve considerare l'economia sempre come un mezzo e mai trasformarla in fine⁵⁷⁰. Il diritto, allora, non può essere sovrastruttura dell'economia (come vuole la critica marxista), né, analogamente, la sua forma esteriore (secondo la vulgata borghese), ma deve costituire una componente essenziale di essa, condizionante e (in parte) condizionata, di modo che l'uno e l'altra siano elementi «integranti e fra loro interdipendenti di un'unica realtà»⁵⁷¹.

Ciò significa che, parimenti all'economia, il diritto, può assumere una connotazione deteriorata allorché «si chiuda in sé escludendo altre esperienze, non accetti con altre esperienze le conseguenti limitazioni»⁵⁷². Si è già più volte rilevato che i giuristi, mentre interpretano, inevitabilmente creano, ma non in maniera arbitraria, bensì rimanendo vincolati, da un lato, ai

⁵⁶⁵ G. GUARINO, *Qualche riflessione sul diritto amministrativo e sui compiti dei giuristi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, 998. L'A., inoltre, precisa che un controllo sull'economia debba essere, per quanto necessario, non eccessivo, in quanto, altrimenti, causerebbe – oltre che inefficienza – riduzione delle libertà individuali, attenuazione delle garanzie per la persona, aumento dell'autoritarismo politico, ecc.

⁵⁶⁶ G. DEL VECCHIO, *L'homo juridicus e l'insufficienza del diritto come regola della vita*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1936, 130 ss.

⁵⁶⁷ Cfr. F. BATTAGLIA, *op. cit.*, 26 ss., laddove viene rievocato quel consolidato filone di pensiero in base a cui la prima e vera «garanzia dell'ordine giuridico» riposa nella morale: «il diritto sta con la morale, o con essa viene meno; e se sta con la morale è la morale che complessivamente lo assicura, assicurando le facoltà al soggetto inerenti, che anzi costituiscono il soggetto giuridico oltre l'individuo economico».

⁵⁶⁸ *Ivi*, 18.

⁵⁶⁹ G. CAPOGRASSI, *op. cit.*, 241 ss. Egli, poi, precisava che proprio perché l'economia trasforma le «esigenze istintive» in «bisogni umani» (p. 243), proprio perché la ricchezza va intesa come «prodotto e *res humana*» (p. 244) e proprio perché il bene economico è valore «di vita umanamente vissuta» (p. 253), i protagonisti dell'economia devono essere «tutti gli individui, tutti coloro che si trovano a vivere e a sopportare le fatiche della storia» (p. 270). E concludeva: «l'esigenza più profonda dell'attività economica è perciò che il mondo delle ricchezze costruito da tutti è costruito per tutti» (*ibidem*).

⁵⁷⁰ *Ivi*, 268 ss. Più specificamente, sempre per Capograssi, il diritto rappresenta il momento in cui l'esperienza economica si trova presa, condizionata, modificata in virtù di principi che in parte la trascendono: «in questo momento si realizzano distribuzioni e ridistribuzioni di ricchezza, indipendenti dalla stretta logica dell'azione economica». L'A., in proposito, riportava gli esempi della disciplina sul fatto illecito («per cui l'esperienza altrui viene posta a carico del danneggiante») e il sistema dei doveri tributari (che riconduce nell'azione del singolo «tutta l'esperienza tanto che paga e si sacrifica per tutti»). Invero, entrambi i casi, fondati sul «principio di responsabilità [giuridica ...], vengono a dimostrare che è un'illusione che gli altri e il mondo dell'esperienza siano estranei allo sforzo economico del soggetto, mentre la verità è che lo sforzo economico del soggetto contiene ed impegna tutta l'esperienza» (p. 269, nota 1).

⁵⁷¹ L. MENGONI, *Forma giuridica e materia economica*, cit., 155 s. Analogamente, *ex aliis*, V. ATRIPALDI, *op. cit.*, 9.

⁵⁷² Cfr. F. BATTAGLIA, *loc. ult. cit.*

testi normativi di riferimento e, dall'altro, all'ambiente storico, culturale e, non ultimo, economico in cui si pongono⁵⁷³. Occorre, dunque, che essi, come del resto gli stessi economisti, si liberino, una volta per tutte, «da schemi meramente logico-deduttivi, per cercare di costruire una riflessione che sia di guida per l'azione individuale e collettiva»⁵⁷⁴. Di qui emerge chiaramente l'esigenza che, anche e soprattutto oggi, tra giuristi e studiosi di diversa estrazione, economisti su tutti, si stringano legami assai più saldi, grazie ai quali, lungi dal violare l'identità scientifica di ciascuno⁵⁷⁵, quest'ultima possa arricchirsi di aspetti interdisciplinari, in modo da emanciparsi dai vecchi modelli, troppo astratti e isolati o, comunque, non sufficientemente aperti nei confronti di una realtà assai più articolata di quella che i medesimi modelli lasciano presupporre o far trasparire.

Infatti, da una parte, i giuristi si sono limitati, per lungo tempo, a ricerche di stratificata indole dogmatica, abituati a credere che basti una legge per cambiare il corso di eventi⁵⁷⁶. Essi sono rimasti, in larga misura, indifferenti, o scettici, se non contrari, all'innesto di nuovi criteri metodologici, rifiutando o diffidando di spiegazioni del fenomeno giuridico che utilizzassero anche «le curve di domanda e di offerta, l'equilibrio, la competizione e gli altri strumenti di analisi economica»⁵⁷⁷. In quei pochi casi in cui, soprattutto sul Vecchio Continente, alcuni, maggiormente intraprendenti, hanno iniziato a “saggiare” approcci tesi ad una parziale contaminazione tra ambiti scientifici diversi, sono stati visti, dai più, come sostenitori di una mera «provocazione intellettuale [...], priva di adeguati riferimenti al diritto positivo» (e comunque affetta da un pregiudizio ideologico liberista)⁵⁷⁸, ovvero come seguaci di «una moda culturale, destinata ad evaporare e a non lasciare tracce rilevanti»⁵⁷⁹. Dall'altra parte, gli economisti sono risultati, a seconda del periodo o del contesto di riferimento, totalmente dominati dai soli e semplicistici paradigmi della Scuola neoclassica, ovvero troppo coinvolti nella ricerca macro-economica, calata nel solco della tradizione puramente keynesiana. Essi, spesso, non si sono dati (sufficiente) cura dell'esistenza di altri campi e strumenti d'indagine, né hanno compreso (appieno) che la vocazione universale dell'economia (e la conseguente abitudine dei suoi cultori a «semplificare le categorie giuridiche senza perdersi in eccessivi tecnicismi»)⁵⁸⁰ non corrisponde alla tendenza particolaristica e differenziatrice del diritto (i cui studiosi, specie quelli di impostazione romanistica, d'altro canto, si sono spesso mostrati «prigionieri dei singoli diritti positivi» di riferimento e poco attenti alla «funzionalità delle norme, alla luce di criteri economici e sociali»)⁵⁸¹.

⁵⁷³ Secondo C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, 23 s., fra il sistema delle fonti (o diritto teorico) e il diritto (vivente) esiste «una coincidenza parziale, in quanto il diritto, pur basandosi sulle prescrizioni offerte dalle fonti, attinge da elementi in parte estranei», costituiti da quelli che Egli chiamava «contesti sociali», capaci di integrare il dato normativo mediante «nozioni di comune esperienza, ovvero scientifiche, tecniche, morali e persino politiche», tutte, comunque, mutevoli nel tempo.

⁵⁷⁴ G. GAROFALO, *op. cit.*, 1394 e 1401.

⁵⁷⁵ *Ibidem*. Questa dottrina rileva come, per quanto siano opportune, se non ineludibili, le «contaminazioni» tra economia e diritto, restino incancellabili le differenze riguardanti «linguaggio, strumentazioni tecniche e metodi di ricerca». In argomento v., da ultimo, F. PEDRINI, *Colloquio su Economia e (Scienza del) diritto. Intervista al prof. Alberto Quadrio Curzio (Roma 25 maggio 2016)*, cit., *passim*.

⁵⁷⁶ N. LIPARI, I. MUSU, *Presentazione*, in IID. (a cura di), *La concorrenza tra economia e diritto*, cit., VI s.

⁵⁷⁷ R. COOTER, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. PARDOLESI, T. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Il Mulino, Bologna, 1999, 7 ss.

⁵⁷⁸ G. NAPOLITANO, *L'analisi economica del diritto pubblico*, in G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico. Teorie, applicazioni e limiti*, cit., 29 e 31.

⁵⁷⁹ R. COOTER, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. PARDOLESI, T. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, cit., 8.

⁵⁸⁰ Ivi, 10. Come ricorda anche G. NAPOLITANO, *L'analisi economica del diritto pubblico*, cit., 19, gli economisti hanno spesso sottovalutato la complessità strutturale e funzionale delle nozioni giuridiche, suscettibili di evoluzione e di cambiamenti a seconda degli ordinamenti e dei periodi storici di riferimento. Né, quindi, hanno considerato a sufficienza che l'assetto istituzionale non è un dato statico, bensì una variabile essenziale anche ai fini del funzionamento dei meccanismi allocativi.

⁵⁸¹ S. CASSESE, *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Giuffrè, Milano, 2010, 519 ss. Tant'è vero ciò che – la sottolineatura è di F. PULITINI, *Quante analisi economiche del diritto? Riflessioni su Yale e Chicago*, in *Mercato concorrenza regole*, 2003, 151 – mentre gli

Le cose, attualmente, sono molto cambiate e perciò, in base a tutto quanto sinora detto, sembrano maturate le condizioni per un riorientamento metodologico e culturale in virtù del quale gli economisti divengano pienamente coscienti che non può esistere un unico e semplificato modello ordinamentale fatto su misura per loro, bensì tanti complessi modelli e svariate tradizioni giuridiche, mutevoli nel tempo e nello spazio, con cui devono confrontarsi⁵⁸²; e, per converso, i giuristi, siano costretti ad uscire dal proprio «guscio nazionale»⁵⁸³ e a ripudiare il proprio «provincialismo culturale»⁵⁸⁴ per dialogare in una dimensione giuridica ultranazionale e per cimentarsi «nella ricerca di formule di regolazione immuni, per quanto possibile, dai vizi del passato e più sensibili alle nuove esigenze» del mercato⁵⁸⁵. In tal senso, taluni studi condotti soprattutto negli Stati Uniti, nella Scuola di *Law and Economics* e, ancor più, in quella di *Public Choice*⁵⁸⁶, hanno offerto strumenti che permettono una valutazione maggiormente «critica del diritto, piuttosto che il semplice rafforzamento della solidità dogmatica del sistema»⁵⁸⁷. Essi, così, hanno mostrato come sottoporre a verifica di efficienza e di democraticità le politiche regolative, valutando l'appropriatezza dei mezzi utilizzati rispetto agli obiettivi perseguiti⁵⁸⁸ e, per questo, ammonendo contro interventi pubblici incauti, maldestri o, peggio, derivanti dal perseguimento di interessi costituiti, o comunque non meritevoli di protezione⁵⁸⁹. In base a queste nuove (ma oramai non più nuovissime) tendenze⁵⁹⁰, il diritto non si limita più a cristallizzare in regole tendenzialmente immutabili i principi etici diffusi nella società, perché serve anche quale

economisti di estrazioni geografiche e culturali differenti parlano di proprietà, o di contratto, *tout court* e si comprendono alla perfezione, i giuristi appartenenti a contesti diversi, in particolare quelli di *common law* e di *civil law*, hanno serie difficoltà in tal senso.

⁵⁸² R. COOTER, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. PARDOLESI, T. ULEN, *op. cit.*, 13.

⁵⁸³ S. CASSESE, *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, cit., 516.

⁵⁸⁴ R. COOTER, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. PARDOLESI, T. ULEN, *op. cit.*, 11.

⁵⁸⁵ G.F. FERRARI, *Crisi dell'ordine economico mondiale*, in ID. (a cura di), *Diritto pubblico dell'economia*, cit., 641.

⁵⁸⁶ Infatti, mentre le ricerche di *Law and Economics*, o di “analisi economica del diritto”, o anche *Chicago-style* (intraprese in particolare da Ronald Coase e Richard Posner), facendo premio su criteri di efficienza, piuttosto che di giustizia, e su regole di produzione giurisdizionale o consensuale, piuttosto che su norme scritte ed imperative, sembrano meglio attagliarsi al diritto privato, e con maggior raggio di azione alla *common law* (così, *ex alius*, F. MERUSI, *Analisi economica del diritto e diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2007, 435 s., e G. NAPOLITANO, *op. ult. cit.*, 25 ss. e 50 ss.), le ricerche di *Public Choice*, o di “teoria della scelta collettiva”, o, ancora, *Yale-style* (inaugurate da Guido Calabresi), essendo più attente ai problemi di distribuzione dei rischi sociali derivanti da attività economiche, più propense a considerazioni di valore e ad interventi politico-legislativi correttivi delle dinamiche puramente concorrenziali, appaiono maggiormente compatibili con le esigenze proprie del diritto costituzionale e, più in ampiamente pubblico, anche di stampo continentale (spunti in tal senso in F. PULITINI, *Quante analisi economiche del diritto? Riflessioni su Yale e Chicago*, cit., 139 ss., spec. 151 ss., e F. PARISI, *Scuole e metodologie nell'analisi economica del diritto*, in www.jus.unittn.it, s.d., ma 2005, spec. par. 2.1).

⁵⁸⁷ V. ancora F. PARISI, *Scuole e metodologie nell'analisi economica del diritto*, cit., par. 1.1.

⁵⁸⁸ Per G. ALPA, voce *Interpretazione economica del diritto* («*Economic Analysis of Law*»), in *Noviss. dig. it.*, Appendice, vol. IV, Utet, Torino, 1983, l'intento di chi esamina economicamente il diritto è, tra l'altro, «quello di accertare il costo degli strumenti giuridici, i loro effetti indotti, l'alterazione che essi producono nella situazione di mercato» (pp. 315 s.), nonché nella «razionale distribuzione delle risorse» (p. 319). Afferma più dettagliatamente S. CASSESE, *op. ult. cit.*, 519 s., che «un'analisi della funzionalità economica delle norme, e dei sistemi giuridici in generale, comporta, ad esempio, una valutazione dei benefici e dei costi, diretti e indiretti; un esame della loro imputazione e distribuzione; lo studio dei costi di transazione (tutte le spese necessarie per raccogliere le informazioni, raggiungere accordi, ottenere autorizzazioni, ecc.: in sostanza, i costi che discendono dal sistema giuridico); un esame delle esternalizzazioni (trasferimenti su altri) di costi o benefici. Infine, essa comporta di essere attenti all'alternativa tra proibizione (prevenzione specifica attraverso un meccanismo di sanzioni) e disincentivo (prevenzione generale attraverso il meccanismo del mercato, consistente nel rendere più o meno costoso un bene o un'attività)».

⁵⁸⁹ G.F. FERRARI, *Crisi dell'ordine economico mondiale*, cit., 636.

⁵⁹⁰ Come ricorda G. NAPOLITANO, *op. ult. cit.*, 46, «l'analisi economica del diritto è una scienza (relativamente) giovane». Se le sue origini risalgono agli anni Sessanta del secolo scorso, la sua affermazione culturale e politica è avvenuta più tardi, ricollegandosi al programma di riduzione della sfera pubblica negli Stati Uniti e nel Regno Unito e al crollo dei regimi socialisti caratterizzanti i successivi anni Ottanta. Poi, a partire dagli anni Novanta, tale «ricetta istituzionale», volta a promuovere il primato dei meccanismi di mercato, è stata usata specialmente «dalle organizzazioni internazionali chiamate ad assistere i processi di democratizzazione e di sviluppo economico in tutto il mondo» (20 s.).

strumento attivo per il governo dell'economia, aiutando a ridurre gli sprechi e i comportamenti opportunistici, a contrastare equilibri collusivi e rendite di posizione di oligarchie al potere⁵⁹¹, a sostenere la crescita e la competitività nel contesto internazionale⁵⁹².

Tuttavia, per quanto – o, meglio, proprio in quanto – supporto prezioso ed insostituibile della politica e del diritto, quella economica resta scienza dei *mezzi* e non dei *fini*, cioè rimane studio della condotta umana, come relazione tra fini e mezzi limitati, applicabili ad usi alternativi⁵⁹³. Agli economisti, allora, se compete risvegliare il legislatore e il giurista dalla quella sorta di «delirio di onnipotenza» di cui soprattutto il primo è spesso preda, nonché rammentare comunque ad entrambi che «l'eterogenesi dei fini è sempre in agguato»⁵⁹⁴, non compete anche esprimere giudizi di valore a cui le attività nomopoietiche (legislativa ed ermeneutica) debbano ispirarsi, né individuare i preminenti interessi politici da perseguire⁵⁹⁵, né, tantomeno, ricostruire il complesso di regole giuridiche in cui essi si esprimono⁵⁹⁶. Infatti – giova ribadirlo – spetta ai giuristi-costituzionalisti interpretare, spiegare e, prima di qualunque altra categoria di intellettuali, preservare i tratti istituzionali essenziali della civiltà in cui vivono, secondo i propri criteri tassonomici e in ossequio ai dettami del costituzionalismo moderno⁵⁹⁷. E, proprio a questo scopo, cioè quello di garantire la razionalità e la continuità assiologica dell'ordinamento, essi ne colmano le lacune, gli restituiscono coerenza sistematica e, all'occorrenza, prospettano – anche nella specifica veste di consulenti o collaboratori del “Principe” – persino quelle modifiche necessarie per superare norme non più in linea con lo sviluppo della coscienza collettiva e le esigenze del presente⁵⁹⁸. Tocca a loro, e non ad altri studiosi, «applicare il diritto, ma ancor più costruire la società; risolvere i problemi di dettaglio ed insieme di macroorganizzazione. Governare i fenomeni ciclici, concorrere alle scelte di fondo»⁵⁹⁹. E, per ciò stesso, tocca sempre a loro sottoporre ad analisi critica le elaborazioni dei colleghi economisti specie quando questi ultimi, sotto la veste di un'«innocua efficienza economica», occultano, con disinvoltura, «scale di valori

⁵⁹¹ Ivi, 42.

⁵⁹² L.A. FRANZONI, D. MARCHESI, *Economia e politica economica del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2006, 7 s.

⁵⁹³ Per F. BATTAGLIA, *op. cit.*, 13, l'impostazione della scienza economica «coglie l'individuo della natura, l'individuo che ha crescenti bisogni da soddisfare, che ricerca i mezzi in relazione ad essi, che tali mezzi rari ed utili valuta secondo criteri specifici di rarità ed utilità».

⁵⁹⁴ R. COOTER, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. PARDOLESI, T. ULEN, *op. cit.*, 12.

⁵⁹⁵ Cfr., tra gli altri, v. C. NAPOLEONI, F. RANCHETTI, *Il pensiero economico del Novecento*, Einaudi, Torino, 1990, *passim* e spec. 4 e 28 ss. A dire il vero non è neppure necessario che l'economista condivida tali valori e tali interessi: suo compito è, infatti, metter in luce «la logica delle scelte, ossia che cosa si deve fare e cosa non si deve fare se i cittadini vogliono raggiungere determinati obiettivi» e hanno a disposizione determinate risorse: così F. FORTE, *Principi di economia pubblica*, Giuffrè, Milano, 1993, XXX ss., il quale precisa, ulteriormente, che l'analisi economica – oltre che a predire gli accadimenti, cioè a individuare «leggi» di comportamento – mira a contribuire a «miglioramenti accorti» delle regole e degli strumenti dell'economia pubblica, in particolare, della «Costituzione fiscale e monetaria». Ciò nella convinzione che questa, in quanto attività politica, è, secondo un vecchio detto, «arte del possibile».

⁵⁹⁶ È possibile, peraltro, che gli economisti, individuando degli esiti desiderabili dal punto di vista economico, giungano ad enunciare, a grandi linee, anche «le tecniche giuridiche di intervento adatte allo scopo». Sennonché resta pur sempre ai giuristi il compito di «verificare l'adeguatezza del modello di massima enunciato», assumendosi la responsabilità di dire se gli obiettivi e i risultati prospettati siano concretamente perseguibili ed, eventualmente, «di progettare fino ai minimi dettagli l'organismo operativo»: G. GUARINO, *Qualche riflessione sul diritto amministrativo e sui compiti dei giuristi*, cit., 996.

⁵⁹⁷ In argomento, N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, 1998, 90, sottolinea, tra l'altro, un doppio ed indeclinabile compito per il giurista: deve *difendere il proprio lavoro*, anche di fronte a fatti o parole che sembrano sopraffarlo «con densità di emozioni, e quasi respingere il metodo antico del definire e distinguere»; egli, inoltre, ha «*la necessità di positività*» e i principi ordinamentali fondamentali, in particolare i doveri di solidarietà, allo scopo di concorrere a costruire la figura del «buon cittadino», cioè il membro di un'organizzazione sociale «che sappia congiungere giustizia e libertà».

⁵⁹⁸ Per alcuni approfondimenti, anche di carattere bibliografico, sulla assai risalente e oggi quanto mai opportuna, se non necessaria, «interazione» tra scienza giuridica e ceto governante, potrebbe vedersi anche V. TEOTONICO, *La scienza giuridica tra esigenze di innovazione e continuità costituzionale*, cit., parr. 3 ss.

⁵⁹⁹ G. GUARINO, *op. ult. cit.*, 1000.

precise e determinate»⁶⁰⁰ (ai medesimi economisti restando, ad ogni modo, come detto, il compito, tra gli altri, di verificare il costo degli strumenti giuridici utilizzati e il loro effettivo impatto sul mercato).

A chi condivida queste premesse di fondo, allora, non potrà sfuggire che è imprescindibile stemperare quella tensione ideologica che talvolta conduce gli studiosi di diritto dell'Europa continentale, sull'esempio di alcuni colleghi d'oltremarica e, soprattutto, d'oltreoceano, «a preferire in ogni caso la libertà all'uguaglianza e l'efficienza all'equità»⁶⁰¹. Non sempre, invero, la scelta che appare *prima facie* più opportuna lo è davvero e, soprattutto, quand'anche fosse di certo conveniente (economicamente o politicamente) non è detto che sia la più giusta (eticamente e socialmente). Il mercato, allora, può effettivamente essere un grande alleato delle libertà costituzionali, ma, in alcuni e non infrequenti casi, deve necessariamente cedere il passo ad una gamma più vasta di interventi pubblici di natura etico-sociale, strumentali rispetto ad alcuni valori incrollabili nella coscienza giuridica popolare⁶⁰². Valgano alcuni esempi. Si pensi, innanzitutto, al diritto di vivere a lungo senza soccombere a malattie che richiedono vasti interventi di prevenzione per essere debellate⁶⁰³, oppure soltanto cure molto costose, gli uni e le altre, ad ogni modo, impossibili da sostenere per molti soggetti privati⁶⁰⁴. Si prenda in considerazione, inoltre, la tutela della salute psico-fisica dei lavoratori e la garanzia di una loro retribuzione adeguata: in assenza di norme imperative in tal senso, essi, verosimilmente, si renderebbero disponibili ad accettare condizioni di lavoro degradanti e salari intorno, se non al di sotto, di livelli di

⁶⁰⁰ G. ALPA, voce *Interpretazione economica del diritto* («*Economic Analysis of Law*»), cit., 324. In senso analogo, v. F. COCOZZA, *Diritto pubblico applicato all'economia. Itinerari didattici*, Giappichelli, Torino, 2007, 21, il quale segnala il pericolo concreto che, «dietro il comodo paravento della *razionalità economica*», si possano mascherare analisi «dirette a perseguire pervicacemente gli interessi dei nuovi ceti dominanti, non assoggettati ad alcuna sovranità politica».

⁶⁰¹ Come pure ritiene, nonostante sia favorevole, in linea di principio, alla ricezione della modellistica statunitense, M. ABRESCIA, *Le ricerche gius-economiche e la frontiera del diritto costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2001, 643. È estremamente significativo, in tal senso, che proprio quanti propugnano l'importanza dell'analisi economica del diritto per restituire efficienza alle norme giuridiche, non ne sottacciano gli evidenti limiti: così, tra gli altri, F. DENOZZA, *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Giuffrè, Milano, 2002, 129, il quale rimarca come, di per sé, questo approccio mostri «indifferenza verso le questioni di giustizia distributiva e [...] disponibilità ad accettare l'eventualità che alcuni abbiano pochissimo e altri tantissimo quando ciò sia necessario per massimizzare il benessere totale» (p. 129); oltre a ciò, questa dottrina evidenzia come, per un verso, non sempre vi sia univocità delle soluzioni che l'analisi economica del diritto è in grado di suggerire e come, per altro verso, esistano «rilevanti situazioni in cui è impossibile stabilire cosa debba intendersi per massimo benessere complessivo e quale sia la linea di condotta in grado di assicurarlo» (p. 134). Non dissimile la posizione di G. NAPOLITANO, *op. ult. cit., passim* e in part. 21 s. e 47 ss., il quale rileva, tra l'altro, la persistente incapacità dell'analisi economica del diritto di sciogliere gran parte dei «nodi dei rapporti tra equità ed efficienza»; la «crescente formalizzazione matematica» di alcuni suoi studi (che la allontanano dalla sua originaria vocazione pratica ed interdisciplinare); la sua difficoltà di valutare economicamente le condotte di singoli e dei gruppi nella sfera pubblica (dove, rispetto a quella privata, maggiori sono le motivazioni ideali ed altruistiche); la scarsa attenzione che essa pone verso i movimenti civili (in grado di esercitare «pressione in una direzione opposta a quella cui spinge l'attività di *lobbying* dei grandi gruppi di interesse»); infine, l'eccessivo legame che mostra con gli istituti dell'ordinamento statunitense (a cui si riferiscono la stragrande maggioranza delle sue verifiche empiriche).

⁶⁰² G. ALPA, *loc. ult. cit.*, afferma che il mercato va governato non solo da criteri di presunta efficienza, ma anche da principi politici e morali, perché «la scelta individualista paga solo nel breve, e spesso si traduce in una scelta egoistica, che non tiene conto di esigenze sociali non rinunciabili». V., altresì, F. COCOZZA, *Diritto pubblico applicato all'economia. Itinerari didattici*, cit., 21 s., secondo cui, tramite un'acritica acquisizione di «una visione "*americana*" dell'economia e delle società contemporanee», si rischia concretamente di rimpiazzare con i canoni delle indagini economiche («basati sull'*utile* e sull'*efficienza*») i criteri tipici del ragionamento giuridico («che non possono non basarsi sul *giusto*, sul *doveroso*, sul *lecito* e sull'*illecito*»).

⁶⁰³ In questi termini A.K. SEN, *La libertà individuale come impegno sociale*, cit., 29 s.

⁶⁰⁴ In proposito F. PULITINI, *Quante analisi economiche del diritto?*, cit., 147 s., in part. nota 12, ricorda che la motivazione essenziale del finanziamento pubblico della sanità – così come, tra l'altro, dell'istruzione – riconduce al loro carattere di «*merit goods*». Questi «beni meritori», invero, secondo il comune sentire, vanno forniti a prescindere dalla volontà degli stessi destinatari (che non hanno sempre «una perfetta conoscenza dei propri bisogni») e dalle possibilità di allocazione del mercato (che non riesce sempre ad «ottenere il meglio possibile dalle risorse date»). In senso conforme Q. CAMERLENGO, L. RAMPA, *I diritti sociali fra istituti giuridici e analisi economica*, cit., 67, i quali evidenziano come i «mercati privati dei *merit goods*» possano fallire per via della presenza di esternalità o di asimmetrie informative.

sopravvivenza⁶⁰⁵. Si rifletta, in ultimo – anche se l’elencazione potrebbe continuare a lungo –, sul diritto di godere della bellezza del paesaggio o della salubrità dell’ambiente, che non sempre può trovare idonea protezione nel principio, oramai diffusamente invalso a livello internazionale, del “chi inquina paga” (e del corollario della “negoziabilità degli interessi ambientali”): infatti, anche le più sofisticate tecniche risarcitorie (o altre misure di carattere civilistico) potrebbero essere inappaganti⁶⁰⁶, posto che, in molti casi, l’esigenza primaria è di prevenire il danno, altrimenti irreparabile, o di ripristinare lo *status quo ante*, al fine di mettere la collettività in condizione di rigodere del bene danneggiato⁶⁰⁷.

Le libertà fondamentali e i principi costituzionali, quindi, non possono essere salvaguardati tramite un approccio basato solamente su una distribuzione dei diritti proprietari che prescindendo da regole costitutive di precise responsabilità⁶⁰⁸, né tramite l’esclusivo reperimento sul mercato dei beni e dei servizi necessari a realizzarli, senza, cioè, anche un’“assegnazione autoritativa” di risorse, la quale non venga vanificata neppure dalla rinuncia espressa dei suoi stessi beneficiari⁶⁰⁹. Insomma, il diritto, sebbene oramai largamente “compromesso” con l’economia, e la sua interpretazione, per quanto sempre più “orientata alle conseguenze”, non possono rinnegare la loro vocazione originaria, vale a dire quella di assicurare alcuni punti fermi, alcuni *status* inalterabili (sottraendoli sia alla «logica della forza» che «al fluttuare delle correnti economiche») e, così, porre un limite alla «ricerca dell’utilità e dei massimi edonistici» (formando e preservando «isole di stabilità e di rispetto, attorno a cui la vita economica si agita, ma a cui deve necessariamente modellarsi») ⁶¹⁰.

Sia come che sia, da un lato, con il crollo del muro di Berlino, e con tutto ciò che ne è seguito, sembrano definitivamente scomparsi, almeno nella mente degli Italiani e degli Europei, i fantasmi del c.d. “socialismo reale” (e, quindi, anche ampiamente superate quelle interpretazioni dottrinali, risalenti agli anni Settanta, non preclusive della possibilità di realizzare, a Costituzione repubblicana invariata, un sistema collettivista, sia pure *sui generis* e comunque fortemente

⁶⁰⁵ Per spunti in tal senso F. DENOZZA, *Norme efficienti. L’analisi economica delle regole giuridiche*, cit., 53 ss. e 151 ss.

⁶⁰⁶ D. PORENA, *Uomo e ambiente: cenni ai percorsi ed alle incertezze emerse nella difficile concettualizzazione dei rapporti giuridici*, in M.C. FEDERICI, M. ANSELMINI, S. CAPPELLO (a cura di), *Animale sociale e homo hominis lupus*, Oge, Milano, 2011, ss., 279, ritiene che, rispetto alla violazione di interessi ambientali, un sistema di reazione dell’ordinamento incentrato sugli aspetti meramente privatistici, sia «incoerente sul piano tecnico, e addirittura osceno sul piano etico». Insomma, come ha sottolineato F. COCOZZA, *op. cit.*, 22, non tutto può essere concepito a *là* Posner, cioè incentrato su «un *calcolo relativistico* tra *rispetto* (quando appare inevitabile) ed *inosservanza* delle regole giuridiche (quando l’inosservanza lascia intravedere una qualche utilità pratica)».

⁶⁰⁷ Cfr. in argomento S. RODOTÀ, *Proprietà e industria. Variazioni intorno alla responsabilità civile*, in *Pol. dir.*, 1978, 413 ss.

⁶⁰⁸ Come ricorda G. NAPOLITANO, *op. ult. cit.*, 28.

⁶⁰⁹ Cfr. F. PULITINI, *op. cit.*, 147 e 151 (secondo cui resta imprescindibile un intervento pubblico di carattere “extra-efficientistico” in tutti quei casi in cui non solo l’individuo non appare «il miglior giudice del proprio benessere», ma anche in cui bisogna tener conto della «totalità dei costi e dei benefici e con essi degli effetti distributivi»), e F. DENOZZA, *loc. ult. cit.* (il quale ritiene che la presenza, un po’ in tutti gli ordinamenti, di numerose norme che «assicurano benefici obbligatori» a determinati soggetti dimostri, anche empiricamente, come l’efficienza complessiva di un sistema politico-economico non possa derivare esclusivamente dai meccanismi spontanei del mercato). Spunti in tal senso anche in F. MERUSI, *Analisi economica del diritto e diritto amministrativo*, cit., 435 ss., laddove viene affermato che tanto le prospettazioni de *in re condendo* quanto le soluzioni operative offerte dall’analisi economica del diritto possono essere molto utili e, però, solo se gli effetti a cui mirano sono «disponibili» da parte dei soggetti che operano sul mercato. Segnatamente al diritto amministrativo, egli rileva tale «disponibilità» in alcuni casi specifici quali: quello della responsabilità risarcitoria della pubblica amministrazione per violazione degli interessi legittimi; quello della contrattualistica pubblica, specie in materia di appalti, così da garantire una maggiore efficienza delle relative procedure e il buon risultato economico per lo Stato contraente; quello della valutazione della legittimità di provvedimenti che, in virtù di diagnosi economiche non corrette rispetto al fine da raggiungere, potrebbero risultare viziati di eccesso di potere.

⁶¹⁰ G. CAPOGRASSI, *op. cit.*, 231 ss.

temperato⁶¹¹); dall'altro lato, con la crisi sistemica globale e il ritorno prepotente della sovranità nazionale sotto forma di «Stato salvatore»⁶¹², si è dimostrato, ancora una volta, che è una prospettiva del tutto fallace ed estremamente pericolosa quella di un costituzionalismo, per così dire, prevalentemente *regressivo* o *negativo*, volto, cioè, a sottrarre gradualmente spazio (o comunque a non concederne altro) di operatività al diritto, a ritornare perlopiù al «non-fare» del «governo e [de]i suoi agenti», all'interferire il meno possibile con il mercato e i suoi operatori. Il costituzionalismo, al contrario, come dimostra il suo stesso percorso evolutivo, non può che essere *progressivo*, di segno *positivo*, scoprendo sempre ulteriori obiettivi, rinnovando continuamente vecchi istituti o introducendone di nuovi, ridistribuendo incessantemente risorse e responsabilità, senza ammettere arretramenti e neppure tentennamenti nel realizzare *giuridicamente* il valore onnicomprensivo della persona (e, in tal modo, anche rendere l'ordine del mercato più giusto e governabile)⁶¹³. Né, proprio per questo, si può revocare in dubbio il risultato, forse il più apprezzabile e rassicurante, raggiunto in siffatto percorso, che è stato quello di aver riconciliato l'originaria opposizione tra libertà e uguaglianza, tant'è che la loro simultanea presenza resta, ancora adesso, qualcosa di più di un'opinabile aspirazione ideologica in quanto «si fa esigenza concreta e concettuale non eludibile»⁶¹⁴.

Come si è cercato di argomentare altrove⁶¹⁵, se specialmente aver rinnegato una parte delle conquiste di civiltà giuridica del costituzionalismo del secolo scorso ha condotto al tracollo dell'economia-mondo, continuare a porre tali conquiste in secondo piano rappresenta la causa principale dell'assenza o dell'estrema lentezza della ripresa di molti sistemi produttivi nazionali. Non è tanto in discussione la scelta, che pure concretamente si è fatta, di aiutare le grosse imprese in difficoltà (specie mediante la ricapitalizzazione degli istituti bancari), di rafforzare la vigilanza nel settore creditizio e di (ri)regolare i mercati finanziari; si dubita, piuttosto, che un potenziamento delle cc.dd. «misure macroeconomiche di gestione del rischio», in assenza di altro, possa sortire più di un effetto tampone o comunque minimo: «finché non si riconosce che gli squilibri reali e finanziari sono espressione di un medesimo processo, la definizione degli obiettivi di politica economica risulta intrappolata in quelli di breve periodo con l'inevitabile

⁶¹¹ Il riferimento è, in particolare, a C. LAVAGNA, *Costituzione e socialismo*, Il Mulino, Bologna, 1977, come di recente ricordato da O. POLLICINO, *L'economia nella Costituzione: modello originario e tendenze evolutive*, cit., 69.

⁶¹² Sul punto, per tutti, G. NAPOLITANO, *Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e assetti istituzionali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 1083 ss. *Adde*, perlomeno, G.F. FERRARI, *Crisi dell'ordine economico mondiale*, cit., 628, il quale sottolinea l'elevatissimo grado di discrezionalità dei poteri politici interni nel selezionare soggetti destinatari dell'aiuto statale e misura dell'intervento: oltre al soccorso agli istituti bancari, l'A. ricorda «investimenti infrastrutturali, sgravi fiscali, finanziamento di ricerca e innovazione, sostegno a settori giudicati centrali per la ripresa, come per esempio quelli metalmeccanico e automobilistico».

⁶¹³ In argomento, seppur in una prospettiva non del tutto coincidente con quella qui delineata, v., *amplius*, G. IERACI, *Costituzionalismo negativo e costituzionalismo positivo. Le basi istituzionali della democrazia*, in *Quad. sc. pol.*, VII, 1, 2000, 147 ss., il quale, invero, sembra ridurre alquanto le distanze tra i due tipi di costituzionalismo. In ogni caso, va rilevato che, assai opportunamente, alcuni studiosi italiani salutano con favore l'inaugurazione di quel più recente indirizzo gius-economico, significativamente chiamato *Behavioral Law and Economics*, che punta «a restituire un po' di umanità all'automa *oeconomicus*», imperniandosi sulla convinzione che il diritto e le sue trasformazioni si leghino alla percezione che i vari attori dell'ordinamento hanno non solo di ciò che sia più razionale o utile per se stessi, ma anche di ciò che sia più giusto e non strettamente legato a logiche di mercato: cfr. A. ARCURI, R. PARDOLESI, voce *Analisi economica del diritto*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, vol. VI, Giuffrè, Milano, 2002, 15 ss. (da cui è tratta l'espressione virgolettata); F. DENOZZA, *op. cit.*, 126; G. NAPOLITANO, *L'analisi economica del diritto pubblico*, cit., 29.

⁶¹⁴ M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in AA.VV., *Studi in onore di Manlio Mazziotti di Celso*, vol. II, Cedam, Padova, 1995, 105 s. Spunti in tal senso anche in G. GAROFALO, *op. cit.*, 1403, laddove, sulle orme di Ronald Dworkin (*Taking Rights Seriously*, 1977, e *A Matter of Principle*, 1985, volumi entrambi editi per i tipi della Harvard University Press di Cambridge, Massachusetts), viene sottolineata la necessità di armonizzare due principi etici in apparente contrasto: «l'ideale dei *progetti e delle appartenenze personali*, che domina la nostra vita privata e riguarda la responsabilità che crediamo di avere per chi, in qualche modo, ci è vicino; e l'ideale dell'*eguale considerazione politica dell'altro*, che domina la nostra vita politica e che ha a che fare con un'eguale considerazione per tutti gli uomini».

⁶¹⁵ V. TEOTONICO, *La parabola dello Stato liberale e il monito della storia*, cit., *passim*.

riproposizione del medesimo meccanismo che ha generato la crisi»⁶¹⁶. Se, quindi, motivazioni d'ordine giuridico e morale impongono anche e soprattutto il ritorno ad una maggiore giustizia distributiva, in modo che sia salvaguardata la dignità sociale delle classi medio-basse, anche motivazioni d'ordine economico e razionale dovrebbero spingere nella medesima direzione, affinché, da un lato, sia scongiurato il persistente ristagno dei consumi⁶¹⁷, o la loro crescita meramente artificiale (giacché basata essenzialmente sull'indebitamento degli stessi consumatori)⁶¹⁸, e, dall'altro, sia favorita una maggiore coesione sociale (in quanto, come vuole accreditata dottrina, essa stessa condizione di efficienza del mercato e di stabilità delle istituzioni)⁶¹⁹.

In questa prospettiva, «i diritti sociali di prestazione» non devono essere visti solo come un intralcio troppo fastidioso nella ricerca dell'equilibrio finanziario, bensì come un «volano che spinge la crescita, lo sviluppo, una distribuzione solidale della ricchezza e del benessere»⁶²⁰. Pertanto, se non si può contestare che tali diritti “costino”, come e forse più di altri, bisogna anche ammettere che “costi” parimenti, «in termini economici non meno che sociali, l'assenza di tali diritti»⁶²¹. Né, come si è detto prima (par. 3.4), i vincoli, vecchi e nuovi, alle decisioni di bilancio appaiono un ostacolo insormontabile: essi, da un lato, sono meno stringenti di quel che si crede (o si vuol far credere)⁶²²; dall'altro lato, quella di una più equa redistribuzione resta una questione politico-costituzionale, non solo chiaramente ineludibile, ma anche prevalentemente interna a ciascuno Stato. Infatti, anche a voler ammettere che assai difficilmente si possa derogare ai limiti, nazionali e sovranazionali, fissati per le politiche economico-sociali e che le poste di bilancio per la loro attuazione siano state ulteriormente e drasticamente ridotte a causa della crisi, tutto ciò produce essenzialmente un rafforzamento dell'impegno ad utilizzare in modo oculato e responsabile le risorse disponibili, ma non fa assolutamente venir meno né il dovere di destinarle innanzitutto ai bisogni primari, costituzionalmente fissati, né la possibilità di scegliere, successivamente, tra impieghi alternativi consentiti dalla stessa Carta del '48⁶²³. E, dunque, se,

⁶¹⁶ C. GNESUTTA, *Dopo la crisi: quale regolamentazione finanziaria?*, in AA.VV., *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, cit., vol. II, 1431.

⁶¹⁷ Si tratta, in realtà, di un convincimento ben presente, e da molto, in una parte più illuminata della scienza non solo economica, ma anche giuridica, se è vero che, già quasi mezzo secolo fa, G. GUARINO, *op. ult. cit.*, 998, sosteneva che quell'ampliamento del mercato, che è possibile conseguire stimolando la capacità e la volontà di consumare dell'intera collettività, risulta «indispensabile per alimentare la crescita, e quindi la sopravvivenza, delle imprese».

⁶¹⁸ Così, *ex aliis*, G.F. FERRARI, *Stato e mercato. Quali rapporti dopo la crisi?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2010, XVII ss.

⁶¹⁹ In tal senso, v., ad es., J.P. FITOUSSI, *Il dibattito proibito. Moneta, Europa, povertà*, tr. it. di A. RUBIN DE CERVIN, Bologna, 1997, *passim* e spec. 14 e 139 ss.; A.K. SEN, *op. cit.*, 60 ss. V., più di recente, Q. CAMERLENGO, L. RAMPA, *op. ult. cit.*, i quali osservano che a rilevare, da un punto di vista economico, non è la circostanza che i diritti sociali abbiano costi superiori (ai diritti individuali) ma quella «che siano in grado di generare un beneficio netto o *surplus* sociale addizionale» (p. 60), ovvero «un maggiore benessere collettivo» (p. 68). Gli Autori, inoltre, spiegano come la costituzionalizzazione e la efficiente realizzazione *anche* dei diritti sociali «favorisca l'accordo costituzionale» e «la protezione pubblica di *tutti* i diritti fondamentali» (pp. 77 s.).

⁶²⁰ G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, cit., 175.

⁶²¹ V., da ultimo, M. BENVENUTI, *Libertà senza liberazione (a proposito dell'introuvabile “dimensione sociale europea”)*, cit., 45.

⁶²² In tal senso, perlomeno con riferimento ai limiti esterni, v., ad es., M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in *www.astrid-online.it*, (6 febbraio 2013), par. 2.4, secondo cui essi non risultano poi così rigidi e, peraltro, sono «affidati a procedimenti sanzionatori segnati da ampia discrezionalità politica». Sulle novità in tema di bilancio introdotte in Italia cfr., *ex multis*, P. DE IOANNA, *Tempo ed equilibrio: due dimensioni cruciali nella disciplina costituzionale del bilancio pubblico*, in *www.federalismi.it* (29 giugno 2016), par. 3, il quale osserva come in nessun punto del nuovo sistema normativo (titoli e norme) si richiami il «pareggio nominale», precisando che «la declinazione del pareggio (evocato nei titoli delle leggi, costituzionale e “rinforzata”) coincide concettualmente con il perimetro dell'equilibrio» finanziario, che è concetto «dinamico, intrinsecamente diverso» e collegato alle fasi (avverse o favorevoli) del ciclo economico.

⁶²³ Cfr. L. CARLASSARE, *Priorità costituzionali e controllo sulla destinazione delle risorse*, cit., spec. parr. 1 e 5.

nella specie, contemperamento tra diverse esigenze deve esserci, esso va correttamente effettuato non «tra Stato sociale e risorse disponibili, che sono, in realtà, incomparabili», ma «tra i vari interessi costituzionalmente protetti, ivi compresi l'eventuale modo e misura della protezione, in relazione alle risorse disponibili, dalle quali, ovviamente, non si può prescindere, bensì, però, non come da un parametro di legittimità, ma come da un (mero) dato di riferimento, cioè solo come presupposto per la concreta attuazione dei disposti costituzionali»⁶²⁴.

Ricorrendo a parole più semplici, si può dire che, ancora e, forse, soprattutto oggi, «non contano soltanto le dimensioni della torta, ma anche il modo in cui sono tagliate le fette»⁶²⁵.

5. Brevi considerazioni finali

Sembra, in conclusione, che una doppia consapevolezza debba muovere l'analisi dell'odierno studioso del diritto. La prima attiene al significato attuale da assegnare alla Carta repubblicana del '48, la quale, come tutte le cose frutto dell'opera dell'uomo, risulta bensì ampiamente rivedibile e perfezionabile, «ma – a conti fatti, di fronte alla crisi del capitalismo mondiale – si rivela tuttora davvero molto più avanzata della stessa società italiana del XXI secolo»⁶²⁶. L'altra consapevolezza riguarda l'importanza del ruolo sociale, prima ancora che professionale dello stesso studioso, che, lungi dal ridursi a *bouche de la loi* o, peggio, secondo qualcuno, a «giurista di regime»⁶²⁷, dovrebbe assolvere una funzione di critica e di controllo su quanti detengono il potere e, per ciò stesso, anche di collegamento tra questi ultimi e chi al potere stesso è assoggettato⁶²⁸.

Né tutto ciò deve suonare come un invito al giurista ad esorbitare dalle sue funzioni. Per vero – rievocando una riflessione di persistente attualità di Vittorio Emanuele Orlando – «il diritto scritto [dai politici] non riproduce che una parte, e non sempre la migliore» di ciò che è «giuridicamente sentito» dalla coscienza collettiva⁶²⁹. Anche per questo – proseguiva il Maestro palermitano – diventa essenziale e delicato il lavoro del giurista quale interprete qualificato non solo di questo diritto, ma anche di quella coscienza: «come la stessa etimologia dimostra, interprete vuol dire chi si interpone e concilia, non già chi si limita a tradurre una lingua in un'altra più comprensibile, ma serbando l'identico contenuto»⁶³⁰. Secondo una felice metafora – peraltro di uno dei migliori allievi dello stesso Orlando, il già più volte menzionato Giuseppe Capograssi –, quella che compie quotidianamente la scienza giuridica assomiglia ad un'«opera di sutura»,

⁶²⁴ F. GABRIELE, *Diritti sociali, unità nazionale e risorse (in)disponibili: sulla permanente violazione-inattuazione della Parte prima (quella "intoccabile") della Costituzione*, cit., par. 4. Sull'importanza della giurisprudenza costituzionale, nell'assicurare tutela piena ed effettiva ai diritti sociali, v. da ultimo, M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in www.rivistaaic.it (25 luglio 2016), in part. par. 4, il quale propone alcune soluzioni tecnico-processuali con cui la Corte potrebbe, pur evitando eccessive ingerenze nelle scelte economico-finanziarie del legislatore, comunque rafforzare il proprio controllo *in subiecta materia*.

⁶²⁵ Così G. NAPOLITANO, *op. ult. cit.*, 27, sulla scia di M. POLINSKY, *Una introduzione all'analisi economica del diritto* (1983), tr. it. di R. PARDOLESI, Zanichelli, Bologna, 1986.

⁶²⁶ A. SPADARO, *Costituzionalismo versus populismo. Sulla c.d. deriva populistico-plebiscitaria delle democrazie contemporanee*, in www.forumcostituzionale.it (9 maggio 2013), par. 4.

⁶²⁷ G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, cit., 179. Estende la considerazione agli intellettuali in generale A. CARRINO, *La rettificazione dei nomi: federalismo e presidenzialismo*, cit., 216, laddove ritiene che essi debbano tornare al loro «compito primigenio, che non è quello di servire il principe, ma di conversare col principe sul mondo che li circonda».

⁶²⁸ Proprio da qui nasce o, comunque, si rafforza l'esigenza dei giuristi di acquisire, o ampliare, un «sapere trasversale» e di aprirsi, dunque, ai più vari campi di esperienza umana, a partire dall'economia, «che col diritto vanta connessioni non soltanto antiche, ma autenticamente strutturali»: F. PEDRINI, *op. cit.*, 164.

⁶²⁹ V.E. ORLANDO, *L'elogio dell'avvocatura e le riforme istituzionali* (1914), in ID., *Scritti vari di diritto pubblico e scienza politica*, Giuffrè, Milano, 1940, 298. In senso conforme, nella letteratura contemporanea, v., ad es., R. COOTER, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. PARDOLESI, T. ULEN, *op. cit.*, 11, i quali sostengono che «le scelte legislative sono in realtà scelte essenzialmente incomplete o indeterminate, che richiedono, per essere amministrate, un'opera di completamento, di rideterminazione, o di riattivazione da parte del giurista».

⁶³⁰ V.E. ORLANDO, *L'elogio dell'avvocatura e le riforme istituzionali*, cit., 299.

consiste, cioè, in un'attività di interpretazione, di spiegazione e di sistematizzazione del diritto tesa a "cucire" elementi differenti, a «riportare il nuovo nell'antico e il particolare nel sistema»⁶³¹, nonché – si può aggiungere – il non previsto nel previsto.

Altrimenti detto, alla dottrina, anche a motivo dell'«elasticità» della Carta repubblicana⁶³² e della naturale predisposizione alla «rigenerazione semantica» dei suoi enunciati⁶³³, è affidato un compito insostituibile sul piano sia teorico che pratico: «costruire armonicamente il sistema costituzionale così da indicare spassionatamente, al di là delle lotte politiche, i criteri di superamento delle incertezze, eliminando incongruenze e colmando lacune e, per quanto occorra, valutando la prassi in corso di formazione con quella libertà che la [... Carta] medesima riconosce alla scienza (art. 33, comma 1°), inclusa in primo piano la scienza giuridica»⁶³⁴. In questa maniera, dunque, «si possono evitare due pericoli: quello di un incolore conformismo acritico e quello di uno scetticismo pessimistico, che può condurre sino al rinnegamento della nozione stessa di Costituzione, come una sopravvivenza e non più una efficiente realtà»⁶³⁵.

Esistono periodi, come quello presente, di grande confusione ed incertezza, in cui si tende a smarrire il senso delle categorie concettuali tradizionali, in cui si percepisce il procedere di una transizione verso un nuovo modo d'essere dei rapporti sociali, economici e politici ed in cui il legislatore appare, per alcuni versi, distratto (da interessi precostituiti), per altri versi, inadempiente (rispetto ad una parte delle incombenze costituzionali), per altri versi ancora, inadeguato (a dare risposte ad alcune pressanti istanze popolari). Ebbene, in tempi del genere, il compito di controllo e di stimolo del potere da parte del giurista-costituzionalista, la sua funzione di interposizione e di conciliazione, la sua opera di sutura e la sua attività di (ri)costruzione sistematica divengono di estrema rilevanza. Mai, come in questi momenti, il giurista-costituzionalista è chiamato a far fronte a queste sue precise responsabilità, ergendosi a «protagonista primario dello sviluppo della società»⁶³⁶, ma pur sempre conservando ed utilizzando quella superiore coscienza critica di cui dispone⁶³⁷. Egli, dunque, deve dimostrare di avere una *fede incrollabile*, per continuare a servire i valori fondamentali di convivenza; una *mente*

⁶³¹ G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto* (1937), in ID., *Opere*, cit., vol. II, 579.

⁶³² Come ricorda F. PERGOLESÌ, *Rigidità ed elasticità della Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, 45, l'introduzione della nozione giuridica di «elasticità» si deve, con ogni probabilità, a Luigi Rossi, il quale, nel suo *L'elasticità dello Statuto italiano*, in AA.VV., *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, vol. I, Cedam, Padova, 1940, 7 ss., la descriveva come «la caratteristica conformazione di una Carta costituzionale, la quale agevolmente si adatti alle variabili necessità dei tempi e delle circostanze, perché le sue formule, sintetiche e generiche, lasciano largo margine al loro sviluppo e alla loro integrazione mediante leggi costituzionali particolari, consuetudini ed interpretazioni varie». E quindi precisava: «L'elasticità proviene da due fattori: la sobrietà e la generalità; cioè, quantitativamente, dalla sua limitazione alle materie più essenziali; e, qualitativamente, dalla indeterminatezza delle varie disposizioni; così che possano emanarsi susseguenti atti legislativi nelle stesse materie senza che questi intacchino la Carta costituzionale».

⁶³³ Come ripetutamente sottolinea A. RUGGERI, *Lacune costituzionali*, in *www.rivistaic.it* (18 aprile 2016).

⁶³⁴ Cfr. F. PERGOLESÌ, *Rigidità ed elasticità della Costituzione italiana*, cit., 59, secondo cui l'elasticità della Costituzione, se comporta un aspetto negativo, riconducibile ad un certo margine di incertezza del diritto che ad essa si accompagna, ne ha anche uno estremamente positivo: «quello che consente al testo scritto una vitalità indeterminatamente prolungata nel tempo e con adattamenti di adeguata evoluzione» (p. 60).

⁶³⁵ Ivi, 59 s. Dunque, se vi è bisogno di un «apparato di dominio» che sappia tramutare diritti ed interessi in norme giuridicamente valide, neppure si può fare a meno di molteplici altri soggetti, non ultimi gli stessi giuristi, che contribuiscano a costruire e sviluppare, intorno ad essi e «in forma dialogica e comunicativa», un'«organizzazione costituzionale integrata», capace di realizzare un'effettiva unità politica (resa possibile proprio dall'esistenza di una pluralità di valori condivisi) di carattere non statico, ma processuale ed interattivo (in quanto l'organizzazione stessa comunica costantemente con la società senza consentire che un indirizzo, un interesse o un diritto possa pregiudizialmente, o una volta per tutte, imporsi sugli altri): P. PINNA, *La Costituzione e la giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1999, 97 ss.

⁶³⁶ Così, per tutti, G. GUARINO, *op. ult. cit.*, 968 ss.

⁶³⁷ ... ragion per cui, osserva G. AZZARITI, *op. ult. cit.*, 184, «il giurista non si preoccupa della realizzazione dello Stato ideale, ma solo della conservazione dello Stato costituzionale, non dispone della politica, ma propone le forme e i modi di realizzazione delle politiche costituzionalmente adeguate ai principi del diritto positivo».

aperta, per vagliare tutte le posizioni in campo; una *mano delicata*, per contemperare armonicamente le stesse posizioni; un *occhio profondo*, per guardare «oltre il già noto» e «fuori dal contingente»⁶³⁸.

⁶³⁸ ... «ma pur sempre *dentro* la storia e il conflitto politico e sociale»: G. AZZARITI, *op. ult. cit.*, 172.

La riflessione sullo stato e la sua crisi nel pensiero di Vezio Crisafulli*

di Mario Sirimarco*

Sommario: 1. Premessa; 2. Dallo Stato-persona allo Stato-comunità; 3. Il principio di sovranità preso sul serio; 4. Sovranità e partiti politici; 5. La visione della crisi.

1. Premessa.

Nel complesso itinerario del pensiero di Vezio Crisafulli, coerentemente teso alla ricerca dell'equilibrio fra diritto e politica⁶³⁹, la riflessione sullo Stato e la sua crisi (che l'Autore sviluppa in particolare nei saggi successivamente raccolti nel volume *Stato popolo governo. Illusioni e delusioni costituzionali*) rappresenta, insieme a quella straordinaria sui principi generali del diritto, uno dei momenti più intensi sia per la possibilità che offre di ricostruire storicamente il contributo del grande costituzionalista alla cultura giuridica del nostro paese, sia per la forte attualità di molti temi proposti.

Crisafulli, avendo come obiettivo lo studio dello Stato da una prospettiva di teoria generale, ma anche tenendo ben presente le vicende storico-istituzionali dello Stato italiano, prende le mosse della sua riflessione cogliendo lo Stato “nel suo nesso imprescindibile con il popolo, che ne costituisce la sostanza vivente e la ragion d'essere, senza del quale l'organizzazione governante si ridurrebbe a mera astrazione (un guscio vuoto e, nella migliore delle ipotesi, un meccanismo giuridico fine a se stesso). Lo Stato-comunità, perciò, nella sua continuità storica, che permane oltre il mutare dei regimi politici e dei relativi ordinamenti giuridici, oltre ogni mutamento quantitativo della popolazione ed ogni variazione territoriale, grande o piccola che sia: finché (e perché) resti fermo quel vincolo politico unitario, che fa assurgere una collettività a stato, contrassegnandone l'identità”⁶⁴⁰.

La novità più rilevante della Costituzione italiana, e, direi, più in generale, dello Stato contemporaneo (come aveva colto con la consueta maestria e profondità Giuseppe Capograssi nel 1922, nel saggio *La nuova democrazia diretta*⁶⁴¹), inteso come sviluppo in senso democratico

* Contributo sottoposto a double blind peer review

* Professore aggregato di Filosofia del Diritto presso l'Università di Teramo

⁶³⁹ Ho cercato di sintetizzare questo itinerario in *Vezio Crisafulli. Ai confini tra diritto e politica*, ESI, Napoli, 2003. Cfr. anche il mio *Vezio Crisafulli*, in CAPPELLINI, COSTA, FIORAVANTI, SORDI (a cura di), *Enciclopedia Italiana di Scienze, Lettere ed Arti. Il contributo italiano alla storia del pensiero – Diritto*, Istituto della Enciclopedia Italiana Treccani, Roma, 2012.

⁶⁴⁰ V. CRISAFULLI, *Stato popolo governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1985, p. V.

⁶⁴¹ G. CAPOGRASSI, *La nuova democrazia diretta*, in *Opere di Giuseppe Capograssi*, I, Giuffrè, Milano, 1959. Come ben coglie F. LANCHESTER, *Introduzione generale al Convegno “Mortati e la ‘legislatura’ costituente”*, in “Nomos – Le attualità del diritto”, 2/2016, p. 17, partendo dalla messa in evidenza delle conseguenze che avrebbe avuto l'ingresso delle masse nelle istituzioni, scriveva pagine interessanti sulla sovranità: “Il mutato ambiente sociale e storico, non ha eliminata né tanto meno soppressa la funzione della sovranità e quindi tanto meno ha resa inutile la nozione di essa, ma ha invece dato una forma e un contenuto nuovo a quella funzione (...) Il fatto nuovo è l'autonomia assunta dalle forze sociali e dalle funzioni che esse esercitano (...) Questa rivalutazione che la società ha fatto di se stessa come autocoscienza e autodirezione di fronte alla direzione e alla coscienza

partecipativo-rappresentativo dello Stato moderno e come tentativo di conciliare “Stato di diritto” e “Stato sociale”, non è data solo dall’introduzione del principio democratico come principio esclusivo dell’organizzazione dello Stato, principio presente anche se sopraffatto dal sistema oligarchico nel precedente ordinamento, ma soprattutto dal principio della sovranità popolare. Se l’idea di sovranità è implicita in tutte le articolazioni dello Stato moderno, solo in alcuni ordinamenti essa diventa però principio effettivo di organizzazione dello Stato, principio “dal quale discendono e al quale possono collegarsi determinati istituti di diritto positivo”⁶⁴².

L’aver previsto in sede di diritto positivo il principio della sovranità popolare comporta tutta una serie di conseguenze giuridiche e politiche di cui bisogna inevitabilmente tener conto. E Crisafulli lamenta il fatto che ancora, siamo nella metà degli anni Cinquanta, di questa novità non si sia tenuto debito conto. Lamenta che continui a perdurare il dominio del ‘dogma’ secondo cui la sovranità appartiene allo Stato e che non si sia compiuto, salvo pochissime eccezioni, “un serio sforzo per adeguarsi ai principi nuovi enunciati dalla costituzione in merito al rapporto Stato-società conseguentemente alla posizione e alla rilevanza giuridica del popolo nell’ordinamento vigente”⁶⁴³. Lamenta, insomma, che lo Stato continui ad essere considerato come l’unico soggetto sovrano.

Mentre in Francia il concetto di sovranità statale si trova sempre accompagnato dal riferimento alla sovranità popolare o nazionale, in Italia e Germania l’impostazione è molto diversa poiché “il processo di formazione dello Stato moderno e della stessa unità nazionale-statale, in ritardo di oltre mezzo secolo rispetto alla vicina Francia, era avvenuto dall’alto in basso, anziché dal basso in alto; era avvenuto, per dir così, attraverso una interna evoluzione e trasformazione dell’organizzazione statale, piuttosto che per conquista popolare, che si fosse incarnata e dispiegata in nuove istituzioni governative e in un nuovo assetto dei pubblici poteri”⁶⁴⁴. In questi paesi, cioè, la nascita dello Stato moderno, nel senso in cui Crisafulli adopera questa espressione, è avvenuta proprio attorno alla sovranità statale: lo Stato diventa sovrano nel senso che l’istituzione statale prende il posto del sovrano e si qualifica come persona, come soggetto titolare della potestà di governo. In altri termini, mentre in Francia la nascita dello Stato moderno è caratterizzata dal fatto che la persona statale si presenta come espressione, rappresentante,

dello Stato, non è soltanto un fatto extragiuridico, ma un fatto che ha la sua vera ed essenziale sostanza giuridica, che costituisce tutta una nuova posizione del diritto costituzionale, poiché altera e sposta i cardini sui quali l’ordinamento costituzionale liberale si fondava (...) La sovranità, come potere supremo rimane sempre, quale ineliminabile categoria del diritto pubblico: ma di nuovo si sposta il soggetto nel quale essa si incarna (...) titolare della sovranità torna ad essere veramente l’universalità dei cittadini, l’elettorato tutto intero (...) Il corpo sociale, come universalità dei cittadini, ha riassunto la sovranità; se non che, mentre nella concezione classica democratica, quella universalità era considerata in senso individualistico, e atomistico, ora la sovranità è esercitata dal complesso sociale, in quanto questo viene concretandosi e articolandosi nei grandi interessi sociali” (pp. 446-452). Una delle conseguenze più importanti di questo “trapasso” della sovranità all’intero corpo sociale è il superamento del modello rappresentativo verso una “democrazia a tendenza diretta” (Crisafulli preferisce parlare di modello partecipativo): “La nuova forma di democrazia diretta, consiste dunque effettivamente nella coscienza, che le forze sociali hanno assunto, della pubblicità e della giuridicità della loro funzione, e nella necessità che lo Stato ha, di mettersi in relazione con queste forze per provvedere al conseguimento di alcuni dei suoi scopi più essenziali come quello della pace sociale, e per provvedere alla formazione della legge, la quale deve essere il riflesso e il portato della vera e concreta esperienza degli interessi e delle realtà, per le quali deve essere fatta” (pp. 479-480). Ricordo che nell’anno accademico 1928-29, Crisafulli aveva frequentato alla Sapienza il corso di Filosofia del diritto di Giorgio Del Vecchio (con cui si laureerà nel 1932 con una tesi sulla norma giuridica) partecipando alle esercitazioni coordinate proprio da Capograssi (*Le esercitazioni di filosofia del diritto nella R. Università di Roma (1925-1932)*, in *Opere di Giuseppe Capograssi*, cit., VII, p. 275 ss.; cfr. M. SIRIMARCO, *Vezio Crisafulli. Ai confini tra diritto e politica*, cit., p. 20).

⁶⁴² V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, in *Stato popolo governo*, cit., p. 125.

⁶⁴³ Cfr. V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, cit., p. 95.

⁶⁴⁴ V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, cit., p. 96.

strumento, del popolo o della nazione, in Italia e Germania il dogma della sovranità statale si presenta più rigido diventando ideologia politica, fornendo motivo alle classi dominanti per giustificare e conservare il proprio potere politico: “nella giuspubblicistica germanica e italiana, il dogma si è anzi tradotto ben presto in una vera e propria esaltazione mistica dello Stato, che trova riscontro, sul terreno filosofico, nelle correnti di pensiero neo-hegeliane, per culminare in Italia, nell’idealismo attualista e infine nella retorica fascista dello Stato. Non solamente il principio della sovranità popolare (...) era accuratamente relegato, dalle rispettive dottrine, fuori dai confini della trattazione giuridica, ma lo stesso concetto di popolo veniva considerato spurio e privo di altro significato per il giurista, che non fosse quello di elemento costitutivo dello Stato”⁶⁴⁵.

È evidente, allora, che, per quanto più direttamente riguarda l’Italia, l’avvento della Costituzione repubblicana segni, rispetto al passato, una cesura netta in quanto la sovranità popolare assurge a fonte della stessa Carta e dell’intero ordinamento⁶⁴⁶.

Da questa novità occorre, per Crisafulli, necessariamente e inevitabilmente partire.

2. Dallo Stato-persona allo Stato-comunità.

Crisafulli dimostra notevole consapevolezza dei grandi cambiamenti storici che hanno posto l’accento sui rapporti tra società e potere politico e dei diversi significati della parola (e del concetto di) Stato. Secondo un’impostazione, che grande fortuna avrà nella giuspubblicistica successiva, ‘Stato’ non ha un significato univoco ma si sostanzia in due accezioni essenziali: lo *Stato-comunità* e lo *Stato-governo*. Scrive Crisafulli: “la parola Stato copre due distinti contenuti concettuali, così come il concetto di Stato ha per oggetto due distinti fenomeni reali. Stato significa, a volte, l’intera comunità politicamente organizzata, nella sua unità dialettica di governanti e governati, di autorità e libertà; altre volte, invece, significa uno soltanto dei momenti costitutivi di tale fenomeno complessivo, e cioè il governo (in senso largo): quel determinato apparato che, all’interno del gruppo politico, esercita la potestà d’imperio, governa, amministra, legifera, entra in rapporti determinati e giuridicamente regolati con altri soggetti”⁶⁴⁷.

⁶⁴⁵ V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, cit., p. 95.

⁶⁴⁶ Sul punto cfr. F. LANCHESTER, *I giuspubblicisti tra storia e politica*, Giappichelli, Torino 1998, diffusamente, che considera esemplare proprio questo fondamentale saggio di Crisafulli su *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*. Ricorda Lanchester, citando Crisafulli, anche come il giurista contrapponesse al ‘dogma’ della esclusiva sovranità dello Stato-soggetto una impostazione diversa “centrata viceversa sul principio della sovranità popolare e sul conseguente carattere strumentale assunto dallo Stato-soggetto”, per ricordarne due conclusioni importanti. Da un lato la caratterizzazione dell’ordinamento italiano che tentava di dare al principio della sovranità popolare concretezza di contenuto e dall’altro “la necessità di superare la grave sfasatura tra testo costituzionale e sua applicazione”. E qui anche il rapporto con Costantino Mortati, citato anche da Crisafulli, con la notazione che “sinché fosse continuata la discrasia fra principio di sovranità e realtà sociale,” ne avrebbero sofferto “anche gli istituti più propriamente politici, in senso stretto, connessi al principio di sovranità popolare”. Sul popolo cfr., anche, F. MERCADANTE, (voce) *Popolo (filosofia)* in *Enciclopedia del diritto*, XXXIV, pp. 302 ss.

⁶⁴⁷ V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, cit., p. 99. La lettura complessiva della Costituzione rivela per Crisafulli un assetto istituzionale complesso caratterizzato da una serie di figure giuridiche soggettive che compongono nel loro insieme una entità metastorica, vale a dire la nazione. Cfr. a riguardo V. CRISAFULLI, D. NOCILLA, (voce) *Nazione*, in *Enciclopedia del diritto*, XXVII. Cfr. anche F. LANCHESTER, *I giuspubblicisti tra storia e politica*, cit., passim. Per F. MODUGNO, *La dicotomia “Stato ordinamento” - “Stato soggetto” nel pensiero dei tre maestri*, in *Esposito, Crisafulli, Paladin. Tre costituzionalisti nella cattedra*

Questo fondamentale dualismo, che trova alimento nella matrice gramsciana (e in alcuni scritti del grande costituzionalista sulla stampa di partito⁶⁴⁸), non significa però separazione ma continua dialettica tra due momenti complementari di una stessa realtà⁶⁴⁹.

È evidente come la differenziazione dei due concetti comporti una serie di conseguenze sul problema della sovranità popolare in quanto il popolo potrà essere considerato quale mero elemento costitutivo dello Stato solo se si intenda lo Stato come “comunità” e non già come “governo”, poiché in questa seconda accezione il popolo emerge “come collettività di soggetti *esterna* allo Stato, destinataria degli atti di esercizio della potestà di governo, nelle sue diverse manifestazioni, e – modernamente – attiva, a sua volta, nei confronti dello Stato sui cui indirizzi, infatti, può in vari modi influire, talora anche con efficacia decisiva o addirittura capace, in determinati ordinamenti, di esercitare essa stessa direttamente la suprema potestà di governo”⁶⁵⁰. In questa prospettiva il nodo problematico essenziale diventa soprattutto quello del rapporto tra la sovranità statale, che possiamo definire strumentale, e l’esercizio della sovranità popolare, soprattutto, come vedremo, nei casi in cui ci troviamo nel silenzio dei testi costituzionali.

Merito straordinario della riflessione crisafulliana è l’aver preso sul serio (in coerenza con la ben nota tesi sulle disposizioni programmatiche della Costituzione⁶⁵¹) la seconda parte dell’art. 1 Cost.

padovana – Atti del Convegno di Padova, giugno 2003, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, “la teoria dello Stato duale di Esposito è (...) la base per poter correttamente impostare il problema della sovranità dello Stato ovvero del popolo. Se non partissimo dalla reale distinzione tra Stato collettività o comunità da un lato e Stato soggetto dall’altro il problema stesso non avrebbe alcun senso (...) Il contributo scientifico di Vezio Crisafulli è stato in materia relevantissimo e decisivo. Se si prescinde dalla su detta distinzione – che è merito di Esposito aver formulato nel senso della *reale contrapposizione di due soggetti*: lo Stato soggetto da un lato e la nazione o popolo dall’altro – la sovranità, come suprema potestà di governo, come indipendenza (...) insomma come qualità dell’organizzazione riferita all’ordinamento statale, non è che un aspetto di quest’ultimo (...) Una volta distinti il soggetto Stato dalla figura soggettiva nazione o popolo, *il problema della spettanza della potestà suprema*, di governo, si pone al tempo stesso in cui si pone l’altra questione del rapporto tra le due entità”.

⁶⁴⁸ V. CRISAFULLI, *Stato e società nel pensiero di Gramsci*, in “Società”, 1951 e ID., *Realtà e concetto giuridico dello Stato*, in “Società”, 1949. Cfr. M. SIRIMARCO, *Vezio Crisafulli. Ai confini tra diritto e politica*, cit., p. 107. Cfr. G. LIGUORI, *La prima ricezione di Gramsci in Italia (1944-1953)*, in “Studi Storici”, 3/1991. Sulla importanza di questa matrice gramsciana e marxista, e sulla valutazione dell’importanza degli scritti crisafulliani sulla stampa comunista, cfr. S. BARTOLE, *Militanza politica e scienza giuridica nei contributi di Vezio Crisafulli alla stampa comunista (1944-1955)*, in <http://forumcostituzionale.it> del 26 luglio 2016. Sergio Bartole ricostruisce il contributo di Crisafulli al dibattito costituente e a quello istituzionale successivo fino all’uscita dal partito dopo i fatti dell’Ungheria (e anche dopo una serie di tormentate vicende personali), attraverso i numerosi interventi su riviste di partito nel suo, controverso per la verità, ruolo di esperto del PCI in materia istituzionale. Mi sembra, però, che in questi interventi, almeno in buona parte di essi, le ragioni della ortodossia e della militanza politica siano prevalenti su quelli della riflessione giuridico-politica anche se, indubbiamente vi si possono cogliere diversi interessanti spunti (la distinzione tra Stato-autorità e Stato-ordinamento, il richiamo alla centralità del momento partecipativo che si spinge ad ipotizzare un potere costituente del popolo in caso di inerzia delle Camere, al tema dell’attuazione della Costituzione e della tutela dei diritti fondamentali, all’attenzione per modelli costituzionali capaci di recepire il necessario dinamismo sociale ed economico); ma anche alcune inopportune acrobatiche tesi (come i richiami comparatisti all’ordinamento sovietico e della Germania dell’Est e le citazioni di Lenin, Engels e Stalin ...). Per una ricognizione bibliografica delle opere di Crisafulli rinvio ancora al mio lavoro precedentemente citato. Cfr., per ricostruire la posizione di Crisafulli e del PCI nel dibattito Costituente, C. GIORGI, *Costituente, tradizioni giuridiche e trasformazioni della società. Il contributo di Vezio Crisafulli*, in “Scienza e politica”, 21/1999 e S. GUERRIERI, *Le idee costituzionali del Pef e del Pci all’indomani della liberazione*, in “Studi storici”, 1995 e C. FRANCESCHINI, S. GUERRIERI, G. MONINA (a cura di), *Le idee costituzionali della Resistenza*, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma, 1995; F. LANCHESTER, *Momenti e figure nel diritto costituzionale in Italia e in Germania*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 123 e ss..

⁶⁴⁹ D. NOCILLA, *La forma di governo*, in *Il contributo di Vezio Crisafulli*, cit., p. 118.

⁶⁵⁰ V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, cit., p. 103.

⁶⁵¹ V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano, 1952, p. 11: “una Costituzione deve essere intesa ed interpretata, in tutte le sue parti, *magis ut valeat*, perché così vogliono la sua natura e la sua funzione, che sono e non potrebbero non essere (...) di atto normativo, diretto a disciplinare obbligatoriamente comportamenti pubblici”. E ancora in *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, cit., p. 105: “La Costituzione è una legge, un atto normativo: si deve perciò presumere in partenza che tutte le sue disposizioni pongano norme giuridiche, e non all’opposto che siano formule puramente moralistiche, didascaliche e decorative”. Su questo tema e sul suo legame con la riflessione crisafulliana sui principi generali del diritto, sia consentito rinviare al mio, *Vezio Crisafulli. Ai confini tra diritto e politica*, cit., p. 43 e ss.

contro i tentativi volti a depotenziare, ad aggirare, a non riconoscere in definitiva la centralità di una basilare disposizione che troppo spesso veniva “superficialmente relegata tra le vuote enunciazioni rettoriche”⁶⁵². Al contrario, come dimostra soprattutto il fatto che essa non sia una disposizione isolata bensì una disposizione-principio che informa di sé l'intero sistema costituzionale, la seconda parte dell'art. 1 Cost. afferma il principio della sovranità popolare alludendo sia alla spettanza che all'esercizio della stessa, oltre a determinare le forme e i limiti di tale esercizio.

La disposizione in esame deve essere considerata, pertanto, come una disposizione di principio avente un preciso contenuto normativo. In altri termini, nel nostro ordinamento, la sovranità, nel senso della suprema potestà di governo e non della originarietà dell'ordinamento, non emana, ma appartiene al popolo, inteso come *collettività di soggetti viventi*, come generazione attuale dei cittadini: “sovranità popolare significa concretamente spettanza del potere supremo al popolo, al popolo vivente, risultante dal complesso dei soggetti che l'ordinamento considera appartenenti allo Stato ossia ai suoi cittadini”; sovranità popolare significa, quindi, “il diritto di tutti i cittadini a concorrere, direttamente o indirettamente, attraverso l'esercizio di poteri, diritti e libertà ad essi spettanti, a formare la volontà suprema governante nella Repubblica Italiana”⁶⁵³. Ecco perché “Stato-soggetto è espressione ellittica per indicare in modo comprensivo i diversi momenti istituzionali in cui, secondo la Costituzione, il popolo è rappresentato”⁶⁵⁴.

Non vale contro questa lettura dell'art. 1 Cost. dire, come fa per esempio Mortati⁶⁵⁵, che il popolo, nella sua accezione di corpo elettorale, rilevi quale organo dello Stato. Essendo i due concetti nettamente distinti, il riferimento costituzionale non può riguardare il corpo elettorale. A conferma della tesi crisafulliana alcune importanti prove disseminate nel testo costituzionale come il riconoscimento di diritti politici e di libertà fondamentali, che, pur definite libertà civili, presentano una notevole rilevanza politica, non solo per gli elettori, ma per tutti i cittadini. È innegabile “che la costruzione più lineare e più strettamente aderente alle esigenze reali della rappresentanza politica, è precisamente quella che colloca il corpo elettorale esternamente allo Stato-soggetto, quale mezzo tecnico attraverso cui il popolo è abilitato a imprimere direttiva e impulso all'azione dello Stato, costituendone addirittura esso stesso (come appunto nel caso delle elezioni) uno o più organi essenziali”⁶⁵⁶. Non è ipotizzabile, in definitiva, una interpretazione del secondo comma dell'art. 1 Cost., che gli assegni un qualche valore giuridico, con la idea di mantenere fermo il ‘dogma’ della sovranità dello Stato. È il popolo il titolare della sovranità, è il popolo ad esercitare la sovranità nelle forme e nei limiti della Costituzione: esercizio indiretto attraverso lo Stato-soggetto rappresentativo del popolo; esercizio diretto attraverso la funzione elettorale, gli istituti di democrazia diretta e lo svolgimento delle libertà politiche e civili⁶⁵⁷.

⁶⁵² V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, cit., p. 105.

⁶⁵³ V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, cit., p. 111.

⁶⁵⁴ Cfr. G. SILVESTRI, *Sovranità popolare e magistratura*, in *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin: atti del convegno di studio per celebrare la Casa editrice CEDAM nel 1° centenario della fondazione (1903-2003)*, a cura di L. CARLASSARE, Cedam, Padova, 2004.

⁶⁵⁵ M. FIORAVANTI, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della Costituzione: Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana*, in M. GALIZIA, P. GROSSI (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 171-172.

⁶⁵⁶ V. CRISAFULLI, *Stato popolo governo*, cit., p. 115.

⁶⁵⁷ Scrive Crisafulli: “L'art. 1, secondo comma, attribuisce senza mezzi termini la sovranità – la spettanza e l'esercizio della sovranità – al popolo, non come eccezione, ma come regola, né alcun accenno si rinviene nel testo costituzionale ad una concorrente (...) sovranità dello Stato-soggetto. È vero che l'art. 1 rinvia, per l'esercizio della sovranità popolare, alle *forme* ed ai *limiti* della Costituzione. Ma, a ben guardare, tale richiamo risulta – anche testualmente – riferito all'esercizio, e non anche

Il popolo rappresenta, per Crisafulli, una delle numerose *figure soggettive* presenti nel testo costituzionale: “se si ammette, come pure sembra esatto, che il concetto di soggetto giuridico non coincide necessariamente con quello di figura giuridica soggettiva, nel primo l'imputazione essendo sempre piena, nelle altre potendo essere parziale e comunque meno piena, potrà concludersi senza eccessive difficoltà col riconoscere al popolo la qualità, appunto, di figura giuridica soggettiva, senza con ciò attribuirgli una vera e propria soggettività, che si contrapponga a quella della persona statale (e meno ancora naturalmente – per chi distingue ulteriormente le persone giuridiche dai meri soggetti – una personalità giuridica propriamente detta)”⁶⁵⁸.

Di grande interesse questo punto soprattutto con riferimento a tutte le successive discussioni sulla crisi della rappresentanza e, in genere, dei moderni sistemi democratici⁶⁵⁹. La tesi di Crisafulli esalta il momento della partecipazione e, comunque, sollecita un ruolo attivo del cittadino che va al di là del pur imprescindibile momento elettorale. Nel nostro ordinamento, cioè, la sovranità non è attribuita al popolo come ad una unità indivisibile, che diventa un unico soggetto, “ma a tutti i cittadini, membri del popolo, ciascuno dei quali ha un diritto personale di parteciparvi con la propria volontà e perseguendo il proprio orientamento politico”⁶⁶⁰.

Una delle caratteristiche peculiari del mondo contemporaneo è costituita dal fatto che il popolo si presenta organizzato in formazioni particolari, alcune di origine volontaria come i partiti politici, i sindacati, che influenzano la formazione degli indirizzi politici popolari; altre di origine legale, come il corpo elettorale, grazie al quale il popolo manifesta una propria volontà unitaria e politicamente qualificata. Volontà unitaria capace di sovrapporsi ed imporsi, sintetizzandole, alle molteplici volontà particolari dei soggetti e delle formazioni volontarie.

Il corpo elettorale, nella visione crisafulliana, ha dunque la natura di un organo del popolo e non dello Stato-soggetto. Quest'ultimo, con il suo carattere rappresentativo, rimane lo strumento principale che gli ordinamenti contemporanei prevedono per l'esercizio in forma unitaria della sovranità popolare: “il presupposto comune di ogni ordinamento rappresentativo resta sempre l'idea, sia pure generica, di una spettanza, quanto meno originaria e metagiuridica, della sovranità al popolo: che lo Stato abbia per sua propria natura il compito di farne le veci, di curarne gli interessi, di attuarne la volontà e le esigenze – che insomma lo Stato sia essenzialmente per il popolo, a servizio del popolo”⁶⁶¹.

Lo Stato moderno rappresentativo rientra nel terzo dei tipi di ordinamenti che Crisafulli individua e cioè in quegli ordinamenti caratterizzati dalla spettanza al popolo della titolarità e dell'esercizio della sovranità. In questi ordinamenti “il popolo resta titolare della potestà di governo costituente e costituita, dell'una e dell'altra conservando altresì l'esercizio, e lo Stato-

alla titolarità della suprema potestà di governo; né esso mostra di alludere esclusivamente alla funzione elettorale e al referendum (...) rivolgendosi invece a precisare che la sovranità popolare è (...) una sovranità costituita, svolgentesi nell'ambito dell'ordinamento costituzionale positivo: sia in forma diretta, sia indirettamente attraverso l'apparato organizzativo dello Stato-soggetto” (*La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, cit. pp. 118-119). Può essere utile a proposito leggere la nota che Crisafulli dedica a Giacomo Perticone nella “Rivista internazionale di filosofia del diritto”, 1939, III-IV, pp. 141 ss.

⁶⁵⁸ V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, cit., pp. 120-121.

⁶⁵⁹ Sul punto cfr., tra i tanti, F. LANCHESTER, *La rappresentanza in campo politico e le sue trasformazioni*, Giuffrè, Milano, 2006; T. SERRA, *La disobbedienza civile. Una risposta alla crisi della democrazia?*, Giappichelli, Torino, 2000; T. SERRA, *La democrazia redenta. Il cammino senza fine della democrazia*, Giappichelli, Torino, 2001; C. CROUNCH, *Postdemocrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2003; M.L. SALVADORI, *Democrazie senza democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2001; S. RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Laterza, Roma-Bari, 2004.

⁶⁶⁰ V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, cit., p. 122.

⁶⁶¹ V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, cit., p. 133.

sogetto sostituisce pertanto il popolo nel solo esercizio di una parte di tale potestà, diventa cioè veramente un mero strumento tecnico, tra gli altri, per l'esplicazione di essa"⁶⁶². Popolo come figura soggettiva e non come soggetto nel senso che, senza entrare nel tecnicismo di questa distinzione, “nel nostro sistema costituzionale (...) la suprema potestà di governo non è attribuita al popolo come unità indivisibile, ossia come ad un unico soggetto, ma a tutti i cittadini, membri del popolo, ciascuno dei quali ha un diritto personale di parteciparvi con la propria volontà e perseguendo il proprio orientamento politico”⁶⁶³.

3. *Il principio di sovranità preso sul serio.*

Prendere sul serio il principio della sovranità popolare comporta una serie di importanti corollari che hanno notevoli implicazioni sul piano del diritto positivo e della teoria generale. Su alcuni di essi Crisafulli si sofferma in modo approfondito, su altri lancia degli input interessanti.

Abbiamo finora in particolar modo evidenziato le modalità elettorali, partecipative e collettive di esercizio della sovranità⁶⁶⁴, ma Crisafulli va oltre e accenna anche alla possibilità che il cittadino ha di esercitare la sovranità “in forma di atti singoli e particolari, teoricamente imputabili a ciascun cittadino, in quanto membro del popolo e perseguente un interesse politico”⁶⁶⁵. Il riconoscimento di alcuni diritti fondamentali (è solo il caso di ricordare l'attenzione di Crisafulli sul tema soprattutto negli scritti sulle riviste di partito⁶⁶⁶) rappresenta per questa via una ulteriore modalità di esercizio della sovranità. Non solo nei diritti politici; non solo in alcuni diritti di libertà (riunione e associazione, manifestazione del pensiero), e non per la loro funzione strumentale rispetto ai primi; ma anche in alcuni diritti economici (libertà di associazione sindacale, diritto di sciopero, diritto dei lavoratori a collaborare alla gestione delle aziende) Crisafulli vede la concretizzazione del principio di sovranità popolare. Queste libertà economiche, inquadrare più che nella definizione di Repubblica fondata sul lavoro nel secondo comma dell'art. 3, si presentano infatti come componenti essenziali della libertà umana perché la nostra Costituzione “staccandosi nettamente dallo schema ottocentesco, ha inteso fondare la democrazia politica sulla democrazia economica, assumendo i valori centrali della libertà e della dignità umana con riferimento all'uomo intero, persona privata e cittadino (...) La vigente costituzione (...) parte dal riconoscimento dell'esistenza di [tali] differenze e delle conseguenze impeditive e limitative che

⁶⁶² V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, cit., p. 138.

⁶⁶³ V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, cit., p. 122.

⁶⁶⁴ Su questo importante aspetto cfr. M. LUCIANI, *Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, in http://archivio.rivistaaic.it/materiali/convegni/20030619_padova/luciani.html, che, nel confronto con Esposito e Paladin, non ha esitazione a sostenere che sia Crisafulli il giurista più attento (e più audace) “a cogliere la straordinaria novità e importanza degli istituti di democrazia partecipativa”. Anche se, aggiunge Luciani, “Crisafulli si faceva poche illusioni sull'effettiva capacità di trasformazione del sistema rappresentativo e di – diciamo così – inveramento della democrazia ad opera degli istituti partecipativi. Vale la pena ricordare, a questo proposito, le lucidissime riflessioni sviluppate nelle *Lezioni* del 1970, laddove si osservava che “Nemmeno nell'ipotesi estrema di massima diffusione del potere, quale potrebbe aversi in un sistema di assoluto e diretto autogoverno della collettività (oggi, praticamente impensabile), si realizzerebbe quella piena coincidenza [governanti-governati], sia perché dall'esercizio del potere sarebbero sempre esclusi, quanto meno, i soggetti naturalmente incapaci, sia per la ineliminabile contrapposizione logica e storica tra le manifestazioni unitarie del popolo governante e i singoli, ad esse soggetti”.

⁶⁶⁵ V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, cit., p. 127.

⁶⁶⁶ Cfr. S. BARTOLE, *Militanza politica e scienza giuridica*, cit., diffusamente.

ne derivano ai fini di una struttura concretamente democratica della comunità statale, proponendosi solennemente di rimuovere le cause di ordine economico e sociale”⁶⁶⁷.

Altro tema interessante e molto complesso, anche perché non trova riscontro nella Carta, che emerge dalle pagine crisafulliane, è quello del diritto di resistenza o della resistenza collettiva strettamente connesso, mi sembra, a quello del potere costituente. In coerenza con la sua lettura della sovranità popolare, il grande costituzionalista ritiene che il popolo, nel momento in cui conserva l’esercizio ordinario della sovranità, deve essere sempre in grado di far sentire la sua voce e, nonostante il silenzio del testo costituzionale, deve essere sempre in grado di far prevalere la sua volontà anche nel caso in cui essa sia in contrasto con quella dello Stato-soggetto: “il punto-limite estremo della protezione giuridica spettante, in tali ordinamenti, agli interessi del popolo come tale si concreta nel cosiddetto ‘diritto di resistenza’, e più specialmente nella resistenza collettiva”⁶⁶⁸. Anche se, a mio avviso sarebbe più utile parlare arendtianamente di disobbedienza civile, ma Crisafulli (ma anche Mortati e tanta parte della cultura giuridica nostrana⁶⁶⁹), non sembra interessato a cogliere gli echi del dibattito sulle forme di disobbedienza civile che si stava attuando oltreoceano negli anni Settanta. Diritto di resistenza e resistenza collettiva rappresentano, infatti, l’antidoto contro la degenerazione totalitaria dello Stato; la disobbedienza civile, come magistralmente tematizzata da Hannah Arendt, in quanto legata alla dialettica consenso-dissenso e al recupero dell’esigenza della partecipazione e alla tutela dei diritti fondamentali, si presenta invece come fenomeno connaturato al sistema politico democratico⁶⁷⁰.

Si parla oggi di una “disobbedienza civile costituente” proprio come tentativo di risposta al naufragio delle democrazie. Nel senso che, partendo dall’accettazione del principio democratico, che nel momento in cui viene accettato rende impossibile la rivoluzione, si rende necessario individuare nuove forme di partecipazione e “la formulazione di una disobbedienza costituente mette in evidenza l’esigenza di riconoscere quel potere ampio anche se poco incisivo, ma che, attraverso atti di immediata evidenza, cerca di diventare incisivo, che la società deve arrogarsi se vuole vivere secondo il principio democratico, costituire la sua organizzazione politica e regolamentare i poteri che nella società esistono. È l’insieme di questi poteri a produrre decisione politica sul comune come potenza costitutiva dell’ordine civile”⁶⁷¹.

⁶⁶⁷ *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, cit., p. 131. E ancora “le cosiddette libertà economiche e in genere tutte le disposizioni del testo costituzionale aventi riferimento alle strutture della società civile acquistano un significato ed una importanza propriamente politici, entrando come componenti essenziali dello stesso sistema di governo adottato ed inserendosi pertanto nel quadro dei principi disciplinanti la formazione e l’esplicazione della sovranità popolare” (p. 145).

⁶⁶⁸ V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, cit., pp. 139-140.

⁶⁶⁹ T. SERRA, *Il ‘diritto’ di resistenza in Costantino Mortati*, in “Nomos - Le attualità del diritto”, 2015, p. 147.

⁶⁷⁰ H. ARENDT, *La disobbedienza civile e altri saggi*, Giuffrè, Milano, 1985. cfr. T. SERRA, *La disobbedienza civile. Una risposta alla crisi della democrazia?*, cit., 2000, che, tematizzando il fenomeno sulla base di una ridefinizione del giuridico e del politico e della loro connessione con la morale, sostiene che la disobbedienza civile si verifica solo nel mondo della democrazia. “La disobbedienza civile – per la Serra – diventa un momento della lotta per il diritto e contemporaneamente una espressione dell’impegno politico che definisce il rapporto tra cittadino e Stato in democrazia” (p. 89). Mi sembrano molto interessanti queste considerazioni perché muovono proprio dall’esigenza di riconsiderare, alla luce del principio della sovranità popolare, il rapporto cittadino-stato, e quindi le categorie della rappresentanza e della partecipazione: “La doverosità della violazione definisce la natura politica della stessa violazione e la collega (...) all’impegno politico che il ‘buon cittadino’ deve avere nei confronti della sua *polis* o nei confronti della sua umanità. Vale a dire, l’impegno che lo spinge a non limitare la partecipazione al momento della consultazione elettorale, ma a render continua testimonianza del suo modo di intendere la cosa pubblica e a partecipare attivamente e continuamente alla gestione della cosa pubblica, e, quando la sua voce non sia ascoltata, a rafforzarla in vario modo” (pp. 133-134).

⁶⁷¹ T. SERRA, *Il ‘diritto’ di resistenza in Costantino Mortati*, cit., p. 155.

Crisafulli preferisce parlare di resistenza collettiva, più che di diritto di resistenza, perché in queste ipotesi siamo di fronte ad una modalità “di esplicazione della potestà spettante al popolo, di una manifestazione diretta e immediata della sua sovranità, che si pone sul medesimo piano della esplicazione della originaria potestà costituente”⁶⁷².

Sul tema del potere costituente Crisafulli ritornerà, come è noto, nelle *Lezioni* del 1970, trattando di limiti logici, o di regime, alla revisione costituzionale, con una posizione più meditata che, criticando la tesi schmittiana sulla prevalenza assoluta del potere *costituente* sui poteri *costituiti* (a cui forse pare più vicino nello scritto sulla Sovranità del 1952) e quindi della differenza qualitativa tra potere costituente e revisione costituzionale, afferma che “il potere costituente (in sé inesauribile) si continua e permane, in costanza di ordinamento, come potere costituito (...). E perciò, come il suo esercizio può essere ed è limitato nelle forme e nei modi, così può esserlo quanto agli oggetti e al contenuto. Per tutto il resto, ove nulla sia disposto al riguardo, esso è libero di esprimersi nelle più varie direzioni e con i più diversi contenuti”⁶⁷³.

Comunque, nel caso in cui i poteri *costituiti* rompano gli argini fissati dai principi costituzionali, il popolo riprende in pieno il suo potere costituente. Resistenza (disobbedienza) e potere *costituente* si saldano come espressione più forte dell’esercizio della sovranità in quella zona grigia (nella quale si colloca anche l’indirizzo politico⁶⁷⁴) in cui diritto e politica si confondono, alla ricerca di un difficile equilibrio⁶⁷⁵.

Un’altra importante conseguenza è stata messa in luce da un autorevole allievo che ha ricollegato la distinzione fra Stato-comunità e Stato-soggetto a quella tra forme di Stato e di forme di governo così come si andava affermando nella cultura giuridica intorno agli anni Trenta. La problematica sulle forme di stato e di governo è stata sempre presente in Crisafulli a dimostrazione della costante attenzione del giurista verso quell’ampia zona grigia che si colloca tra diritto e politica, che gli permette di analizzare l’intima realtà dello Stato mettendone “in evidenza, da un lato, la natura di collettività stabilmente organizzata su un determinato territorio, e dall’altro, le particolari

⁶⁷² V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, cit., p. 140. Del resto non è “sufficiente proclamare in un articolo costituzionale il riconoscimento di un certo diritto, se non venga anche precisato il modo in cui la Costituzione garantisce effettivamente l’esercizio di questo diritto” (V. CRISAFULLI, *I diritti dell’uomo e del cittadino*, in “Rinascita”, III, 1946, p. 186).

⁶⁷³ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, Cedam, Padova, 1970, p. 105.

⁶⁷⁴ V. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell’indirizzo politico*, S.t.e.u., Urbino, 1939 (cfr. M. SIRIMARCO, *Vežio Crisafulli. Ai confini tra diritto e politica*, cit., p. 57 e ss. e Y.M. CITINO, *Considerazioni sull’indirizzo politico in occasione della ripubblicazione del saggio di Vežio Crisafulli*, in “Nomos – Le attualità del diritto”, 2/2016). Da ricordare che anche Mortati, come evidenzia F. Lancheester, “è consapevole dell’esistenza della cosiddetta ‘zona grigia’ del diritto costituzionale in cui il politico ed il giuridico si condizionano, ma considera fondamentale tenere in debito conto la condizione dello stato di massa” (F. LANCHESTER, *Mortati e la ‘legislatura’ costituente*, in *Costantino Mortati. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale*, cit., p. 17).

⁶⁷⁵ E qui il pensiero va a Mortati che pure oscilla tra diritto di resistenza e resistenza collettiva, che comunque ne mette in evidenza il carattere “metagiuridico” e che, come ricorda Teresa Serra, arriva ad ipotizzare “la possibilità di figure organizzative del popolo al di fuori di schemi normativi che traessero il titolo della loro legittimazione dal principio della sovranità popolare. L’interesse che Mortati aveva per le forme di dissenso esprime una esigenza di partecipazione che va al di là della partecipazione formale per definirsi come partecipazione alla realizzazione di valori comuni, una partecipazione che si manifesta sia nella forma positiva del consenso che in quella negativa del dissenso” (*La disobbedienza civile*, cit., p. 88). Cfr. inoltre T. SERRA, *Il ‘diritto’ di resistenza in Costantino Mortati*, cit. diffusamente. Cfr. C. MORTATI, *Commento all’art. 1 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Zanichelli, Bologna, 1975. Per una ricostruzione del dibattito in Assemblea Costituente sul mancato inserimento nel testo costituzionale del diritto di resistenza, cfr. U. MAZZONE, *Il diritto/dovere di resistenza nella proposta di Giuseppe Dossetti alla Costituente*, in A. DE BENEDETTIS, V. MARCHETTI (a cura di), *Resistenza e diritto di resistenza. Memoria come cultura*, Clueb, Bologna, 2000. Vedi anche A. BURATTI, *Diritto di resistenza e Costituzione: diritti oppositivi, contropoteri istituzionali, prassi democratiche del popolo*, in B. PEZZINI, S. ROSSI (a cura di), *I giuristi e la Resistenza. Una biografia intellettuale del potere*, Franco Angeli, Milano, 2016.

caratteristiche che tale organizzazione deve assumere”⁶⁷⁶. In altri termini, interrogandosi “sulle vie seguite dal molteplice (cioè dalla società, nelle sue varie e diversificate articolazioni) per farsi uno (cioè organizzazione, ordinamento e, in definitiva, Stato in senso largo)”, Crisafulli coglie questo momento quando il potere si fa effettivo nel senso di un potere che viene mediamente riconosciuto ed accettato. È proprio in questo momento che “si manifesta (...) un processo circolare tra organizzazione e norme, di guisa che l’esistenza di una comunità statale postula il sorgere (...) di norme, che si pongono con lo stesso porsi dell’ordinamento nella sua concreta realtà e ne delineano una sia pur rudimentale organizzazione”⁶⁷⁷.

È compito della costituzione in senso materiale individuare i principi generali fondanti un ordinamento e tra questi principi troviamo certamente quelli che riguardano la forma di Stato e la forma di governo (che per Crisafulli come è noto sono sostanzialmente tre: il principio unitario, che comporta l’idea della continuità dello Stato; il principio liberale e il principio democratico che segna la nascita dello Stato rappresentativo e costituisce “elemento essenziale della formula politica, caratterizzando, quindi, la forma moderna dello Stato (...) e al tempo stesso come principio basilare di organizzazione dell’apparato autoritativo”⁶⁷⁸). Ma è compito della scienza giuridica individuare i principi comuni ai diversi modelli per poter costruire e classificare dei tipi astratti⁶⁷⁹.

Con riguardo all’ordinamento italiano, siamo in presenza di una forma di governo parlamentare in quanto la dialettica politica, che porta alla determinazione dell’indirizzo politico, ruota attorno al binomio Parlamento-Governo, con una certa prevalenza ‘politica’, che indubbiamente hanno avuto le Camere elettive, almeno fino ad un certo periodo della nostra storia repubblicana.

E Crisafulli non ha mancato di mettere in guardia contro il pericolo insito nell’Assemblearismo, e cioè la possibile violazione del principio della separazione dei poteri che, se non va inteso nei termini rigidi in cui lo aveva descritto Montesquieu, mantiene e deve mantenere la sua giusta intuizione. L’Assemblearismo, che può essere la maschera di un nuovo potere dispotico, si giustifica dietro una falsa idea della centralità del Parlamento e “di una restaurata sovranità dell’Assemblea, che non corrispondono affatto al modello costituzionale: nel quale non c’è posto per un organo che possa dirsi, propriamente sovrano, perché sovrano è soltanto il popolo e il potere statale è ripartito tra una molteplicità di organi tra loro coordinati, ma reciprocamente indipendenti, secondo lo schema liberal-democratico dei pesi e contrappesi”⁶⁸⁰.

Altrettanto grave sarebbe un’alterazione del modello costituzionale in senso maggioritario e Crisafulli paventò una trasformazione del genere nel dibattito in occasione dell’approvazione della cd. Legge truffa⁶⁸¹.

Nel sistema costituzionale disegnato dalla Costituzione repubblicana, la maggioranza parlamentare può fare tutto quello che vuole? La sua risposta è netta: nel nostro sistema “la maggioranza parlamentare non può fare tutto ciò che vuole; la legge stessa non può disporre illimitatamente e senza controlli [anche se ancora non era stato attuato il controllo di legittimità

⁶⁷⁶ D. NOCILLA, *La forma di governo*, in AA.VV., *Il contributo di Vezio Crisafulli alla scienza del diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1994, p. 119.

⁶⁷⁷ D. NOCILLA, *La forma di governo*, cit., p. 119.

⁶⁷⁸ D. NOCILLA, *La forma di governo*, cit., p. 119.

⁶⁷⁹ Sul tema delle forme di stato e delle forme di governo cfr. F. LANCHESTER, *Sistemi elettorali e forme di governo*, diffusamente.

⁶⁸⁰ V. CRISAFULLI, *Stato popolo governo*, cit., p. 272.

⁶⁸¹ cfr. F. LANCHESTER, *Sistemi elettorali e forme di governo*, cit.

costituzionale ...]. In altre parole, la nostra forma di governo parlamentare, quale risulta chiarissimamente dalle disposizioni della Costituzione, non s'inquadra affatto nel tipo 'maggioritario puro', ma è, al contrario, congegnata in modo da escludere qualsiasi dittatura della maggioranza"⁶⁸². La difesa del modello costituzionale è vibrante, la DC, "la maggioranza clericale", è accusata di voler attuare un maggioritario puro aggirando e violando la Costituzione attraverso l'espedito di una legge elettorale e di un ostruzionismo nell'attuazione delle principali leggi necessarie a completare il modello originario⁶⁸³.

4. Sovranità e partiti politici.

La nostra forma di governo (come quella in generale del parlamentarismo contemporaneo) presenta una variante rispetto al modello classico parlamentare, variante (Crisafulli parla in verità di 'alterazione') dovuta alla presenza dei partiti politici il cui ruolo nella determinazione della politica nazionale è espressamente previsto e riconosciuto dalla costituzione. Per lo sviluppo sempre più in senso democratico dello Stato contemporaneo, i partiti diventano elementi 'coessenziali' al governo parlamentare. Questa coessenzialità spiega tante cose: la diversa struttura con cui i partiti si presentano nella vita sociale e politica e alcune di quelle che Crisafulli definisce come zone d'ombra. Si pensi alla problematica del mandato imperativo e, in generale, della rappresentanza, che va letta in una ottica diversa rispetto al modello classico; al circuito Parlamento-Governo sulla fiducia e sulle crisi extra-parlamentari. Problematiche che, configurando la forma di governo parlamentare come "governo dei partiti", vanno interpretate tenendo presente, appunto, il nuovo ruolo che i partiti hanno assunto nella vicenda politica nazionale.

Se è così, se il partito, che sul piano giuridico-formale è una semplice associazione privata, determina le grandi decisioni politiche che vincolano gli organi dello Stato, occorre in modo prioritario garantire il giuoco democratico e la tutela delle libertà individuali, non solo sul piano della organizzazione delle istituzioni statali, ma anche e soprattutto sul piano dell'organizzazione interna dei partiti⁶⁸⁴.

⁶⁸² V. CRISAFULLI, *La maggioranza parlamentare e i suoi limiti in Italia*, in "Società", 1952, p. 679. E ancora: "la forma di governo adottata dalla Costituzione è bensì parlamentare, ma presenta caratteristiche ed atteggiamenti suoi propri che si concretano in altrettanti limiti al potere della maggioranza; e questi limiti sono direttamente in funzione del sistema dei rapporti di classe, con le rispettive formazioni politiche, che sta a fondamento della Resistenza e dell'attività costituente. Non tenerne conto, significa violare la Costituzione, nella lettera e nello spirito, attuando e sviluppando *in fatto* una forma di governo diversa da quella prevista e regolata dalla Costituzione. E d'altra parte, proporci di sopprimere i limiti posti al potere della maggioranza, significa proporsi in realtà qualcosa di più – e di assai più grave – che non una semplice modificazione di un particolare istituto costituzionale, poiché una tale soppressione si risolverebbe nell'abolire – a vantaggio esclusivo di un determinato gruppo politico – le reciproche garanzie tra i diversi gruppi che sostanziano, sotto questo aspetto, il *patto* costituzionale" (p. 681).

⁶⁸³ Non è chi non veda l'attualità di queste preoccupazioni di fronte alle riforme elettorali che hanno condotto alla trasformazione della forma di governo, con l'equilibrio politico sbilanciato verso il Governo e con il Presidente del Consiglio che esercita incisivi poteri di indirizzo

⁶⁸⁴ cfr. F. LANCHESTER, *Il problema del partito politico: regolare gli sregolati*, in "Quaderni costituzionali", 1988, n. 3, pp. 487-510.

Si tratta di un tema che mantiene inalterata la sua attualità, anzi mi sembra che sia ancora più interessante se pensiamo alla recente travagliata storia delle leggi elettorali, tra tendenze maggioritarie e rigurgiti proporzionali. Secondo una evidente, ma interessata, eterogeneità dei fini, meccanismi elettorali, nati dall'esigenza di garantire la partecipazione, hanno in realtà rafforzato il potere centrale dei partiti (nella scelta delle candidature nei collegi uninominali, prima, o nella composizione addirittura di liste bloccate, successivamente fino all'intervento della Corte) incidendo profondamente, nonostante il mantenimento della Costituzione formale, sugli equilibri costituzionali. Quindi quel richiamo di Crisafulli all'esigenza di procedere all'organizzazione interna in senso democratico dei partiti sembra quanto mai urgente se consideriamo anche che alcuni importanti partiti protagonisti nel nostro panorama politico non sembrano avere una struttura interna democratica.

Nell'analisi della nostra forma di governo, Crisafulli sottolinea il ruolo di altri soggetti che, in qualche modo, si inseriscono nel circuito politico limitando il binomio Parlamento-Governo: le autonomie locali, il Presidente della Repubblica e la Corte costituzionale. Per quanto riguarda la Corte, Crisafulli si preoccupa di definire il ruolo dell'organo, il senso e il grado della sua politicità, appunto nella più generale definizione della forma di governo e tenuto anche conto delle diffidenze e delle perplessità che avevano accompagnato la nascita della giustizia costituzionale⁶⁸⁵. Per Crisafulli la Corte costituzionale “non tanto rappresenta un'antinomia, quanto piuttosto un'alterazione dello schema democratico-parlamentare, ma un'alterazione intenzionalmente posta in essere dai costituenti, in funzione di un preciso disegno politico, nella quale si esprime al più alto livello quella componente liberale e quindi garantista, che qualifica il regime democratico costituzionalmente adottato”⁶⁸⁶.

È importante ricordare brevemente anche la nota posizione di Crisafulli in merito al ruolo del Capo dello Stato. Crisafulli interpretò estensivamente i poteri del Presidente della Repubblica, nell'auspicio di un approdo ad un modello semi-presidenziale alla francese, anche se la sue tesi non trovarono grande seguito nella dottrina del tempo. Il nucleo essenziale della sua tesi è che “la potestà di indirizzo della maggioranza incontra un limite nei poteri di un organo da essa slegato e collocato in una situazione istituzionale di estraneità nei confronti di tutte le forze politiche in giuoco. La funzione del Capo dello Stato costituisce uno tra i congegni, diretti a garantire la stabilità e la continuità del sistema, nei suoi principi fondamentali, al disopra del vario esplicarsi dei diversi e contingenti indirizzi politici”⁶⁸⁷.

⁶⁸⁵ Sul ruolo della Corte costituzionale nella nostra forma di governo, cfr. V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale tra Magistratura e Parlamento*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, Padova, 1957; ID., *Lezioni di diritto costituzionale*, II-2, Padova, 1984. Dagli anni '50 gran parte dell'attenzione di Crisafulli si concentra sullo studio della Corte costituzionale, dalla sua posizione nell'ambito della forma di governo, alla modalità di accesso, alla tipologia e all'efficacia delle sue decisioni. Come ha notato A. CERRI, *La Corte costituzionale*, in *Il contributo di Vezio Crisafulli alla scienza del diritto costituzionale*, cit., p. 148, in questa sua ricerca sul ruolo della Corte, Crisafulli è mosso da un interesse di carattere sostanziale più che processuale: “è alla ricerca del significato di una Costituzione rigida in relazione anche ai principi fondanti di liberalismo e democrazia, di garantismo e di prevalenza delle decisioni maggioritarie che caratterizzano i moderni sistemi costituzionali, oltretutto in relazione alle particolari vicende storico-politiche del nostro paese; è alla ricerca di una definizione del ruolo della Corte nel sistema di governo e di Stato che, anche in conseguenza di tutto ciò, si è venuto delineando; è alla ricerca del ruolo del giurista e forse anche dell'intellettuale (e del resto, la Sua figura e la Sua statura largamente trascendevano l'orto concluso degli studi specialistici) in una società moderna”. Crisafulli, per questa via, “definisce una posizione della Corte nell'ordinamento, in certo senso, ‘unica’, che non trova riscontro neppure in quella di altri organi costituzionali se non, per alcuni versi, del Parlamento: perché (...) la Corte è parte, insieme con il Parlamento, della dialettica ultima fra democrazia e garanzia onde si caratterizza l'intero sistema” (p. 150).

⁶⁸⁶ L. PALADIN, *L'opera di Vezio Crisafulli fra diritto e politica*, in *Il contributo di Vezio Crisafulli*, cit., p. 27.

⁶⁸⁷ V. CRISAFULLI, *Stato popolo governo*, cit., p. 202.

5. *La visione della crisi.*

Nei suoi scritti raccolti nel ricordato volume Crisafulli lancia un accorato grido di allarme. La nostra Repubblica, che egli considera, come accennato, come paradigmatica dello Stato contemporaneo, versa in una crisi profonda che non è solo legata al funzionamento del sistema di governo, ma che investe i più diversi ambiti della vita associata e le molteplici istituzioni. Si tratta di una crisi politico-istituzionale, economica e di costume che comporta la disgregazione e la delegittimazione dei poteri costituzionali che conduce ad “un clima di sfiducia e di generale sospetto, di conflittualità permanente, di prevaricazione di gruppi, pubblici e privati, che, profittando dell’assenza di uno stabile centro di potere, sono riusciti ad assicurarsi (...) posizioni dominanti”⁶⁸⁸.

La grande crisi (dello Stato, della società, del diritto), che Crisafulli descrive con tratti molto nitidi, è una crisi legata soprattutto alle problematiche connesse al difficile rapportarsi tra Stato e società civile, tra il pubblico e il privato. Il vero pericolo è dato dalla confusione tra pubblico e privato dovuta all’irrompere di forze di varia natura che frantumano la società civile e vanno alla conquista di quote di potere economico-statale.

La conseguenza è politicamente drammatica poiché, “alla pubblicizzazione dell’economia, per effetto dell’interventismo statale (...) si contrappone una sorta di privatizzazione surrettizia della politica (al limite, nella misura in cui ancora possiamo adoperare questa parola, della stessa sovranità): lo Stato riducendosi al ruolo malinconico di mediatore inerme, se non di inerme spettatore, dei conflitti tra categorie e gruppi di potere”⁶⁸⁹.

Il vero pericolo è dato dal venir meno del senso di responsabilità per cui “la società attuale (...) da un lato, molto chiede e si attende dallo Stato, ma dallo Stato (oltre che garante di un minimo di sicurezza della convivenza contro la delinquenza) dispensatore di benefici, sovvenzioni, finanziamenti (Stato-carabiniere, insomma, e Stato-provvidenza); ma, dall’altro lato, esprime sia pur confusamente il rifiuto dello Stato (dello Stato come valore etico, come potere unitario ed unificante, che sia in grado, nelle forme di volta in volta consentite dall’ordinamento giuridico, di dire la parola definitiva, facendo prevalere l’interesse generale)”⁶⁹⁰.

⁶⁸⁸ V. CRISAFULLI, *Stato popolo governo*, cit., p. VI. Cfr. V. CRISAFULLI, *Legislazione del cinquantennio*, in *Cinquant’anni di esperienza giuridica*, cit., pp. 50-52, dove a proposito della situazione italiana (dove si vive “nelle acque melmose di un processo di involuzione dello Stato”), lamenta, oltre alla inattuazione di molte parti della costituzione, la disomogeneità e il carattere contrattualistico delle leggi: “è una legislazione tecnicamente sfocata, spesso confusa e fonte di confusione, con qualche aspetto francamente demagogico: innegabilmente, specie nel più recente periodo, vi si colgono numerosi cedimenti agli *idola fori*. Avvolge d’altronde anche la maggior parte di queste leggi, incluse le migliori, una certa aura di precarietà, quasi avessero tutte natura sperimentale e quindi provvisoria, in contrasto con gli intenti manifestati nei titoli e nelle disposizioni introduttive: nel che si rispecchia il clima generale di instabilità politica e sociale del Paese, sicuramente poco propizio a riforme di lunga durata (...) In buona sostanza: la legislazione post-costituzionale è in massima parte frutto di un negoziato, come lo è stato la Costituzione”.

⁶⁸⁹ V. CRISAFULLI, *Stato popolo governo*, cit., p. 337.

⁶⁹⁰ V. CRISAFULLI, *Stato popolo governo*, cit., p. 338. Anche il concetto di libertà dominante rischia di seguire questa logica, cfr. V. CRISAFULLI, *Di libertà si può anche morire*, in *Stato popolo governo*, cit., p. 320: “la libertà nel nostro Paese ed in genere nell’area occidentale, sembra celebrare i propri massimi trionfi. Ma, attenzione, che le apparenze possono rivelarsi ingannevoli e un incontrollato tripudio di libertà può segnare invece a breve scadenza il tramonto. Di libertà si può anche morire, quando si siano superati certi limiti oltre i quali essa si snatura, degradando a licenza, arbitrio individuale, libertarismo, sotto un cielo oscurato dalla totale assenza di valori illuminanti”.

Nel mondo contemporaneo si afferma un distorto concetto di pluralismo, “estremo, radicale, che, nel campo del costume, sfocia nel libertarismo e, sul piano politico, confina con l’anarchismo. In questa accezione deteriore (...) pluralismo significa l’erompere, tumultuoso e svincolato da ogni limite, dei particolarismi individuali e di gruppo; la privatizzazione della sovranità, che tende a frantumarsi in una molteplicità di centri di poteri, ora tra loro confliggenti, ora tra loro alleati”⁶⁹¹.

Se i partiti svolgono un ruolo essenziale nella vita democratica, sono essi stessi, per Crisafulli, i soggetti maggiormente responsabili della crisi in atto. Non tanto perché protagonisti della partitocrazia, che diventa inevitabile, nelle giuste dosi, in un sistema parlamentare. La partitocrazia, infatti, liberata dai suoi momenti degenerativi già visibili in quegli anni, va anzi difesa perché i partiti sono alla base della Repubblica e della Costituzione, sono essenziali al sistema parlamentare (come sostenuto da Crisafulli fin dall’epoca del fascismo) e rispondono all’esigenza vitale della partecipazione che caratterizza e dà sostanza allo Stato contemporaneo. La critica crisafulliana ai partiti è ben più radicale in quanto coinvolge l’essenza stessa del partito nella democrazia contemporanea e cioè la capacità di rappresentare adeguatamente la società.

Di fronte alla degenerazione delle spinte disgregatrici e particolaristiche, i partiti dimentichi del loro ruolo, che consiste nel “decantare la grezza immediatezza degli interessi particolari”, diventano parte dello stesso processo degenerativo. Per Crisafulli all’origine della malattia che affligge gli assetti istituzionali sono i partiti, ma, attenzione, paradossalmente, “la critica più severa che debba muoversi ai nostri partiti non è tanto di essersi arrogati poteri che ad essi, formalmente non spetterebbero, non di esercitare una sorta di dispotismo irresponsabile (...) quanto piuttosto ed in primo luogo di non essere capaci di esprimere una politica coerente e di coerentemente perseguirla, una volta giunti al Governo. È di aver mancato al compito di mediazione politica degli interessi, che ne giustifica il riconoscimento differenziato in Costituzione; di mancare troppo spesso (...) di autentica forza rappresentativa; di esaurire la loro azione nella tensione, fine a se stessa, diretta ad ottenere e mantenere qualche porzione di potere, per distribuire incarichi e vantaggi alle loro clientele”⁶⁹². La stessa deriva partitocratica è il segno del decadimento, dell’involuzione dei partiti rispetto alla funzione essenziale ed insostituibile in una democrazia moderna.

Il rischio è, allora, che la crisi dei partiti si riverberi, più in generale, in crisi delle tradizionali istituzioni della rappresentanza con la conseguenza nefasta di un impoverimento politico e, addirittura, di un tramonto della politica, spesso vagheggiato da filosofi e giuristi, nella prospettiva (oggi diremmo post-democratica) dell’avvento di una società tecnocratica affidata agli specialisti, ai tecnici.

Contro questo rischio, Crisafulli difende l’autonomia della politica e la presenza dei partiti anche come antidoto contro il pericolo dell’autoritarismo: “la dimensione politica, come mediazione incessante e sintesi di interessi e forze sociali diverse, deve essere, al contrario, gelosamente salvaguardata, ed anzi potenziata, con l’apporto, tuttavia, libero e disinteressato, delle ‘competenze’; e sembra, d’altronde, ineliminabile in realtà: potrà realizzarsi per altre vie, con metodi autoritari anziché liberali – qui sta, semmai, il pericolo, e qui si misura la responsabilità

⁶⁹¹ V. CRISAFULLI, *Stato popolo governo*, cit., p. 327.

⁶⁹² V. CRISAFULLI, *Stato popolo governo*, cit., p. 223.

storica dei partiti che devono trovare in se stessi, prima che in interventi legislativi (forse auspicabili, ma pur sempre di dubbia efficacia) la volontà e la forza di rinnovarsi mettendosi al passo coi tempi”⁶⁹³.

Si è molto discusso del pessimismo di questi scritti crisafulliani, degli anni della disillusione, forse per cercare di attenuarne la portata. Ma si tratta pur sempre di pessimismo soprattutto se si riflette sul fatto che la disincantata lettura del processo degenerativo del tessuto sociale, evidenzia come la crisi, sociale politica istituzionale, abbia cause più profonde che affondano nella difficoltà (impossibilità?) dell'uomo del nostro tempo di ancorare l'intersoggettività, nazionale e internazionale, su momenti assiologici comuni senza i quali sarà arduo edificare nuovi modelli di convivenza. Per Crisafulli, “ci ritroviamo, nell'ultimo scorcio del ventesimo secolo, di fronte agli antichi problemi della conciliazione tra libertà e autorità, della libertà e dei suoi limiti. Come l'autorità non è (non deve essere) arbitrio, così la libertà non deve degradare a licenza. Non c'è libertà degna di essere amata e difesa senza la luce dei valori spirituali. Ma come ricostruire una tavola di valori nei quali tutti possano e debbano riconoscersi, oggi, nell'età della secolarizzazione?”⁶⁹⁴.

È su questo quesito, diventato ancora più stringente negli anni successivi e soprattutto nel nostro mondo caratterizzato dalla infoglobalizzazione, che ne fa emergere di nuovi e di inediti, che l'uomo del nostro tempo è chiamato ad interrogarsi ed è chiamato a spendersi nell'agire politico se non vuole accelerare quella tendenza a far diventare l'uomo stesso un essere superfluo, secondo il sempre vivo ammonimento di Hannah Arendt.

⁶⁹³ V. CRISAFULLI, *Stato popolo governo*, cit., p. 226: “Non può, quindi, non preoccupare il divorzio, tante volte deplorato, che va delineandosi tra società civile e società politica, quali che se ne vogliano considerare i fattori determinanti: sfiducia dello spirito pubblico, stanchezza e disorientamento della pubblica opinione, da un lato, ma anche, dall'altro, tendenza della classe politica a chiudersi in sé stessa, col progressivo professionalizzarsi e cristallizzarsi attorno a posizioni troppo spesso astratte”.

⁶⁹⁴ V. CRISAFULLI, *Stato popolo governo*, cit., p. 327.

Riflessioni su emilio Betti filosofo e costituzionalista, suo malgrado*

di Giovanna Razzano**

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Emilio Betti filosofo. La critica al positivismo e al normativismo kelseniano. - 3. L'importanza dell'oggetto da interpretare. L'ascendenza vichiana. - 4. L'elemento valutativo assiologico è parte della scienza dell'interpretazione. - 5. Betti "costituzionalista". Importanza e limiti della giurisprudenza. - 6. I valori etici e i principi. - 7. La continuità fra interpretazione logica, teleologica ed assiologica: la sentenza n. 238 del 2014 della Corte costituzionale. - 8. Conclusioni.

1. Introduzione.

Nel considerare Emilio Betti nella particolare prospettiva del titolo di questo studio, occorre in primo luogo premettere che le riflessioni che seguiranno desiderano essere uno spunto per ulteriori e più approfondite considerazioni, come meritano gli autori, i temi e le questioni lambite dalle prossime pagine.

Nell'intraprendere questo percorso, sembra fondamentale muovere dalla celebre prolusione con cui il 13 dicembre 1920 Giorgio Del Vecchio inaugurò il corso di filosofia del diritto della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza di Roma⁶⁹⁵. Emilio Betti, in una delle sue maggiori opere, vi si riferì espressamente, rivelando il forte impatto che ebbe anche su di lui: «*È sempre degno di attenzione e di rispetto il tentativo di identificare i principi generali di diritto, intrapreso con una ben altrimenti consapevole serietà d'intenti e purità di cuore da chi ritiene di potersi rifare alle dottrine del "diritto naturale", e di attingere ad un loro rinnovamento in senso moderno la riflessa coscienza storica dei problemi etici e politici da proporsi e dei valori della civiltà che oggi sono da tutelare*»⁶⁹⁶.

Certamente non può tralasciarsi il dato per cui, nella stessa prefazione all'opera appena citata, Betti mostra di sgomberare il campo da qualsiasi malinteso, dichiarando di voler restare sul

*Contributo sottoposto a double blind peer review

Il presente lavoro deriva dalla rielaborazione dell'intervento svolto al Convegno "I filosofi del diritto alla Sapienza, fra le due Guerre", che ha avuto luogo il 21-22 ottobre 2014 presso la facoltà di Giurisprudenza della Sapienza di Roma, a cura del Dipartimento di studi giuridici, filosofici ed economici.

** Ricercatrice di Diritto pubblico presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università "La Sapienza".

⁶⁹⁵ Poi pubblicata nell'*Archivio Giuridico* sotto il titolo *Sui principi generali del diritto*, 1921.

⁶⁹⁶ E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, II, Milano, 1955, p. 848. Occorre notare che la stesura di quest'opera e soprattutto la riflessione sui problemi che affronta sono precedenti. Nella prefazione lo stesso Emilio Betti ne dà conto, precisando, fra l'altro, che il 14 novembre 1927, a Milano, aveva già trattato dell'*ermeneutica iuris* nell'indagine storica del diritto; che in una comunicazione svolta il 18 giugno 1942 all'istituto lombardo aveva dato già conto dell'indirizzo ermeneutico; che in un corso nel 1943 aveva riflettuto sulla gnoseologia del giudizio assiologico, al centro della teoria generale dell'interpretazione; e che, infine, nell'aprile del 1948, aveva pubblicato una prolusione sulle categorie civilistiche dell'interpretazione, considerandole un manifesto ermeneutico (*Riv. it. sc. giur.*, 1948, p. 34-86).

terreno fenomenologico della scienza, senza ascrivere a nessun particolare sistema filosofico, in quanto «la sua mèta è una teoria generale, pur se animata dalla fiducia nello spirito»⁶⁹⁷.

Eppure, proprio dopo aver elogiato il «tentativo» di Del Vecchio, Betti enuncia la sua nota dottrina dei principi generali, caratterizzati da un'*eccedenza di contenuto assiologico*, da *virtualità e forza di espansione non già di indole logica e dogmatica, bensì valutativa*, al punto che essi si pongono a fondamento dell'ordine giuridico, con una *funzione genetica* rispetto alle singole norme⁶⁹⁸.

Ora non vi è chi non veda come questa affermazione e i successivi sviluppi, per quanto Betti assicurati di non volersi porre sul terreno filosofico, non manchino di avere conseguenze proprio in questo ambito⁶⁹⁹. Inoltre, per quanto il Betti non risparmi graffianti critiche alla Costituzione del 1948 e al suo tentativo di fissare i principi⁷⁰⁰, appare chiaro che la concezione bettiana dei principi generali dell'ordinamento non è affatto priva di portata costituzionale. Ne è una riprova il fatto che, in ripetute occasioni, Franco Modugno si sia richiamato ad essa, accogliendone la definizione in riferimento all'ordinamento giuridico costituzionale⁷⁰¹.

L'intento di questa ricerca è dunque quello di rintracciare, attraverso alcuni punti nevralgici della teoria di Emilio Betti, come egli in realtà possa considerarsi *filosofo* e perfino *costituzionalista*, suo malgrado.

2. Emilio Betti filosofo. La critica al positivismo e al normativismo kelseniano.

Quanto al Betti *filosofo*, conviene prendere le mosse proprio dalla concezione dell'ermeneutica bettiana. Da questa si ricavano infatti importanti osservazioni in merito al pensiero che ne è alla base, che implica, come ora si avrà modo di constatare, precise scelte di campo in ambito giuridico-filosofico e anche propriamente filosofico.

In primo luogo, nell'enunciarne i caratteri della sua ermeneutica, Betti comincia con il chiarire che altro è la neutralità ermeneutica⁷⁰², altro è il positivismo giuridico e, più in particolare, il normativismo kelseniano. Quest'ultima dottrina, egli afferma, mentre rivendica a sé il merito di aver escluso dal campo del giurista l'istanza etica del diritto e quella politica, di competenza della

⁶⁹⁷ *Ibidem*, vol. I, p. IX.

⁶⁹⁸ *Ibidem*, p. 850.

⁶⁹⁹ Come afferma N. IRTI, *Per la ristampa di una prolusione bettiana (Roma, 15 maggio 1948)*, in *Riv. it. per le Scienze Giuridiche*, 5/2014, p. 3, nella stessa prolusione che ebbe luogo il 15 maggio del 1948 presso la Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza, «Betti compie una professione filosofica» già nell'enunciazione del concetto di «*forma rappresentativa*», che lascia intendere, tra le altre, come si vedrà, l'ascendenza vichiana dell'autore. Cfr. anche G. CRIFÒ, *Le idee fanno la loro strada*, nell'omonima opera a cura dello stesso G. Crifò, in suppl. a *Studi Romani*, in *Riv. trim. Ist. Naz. Studi Romani*, 2010, p. 9, il quale ricorda che anche taluni filosofi contemporanei, come Giovanni Reale, collegano Betti a Schleiermacher, Dilthey, Heidegger, Bultmann, Hirsch, Habermas, Albert, Derrida, Ricoeur, Gadamer.

⁷⁰⁰ *Ibidem*, p. 847: «...Così non poche enunciazioni della recente “costituzione” italiana, ove siano esaminate alla luce di quella tecnica (si riferisce alla tecnica dell'attività legislatrice, n.d.r.), si palesano o mere enunciazioni programmatiche, carenti di contenuto precettivo e quindi tali da lasciare il tempo che trovano, o illusorie formole di compromesso fra partiti».

⁷⁰¹ Cfr., ad es., F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enc. giur.*, XXIV, 1991, p. 10; ID., *Appunti per una teoria generale del diritto. La teoria del diritto oggettivo*, Torino, 1994, p. 140 e ID., *Lineamenti di teoria di diritto oggettivo*, Torino, 2009, p. 79.

⁷⁰² Per Betti la neutralità ermeneutica è quella che «vieta all'interprete, giudice o giurista teorico, di risalire ad istanze metagiuridiche, etiche, religiose, sociali o economiche, secondo preferenze sue personali, e gl'impone di attenersi alle valutazioni normative che determinano la disciplina positiva dei rapporti e sono immanenti all'ordine giuridico di cui si tratta».

sociologia⁷⁰³, dimentica che le norme non sono pure enunciazioni di giudizi, ma sono invece *strumenti al fine di una convivenza sociale*. Pertanto l'interpretazione del giurista, lungi dal ridursi, come vorrebbe il positivismo, ad una sorta di interpretazione filologica del discorso legislativo, è piuttosto volta ad identificare *i tipi di interessi* che hanno formato oggetto di disciplina legislativa, la “*materia segnata*”, la quale *opera prima ancora della disciplina giuridica*.

Betti trova infatti riduttivo confinare la scienza del diritto all'analisi del discorso legislativo, lasciando fuori l'esperienza, il reale, la valutazione critica della validità della norma in rapporto ai fatti e, dunque, la sua adeguazione a quelli. Scrive Betti: «Lungi dall'essere copia di una realtà presupposta e dal desumere la propria validità (verità) da una pretesa adeguazione a quella, il concetto così costruito non sarebbe da apprezzare se non in ragione della sua utilizzabilità; e questa dipenderebbe solo dal grado di rigore con cui il giurista è giunto a stabilire le regole del suo uso»⁷⁰⁴. Al contrario, il giurista «deve procedere ad una interpretazione storica e tecnica, che abbia riguardo tanto alla materia disciplinata, quanto ai criteri della disciplina destinatale. Non basta, dunque, analizzare la logica della lingua usata dalla legge: si deve altresì indagare, in indirizzo storico e tecnico, sia la logica dei rapporti sociali disciplinati, sia la logica del loro trattamento giuridico»⁷⁰⁵. Diversamente, conclude Betti, la giurisprudenza fallirebbe nel suo fondamentale compito ermeneutico, proprio perché, sotto l'influenza di una prevenzione dottrinarina, ignorerebbe i problemi di convivenza affrontati dalla legge e i criteri di valutazione che ne governano la soluzione⁷⁰⁶.

Così facendo, mentre critica il formalismo kelseniano e mentre sostiene un'ermeneutica *obiettiva* e rispettosa dell'*alterità* e della *verità storica*, il nostro autore sottolinea allo stesso tempo un connotato essenziale della sua teoria dell'interpretazione, ossia l'importanza dell'*oggetto* da interpretare, pur nella consapevolezza della componente temporale, esperienziale e pre-comprendiva. Per questo, secondo Betti, l'atto di interpretare è un *processo triadico*, i cui estremi sono da un lato l'interprete, spirito vivente e pensante, dall'altro lo spirito che si è oggettivato in forme rappresentative e, infine, le stesse forme rappresentative «come qualcosa d'altro, come una oggettività irremovibile»⁷⁰⁷.

3. L'importanza dell'oggetto da interpretare. L'ascendenza vichiana.

Rimarcare l'esistenza di un oggetto da interpretare, nella sua identità e nella sua autonomia rispetto all'autore e all'interprete, è un'affermazione non priva di importanza, specie ove considerata nel panorama filosofico del Novecento. Si è autorevolmente osservato, infatti, che questa individuazione dell'*oggetto* proprio dell'ermeneutica è particolarmente importante nel

⁷⁰³ Betti si riferisce espressamente a Kelsen e alla sua “teoria pura” (*Ibidem*, 796, nt. 15).

⁷⁰⁴ *Ibidem*, p. 797.

⁷⁰⁵ *Ibidem*, p. 795-798.

⁷⁰⁶ *Ibidem*, p. 798.

⁷⁰⁷ E. BETTI, *L'ermeneutica come metodica generale delle scienze dello spirito*, con Saggio introduttivo di G. Mura, Roma, 1987, p. 64.

contesto del dibattito interno all'ermeneutica postgadameriana⁷⁰⁸. Si tende infatti a sostenere, in particolare da parte dei rappresentanti di un'ermeneutica debole, che con l'ermeneutica ci troveremmo di fatto di fronte alla "scomparsa" dell'oggetto in filosofia. E questo perché, da una parte, l'epistemologia contemporanea è caratterizzata dalla crisi dell'oggettivismo; e, dall'altra, perché il tradizionale oggetto della speculazione filosofica - l'essere - è stato ormai vanificato dalla critica kantiana⁷⁰⁹: «Ne risulta che l'ermeneutica dovrebbe essere considerata non come una disciplina che ha un proprio "oggetto" di ricerca, ma piuttosto come la filosofia della consapevolezza di questo statuto della filosofia postmoderna, che non avrebbe più oggetti a cui rivolgersi. Ne risulta l'assolutizzazione del solo orizzonte di precomprensione ermeneutica, ovvero del punto di vista soggettivo dell'interprete, che non ha più un vero oggetto da interpretare, e resta chiuso nella sua intrascendibilità precomprensiva di carattere essenzialmente linguistico. È quella che Betti denunciava come *Sinngebung*, ovvero attribuzione soggettiva di significato, e che considerava come il maggiore pericolo dell'ermeneutica contemporanea, la quale, qualora rinunciasse a riconoscere il proprio oggetto, rinunciarebbe anche alla propria intenzionalità veritativa, a favore di un prospettivismo interpretativo di stampo relativistico»⁷¹⁰.

Sotto questo profilo, si assiste peraltro ad una esplicita e consapevole adesione, da parte di Emilio Betti, alla filosofia di Giambattista Vico. Per il fondatore italiano della scienza ermeneutica, infatti, se è certo che l'oggetto dell'ermeneutica non è un oggetto della natura, né l'essere della metafisica, è nondimeno il termine conoscitivo, il vichiano mondo civile, le "forme rappresentative", che possono essere insieme interpretate e comprese nella loro genesi e nella loro intima costituzione⁷¹¹. Per Betti, come per Vico, il "mondo civile" è fatto, creato e prodotto dagli uomini e può dunque essere conosciuto dagli uomini nella sua verità: *verum ipsum factum*. Verità del *factum* che è un cammino di *hermeneutica historiae*, riconosciuto dal Betti come il nuovo statuto epistemologico della conoscenza⁷¹². Quel *mondo civile* - le *forme rappresentative* - che è stato fatto dagli uomini e che può essere conosciuto dagli uomini, ha modificato infatti «i modi d'essere e gli atteggiamenti con cui questa mente è nata»; e poiché, se vogliamo conoscere la natura delle cose, dobbiamo ricercare quale sia il loro *nascimento*, la loro genesi, ne consegue che sussiste uno stretto rapporto tra le modificazioni della mente umana e la nascita del mondo civile. Le modificazioni della mente umana formano il mondo civile; la conoscenza del mondo civile non è solo dunque genetica ma ermeneutica, perché la mente umana coglie la verità del mondo civile non solo nei suoi momenti genetici, ma in quelle "forme interiori" che lo rendono partecipe della "comunione" dell'umanità⁷¹³.

⁷⁰⁸ G. MURA, *Verità e storia in Vico e in Betti*, in AA.VV. *Le idee fanno la loro strada. La Teoria generale dell'interpretazione di Emilio Betti cinquant'anni dopo*, a cura di G. Crifò, supplemento a *Studi Romani. Rivista trimestrale dell'Istituto Nazionale di Studi Romani*, Roma, 2010, p. 17-28.

⁷⁰⁹ *Ibidem*.

⁷¹⁰ *Ibidem*. Sul canone dell'autonomia ermeneutica o sul canone dell'immanenza del criterio ermeneutico nelle "categorie civilistiche", N. IRTI, *Per la ristampa di una prolusione bettiana*, cit., 5-6.

⁷¹¹ La «professione filosofica» di Betti cui si riferisce N. IRTI, *op. cit.*, 3, è infatti nella spiritualità in cui gli uomini si ritrovano e si riconoscono, che presuppone la comune umanità e la possibilità di intendersi.

⁷¹² *Ibidem*.

⁷¹³ E. BETTI, *I principi di scienza nuova di G.B. Vico e la teoria dell'interpretazione storica*, in *Nuova rivista di diritto commerciale, diritto dell'economia, diritto sociale*, 10, (ora in E. BETTI, *Diritto Metodo Ermeneutica*, a cura di G. Crifò, Milano, 1991, p. 462).

Questa prospettiva bettiana ha come conseguenza la fiducia nell'interconnessione e nella comunicazione dell'uomo con l'umanità intera e porta con sé, fra l'altro, la critica al solipsismo egocentrico di Heidegger⁷¹⁴. Afferma Betti che la giusta prospettiva è quella, umile, di «un soggetto che è ben consapevole di non essere al centro dell'universo che discopre»⁷¹⁵. Una prospettiva “eccentrica” in senso etimologico, ossia fuori dal centro dell'universo, per la raggiunta consapevolezza della condizione umana rispetto al mondo. Una prospettiva al tempo stesso “cosmocentrica”, perché «il singolo si colloca in una comunione di esseri pari a lui, si subordina e si coordina in un cosmo di valori, che lo trascende ed ha il suo centro al di fuori di lui»⁷¹⁶. Al contrario la concezione solipsistica o egocentrica è quella che Vico chiama la “boria”, perché fa del singolo dotto o della nazione la “regola dell'universo”⁷¹⁷ ed è quella che, per Betti, spinge «a credere che il mondo illuminato e cosciente incominci da loro, quali punte estreme di un progresso scientifico che ha per mèta la razionalizzazione dell'esistenza»⁷¹⁸.

Si può dunque sostenere che l'originalità dell'ermeneutica bettiana, che è *metodica generale delle scienze dello spirito*, risieda soprattutto nel *canone dell'autonomia ermeneutica dell'oggetto, ovvero dell'immanenza dell'oggetto*. Uno dei maggiori studiosi di Betti, Giuliano Crifò, ha notato come proprio l'antica vocazione storica consentisse al Betti di rivendicare la relatività e strumentalità della dogmatica e di porre costantemente l'accento sul problema storico-giuridico, al quale i testi danno una risposta, un significato da ricavare e non certo da imporre⁷¹⁹. In altri termini, così come per il Betti studioso del diritto romano non è concepibile un approccio scientifico a tale ambito di studi, nel solo orizzonte soggettivo di precomprensione ermeneutica, allo stesso modo è per lui inimmaginabile anche rispetto ad altri ambiti disciplinari un'ermeneutica che prescindendo dal reale e dall'autonoma oggettività di ciò che si presenta all'attenzione dell'interprete, che è *dato* e non è *posto* e che va quindi umilmente *indagato, scoperto, compreso*⁷²⁰. Del resto Crifò ha definito Betti un epigono insospettabile e indiscutibile del *realismo storico vichiano*, contro ogni confuso storicismo spiritualistico⁷²¹ e, secondo Gaspare Mura, contro ogni relativismo storico di origine idealistica o esistenziale⁷²². Da parte sua Natalino Irti, l'allievo che di recente ha scritto di ricordare la voce del maestro che ancora risuona interiormente, attesta come in Betti fosse percepibile «il *pathos* dell'oggettività», di un mondo dove vi sono un dire e un fare percepibili e intellegibili dagli altri, dove la forma è *appello, istanza di comprensione*: «appello che siamo in grado di ricevere, istanza che possiamo soddisfare, perché gli altri e noi ci ritroviamo nella ‘comune umanità’»⁷²³.

⁷¹⁴ Cfr. E. BETTI, *Teoria generale*, cit., p. 25, 104 e 956. Sul punto N. IRTI, *Per la ristampa di una prolusione bettiana*, cit., p. 4.

⁷¹⁵ *Ibidem*, p. 104-105.

⁷¹⁶ *Ibidem*, p. 956.

⁷¹⁷ G.B. VICO, *La scienza nuova* (1744), a cura di P. Rossi, Milano, 1963, p. 104-106 e anche p. 157, così come richiamato da G. MURA, *op. ult. cit.*

⁷¹⁸ E. BETTI, *Teoria generale*, cit., p. 962.

⁷¹⁹ G. CRIFÒ, *Emilio Betti. Note per una ricerca*, Milano, 1978.

⁷²⁰ G. MURA, *Saggio introduttivo*, cit., p. 14.

⁷²¹ Così G. CRIFÒ, *Emilio Betti*, cit., p. 182 testo e nota.

⁷²² G. MURA, *Saggio introduttivo* a E. BETTI, *L'ermeneutica come metodica generale delle scienze dello spirito* (1962), Roma, 1987, p. 27-30.

⁷²³ N. IRTI, *Per la ristampa di una prolusione bettiana*, cit., p. 3 e 9.

4. L'elemento valutativo assiologico è parte della scienza dell'interpretazione.

Oltre alla critica al normativismo e oltre al canone dell'autonomia ermeneutica dell'oggetto, Betti sostiene l'importanza di «spiritualizzare la logica del diritto, che non è mai logica formale»⁷²⁴. Egli difende infatti *il carattere scientifico dell'interpretazione giuridica, anche quando viene in considerazione l'elemento valutativo assiologico*. E scrive: «Come sul terreno noetico sarebbe assurdo negare all'attività conoscitiva la capacità di conoscere la verità (...), così sul terreno pratico è parimenti assurdo assumere che il nostro senso morale - solo perché senso di un soggetto - sia impotente ad attingere valori etici oggettivi costanti (ancorché storicamente condizionati nella loro problematica) e brancoli nel buio perenne di una soggettività incomunicabile e sempre variabile. Al contrario: che non sia nel nostro arbitrio spostare, rimuovere, rovesciare, ridurre, alterare i valori, ce lo insegna la quotidiana esperienza»⁷²⁵.

È questo il punto in cui, richiamandosi a Nicolai Hartmann, Betti svolge una serrata critica al soggettivismo e al relativismo, confutando le tesi avverse. Afferma infatti che non vale, al fine di dimostrare l'inconsistenza oggettiva dei valori, addurre l'argomento per cui vi sono fenomeni di falsificazione e disconoscimento dei valori, perché ciò suppone comunque un'oggettività che può essere attinta o mancata. Il fatto poi che i valori etici si trovino in correlazione con determinate entità del mondo reale, e quindi siano “in correlazione fenomenologica”, non deve essere confuso con una supposta relatività del valore. Ciò significa, piuttosto, che tali istanze esistono in concreto come *momenti di un processo*, il che è presupposto fenomenologico del loro esistenzialarsi, non già presupposto assiologico della loro essenza di valori.

Betti rifiuta così espressamente la tesi per cui i valori etici sarebbero una creazione del singolo soggetto. Contesta inoltre la concezione kelseniana, secondo cui essi sarebbero entità prive di contenuto e puramente formali. Respinge altresì l'idea secondo cui sarebbero concetti costruiti col pensiero discorsivo. Citando Seneca in una Lettera a Lucilio⁷²⁶, Betti sostiene invece che i valori etici sussistono già in anticipo, prima dell'esperienza, come un *a priori*, trattandosi di valutazioni precedenti all'esistenza concreta, che suggeriscono come essi siano dei *beni*. Il fatto che l'esistenza reale non gli sia conforme, nulla prova contro la loro validità. Tali valori appartengono infatti ad una *seconda dimensione dell'oggettività*, che non è quella puramente fenomenica e che pure, come quest'ultima, si distingue dalla soggettività della coscienza. Si tratta infatti, spiega Betti, di una *oggettività ideale* che ubbidisce infallibilmente ad una propria legge, anche se è legata alla coscienza dell'uomo da un nesso intimo e profondo, che rende ragione dell'attitudine della coscienza a scoprire tali valori etici ideali che, altrimenti, le resterebbero «inattuabili»⁷²⁷.

Sotto questo profilo egli si colloca in modo originale e forse unico nel pensiero contemporaneo. Betti riconosce certamente, con Del Vecchio, la consistenza inevitabilmente giuridica della “*natura delle cose*” e della “*logica della materia*”, ma avverte, come si è visto, che essa stessa è oggetto di una interpretazione storica e tecnica. Riceve l'apprezzamento di Benedetto Croce - che affermò

⁷²⁴ E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, p. 180-182

⁷²⁵ E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, I, cit., p. 7 ss.

⁷²⁶ Seneca ad Lucilium, 92, 10, come richiamata da E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., p. 10.

⁷²⁷ E. BETTI, *Teoria generale*, cit., p. 11.

che «il Betti ha senso storico così severo da non negare certamente...per la storicità del soggetto la storicità dell'oggetto»⁷²⁸ - ma non può certamente definirsi uno storicista in senso crociano, perché di Croce non condivise né la concezione della storia⁷²⁹, né certamente la valutazione dei fatti politici dell'epoca⁷³⁰, né, infine, la visione del mondo. Come non accorgersi, infatti, che le penetranti critiche che Emilio Betti ha rivolto al pensiero illuminista e alla relativa concezione della storia e della religione, si attagliano alla filosofia della storia di Benedetto Croce, che nega ogni trascendenza, concepisce la religione come un momento di passaggio della dialettica dello spirito⁷³¹ e ritiene coincidenti la vita, la razionalità e la storia⁷³²? Ecco inoltre le parole che Betti riserva a chi argomenta la «superiorità del vivente»: si tratta di un «animale che fa di sé il proprio universo»⁷³³, come già l'illuminismo⁷³⁴ che riduceva la storia delle religioni ad una evoluzione e quindi ad «un progressivo spiritualizzarsi, che era insieme un secolarizzarsi della religione e un convertirsi di questa in una concezione puramente terrestre, che la rinnegava e la trasformava nel suo opposto (tale, la concezione massonica, con le sue numerose filiazioni e degenerazioni moderne, che rinnovano la veduta illuminista)»⁷³⁵.

Betti riflette quindi sul fatto che «una concezione negatrice di ogni trascendenza induce i viventi a collocare se stessi al centro del proprio universo e magari credere che il mondo illuminato e cosciente incominci da loro, quali punte estreme di un progresso scientifico che ha per mèta la razionalizzazione dell'esistenza»⁷³⁶. E spiega che, al contrario, «la prospettiva cui educa lo studio ermeneutico è tutt'altra: a differenza dall'animale, che riferisce il mondo a se stesso quasi ne fosse il centro, lo spirito vivente educato alla prospettiva ermeneutica sa che il cosmo dei valori ha il suo centro altrove, al di fuori di lui, quindi non riferisce e non subordina quello a se stesso, ma per converso riferisce e orienta se stesso verso quello, siccome istanza superiore; non pone se stesso, sol perché vivente, al di sopra dei trapassati, ma al contrario aspira a convertire questi in suoi interlocutori e ad instaurare con essi una continuità di colloquio e una comunione di oltrevita»⁷³⁷.

È questo il punto in cui Betti si riferisce alla virtù della tolleranza, come «premio di chi ha raggiunto quella più ampia prospettiva che permette di considerare le cose anche dal punto di vista dei dissenzienti e di rendersi conto del loro dissenso». Ed è sempre qui che prende distanza,

⁷²⁸ B. CROCE, *Per una Poetica moderna*, 1922, in *Nuovi saggi di estetica*, 1926, III, Bari, 1948, p. 315-328.

⁷²⁹ Per Croce infatti la concezione della storia è idealistica, in quanto è sempre razionalità piena e progresso incessante, «opera di quell'individuo veramente reale che è lo spirito eternamente individuantesi» (B. CROCE, *La storia come pensiero e come azione*, Bari, (1938) 1954, p. 148). Betti è invece distante dall'idea di una soggettività assoluta e trascendentale proprio perché in base alla veduta oggettiva cui conduce l'analisi ermeneutica da lui elaborata, «il significato è da ricavare e non da imporre». Sono infatti le realtà giuridiche, e non lo spirito che anima la storia, ad avere un ruolo determinante per la valutazione dei fatti (cfr. sul punto L. CAIANI, *La filosofia dei giuristi italiani*, Padova, 1955, p. 189).

⁷³⁰ Cfr. M. BRUTTI, *Emilio Betti e l'incontro con il fascismo*, ne *I giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, a cura di I. Birocchi e L. Loschiavo, Roma, 2015, anche in www.istitutoemiliobetti.wordpress.com.

⁷³¹ Cfr. B. CROCE, *Perché non possiamo non dirci cristiani*, in *Discorsi di varia filosofia*, Bari, 1945, dove l'autore, sebbene «difenda» il cristianesimo, relega la rivelazione ad un grandioso fatto umano, riducendola di fatto a mito o a una delle tante creazioni dello spirito che celebra l'eterno se stesso.

⁷³² Cfr. B. CROCE, *La storia come pensiero e come azione*, cit., p. 53.

⁷³³ E. BETTI, *Teoria generale*, cit., p. 956.

⁷³⁴ Il riferimento di Betti è a G.E. Lessing (E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., p. 962).

⁷³⁵ *Ibidem*.

⁷³⁶ *Ibidem*.

⁷³⁷ *Ibidem*, 956.

invece, da quell'«intolleranza ideologica di chi, senza un severo esame di coscienza, pretende per sé il monopolio di quella moralità che nega all'avversario»⁷³⁸. In riferimento a questo passo della sua *Teoria generale*, egli cita in nota una lirica di suo fratello Ugo⁷³⁹. Ma come non intravedervi, altresì, una correlazione con l'infuocata lettera aperta che Emilio Betti, dopo un carteggio cordiale durato anni, aveva infine scritto a Benedetto Croce⁷⁴⁰, disapprovato anche perché seguace di una «religione della libertà» in cui i «difensori della “libertà” erano i vincitori e i sostenitori della tirannide gli sconfitti» e accusato di «atteggiamento fazioso lasciato in lui dalla psicosi della guerra civile, tendente a distinguere probi e reprobri fra i nostri connazionali»?

D'altra parte si è parlato di equivoco dell'adesione crociana alle idee di Betti e dell'adesione di Betti allo storicismo crociano⁷⁴¹, non fosse altro perché in diversi scritti Betti esplicitamente prende posizione nei confronti di Croce e del suo storicismo⁷⁴². Quel che è certo è che la teoria ermeneutica di Betti venne elaborata, fin dagli anni Quaranta, in dialogo, almeno ideale, sia con i maggiori pensatori, sia con i maggiori giuristi del tempo, suoi disinteressati estimatori⁷⁴³. Fra questi Carnelutti, in particolare, sosteneva che egli possedeva «una vastità di dominio dei campi del diritto che va dall'internazionale al commerciale, dal materiale al processuale, dalla storia alla filosofia, una informazione minutissima, una capacità di analisi da diventare un tormento, una sensibilità sempre più sveglia ai nuovi problemi»⁷⁴⁴.

5. Betti “costituzionalista”. Importanza e limiti della giurisprudenza.

Quanto al suo essere “costituzionalista”, suo malgrado, vi sono almeno due temi che indirizzano verso questo riconoscimento. Riprendendo infatti le fila dell'ideale dialogo con Del Vecchio sulla questione dei principi, Betti arriva a domandarsi chi abbia la competenza a identificare i principi generali del diritto. Si tratta di un interrogativo che interessa certamente l'ermeneutica, ma si tratta nondimeno di un'importante tematica di diritto costituzionale. Sul punto egli risponde che la pietra di paragone della competenza all'identificazione dei principi generali è offerta dal rinvio alla “*natura delle cose*”. E avverte che quest'ultima, altresì definita “*la logica della materia*”, è essa stessa oggetto di una interpretazione storica e tecnica⁷⁴⁵. Si tratta infatti di individuare l'ambiente sociale

⁷³⁸ *Ibidem*, 966.

⁷³⁹ U. BETTI, *Frana allo scalo nord* (ed. Testa, 1939), p. 140.

⁷⁴⁰ La lettera è datata Camerino (prov. Macerata, Marche), 17 agosto, 1946, in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano Vittorio Scialoja*, II, Milano, 2012, p. 399 ed è conservata insieme alle altre indirizzate da Betti a Croce presso l'Istituto Croce, poi gentilmente messe a disposizione per la pubblicazione dal Presidente Natalino Irti. Sul carteggio tra i due, M. BRUTTI, *Betti-Croce. Dal dialogo allo scontro*, ivi, 377.

⁷⁴¹ G. CRIFO', *Emilio Betti*, cit., p. 204.

⁷⁴² Cfr. G. MURA, *Note al Saggio introduttivo*, cit., p. 43, il quale cita a riprova, fra gli altri, i seguenti passaggi: E. BETTI, *Diritto romano*, I, Padova, 1935, *Prefazione*, p. XII-XIV; ID., *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936, p. 310; ID., *Istituzioni di diritto romano*, I, 1939, *Prefazione*, p. VI VIII; ID., *Per una traduzione italiana della fenomenologia e della logica di Hegel*, in *Rend. R. Ist. Sc. Lett.*, 75, 1941, p. 367; ID., *Per un'interpretazione idealistica dell'etica di Federico Nietzsche*, in *Rend. R. Ist. Lomb. Sc. Lett.*, 77 1943-1944, p. 172; ID., *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1948, p. 45; e si riferisce inoltre al giudizio concorde di G. CRIFO', *Emilio Betti*, cit., p. 182 ss.; di A. DE GENNARO, *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, Milano, 1974; di G. RIGHI, *L'opera principale di Emilio Betti e la cultura italiana nel nostro secolo*, in AA.VV., *Studi in onore di Emilio Betti*, I, Giuffrè, Milano 1962, p. 457.

⁷⁴³ G. MURA, *Saggio introduttivo*, cit., p. 20, il quale cita fra gli altri Carnelutti, De Francisci, Arangiu-Ruiz, Schiavone, Calasso, Bonfante, Biondi, Satta. Cfr. altresì G. CRIFO', *Le idee fanno la loro strada*, cit.

⁷⁴⁴ F. CARNELUTTI, recensione a *Diritto processuale civile* di E. Betti, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1936, p. 223.

⁷⁴⁵ E. BETTI, *Teoria generale*, cit., p. 855.

e storico dell'ordine giuridico in cui si dispiegano tali principi, che potrebbe anche condurre «ad elaborare un diritto vivo che è diverso non ostante l'identità delle formulazioni legislative»⁷⁴⁶.

Si tratta di un punto nevralgico della teoria di Betti, di notevole attualità. Egli approda infatti alla conclusione che l'organo della coscienza sociale competente ad interpretare la coscienza sociale del tempo è senz'altro la giurisprudenza, segnalando, al tempo stesso, due opposte esagerazioni. Da un lato, quella di Santi Romano, per cui le lacune sono apparenti e l'attività interpretativa inutile, perché sarebbero sufficienti i principi generali a determinare la soluzione del caso concreto; dall'altro, quella per cui si giunge a qualificare come “fonte del diritto” l'attività interpretativa della giurisprudenza⁷⁴⁷. Ma in tal modo si disconoscerebbe la fondamentale differenza che intercorre fra l'ordinamento moderno e quello della Roma antica e del diritto romano classico, come se “nell'ambiente moderno” - come lo definisce Betti⁷⁴⁸ - sussistessero, come in quell'ordinamento antico, un complesso di *iura* determinato dalla *interpretatio prudentium*, in contrapposizione ad un complesso di *leges*. Per Betti insomma la giurisprudenza, con il suo importantissimo ruolo, deve comunque restare nell'ambito dell'interpretazione e non può certamente diventare una fonte del diritto.

La questione e la soluzione che ne dà il Betti appaiono di estrema attualità e sembrano riecheggiare nell'importante sentenza dell'11 luglio 2011, n. 15144 delle sezioni unite della Cassazione civile, la pronuncia che è entrata nel vivo della questione della natura dell'attività interpretativa dei giudici. Ovviamente il riferimento è al contesto odierno, che è quello costituzionale, laddove l'art. 101 Cost. dispone che i giudici siano soggetti soltanto alla legge. La suprema Corte ha escluso che una sequenza di interventi accertativi del contenuto di una norma si trasformi nella creazione di un *novum ius* e ha escluso che vi siano atti fonte del diritto di provenienza giudiziale. Quanto al diritto vivente – afferma ancora la Cassazione - il giudice certamente «disvela ma non per questo crea». Questo assetto realizza «l'unico collegamento possibile, in uno Stato di diritto, tra il giudice, non elettivo né politicamente responsabile, e la sovranità popolare, di cui la legge, ad opera di parlamentari eletti dal popolo e politicamente responsabili, è l'espressione prima»⁷⁴⁹.

⁷⁴⁶ *Ibidem*.

⁷⁴⁷ E. BETTI, *Teoria generale*, cit., p. 862- 863.

⁷⁴⁸ *Ibidem*, p. 863.

⁷⁴⁹ In proposito, quanto all'interesse processuale della pronuncia, G. VERDE, *Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpevole (considerazioni sul difficile rapporto fra giudice e leggi)*, in *Riv. dir. proc.*, 1/2012, p. 6 ss.; C. PUNZI, *Il ruolo della giurisprudenza e i mutamenti d'interpretazione di norme processuali*, *ivi*, 2011, p. 1337 ss.; G. RUFFINI, *Mutamenti di giurisprudenza nell'interpretazione delle norme processuali e «giusto processo»*, *ibidem*, p. 1390 ss.; G. COSTANTINO, *Il principio di affidamento tra fluidità delle regole e certezza del diritto*, *ibidem*, p. 1073 ss., con dettagliati richiami di dottrina e di giurisprudenza; F. SANTANGELI, *La tutela del legittimo affidamento sulle posizioni giurisprudenziali, tra la cristallizzazione delle decisioni e l'istituto del prospective overruling, con particolare riguardo al precedente in materia processuale*, in www.judicium.it.

6. I valori etici e i principi.

Ma l'importanza e l'attualità della tesi bettiana, nella prospettiva propriamente costituzionale, si apprezzano anche in un altro senso. Vengono in rilievo la sua concezione dei principi fondamentali e la sua tesi circa i "valori etici". Questi temi attengono infatti ai fondamenti dell'ordinamento giuridico e in special modo dell'ordinamento giuridico costituzionale, come ha avvertito Franco Modugno⁷⁵⁰. E soprattutto attengono ad una questione che oggi, quando l'ordinamento statale si integra e si confronta con ordinamenti giuridici più ampi, di cui è esso stesso parte, è divenuta centrale. Ma sembra opportuno procedere ancora in stretto riferimento al nostro autore.

Betti sostiene, come si è visto in precedenza, che i "valori etici", lungi dall'aver una consistenza soggettiva o formale, si presentano all'interprete nella loro *oggettività* e nella loro *sostanza*. Egli sostiene inoltre il carattere scientifico dell'interpretazione giuridica, anche quando viene in considerazione l'elemento valutativo assiologico. Anzi, il momento logico, quello teleologico e quello assiologico sono inscindibili nel processo ermeneutico⁷⁵¹. L'apprezzamento interpretativo rimane infatti «pur sempre vincolato e subordinato alla linea di coerenza logica, immanente all'ordine giuridico considerato nella sua totalità»⁷⁵². Il momento assiologico non sfugge dunque alla razionalità e alla razionalità giuridica in particolare; non è fuori dal diritto, come vorrebbe Kelsen. Scrive Betti: «L'ordinamento giuridico non è qualcosa di bell'e fatto (come può credere una visione statica e immobilizzante, alla Kelsen), né un organismo che si sviluppi da sé per mera legge naturale: è qualcosa che non è, ma si fa, in accordo con l'ambiente sociale storicamente condizionato, proprio per opera assidua d'interpretazione»⁷⁵³.

Per concretizzare la norma astratta e addivenire alla massima di decisione occorre quindi necessariamente attingere a «quel criterio o intuito assiologico il quale attinge alla nostra sensibilità per i valori e in essa ha la sua fonte»⁷⁵⁴. In ciò compare nuovamente, peraltro, l'ascendenza vichiana "cosmocentrica", dove il singolo si colloca in una comunione di esseri pari a lui, in un cosmo di valori, che lo trascende ed ha il suo centro al di fuori di lui⁷⁵⁵.

Nel trasferire il ragionamento interpretativo sul piano della giurisprudenza e di quella costituzionale in particolare, si ha modo di saggiare come la stessa storia del processo costituzionale, a prescindere dalle singole decisioni e dalle specifiche soluzioni, mostri costantemente come l'orizzonte si senso, cui si appellano le argomentazioni e le motivazioni delle sentenze del giudice delle leggi, confermino l'impostazione bettiana. La Corte costituzionale, in questi sessant'anni di attività, ricorre infatti ai principi supremi, ricorre ai diritti inviolabili, ricorre, in special modo, al comune valore della ragione e, in ogni caso, mostra, sul piano delle argomentazioni utilizzate, una continuità fra il piano logico, teleologico (la *ratio* della norma) e

⁷⁵⁰ Cfr. soprattutto F. MODUGNO, *Il concetto di costituzione*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, I, Milano, 1977, p. 210. Sia consentito rinviare anche a G. RAZZANO, *Il concetto di costituzione in Franco Modugno, fra positivismo giuridico e "giusnaturalismo"*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, Napoli, III, p. 2771-2798.

⁷⁵¹ E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, p. 181 ss.

⁷⁵² *Ibidem*, p. 22.

⁷⁵³ *Ibidem*, p. 35.

⁷⁵⁴ *Ibidem*, p. 10.

⁷⁵⁵ *Supra*, § 3.

assiologico. Soprattutto postula, ne sia o meno consapevole, la comune capacità di riconoscere la realtà, quando comunque distingue o assimila - in maniera più o meno condivisibile e soddisfacente - diverse categorie di lavoratori, diverse categorie di situazioni previdenziali, diverse situazioni economiche, diverse condizioni di salute, diverse tipologie di reati in relazione alle relative pene.

In altri termini, la giurisprudenza costituzionale, come rivelano le motivazioni, non può fare a meno di fare appello alla nozione di *ragionevolezza* e a quella di *significato*, supponendo *l'universalità di tali fondamenti*, quale comune capacità di condividere similitudini e differenze, di discendere da ciò che è generale a ciò che è particolare e viceversa, di seguire un ragionamento deduttivo o intuitivo.

Il che, anziché essere ovvio, è piuttosto in contrapposizione con una parte della filosofia contemporanea e con una parte considerevole della filosofia giuridica in particolare, allorché tali posizioni di pensiero muovono da quel “purismo metodologico” che prescinde dai contenuti. Ne discende anche quello scetticismo che considera, fra l'altro, irrimediabilmente *ideologica* l'attività interpretativa del giudice: «Il principio di non contraddizione, le regole di inferenza, il ragionamento per analogia e l'*argumentum a maiore ad minus* non sarebbero altro che paraventi dietro cui si celano atti di volontà del giudice»⁷⁵⁶. È invece la giurisprudenza costituzionale come tale, ossia intesa nel suo insieme e nella sua ormai apprezzabile evoluzione storica, a smentire l'idea per cui il procedimento di decisione del giudice, sganciato dai contenuti, sia basato su regole procedurali date, su un sistema di segni chiuso, su canoni tipizzati, su argomentazioni stabili e, in ultima analisi, sul procedimento come tale⁷⁵⁷.

⁷⁵⁶ M. LOSANO, Prefazione ad H. Kelsen, *Teoria generale delle norme*, p. XXXI

⁷⁵⁷ Il riferimento è certamente a N. LUHMANN, *Sociologia del diritto* (1972), Bari, 1977. Per ulteriori approfondimenti in merito a questa lettura della storia della giurisprudenza costituzionale rinvio a G. RAZZANO, *Il parametro delle norme non scritte nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2002, e a G. RAZZANO, *Principi fondamentali, supremi, essenziali e inviolabili nella giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto e Società*, 2006, p. 587-621.

7. La continuità fra interpretazione logica, teleologica ed assiologica: la sentenza n. 238 del 2014 della Corte costituzionale.

La presenza dell'elemento valutativo assiologico come parte integrante del ragionamento giuridico "scientifico", è infatti costantemente riscontrabile nella giurisprudenza costituzionale italiana, come emerge soprattutto dall'analisi di quelle pronunce che maggiormente la caratterizzano. Fra queste, sembra di poter menzionare la recente sentenza n. 238 del 2014. Questa, com'è noto, ha stabilito che la norma consuetudinaria internazionale sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile degli altri Stati, non vale nell'ordinamento italiano in tutta la sua portata, in quanto le si oppongono i *controlimiti rappresentati* dai diritti inviolabili e dalla dignità della persona umana⁷⁵⁸. In questione sarebbero infatti i principi e i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione italiana, che mai potranno essere intaccati da norme esterne di qualsiasi rango e provenienza.

Ciò che qui interessa è il riferimento alla teoria dei *controlimiti*, la quale, com'è noto, è una dottrina ma anche una giurisprudenza consolidata⁷⁵⁹. Infatti l'esistenza di un nucleo duro di principi supremi e di diritti inviolabili di livello costituzionale che fungono da *controlimite* alle limitazioni di sovranità consentite dalla stessa Costituzione è stata affermata dal giudice delle leggi in molte circostanze. E ciò sia rispetto alle limitazioni di sovranità determinate dall'ordinamento europeo e da altri ordinamenti esterni, come quello canonico, sia rispetto alle stesse altre norme costituzionali. La sentenza n. 1146 del 1988, che si riferisce proprio a quest'ultimo versante, non manca di richiamare le precedenti sentenze 30/71; 12/72; 175/73; 18/82, 183/73 e 170/84, relative piuttosto all'ambito dei rapporti con l'ordinamento europeo, per affermare, com'è noto, che esistono principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'*essenza dei valori supremi* sui quali si fonda la Costituzione italiana e che non possono dunque essere modificati neppure con un procedimento di revisione costituzionale. Dunque non solo *controlimiti* verso gli ordinamenti esterni che limitano la sovranità, ma anche parametri inviolabili per la valutazione della legittimità delle leggi di revisione e delle altre leggi costituzionali.

Ora di tali *controlimiti*, nel loro insieme, può fornirsi tanto una lettura formale, quanto una sostanziale. Si può ritenere, ad esempio, che si tratti di «una clausola di stile e che di fatto non è mai stata utilizzata»⁷⁶⁰. Si può dire, ancora, che si tratta di un «usbergo della statualità»⁷⁶¹, utile a difendere la sovranità statale nel caso in cui questa sia minacciata dal primato comunitario in

⁷⁵⁸ Senza voler qui entrare nel merito della complessa questione, si rinvia alla lucida ricostruzione di E. LAMARQUE, *La Corte costituzionale ha voluto dimostrare di sapere anche mordere*, in *Questione giustizia* 1/2015.

⁷⁵⁹ Com'è noto, le norme di diritto internazionale generalmente riconosciute – di cui all'art. 10, primo comma, Cost. – non possono produrre l'effetto di adeguamento previsto dalla citata norma costituzionale, nel caso in cui violino i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale italiano (sentenze n. 48 del 1979, n. 15 del 1996, n. 73 del 2001).

⁷⁶⁰ P. CARETTI, *I diritti e le garanzie*, relazione (traccia provvisoria), pubblicata sul sito AIC, convegno annuale "Costituzionalismo e globalizzazione", Salerno, 23-24 novembre 2012. L'autore peraltro auspica, nella medesima relazione, che la Corte costituzionale, anziché rinchiudersi «nell'auto-isolamento», dovrebbe piuttosto aprirsi senza timore ai diritti fondamentali così come riconosciuti e interpretati dalla Corte di Giustizia europea, per una piena integrazione, che sul punto, a differenza di quanto ormai avviene in relazione alla Carta europea dei diritti umani CEDU, ancora mancherebbe.

⁷⁶¹ Espressione utilizzata da M. LUCIANI, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini*, in *Questione giustizia*, 1/2015, p. 89.

alcuni valori considerati irrinunciabili dall'ordinamento interno. Si può ritenere invece, in una prospettiva che va oltre la dialettica fra l'ordinamento statale e gli ordinamenti esterni al nostro, che la consistenza di tali entità - *controlimiti*, principi supremi, diritti inviolabili - sia propriamente *etica*, relativa cioè ai contenuti stessi. In tale prospettiva i controlimiti non sono *strumenti utili* a contrassegnare o meno i confini al potere e alla sovranità, ma hanno una qualità appunto *assiologica*. In questa diversa visione essi avrebbero dunque un significato *in sé* a prescindere dalla loro *funzione*. Ed affermerebbero diritti inalienabili, anche a prescindere dalla relazione fra lo Stato e altri ordinamenti e, quindi, a prescindere dalla questione della sovranità.

Quel che è certo è che la sentenza n. 1146 del 1988, che si riferisce all'ordinamento interno e afferma l'esistenza di principi che appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana, limite per le stesse leggi di revisione costituzionale che il Parlamento volesse deliberare, si comprende solo in questa seconda prospettiva. Quella cioè di un'interpretazione sostanziale di tali principi, propriamente *etica - valori* - e nondimeno *giuridica*. Afferma la Corte che essi hanno «una valenza superiore rispetto alle *altre* norme o leggi di rango costituzionale».

La motivazione della sentenza n. 238 del 2014 sembra confermare questa interpretazione fondata sul contenuto di valore dei principi, a prescindere dalle valutazioni e dalle critiche che si vogliano muovere alla decisione e alle sue possibili conseguenze. La Corte afferma infatti che, fra i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale, vi è il diritto di agire e di resistere in giudizio a difesa dei propri diritti, riconosciuto dall'art. 24 Cost. Questo vale, a maggior ragione, quando il diritto in questione è fatto valere a tutela dei diritti fondamentali della persona, tra i quali, a titolo primario, vi è appunto la dignità⁷⁶². Come si è osservato, questa sentenza «utilizza i controlimiti non già per tutelare, ma per limitare la statualità, escludendo che alcune categorie di atti o comportamenti, sia pure adottati o tenuti *iure imperii*, siano sottratti all'altrui giurisdizione»⁷⁶³. Infatti la motivazione di fondo attraverso cui si giunge a tale conclusione non è affatto formale, non si basa su di una «clausola di stile», né, appunto, su di un «usbergo della statualità», ma sui principi supremi e sui diritti fondamentali della persona. Proprio in ragione del loro contenuto sostanziale, tali principi avrebbero la forza *etica e giuridica* di limitare la norma consuetudinaria internazionale che afferma l'immunità degli Stati dalla giurisdizione di altri Stati. Traspare così inequivocabilmente, ancora una volta, la continuità fra il discorso logico, teleologico e assiologico.

Non a caso si è autorevolmente affermato, al riguardo, che la libertà e l'uguaglianza si confermano come *la coppia assiologica fondamentale* dell'ordinamento⁷⁶⁴. E che la sentenza in questione «rappresenta il riconoscimento, da parte del giudice delle leggi, che l'avvento della Costituzione democratica del 1948, dopo la dittatura, gli orrori della guerra e la Resistenza al nazifascismo, *ha sostituito il fondamento di valore a quello di autorità* (...). Alla luce della tradizionale

⁷⁶² punto 3.4. del considerato in diritto. Per A. RUGGERI, *La Corte aziona l'arma dei "controlimiti" e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all'ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria (a margine di Corte cost. n. 238 del 2014)*, in *Consulta online*, 8, il principio di dignità non tollera alcun bilanciamento, perché è esso stesso la bilancia. *Contra* M. LUCIANI, *op. cit.*, p. 91.

⁷⁶³ M. LUCIANI, *op. cit.*, p. 90.

⁷⁶⁴ A. RUGGERI, *La Corte aziona l'arma dei "controlimiti" e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all'ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria (a margine di Corte cost. n. 238 del 2014)*, in *Consulta online*, p. 8.

nozione di sovranità, e dell'altrettanto tradizionale positivismo legalistico, sarebbero difficilmente giustificabili sia i "controlimiti" all'efficacia interna delle norme internazionali e sovranazionali, sia lo stesso limite posto dalla citata sentenza n. 1146, che apparirebbe (ed a taluno continua ad apparire) un controsenso giuridico»⁷⁶⁵.

Si assiste insomma ad un'interpretazione giuridica, specificamente costituzionale, in cui l'elemento valutativo relativo ai diritti inviolabili dell'uomo, che la Costituzione italiana all'art. 2 *riconosce*, è parte integrante del ragionamento giuridico "scientifico", secondo quella continuità fra l'uno e l'altro piano, quello assiologico e quello logico, sostenuta molti decenni fa da Emilio Betti. Per concretizzare la norma astratta nella massima di decisione, si è infatti attinto a «quel criterio o intuito assiologico il quale attinge alla nostra sensibilità per i valori e in essa ha la sua fonte»⁷⁶⁶.

8. Conclusioni.

Al termine di queste riflessioni sembra allora di poter sintetizzare con due paradossi il discorso condotto sin qui, riallacciandosi alle considerazioni introduttive. Infatti mentre Emilio Betti, allorché enuncia la sua teoria ermeneutica, assicura di non volersi con ciò ascrivere a nessun particolare sistema filosofico, di fatto egli può invece collocarsi in quella parte minoritaria della filosofia contemporanea che si propone fiduciosamente di poter scorgere l'*oggetto*, la cosa in sé, come appare chiaro soprattutto in riferimento all'enunciazione del *canone dell'autonomia ermeneutica dell'oggetto*. Tale fiducia, come si è visto, gli deriva peraltro dalla sua formazione originaria, ossia da quella metodologia storico-scientifica reclamata dagli studi romanistici, certamente indecifrabili nell'ottica dell'orizzonte soggettivo della precomprensione e dell'attribuzione di senso da parte dell'interprete. Egli prende inoltre chiaramente posizione contro il normativismo e il positivismo imperanti nel suo tempo.

Analogamente, nonostante le sue pungenti critiche all'esperienza costituente, da cui si è tenuto anche politicamente ben distante, la sua concezione dell'interpretazione giurisprudenziale risulta al contrario di estremo interesse nel quadro del dibattito attuale sul ruolo e sui limiti della giurisprudenza in generale, con riguardo all'art. 101 Cost., e di quella costituzionale in particolare⁷⁶⁷. Per non parlare della sua concezione dei principi e, più in generale, del ruolo che nel processo interpretativo spetta alle valutazioni assiologiche e al ragionamento deduttivo, considerati omogenei l'uno all'altro. Non solo questa concezione ha trovato eco in dottrina, ma la continuità fra il ragionamento logico, teleologico e assiologico può nei fatti ritenersi comprovata dalla giurisprudenza costituzionale, come attesta l'analisi delle motivazioni delle sentenze della Corte in tutti questi anni. Da ultimo anzi, come si è appena visto, i controlimiti letti nel loro contenuto di valore e quindi fundamentalmente in riferimento alla libertà e all'uguaglianza, sono stati interpretati come il riconoscimento, da parte del giudice delle leggi, del

⁷⁶⁵ G. SILVESTRI, *Sovranità vs. Diritti fondamentali*, in *Questioni giustizia*, cit., p. 60.

⁷⁶⁶ E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., p. 10 ss.

⁷⁶⁷ Laddove rileva l'art. 28 della legge n. 87 del 1953, per cui il «controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento».

fatto che «l'avvento della Costituzione democratica del 1948, dopo la dittatura, gli orrori della guerra e la Resistenza al nazifascismo, ha sostituito il fondamento di valore a quello di autorità». Chissà tuttavia se queste conclusioni, per quanto basate sulla continuità logica, teleologica ed assiologica dell'interpretazione giuridica, sarebbero davvero piaciute ad Emilio Betti.

Partiti politici europei e disciplina costituzionale nazionale*

di Giorgio Grasso*

SOMMARIO: 1. Introduzione e delimitazione del tema. – 2. Su alcuni significativi punti di contatto tra la disciplina dei partiti politici europei e la disciplina dei partiti politici italiani. In particolare: la registrazione dei partiti; il rispetto dei valori fondanti dell'ordinamento dell'Unione europea; le norme in tema di democrazia interna e/o di *governance*. – 3. *Segue*: chi registra, controlla e sanziona i partiti politici europei e i partiti politici nazionali? L'Autorità per i partiti politici europei e le fondazioni politiche europee (e la Commissione di garanzia degli statuti e per la trasparenza e il controllo dei rendiconti dei partiti politici: cenni). – 4. Qualche breve osservazione in tema di finanziamento, tra partiti politici europei e partiti politici nazionali, e primi rilievi conclusivi.

1. Introduzione e delimitazione del tema

Il contributo che si propone, già dal suo titolo “Partiti politici europei e disciplina costituzionale nazionale”, richiede di tentare un confronto tra i partiti politici europei (o partiti politici a livello europeo⁷⁶⁸) e i partiti politici nazionali, guardando in particolare alla più recente regolamentazione normativa di entrambi.

L'ipotesi di studio è che si sia realizzato, e possa ancora meglio realizzarsi in futuro, un reciproco travaso tra i due modelli di disciplina del fenomeno partitico, quello europeo e quello costituzionale nazionale, circoscrivendo l'attenzione, peraltro, alle sole vicende italiane.

Alcuni aspetti delle rispettive discipline vanno immediatamente ricordati, costituendo un po' la cornice generale entro cui svolgere poi le mie considerazioni.

Sul versante europeo, il rimando, oggi, è ovviamente al regolamento n. 1141/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, relativo allo statuto e al finanziamento dei partiti politici europei e delle fondazioni politiche europee, che ha abrogato il precedente regolamento n. 2004/2003 del Parlamento europeo e del Consiglio, e che ha iniziato ad applicarsi dal 1° gennaio

* Contributo sottoposto a double blind peer review

Il lavoro conserva, con la sola aggiunta delle note e alcune modifiche nel testo, l'impostazione della relazione orale tenuta al Seminario di Studi, *Forma di governo e sistema dei partiti nel processo federativo europeo*, Napoli, 15 dicembre 2016, a cura di Sandro Staiano, in corso di pubblicazione.

* Professore associato confermato di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli Studi dell'Insubria.

⁷⁶⁸ La differenza tra le due espressioni è ora rimarcata da P. RIDOLA, *I principi sulla democrazia nell'Unione europea e i partiti politici europei*, relazione al Seminario di Studi, *Forma di governo e sistema dei partiti nel processo federativo europeo*, Napoli, 15 dicembre 2016, in corso di pubblicazione, che evidenzia appunto come sia nel Trattato sull'Unione europea, sia nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, si utilizzi la seconda terminologia, meno pregnante, così differenziandosi dalla più recente normativa di attuazione (in modo specifico il Regolamento n. 1141/2014), in cui si impiega invece la formula, usata anche prevalentemente in questo lavoro, di “partiti politici europei”. Le due voci enciclopediche dedicate al tema, quella di G. GRASSO, *Partiti politici europei*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Aggiornamento, Volume III, UTET Giuridica, Milano-Torino, 2008, 609 ss., e quella di O. PORCHIA, *Partiti politici europei*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, Volume VIII, Giuffrè, Milano, 2014, 795 ss., optano già nel titolo per questa più densa perifrasi.

2017. Insieme ad esso, a livello europeo, va anche ricordata la *Risoluzione del Parlamento europeo del 1° novembre 2015 sulla riforma della legge elettorale dell'Unione europea*.

Sul versante nazionale, va menzionato il decreto legge n. 149/2013⁷⁶⁹, convertito con modificazioni nella legge n. 14/2014, che, come è noto, detta in modo embrionale, ma sufficientemente significativo⁷⁷⁰, una prima legislazione sui partiti, anche in attuazione dell'art. 49 della Costituzione. A questa normativa va ricordato ora il testo unificato, approvato nel giugno 2016 dalla Camera dei Deputati, ed intitolato *Disposizioni in materia di partiti politici, norme per favorire la trasparenza e la partecipazione democratica*, di cui non è ancora iniziato peraltro l'esame al Senato della Repubblica, nel momento in cui questo lavoro è stato concluso definitivamente (marzo 2017)⁷⁷¹. Anche in ragione della nuova situazione politica determinatasi dopo il *referendum* costituzionale del 4 dicembre 2016 e dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 35 del 2017 sul c.d. *Italicum*, sembra abbastanza improbabile che questo testo unificato possa essere approvato nel corso della presente Legislatura; tuttavia, proprio durante il dibattito che ha portato al voto di fiducia del Governo Gentiloni, nel dicembre 2016, il tema della necessità di adottare una legge sui partiti è tornato di qualche attualità, essendo stato rimarcato in alcuni interventi parlamentari⁷⁷².

Ma quali sono le ragioni scientifiche che suggeriscono di tenere in un quadro di insieme i partiti politici europei ed i partiti politici nazionali?

Può essere agevole citare in proposito, nel regolamento del 2014, l'art. 14, che delimita il campo di intervento del regolamento europeo, del diritto nazionale e della fonte statutaria, richiamando le disposizioni di diritto nazionale applicabili nello Stato membro in cui il partito politico europeo ha fissato la sua sede. Per il momento, nessun partito politico europeo ha stabilito la propria sede nel territorio del nostro Paese, ma, qualora dovesse realizzarsi tale (futura) eventualità, potrebbe determinarsi un serio problema sul regime giuridico delle formazioni politiche europee, relativo alla circostanza per cui i partiti europei hanno personalità giuridica, a differenza di quelli nazionali che in Italia sono e restano associazioni non riconosciute⁷⁷³.

Sempre per testimoniare il peso di questa comparazione si può menzionare un'altra disposizione del regolamento europeo, l'art. 16, paragrafo 3, che regola il caso in cui, a seguito di una grave violazione di un obbligo derivante dal diritto nazionale applicabile ai sensi del citato articolo 14, può essere avviato, da parte dello Stato membro in cui ha sede il partito politico europeo, un

⁷⁶⁹ Intitolato *Abolizione del finanziamento pubblico diretto, disposizioni per la trasparenza e la democraticità dei partiti e disciplina della contribuzione volontaria e della contribuzione indiretta in loro favore*.

⁷⁷⁰ In questo senso vedi anche, tra i primi commentatori del decreto legge n. 149/2013, G. MAESTRI, *Simboli dei partiti, controllo degli statuti e registrazione: gli effetti delle nuove norme sul finanziamento*, in *Federalismi.it*, 2014, 2 e 3, e S. BONFIGLIO, *La disciplina giuridica dei partiti politici e la qualità della democrazia. Profili comparativi e il caso italiano visto nella prospettiva europea*, in *Nomos*, 2015, 30 e 32. Più problematico è il giudizio di R. CALVANO, *Dalla crisi dei partiti alla loro riforma, senza fermarsi... voyage au bout de la nuit?*, in *Costituzionalismo.it*, 2015, 183 e 184, che, pur sottolineando l'innovatività del decreto legge n. 149/2013, nel tentativo di costruire una disciplina di attuazione dell'art. 49 Cost., anche in tema di democrazia interna, evidenzia però come prevalgono alla fine regole e obblighi meramente formali, facilmente aggirabili dai partiti politici.

⁷⁷¹ *Atti Senato* n. 2439.

⁷⁷² In particolare si veda l'intervento del senatore Paolo Romani, capo gruppo di Forza Italia, nel corso della seduta del 14 dicembre 2016, con richiami sia al tema della democrazia interna, sia a quello della regolamentazione delle primarie.

⁷⁷³ Critico appare soprattutto il profilo della conversione della personalità giuridica nazionale in una personalità giuridica europea subentrante, che si realizza, ai sensi dell'art. 15, paragrafo 3, del regolamento, nel caso in cui il partito europeo abbia personalità giuridica in base al diritto di uno Stato membro.

procedimento che può condurre alla cancellazione dal registro previsto dal regolamento, procedimento sul quale si tornerà più avanti nel corso del lavoro (vedi il paragrafo 3).

Infine, un altro possibile legame tra le due discipline normative è presente, questa volta, nella legislazione italiana. Nel citato decreto legge n. 149/2013, all'art. 3, secondo comma, stabilendosi il contenuto essenziale dello statuto di cui devono dotarsi i partiti politici nazionali, che intendono avvalersi dei benefici previsti dal decreto, si fa riferimento, infatti, al «rispetto della Costituzione e dell'ordinamento dell'Unione Europea».

A margine della riflessione comparativa di questo contributo, anche per non appesantire eccessivamente il fascio delle mie osservazioni, resteranno tutte le questioni legate all'introduzione nel Trattato di Maastricht del 1992 della norma sui partiti, poi confluita nel Trattato di Lisbona e nella Carta dei diritti fondamentali, con qualche piccola variazione anche semantica⁷⁷⁴. Analogamente, non saranno oggetto di indagine le vicende riferite alla nascita dell'art. 49 della Costituzione italiana, anche nei lavori dell'Assemblea costituente. Si deve, soltanto, evidenziare che, probabilmente, la norma sui partiti europei nel vecchio art. 138A del Trattato di Maastricht rappresentò il tentativo di trasporre e filtrare in ambito europeo le più mature esperienze costituzionali nazionali sui partiti: al riguardo, basta richiamare l'art. 21 del *Grundgesetz* e il *Parteiengesetz* del 1967⁷⁷⁵, mentre il nostro art. 49, anche per la perdurante mancanza di una legge di attuazione, è sembrato, invece, rappresentare il più lontano dalla formulazione della normativa europea⁷⁷⁶.

Sullo sfondo del lavoro, benché meritevole dello svolgimento di qualche considerazione più avanti nel testo (vedi il paragrafo 4), è anche la minuta disciplina di dettaglio dei due diversi meccanismi che il diritto europeo e il diritto nazionale prevedono per il finanziamento: finanziamento pubblico per i partiti europei e contribuzione volontaria indiretta, assicurata oggi ai partiti politici italiani dal decreto legge n. 149/2013. Certo è che la più recente normativa italiana esprime sull'aspetto del finanziamento un avvicinamento significativo con la prospettiva europea; nel senso che, nel diritto europeo, i due profili della regolazione dei partiti e del finanziamento sono sempre andati di pari passo, mentre tutta la storia del finanziamento dei partiti politici in Italia è stata caratterizzata dall'aver evitato di tenere uniti questi due elementi problematici, proprio perché il finanziamento (pubblico) è sempre stato sganciato dall'idea di sottoporre i partiti a forme di regolazione e di controllo, ad esempio imponendo obblighi di registrazione e di una struttura organizzativa interna di tipo democratico. Ma, come si diceva prima, sulla questione della personalità giuridica resta tuttora una relativa distanza, che risale già al momento dell'approvazione del regolamento n. 2004/2003, quando proprio in considerazione del riconoscimento della personalità giuridica dei partiti europei, allora riconosciuta solo nello Stato

⁷⁷⁴ Sull'origine della norma sui partiti vedi per tutti D. TSATSOS, *European Political Parties? Preliminary Reflections on Interpreting the Maastricht Treaty Article on Political Parties (Article 138a of the EC Treaty)*, in HRLJ, 1995, Vol. 16 (1-3), 1 ss.; per un cenno vedi ora anche S. STAIANO, *Introduzione al Seminario di Studi, Forma di governo e sistema dei partiti nel processo federativo europeo*, cit.

⁷⁷⁵ Questo profilo era già stato sviluppato in G. GRASSO, *Democrazia interna e partiti politici a livello europeo: qualche termine di raffronto per l'Italia?*, in *Politica del diritto*, 2010, 613.

⁷⁷⁶ Il rilievo è di R. BALDUZZI, *Commissione europea e sistema dei partiti: responsabilità collegiale e presidenzialismo*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005, 1084.

membro ospitante la sede del partito, vi fu il voto contrario da parte del nostro Paese sul testo del regolamento, quasi si trattasse di un vero e proprio tabù⁷⁷⁷.

2. Su alcuni significativi punti di contatto tra la disciplina dei partiti politici europei e la disciplina dei partiti politici italiani. In particolare: la registrazione dei partiti; il rispetto dei valori fondanti dell'ordinamento dell'Unione europea; c) le norme in tema di democrazia interna e/o di governance

Nella ricerca dei più significativi punti di contatto tra la disciplina normativa dei partiti politici europei e quella dei partiti politici nazionali, può essere utile partire dalla definizione che viene data dei partiti politici nei due ordinamenti considerati, sempre considerando i testi normativi più recenti, più volte menzionati sinora.

L'art. 2 del regolamento n. 1141/2014, in particolare, identifica in un partito politico europeo «un'alleanza politica che persegue obiettivi politici ed è registrata presso l'Autorità per i partiti politici europei e le fondazioni politiche europee» prevista dal regolamento.

Questo obbligo di registrazione, non previsto nel vecchio regolamento del 2003, manca del tutto, infatti, in Italia. Più specificatamente, nel decreto legge n. 149/2013 la registrazione (articolo 4) è prevista solo come condizione per godere dei benefici previsti dal decreto legge medesimo⁷⁷⁸, insieme ad altri requisiti richiesti dalla legge, tra cui in particolare il dotarsi di uno statuto con un determinato contenuto normativo, ma non come caratteristica costitutiva dell'esistenza di un partito politico. Senza registrazione, invece, in base al nuovo regolamento europeo del 2014, un'alleanza politica di partiti nazionali non è qualificabile nemmeno come partito politico europeo, ma resta più semplicemente, in modo non prescrittivo, un'alleanza politica, basata sulla «cooperazione strutturata tra partiti politici e/o cittadini». Questo è un elemento di rilievo, credo, da sottolineare.

La registrazione assume, pertanto, una diversa connotazione e certamente il modello europeo appare più rigido di quello nazionale⁷⁷⁹; del resto, se si allarga lo sguardo al testo unificato di giugno 2016, che ho richiamato poc'anzi, si evince che la normativa italiana si riferisce in modo

⁷⁷⁷ Il regolamento n. 2004/2003, infatti, venne approvato con il voto contrario dell'Italia, oltre che di Danimarca e Austria: vedi G. GRASSO, *Democrazia interna e partiti politici a livello europeo: qualche termine di raffronto per l'Italia?*, cit., 625-626.

⁷⁷⁸ Così anche G. CONTI, *Costituzionalismo e democrazia dei partiti a livello europeo*, in *Federalismi.it*, 2014, 22, che sottolinea inoltre che «l'iscrizione al registro nazionale non determina alcun riconoscimento soggettivo ai partiti politici», in grado di incidere sulla loro natura civilistica di associazioni non riconosciute.

⁷⁷⁹ La «maggiore restrittività delle condizioni poste in essere» a livello europeo nel campo del diritto dei partiti è segnalata anche da G. CONTI, *Costituzionalismo e democrazia dei partiti a livello europeo*, cit., 23, corsivo dell'A. Va ricordato peraltro che il deposito dello statuto e del contrassegno è diventato requisito obbligatorio per i partiti politici italiani e i gruppi politici organizzati per poter concorrere alle elezioni politiche, presentando liste di candidati, con le modifiche apportate dalla legge n. 52 del 2015 all'art. 14 del testo unico delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati (d.P.R. n. 361 del 1957). In tal modo sembra essere in parte scongiurato il rischio, evidenziato in dottrina (vedi A. DE PETRIS, *Is it all about money? The Legal Framework of Party Competition in Italy*, in A. DE PETRIS e T. POGUNTKE (a cura di), *Anti-Party Parties in Germany and Italy. Protest Movements and Parliamentary Democracy*, Luiss University Press, Roma, 2015, 105, nonché S. BONFIGLIO, *La disciplina giuridica dei partiti e la qualità della democrazia*, cit., 31), di ammettere alla competizione elettorale formazioni politiche che, scegliendo intenzionalmente di non godere dei benefici del nuovo sistema di finanziamento, siano prive di uno statuto che delinea almeno un contenuto minimo, in termini di democrazia interna.

meno costrittivo e indistintamente a partiti, a movimenti, a gruppi politici organizzati, quindi ad una dimensione associativa eccedente quella del partito politico in senso stretto⁷⁸⁰.

Dal punto di vista delle condizioni previste per la registrazione, afferenti, a livello europeo, sia ai partiti politici europei sia alle fondazioni politiche formalmente collegate ai primi, c'è un requisito fondamentale su cui serve brevemente soffermarsi; mi riferisco alla dimostrazione, da parte dell'alleanza politica europea che aspira alla registrazione come partito politico europeo⁷⁸¹, di osservare nel suo programma e nella sua attività i valori su cui è fondata l'Unione Europea, quindi di rispettare la dignità umana, la libertà, la democrazia, l'uguaglianza, lo stato di diritto e i diritti dell'uomo, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze⁷⁸². Esiste addirittura, ai sensi del regolamento del 2014, un formulario standard, contenuto in apposito allegato, che i partiti politici europei che ambiscono ad essere qualificati tali devono sottoscrivere nel momento in cui presentano la loro istanza. Anche in base alla disciplina del regolamento del 2003, era previsto il soddisfacimento di questa medesima condizione, sottoposta però solo a una valutazione politica da parte dello stesso Parlamento europeo, senza innestarsi in un procedimento di registrazione, come quello previsto ora dal nuovo regolamento.

Tornando al decreto legge n. 149/2013, vi è solo una norma, anch'essa già ricordata, che genericamente parla di rispetto della Costituzione e dell'ordinamento dell'Unione europea. Ma qui va rilevato un aspetto degno di nota: il testo originario del decreto legge, come pubblicato in Gazzetta Ufficiale dopo la sua emanazione e prima della modifica avvenuta in sede di conversione in legge, prevedeva una formulazione molto più stringente e prossima al diritto europeo; nel testo primitivo del decreto ci si riferiva, infatti, all'osservanza da parte dello statuto dei principi fondamentali di democrazia, di rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonché dello stato di diritto; successivamente, in sede di conversione, questo disposto normativo è venuto meno⁷⁸³.

Riguardo alle modalità mediante le quali si può far valere concretamente il rispetto dei valori dell'Unione europea, nel momento sia della registrazione, sia dell'eventuale cancellazione dal registro aggiungerò in seguito qualche ulteriore considerazione (vedi il paragrafo 3).

Altro terreno fertile di comparazione è costituito dalla conformazione dello statuto dei partiti politici europei e di quelli nazionali a norme che si possono definire di democrazia interna. Emerge, a mio giudizio, un aspetto alquanto paradossale. La normativa europea, infatti, nonostante una lunga storia nella quale – cito la c.d. relazione Tsatsos del 1996 sulla posizione costituzionale dei partiti politici europei e la risoluzione del Parlamento europeo del 2006 sui partiti politici europei – si era puntato molto sulla valorizzazione dell'aspetto della democrazia interna⁷⁸⁴, attualmente sembra più timida di quella nazionale, non parlandosi nemmeno di democrazia interna, ma di *governance* dei partiti politici europei. Si tenga conto, peraltro, che nel

⁷⁸⁰ Si veda in particolare l'art. 2, comma 1: «I cittadini hanno diritto di associarsi liberamente in partiti, movimenti e gruppi organizzati per concorrere alla formazione dell'indirizzo politico, all'elaborazione di programmi per il governo nazionale e locale, nonché alla selezione e al sostegno di candidati alle elezioni per le cariche pubbliche, nel rispetto del principio della parità di genere, in conformità alla Costituzione e ai principi fondamentali dell'ordinamento democratico».

⁷⁸¹ Analoghe disposizioni sono previste per la richiesta di registrazione come fondazione politica europea.

⁷⁸² Si veda art. 3, paragrafo 1, lettera c), del regolamento n. 1141/2014.

⁷⁸³ Per questo rilievo per prima M.R. ALLEGRI, *Il nuovo regolamento sullo statuto e sul finanziamento dei partiti politici europei: una conclusione a effetto ritardato*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 2014, 4.

⁷⁸⁴ Per una ricognizione su questi due diversi atti vedi G. GRASSO, *Partiti politici europei*, cit., 615 e 628.

testo della proposta, elaborata dalla Commissione europea, che sarebbe poi diventato il regolamento n. 1141/2014, ci si riferiva, invece, più propriamente alla democrazia interna, così come nell'intitolazione iniziale della disposizione di riferimento, l'articolo 4.

Volendo tentare un rapido confronto tra l'art. 4 del regolamento europeo appena citato e l'art. 3 del decreto legge n. 149/2013, anche per come potrebbe risultare modificato dal testo unificato del 2016, si scorge un'immediata somiglianza a proposito delle caratteristiche che deve avere il simbolo del partito. La normativa europea, infatti, stabilisce che il nome e il logo «devono essere chiaramente distinguibili da quelli di qualsiasi altro partito politico europeo», laddove la normativa italiana prevede che il simbolo del partito e la sua «denominazione, anche nella forma abbreviata, devono essere chiaramente distinguibili da quelli di qualsiasi altro partito politico esistente»⁷⁸⁵.

Pare poi significativo menzionare, scorrendo la normativa nazionale, la lettera *l*), dell'art. 3, comma 2, del decreto legge n. 149, che richiede allo statuto di indicare «le modalità di selezione delle candidature per le elezioni dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia, del Parlamento nazionale, dei consigli delle Regioni e delle Province autonome di Trento e di Bolzano e dei consigli comunali, nonché per le cariche di sindaco e di presidente di regione e di provincia autonoma». E ancora di più, nel testo unificato di giugno 2016, va ricordata quella che potrebbe diventare la nuova lettera *d*), del medesimo articolo 3, comma 2, del decreto legge n. 149/2013, sostituendo il testo vigente (che recita lo statuto indica: «i diritti e i doveri degli iscritti e i relativi organi di garanzia; le modalità di partecipazione degli iscritti all'attività del partito»), con una formulazione molto più dettagliata e precisa, secondo la quale lo statuto indica: «le forme e le modalità di iscrizione; i diritti e i doveri degli iscritti e i relativi organi di garanzia; le modalità di partecipazione degli iscritti alle fasi di formazione della proposta politica del partito, compresa la selezione dei candidati alle elezioni, nonché le regole per l'istituzione e per l'accesso all'anagrafe degli iscritti, consultabile da ogni iscritto nel rispetto della normativa in materia di protezione dei dati personali».

Da parte sua, il regolamento europeo stabilisce che «lo statuto di un partito politico europeo include disposizioni sull'organizzazione interna del partito che disciplinano almeno ... *b*) i diritti e i doveri connessi con tutti i tipi di partecipazione e i diritti di voto corrispondenti; *c*) i poteri, le responsabilità e la composizione dei suoi organi direttivi, specificando per ciascuno di essi i criteri di selezione dei candidati e le modalità della loro nomina e della loro revoca dall'incarico; *d*) i suoi processi decisionali interni, in particolare le procedure di voto e i requisiti in materia di *quorum*».

Ma perché rischia alla fine di essere, paradossalmente, meno cogente il testo europeo, in tema di democrazia interna, rispetto a quello nazionale vigente e magari futuro? Una spiegazione potrebbe discendere da una delle caratteristiche tipiche dei partiti politici europei, che nascono originariamente come associazioni di partiti politici nazionali, come associazioni di associazioni quindi, e non come associazioni di singoli cittadini europei. Il riconoscimento della *membership* individuale, a livello di partiti politici europei, è, infatti, ancora molto carente, se si pensa che, delle tre grandi famiglie politiche europee, corrispondenti al Partito popolare europeo, al Partito socialista europeo e al Partito liberale europeo, solo quest'ultimo prevede oggi la possibilità di

⁷⁸⁵ Questa somiglianza estende potenzialmente all'ambito europeo le perplessità avanzate dalla dottrina sulla relativa indeterminatezza dei parametri di valutazione dei segni distintivi dei partiti politici nazionali, nella fase di verifica da parte della Commissione di garanzia degli statuti e per la trasparenza e il controllo dei rendiconti dei partiti politici, di cui si viene a dire nel testo (vedi G. MAESTRI, *Simboli dei partiti, controllo degli statuti e registrazione*, cit., 6).

un'autentica adesione individuale⁷⁸⁶ e che tale opzione è contemplata poi, tra le altre formazioni politiche, da un numero assai ridotto di statuti di altri partiti⁷⁸⁷. Un rafforzamento di tale istituto, auspicato anche da importanti atti dell'Unione europea, come la già menzionata relazione Tsatsos, avrebbe come conseguenza una valorizzazione di tutti quei meccanismi di democrazia interna che riguardano i diritti dei singoli iscritti al partito, secondo una logica non facilmente riconducibile a quella delle associazioni politiche che compongono i partiti politici europei.

3. Segue: *chi registra, controlla e sanziona i partiti politici europei e i partiti politici nazionali? L'Autorità per i partiti politici europei e le fondazioni politiche europee (e la Commissione di garanzia degli statuti e per la trasparenza e il controllo dei rendiconti dei partiti politici: cenni)*

Ma chi si occupa a livello europeo e a livello nazionale della registrazione, del controllo e delle eventuali sanzioni nei confronti dei partiti politici europei e di quelli nazionali? A livello europeo, opera la nuova Autorità per i partiti politici europei e le fondazioni politiche europee, prevista dal regolamento n. 1141/2014, mentre a livello nazionale, in base alla legge n. 96/2012 e successivamente al decreto legge n. 149/2013, è stata costituita la Commissione di garanzia degli statuti e per la trasparenza e il controllo dei rendiconti dei partiti politici; in realtà, in ambito europeo, hanno anche un ruolo la Corte dei Conti e, per le questioni squisitamente finanziarie, l'Ordinatore del Parlamento europeo, ossia l'istituzione incaricata della gestione degli stanziamenti finanziari⁷⁸⁸.

Per quanto riguarda l'Autorità, ad agosto 2016, è stato designato il suo direttore (Michael Adam), di comune accordo tra Parlamento europeo, Commissione e Consiglio, sulla base di proposte formulate da un comitato di selezione composto dai segretari generali delle tre istituzioni e dopo un apposito bando pubblico. Tale organo monocratico resterà in carica per cinque anni, dal 1° settembre 2016 fino al 31 agosto 2021. Il regolamento del 2014 (articolo 6) prevede anche che il direttore sia scelto in funzione delle sue qualità personali e professionali⁷⁸⁹, per poi stabilire un regime di incompatibilità, che non pare peraltro strettissimo⁷⁹⁰.

⁷⁸⁶ Il Partito popolare europeo, per esempio, prevede soltanto un'adesione individuale d'ufficio per i membri del corrispondente Gruppo parlamentare, eletti in una lista di un partito membro, e riconosce la possibilità di aderire ad altri deputati membri del Parlamento europeo su decisione degli organi statutari competenti.

⁷⁸⁷ La fragilità su questo punto dei partiti politici europei è stata generalmente riscontrata in dottrina, anche fuori dall'Italia: vedi per esempio B. DONNELLY e M. JOPP, *Les partis politiques européens et la démocratie dans l'UE*, in AA.VV., *La démocratie au sein de l'UE et le rôle du Parlement européen*, in *Notre Europe*, Études & Recherche, n. 70, 2009, 18, e G. LOPEZ DE LA FUENTE, *Pluralismo político y partidos políticos europeos*, Comares, Granada, 2014, 250-251. Ma, per un approfondimento su tale specifico profilo, vedi ora il saggio di R. PERRONE, *Rafforzamento identitario dei partiti politici europei e democrazia nell'Unione: quali strumenti?*, paper, 2017, paragrafo 4.4, e nota n. 98.

⁷⁸⁸ Oltre che dagli Stati membri competenti, ai sensi dell'art. 24 del regolamento, e secondo quanto si dirà più avanti (vedi in particolare nota n. 28).

⁷⁸⁹ Peraltro non è stato possibile, alla data di conclusione di questo lavoro (marzo 2017), reperire un *curriculum vitae* del neo direttore, sul sito dell'Autorità, recentemente costituito, al link <http://www.appf.europa.eu/appf/en/home.html>.

⁷⁹⁰ Il direttore «non è deputato al Parlamento europeo, non è titolare di un mandato elettorale né lavora o ha lavorato per un partito politico europeo o una fondazione politica europea. Il direttore scelto non deve avere un possibile conflitto di interessi tra la sua funzione di direttore dell'Autorità e altre eventuali funzioni ufficiali, in particolare nell'ambito delle disposizioni del ... regolamento».

A sua volta, la Commissione di garanzia è composta, come è noto, da cinque magistrati con qualifica non inferiore a quella di Consigliere di Cassazione, uno designato dal primo Presidente della Corte di Cassazione, un altro dal Presidente del Consiglio di Stato e tre dal Presidente della Corte dei Conti. La nomina avviene con atto congiunto dei Presidenti di Camera e Senato, con il quale viene scelto anche il presidente dell'organo.

L'Autorità e la Commissione sono entrambe due istituzioni indipendenti, sebbene sembra che difficilmente si possano accomunare al conosciuto modello delle autorità amministrative indipendenti. Per il caso italiano, infatti, anche solo per limitarsi a profili meramente organizzativi, la designazione da parte dei supremi organi giurisdizionali non è certo una caratteristica propria delle autorità indipendenti, a differenza del modello francese delle *autorités administratives indépendantes*. Soprattutto, poi, come ben evidenziato in dottrina, la circostanza che la Commissione abbia sede presso la Camera dei deputati, che non abbia una sua separata dotazione finanziaria e che ai suoi membri non sia corrisposto alcun compenso, mina concretamente lo spazio della sua indipendenza⁷⁹¹. Per il diritto europeo, basta segnalare un profilo di grande rilievo che rende, a sua volta, impervia l'assimilazione: l'Autorità, quando dovrà pronunciarsi su uno degli aspetti più delicati di tutta la nuova normativa, cioè sulla verifica se un partito, già registrato, conservi ancora le condizioni e i requisiti per configurarsi come un partito politico europeo, sarà fortemente condizionata dalla determinazione finale degli organi politici, Consiglio e Parlamento. Per tale motivo, come si viene a dire nel testo, questa indipendenza risulta, sotto il profilo funzionale, potenzialmente indebolita, benché si debbano naturalmente attendere le prime prassi che contraddistinguono la vita della nuova istituzione.

Qualche parola supplementare va spesa proprio sulle funzioni di quest'Autorità per i partiti e per le fondazioni politiche europee.

Il tema centrale è il procedimento di registrazione dei partiti politici europei (e delle collegate fondazioni); l'Autorità decide, infatti, in maniera del tutto indipendente, nel momento in cui viene presentata la domanda di registrazione, dovendo soltanto osservare una generale previsione del regolamento⁷⁹², che stabilisce che essa, nelle sue decisioni, «tiene pienamente conto del diritto fondamentale alla libertà di associazione e dell'esigenza di garantire il pluralismo dei partiti politici in Europa»; similmente, in modo davvero indipendente, in fase di registrazione, verifica la presenza di tutte le condizioni e dei requisiti previsti dal regolamento europeo, con qualche eccessiva fiducia del regolamento nei confronti delle formazioni politiche europee, visto che, ai sensi dell'art. 9, paragrafo 3, del regolamento, la già menzionata dichiarazione formale standard deve essere ritenuta sufficiente dall'Autorità per accertare che il richiedente soddisfi le condizioni relative al rispetto dei valori fondanti dell'Unione.

Nel momento in cui, invece, un partito già registrato è sottoposto alla verifica di persistenza delle condizioni per le quali era stata riconosciuta la registrazione, quando è in gioco in particolare il rispetto dei valori su cui è fondata l'Unione europea, prima ricordati, il procedimento si politicizza; difatti, se l'Autorità riscontra qualche aspetto che può dare adito a dubbi in merito

⁷⁹¹ Si veda A. CARDONE, *Il controllo sui bilanci dei partiti "registrati" tra "delusioni" della prassi e riforme che si susseguono*, in G. TARLI BARBIERI e F. BIONDI (a cura di), *Il finanziamento della politica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, 78 e 79, il quale evidenzia anche le difficoltà iniziali avute dalla Commissione nell'esercitare uno dei suoi poteri più rilevanti, quello di controllo dei rendiconti dei partiti, proprio per carenza di risorse strumentali e di personale ad essa originariamente assegnate.

⁷⁹² Si veda l'art. 6, paragrafo 2, del regolamento.

all'osservanza del rispetto dei valori su cui è fondata l'Unione, deve informarne preventivamente il Parlamento europeo, la Commissione ed il Consiglio⁷⁹³. Questi organi, una volta avvisati, possono chiedere all'Autorità di procedere alla verifica del rispetto delle condizioni più volte ricordate, mediante una valutazione che deve tenere conto del parere rilasciato da un apposito comitato di personalità indipendenti, composto da sei membri, due designati dal Parlamento europeo, due dalla Commissione e due dal Consiglio, «in funzione delle loro qualità personali e professionali» e nel rispetto di alcune ipotesi di incompatibilità⁷⁹⁴. Sull'inizio di questo procedimento pesa, peraltro, un significativo vincolo politico, e cioè il divieto che le procedure in esame siano «avviate nei due mesi precedenti le elezioni del Parlamento europeo». Soprattutto poi, a rendere meno pungente questo potere di revoca e la conseguente cancellazione dal registro, che incide tra l'altro sulla possibilità di accedere ai finanziamenti previsti dal regolamento, vi è la previsione per la quale la decisione dell'Autorità non solo deve essere debitamente motivata, come appare ovvio, ma può avvenire «solo in caso di violazione manifesta e grave» delle condizioni stabilite dal regolamento. Questo significa che trasgressioni “minori” del rispetto dei valori su cui è fondata l'Unione europea non sono sanzionabili, aprendosi un problema interpretativo di non poco conto su come misurare la gravità e l'evidenza della violazione⁷⁹⁵.

Il vincolo politico finale più forte è poi quello in base al quale la decisione conclusiva dell'Autorità entra in vigore unicamente se il Consiglio o il Parlamento europeo non sollevano obiezioni, entro un termine fissato dal regolamento, obiezioni che, secondo il regolamento, pur potendo essere opposte «solo per motivi legati alla valutazione dell'osservanza delle condizioni di registrazione» connesse al rispetto dei valori fondamentali dell'Unione europea, potrebbero invece influenzare fortemente il ruolo che potrà svolgere concretamente questa Autorità, assoggettandola a esigenze, decisioni o valutazioni politiche *tout court*⁷⁹⁶ e a una *realpolitik* che ne

⁷⁹³ Si veda l'art. 10, paragrafo, del regolamento. Per analogia il medesimo procedimento vale anche per le fondazioni politiche europee.

⁷⁹⁴ Analogamente a quanto previsto per l'Autorità, anche il comitato di personalità indipendenti, nel rendere i suoi pareri, deve tenere «pienamente conto del diritto fondamentale alla libertà di associazione e dell'esigenza di garantire il pluralismo dei partiti politici in Europa» (vedi l'art. 11, paragrafo 3, del regolamento).

⁷⁹⁵ Si deve ricordare anche che, se l'Autorità, ai sensi dell'art. 7, paragrafo 2, lettera *b*), del regolamento, «non è competente a verificare che un partito politico europeo o una fondazione politica europea osservi eventuali obblighi o prescrizioni imposti al partito o alla fondazione in questione dallo Stato membro in cui si trova la sede», che si aggiungono agli obblighi e alle prescrizioni stabiliti dal regolamento, lo Stato membro in cui ha sede il partito politico europeo (o la fondazione politica europea) può sempre rivolgersi a essa per contestare una grave violazione degli obblighi derivanti dal diritto nazionale, anche per materie riguardanti esclusivamente o prevalentemente elementi che incidono sul rispetto dei valori su cui si fonda l'Unione. L'Autorità decide con le modalità indicate sopra nel testo, avviando la procedura di verifica che coinvolge Parlamento, Commissione e Consiglio (e poi eventualmente il comitato di personalità indipendenti), nelle materie che riguardano aspetti che incidono sul rispetto dei valori dell'Unione, e decidendo, invece, da sola in tutte le altre materie, sino a poter determinare la cancellazione del partito o della fondazione dal registro (vedi l'art. 16 del regolamento).

⁷⁹⁶ Che il decisore ultimo resti ancora il Parlamento europeo è ritenuto, peraltro, «comprensibile» da F. SEATZU, *Finanziamento ai partiti politici europei*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Aggiornamento, Volume VI, UTET Giuridica, Milano-Torino, 2015, 214, il quale critica invece fortemente la circostanza che in questo procedimento sia coinvolto anche il Consiglio. Secondo questo A., in particolare, «è stata proprio l'opposizione del Consiglio dell'Unione alla personalità europea dei partiti politici ad aver determinato la sottrazione al Parlamento europeo del compito di accertare direttamente le condizioni di esistenza di un partito politico europeo e *a fortiori* la creazione di un'Autorità di vigilanza indipendente», non prevista infatti nella proposta di regolamento della Commissione europea (pag. 214). Si deve ricordare, infatti, che, in base al regolamento del 2003, la verifica della permanenza della condizione riferita al rispetto dei valori fondanti dell'Unione era tutta di matrice politica, prevedendosi l'avvio del procedimento da parte di un quarto dei membri del Parlamento europeo, in rappresentanza di almeno tre gruppi politici al suo interno, con una decisione del Parlamento europeo a maggioranza assoluta, sentito il parere di un comitato di

potrebbe minare irrimediabilmente l'indipendenza⁷⁹⁷. L'obbligo di «dealtà costituzionale» ai principi fondamentali dell'Unione sembra implicare, infatti, il persistere di un «controllo materiale e finalistico» di tipo squisitamente politico sulle formazioni politiche europee⁷⁹⁸.

Si deve ricordare, d'altra parte, pur solo per cenni, che sul versante nazionale la Commissione di garanzia è investita dal decreto legge n. 149/2013 di ampi poteri, sia rispetto al meccanismo di iscrizione nel registro nazionale dei partiti politici, sia in ordine al controllo sul rendiconto dei partiti medesimi⁷⁹⁹. Rispetto all'esercizio di tali poteri non si configurano interventi di natura politica, che possano modificare quanto stabilito dalla Commissione, mentre contro le decisioni della medesima Commissione la tutela giurisdizionale si indirizza a giudici diversi: il giudice amministrativo in caso di diniego di registrazione o di cancellazione dal registro degli ammessi ai benefici di legge⁸⁰⁰; il giudice ordinario sulle sanzioni pecuniarie adottate dalla Commissione; ancora il giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva, per tutte le altre controversie concernenti l'applicazione del decreto legge del 2013.

4. *Qualche breve osservazione in tema di finanziamento, tra partiti politici europei e partiti politici nazionali, e primi rilievi conclusivi*

Con la revoca della registrazione, su decisione dell'Autorità, vi è la cancellazione dal registro, l'estinzione della personalità giuridica europea del partito politico europeo e, come già rilevato, l'impossibilità di poter presentare domanda di finanziamento.

Sulla disciplina vecchia e nuova prevista in tema di finanziamento, si devono segnalare, seppur molto brevemente, alcuni primi spunti problematici.

Nel 2016, in base ancora alle disposizioni del vecchio regolamento del 2003, modificata nel 2007, sono stati finanziati ben quindici partiti politici europei su sedici domande presentate e nel leggere l'elenco, pubblicato sul sito del Parlamento europeo, se ne rilevano taluni di cui a fatica si può immaginare l'esistenza; oltre ai tre partiti maggiori, che provengono dalle grandi famiglie politiche europee, al partito Verde, al partito della Sinistra europea e all'Alleanza libera europea, di matrice regionalista, di lunga tradizione in Europa⁸⁰¹, vi sono anche partiti nati in tempi assai più recenti, profittando delle maglie larghe della normativa europea e della possibilità concreta di poter contare, in modo abbastanza agevole, su finanziamenti abbastanza cospicui⁸⁰².

personalità indipendenti, composto da tre membri designati rispettivamente dal Parlamento, dal Consiglio e dalla Commissione (vedi art. 3 del regolamento n. 2004/2003).

⁷⁹⁷ Il regolamento del 2014 stabilisce poi che spetti alla Corte di giustizia un controllo di legittimità delle decisioni assunte dall'Autorità (vedi l'art. 6, paragrafo 11).

⁷⁹⁸ Così G. LOPEZ DE LA FUENTE, *Pluralismo político y partidos políticos europeos*, cit., 201 e 205-206.

⁷⁹⁹ Ma per un'analisi di tali poteri vedi, per un verso, F. BIONDI, *Finanziamento pubblico e regolazione giuridica dei partiti dopo il decreto-legge n. 149 del 2013*, in G. TARLI BARBIERI e F. BIONDI (a cura di), *Il finanziamento della politica*, cit., 56 ss. e, per l'altro, A. CARDONE, *Il controllo sui bilanci dei partiti "registrati" tra "delusioni" della prassi e riforme che si susseguono*, cit., 73 ss.

⁸⁰⁰ In ambito nazionale l'eventuale cancellazione dal registro appare più *soft*, in quanto vale solo per il periodo di imposta, successivo a quello in corso alla data della contestazione (vedi art. 8, comma 2, decreto legge n. 149/2013).

⁸⁰¹ Anche il Partito democratico europeo, ormai esistente dal 2004, il primo anno in cui vi è stato il finanziamento, si può ormai far rientrare tra i partiti di più lungo corso, sulla scena politica europea.

⁸⁰² Si può citare, a titolo di esempio, il caso dell'*European Christian Political Movement*, finanziato dal 2010, anno della sua costituzione, con cinque deputati al Parlamento europeo, provenienti da quattro diversi Stati membri.

Una domanda da porre, e a cui si potrà rispondere, peraltro, solo dopo i primi esercizi del meccanismo di finanziamento previsto dal regolamento del 2014, è ovviamente se la nuova normativa renderà più facile o più complicato accedere al contributo finanziario, per come potrà incidere, sulla ripartizione dei fondi, la procedura di registrazione alla quale i partiti politici europei dovranno sottoporsi, potendo costituire o meno un eventuale “imbuto” per le successive richieste di finanziamento.

Superato questo “filtro”⁸⁰³, che fino a questo momento ha implicato una mera verifica, da parte del Parlamento europeo, della domanda di finanziamento, che doveva essere corredata da tutta una serie di documenti, attestanti la presenza di certe condizioni che il partito doveva rispettare⁸⁰⁴, del resto, potrebbero non esserci cambiamenti sostanziali. Un partito politico europeo registrato, infatti, disponendo di tutti i medesimi requisiti già previsti dalla vecchia normativa⁸⁰⁵, se avrà anche solo un deputato al Parlamento europeo, potrà richiedere il finanziamento⁸⁰⁶, ricordando, invece, che per formare un gruppo politico al Parlamento europeo occorrono venticinque deputati⁸⁰⁷. Questa condizione minima richiesta, rispondente alla necessità di salvaguardare un generale principio di uguaglianza e di parità di *chance* tra i partiti politici che accedono al finanziamento⁸⁰⁸, nel confronto tra normativa europea e normativa italiana, che qui si è tentato, trova conferma anche in ambito nazionale, visto che oggi è possibile, per un partito italiano, ambire alla “torta” (se posso usare la metafora) della ripartizione annuale del 2 per mille dell’IRPEF⁸⁰⁹, contando semplicemente su un deputato o un senatore o un membro eletto al Parlamento europeo⁸¹⁰.

⁸⁰³ Secondo F. SEATZU, *Finanziamento ai partiti politici europei*, cit., 211, non si tratterebbe nell’insieme di condizioni particolarmente gravose e, proprio perché in tema di *governance* interna sono richieste condizioni poco stringenti, solo per i «partiti politici più radicali e protestatari» potrebbe non essere facile conformarsi al precetto del rispetto dei valori dell’Unione (pag. 212).

⁸⁰⁴ Quali avere la personalità giuridica nello Stato membro in cui il partito ha sede; essere rappresentato, in almeno un quarto degli Stati membri, da membri del Parlamento europeo o nei parlamenti nazionali o regionali o nelle assemblee regionali (in alternativa a questo requisito era previsto anche di aver ricevuto in almeno un quarto degli Stati membri almeno il 3% dei voti espressi in ognuno di tali Stati membri in occasione delle ultime elezioni al Parlamento europeo); rispettare nel programma e nell’attività i più volte menzionati valori sui quali è fondata l’Unione europea; aver partecipato o avere espresso l’intenzione di partecipare alle elezioni del Parlamento europeo (vedi art. 3 del regolamento n. 2004/2003).

⁸⁰⁵ Si veda *supra* la nota n. 37.

⁸⁰⁶ Per la ricostruzione dei due diversi meccanismi di finanziamento, con il regolamento del 2003, modificato dal regolamento n. 1524/2007, e con il nuovo regolamento del 2014, vedi ora G. GRASSO e G. TIBERI, *Il finanziamento dei partiti politici europei*, in G. TARLI BARBIERI e F. BIONDI (a cura di), *Il finanziamento della politica*, cit., 433 ss. Vedi anche F. SEATZU, *Finanziamento ai partiti politici europei*, 211 ss.

⁸⁰⁷ Del resto ai quindici partiti politici europei finanziati nel 2016 fanno da contraltare solo otto gruppi politici nella corrente legislativa del Parlamento europeo, con una composizione non sempre coincidente, come nel caso del gruppo “Europa della libertà e della democrazia diretta”, comprendente al suo interno l’Ukip di Nigel Farage e il MoVimento 5 Stelle, e a cui corrisponde un partito politico europeo quasi dello stesso nome, la “Alleanza per la democrazia diretta in Europa”, di cui però non fa parte la formazione politica italiana.

⁸⁰⁸ Sul quale vedi, considerando a modello l’esperienza italiana e tedesca, F. BIONDI, *Finanziamento pubblico e regolazione giuridica dei partiti dopo il decreto-legge n. 149 del 2013*, cit., 59.

⁸⁰⁹ I dati riferiti al 2015, ultimo anno disponibile, indicano che meno di un milione di contribuenti ha optato per la destinazione del 2 per mille a favore di partiti politici, per complessivi 11.763.227 Euro, suddivisi tra 21 diverse formazioni politiche (si veda il sito <http://www1.finanze.gov.it/finanze2/2xmille/index.php?tree=2016.AADUEXM0101>).

⁸¹⁰ Vedi art. 10, comma 1, lett. b), del decreto legge n. 149/2013. Altro tema di comparazione potrebbe poi portare a riflettere sulle diverse soglie previste relativamente alle donazioni volontarie; a livello europeo, vi è un tetto di 18.000 euro, mentre a livello nazionale la soglia è di ben 100.000 euro, con una diversità numerica davvero assai significativa.

Qualche breve prospettiva di sviluppo del tema, per poi concludere.

Una scommessa vincente sull'importanza che potranno avere in futuro i partiti politici europei pare ancora piuttosto incerta, anche se forse una certa maggior fiducia va riposta su di essi, anche alla luce di una serie di trasformazioni, che «potrebbero contribuire a rendere più nitida l'immagine e più chiaro il ruolo dei partiti politici transnazionali», e di «processi aperti», che dovrebbero favorire un irrobustimento dell'identità stessa delle formazioni politiche europee⁸¹¹. Le elezioni del Parlamento europeo del 2014, in particolare, hanno segnato un elemento indiscutibilmente nuovo, con quella risoluzione del Parlamento europeo del 4 luglio 2013, preceduta da due atti della Commissione del 12 marzo 2013, rispettivamente una comunicazione e una raccomandazione, che invitava i partiti politici europei ad identificare un candidato alla Presidenza della Commissione, auspicando che il candidato del partito politico che avesse ottenuto più voti fosse preso in primaria considerazione per diventare Presidente della Commissione. Non tutti i partiti politici europei accettarono l'invito di quella risoluzione, furono in cinque a farlo; tra quelli più significativi, non aderì il Partito dei conservatori e dei riformisti, mentre lo fecero il Partito popolare europeo, il Partito socialista europeo, il Partito liberale europeo, il Partito della Sinistra europea e il Partito Verde, che, nel rispetto della parità di genere, indicò addirittura due candidati, un uomo e una donna⁸¹². E, pur con qualche ambiguità di troppo, per il vincolo effettivamente in grado di dispiegare sul Consiglio europeo nella designazione del Presidente⁸¹³, e dopo laboriose trattative⁸¹⁴, la scelta finale di Jean-Claude Juncker, candidato del Partito popolare europeo, che aveva ottenuto solo la maggioranza relativa al Parlamento europeo, ha certamente risentito degli effetti di investitura di questa inedita procedura.

In modo ancora più deciso, la già citata risoluzione del 2015 sulla legge elettorale dell'Unione Europea, che guarda ormai alle elezioni del 2019, punta a rafforzare ulteriormente la visibilità dei partiti politici europei. Si prevede, infatti, che, a seguito dell'approvazione di un'apposita proposta di decisione del Consiglio, nelle schede elettorali nazionali debbano comparire anche i nomi e i simboli dei partiti politici europei; si stabilisce ancora che nei documenti programmatici dei partiti politici nazionali si debba fare rinvio a quelli europei e che nelle trasmissioni radiotelevisive nazionali e sui manifesti elettorali debba apparire il collegamento tra il partito nazionale e quello europeo. Tutto ciò, con l'obiettivo finale che i cittadini possano associare «chiaramente il loro voto all'impatto che esso esercita sull'influenza politica dei partiti politici europei e sulla loro capacità di formare gruppi politici all'interno del Parlamento europeo».

⁸¹¹ In questo senso anche O. PORCHIA, *Partiti politici europei*, cit., 809, di cui le citazioni, G. CONTI, *Costituzionalismo e democrazia dei partiti a livello europeo*, cit., 30 e R. PERRONE, *Rafforzamento identitario dei partiti politici europei e democrazia nell'Unione: quali strumenti?*, cit. Più pessimista, invece, T.E. FROSINI, *I rischi della partitocrazia nell'Unione europea*, relazione al Seminario di Studi, *Forma di governo e sistema dei partiti nel processo federativo europeo*, cit.

⁸¹² Su punto vedi anche R. PERRONE, *Rafforzamento identitario dei partiti politici europei e democrazia nell'Unione: quali strumenti?*, cit., paragrafo 4.3, che segnala anche che il Partito Verde ha utilizzato il metodo delle elezioni primarie (aperte), per individuare i due *Spitzenkandidaten*.

⁸¹³ Vedi in particolare G. GRASSO, *In lotta per il potere. L'impossibile sfida dei partiti politici europei?*, in *www.eticaeconomia.it*, 4 luglio 2014, 2, dove si segnalava, nella scelta finale compiuta su Juncker, tutta la preponderanza del Consiglio europeo, in cui siedono i Capi di Stato e di Governo. Analogamente, già prima delle elezioni europee del maggio 2014, M.I. PAPA, *Elezioni europee e nomina del Presidente della Commissione europea: "questa volta è (veramente) diverso?"*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, maggio 2014, 8.

⁸¹⁴ Così M. CARTABIA, *Elezioni europee 2014: questa volta è diverso*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, 718.

Sempre nel testo della risoluzione, si ripropone l'istituzione di una circoscrizione elettorale comune, di cui prudentemente, però, non si indica il numero di deputati che dovrà essere eletto attraverso di essa⁸¹⁵. Ma l'aspetto, qui, di maggior interesse è che si prevede che in quella circoscrizione elettorale comune, paneuropea, ogni partito politico europeo dovrà presentare al suo interno, come capolista, il proprio candidato alla carica di Presidente della Commissione. Se la proposta di decisione del Consiglio sarà davvero approvata, il vincolo normativo delle nuove disposizioni non potrà essere eluso, creando un robusto vincolo per i partiti politici europei, che non potrà poi non avere ricadute, dopo le elezioni, nella scelta politica del Presidente della Commissione⁸¹⁶.

Accennavo, all'inizio di queste mie considerazioni a un travaso (e a mutue implicazioni) tra la disciplina europea dei partiti politici e quella costituzionale nazionale. L'ultima vicenda che ho segnalato esprime un tentativo abbastanza significativo di rafforzare il ruolo dei partiti politici europei, che potrebbe incidere positivamente anche sulle dinamiche di funzionamento della forma di governo europea, con tutte le cautele dell'impiego di tale espressione nel contesto sovranazionale. Contemporaneamente, però, si assiste (e non solo in Italia) a una profonda crisi dei partiti politici nazionali, che rappresentano l'ossatura dei partiti politici europei, nati quali associazioni di associazioni, come più volte ricordato. Quali rimedi si possono utilizzare a livello nazionale, per ridare vigore ai partiti politici, forse ancora strumenti insostituibili per far funzionare il regime parlamentare, nel collegamento indefettibile tra gli articoli 1, 48, 49 e 94 del testo costituzionale? Un profilo, importante, ma forse non risolutivo, potrebbe essere quello di approvare davvero la legge sui partiti, anche seguendo alcune delle indicazioni del testo unificato, ripetutamente menzionato. Una legge generale sui partiti, a lungo ostacolata, ma della quale si avverte oggi sempre più l'esigenza, se non addirittura la necessità⁸¹⁷, anche in ragione di molti cambiamenti che, negli ultimi anni, hanno contraddistinto il funzionamento della forma di governo, i sistemi e le formule elettorali, la stessa configurazione della forma partito⁸¹⁸.

Per indagare a fondo i partiti politici nazionali e tutte le implicazioni costituzionali di una buona legge di attuazione dell'art. 49 della Costituzione servirebbe incominciare, peraltro, tutto un altro scritto, rispetto a questo che ora qui ci si avvia a concludere. Ma proprio tenendo a mente l'intreccio tra livello europeo e livello nazionale sembrano emergere alcuni spunti problematici che potrebbero indirizzare la discussione e la formulazione concreta di tale disciplina legislativa generale. Nel metodo, sarebbe auspicabile una legge approvata dopo un intenso dibattito parlamentare, sulla quale aprire il confronto tra le diverse forze politiche rappresentate in Parlamento e tra Parlamento e Governo, e non una disciplina emergenziale, originata da un

⁸¹⁵ Fissato peraltro in (sole) 25 unità, nelle proposte precedenti, e in particolare in quella avanzata nel 2011 dal deputato britannico al Parlamento europeo Andrew Duff, di cui si può trovare traccia, tra l'altro, in W. LEHMANN, *Recent advances towards veritable European political parties*, intervento alla *Max Weber Programme Lustrum Conference*, European University Institute, 8-10 giugno 2011, reperibile al sito internet <http://www.eui.eu/Projects/EUDO-OPPR/Documents/RecentadvancesLustrum%5B1%5D.pdf>, 9 e ora in G. GRASSO e G. TIBERI, *Il finanziamento dei partiti politici europei*, cit., 448, nota n. 43.

⁸¹⁶ Sul punto vedi anche A. CIANCIO, *Democrazia e sovranazionalità: ripensare il Parlamento europeo*, in *Rivista AIC*, 3/2016, 9.

⁸¹⁷ Anche considerando tale futura disciplina, alla luce dei criteri utilizzati dalla Corte costituzionale nella sua giurisprudenza sull'ammissibilità del *referendum* abrogativo e sulle leggi costituzionalmente necessarie, come fatto efficacemente da R. CALVANO, *Dalla crisi dei partiti alla loro riforma, senza fermarsi... voyage au bout de la nuit?*, cit., 190-191.

⁸¹⁸ Le ragioni di questo mutamento, anche culturale e politico, sono ben evidenziate per esempio da E. ROSSI, *La democrazia interna nei partiti politici*, in *Rivista AIC*, 2011, 2 ss.

decreto legge, modificato in sede di conversione e per aggiustamenti successivi⁸¹⁹. Nel merito, servirebbe una legge che non pregiudichi l'ineliminabile spazio della libertà di associazione politica e partitica, riconosciuta ai cittadini dagli artt. 49 e 18 del testo costituzionale, ma che, al contempo, non abbia il timore di regolare, anche in modo profondo e sostanziale, la struttura delle organizzazioni partitiche, strumento servente all'esercizio del diritto dei cittadini di concorrere con metodo democratico alla determinazione della politica nazionale⁸²⁰. Per fare solo un esempio, alla luce di quanto si è osservato in questo articolo, il diritto europeo offre la dimensione di una più robusta modalità di registrazione dei partiti europei, rispetto a quanto previsto oggi dalla legislazione italiana. Non è detto che questa sia la strada da percorrere, facendo conseguire tra l'altro alla registrazione l'attribuzione automatica di una personalità giuridica tanto "temuta", oppure assegnando solo ai partiti politici registrati l'esercizio di certi diritti, come quello fondamentale di partecipare alla competizione elettorale, presentando liste e candidati⁸²¹. Fuori dalla «malintesa suggestione» – pure paventata in dottrina – «circa la necessità di armonizzare lo *status* dei partiti italiani a quello previsto per i partiti europei»⁸²², un'ulteriore riflessione sui nessi tra registrazione pubblicistica dei partiti politici e loro personalità giuridica potrebbe contribuire, però, a definire molto utilmente il *proprium* della personalità di soggetti che, per i fini perseguiti e per le funzioni svolte, non dovrebbero potersi ricondurre alle condizioni e ai requisiti previsti dalla più generale disciplina civilistica delle associazioni private riconosciute.

⁸¹⁹ Con qualche dubbio di legittimità costituzionale, nel caso dello stesso decreto legge n. 149/2013, secondo quanto rilevato da R. CALVANO, *Dalla crisi dei partiti alla loro riforma, senza fermarsi... voyage au bout de la nuit?*, cit., 176-177.

⁸²⁰ Su alcune soluzioni, in tema di garanzia dei diritti degli iscritti e di selezione alle cariche pubbliche elettive, vedi ancora E. ROSSI, *La democrazia interna nei partiti politici*, cit., 8 ss.

⁸²¹ I rischi di un'indebita assimilazione dei partiti politici alle persone giuridiche private riconosciute *tout court* e di una barriera in entrata per le nuove forze politiche non registrate sono segnalati da R. CALVANO, *Dalla crisi dei partiti alla loro riforma, senza fermarsi... voyage au bout de la nuit?*, cit., 202 e 203-204, anche prendendo in esame alcuni progetti di legge depositati in questa legislatura, il cui contenuto non è stato però trasfuso nel testo unificato di giugno 2016.

⁸²² Così peraltro in modo forse eccessivamente critico R. CALVANO, *Dalla crisi dei partiti alla loro riforma, senza fermarsi... voyage au bout de la nuit?*, cit., 202.

Riflessioni sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti fra legalità “sostanziale”, legalità “procedurale” e funzione di regolazione*

di Raffaele Titomanlio**

SOMMARIO: 1. Atti normativi delle autorità indipendenti e funzione di regolazione. - 2. Alcune questioni preliminari. - 3. Alla ricerca del fondamento del potere normativo delle autorità indipendenti. - 4. Dalla “legalità sostanziale” alla “legalità procedurale”: contraddittorio e partecipazione nel procedimento di formazione degli atti normativi delle autorità indipendenti. - 5. Riflessioni conclusive. Il potere regolamentare delle autorità indipendenti nel sistema istituzionale.

1. Atti normativi delle autorità indipendenti e funzione di regolazione

È stato più volte affermato che le autorità amministrative indipendenti possono essere assunte quale osservatorio privilegiato (o uno degli osservatori privilegiati) dei mutamenti contemporanei del diritto pubblico in generale e del diritto amministrativo in particolare⁽⁸²³⁾. E, nel quadro dei poteri assegnati alle autorità indipendenti, la potestà

* Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

** Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi di Roma Tor Vergata.

⁸²³ Sulla natura di tali autorità, dopo alcune perplessità (oramai risalenti) della dottrina, unanime è il riconoscimento della natura amministrativa delle stesse. In tal senso costante è l'orientamento del giudice amministrativo (v., ad es., Cons. Stato, sez. VI, sent. 29 maggio 2008, n. 2548) e della giurisprudenza ordinaria v. Cass., sez. I, sent. 30 giugno 2001, n. 8889, secondo cui le autorità indipendenti hanno natura amministrativa, non sussistendo nel nostro ordinamento un *tertium genus* tra amministrazione e giurisdizione. In dottrina (oramai sterminata) v. F. BASSI - F. MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, Giuffrè, 1993; F. MERUSI, *Considerazioni generali sulle amministrazioni indipendenti*, in *Accademia dei Lincei. Lo Stato delle istituzioni italiane: problemi e prospettive*, Atti del Convegno 30 giugno – 3 luglio 1993, Milano, Giuffrè, 1994, pp. 389 ss.; M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1994; M. D'ALBERTI, *Autorità indipendenti (dir. amm.)*, in *Enciclopedia Giuridica*, vol. IV, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana fondato da G. Treccani, 1995; S. NICCOLAI, *I poteri garantiti della Costituzione e le autorità indipendenti*, Pisa, ETS, 1996; S. CASSESE - C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, Il Mulino, 1996; M. PASSARO, *Le amministrazioni indipendenti*, Torino, Giappichelli, 1996; AA.VV. *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le Autorità amministrative indipendenti*, Milano, Giuffrè, 1997; A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, Passigli, 1997; ID., *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, I, Firenze, Passigli, 1997; M. MANETTI, *Autorità indipendenti (dir. cost.)*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. IV, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana fondato da G. Treccani, 1997; G. AMATO, *Le autorità indipendenti*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Storia d'Italia*, Torino, Einaudi, 1998; P. PERLINGIERI (a cura di), *Authorities e tutela della persona*, Napoli, Esi, 1999; AA.VV., *Autorità indipendenti e principi costituzionali*, Padova, Cedam, 1999; AA.VV., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Torino, Giappichelli, 1999; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo quasi giallo*, Bologna, Il Mulino, 2000; R. TITOMANLIO, *Autonomia e indipendenza delle Authorities: profili organizzativi*, Milano, Giuffrè, 2000; S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, Laterza, 2000; V. CERULLI IRELLI, *Aspetti costituzionali e giuridici delle Autorità*, in F.A. GRASSINI (a cura di) *L'indipendenza delle Autorità*, Bologna, Il Mulino, 2001, 49 ss.; P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, Cedam, 2001; F.G. SCOCA, *Le amministrazioni indipendenti*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, vol. I, Bologna, Monduzzi, 2001, p. 598; L. Giani, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, Giappichelli, 2002; F. MERUSI – M. PASSARO, *Autorità indipendenti*, in *Enciclopedia del diritto. Aggiornamenti*, vol. VI, Milano, Giuffrè, 2002, p. 151 ss.; F. KOSTORIS PADOA SCHIOPPA (a cura di), *Le Autorità indipendenti e il buon funzionamento dei mercati*, Milano, Giuffrè, 2002; F. MERUSI – M. PASSARO, *Le autorità indipendenti. Un potere senza partito*, Bologna, Il Mulino, 2003; M. CLARICH, *Autorità indipendenti: bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, Il Mulino, 2005; V.

normativa, nonostante l'ampia messe di dottrina e di giurisprudenza, continua ad essere un argomento che suscita vivaci contrapposizioni con riguardo sia al fondamento di tale potere normativo, sia all'esercizio concreto del medesimo⁽⁸²⁴⁾.

Il dibattito relativo al potere normativo delle autorità indipendenti non può non essere collocato all'interno della più ampia riflessione relativa alla figura delle autorità amministrative indipendenti, le quali costituiscono un peculiare modello di azione e di organizzazione amministrativa chiamato a svolgere, in piena indipendenza, compiti di regolazione in ambiti caratterizzati da un elevato grado di competenza tecnica. Il *proprium* delle autorità indipendenti è individuato nella garanzia e nell'espletamento delle funzioni di *administrative regulation* quale espressione di una moderna e democratica visione della amministrazione⁽⁸²⁵⁾, non più “braccio

PEPE, *Il processo di istituzionalizzazione delle autorità indipendenti: l'antitrust*, Prefazione di A. La Spina, Milano, F. Angeli, 2005; M. DE BENEDETTO, *Autorità indipendenti*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2006, p. 588 ss.; G. GRASSO, *Le Autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, Giuffrè, 2006; P. ROSSI, *Le autorità di regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, Giappichelli, 2006; M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano, Giuffrè, 2007; D. BORSELLINO, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale: dal difensore civico alla tutela del risparmio*, Padova, Cedam, 2007; M. MANETTI, *Le autorità indipendenti*, Roma-Bari, Laterza, 2007; M. POTO, *Autorità amministrative indipendenti (aggiornamento)* in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, tomo I, Torino, Utet, 2008, 54 ss.; N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, Giappichelli, 2009; G. NAPOLITANO – A. ZOPPINI, *Le autorità al tempo della crisi: per una riforma della regolazione e della vigilanza sui mercati*, Bologna, Il Mulino, 2009; G.P. CIRILLO – R. CHIEPPA (a cura di), *Le Autorità Amministrative Indipendenti*, Padova, Cedam, 2010; M. D'ALBERTI – A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati: le Autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, Il Mulino 2010; F. Cintioli, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, Giuffrè, 2010; F. LUCIANI (a cura di), *Le Autorità Amministrative Indipendenti come istituzioni pubbliche di garanzia*, Napoli, Esi, 2011; A. RIVIEZZO, *Il doppio Stato regolatore: profili costituzionali, appunti di teoria generale*, Napoli, Jovene, 2013; B.G. MATTARELLA - A. NATALINI (a cura di), *La regolazione intelligente: un bilancio critico delle liberalizzazioni italiane*, Firenze, Passigli, 2013; M. SANINO *L'approdo dell'esperienza delle autorità indipendenti a oltre vent'anni dalla loro istituzione*, Padova, Cedam, 2015; G. Grasso, *Le autorità amministrative indipendenti*, in S. SICARDI, M. CAVINO E L. IMARISIO (a cura di), *Vent'anni di Costituzione (1993-2013): dibattiti e riforme nell'Italia tra due secoli*, Bologna, Il Mulino, 2015.

⁸²⁴ La potestà normativa delle autorità indipendenti ha ricevuto in dottrina molteplici approfondimenti, v. (oltre agli scritti già citati nella nota precedente), N. MARZONA, *La potestà normativa delle amministrazioni indipendenti*, in S. CASSESE – C. FRANCHINI, *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti*, cit., 46 ss.; L. COLACINO CINNANTE, *Trasformazioni dell'amministrazione e potere regolamentare*, in *Scritti in onore di G. Guarino*, vol. I, Padova, Cedam, 1998, 691 ss.; F. POLITI, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Enciclopedia Giuridica*, vol. XXVI, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana fondata da G. Treccani, 1995; P. BILANCIA, *Riflessi del potere normativo delle Autorità indipendenti sul sistema delle fonti*, in *Diritto e società*, 1999, 231 ss.; ID., *Attività normativa delle Autorità indipendenti e sistema delle fonti*, in *Le Autorità indipendenti*, Milano, Giuffrè, 1999; S.A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, Giappichelli, 1999; C. TUBERTINI, *Nuove prospettive in tema di tutela giurisdizionale nei confronti degli atti normativi e degli atti amministrativi generali della P.A.*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1999, 1076 ss.; M.A. CABIDDU – D. CALDIROLA, *L'attività normativa delle autorità indipendenti*, in *Amministrare 2000*, 39 ss.; G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, Cedam, 2000; S. NICODEMO, *Gli atti normativi delle autorità indipendenti*, Padova, Cedam, 2002; S. FOÀ, *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, Giappichelli, 2002; P. LAZZARA, *Discrezionalità tecnica ed Autorità indipendenti*, in *A.I.P.D.A., Annuario 2002*, Milano, Giuffrè, 2003, 339 ss.; ID., *Partecipazione e contraddittorio nelle procedure istruttorie davanti all'Autorità per l'energia*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2002, 361 ss.; ID., *Discrezionalità tecnica e situazioni giuridiche soggettive*, in *Rivista di diritto processuale amministrativo*, 2000, 212 ss.; ID., *La potestà regolamentare della Commissione nazionale Società e Borsa in materia di intermediazione finanziaria*, in *Foro Amministrativo*, 2000, 703 ss.; F. POLITI, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti. Aggiornamento*, in *Enciclopedia Giuridica Aggiornamenti*, vol. XXVI, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana fondata da G. Treccani, 2002; U. DE SIERVO (a cura di), *I poteri normativi delle autorità indipendenti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2005, fasc. 2003/2004, 1 ss. (numero monografico); M. MANETTI, *I regolamenti delle autorità indipendenti*, in *Scritti in onore di L. Carlassare*, Napoli, Jovene, 2009; F. CINTIOLI, *I regolamenti delle Autorità indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisdizione*, in www.giustizia-amministrativa.it; M. FOGLIA, *I poteri normativi delle autorità amministrative indipendenti*, in *Quaderni regionali*, 2008, 559 ss.; L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità amministrative indipendenti e contratto*, Napoli, Esi, 2008; H. SIMONETTI, *Codici di autoregolamentazione e sistema delle fonti*, Napoli, Jovene, 2009; R. TITOMANLIO, *Potestà normativa e funzione di regolazione. La potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, Giappichelli, 2012.

⁸²⁵ Lo svolgimento dei compiti assegnati alle autorità amministrative indipendenti “richiede competenze specifiche, che non si possono ragionevolmente pretendere né dal legislatore né da una qualsiasi amministrazione pubblica, e rapidità di interventi regolamentari e di vigilanza, in ragione della continua evoluzione che si registra in determinati settori e della complessità degli interessi in essi coinvolti, i quali impongono tempi tecnici incompatibili, per quanto concerne l'attività regolatoria, con quelli parlamentari e, per quanto attiene ai profili di vigilanza e di garanzia dei mercati, con quelli ordinari della pubblica

operativo” delle scelte compiute dalla maggioranza politica, bensì modelli “di una amministrazione e di un diritto dell’amministrazione all’altezza dei tempi” e che “costituiscono una formula in linea con la Costituzione” ed “antesignana di una emergente, nuova concezione dell’amministrazione, ancorata alla società e al rispetto dei diritti individuali ... Una concezione in grado di realizzare finalmente nella sostanza i valori costituzionali”⁽⁸²⁶⁾.

Con riguardo all'esercizio delle funzioni normative, si sono affermate negli anni significative forme di partecipazione procedimentale (c.d. “contraddittorio orizzontale”) volte a garantire la partecipazione dei soggetti interessati con funzione collaborativa e non meramente “difensiva”. E così si è rinvenuto proprio nelle garanzie procedurali una peculiare legittimazione delle Autorità, fondata appunto sulla “*democrazia procedimentale*”⁽⁸²⁷⁾. Per questa strada si è affermato che le autorità ricevono “*una legittimazione democratica a posteriori*”⁽⁸²⁸⁾. Bisogna inoltre aggiungere che anche nell'esercizio delle funzioni decisorie (ad es. adozione di provvedimenti anche sanzionatori, di carattere interdittivo o pecuniario), le autorità indipendenti sono tenute a seguire procedimenti caratterizzati da elevate garanzie di partecipazione degli interessati (questa attività – definita, seguendo il modello statunitense, di *adjudication* - si svolge garantendo il più ampio diritto di difesa sia agli interessati sia ai controinteressati).

Ma se ampio è il riconoscimento alle amministrazioni indipendenti dello svolgimento della funzione di “regolazione” del settore loro affidato, divisa rimane la dottrina nella definizione di tale funzione. Secondo alcuni la *regulation* ricomprende sia il tradizionale intervento pubblico di regolamentazione, sia quegli interventi in cui il soggetto pubblico “assume una posizione per così dire esterna al mercato”, al fine di garantirne l'efficienza⁽⁸²⁹⁾.

In dottrina è ravvisabile anche l'orientamento secondo cui l'assegnazione alle autorità indipendenti di un ampio potere normativo si pone in contrasto con la Costituzione, con i principi della rappresentanza politica e con il principio di legalità⁽⁸³⁰⁾. In questa prospettiva le leggi attributive alle autorità indipendenti della funzione normativa, limitandosi ad elencare “nudi

amministrazione. Di qui, la necessità, avvertita anche a livello comunitario, di fare ricorso ad organismi dotati di alta specializzazione, in grado di predisporre specifiche regole tecniche rivolte agli operatori del settore, alla duplice condizione che la materia affidata a detti organismi non sia sottoposta a riserva di legge e che, nella legge istitutiva dell’Autorità o in altra fonte normativa primaria, siano rinvenibili i criteri di fondo per l'esercizio dei relativi poteri”. Così P. DE LISE, *Audizione nell'Indagine conoscitiva sulle Autorità Amministrative Indipendenti in corso dinanzi alla Camera dei Deputati*, Roma, 6 aprile 2011, in *giustizia-amministrativa.it*, v. già N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, cit., 86 ss.; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, cit., 12.

⁸²⁶ N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, cit., 76 ss.

⁸²⁷ S. CASSESE, *Negoziato e trasparenza nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, cit., p. 42

⁸²⁸ M. CLARICH, *I procedimenti di regolazione*, cit., p. 19; R. CHIEPPA, *Tipologie procedurali e contraddittorio davanti alle Autorità indipendenti*, Relazione al Convegno “*Inparzialità ed indipendenza delle Authorities nelle recenti dinamiche istituzionali ed amministrative*”, Roma, Consiglio di Stato, 14 dicembre 2005, in *www.giustizia-amministrativa.it*; N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, cit., 36: “La legittimità democratica non dipende solo dell'applicazione dell'istituto della rappresentanza politica, ma anche da un processo partecipativo all'elaborazione ed applicazione delle regole improntato a criteri di correttezza e giustizia”.

⁸²⁹ L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, Giappichelli, 2002, 72, e che svolge un'approfondita analisi della dottrina statunitense e britannica sul tema della *regulation*.

⁸³⁰ Secondo parte della dottrina (soprattutto di diritto costituzionale), tali autorità sarebbero in contrasto con la Costituzione perché si pongono al di fuori del tradizionale principio di divisione dei poteri e del principio di responsabilità e di legittimazione democratica: M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1994; S. NICCOLAI, *I poteri garantiti della Costituzione e le Autorità indipendenti*, Pisa, Ets, 1996; AA.VV., *Autorità indipendenti e principi costituzionali*, Padova, Cedam, 1999; F. BILANCIA, *La crisi dell'ordinamento giuridico rappresentativo*, Padova, Cedam, 2000; G. DE MINICO, *Indipendenza delle autorità o indipendenza dei regolamenti? Lettura in parallelo all'esperienza comunitaria*, in *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in Onore di Valerio Onida*, Milano, Giuffrè, 2012, 721 ss.

elenchi di valori”⁽⁸³¹⁾, sono viste come momenti di assegnazione alla singola autorità di un'ampia discrezionalità⁽⁸³²⁾. Secondo questa impostazione le autorità indipendenti, anche se chiamate alla produzione di “norme aderenti alle dinamiche dei fatti”, disporrebbero di una illimitata discrezionalità (“che inizia già con l'attività di rilevazione dei dati”) ed il cui processo decisionale sarebbe comunque destinato a concludersi con “un atto volitivo”⁽⁸³³⁾. L'indeterminatezza della legge attributiva della competenza impedirebbe dunque di ritenere che l'autonomia normativa delle autorità indipendenti si svolga “*dans le cadre défini par les lois*”⁽⁸³⁴⁾.

La dottrina che vede “criticamente” l'esperienza delle autorità amministrative indipendenti, sottolinea che, di fatto, il regolamento dell'autorità indipendente finisce per assegnare agli interessi in gioco una “concreta consistenza” (che non potrebbe dunque essere riferita al legislatore primario), sicché la potestà normativa delle autorità indipendenti verrebbe a configurarsi quale “polo normativo autosufficiente”, che decide di intraprendere, avvia e porta a compimento un processo normativo destinato a concretizzare scelte “politiche”. I regolamenti delle autorità indipendenti, muovendosi in uno spazio di “assenza della legge” (giacché questa, limitandosi ad un mero conferimento di potere normativo, non pone alcuna disciplina sostanziale della materia), verrebbero a porsi come l'unica fonte della disciplina sostanziale della materia⁽⁸³⁵⁾.

Questo ordine di considerazioni è funzionale alla riaffermazione della critica di fondo che accompagna la vita delle autorità amministrative indipendenti fin dalla loro apparizione e relativa all'assenza di una legittimazione democratica delle stesse, benché chiamate ad assumere decisioni intrinsecamente politiche pur essendo estranee al circuito politico-rappresentativo.

Con riguardo alla collocazione dei regolamenti delle autorità indipendenti nel sistema delle fonti, il Consiglio di Stato ha chiaramente affermato che “il potere normativo delle autorità amministrative indipendenti non può imporsi su fonti di rango primario” dal momento che l'assegnazione di potere normativo ad un soggetto diverso dal legislatore (e, segnatamente, ad un organo amministrativo) “deve necessariamente trovare fondamento in una previsione di legge, a garanzia dei principi fondamentali dello Stato di diritto, sanciti dalla Costituzione”⁽⁸³⁶⁾.

Nell'ormai sterminato panorama dottrinale in tema di autorità indipendenti⁽⁸³⁷⁾, il dibattito

⁸³¹ L. TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, Cedam, 1992, 444; G. VESPERINI, *La Consob e l'informazione del mercato mobiliare*, Padova, Cedam, 1993, 272.

⁸³² G. DE MINICO, *Indipendenza delle autorità o indipendenza dei regolamenti? Lettura in parallelo all'esperienza comunitaria*, cit., 723: “il pericolo dal quale le Autorità ci vogliono proteggere, cioè una disciplina sulle libertà obbediente al *dictat* della politica, non è meno grave del rischio di una regolazione sostanzialmente primaria, svincolata dal comando politico, autoreferenziale e quindi inidonea a comporre l'oggetto di un giudizio di responsabilità politica?”.

⁸³³ G. DE MINICO, *Indipendenza delle autorità ...*, cit., 724.

⁸³⁴ Come richiesto, nell'ordinamento francese, dal Conseil Constitutionnel nella *Décision n. 217* del 1986: Conseil Constitutionnel, *Décision nn. 217-86*, 260-89, n. 580-2009.

⁸³⁵ Così G. DE MINICO, *Regole. Comando e Consenso*, Torino, Giappichelli, 2005, 17 ss.

⁸³⁶ Consiglio di Stato, Sez. VI, 11 novembre 2008, n. 5622; Consiglio di Stato, Sezione per gli atti normativi, parere del 14 febbraio 2005, n. 11603.

⁸³⁷ Oltre alla dottrina citata nelle note 1 e 2 v. anche A. PREDIERI, *La posizione della Consob nell'apparato amministrativo*, in G. M. FLICK (a cura di), *La Consob. L'istituzione e la legge penale*, Milano, Giuffrè, 1987, 218 ss.; C. FRANCHINI, *Le Autorità amministrative indipendenti*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1988, 549 ss.; F. BASSI, *Introduzione*, in F. BASSI – F. MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, cit., VII ss.; V. CERULLI IRELLI, *Premesse problematiche allo studio delle amministrazioni indipendenti*, *ibidem*, 1 ss.; F. MERUSI, *Considerazioni generali sulle amministrazioni indipendenti*, *ivi*, cit., 151 ss.; A. CAGLI, *Il quadro normativo delle amministrazioni pubbliche indipendenti*, in *Foro amministrativo*, 1991, II, 1627 ss.; P. VOICI, *Le prospettive delle amministrazioni pubbliche indipendenti*, in *Archivio giuridico “F. Serafini”*, 1991, 335 ss.; N. LONGOBARDI, *Le amministrazioni indipendenti. Profili introduttivi*, in *Scritti per Mario Nigro*, vol. II, *Problemi attuali di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1991, 173 ss.; N. LONGOBARDI, *Le amministrazioni indipendenti e la posizione istituzionale dell'amministrazione pubblica*, in *Scritti in onore di Ottaviano*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1993; ID., *Il sistema politico-amministrativo e la riforma mancata*, Torino,

relativo alla potestà normativa loro assegnato si presenta caratterizzato da molteplici questioni relative al fondamento di tale potere normativo, alla collocazione dei regolamenti delle amministrazioni indipendenti nel sistema delle fonti, ai procedimenti di formazione dei regolamenti medesimi e, più in generale, alla collocazione di tale potere normativo all'interno dei poteri e del ruolo svolto dalle amministrazioni indipendenti⁽⁸³⁸⁾.

Il modello (ammesso che possa parlarsi di un unico modello)⁽⁸³⁹⁾ delle autorità amministrative indipendenti ha ricevuto in dottrina numerose ricostruzioni anche molto distanti le une dalle altre. Alle ricostruzioni (v. *supra*) sostenitrici della incostituzionalità di siffatte autorità che, in quanto prive di legittimazione democratica, sarebbero assegnatarie di un potere che nel nostro ordinamento dovrebbe trovare collocazione esclusivamente all'interno del circuito della rappresentanza politica⁽⁸⁴⁰⁾ si sono contrapposte riflessioni volte a riconoscere alle autorità indipendenti la funzione di adempimento di principi costituzionali (quali l'art. 97 Cost. o l'art. 3, secondo comma, Cost.) o di tutela di valori costituzionalmente protetti (ad es. l'art. 41 Cost.)⁽⁸⁴¹⁾.

Da diversi anni la dottrina prevalente riconosce che con l'istituzione di "autorità amministrative indipendenti" (o, per utilizzare termini importati da altri ordinamenti giuridici, *authorities* o *independent commissions* o *independent agencies* o *autorités administratives indépendantes*)⁽⁸⁴²⁾, si è inteso dar vita ad organismi preposti a particolari settori (economici, finanziari o relativi a servizi pubblici), ed aventi lo scopo di assicurare regolare svolgimento del "libero gioco economico", impedendo l'instaurazione di – o rimuovendo – situazioni di monopolio o di oligopolio o comunque di

Giappichelli, 1999; P. LAZZARA, *La potestà regolamentare della Consob in materia di intermediazione finanziaria*, in *Foro amministrativo*, 2000, 715; A. LA SPINA – G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, Il Mulino, 2000; S. FRANZONI, *L'attività di regolazione delle autorità indipendenti*, in *Diritto dell'Economia*, 2008, 373 ss.; M. ASPRONE, *Le authorities indipendenti: caratteri distintivi*, in *Rivista Amministrativa*, 2007, 827 ss.; L. CUOCOLO, *Il potere sanzionatorio delle autorità indipendenti: spunti per una comparazione*, in *Quaderni regionali*, 2007, 601 ss.; N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e diritti: la tutela dei cittadini e delle imprese*, in *Foro amministrativo - Tar*, 2007, 2925 ss.; M. SANINO, *La tutela giurisdizionale nei confronti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Rivista Amministrativa*, 2007, 613 ss.; C. CALAFIORE, *Le autorità amministrative indipendenti nell'attuale contesto ordinamentale italiano: origine ed analisi storico-comparatistica del fenomeno delle autorità amministrative indipendenti*, in *Nuove autonomie*, 2007, 235 ss.; F. CAPRIGLIONE, *Il rapporto tra politica ed amministrazione - Le amministrazioni indipendenti*, in *Mondo bancario*, 2007, fasc. 2, 41 ss.; M. MANETTI, *Un passo avanti verso la riforma delle autorità indipendenti*, in *Rassegna Parlamentare*, 2007, 291 ss.; D. BORSELLINO, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale - Dal difensore civico alla tutela del risparmio*, Padova, Cedam, 2006; M. CLARICH, *I procedimenti e le forme di collaborazione tra autorità di vigilanza*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2007, 311 ss.; G. MARCOU, *Esiste una nozione giuridica di regolazione?*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2006, fasc. 1, 13 ss.; C. IANNELLO, *L'ambigua trasposizione della nozione di regolazione dall'ordinamento statunitense a quello italiano*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2006, fasc. 1, 83 ss.; S. TRAVERSA, *Durata del mandato dell'autorità per le garanzie nelle comunicazioni e prorogatio dei poteri*, in *Rassegna Parlamentare*, 2006, 87 ss.; G. NAPOLITANO, *Autorità indipendenti e agenzie amministrative*, in *Il diritto*, vol. II, Milano, Il Sole 234 Ore, 2007, 255 ss.; F. TOTH, *La diffusione delle agenzie amministrative in Italia*, in *Rivista italiana di politiche pubbliche*, 2007, fasc. 1, 135 ss.; F.G. SCOCA, *Saggio*, in L. PAGANETTO (a cura di) *Authorities*, cit., 36 ss.

⁸³⁸ L'analisi del potere normativo delle autorità indipendenti non può prescindere dalla valutazione del ruolo e della collocazione delle medesime nel sistema istituzionale e, più in generale dalla funzione propria che si intende assegna alle autorità indipendenti. In tale prospettiva già G. VESPERINI, *La Consob e l'informazione del mercato mobiliare. Contributo allo studio delle funzioni regolatorie*, Padova, Cedam, 1993; con specifica attenzione proprio al concetto di "regolazione" e alla individuazione di un contenuto della "funzione di regolazione", L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, Giappichelli, 2002; con riguardo alla potestà normativa delle autorità indipendenti, sviluppa tale ordine di considerazioni, F. POLITI, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, cit., 3.

⁸³⁹ Critico verso la "ricerca della definizione" N. LONGOBARDI, *Il sistema politico-amministrativo e la riforma mancata*, cit., 57 ss.; G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in Aic, *Autorità indipendenti e principi costituzionali*, cit., 13 ss., distingue invece fra "autorità semi-indipendenti" ed "autorità di garanzia".

⁸⁴⁰ M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, cit., 93 s.; F., Bilancia, *La crisi dell'ordinamento giuridico rappresentativo*, cit. 76 ss.

⁸⁴¹ A. PREDIERI, *L'rompere delle autorità amministrative indipendenti*, cit., 4 ss.

⁸⁴² M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, cit., 57 ss.; v. già ID., *Le Autorità indipendenti raccontate agli economisti*, in *Diritto Amministrativo*, 1993, 18 ss.; v. anche F.G. SCOCA, *Relazione introduttiva*, in AA.VV., *Studi in tema di liberalizzazioni*, Torino, Giappichelli, 2007.

tutelare diritti costituzionalmente riconosciuti. E proprio per assicurare il raggiungimento di queste finalità, le autorità indipendenti godono di molteplici poteri (normativi, sanzionatori, provvedimentali, ecc.) riuniti sotto la denominazione di poteri “regolatori” (e dunque esplicazione della funzione di regolazione).

Le varie forme storicamente registrate (Stati Uniti, Gran Bretagna, Francia) volte a limitare l'ingerenza del potere politico in determinati settori (definiti “sensibili”), hanno indotto parte della dottrina a sostenere che l'idea posta alla base del fenomeno delle autorità amministrative indipendenti (e che giustifica il ricorso a tale formula) sia quella di una concezione diversa delle funzioni dello Stato, non più chiamato a farsi carico della gestione diretta dell'economia e dei servizi pubblici, ma competente a regolare e controllare l'attività di imprese e gestori privati⁽⁸⁴³⁾.

Quello delle autorità amministrative indipendenti si è rivelato subito come un modello in espansione (e non solo nel nostro Paese) anche in ragione della capacità delle stesse di soddisfare l'esigenza di separazione tra la pubblica amministrazione e gli organi politici, proprio perché adeguata “risposta” alla comprovata insufficienza delle tradizionali formule organizzative di assicurare effettività al principio di separazione-distinzione tra politica ed amministrazione⁽⁸⁴⁴⁾.

L'introduzione di questo tipo di organismi (denominati appunto “neutrali”)⁽⁸⁴⁵⁾ è dunque auspicata e giustificata proprio in base all'esigenza di sottrarre all'ingerenza del potere esecutivo l'esecuzione della legge nei relativi settori, per affidarla invece ad organismi caratterizzati dal requisito dell'imparzialità rispetto ai contendenti ed ai diversi interessi dei quali questi ultimi siano portatori. E, proprio per consentire alle autorità amministrative indipendenti di poter svolgere efficacemente il ruolo *super partes* loro assegnato, le stesse non devono trovarsi collocate in un rapporto di tipo gerarchico nei confronti dell'esecutivo e, più in generale, del potere politico. Ed infatti la stessa espressione “amministrazione indipendente” ha trovato rapida diffusione ed è utilizzata soprattutto per indicare la “non dipendenza da direttive politiche”, l'alto tasso di imparzialità che caratterizza tali organi e la “neutralizzazione” o “neutralità tecnica e politica”

⁸⁴³ A. LA SPINA – G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, cit., 61 ss.; sulla “neutralizzazione” e sulla distinzione fra “neutralità tecnica” e “neutralità politica” v. M. MNETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, cit., 3 ss., che richiama la riflessione di Carl Schmitt sui poteri neutrali; v. già A.M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Rivista di diritto processuale*, 1964, 261 ss.

⁸⁴⁴ N. LONGOBARDI, *Il sistema politico-amministrativo e la riforma mancata. Temi, sintesi, approfondimenti, considerazioni*, cit., 84 ss. e in particolare p. 108: “Le numerose disposizioni costituzionali invocate a fondamento delle autorità amministrative indipendenti non solo confermano che le nuove realtà amministrative costituiscono una formula in linea con la Costituzione, ma anche che esse sono antesignane di una emergente nuova concezione dell'amministrazione, ancorata alla società ed al rispetto dei diritti individuali; già solo per questo anche molto più efficace. Una concezione in grado di realizzare finalmente nella sostanza i valori costituzionali”. V. anche Id., *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, cit. 123.

⁸⁴⁵ Al riguardo v. A.M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Studi in onore di A. Segni*, Milano, Giuffrè, 1967, 241 ss.; per N. LONGOBARDI, *Il sistema politico-amministrativo e la riforma mancata*, cit., 105, “L'equazione neutralità = apoliticità è puramente falsa” (già G. GUARINO, *Lo scioglimento delle assemblee parlamentari* (1948), Napoli, Jovene, 1990, 152 ss.). Il carattere della neutralità richiede due requisiti: 1) la posizione di indipendenza dell'organo in questione (e cioè che tale organo non sia sottoposto - né gerarchicamente, né altrimenti - né condizionato - né giuridicamente, né di fatto - da altri soggetti o organi in grado di influenzarne comunque l'operato); 2) assoluta estraneità ed indifferenza dell'attività di tale organo agli interessi al cui regolamento la sua attività è diretta. Secondo C. FRANCHINI, *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1988, 549 ss., le autorità amministrative indipendenti sono caratterizzate da un accentuato grado di indipendenza, discendente dal tipo di funzione che tali autorità svolgono e cioè dalla funzione fondamentale di regolamentazione e di protezione di interessi collettivi in taluni settori socialmente rilevanti. E per lo svolgimento di questa funzione è necessario che tali organi possano agire senza condizionamenti da parte del potere politico, della burocrazia amministrativa e dei gruppi privati (al fine di garantire i cittadini dagli abusi di posizione dominante). V. anche G. SILVESTRI, *Poteri attivi e poteri moderatori: attualità della distinzione*, in L. LUATTI (a cura di) *L'equilibrio tra i poteri nei moderni ordinamenti costituzionali*, Torino, Giappichelli, 1994, 29.

della funzione da essi svolta⁽⁸⁴⁶⁾.

L'espansione del fenomeno delle autorità amministrative indipendenti è avvenuta secondo due concorrenti linee di sviluppo: da un lato vi è stato un ampliamento del numero dei settori, tutti di grande rilievo sociale, assegnati al controllo di autorità indipendenti (dalla borsa alle assicurazioni, dall'esercizio del diritto di sciopero alla concorrenza, dal trattamento dei dati personali alle comunicazioni, dai servizi di pubblica utilità agli appalti pubblici, ecc.), dall'altro le diverse autorità amministrative indipendenti hanno progressivamente rivendicato, con l'ampliamento della propria sfera d'azione e attraverso un utilizzo "ampio" dei rispettivi poteri, una sempre maggiore "autonomia"⁽⁸⁴⁷⁾.

Emerge così la "ricchezza" del fenomeno delle amministrazioni indipendenti, espressione a loro volta di un pluralismo istituzionale che caratterizza gli ordinamenti giuridici contemporanei e che si ripercuote, da un lato sul sistema normativo e, dall'altro lato, sulla configurazione degli

⁸⁴⁶ Secondo l'impostazione di A.M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, cit., 241 ss. il carattere della neutralità presuppone due fondamentali requisiti: 1) la posizione di indipendenza dell'organo in questione (e cioè che tale organo non sia sottoposto, né condizionato - né giuridicamente, né altrimenti - da altri soggetti o organi in grado di influenzarne comunque l'operato); 2) l'assoluta estraneità ed indifferenza dell'attività dell'organo agli interessi alla cui regolazione la sua attività è diretta. Per M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, cit., 9, l'affermazione di poteri neutrali si riscontrerebbe soprattutto nei momenti di crisi della politica, "quando la razionalità dell'azione dei pubblici poteri si offusca e la legge stenta a realizzare sintesi durevoli e soddisfacenti dell'interesse generale"; in precedenza (p. 1 ss.) l'Autrice ricorda il pensiero di C. SCHMITT, *Das Problem der innerischen Neutralität des Staates* (1930), in *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Berlin, 1958, 41 ss., e in ID., *Il custode della Costituzione* (1931), Milano, Giuffrè, 1981, 149 ss., secondo cui "i poteri neutrali sono ... in realtà titolari di decisioni politiche, e partecipano a pieno titolo all'esercizio della sovranità, anche se non sono previsti dalla Costituzione". Sull'uso polemico da parte di C. Schmitt del termine "neutralizzazione" v. già N. LONGOBARDI, *Le amministrazioni indipendenti*, cit., 210 ss.; critico dell'esperienza delle autorità indipendenti è anche F. BILANCIA, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo*, cit., 113 ss., secondo cui (p. 130-131) "L'indipendenza e la neutralità sono diventate, così, le nuove 'categorie del Politico', i nuovi fondamenti della legittimazione di un sistema istituzionale, prima ancora che normativo, alternativo alla tradizione democratica". Anche A. PREDIERI, *L'erompe delle autorità amministrative indipendenti*, cit., 40, ritiene che "Le autorità amministrative indipendenti sono l'effetto di una crisi della rappresentanza, acuito dalla crisi del sistema dei partiti italiano, che porta alla richiesta di risposta tecnica e indipendente, non politica, alle domande della società"; per questo Autore tale fenomeno ha a monte (p. 7) "il consolidarsi ... dei caratteri dello stato osmotico", intendendosi per tale lo Stato che "gestisce, cerca di gestire, la ricerca del continuo equilibrio fra organizzazioni politiche, sociali, economiche, fra stato e mercato, fra pubblico e privato, fra associazioni, partiti, mercati, imprese, tutte organizzazioni della *politeia*, dello spazio pubblico, che sta fra stato apparato e società". L'impostazione teorica, che vede in maniera critica le autorità amministrative indipendenti in quanto estranee al circuito della rappresentanza politica (e pertanto prive della legittimazione democratica), ritiene le amministrazioni indipendenti organi sostitutivi del potere politico nei casi in cui quest'ultimo si rivela incapace di adempiere al proprio ruolo. N. LONGOBARDI, *Amministrazioni indipendenti*, cit., 173 ss.; ID., *Il sistema politico-amministrativo e la riforma mancata*, cit., 97 ss., precisa che la spiegazione del fenomeno delle autorità indipendenti non possa ridursi ad una monolitica e semplicistica argomentazione dovendo invece rinvenirsi nella concomitante azione di molteplici istanze: l'esigenza "tecnocratica" (che "ha una sua validità se collocata all'interno di altre spiegazioni, essendo di per sé debole"); l'autentica affermazione del principio liberale di separazione tra politica e amministrazione; le difficoltà connesse al governo delle società complesse; il "mutamento di paradigma" dell'economia (in ragione del passaggio da un modello di "economia diretta" - nel quale lo Stato rivestiva il ruolo di "guida dell'economia" - ad un modello di "mercato regolato", in cui lo Stato svolge le funzioni di "regolatore del mercato"); il mutamento della concezione delle funzioni amministrative e dei modi del loro esercizio (da intendere come amministrazione "ancorata al diritto" che vive in un "humus ... largamente comune a quello della giurisdizione"; ma nel quale - precisa l'Autore - "la pienezza del sindacato giurisdizionale, anche nei confronti di una amministrazione (parzialmente) giustiziale, è assolutamente necessaria", giacché "garantisce dal rischio, molto concreto, di alterazione dell'equilibrio dei poteri a scapito del giudice e dal rischio, ancora più concreto, specie nel nostro Paese, di uso improprio delle nuove realtà amministrative"). E queste "spiegazioni del fenomeno" delle autorità indipendenti "sono in realtà fra loro legate" giacché "confluiscono nella interpretazione indicata per ultima come la più profonda del fenomeno, perché è quella che trae dall'interno dell'ordinamento i segnali di un mutamento della concezione stessa delle funzioni amministrative e dei modi del loro esercizio". In giurisprudenza può citarsi la sentenza del Consiglio di Stato (Sez. VI, sent. n. 5106 del 2011), nella quale il supremo giudice amministrativo ribadisce che "l'attività di controllo, esercitata in posizione neutra da un organismo indipendente, implica la rigorosa separatezza fra controllore e controllato". Per il Consiglio di Stato la tutela di valori costituzionalmente garantiti (in particolare, dagli artt. 21, 31 e 41, 97 Cost.), in attuazione dei quali la legge assegna alle autorità poteri di regolazione e di vigilanza, per lo svolgimento dei quali si riconosce alle autorità "piena autonomia", nonché "indipendenza di giudizio e di valutazione".

⁸⁴⁷ Così F. POLITI, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, cit., 10.

assetto istituzionali⁽⁸⁴⁸⁾.

2. Alcune questioni preliminari

La potestà normativa delle autorità indipendenti si esplica mediante atti aventi diverse denominazioni (“Provvedimento”, “Delibera”, “Decisione”, oltre che “Regolamento”, ecc.) e più volte la dottrina e la giurisprudenza hanno affrontato la questione relativa alla partecipazione o meno di tali atti alla categoria delle fonti del diritto. E così, la dottrina si è interrogata sulla collocazione dei regolamenti delle amministrazioni indipendenti fra gli atti normativi o piuttosto fra gli atti amministrativi a contenuto generale concreto ma non normativo o, ancora, fra gli atti normativi meramente interni (e dunque non fonti del diritto per l'ordinamento generale)⁽⁸⁴⁹⁾.

La risposta a tale preliminare quesito è fondamentale perché solo i regolamenti (o, se si preferisce, gli atti normativi secondari)⁽⁸⁵⁰⁾, appartenendo al novero delle fonti del diritto⁽⁸⁵¹⁾, vengono a godere del relativo *status* giuridico, quale, ad esempio, l'applicazione del principio *iura novit curia* (art. 10 disp. prel. cod. civ.), dei principii sulla interpretazione *ex art.* 12 disp. prel. cod. civ., del principio *nemo jus ignorare censetur*, e della ricorribilità in Cassazione (art. 360 cod. proc. civ. e art. 111 Cost.) per mancata o falsa applicazione delle relative norme⁽⁸⁵²⁾. Inoltre, sempre in merito alla distinzione fra atti normativi secondari e atti amministrativi generali non normativi, si deve ricordare che i primi si differenziano dai secondi appunto per il loro "carattere normativo" (cioè, per la generalità ed astrattezza delle disposizioni in esse contenute)⁽⁸⁵³⁾, carattere discendente dall'attribuzione con legge della relativa competenza⁽⁸⁵⁴⁾.

⁸⁴⁸ A. PREDIERI, *L'eromper delle autorità amministrative indipendenti*, cit., 35 ss.

⁸⁴⁹ La distinzione fra atti amministrativi generali a contenuto normativo e quelli non aventi tale contenuto ha importanti conseguenze e riflessi: a) solo ai primi può essere riconosciuta efficacia *erga omnes* (mentre l'operatività dei secondi concerne i soli soggetti degli stessi destinatari, non potendo essere invocati da "altri", ulteriori, soggetti); b) solo per i primi è configurabile il ricorso in Cassazione per violazione di legge in caso di erronea interpretazione degli stessi da parte dei giudici di merito; c) solo per i primi si applicano le disposizioni preliminari al codice civile (art. 10: pubblicazione, *vacatio*, interpretazione, ecc.); d) non immediata impugnabilità davanti al giudice amministrativo.

⁸⁵⁰ V. CRISAFULLI, *Atto normativo*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 1959; G.U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna, Zanichelli, 1998.

⁸⁵¹ Al riguardo v. già S. ROMANO, *Principi di diritto amministrativo*, I ed., Milano, Società ed. Libreria, 1901, 18: "la facoltà regolamentare non si scompagna mai dal fine di creare diritto". A.M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando*, vol. II, Padova, Cedam, 1957, 449 s.

⁸⁵² A. CERRI, *Regolamenti*, cit., 3.

⁸⁵³ V. per tutti V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, *Le fonti normative*, Padova, Cedam, 1984; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1989; M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1970.

⁸⁵⁴ A.M. SANDULLI, *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, Napoli, Jovene, 1970, 5, nota 10: "rispetto ai provvedimenti concreti della pubblica amministrazione, essi [gli atti della Amministrazione che sono fonti secondarie di produzione giuridica] si distinguono per una forza giuridica peculiare, che consiste appunto nella possibilità di innovare (o completare) l'ordinamento - forza che, in tanto può venir estrinsecata, in quanto l'ordinamento l'abbia espressamente attribuita a una certa autorità, conferendo a questa la cosiddetta potestà regolamentare". In precedenza (p. 448-449) Sandulli aveva criticato quegli orientamenti dottrinali (A. DE VALLES, *Regolamenti ministeriali e ordinanze generali*, in *Foro italiano*, 1951, IV, 97 ss.; ID., *La norma giuridica*, in *Scritti in onore della Cedam*, vol. II, Padova, Cedam, 1953, 402 ss.; M.S. GIANNINI, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in *Foro italiano*, 1953, III, 18 ss.) che ravvisano nella "volontà normativa" o nella "causa (o scopo o funzione) normativa" o in dati formali (G. GUARINO, *Sul carattere discrezionale dei regolamenti*, in *Foro italiano*, 1953, I, 537 ss.) l'elemento proprio dell'atto regolamentare: "rappresenta un truismo l'affermazione che nel regolamento si riscontrano una volontà e una causa (o scopo o funzione) legislativa. Per contro non è certo la presenza o la mancanza di una intenzione legislativa nell'agente a far sì che una disposizione, o un corpo di disposizioni acquisti o non (a seconda appunto di tale intenzione) natura regolamentare. la certezza del diritto esige che tale natura inerisca ai caratteri obbiettivi - e immediatamente rilevabili - delle disposizioni; e appunto in tali sensi è orientata la normazione sulla produzione giuridica".

In merito all'individuazione dell'atto regolamentare, è stato evidenziato come con il termine "regolamento" venga indicato ogni atto normativo distinto dalla legge e (fatte salve alcune eccezioni) a questa subordinato⁽⁸⁵⁵⁾. La potestà regolamentare si caratterizza per la sua eterogeneità (con riguardo sia ai soggetti che possono esserne titolari, sia alla tipologia degli atti estrinsecazione di tale potere)⁽⁸⁵⁶⁾ e conseguentemente numerosi sono i criteri proposti dalla dottrina per "individuare" l'atto regolamentare. Fra questi, il criterio maggiormente accolto è quello relativo alla "capacità" dell'atto regolamentare di porre precetti *erga omnes*, riguardo ai quali cioè non esistono "terzi"⁽⁸⁵⁷⁾. Secondo questa ricostruzione, la "generalità" dell'atto normativo si risolve nella "capacità" dello stesso di rivolgersi a tutti i soggetti dell'ordinamento. Questa "capacità" viene dunque a costituire "l'elemento di identificazione" del potere di introduzione di norme generali⁽⁸⁵⁸⁾.

Il Consiglio di Stato, pronunciandosi in merito alla natura di un decreto ministeriale (ritenuto dal giudice di primo grado "*atto generale, rivolto agli operatori del settore fotovoltaico, piuttosto che atto normativo indirizzato a tutti i consociati*"), ha affermato che, anche laddove la legge si limiti a parlare di "decreti" ("senza specificarne il carattere regolamentare"), questi, qualora abbiano contenuto normativo, non possono non avere "carattere regolamentare" anche se "non espressamente qualificati come tali dal legislatore"⁽⁸⁵⁹⁾. La circostanza che l'atto in questione si applichi solo agli operatori di un determinato settore ("e non a tutti i consociati") non può di per sé condurre ad escludere la natura regolamentare dell'atto giacché in base a questa argomentazione si verrebbe a negare natura normativa ad ogni previsione settoriale. Per il Consiglio di Stato non è accettabile la tesi che circoscrive la natura di atto normativo soltanto nei casi in cui lo stesso si indirizzi, indistintamente, a tutti i consociati⁽⁸⁶⁰⁾, giacché "*il carattere normativo di un atto non può ... essere disconosciuto solo perché esso si applica esclusivamente agli operatori di un settore ... dovendosi, al contrario, verificare, se, in quel settore, l'atto è comunque dotato dei ... requisiti della generalità e dell'astrattezza*". Ed il Consiglio di Stato richiama gli esiti della giurisprudenza che ("da tempo"), per distinguere tra atto normativo e atto amministrativo generale, ricorre al "requisito della indeterminabilità dei destinatari", ritenendo dunque "atto normativo quello i cui destinatari sono indeterminabili sia *a priori* che *a posteriori* (essendo proprio questa la conseguenza della generalità e dell'astrattezza),

⁸⁵⁵ A. CERRI, *Regolamenti*, cit., 1.

⁸⁵⁶ A. CERRI, *op. ult. cit.*, 1; v. anche G. GRECO, *I regolamenti amministrativi*, Torino, Giappichelli, 2001; F. CERRONE, *La potestà regolamentare fra forma di governo e sistema delle fonti*, Torino, Giappichelli, 1991, 12 ss.

⁸⁵⁷ In tal senso già A. DE VALLES, *Regolamenti ministeriali ed ordinanze generali*, in *Foro italiano*, 1951, IV, 97, e A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, in A. SCIALOJA – G. BRANCA (a cura di), *Commentario al codice civile, sub artt. 1-9*, vol. I, Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro italiano, 1977, 16.

⁸⁵⁸ A. CERRI, *op. ult. cit.*, 3: "Solo atti dotati di questa 'capacità' possono porre precetti suscettibili di entrare a far parte del sistema normativo generale"; "Da questo punto di vista - precisa l'autore - riemerge l'intuizione espositiva dell'eguaglianza come pari soggezione formale alla legge, quale elemento connotativo degli ordinamenti moderni". L'Autore fa espresso riferimento a C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 30 ss.

⁸⁵⁹ Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza n. 9 del 4 maggio 2012.

⁸⁶⁰ Ed il Consiglio di Stato (ad. Plen., sent. n. 9 del 2012) aggiunge: "L'ordinamento conosce innumerevoli casi di disposizioni "settoriali" della cui natura normativa nessuna dubita. Ciò in quanto la "generalità" e l'"astrattezza" che, come comunemente si riconosce, contraddistinguono la "norma", non possono e non devono essere intesi nel senso di applicabilità indifferenziata a ciascun soggetto dell'ordinamento, ma, più correttamente, come idoneità alla ripetizione nell'applicazione (generalità) e come capacità di regolare una serie indefinita di casi (astrattezza)".

mentre l'atto amministrativo generale ha destinatari indeterminabili *a priori*, ma certamente determinabili *a posteriori* in quanto è destinato a regolare non una serie indeterminati di casi, ma, conformemente alla sua natura amministrativa, un caso particolare, una vicenda determinata, esaurita la quale vengono meno anche i suoi effetti”⁽⁸⁶¹⁾.

Queste chiare affermazioni dell'Adunanza plenaria confermano la natura normativa dei regolamenti (comunque denominati) delle autorità indipendenti e forniscono un utile criterio di distinzione (all'interno degli stessi atti delle varie amministrazioni indipendenti) fra atti regolamentari e atti amministrativi generali. Infatti, all'interno della problematica in esame, relativa alla identificazione della natura regolamentare (o meno) di atti delle autorità indipendenti, va affrontata anche la questione concernente la distinzione degli atti amministrativi normativi, da altri tipi di atti amministrativi e in particolare dagli atti amministrativi generali privi però di contenuto normativo⁽⁸⁶²⁾.

L'individuazione concreta della linea di demarcazione fra l'una e l'altra tipologia di atti amministrativi si presenta non semplice per una pluralità di ragioni. Innanzitutto bisogna ricordare che di frequente le stesse autorità indipendenti utilizzano sia l'una che l'altra tipologia di atti non distinguendo affatto, né nel *nomen iuris*, né nel procedimento di formazione dell'atto, fra le due categorie. Inoltre spesso è la stessa legge che, ponendo norme generiche ed indeterminate, consente un siffatto comportamento (aprendo la strada alla c.d. “fuga dal regolamento”) e rende difficoltosa all'interprete l'opera di individuazione della natura dell'atto⁽⁸⁶³⁾.

Se la necessaria “capacità innovativa dell'atto” viene a costituire l'elemento di differenziazione dell'atto regolamentare dagli atti che normativi non sono⁽⁸⁶⁴⁾, va aggiunto, in conformità a quanto sostenuto da autorevole dottrina, che, nella distinzione dell'atto regolamentare dagli altri atti amministrativi non-normativi, è necessaria l'esistenza di una duplice caratterizzazione, e cioè che l'atto sia dotato, oltre che di “forza innovativa” (e cioè della capacità di innovare l'ordinamento giuridico, quale carattere “proprio ed essenziale di tutte le fonti di produzione giuridica” indipendentemente dal fatto che le stesse abbiano poi concretamente carattere normativo), anche una “*funzione normativa*”, e cioè di avere come scopo l'introduzione di norme giuridiche. Siffatta funzione (normale in tutte le fonti giuridiche) “è essenziale soltanto alle fonti secondarie”⁽⁸⁶⁵⁾,

⁸⁶¹ Cons. Stato., Ad. Plen., sent. n. 9 del 2012, parla di “fuga dal regolamento”. In dottrina, sul punto, v. G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000, e dottrina ivi citata.

⁸⁶² C. TUBERTINI, *Nuove prospettive in tema di tutela giurisdizionale nei confronti degli atti normativi e degli atti amministrativi generali della pubblica amministrazione*, in *Rivista di diritto processuale amministrativa*, 1999, 1076 ss.

⁸⁶³ La distinzione fra atti amministrativi aventi contenuto normativo e atti amministrativi a contenuto generale ma non normativo si rivela non agevole in ragione dell'esistenza anche di una categoria intermedia fra le due tipologie: quella dei provvedimenti amministrativi con rilevanza normativa solo indiretta (v. A.M. SANDULLI, *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, cit., 11 ss.).

⁸⁶⁴ Se fonte del diritto è “ogni atto o fatto capace, secondo un ordinamento dato, di produrre norme giuridiche” (V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, cit., 3), deve parimenti aggiungersi che la individuazione di “che cosa debba intendersi per sistema normativo” necessita che si muova dal “dato storico” (V. CRISAFULLI, *Atto normativo*, cit., 252); sul pensiero di Crisafulli, v. da ultimo A.A. CERVATI, *Disposizione (e norma)*, in *Diz. dir. pubbl.*, a cura di S. Cassese, Milano, 2006; A.M. SANDULLI, *La potestà normativa della pubblica amministrazione*, cit., 14 ss., che aggiunge: «E' chiaro che, secondo il diritto, il sistema normativo, come può espandersi (riducendo ... lo spazio dell'autonomia, della discrezionalità amministrativa, della discrezionalità del giudice), allo stesso modo può “ritirarsi” da certe aree: così come certe materie possono esser trasferite dalla normazione primaria a quella *secondaria* (“delegificandole”), del pari certe materie possono essere trasferite dal campo della normazione a quello della discrezionalità del giudice, della discrezionalità amministrativa, della autonomia privata (“denormificandole”)».

⁸⁶⁵ A.M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, cit., 451-452.

essendo queste “destinate” fin dall’atto legislativo in cui trovano fondamento ad introdurre norme giuridiche (esecutive, attuative, integrative, ecc.). Ed è dunque questa caratteristica l’elemento distintivo degli atti regolamentari rispetto agli atti amministrativi⁽⁸⁶⁶⁾.

Sempre in merito alla distinzione fra atti amministrativi generali e regolamenti, va ricordato⁽⁸⁶⁷⁾ che solo i regolamenti (al contrario degli atti amministrativi generali), oltre a quello della innovatività, godono anche del carattere della astrattezza, giacché i regolamenti pongono una disciplina astratta, mentre gli atti amministrativi generali sono adottati per “situazioni concrete”, la cui disciplina "astratta" è già prevista nella (necessariamente) precedente fonte giuridica in cui lo stesso potere amministrativo trova fondamento⁽⁸⁶⁸⁾. Perché possa parlarsi di atto regolamentare non è dunque sufficiente che l'atto stesso si rivolga ad una generalità di soggetti, essendo necessario anche che le disposizioni da esso poste siano (oltre che rivolte alla generalità) "destinate a regolare in astratto, per il futuro, una serie indefinita di fattispecie"⁽⁸⁶⁹⁾.

⁸⁶⁶Con peculiare riguardo alla potestà normativa delle autorità indipendenti, quanto sopra specificato porta a concludere che anche il potere regolamentare delle amministrazioni indipendenti (come ogni altra potestà regolamentare) ha una “funzione normativa”, nel senso che le autorità amministrative indipendenti hanno l’obbligo giuridico di adozione di norme destinate a regolare i settori loro affidati ed il cui contenuto trova nella legge attributiva di competenza non solo il proprio fondamento, ma anche l’obbligo in positivo (la “funzione”, appunto) di disciplinare la materia *de qua*. In questa prospettiva il potere normativo delle autorità amministrative indipendenti viene a configurarsi (piuttosto che come espressione di un ampliamento dei poteri delle stesse) quale esercizio di una funzione che trova nella legge (se non nella Costituzione) fondamento e vincolo. In questa prospettiva F. POLITI, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, cit., 2.

⁸⁶⁷ Come ribadito dall’adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella sent. n. 9 del 2012; v. *supra*.

⁸⁶⁸ A.M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, cit., 452, mentre la “forza innovativa” (*id est*, il “carattere di fonte di produzione”) “va considerata come sufficiente elemento di differenziazione della categoria, la concretezza della fattispecie avuta di mira va considerata come attributo essenziale degli atti che in essa rientrano “e quindi come indizio di riconoscimento”. Gli atti amministrativi generali, conclude l’Autore, “non sono mai atti normativi” proprio perché “l’astrattezza inerisce al concetto di norma”. Il carattere della astrattezza postula dunque l’insufficienza (ai fini della determinazione della normatività dell’atto) della capacità dell’atto di rivolgersi ad una generalità di soggetti non individuati né individuabili a priori singolarmente, giacché il requisito della generalità appartiene anche ai meri atti amministrativi generali che tendono “a soddisfare in concreto specifiche esigenze pubbliche”. Secondo Sandulli (pag. 453) “Rientrano nella categoria dei meri atti amministrativi generali i bandi di concorso o di gare (che sono dei veri e propri inviti alla generalità), gli ordini di censimento, gli ordini di mobilitazione civile e quelli di precettazione generale, i blocchi e gli sblocchi di merci in periodo di contingentamento, gli ordini di conferimento di merci agli ammassi, i provvedimenti apertura, di chiusura o di limitazione della caccia e della pesca, le fissazioni e le proroghe di termini (non disposti in via normativa) di adempimenti cui siano tenuti soggetti indeterminati (presentazione di domande per pubblici concorsi o gare, denunce e pagamenti di tributi, compilazione e i questionari di censimento, ecc.)”. Questi, precisa l’Autore, “sono tutti atti che, pur rivolgendosi a una generalità di soggetti istituzionalmente non individuati a priori dalla Amministrazione, sono volti a risolvere, in relazione a singoli casi già concretamente puntualizzati - e non in astratto - determinate esigenze pubbliche”.

⁸⁶⁹ A.M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, cit., 454, secondo cui rientrano tra i regolamenti “le disposizioni sulla circolazione per le vie cittadine impartite dalle autorità comunali mediante i regolamenti di polizia urbana (art. 109 n. 5 reg. com. e prov.) e in applicazione di questi (autorizzazioni e divieti di sosta ai veicoli su certe aree stradali, nonché divieti di marcia ai veicoli o ai pedoni in determinate direzioni, anche se limitati a brevi periodi, e persino a un solo giorno; punti di attraversamento obbligato, ecc.), le disposizioni sull’orario di apertura e di chiusura dei pubblici esercizi (art. 96 t.u.p.s.), le determinazioni dei prezzi di autorità, le determinazioni delle aliquote dei tributi (che talvolta vengono adottate con provvedimenti aventi per unico oggetto le aliquote stesse), e simili”. In senso contrario M.S. GIANNINI, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in *Foro italiano*, 1953, III, 19, che nega la natura regolamentare delle disposizioni relative alla pubblica circolazione (così anche A. DE VALLES, *Regolamenti ministeriali e ordinanze generali*, in *Foro italiano*, 1951, IV, 98), alla determinazione delle aliquote tributarie (v. già M.S. GIANNINI, *Sulla potestà normativa in materia tributaria delle Regioni*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1949, III, 1223: *contra*, G. GUARINO, *Legge e regolamento*, in *Foro italiano*, 1953, I, 121; R. TREVES, *Regolamenti in deroga alla legge*, in *Giurisprudenza italiana*, 1953, I, 2, 13; nonché E. TOSATO, *Sulla natura giuridica delle leggi tributarie*, in *Scritti giuridici in onore di S. Romano*, Padova, Cedam, 1950, I, 617) e di quelle relative alla determinazione d’autorità dei prezzi (*contra*, G. VIRGA, *La pubblicazione dei regolamenti ministeriali e i caratteri della legge in senso materiale*, in *Dir. e giur.*, 1949, 156).

Secondo la dottrina⁽⁸⁷⁰⁾ l'elemento caratteristico dell'attività legislativa risiede nella natura "politica" delle relative decisioni, mentre la normazione secondaria, posta in essere dalle diverse componenti del complesso governo-pubbliche amministrazioni (in quanto "titolari di autonomie compresenti nell'ordinamento generale"), sarebbe espressione di un'autonomia fondata nella legge e quindi di attuazione delle scelte "politiche" compiute da quest'ultima. In coerenza con questa impostazione, il principio di legalità postula che ogni potere normativo secondario debba trovare il proprio fondamento nella legge. Come noto, tale principio viene utilizzato in un'accezione meramente "formale", quando si ritiene sufficiente il mero conferimento di potere regolamentare da parte della legge (o dalla fonte di grado primario), pur senza alcun vincolo di contenuto, oppure nell'accezione in senso "sostanziale" quando si richiede che la legge, oltre ad assegnare il relativo potere, espliciti anche i principi cui l'atto regolamentare deve attenersi, i limiti di intervento della fonte secondaria e la disciplina generale della materia⁽⁸⁷¹⁾.

La dottrina si è spesso interrogata sulla portata e sul significato del principio di legalità e, in particolare, sul ruolo di tale principio in un ordinamento democratico⁽⁸⁷²⁾. E nonostante l'unanime riconoscimento della validità di tale principio, si sono continuate a registrare sia la tendenza degli esecutivi ad affermare e ad ampliare una propria potestà regolamentare, sia tesi dottrinali volte a giustificare l'esistenza, se non la necessità, di una potestà normativa dell'esecutivo⁽⁸⁷³⁾.

⁸⁷⁰ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, cit., 223 ss.; E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1967, 434 ss. (adde dottrina ivi indicata); A.M. SANDULLI, *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, cit., 7 ss.

⁸⁷¹ A. CERRI, *op. ult. cit.*, 3.

⁸⁷² Molteplici sono le posizioni della dottrina sul principio di legalità: S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIII, Milano, Giuffrè, 1973, 659 ss.; L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, cit., 120 ss.; F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, I, *Premesse generali*, Padova, Cedam, 1967; C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1982; nonché E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, cit., 94 ss.; A.M. SANDULLI, *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, cit., 8, nota 9: "Il principio di legalità negli ordinamenti democratici contemporanei comporta che la potestà di normazione in questione non possa svolgersi se non "sul fondamento" di una legge e "nel rispetto delle leggi" (a quest'ultimo riguardo v. l'art. 4 delle disposizioni sulla legge in generale: "i regolamenti non possono contenere norme contrarie alle disposizioni di legge"). E più avanti (pag. 28): "Fu unicamente in virtù della definitiva affermazione della prevalenza, nel sistema parlamentare, della componente costituita dal Parlamento ... che ... si giunse, sul continente europeo, alla netta collocazione della legge del Parlamento al primo posto tra le fonti dell'ordinamento statale, con conseguente stabilizzazione del principio della "secondarietà" - a causa del loro carattere "derivato" (in quanto sussistenti solo sul presupposto di una "autorizzazione" legislativa) e della loro minore "forza giuridica" - degli istituzionali poteri normativi dell'Esecutivo e delle varie Amministrazioni dipendenti da esso o facenti capo ad esso". N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, Giuffrè, 2001.

⁸⁷³ Il dibattito dottrinale relativo al rapporto fra legge e regolamento, se non può non misurarsi con basilari nodi teorici quali il rapporto fra principio democratico ed esigenze della efficienza, fra competenze tecnico-professionali e il principio della rappresentanza politica e della legittimazione democratica, dimostra (soprattutto se letto nel suo divenire storico) che anche le problematiche relative a tale rapporto vanno esaminate con riferimento all'epoca specifica in cui le stesse si sono poste. Proprio la consapevolezza "dell'ambivalenza delle relazioni implicate" spinge A. CERRI, *Regolamenti*, cit., 4, ad "un approccio prudente e realistico ... perché l'inefficienza, l'incapacità di far fronte ai problemi conduce al deperimento dei valori della democrazia ma anche la incapacità di controllare le forze interne ed esterne all'apparato pubblico; perché la negazione del 'pluralismo giuridico' conduce ad una impensabile struttura di mero "comando", ma l'esasperazione di esso conduce al deperimento di un potere responsabile e governante". E così in epoca di monarchia limitata la contrapposizione fra la tesi che riteneva necessario l'intervento dell'atto legislativo e quella tesi che invece ravvisava il fondamento del potere regolamentare nella discrezionalità di cui gode l'esecutivo rispecchiava evidentemente la competizione per la primazia nel potere fra Parlamento e monarchia. G. ZANOBINI, *Sul fondamento giuridico della potestà regolamentare*, in *Archivio giuridico "F. Serafini"*, 1922 (ora anche in ID., *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1955, 145 ss.); A. DE VALLES, *Il fondamento del potere regolamentare*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1930, 145. Schematicamente potrebbe dirsi che nel periodo statutario (periodo di subordinazione della pubblica amministrazione al governo) la contrapposizione fra le tesi che ravvisavano nella potestà regolamentare della pubblica amministrazione una espressione del potere discrezionale della medesima (potere discrezionale di cui la pubblica amministrazione non può non poter disporre nella sua attività) (A. CODACCI PISANELLI, *Legge e regolamento*, in *Scritti di*

In merito a questa specifica problematica deve dichiararsi l'inadeguatezza di quelle posizioni dottrinali che muovono dall'affermazione della completa subordinazione della pubblica amministrazione al governo, in quanto dimentiche del modello di pubblica amministrazione tratteggiato nella Costituzione repubblicana, la quale rigetta il postulato della assimilazione esecutivo-pubblica amministrazione e della assoluta subordinazione della seconda al primo⁽⁸⁷⁴⁾.

Ma già prima dell'avvento della Costituzione al potere regolamentare viene assegnato un ruolo diverso, in ragione dei molteplici rapporti intercorrenti fra ordinamento particolare e ordinamento generale⁽⁸⁷⁵⁾. Infatti, facendo leva sulla teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici, Santi Romano fonda la potestà regolamentare della pubblica amministrazione sul principio di autonomia di quest'ultima, pur ritenendo sempre necessaria una legge affinché la potestà regolamentare possa esplicare i propri effetti anche nell'ordinamento generale. Ed i riflessi di questo ordine di riflessioni si ritrovano anche in epoca repubblicana: il principio pluralistico affermato nella Costituzione del 1948 può ben giustificare l'assegnazione di un potere regolamentare quale espressione di una sfera di autonomia costituzionalmente fondata, pur dovendosi ritenere necessario un fondamento legislativo⁽⁸⁷⁶⁾. Nell'ordinamento repubblicano anche il problema del fondamento del potere regolamentare assume un significato diverso, giacché la Costituzione, da un lato, traccia il livello primario delle fonti del diritto (che si presenta tendenzialmente "chiuso")⁽⁸⁷⁷⁾, mentre lascia "aperto" il livello secondario (concedendo alla legge

diritto pubblico, Città di Castello, 1900, 33 ss. G. ZANOBINI, *Sul fondamento giuridico della potestà regolamentare*, cit.; A. De Valles, *Il fondamento del potere regolamentare*, cit., 145) e le tesi che invece ritenevano comunque necessaria una espressa attribuzione di competenza da parte della legge al potere esecutivo, rispecchiava – come detto – la tensione dialettica esistente fra parlamento ed esecutivo. Fra queste antitetiche ricostruzioni si inserirono ulteriori teorie fra cui la più diffusa fu quella per cui "il potere regolamentare non esiste che laddove sia appositamente accordato; ma questa autorizzazione non ha d'uopo d'essere espressa e speciale e di derivare da una legge; può essere tacita e generale, può fondarsi direttamente sulla costituzione o sulla consuetudine" (F. CAMMEO, *Le manifestazioni di volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, vol. III, Milano, 1901, 147). Cammeo contrapponeva le due teorie definendole rispettivamente "teoria autoritaria" e "teoria democratica". Sulla assimilabilità delle due soluzioni dottrinali v. G. AMATO, *Rapporti fra norme primarie e secondarie (aspetti problematici)*, Milano, Giuffrè, 1962. Sul pensiero di Federico Cammeo v. P. GROSSI (a cura di), *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 22, *Per Federico Cammeo*, Milano, Giuffrè, 1993; v. inoltre A. LUCARELLI, *Potere regolamentare. Il regolamento indipendente tra modelli istituzionali e sistema delle fonti nell'evoluzione della dottrina pubblicistica*, Padova, Cedam, 1995.

⁸⁷⁴ Sul ruolo costituzionale della pubblica amministrazione v. M. NIGRO, *La pubblica amministrazione tra Costituzione formale e costituzione materiale*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1987; ID., *Amministrazione pubblica (organizzazione della)*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. I, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana fondato da G. Treccani, 1988; M.S. GIANNINI, *L'amministrazione pubblica dello Stato contemporaneo*, Padova, Cedam, 1988; ID., *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1970, 63 ss.

⁸⁷⁵ S. ROMANO, *Principi di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1947, 283: "In generale può dirsi che i regolamenti sono una manifestazione tipica delle particolari autonomie, cioè delle potestà di darsi da sé un ordinamento giuridico, che lo Stato attribuisce a taluni suoi uffici o istituti, ad enti pubblici con propria personalità, talvolta anche a privati che esercitano funzioni e servizi pubblici". Più avanti (p. 286) Santi Romano precisa che "la facoltà regolamentare è circoscritta, anzi tutto, da un criterio negativo e, inoltre, da diversi criteri positivi. Il criterio negativo è il seguente: esso deve concernere una materia che non sia totalmente precisata da altre norme giuridiche, specialmente legislative; ... Positivamente, è poi a dirsi che, entro i limiti di tali materie, la potestà regolamentare può esercitarsi secondo principi che sono diversi per i regolamenti con efficacia soltanto interna ... e i regolamenti con efficacia più generale", giacché riguardo a questi ultimi è necessaria una "attribuzione da parte della legge". Appare interessante notare che in tale occasione Romano ricorda, anche se in maniera problematica la "administrative legislation" affermata negli Stati Uniti (p. 287). V. anche ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1947, 12 ss.; ID., *L'ordinamento giuridico* (1918), Milano, Giuffrè, 1962.

⁸⁷⁶ La Costituzione infatti apre nuovi orizzonti alla problematica del fondamento del potere regolamentare: dal ruolo della legge nel sistema delle fonti ad una delineazione del sistema delle fonti del diritto non strutturato rigidamente secondo il principio gerarchico, ma piuttosto con una forte presenza del principio di competenza; dal riconoscimento delle autonomie (art. 5 Cost.) all'affermazione esplicita di molteplici poteri regolamentari (al riguardo v. *infra*).

⁸⁷⁷ In tal senso V. CRISAFULLI, *Lezioni...*, II, cit., 54 ss.

la possibilità di istituire fonti secondarie⁽⁸⁷⁸⁾ e, dall'altro lato, la legge non viene più a rivestire più il ruolo di fonte "massima" dell'ordinamento medesimo, essendo invece collocata all'interno di un quadro composito non riconducibile semplicemente al principio gerarchico, ma piuttosto ricostruibile secondo una logica di tipo pluralistico, in cui particolare risalto va assegnato anche al principio di competenza quale regola di ripartizione fra gli ambiti di influenza delle diverse fonti dell'ordinamento⁽⁸⁷⁹⁾.

3. Alla ricerca del fondamento del potere normativo delle autorità indipendenti

Nella riflessione sull'attività normativa della pubblica amministrazione (all'interno della quale l'Autore colloca anche la potestà normativa delle autorità indipendenti), Sandulli evidenzia che nella contemporanea società (nella quale un elevato bisogno di discipline tecniche si afferma unitamente ad un'elevata richiesta di autonomia) "i centri di normazione sono venuti naturalmente a moltiplicarsi, diffondendosi perciò in vasta scala la portata normativa delle più diverse autorità amministrative"⁽⁸⁸⁰⁾. E l'espansione dell'attività normativa del "complesso Governo-Pubbliche amministrazioni" (cioè non solo dell'esecutivo ma anche delle molteplici amministrazioni pubbliche, statali e non statali)⁽⁸⁸¹⁾, registra una "particolare accentuazione" in conseguenza della "pluralità" delle pubbliche amministrazioni e della "separazione" fra le stesse⁽⁸⁸²⁾. L'assegnazione alla pubblica amministrazione di un ruolo costituzionalmente definito e la collocazione della stessa (nelle sue molteplici articolazioni) in un quadro caratterizzato da un chiaro pluralismo istituzionale conducono a ritenere che anche la riflessione sulla titolarità del potere regolamentare non possa non prendere in adeguata considerazione anche l'aspetto relativo

⁸⁷⁸ Cfr. Corte costituzionale, sent. n. 26 del 1966, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1966; sent. n. 79 del 1970, in *Giur. cost.*, 1970; sent. n. 165 del 1989, in *Giur. cost.*, 1989. In dottrina v. S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIII, Milano, Giuffrè, 1973, 691; G.U. RESCIGNO, *I regolamenti ministeriali secondo la Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1970, 1055; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, cit., 134; G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, cit 5, ss; A. CERRI, *Regolamenti*, cit., 4. In epoca repubblicana in dottrina si registrano numerose riflessioni aventi ad oggetto il potere regolamentare (in particolare quello governativo, ma anche degli enti locali (al riguardo v. F. FENUCCI, *I regolamenti di autonomia locale*, Milano, Giuffrè, 2005; T. GROPPI, *Autonomia costituzionale e potere regolamentare degli enti locali*, Torino, Giappichelli, 1994), della pubblica amministrazione (A.M. SANDULLI, *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, Napoli, Jovene, 1970), della Corte costituzionale (S.P. PANUNZIO, *I regolamenti della Corte costituzionale*, Padova, Cedam, 1970), ecc., all'interno delle quali il rapporto fra il principio che postula il necessario fondamento legislativo (o costituzionale) del potere regolamentare e l'affermazione della rilevanza della collocazione istituzionale dell'organo si presenta in veste altamente differenziata. La tesi che fa leva sul ruolo istituzionale assegnato in Costituzione è naturalmente inaccettabile quando giunge a negare (oltre alla necessità del fondamento legislativo) la stessa subordinazione del potere regolamentare a quello legislativo. Parimenti siffatta tesi appare non disprezzabile quando, riconoscendo la necessità di una previa legge che *attivi* (G. VIGNOCCHI, *op. ult.cit.*) il relativo potere, assegna peculiare e specifico valore alla posizione istituzionale dell'organo titolare del rispettivo potere regolamentare. In tal senso A. CERRI, *Regolamenti*, cit., 5: "la posizione dell'organo nel sistema costituzionale non è irrilevante, ma non è sufficiente da sola a fondare da sola il potere, e cioè non esclude la necessità di una *interpositio legislatoris*".

⁸⁷⁹ Al riguardo cfr. F. SORRENTINO, *Fonti del diritto*, Genova, Ecig, 1986.

⁸⁸⁰ A.M. SANDULLI, *op. ult. cit.*, 51 ss.

⁸⁸¹ A.M. SANDULLI, *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, cit., 5.

⁸⁸² A.M. SANDULLI, *op. ult. cit.*, 5, nota 1, che aggiunge: "Particolarmente a tale fenomeno, ma non ad esso soltanto, è da ascrivere l'esigenza di parlare non più, come una volta, della pubblica Amministrazione come di una entità unitaria, bensì come di una molteplicità di pubbliche Amministrazioni tra loro variamente distinte e coordinate"; v. anche ID., *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando*, II, Padova, Cedam, 1957, 447; ID., *Fonti del diritto*, in *Novissimo Digesto*, vol. VII, Torino, Utet, 526.

alla collocazione istituzionale della pubblica amministrazione. Emerge così l'importanza centrale di un aspetto (quello della collocazione istituzionale del soggetto titolare del potere regolamentare) che, nella riflessione sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti viene a rivestire un ruolo decisivo⁽⁸⁸³⁾.

L'assegnazione di uno specifico peso al ruolo istituzionale delle autorità indipendenti consente di poter giustificare anche una diversa declinazione del relativo potere regolamentare⁽⁸⁸⁴⁾. Il riconoscimento, da un lato, della specifica collocazione istituzionale delle autorità indipendenti e, dall'altro lato, le considerazioni sulla peculiarità del contenuto della funzione di regolazione() conducono ad individuare il fondamento del potere normativo delle autorità indipendenti appunto nei principi costituzionali sui quali trovano base l'istituzione stessa di tali autorità e l'assegnazione alle medesime della funzione di regolazione. Tale giustificazione del potere normativo delle autorità amministrative indipendenti non può peraltro giungere a far ritenere superato il problema del rispetto del principio di legalità. L'esigenza di una legge attributiva di potere deve comunque essere soddisfatta, ma il fondamento costituzionale del ruolo delle autorità indipendenti consente di assegnare al, sempre necessario, intervento legislativo un significato differente⁽⁸⁸⁵⁾. L'individuazione di uno specifico ruolo istituzionale dell'organo titolare del potere regolamentare non opera pertanto quale ragione giustificatrice dell'assenza di un fondamento legislativo (e dunque quale limite o negazione dello stesso principio di legalità)⁽⁸⁸⁶⁾, ma conduce a riconoscere il duplice fondamento (costituzionale e legislativo) del potere normativo delle autorità indipendenti⁽⁸⁸⁷⁾, giacché l'assegnazione alle medesime del compito di regolazione e di tutela di ambiti espressamente protetti in Costituzione non solo giustifica la relativa potestà normativa, ma ne postula la necessità⁽⁸⁸⁸⁾.

⁸⁸³ F. POLITI, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, cit., 7.

⁸⁸⁴ Pertanto le diverse tipologie regolamentari vanno distinte in ragione dei soggetti titolari del relativo potere. L'insistenza sul ruolo del soggetto titolare di potere regolamentare non rappresenta un richiamo a quelle riflessioni dottrinali anteriori alla Costituzione repubblicana, giacché la contrapposizione dottrinale precedente era: a) sviluppata all'interno di un sistema a costituzione flessibile in assenza di limiti per il legislatore parlamentare; b) quasi sempre incentrata sul fondamento (e sui limiti) del potere regolamentare del governo, ritenendosi la pubblica amministrazione strettamente subordinata all'esecutivo; c) era posta all'interno di una dialettica tra Parlamento e governo propria del secolo XIX. In epoca repubblicana il discorso muta profondamente perché nella nuova Costituzione rigida vengono ad avere uno specifico ruolo, espressamente riconosciuto, oltre al governo, numerosi altri soggetti: dalla pubblica amministrazione agli enti territoriali, dalle Camere alla Corte costituzionale, dal Consiglio Superiore della Magistratura alla Corte dei conti, ecc., oltre alla esplicita affermazione di principi quali quello di autonomia, di decentramento, ecc.

⁸⁸⁵ Si pensi ad esempio al ruolo dei regolamenti degli enti locali (su cui F. FENUCCI, *I regolamenti di autonomia locale*, Milano, Giuffrè, 2005; T. GROPPI, *Autonomia costituzionale e potere regolamentare degli enti locali*, Torino, Giappichelli, 1994); A. CERRI, *Regolamenti*, cit., 5, che sottolinea come "la medesima attribuzione di potere regolamentare ad opera della legge risulti sindacabile in relazione a criteri di "adeguatezza", "proporzionalità" fra potere attribuito e legittimazione dell'organo in riferimento ai valori accennati".

⁸⁸⁶ A. CERRI, *Regolamenti*, cit., 5-6; con specifico riguardo alla potestà regolamentare delle autorità indipendenti, F. POLITI, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, cit., 6 ss.

⁸⁸⁷ Secondo alcuni, posta la sempre necessaria *interpositio legislatoris*, la rigidità dell'ordinamento costituzionale impone alla stessa legge ordinaria di doversi misurare con un duplice limite, positivo e negativo: a) positivo, giacché il legislatore "deve" intervenire per assicurare al relativo organo la possibilità esplicita un'autonomia costituzionalmente garantita; b) negativo, nel senso che la legge deve porre una legislazione di principio, non potendo invadere l'ambito di autonomia riservato al soggetto titolare del relativo potere (così F. POLITI, *op. ult. cit.*, 9).

⁸⁸⁸ Sui regolamenti in generale, v. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, *L'ordinamento costituzionale italiano. Le fonti normative*, Padova, Cedam, 1984, 107 ss.; A. CERRI, *Regolamenti*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXVI, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana fondato da G. Treccani, 1992; A.M. SANDULLI, *L'attività normativa della P.A.*, Napoli, Jovene, 1970; E. CHELI, E., *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1967; M.S. GIANNINI, *Regolamento (in generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIX, Milano, Giuffrè, 1988, 601 ss.; L. CARLASSARE, *Regolamento (dir. cost.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIX, Milano, Giuffrè, 1988, 605 ss.; F. CERRONE, *La potestà regolamentare tra forma di governo e sistema delle fonti*.

I principi costituzionali in tema di separazione fra politica e amministrazione⁽⁸⁸⁹⁾ conducono a distinguere la potestà normativa⁽⁸⁹⁰⁾ delle autorità indipendenti dal potere regolamentare governativo e da quello di altre pubbliche amministrazioni⁽⁸⁹¹⁾.

Viene così a configurarsi un quadro composito (un “sistema pluriarticolato”)⁽⁸⁹²⁾ nel quale, alla riaffermazione dell'indiscutibile collocazione della legge in un grado di superiorità, si affianca il riconoscimento di sfere di “autonomia normativa” delle singole autorità i cui atti normativi vengono appunto ad essere espressione “di varia ... autonomia, destinata ad esplicarsi nel quadro e nell'ambito delineato e delimitato dall'ordine legislativo”⁽⁸⁹³⁾ e dai principi costituzionali⁽⁸⁹⁴⁾.

La tipologia dei regolamenti governativi nella legge n. 400 del 1988, Torino, Giappichelli, 1991; G. GRECO, *I regolamenti amministrativi*, Torino, Giappichelli, 2004. Sul principio di legalità: S. Fois, *Legalità (principio di)*, cit., 659 ss.; C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1982; A.M. SANDULLI, *La potestà normativa della pubblica amministrazione*, cit., 32; ID., *La potestà regolamentare nell'ordinamento vigente*, in *Studi sulla Costituzione (in occasione del decennale)*, Milano, Giuffrè, 1958, vol. III, 363;

⁸⁸⁹ Su cui v. N. LONGOBARDI, *Il sistema politico-amministrativo e la riforma mancata*, Torino, Giappichelli, 1999, 67 ss.

⁸⁹⁰ A.M. SANDULLI, *La potestà normativa della pubblica amministrazione*, cit., 54, sottolinea che tutti gli atti regolamentari sono “espressione di autonomia” e richiama l'esigenza di approntare anche per i regolamenti delle autorità amministrative le garanzie procedurali e di controllo previste in via generale (negli anni in cui Sandulli scriveva) per i soli regolamenti governativi: “Si tratta invariabilmente di una potestà conferita ad organi ed enti estranei al Potere legislativo e inseriti - non importa a quale livello - nell'apparato preposto essenzialmente alla funzione amministrativa. Potestà destinata a svolgersi, non diversamente da quest'ultima - ma non collegata necessariamente a quest'ultima -, e secondo il medesimo trattamento giuridico, sulla base e nel quadro delle “leggi” e nel rispetto di esse (e perciò ad un livello inferiore ad esse)”.

⁸⁹¹ A.M. SANDULLI, *La potestà normativa della pubblica amministrazione*, cit., 47-48, sottolinea come “le stesse amministrazioni statali e le loro articolazioni ... tendano a presentarsi - e non di rado in modo accentuato - come entità distinte e diverse, frequentemente differenziate anche dal proposito di attingere (spesso attraverso congegni istituzionalizzati) dalle forze spontanee, e dagli interessi propri dei differenti settori della vita sociale cui sono preposte, la linfa del proprio agire e le opportune indicazioni per un esercizio delle proprie funzioni, che, nel dirigersi alla soddisfazione degli interessi generali, sia il meno possibile in contrasto, e anzi il più possibile in armonia, con gli interessi settoriali e particolari”.

⁸⁹² A.M. SANDULLI, *op. ult. cit.*, 57.

⁸⁹³ A.M. SANDULLI, *op. ult. cit.*, 57.

⁸⁹⁴ In questo quadro la possibilità per gli atti normativi secondari di intervenire in materie già disciplinate dalla legge (o da fonti di grado primario) non appare in sé un fenomeno eccezionale perché non viene affatto inficiata la validità del principio di legalità, né negata la operatività del principio gerarchico. Il fenomeno di regolamenti ammessi ad innovare l'ordinamento in materie già disciplinate da leggi non è affatto nuovo: al riguardo v. F. CAMMEO, *Della manifestazione ...*, cit., 177; G. ZANOBINI, *Regolamenti*, in *Novissimo Digesto*, vol. XV, Torino, Utet, 242; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., che li chiama “regolamenti liberi”; V. CRISAFULLI, *Lezioni.*, II, 1, cit.; G. AMATO, *Rapporti fra norme primarie e secondarie*, Milano, Giuffrè, 1962, 131 ss.; A.A. CERVATI, *Delegificazione*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. VI, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana fondato da G. Treccani, 1997. Bisogna inoltre ricordare che secondo risalente autorevole dottrina “oltre che leggi materiali, i regolamenti amministrativi sono atti materialmente e formalmente amministrativi: in essi la funzione legislativa e la funzione esecutiva trovano un punto in cui si incontrano e si esplicano con atti di carattere misto, che costituiscono una legislazione amministrativa minore e secondaria, rispetto a quella delle leggi formali, e anche un'amministrazione normativa superiore all'amministrazione concreta che si estrinseca in singoli provvedimenti”. Così S. ROMANO, *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano, Giuffrè, 1947, 283, secondo cui, in tale prospettiva, “lo Stato appare sempre di più un'istituzione complessa e, aumentando questa sua complessità, si moltiplicano anche i suoi uffici e istituti”. Santi Romano distingue fra una “potestà normativa” (*sic et simpliciter*) ed una “potestà normativa amministrativa” (così anche A.M. SANDULLI, *La potestà normativa della pubblica amministrazione*, cit., 38), ma soprattutto pone già in risalto la stretta connessione esistente fra ampliamento dei compiti dello Stato e potere normativo (secondario) di soggetti affidatari di compiti amministrativi. A.M. SANDULLI, *La potestà normativa della pubblica amministrazione*, cit., 41 ss., sottolinea che nello Stato “di diritto”, “democratico” e “sociale”, (p. 43) “l'estensione sempre maggiore dell'incidenza, dell'interferenza, della partecipazione, dell'opera di coordinazione dei pubblici poteri nei campi dell'assistenza, della previdenza, della cultura, della produzione, dei servizi, degli svaghi, della distribuzione dei redditi, della perequazione delle situazioni patrimoniali” non può non determinare “da un lato, un fenomeno di più abbondante (e talvolta sovrabbondante e disordinata) legiferazione da parte del Parlamento” e, dall'altro (p. 44) “il dilatarsi - in concomitanza con la crescita dei compiti - della pubblica Amministrazione, il suo moltiplicarsi in pubbliche Amministrazioni” cui vengono decentrate “oltre ai poteri di amministrazione (ordinati al provvedere mediante atti concreti), anche di molteplici poteri di normazione”. In tale prospettiva la potestà normativa della pubblica amministrazione non appare più (come poteva accadere nello Stato liberale ottocentesco, caratterizzato dalla unitarietà del potere politico) una continuazione e una appendice della legge del Parlamento (“in vista dell'ulteriore specificazione di questa”), bensì una conseguenza della “strutturazione del sistema democratico” che oggi (p. 46) “si presenta a base non più unitaria, bensì

I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti sono dunque espressione non solo della "autonomia", ma della specifica funzione di regolazione assegnata a tali soggetti, quale "attività volta a garantire il corretto funzionamento di un determinato settore secondo un principio (ad esempio il principio concorrenziale) proprio dello stesso"⁽⁸⁹⁵⁾ ed il fine della funzione di regolazione è dunque individuabile "nella garanzia del corretto funzionamento di un determinato settore attraverso la predisposizione delle regole del giuoco, o attraverso il controllo delle attività svolte dai soggetti in esso operanti, al fine di garantire che esse siano svolte nel rispetto delle regole predisposte dalla stessa autorità"⁽⁸⁹⁶⁾.

4. Dalla "legalità sostanziale" alla "legalità procedurale": contraddittorio e partecipazione nel procedimento di formazione degli atti normativi delle autorità indipendenti

Il tema delle regole procedimentali da rispettare dinanzi alle autorità indipendenti e del rispetto del principio del contraddittorio, quale esigenza fondamentale dell'azione di tali autorità è stato approfondito dalla dottrina prima ancora di ogni intervento in merito del legislatore⁽⁸⁹⁷⁾.

Negli Stati Uniti, con l'approvazione (nel 1946) dell'*Administrative Procedure Act (APA)* vi è l'introduzione di un significativo quadro di regole procedimentali fondate sul principio della partecipazione al procedimento dei soggetti destinatari del provvedimento finale e sul principio del rispetto del contraddittorio. L'*Administrative Procedure Act* dispone infatti che le *Agencies* di regolazione debbano svolgere una procedura di "notice and comment", caratterizzata dalla preliminare pubblicazione della "proposta di atto" sulla quale tutti i soggetti interessati possono far pervenire le proprie osservazioni, e di cui l'autorità deve tenere conto in sede di adozione dell'atto finale di regolazione⁽⁸⁹⁸⁾.

pluralistica". V. già F. BENVENUTI, *L'ordinamento repubblicano*, Venezia, Libreria Univ. editrice, 1975; A.M. SANDULLI, *Società pluralistica e rinnovamento dello Stato*, in *Justitia*, 1968, 3 ss.; da ultimo, sulla "frammentazione" della amministrazione italiana v. G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana*, cit., 501 ss.

⁸⁹⁵ L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, cit., 263.

⁸⁹⁶ L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, cit., 265.

⁸⁹⁷ R. CHIEPPA, *Tipologie procedimentali e contraddittorio davanti alle Autorità indipendenti*, in www.giustizia-amministrativa.it, intervento tenuto in occasione del Convegno "Imparzialità e indipendenza delle Authorities nelle recenti dinamiche istituzionali e amministrative", Roma, Consiglio di Stato, 14 dicembre 2005, 1, evidenzia che tale argomento "ha radici lontane e si fonda su consolidate esperienze" ed in particolare richiama quella statunitense dove "ben presto si è sentita l'esigenza di evitare che l'esercizio dei poteri attribuiti alle *agencies* si potesse trasformare in arbitrio". E, dopo avere richiamato l'approvazione dell'Apa, l'autore evidenzia che "Nell'alternarsi di tali contingenze storiche, è parimente innegabile che le agenzie indipendenti sono diventate una figura ben salda nel tessuto istituzionale e nell'opinione pubblica degli Stati Uniti; e ciò è avvenuto anche grazie al rispetto di fondamentali regole procedimentali". V. anche M. POTO, *Autorità amministrative indipendenti e garanzie partecipative (Nota a C. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7972, Soc. Dynameeting c. Autorità energia elettrica e gas)*, in *Resp. civ.*, 2007, 1143 ss.; R. MANFRELLOTTI, *Un altro mattone tolto dal muro: ancora a proposito della legittimazione dei regolamenti delle autorità amministrative indipendenti (Nota a C. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7972, Soc. Dynameeting c. Autorità energia elettrica e gas)*, in *Giurisdizione amministrativa*, 2007, IV, 581 ss.; G.M. BOSCO, *La consultazione pubblica presso le autorità indipendenti: da fase di istruzione procedimentale a strumento di coregulation*, in *Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione*, 2007, 553 ss.; S. SCREPANTI, *La partecipazione ai procedimenti regolatori delle autorità indipendenti (Nota a C. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7972, Soc. Dynameeting c. Autorità energia elettrica e gas)*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2007, 377 ss.; F. GAMBARDELLA, *Autorità indipendenti, semi-indipendenti e garanzie del contraddittorio (Nota a C. Stato, sez. VI, 11 aprile 2006, n. 2007, Autorità energia elettrica e gas c. Soc. Casakese Amc)*, in *Foro amministrativo – Consiglio di Stato*, 2006, 3152 ss.

⁸⁹⁸ Sull'*Administrative Procedure Act* v. M. SHAPIRO, *Independent Agencies. US and EU*, Jean Monnet, Chair Paper, Firenze, 1996, 1 ss.; D. COHEN – P. L. STRAUSS, *Congressional Review of Agency Regulations*, in *Administrative Law Review*, vol. 49, 1997, 95 ss.; G. GIRAUDI – M.S. RIGHETTINI, *Le autorità amministrative indipendenti. Dalla democrazia della rappresentanza alla democrazia dell'efficienza*, Bari-Roma, Laterza, 2001, 59, evidenziano che l'approvazione da parte del Congresso americano dell'*Administrative Procedural Act* (quale "primo sistematico progetto di omogeneizzazione e formalizzazione procedurale per favorire il controllo

Il richiamo alla tutela garantita in virtù del “procedimento partecipativo” (quale “strumento della partecipazione dei soggetti interessati, sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative”)⁽⁸⁹⁹⁾ è non di rado utilizzato in dottrina come uno dei principi giustificativi del ruolo e dei poteri delle autorità amministrative indipendenti. Garanzia del giusto procedimento (con successivo controllo in sede giurisdizionale), rispetto del principio del contraddittorio, partecipazione dei privati si pongono non come meri schemi formali dell'azione delle amministrazioni indipendenti, bensì come principi sostanziali dell'attività delle medesime (e che giungono a giustificarne l'esistenza stessa)⁽⁹⁰⁰⁾.

Il rispetto delle garanzie procedurali e del principio del contraddittorio è richiesto per tutte le tipologie di atti adottati dalle autorità indipendenti⁽⁹⁰¹⁾, ma con riguardo all'esercizio delle potestà normative la partecipazione dei privati al relativo procedimento viene a connotarsi di ulteriori pregnanti significati quale, in particolare, quello dell'assunzione di una “legittimazione democratica dal basso”⁽⁹⁰²⁾. Secondo questa impostazione, il “vizio” di origine rappresentato dal mancato rispetto del principio di legalità sostanziale (conseguente all'ampia ed indeterminata delega di potestà normativa conferita dalla legge alle amministrazioni indipendenti) viene ad essere superato grazie alla partecipazione attiva al relativo procedimento dei soggetti interessati (che, a questo fine, godono di specifiche garanzie tutelate giurisdizionalmente). E la “legalità procedurale” (intesa come predisposizione di forme procedurali volte a garantire la partecipazione al procedimento degli interessati in posizione “attiva” e con il rispetto del principio del contraddittorio) riesce a compensare non solo il difetto iniziale di legalità sostanziale del potere normativo delle amministrazioni indipendenti, ma anche il *deficit* di legittimazione democratica delle autorità medesime.

Fin dall'apparizione delle singole autorità indipendenti, i procedimenti che si svolgono dinanzi alle medesime si sono quasi sempre caratterizzati per un'ampia garanzia del rispetto dei principi del contraddittorio e della partecipazione degli interessati⁽⁹⁰³⁾. Le forme (procedurali) di tutela del principio del contraddittorio si presentano in maniera diversa a seconda della concreta

di legalità sull'attività regolativa delle *Independent Regulatory Commissions*”), costituisce “una tappa fondamentale nello sviluppo” delle medesime, ponendo tale legge “vincoli procedurali per l'attività delle Commissioni Indipendenti e stabilisce le regole a garanzia della trasparenza e correttezza dell'attività amministrativa”; L. BARRA CARACCILO, *Funzione amministrativa e amministrazione neutrale nell'ordinamento U.S.A.: profili comparativi con l'esperienza italiana*, Torino, Giappichelli, 1997.

⁸⁹⁹ R. CHIEPPA, *op. ult. cit.*, 2, che precisa: “In altri termini, le Autorità che si pongono al di fuori della tradizionale tripartizione di poteri e in assenza di responsabilità e soggezione nei confronti del governo, trovano in questo modo una legittimazione dal basso, proprio attraverso le garanzie del giusto procedimento e poi mediante il controllo in sede giurisdizionale”.

⁹⁰⁰ N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, cit., 32 ss.

⁹⁰¹ Il significato delle forme di tutela del diritto di accesso agli atti, di partecipazione al procedimento e di garanzia del principio del contraddittorio è ovviamente diverso per le funzioni provvedimentali (c.d. funzioni di *adjudication*). A questo proposito particolare importanza rivestono strumenti quali l'invio della comunicazione delle risultanze istruttorie e le audizioni orali. Le garanzie procedurali, anche con riguardo alle funzioni sanzionatorie e provvedimentali, operano non solo a garanzia degli interessati (a tutela del rispettivo diritto di difesa e nei confronti dei quali vale il principio della “parità delle armi”), ma anche a garanzia dei terzi controinteressati per i quali la giurisprudenza ha riconosciuto il diritto a partecipare al relativo procedimento anche con riguardo ai c.d. “provvedimenti negativi” delle autorità indipendenti (Consiglio di Stato, sez. VI, 14 giugno 2004, n. 3865).

⁹⁰² R. CHIEPPA, *Tipologie provvedimentali e contraddittorio ...*, cit. 3, specifica: “La caduta del valore della legalità sostanziale viene, quindi, almeno in parte compensata dalla legalità procedurale. Si instaura una correlazione inversa tra legalità sostanziale e legalità procedurale: tanto meno è garantita la prima per l'effetto dell'attribuzione all'Autorità di poteri che a volte sono sostanzialmente in bianco, tanto maggiore è l'esigenza di potenziare le forme di coinvolgimento nel procedimento condotto dall'Autorità di tutti i soggetti interessati”. v. già M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento innanzi alle Autorità amministrative indipendenti*, intervento al Convegno “Le Autorità amministrative indipendenti”, tenuto in memoria di Vincenzo Caianiello in Roma, presso il Consiglio di Stato in data 9 maggio 2003, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁹⁰³ M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Diritto Amministrativo*, 2004, 59 ss.

funzione (sanzionatoria, autorizzatoria, normativa, di indagine, ecc.) svolta dalla singola autorità. Si è così parlato⁽⁹⁰⁴⁾ di “contraddittorio verticale” (in relazione alle garanzie poste a tutela del diritto di difesa dei soggetti - singoli o imprese - che vengono a trovarsi coinvolti dall'esercizio di poteri della singola autorità) e di “contraddittorio orizzontale”, con riguardo più specifico alle forme di “partecipazione collaborativa” svolta dai dei soggetti interessati, in rappresentanza dei vari interessi, in particolare con riguardo alle funzioni di *regulation* delle autorità amministrative indipendenti⁽⁹⁰⁵⁾.

L'art. 23 l. n. 262/2005 (“*Procedimenti per l'adozione di atti regolamentari e generali*”) ha previsto che gli atti “aventi natura regolamentare o di contenuto generale” (ad esclusione di quelli attinenti all'organizzazione interna) della Banca d'Italia, della Consob, dell'Isvap e della Covip “devono essere motivati con riferimento alle scelte di regolazione e di vigilanza del settore ovvero della materia su cui vertono”. Il secondo comma di tale disposizione aggiunge che tali atti devono essere “accompagnati da una relazione” volta ad illustrarne le “conseguenze” su: a) la regolamentazione in generale; b) sull'attività delle imprese e degli operatori; c) sugli interessi degli investitori e dei risparmiatori. Questa disposizione codifica un principio generale, destinato a guidare le autorità indipendenti nella determinazione del contenuto degli “atti di regolazione generale”. Si tratta del “principio di proporzionalità”, che viene definito come “criterio di esercizio del potere adeguato al raggiungimento del fine, con il minore sacrificio degli interessi dei destinatari”. Il legislatore impone dunque alle autorità indipendenti un vincolo, nell'esercizio delle rispettive potestà normative, rappresentato dal “minor sacrificio possibile” degli interessi dei destinatari. Ed è a questo scopo che è imposta la consultazione degli “organismi rappresentativi dei soggetti vigilati, dei prestatori di servizi finanziari e dei consumatori”. E' inoltre previsto che le autorità periodicamente (e comunque “almeno ogni tre anni”) sottopongano a “revisione periodica” il contenuto dei rispettivi atti di regolazione al fine di “adeguarli all'evoluzione delle condizioni del mercato e degli interessi degli investitori e dei risparmiatori”.

Alla potestà regolamentare delle singole autorità è rimesso il compito di disciplinare le modalità di applicazione dei principi elencati nel medesimo art. 23 l.n. 262/2005 (motivazione, relazione illustrativa, principio di proporzionalità, ecc.) con l'ulteriore onere di indicare “i casi di necessità e di urgenza o le ragioni di riservatezza” che possono giustificare la deroga ai predetti principi. Dall'esame dell'art. 23 l. n. 262/2005 emerge un ulteriore accrescimento dell'autonomia normativa delle autorità indipendenti le quali sono chiamate a regolamentare anche le modalità mediante le quali poter raggiungere l'obiettivo della “apertura” dei procedimenti normativi di loro competenza. Sembra così emergere dalla legislazione nazionale un orientamento (non a limitare, bensì) a rafforzare la potestà normativa delle autorità indipendenti, da un lato imponendo la tendenza (comunque già sottolineata dalla dottrina)⁽⁹⁰⁶⁾ verso la predisposizione di formule partecipative volte ad assicurare un ampio ed incisivo coinvolgimento nel relativo processo decisionale dei soggetti destinatari dell'attività di regolazione e, dall'altro lato, prevedendo

⁹⁰⁴ M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, Il Mulino, 2005, 162 ss.

⁹⁰⁵ M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, cit., 163 ss., evidenzia che “anche l'applicazione delle garanzie del contraddittorio si attegna in modo diversificato a seconda del tipo di funzione e della struttura delle relazioni giuridiche nelle quali si inserisce il potere esercitato dalle autorità”. Sull'importanza delle garanzie di partecipazione al procedimento di formazione degli atti regolatori delle autorità, v. Consiglio di Stato, sez. VI, 20 aprile 2006, n. 2201.

⁹⁰⁶ M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, cit. p. 149 ss.

strumenti (revisione periodica, drafting, analisi dell'impatto della regolamentazione, ecc.) finalizzati al miglioramento della qualità degli atti normativi delle autorità con riguardo all'adeguatezza degli stessi alle esigenze concrete da regolare. E se la partecipazione degli interessati assicura ai processi decisionali una “adeguata ponderazione”, l'analisi di impatto della regolazione (Air) impone alle autorità indipendenti una “valutazione *ex ante*” dei possibili effetti dell'atto normativo in corso di adozione, con riguardo ai concreti interessi regolati (ad esempio in termini di costi/benefici su cittadini, amministrazione pubblica ed imprese).

La dottrina non ha mancato di elencare i molteplici vantaggi arrecati da forme di consultazione preventiva: dalla possibilità, per le autorità di regolazione, di avere a disposizione anche visioni alternative in determinate questioni, a quella di potersi avvalere dell'*expertise* anche dei soggetti destinatari della regolazione, dall'ampliamento delle informazioni di cui l'autorità può disporre alla possibilità di una più precisa definizione dell'impatto potenziale della (proposta) regolazione⁽⁹⁰⁷⁾. Al tempo stesso è stato evidenziato (anche dalla prassi) che tali forme procedurali finiscono (o possono finire per) per rallentare (a volte eccessivamente) l'attività di regolazione (e questa è una critica che sorge periodicamente da varie parti anche della dottrina), ma l'esperienza dimostra parimenti che l'adozione di atti regolatori preventivamente ed ampiamente negoziati ha (proporzionalmente) maggiori probabilità di “successo” in termini di accettazione e condivisione delle scelte di merito adottate e quindi di effettiva applicazione dell'atto regolatorio.

Se, da un lato, si avverte la necessità di distinzione fra la c.d. attività di *adjudication* (adozione di provvedimenti inibitori o sanzionatori) da quella di *rule making* (regolazione), pena il rischio di una commistione tra gli interventi *ex ante* (in quanto regolativi) posti in essere dall'autorità, e destinati a fissare le regole per la disciplina del settore di riferimento, ed i provvedimenti concreti di *adjudication* adottati dall'autorità nei confronti di singole imprese, dall'altro lato bisogna ribadire l'importanza della tutela (ed anche di un continuo rafforzamento) delle garanzie partecipative per tutti i procedimenti che si svolgono dinanzi alle autorità indipendenti⁽⁹⁰⁸⁾. Infatti è grazie a tale modulo d'azione che le regole procedurali vengono a svolgere la funzione di correttivo alla perdita di legalità sostanziale e al *deficit* di legittimazione democratica delle autorità amministrative indipendenti⁽⁹⁰⁹⁾. E la centralità delle regole del contraddittorio contribuiscono ad un

⁹⁰⁷ Da ricordare che l'art. 12 l. n. 229/2003 ha posto a carico anche delle autorità amministrative indipendenti l'obbligo di dotarsi di metodi di analisi dell'impatto della regolazione (AIR).

⁹⁰⁸ F. CINTIOLI, *op. ult. cit.*, 3.

⁹⁰⁹ Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 27 dicembre 2006 sent. n. 7296, che conferma un orientamento giurisprudenziale che prende le mosse da Cons. Stato, Sez. VI, n. 5105/2002; Cons. Stato, Sez. Consultiva per gli atti normativi, n. 11603/2004, e Cons. Stato, Sez. VI, 11 aprile 2006, n. 2007, in *Foro amm.*, 2006, 3142 ss., (con nota di F. GAMBARDELLA, *Autorità indipendenti, semi-indipendenti e garanzie del contraddittorio*, *ivi*, pp. 3152 e ss.) e riconosce la possibilità di una “compensazione della caduta della legalità sostanziale” per effetto di un “rafforzamento della legalità procedurale sotto forma di garanzie del contraddittorio”, giungendo all'affermazione della necessità di garantire il contraddittorio anche con riguardo ai *presupposti* che costituiscono il fondamento di una determinata misura regolativa, e dunque anche le finalità che il regolatore intende perseguire attraverso l'emanazione dell'atto normativo misura in oggetto. In tale pronuncia il Consiglio di Stato ha dichiarato illegittima la misura normativa dell'Aeeg di introduzione del cd. “prezzo di non arbitraggio” in ragione della mancata realizzazione di un contraddittorio effettivo e d'integrale su una delle finalità che stavano alla base del provvedimento impugnato (e il giudice amministrativo ha ritenuto non ammissibile nemmeno una “esplicitazione *ex post*” - in sede giurisdizionale - del presupposto in oggetto); per un esame di tale pronuncia v. S. SCREPANTI, *La partecipazione ai procedimenti regolatori delle Autorità indipendenti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 4/2007, 377 e ss., e, sull'intera tematica v. R. CHIEPPA, *Tipologie procedurali e contraddittorio davanti alle Autorità indipendenti*, Relazione al Convegno “Imparzialità ed indipendenza delle Authorities nelle recenti dinamiche istituzionali ed amministrative” tenutosi a Roma presso il Consiglio di Stato il 14 dicembre 2005, in www.giustizia-amministrativa.it. Nel parere sul “Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture”, il Consiglio di Stato (Sez. Norm., parere n.

consolidamento del fenomeno delle autorità amministrative indipendenti quale effettivo strumento di democrazia economica e di tutela della libertà dei cittadini⁽⁹¹⁰⁾.

La partecipazione degli interessati ai processi normativi delle autorità indipendenti (processi che vengono così ad “aprirsi” agli interessi regolati) e la valutazione *ex ante* degli effetti delle misure (regolamentari) in elaborazione (valutazione che assicura una maggiore ponderazione delle nuove scelte decisorie) consentono di superare la tradizionale “asimmetria” tra decisore pubblico (in questo caso, autorità amministrativa indipendente) e destinatari della decisione (operatori di settore) e, per tale via, di “colmare il *deficit* di legalità sostanziale” per mezzo delle “garanzie procedurali rafforzate” le quali finiscono così anche per svolgere la funzione di elemento di legittimazione della “presenza nel nostro ordinamento di Autorità indipendenti dal potere politico e sganciate in qualche misura dal circuito democratico tradizionale”⁽⁹¹¹⁾.

Nei procedimenti che si svolgono dinanzi alle autorità indipendenti, e destinati all'adozione di atti normativi, il principio del giusto procedimento e più specificamente il principio del contraddittorio vengono a svolgere il ruolo di “elemento indefettibile”⁽⁹¹²⁾. Ed in particolare proprio il principio del contraddittorio deve essere garantito in tutte le fasi del procedimento di formazione dell'atto regolamentare e pertanto l'autorità indipendente deve rendere espliciti, prima dell'adozione della decisione definitiva, “i presupposti e le finalità che giustificano l'intervento pubblico di regolazione” e, dopo tale illustrazione, l'autorità deve sottoporre alla consultazione preventiva dei soggetti interessati (e cioè di quanti operano nel settore oggetto della regolazione) la versione dell'atto normativo che intende adottare, affinché i soggetti interessati possano “contribuire o essere messi nelle condizioni di partecipare alla formazione della regola, della quale risulteranno i destinatari”. Infine ricade sull'autorità di regolazione l'onere di corredare la decisione finale “con idonea motivazione che si soffermi esplicitamente anche con riguardo alle osservazioni presentate nel corso della consultazione preventiva”⁽⁹¹³⁾.

Nella tutela di questi distinti, ma connessi, passaggi (illustrazione dei presupposti e delle finalità

355/06 del 6 febbraio 2006) ha precisato che l'esercizio di poteri normativi da parte di autorità indipendenti, proprio in ragione delle “problematiche particolari” che si pongono quando tali poteri finiscono per incidere sulle posizioni dei privati, trova la propria giustificazione anche nella previsione di un procedimento partecipativo “inteso come strumento della partecipazione dei soggetti interessati sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative. Il rischio di una caduta del valore della legalità sostanziale deve essere compensato, almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio”. A questo fine, il Consiglio di Stato ha precisato che l'autorità debba prevedere “idonee garanzie partecipative in sede di approvazione dei propri regolamenti” nonché “dotarsi di sistemi di consultazione preventiva, volta a raccogliere il contributo informativo e valutativo dei soggetti vigilati”. Il parere è stato recepito nell'art. 8, comma 1, del Codice: “L'Autorità si dota, nei modi previsti dal proprio ordinamento, di forme e metodi di organizzazione e di analisi dell'impatto della normazione per l'emanazione di atti di competenza e, in particolare, di atti amministrativi generali, di programmazione o pianificazione. Al fine di migliorare la qualità dei propri atti, l'Autorità utilizza metodi di consultazione preventiva, consistenti nel dare preventivamente notizia del progetto di atto e nel consentire agli interessati di far pervenire le proprie osservazioni, da valutare motivatamente”.

⁹¹⁰ R. CHIEPPA, *op. ult. cit.*, 9.

⁹¹¹ Così M. CLARICH, *I procedimenti di regolazione in Il procedimento davanti alle autorità indipendenti (Quaderni del Consiglio di Stato)*, cit., 19. G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica*, cit., 80 ss., svolge un analitico esame delle tesi contrarie a ritenere che la tutela del principio del contraddittorio possa essere invocata quale strumento legittimante le autorità amministrative indipendenti e quindi idoneo a colmare il *deficit* di legalità sostanziale. Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 11 aprile 2006, n. 2007, *considerato in diritto n. 5*, cit., espressamente afferma che “l'esercizio di poteri regolatori da parte di Autorità, poste al di fuori della tradizionale tripartizione dei poteri ed al di fuori del circuito di responsabilità delineato dall'art. 95 della Costituzione”, può essere “giustificato anche in base all'esistenza di un procedimento partecipativo, inteso come strumento della partecipazione dei soggetti interessati sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative”.

⁹¹² F. GAMBARDELLA, *Autorità indipendenti*, cit., 3153; F. MERUSI, *Giustizia amministrativa*, cit., 197, ritiene includibile il contraddittorio nei procedimenti normativi delle autorità indipendenti.

⁹¹³ S. SCREPANTI, *op. cit.*, 379.

che giustificano l'intervento normativo dell'autorità indipendente; consultazione preventiva degli interessati sul progetto dell'atto finale; motivazione dell'atto finale che si esprime anche con riguardo alle osservazioni presentate nelle fasi precedenti) trova reale affermazione il principio del contraddittorio che può così esplicare la sua funzione di “correttivo del *deficit* di legittimazione democratica” delle autorità indipendenti⁽⁹¹⁴⁾ grazie alla “legalità procedurale” che riesce ad assicurare e che consente di “recuperare” quella perdita di “legalità sostanziale” sopra delineata.

L'obbligo di motivazione introdotto dalla l. 28 dicembre 2005, n. 262, viene ritenuto (sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza) principio applicabile anche con riguardo agli atti (sia normativi che amministrativi generali) di ogni autorità indipendente ed è stato recepito dai regolamenti di procedura (o di funzionamento) delle varie autorità. Nella motivazione dell'atto normativo l'amministrazione indipendente esplica, in contraddittorio con gli interessati, le ragioni delle proprie scelte e prima ancora le ragioni giustificative dello stesso intervento dell'autorità⁽⁹¹⁵⁾. Ed è sulla motivazione della delibera finale e sui documenti prodotti durante il procedimento di formazione dell'atto normativo che finisce spesso per svolgersi il controllo giurisdizionale sugli atti normativi delle autorità indipendenti. I regolamenti delle autorità indipendenti sono infatti sottoposti ad un penetrante sindacato giurisdizionale e, in ragione anche dell'elevata rilevanza economica degli interessi coinvolti, il relativo contenzioso ha dato vita ad una vasta giurisprudenza amministrativa (ma anche ordinaria) la quale, se da un lato ha tracciato le linee fondamentali di legittimità dell'attribuzione di poteri normativi alle amministrazioni indipendenti, dall'altro lato ha anche elaborato importanti orientamenti interpretativi con riguardo ai necessari requisiti di tali atti ed in particolare con riferimento alla centralità – e al significato anche sostanziale – delle garanzie procedurali. E così, il Consiglio di Stato, in sede consultiva⁽⁹¹⁶⁾, ha riconosciuto in capo alle autorità indipendenti la titolarità di funzioni normative, le quali «non possono più ritenersi di spettanza esclusivamente di “soggetti dotati di rappresentatività», giacché il «policentrismo normativo» che caratterizza il nostro ordinamento giuridico (e che si collega «alla sempre più vasta distribuzione di funzioni pubbliche fra una pluralità di soggetti, anche al di fuori dell'apparato governativo e ministeriale») giustifica il potere normativo delle amministrazioni indipendenti la quali «costituiscono certamente una tipologia speciale di soggettività pubblica», che deve sempre avere «in un profilo legislativo primario la fonte attributiva del potere e i criteri di fondo che devono presiedere all'esercizio di detto potere»⁽⁹¹⁷⁾.

⁹¹⁴ S. SCREPANTI, *op. cit.*, 381; R. CHIEPPA, *Tipologie procedimentali e contraddittorio davanti alle Autorità indipendenti*, cit., 3 ss.; nonché Consiglio di Stato. Sez. VI, sent. 11 aprile 2006, n. 2007, cit.; F. POLITI, *La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti: nuovi profili di studio*, in N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, cit., 205 ss.

⁹¹⁵ La motivazione consente di recuperare quel rispetto del principio di legalità che sembra non del tutto presente. Infatti, grazie alla motivazione dell'atto, maggiore è il controllo che può svolgere il successivo controllo giurisdizionale e le esigenze di garanzia sottese al principio di legalità si perseguono anche attraverso la presenza di un sindacato giurisdizionale “forte” del provvedimento. In tal senso operano anche i continui richiami alla motivazione (oltre che alla partecipazione al procedimento) che si leggono in Cons. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7972 (proprio per compensare la ridotta legalità sostanziale di una delibera dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas).

⁹¹⁶ Cons. Stato, sez. consult. atti normativi, 14 febbraio 2005, n. 11603/04 (v. in particolare §§ 6.1, 6.2., 6.3 e 6.5), nel parere reso sullo schema di decreto legislativo relativo al Codice delle assicurazioni.

⁹¹⁷ Il Consiglio di Stato riconosce una «copertura costituzionale» e/o una «copertura comunitaria» del potere normativo delle autorità indipendenti. Il fondamento costituzionale è stato rinvenuto, oltre che nel principio di legalità, «nel principio di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, secondo comma, nonché nei principi regolanti singoli settori o attività, quali gli artt. 41, 47, 21, 39 Cost. ecc.» che forniscono «caso per caso» un fondamento costituzionale «diversificato» a seconda del tipo di autorità (§ 6.3.). Il fondamento in principi e norme di livello «sovra-primario» dei poteri normativi delle autorità si rinviene poi

E nella giurisprudenza amministrativa si riconosce che l'esercizio di poteri normativi sia "insito nella natura e nel ruolo delle autorità" in quanto chiamate «a regolare e quindi anche a regolamentare, in conformità alle esigenze che via via si pongono nel settore di afferenza, anche e soprattutto sulla base del dato dell'esperienza, della prassi, l'azione di quanti vi operano»⁽⁹¹⁸⁾. Il potere normativo delle autorità amministrative indipendenti è dunque giustificato in quanto ricompreso all'interno della funzione di regolazione il cui esercizio impone il rispetto (controllato dal giudice amministrativo) delle regole del giusto procedimento⁽⁹¹⁹⁾.

Infatti netta è l'affermazione in giurisprudenza dell'esigenza del rispetto del giusto procedimento e della partecipazione al medesimo e della motivazione degli atti dell'autorità⁽⁹²⁰⁾. Fondamentale, in questa direzione, è stata proprio la giurisprudenza del Consiglio di Stato il quale ha affermato che è proprio la garanzia della trasparenza, che si ottiene attraverso procedimenti partecipati da tutti i soggetti interessati e attraverso l'adozione di atti adeguatamente motivati in merito alle scelte adottate, a giustificare l'esercizio di poteri regolatori da parte delle autorità amministrative indipendenti, altrimenti «poste al di fuori della tradizionale tripartizione dei poteri e al di fuori del criterio di responsabilità delineato dall'art. 95 Cost.» e per le quali lo «strumento di partecipazione dei soggetti interessati» è sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative» (Cons. Stato, VI, n. 2201/06 cit.) e «costituisce un meccanismo di democrazia sostitutivo rispetto a quello fondato sulla rappresentanza popolare», giacché le regole di «formazione amministrativa» dell'autorità indipendente «provocano una caduta della "legalità sostanziale", che viene compensata con un rafforzamento della "legalità procedurale" sotto forma di garanzie del contraddittorio»⁽⁹²¹⁾. Per il Consiglio di Stato dunque la funzione di regolazione impone il rispetto di un procedimento "aperto", il quale – a sua volta – viene a legittimare anche il potere normativo delle autorità indipendenti. Infatti «quanto meno è garantita

– afferma il Consiglio di Stato – «ampiamente nell'ordinamento comunitario, che ha fornito un impulso decisivo alla diffusione di questi organismi», cui è affidata «una competenza regolatoria» e una «competenza di vigilanza».

⁹¹⁸ V. anche Tar Lazio, I, n. 5523/2007; Cons. Stato, VI, 11 novembre 2008, n. 5622; Tar Lazio, sez. II, 21 dicembre 2005, n. 14357 e n. 12820/05; Tar Lazio, sez. II, 30 ottobre 2008, n. 9731, secondo cui l'autorità può, anche in assenza di una normativa nazionale di recepimento di una direttiva, esercitare potere regolamentare allo scopo di dare diretta ed immediata attuazione alla normativa comunitaria.

⁹¹⁹ Tar Lazio, I, 28 marzo 2008, n. 2687, con riferimento ai regolamenti della Consob, ha affermato che «fermo restando il principio di legalità, le norme secondarie emanate da tali organismi ... sono annullabili dal giudice amministrativo solo ove contrastino con i principi generali della materia o con gli obiettivi della vigilanza stessa, ovvero non rispettino il principio di proporzionalità, ovvero ove non siano emanate all'esito di procedure di consultazione aperte e trasparenti. Al di fuori di tali ipotesi generali, e salvo il contrasto con specifiche disposizioni di legge, il merito delle scelte effettuate fuoriesce dal controllo giurisdizionale». Nello stesso senso Tar Lazio, I, 27 luglio 2008 n. 7549; Cons. Stato, VI, 25 febbraio 2003, n. 1054, e 1 ottobre 2002 n. 5156; per il settore dell'energia, Tar Lombardia, IV, 1 dicembre 2005, n. 4831.

⁹²⁰ V. ad esempio, Cons. Stato, VI, 29 maggio 2006, n. 3272; 2 maggio 2006, n. 2444; 20 aprile 2006, n. 2201; 11 aprile 2006, n. 2007; 17 marzo 2006, n. 1409. In dottrina v. G. PUCCINI, *Osservazioni in tema di applicazione del principio del giusto procedimento agli atti normativi delle autorità indipendenti*, in P. CARETTI – M.C. GRISOLIA (a cura di), *Lo Stato costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2010, 420-421; v. anche A. VALASTRO, *Le autorità indipendenti in cerca di interlocutore*, Napoli, Esi, 2008, 72; e M. FOGLIA, *I poteri normativi delle autorità amministrative indipendenti*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 2, 008, 559 ss.

⁹²¹ Consiglio di Stato, sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7972, che, proprio per l'assenza del contraddittorio, ha ritenuto illegittima la deliberazione dell'Aeeg che aveva introdotto un «atto di regolazione ... rispetto alle finalità dell'intervento regolatorio, indicate nel documento di consultazione e nella delibera regolatoria», non rispettoso del «principio di proporzionalità (del c.d. minimo mezzo), implicando un aggravio per i contrapposti interessi dei soggetti grossisti, non presi in considerazione in modo esplicito dall'Autorità» ed in «contrasto anche con il principio dell'affidamento, trattandosi di misure dirette a incidere su contratti di fornitura già stipulati e su soggetti che non potevano in alcun modo rivalersi sui propri clienti o comunque programmare in modo diverso la propria attività». La partecipazione dei soggetti regolati viene così ad avere un "valore legittimante" dell'attività di regolazione svolta dall'autorità e «la legittimazione derivante dal procedimento partecipativo è possibile purché sia assicurato il rispetto di apposite regole di garanzia del giusto procedimento e il controllo successivo in sede giurisdizionale» (cfr. Cons. Stato, VI, n. 7972/06 cit. e negli stessi termini, Cons. Stato, VI, n. 3272/06 cit.).

la legalità sostanziale, per effetto dell'attribuzione alle Autorità indipendenti di poteri normativi e amministrativi non compiutamente definiti, tanto maggiore è l'esigenza di potenziare le forme di coinvolgimento di tutti i soggetti interessati nel procedimento finalizzato all'assunzione di decisioni che hanno un rilevante impatto sull'assetto del mercato»⁽⁹²²⁾.

⁹²² Cons. Stato, sez. VI, n. 2007/2006 (con riferimento all'attività dell'Aeeg). V. inoltre Cons. Stato, sez. VI, 17 dicembre 2007, n. 6469, che, ricostruendo proprio l'orientamento giurisprudenziale in materia, riconosce che «il giudice amministrativo possa sindacare senza alcun limite tutte le valutazioni tecniche ... anche quando riferite ai c.d. concetti giuridici indeterminati», e che «la tutela giurisdizionale, per essere effettiva, non può limitarsi ad un sindacato meramente estrinseco, ma deve consentire al giudice un controllo intrinseco, avvalendosi eventualmente anche di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'amministrazione Il sindacato del giudice amministrativo è quindi pieno e particolarmente penetrante e si estende sino al controllo dell'analisi (economica o di altro tipo) compiuta dall'Autorità, potendo sia rivalutare le scelte tecniche compiute da questa, sia applicare la corretta interpretazione dei concetti giuridici indeterminati alla fattispecie concreta in esame»; v. anche Cons. Stato, sez. VI, n. 926/2004. Da ultimo v. Cons. Stato, sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1596, che ha dichiarato illegittimo il regolamento Consob relativo al procedimento di irrogazione delle sanzioni per mancato rispetto del principio del contraddittorio. In tale pronuncia il Consiglio di Stato dichiara che «la giurisprudenza nazionale, ha, ormai da tempo, elaborato il principio del "giusto procedimento" (riconoscendone, entro certi limiti, anche la valenza costituzionale: cfr. Corte cost. 23 marzo 2007, n. 103), in forza del quale ogni procedimento amministrativo deve svolgersi nel rispetto di un nucleo irriducibile di garanzie procedurali che assicurino, fra l'altro, la partecipazione degli interessati e il conseguente contraddittorio endoprocedimentale, la conoscenza degli atti del procedimento, il diritto di difesa, l'obbligo di motivazione". Il Consiglio di Stato riconosce inoltre che "vi è nell'ordinamento nazionale una crescente tendenza ad assimilare il "giusto procedimento" al "giusto processo", anticipando, già in sede procedimentale, molte garanzie tradizionalmente tipiche del processo e dell'esercizio della giurisdizione". E con riguardo al regolamento Consob il Consiglio di Stato non ritiene che emergano profili di illegittimità rispetto ai precetti costituzionali: «Le norme della Costituzione che garantiscono il diritto di difesa e il giusto processo riguardano espressamente il giudizio cioè il procedimento in cui il giudice è chiamato ad esercitare funzioni giurisdizionali al fine di statuire su posizioni soggettive, e sono rivolte a garantire che, nel dibattito prodromico alla decisione, siano presenti tutti gli interessati, in situazione di parità e con effettiva possibilità di formulare le deduzioni difensive ritenute opportune. Il procedimento amministrativo, ancorché sia finalizzato ad un provvedimento incidente su diritti soggettivi non è assimilabile al giudizio, sicché l'assenza di una totale equiparazione del procedimento amministrativo e giusto processo non autorizza ad ipotizzare un contrasto con i principi costituzionali propri esclusivamente del giudizio (Civ., Sez. Un., 20 settembre 2009, n. 20935). La nozione di "giusto processo", enunciata dall'art. 111, è dunque direttamente riferibile soltanto ai giudizi destinati a svolgersi dinanzi ad organi giurisdizionali, come inequivocabilmente conferma già l'intestazione della sezione II ("Norme sulla giurisdizione"), del titolo IV della Costituzione (a propria volta intestato alla "Magistratura"). Sotto il profilo costituzionale, la disciplina del procedimento amministrativo anche sanzionatorio è vincolata solo al rispetto dei più generici principi di eguale trattamento, imparzialità e buon andamento dell'amministrazione, posti dagli artt. 3 e 97 Cost., nonché al generalissimo principio di legalità che è sempre sotteso all'operare della pubblica amministrazione». E «La considerazione secondo cui il provvedimento amministrativo sanzionatorio, in forza della sua immediata esecutività ..., potrebbe produrre effetti gravemente lesivi in danno al privato che ne sia destinatario ancor prima che quest'ultimo possa eventualmente invocare rimedi giurisdizionali, non basta, di per sé a giustificare sul piano costituzionale un obbligo di estendere le garanzie del giusto processo alla fase procedimentale sanzionatoria. Se così fosse, infatti, una tale estensione dovrebbe predicarsi non solo per i provvedimenti sanzionatori, ma per molti altri provvedimenti amministrativi, i quali, pur senza connotazione sanzionatoria, possono ugualmente essere fonte di gravissimi pregiudizi per il privato che ne è destinatario e dare parimenti luogo al pericolo di lesioni ingiustificate prima dell'intervento giurisdizionale. Tale pericolo non può essere però risolto invocando la giurisdizionalizzazione del procedimento amministrativo. Al contrario, la soluzione corretta e costituzionalmente compatibile è quella che passa attraverso un bilanciamento tra le esigenze di tutela del privato e il contrapposto interesse alla prontezza e alla efficacia dell'azione amministrativa. Da tale punto di vista, l'ampiezza, l'efficacia e l'immediatezza della tutela cautelare, anche ante causam e monocratica, è certamente in grado di assicurare, tanto nel processo amministrativo quanto in quello civile di opposizione alle sanzioni amministrative, un equilibrato temperamento degli opposti interessi, scongiurando così il pericolo che il destinatario del provvedimento sia privato della ineliminabile garanzia della tutela effettiva». Invece, con riguardo alla compatibilità del regolamento Consob con le previsioni di rango primario contenute negli artt. 187-*septies* e 195 del T.U.F. (nel testo risultante dopo le modifiche introdotte con la legge 18 aprile 2005, n. 62, che ha modificato il procedimento sanzionatorio, attribuendo alla Consob la competenza sia della fase istruttoria che di quella decisoria, prima riservata al Ministero dell'Economia e delle Finanze) il Consiglio di Stato giunge ad una decisione in senso negativo. Gli artt. 187-*septies* e 195 del T.U.F. Infatti stabiliscono che il procedimento sanzionatorio (di competenza della Consob) debba essere retto dai principi del contraddittorio, della conoscenza degli atti istruttori, della verbalizzazione nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e decisorie ("Sono, nella sostanza, gli stessi principi richiamati dall'art. 24 della legge 28 dicembre 2005, n. 262, che ne ha esteso l'applicazione anche ai procedimenti sanzionatori della Banca d'Italia, dell'Ivass e della Covip") ed in attuazione di tali disposizioni, la Consob ha adottato la delibera 21 giugno 2005 n. 15086 (poi sostituita dalla delibera 19 dicembre 2013, n. 18750). «In base a detto regolamento, prodromica a ogni procedimento sanzionatorio è una fase preliminare, nella quale la Consob raccoglie gli elementi di fatto e le informazioni sulle quali si basa l'eventuale successiva fase istruttoria. Nell'ambito dei propri poteri di vigilanza ispettiva l'Autorità di controllo dispone, infatti, di ampi poteri-doveri di indagine per l'accertamento di violazioni ... Ad esito dell'attività di vigilanza, il dialogo

tra gli uffici della Consob può condurre l'ufficio competente ad avviare il procedimento sanzionatorio vero e proprio». Per il Consiglio di Stato la disciplina del procedimento sanzionatorio contenuta nel regolamento Consob non assicurava il rispetto del principio del contraddittorio e della piena conoscenza degli atti. Per il supremo giudice amministrativo «la disposizione legislativa, nel richiamare il principio del contraddittorio non fissa esplicitamente un livello minimo di tutela, né tantomeno impone l'adozione di un modulo procedimentale che offra garanzie del tutto equiparabili a quelle proprie del giusto processo giurisdizionale. Il legislatore non fornisce direttamente una definizione della nozione di contraddittorio di cui impone il rispetto. Tale nozione deve essere, pertanto, ricavata in via interpretativa, tenendo conto del complessivo contesto in cui si inserisce la disposizione in esame. ... quella di "contraddittorio" costituisce, in sé considerata, una nozione polisemica, che comprende una pluralità di livelli, più o meno alti, di tutele. In ogni ambito, le garanzie del contraddittorio non costituiscono un insieme predefinito e costante di poteri, doveri e facoltà attribuiti alle parti all'interno del procedimento amministrativo. Esse sono invece suscettibili di variazioni e adattamenti, in funzione del tipo di procedimento e degli interessi in gioco. Persino nella sede giurisdizionale, il principio del contraddittorio subisce adattamenti e limitazioni in funzione del tipo di processo (cognizione, di esecuzione, cautelare). Diverse sono anche le funzioni del contraddittorio: funzione di garanzia del diritto di difesa, di partecipazione in funzione collaborativa, di rappresentanza degli interessi. Il più alto livello di contraddittorio è certamente quello di matrice processuale: il contraddittorio orizzontale e paritario (contraddittorio tra due parti in posizioni di parità rispetto ad un decidente terzo e imparziale), con il riconoscimento del diritto, in capo al soggetto interessato, di interloquire in ogni fase del procedimento. Il contraddittorio procedimentale (quello che si svolge nell'ambito dei procedimenti amministrativi) è, invece, normalmente di tipo verticale (contraddittorio tra l'interessato sottoposto e l'Amministrazione titolare del potere e collocata, quindi, su un piano non paritario) ed ha essenzialmente una funzione collaborativa e partecipativa, piuttosto che difensiva. Ha prevalentemente queste caratteristiche e questa funzione (più partecipativa che difensiva) il contraddittorio che trova la sua concreta disciplina nell'ambito della legge 7 agosto 1990, n. 241 ("*Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*"), che detta una disciplina generale destinata ad applicarsi, salvo discipline speciali, ad ogni procedimento amministrativo. Occorre allora chiarire se il contraddittorio richiamato in generale dall'art. 195 e, per la specifica materia del c.d. *market abuse* ... dall'art. 187-*septies* T.U.F, sia semplicemente il "tradizionale" contraddittorio endoprocedimentale (con finalità partecipativa e collaborativa) già conosciuto nell'ambito della disciplina generale del procedimento amministrativo o se, al contrario, si tratti di un concetto più stringente di contraddittorio, volto ad imporre, in un'ottica difensiva, l'introduzione di garanzie ulteriori». Per il Consiglio di Stato è necessario optare per la seconda strada secondo cui «il contraddittorio richiamato per i procedimenti sanzionatori della Consob sia un contraddittorio rafforzato rispetto a quello meramente collaborativo già assicurato dalla disciplina generale del procedimento amministrativo», giacché: 1) «l'obbligo di assicurare il rispetto del principio del contraddittorio nell'ambito dei procedimenti sanzionatori della Consob viene introdotto (dalla legge n. 62 del 2005) e poi ribadito (dalla legge n. 262 del 2005), in un contesto normativo ed in un momento storico in cui già esiste da tempo, nell'ambito della disciplina generale del procedimento amministrativo di cui alla legge n. 241 del 1990, il riconoscimento di un livello minimo di contraddittorio, prevalentemente inteso come momento di partecipazione, collaborazione e rappresentanza degli interessi. L'intervento normativo del 2005 non avrebbe, quindi, quasi alcuna reale utilità se si dovesse concludere nel senso che il legislatore abbia voluto limitarsi, attraverso l'enfatico richiamo ai principi del contraddittorio e della piena conoscenza degli atti, a ribadire obblighi di trasparenza e di partecipazione già da tempo sanciti dalla legge generale sul procedimento amministrativo. Al contrario, la portata innovativa e autonomamente precettiva delle richiamate disposizioni legislative viene conservata e valorizzata ritenendo che il risultato della disciplina in esame sia proprio quello di imporre uno *standard* di contraddittorio più elevato rispetto a quello già assicurato dalla legge generale del procedimento amministrativo, un livello di contraddittorio che, con riferimento a questa particolare tipologia di procedimenti, il legislatore ha voluto in parte assimilare quello di matrice processuale»; 2) «il principio del contraddittorio sia richiamato insieme a quelli di piena conoscenza degli atti e di separazione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie, che sono pure tipici principi di matrice processualistica e che, a loro volta, evocano il rispetto di un nucleo minimo di garanzie senz'altro più elevato di quello assicurato nell'ambito dei comuni procedimenti amministrativi. In questi ultimi, infatti, la conoscenza degli atti è solo eventuale (ed avviene principalmente ad iniziativa dell'interessato mediante il c.d. accesso endoprocedimentale) e non vi è certamente alcuna forma di separazione tra istruttoria e decisione ... Si ritiene, pertanto, che il procedimento sanzionatorio abbia una natura, almeno in parte, paragiurisdizionale, che richiederebbe un rafforzamento delle garanzie del contraddittorio, che dovrebbe, quindi, essere destinato ad una finalità difensiva e non solo ad esigenze partecipative e di rappresentanza degli interessi in gioco. Evidentemente, quindi, con la novella legislativa del 2005, il legislatore ha inteso soddisfare tali esigenze, imponendo, almeno con riferimento al procedimento sanzionatorio della Consob, il rispetto di un più elevato livello di contraddittorio rispetto a quello già assicurato per i comuni procedimenti amministrativi»; 3) il regolamento Consob si pone «al di sotto dello *standard* di contraddittorio fissato dal legislatore. Non vi è dubbio, infatti, che la fase del procedimento sanzionatorio che si svolge davanti alla Consob presenti numerose criticità (che neanche il successivo regolamento del 2013 riesce a superare), sul piano del rispetto del c.d. *fair trial*. Nella fase istruttoria non viene, infatti, garantito ... un vero e proprio diritto di difesa, con contraddittorio pieno ... Dopo l'iniziale ridotta partecipazione ... il procedimento sanzionatorio prosegue in totale assenza di contraddittorio. ... Questo *iter* procedimentale ... determina allora una violazione del contraddittorio voluto dal legislatore, dal momento che in un procedimento ispirato a tale principio il contraddittorio dovrebbe esplicarsi in ogni fase del procedimento, prima, durante e dopo il compimento dell'attività istruttoria preordinata alla decisione finale. La contraria opinione, in passato accolta dalla giurisprudenza, secondo cui il rispetto del principio del contraddittorio nel procedimento in esame sarebbe adeguatamente assicurato dalla previa contestazione degli addebiti all'interessato e dalla possibilità che costui ha di far valere le proprie difese nei successivi trenta giorni, risulta, dunque, frutto di una concezione eccessivamente riduttiva della nozione di contraddittorio. È certamente vero che esiste un legame logico e funzionale tra contestazione degli addebiti e l'attuazione del contraddittorio

5. Riflessioni conclusive. Il potere regolamentare delle autorità indipendenti nel sistema istituzionale

Se (come si è cercato di dimostrare nelle pagine precedenti) la potestà normativa delle autorità indipendenti costituisce espressione della funzione di regolazione alle medesime assegnata e se lo svolgimento di tale funzione (che si esplica mediante l'esercizio di una pluralità di poteri, anche normativi) corrisponde ad un'esigenza di grado costituzionale che, a sua volta, si ricollega alla posizione istituzionale (come costituzionalmente fissata) della pubblica amministrazione, si deve riconoscere che i regolamenti delle autorità indipendenti vengono a caratterizzarsi per varie peculiarità che pongono gli stessi in una posizione differenziata nel sistema delle fonti ed in particolare con riguardo alle altre fonti secondarie (e soprattutto rispetto ai regolamenti governativi).

Con riguardo al mancato rispetto del principio di legalità, i dubbi di costituzionalità relativi all'assegnazione alle autorità indipendenti di potere normativo sono dipesi anche dalla circostanza che spesso le singole leggi attributive conferiscono un ampio ed indeterminato potere normativo con l'indicazione solo di obiettivi da raggiungere (ad esempio, tutela del pluralismo, tutela del risparmio, tutela della concorrenza, ecc.). A quest'ultima considerazione viene inoltre aggiunto che le autorità indipendenti si presentano prive di una diretta legittimazione democratica.

Inoltre, anche in ragione delle competenze di elevata specializzazione proprie delle amministrazioni indipendenti, i regolamenti adottati dalle medesime non possono ritenersi di mera esecuzione ed integrazione delle disposizioni di legge⁽⁹²³⁾. I regolamenti delle autorità si presentano infatti come regolamenti "indipendenti" proprio perché il rapporto con la legge è caratterizzato dal conferimento ai medesimi di ampia discrezionalità⁽⁹²⁴⁾.

e che entrambe riguardano l'esercizio del diritto di difesa, ma queste garanzie non sono da sole sufficiente ad assicurare il principio del contraddittorio. Il principio del contraddittorio specificamente richiamato da legislatore con riferimento ai procedimenti sanzionatori della Consob implica, infatti, qualcosa di più: implica non solo che all'interessato deve essere assicurato il diritto di controdedurre rispetto all'addebito contestatogli, ma che la difesa debba poter interagire con l'accusa in tutte le fasi del procedimento, secondo modalità destinate a connotare in termini più dialettici il procedimento e a trasformarlo da procedimento inquisitorio a procedimento accusatorio, in cui l'interessato deve avere la possibilità di conoscere la proposta dell'Ufficio sanzioni e di replicare prima che la Commissione decida. La prevista possibilità di presentare deduzioni davanti all'Ufficio sanzioni, così come la possibilità che l'interessato chieda di essere sentito dall'Ufficio sanzioni non risulta sotto tale profilo sufficiente, risultando comunque dirimente, al fine di riscontrare la violazione del principio del contraddittorio, la circostanza che l'atto certamente più importante della fase istruttoria (ovvero la relazione conclusiva redatta dall'Ufficio sanzioni e inviata alla Commissione) non è oggetto di comunicazione (o di altre forme di conoscenza) e rispetto ad esso non vi è alcuna possibilità di controdeduzione».

⁹²³ P. CARETTI, *Introduzione*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti*, cit., 2004, XV, sottolinea che la legge finisce per lasciare alle singole autorità indipendenti ampi margini di discrezionalità così "da configurare delle vere e proprie deleghe in bianco". E così Caretti si interroga: "fino a che punto il principio di legalità, anche nella sua portata meramente formale, possa dirsi salvo di fronte a disposizioni che conferiscono poteri normativi (ma anche provvedimentali: n.d.r.) vincolati solo con la generica enunciazione di un obiettivo o di un valore; fino a che punto una tecnica di questo genere sia compatibile con le riserve di legge relative previste nella Costituzione?"

⁹²⁴ Secondo F. Politi, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, cit., 7 ss., legge e regolamento della singola autorità indipendente vengono spesso a trovarsi in rapporto di competenza. Secondo tale autore, una volta tracciate le rispettive sfere, la legge lascia alla fonte secondaria l'intera disciplina del settore. S.A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, Giappichelli, 1999, 143, definisce i regolamenti delle autorità indipendenti regolamenti "quasi indipendenti", non "davvero indipendenti perché gli interessi sono predefiniti dal legislatore", ma nemmeno "meramente attuativi-esecutivi", perché viene notato un "basso livello di predeterminazione nella legge dei contenuti dell'atto". Posizione simile, S. FOÀ, *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, Giappichelli, 2002, 133.

E, per tale via, almeno secondo parte della dottrina, verrebbe leso (come visto) il principio di legalità non ritenendosi ammissibile un potere regolamentare così esteso e totalmente privo di una – sia pur ampia – cornice limitativa fissata dalla legge (o comunque da fonte di grado primario)⁽⁹²⁵⁾. Siffatta potestà regolamentare si porrebbe così in contrasto con il principio di legalità e con le esigenze garantistiche ad esso sottese⁽⁹²⁶⁾.

Opinione contrapposta è quella sostenuta nel presente lavoro e che mira a dimostrare che la previsione, con legge, di una potestà regolamentare configurata sugli obiettivi da raggiungere (e dunque – per così dire - in termini “teleologici”) sia una conseguenza dello specifico ruolo assegnato alle autorità indipendenti, chiamate – per la loro stessa natura – allo svolgimento di un compito non di mera esecuzione ed attuazione di norme di grado primario, bensì di “regolazione” del settore loro affidato⁽⁹²⁷⁾. A queste considerazioni si è replicato che le specificità della funzione di regolazione non possono giustificare il venir meno della soddisfazione dell'esigenza di predisposizione di norme di grado primario (all'interno delle quali possa muoversi la potestà regolamentare delle autorità indipendenti) volte a tutelare i diritti costituzionalmente garantiti⁽⁹²⁸⁾.

Ancora diverso è l'orientamento di quanti preferiscono porre l'accento (nell'esame della questione relativa al rispetto del principio di legalità) sulla tipologia di potestà normativa affidata dalla legge (o dalla fonte di grado primario)⁽⁹²⁹⁾. In questa prospettiva peculiare funzione è assegnata alla motivazione dell'atto e alle esigenze di partecipazione al procedimento di

⁹²⁵ Viene così ritenuta incostituzionale la legge attributiva della potestà normativa alle amministrazioni indipendenti (S. STAMMATI, *Tre questioni in tema di “autorità amministrative indipendenti”*, in Associazione Italiana dei Costituzionalisti, *Autorità indipendenti e principi costituzionali*, Padova, Cedam, 1999, 86) in quanto dispone di potestà regolamentare oltrepassando i limiti costituzionalmente imposti; v. anche S. STAMMATI, *Intervento*, in *Le autorità di garanzia e di vigilanza*, in S. PANUNZIO (a cura di), *I costituzionalisti e le riforme*, Milano, Giuffrè, 1998, 343 ss.

⁹²⁶ In tal senso, M. MANETTI, *Autorità indipendenti*, cit., 4; ID., *Poteri neutrali e Costituzione*, cit., 101 ss., secondo la quale l'indeterminata assegnazione da parte della legge alle amministrazioni indipendenti di un potere normativo non semplicemente “attuativo” ma “integrativo” della legislazione primaria finisce per consegnare nelle mani di tali autorità un potestà normativa “libera nel fine” e quindi “politica”; ID., *Autorità indipendenti: tre significati per una costituzionalizzazione*, in *Politica del diritto*, 1997, 657 ss., evidenzia un contrasto dei regolamenti delle autorità indipendenti con le singole riserve di legge contenute in Costituzione. Al riguardo v. anche G. FALCON, *Il “primo”, il “secondo” ed il “terzo” Garante nei settori dell'editoria e della radiodiffusione*, in F. BASSI-F. MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, cit., 96, secondo cui “ove la Costituzione imponga riserve di legge, queste si impongono in relazione alle autorità amministrative indipendenti esattamente come si impongono in relazione al potere esecutivo in generale”.

⁹²⁷ Sul concetto di regolazione v. L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, Giappichelli, 2002, 19 ss., ma già N. MARZONA, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE – C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, Il Mulino, 1996, 87, aveva evidenziato come l'assegnazione della funzione di regolazione comporti il conferimento di un ampio potere normativo; v. anche G. VESPERINI, *La Consob e l'informazione del mercato mobiliare. Contributo allo studio delle funzioni regolative*, Padova, Cedam, 1993.

⁹²⁸ V. CERULLI IRELLI, *Premesse problematiche allo studio delle “amministrazioni indipendenti”*, in F. BASSI-F. MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, cit., 19, il quale, oltre a richiamare l'argomentazione secondo cui i regolamenti delle autorità indipendenti provengono da soggetti esterni al circuito politico-rappresentativo, aggiunge che le amministrazioni indipendenti debbono collocarsi “in un'area di soggezione esclusiva alla legge”.

⁹²⁹ In tal senso già G. GUARINO, *Sul carattere discrezionale dei regolamenti*, in *Foro italiano*, 1953, I, 541 ss.; M. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milano, Giuffrè, 1990, 169 ss.; Corte Cost. 7 agosto 1988 n. 409, in *Giur. Cost.* 1988, I, 1833; Corte Cost., 24 marzo 1993, n. 103, ivi, 1993, 841; S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, Giuffrè, 1993, 267 ss.; con riguardo più specifico ai regolamenti delle autorità amministrative indipendenti (con attenzione ai profili della esigenza di una adeguata motivazione) v. F. DONATI - V. BONCINELLI, *I regolamenti dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2003-2004*, cit., 156 ss.

formazione dell'atto medesimo da parte di tutti i soggetti coinvolti (o destinatari dell'atto)(930).

Gran parte della dottrina (ed anche della giurisprudenza)(931) pone oggi in particolare risalto la circostanza secondo cui i regolamenti delle autorità indipendenti si formano in base a procedure aperte alla partecipazione dei soggetti interessati(932) e con obbligo di motivazione (con rilevanti conseguenze sia sulla ponderazione dei molteplici interessi di tutti i destinatari che con riguardo alla correttezza dell'esercizio del relativo potere)(933).

Ed il peculiare fondamento che legittima la potestà normativa delle autorità indipendenti (che, come detto, trova fondamento nella funzione di regolazione legislativamente assegnata alle autorità e nella collocazione costituzionale delle medesime) spinge a ritenere superate (o comunque non utili) le tradizionali categorie tipologiche utilizzate per classificare i regolamenti (distinte in esecutivi, attuativi, integrativi, ecc.) ed elaborate proprio con riguardo ai regolamenti governativi(934).

⁹³⁰ G. PUCCINI, *La potestà regolamentare della Consob in materia di intermediazione finanziaria etc.*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2003-2004*, cit. 14 ss.; F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale*, II ed. Torino, Giappichelli, 2007, 111 ss. e *ivi* numerose ulteriori indicazioni; P. LAZZARA, *L'azione amministrativa ed il procedimento in cinquant'anni di giurisprudenza costituzionale*, in G. DELLA CANANEA - M. DUGATO (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte Costituzionale*, Napoli, Esi, 2006, 430 ss.; Consiglio di Stato, Sez. V, 27 dicembre 2006, n. 7972, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 4, 2007, 378 ss. con nota di S. SCREPANTI, *La partecipazione ai procedimenti regolati dalle Autorità indipendenti*, (ed *ivi* richiami di dottrina e di giurisprudenza sulla c.d. "legalità procedimentale"), il quale afferma che «nei settori regolati dalle Autorità, in assenza di un sistema completo e preciso di regole di comportamento con obblighi e divieti fissati dal legislatore, la caduta del valore della legalità sostanziale deve essere compensata, almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio». Inoltre (Cassazione, Sez. I, 7 aprile 1999, n. 3351, in *Giustizia civile Massimario*, 1999, 770) è stato parimenti rilevato che il principio di legalità è inverato quando si tratta di norme "confacenti al particolare ambito tecnico - specialistico cui si riferiscono" e pertanto è da ritenersi "una certa «elasticità nella puntuale configurazione e nella determinazione delle condotte sanzionabili», purché «esse siano riferibili a principi enunciati da disposizioni legislative o enucleabili dai valori che ispirano nel loro complesso le regole di comportamento che caratterizzano la scala di doveri propri della funzione esercitata» (Corte costituzionale, 24 luglio 1995, sentenza n. 356, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1995, I, 2631) e «quando il contenuto dei valori tutelati dalla norma ... è tale da rendere impossibile prevedere tutti i comportamenti che possono lederli» (Corte costituzionale, 8 giugno 1981, sentenza n. 100, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1981, I, 843). E così, con riguardo al potere regolamentare della Banca d'Italia, in materia di istruzioni di vigilanza, è stato evidenziato che, in tal caso il rispetto del principio di legalità è assicurato dal fatto che tali istruzioni si svolgono all'interno di "criteri oggettivi, ricavabili dalla regolamentazione tecnica del settore bancario" (Cassazione, Sez. I, 23 marzo, 2004, n. 5743, in *Foro amministrativo - Consiglio di Stato*, 2004, 679).

⁹³¹ Nella giurisprudenza costituzionale consolidato è l'orientamento volto a ritenere che nelle materie coperte da riserva di legge la eventuale indeterminazione del parametro contenutistico può essere compensata dalla contestuale presenza di una serie di garanzie di ordine procedimentale (quale ad esempio la partecipazione al procedimento di formazione dell'atto sublegislativo delle rappresentanze degli interessati, ovvero di organi od uffici di natura tecnica o, ancora, di una pluralità di organi in collaborazione fra loro, giacché la presenza di un "modulo procedimentale contribuisce ad escludere eventuali arbitri dell'amministrazione", G. PUCCINI, *La tutela dei diritti di libertà fra riserva di legge e garanzie procedurali*, in AA.VV., *Nuove dimensioni dei diritti di libertà (Scritti in onore di Paolo Barile)*, Padova, Cedam, 1990, p. 153 ss.). Parimenti nella giurisprudenza amministrativa è stato affermato che "non è pensabile che l'attività di regulation venga svolta senza la necessaria partecipazione al procedimento dei soggetti interessati: nei settori regolati dalle autorità, in assenza di un sistema completo e preciso di regole di comportamento con obblighi e divieti fissati dal legislatore, la caduta del valore della legalità sostanziale deve essere compensata, almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale, sottoforma di garanzie del contraddittorio (la dottrina ha sottolineato che si instaura una correlazione inversa tra legalità sostanziale e legalità procedurale: quanto meno è garantita la prima, per effetto dell'attribuzione alle autorità indipendenti di poteri normativi e amministrativi non compiutamente definiti, tanto maggiore è l'esigenza di potenziare le forme di coinvolgimento di tutti i soggetti interessanti nel procedimento finalizzato all'assunzione di decisioni che hanno un impatto così rilevante sull'assetto del mercato e sugli operatori)" (Consiglio di Stato, Sez. VI, 11 aprile 2006, n. 2007, in *Giurisprudenza italiana*, 2006, III, 1516).

⁹³² Sul punto v. F. CINTIOLI, *Potere regolamentare*, cit., 80 ss. Bisogna aggiungere che anche prima dell'entrata in vigore dell'art. 23, co. 2, l. 28.12.2005 n. 262 (che, a proposito dei regolamenti di Banca d'Italia, Consob, Isvap, Covip, prevede procedure partecipate per l'adozione di atti normativi da parte delle singole autorità) presso le singole autorità era già diffusa una prassi di consultazione.

⁹³³V. *supra*.

⁹³⁴ Muovendo dal riconoscimento di questo differente fondamento, può forse individuarsi una diversa strada interpretativa anche con riguardo al problema relativo al rapporto intercorrente tra la legge e gli atti normativi delle autorità indipendenti e cioè se questi ultimi siano appunto espressione di un potere normativo che opera in ambiti lasciati liberi dalla legge (che però può sempre «rioccupare» tale ambito anche con interventi episodici e puntuali) o se invece l'attribuzione operata dalla legge

Ampia infatti è l'eterogeneità di contenuto dei regolamenti delle autorità indipendenti qualora esaminati dal punto di vista delle «tradizionali» tipologie di regolamenti. Infatti in ciascun atto normativo di singole autorità indipendenti è agevole riscontrare norme regolamentari attuative, esecutive, di integrazione (di norme di grado primario), ma anche norme «indipendenti» e «di delegificazione»⁽⁹³⁵⁾. In tale eterogeneo quadro l'unica distinzione netta è quella che pone da un lato i regolamenti di organizzazione⁽⁹³⁶⁾ e dall'altro lato tutti i restanti regolamenti delle autorità indipendenti⁽⁹³⁷⁾.

Il potere regolamentare delle autorità amministrative indipendenti si presenta infatti come un potere normativo qualitativamente differente da quello regolamentare del governo⁽⁹³⁸⁾. Le norme poste dalle autorità indipendenti si caratterizzano per una peculiare specializzazione della normativa «frutto di una mediazione non politica ma di una mediazione di interessi organizzati e che necessita di una sicura competenza tecnica nella fase elaborativa ed interpretativa»⁽⁹³⁹⁾. E, con riguardo alla esigenza di garanzia tutelata dal principio di legalità è opportuno (se non necessario) interrogarsi sul regime giuridico dei regolamenti delle autorità amministrative indipendenti (dal procedimento di formazione ai controlli giurisdizionali dei medesimi) ed anche sulle modalità necessarie (e utili) per evitare il problema di un'ipertrofia normativa (in tal senso opera l'art. 23, co. 4, l. n. 262/2005 che impone una revisione triennale dei regolamenti delle autorità indipendenti).

Il Consiglio di Stato (sezione atti normativi), 25 febbraio 2005 n. 11603/04⁽⁹⁴⁰⁾, ha affermato

istitutiva (unita al fondamento costituzionale degli interessi tutelati) non determini una «attribuzione permanente e stabile di competenza» alla quale il legislatore stesso deve adeguarsi almeno finché non adotti una legge che ridisciplini organicamente la materia medesima. In tal senso S. NICCOLAI, *Autorità amministrative indipendenti come potere di garanzia*, in *Rassegna parlamentare*, 1998, 358 ss.

⁹³⁵ Questa constatazione consiglia di evitare di (tentare di) ricostruire le diverse espressioni di potestà regolamentare delle varie autorità amministrative indipendenti secondo la configurazione proposta dall'art. 17 della legge n. 400 del 1988 (e dunque dividendoli fra regolamenti di esecuzione, di attuazione, di integrazione, indipendenti, di organizzazione e di delegificazione), in quanto nei singoli atti normativi (adottati dalle varie autorità amministrative indipendenti) è frequente riscontrare la presenza di disposizioni di attuazione unitamente ad altre integrative, altre ancora indipendenti, altre di delegificazione, ecc. In tal senso F. POLITI, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, cit., 4.

⁹³⁶ Le autorità indipendenti presenti nel nostro ordinamento godono di autonomia organizzatoria (e spesso anche relativa alla gestione delle spese), senza alcun vincolo – o con pochi vincoli - da parte della legge. E questa scelta (del legislatore statale) è consequenziale alla volontà di istituire un soggetto operante in autonomia e indipendenza, scelta che impone dunque di riconoscere all'istituenda autorità una proporzionale autonomia nella disciplina del proprio assetto organizzativo. In dottrina v. F. POLITI, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, cit., 12 ss.; v. già N. LONGOBARDI, in *Studi in memoria di M. Nigro*, cit.; C. FRANCHINI, *Le autorità amministrative indipendenti*, cit., 324.

⁹³⁷ Riguardo ai «restanti» atti normativi delle autorità amministrative indipendenti pare opportuno aggiungere che è forse anche inidoneo (tentare di) applicare la «classica» tipologia proposta dalla legge n. 400/1998 per i regolamenti governativi, giacché non rispondente alle peculiarità del fenomeno «autorità amministrative indipendenti» e dunque degli atti normativi dalle stesse adottati. Infatti, se la scelta operata dal legislatore è quella di istituire un soggetto chiamato a regolare un determinato settore, è inevitabile la constatazione secondo cui gli atti che la relativa autorità verrà ad adottare sono (e saranno) eterogenei nel senso che conterranno disposizioni strettamente esecutive di norme legislative, ma anche disposizioni attuative, integrative, indipendenti (giacché per interi ambiti il legislatore non avrà previsto alcunché) e (quando previsto) anche di delegificazione (così F. POLITI, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, cit., 6).

⁹³⁸ Questa conclusione si ricollega alla «posizione» ricoperta dalle autorità nel sistema istituzionale «ed alla conseguente esigenza di garantirne l'indipendenza e l'autonomia nell'esercizio delle funzioni», così F. POLITI, *op. ult. cit.*, 13. Questa tesi è stata sostenuta in relazione alla Corte costituzionale da S.P. PANUNZIO, *Regolamenti della Corte costituzionale*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana fondata da G. Treccani, 1988, 2; ID., *I regolamenti della Corte costituzionale*, Padova, Cedam 1970, 235 ss.

⁹³⁹ F. BILANCIA, *La crisi dell'ordinamento giuridico rappresentativo*, cit., 76 ss.

⁹⁴⁰ Consiglio di Stato, Sezione atti normativi, 25 febbraio 2005 n. 11603/04: «La ratio sottesa alle norme in questione fa emergere la necessità di una visione unitaria dei processi di regolazione in un sistema a più livelli, nell'attuale contesto istituzionale di «policentrismo normativo», ulteriormente accentuatosi dopo la riforma del Titolo V della Costituzione, anche in considerazione dell'avvertita esigenza di un sostegno tecnico-giuridico in posizione di indipendenza e in grado di favorire la

che il potere normativo delle autorità amministrative indipendenti si inquadra all'interno del c.d. "poli-centrismo normativo"⁽⁹⁴¹⁾, che caratterizza il contemporaneo sistema delle fonti del diritto. La funzione di regolazione assegnata alle autorità indipendenti risponde ad esigenze di garanzia (degli investitori, dei consumatori, dei cittadini, ecc.) costituzionalmente tutelate⁽⁹⁴²⁾. Ed è proprio a tutela di tale funzione di garanzia che è necessario assicurare l'indipendenza, la neutralità, la funzionalità e l'autorevolezza delle autorità indipendenti⁽⁹⁴³⁾.

Il richiamo alle esigenze di garanzia si rivela centrale proprio con riguardo alla funzione di regolazione, esattamente definita come "*attività ... rilevante per il diritto, il cui compito e scopo sono individuabili ... nella garanzia del corretto funzionamento di un determinato settore attraverso la predisposizione delle regole del giuoco, o attraverso il controllo delle attività svolte dai soggetti in esso operanti, al fine di garantire che esse siano svolte nel rispetto delle regole predisposte dalla stessa autorità*"⁽⁹⁴⁴⁾.

La funzione di regolazione si presenta quale "funzione complessa" (giacché comporta l'attribuzione alla singola autorità amministrativa indipendente di molteplici poteri: normativi, amministrativi, di risoluzione di conflitti, esecutivi, ecc.)⁽⁹⁴⁵⁾ e che solo considerata nella sua "interezza" consente di essere apprezzata come "funzione"⁽⁹⁴⁶⁾. Il profilo teleologico consente dunque di giustificare sia il modello organizzativo ricompreso sotto la denominazione di "autorità amministrativa indipendente", sia i poteri a questa assegnati in quanto destinati alla funzione di "garanzia della libertà", libertà che viene ad essere assicurata non mediante un intervento diretto del soggetto pubblico, ma prevedendo un iter più complesso che prende le mosse dal principio costituzionale che pone la separazione fra politica e amministrazione e che passa attraverso la norma di legge istitutiva dell'amministrazione indipendente chiamata concretamente a "regolare" il settore affidatole in base ai relativi principi costituzionali e legislativi. In questo quadro anche il potere normativo delle autorità indipendenti viene ad acquistare un significato ulteriore, in quanto profondamente caratterizzato dal compito di "garanzia della libertà" svolto dalla funzione di

necessaria coerenza del sistema. Appare utile, in questa sede, rilevare la medesima esigenza anche per l'attività normativa delle autorità indipendenti".

⁹⁴¹ F. CINTIOLI, *I regolamenti delle Autorità indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisdizione*, relazione presentata in stesura provvisoria al convegno su "*Le Autorità amministrative indipendenti*", tenuto in memoria di Vincenzo Caianiello in Roma, presso il Consiglio di Stato in data 9 maggio 2003, in www.giustizia-amministrativa.it

⁹⁴² Anche la Corte costituzionale fin dalla sentenza n. 482 del 1995 ha specificato che le attribuzioni delle autorità amministrative indipendenti "non sostituiscono né surrogano alcuna competenza di amministrazione attiva o di controllo, ma svolgono una funzione di garanzia".

⁹⁴³ Ed in tale direzione operano le previsioni che disciplinano i requisiti per l'accesso alle relative cariche, il relativo procedimento di nomina dei componenti, il regime delle incompatibilità, durata della carica, rinnovabilità, ecc. Per P. DE LISE, *op. ult. cit.*, 3, "proprio il sistema di nomina dei componenti dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas potrebbe costituire un modello da seguire, nella logica dell'accentuazione dei controlli in sede parlamentare e di ricerca di soluzioni condivise anche con le opposizioni, in quanto prevede la designazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dello sviluppo economico, alla quale segue il parere vincolante delle competenti Commissioni dei due rami del Parlamento con maggioranza di almeno due terzi dei componenti".

⁹⁴⁴ Così L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002, 265, che evidenzia le difficoltà di individuazione di una definizione della regolazione come funzione amministrativa in ragione dell'insufficienza sia del criterio soggettivo che di quello relativo alla natura dell'interesse tutelato ed invita invece a porre l'attenzione sul profilo teleologico (v. infra).

⁹⁴⁵ Quella di "regolazione" viene così a costituire la funzione che unifica poteri ed atti formalmente eterogenei. F. CINTIOLI, *op. ult. cit.*, 3. v. già N. MARZONA, *Il potere normativo delle amministrazioni indipendenti*, cit.; e poi L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, cit., 265, che ricomprende tutti i poteri delle amministrazioni indipendenti all'interno della funzione di regolazione.

⁹⁴⁶ L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, op. cit., 270, individua il profilo teleologico quale "elemento che consente di interpretare e di comprendere, in chiave sistemica, le ragioni che hanno portato alla introduzione di un modello organizzativo peculiare come quello delle autorità amministrative indipendenti e, conseguentemente, anche gli aspetti riguardanti il profilo dell'attività".

regolazione (funzione di cui tale potestà normativa è espressione)⁽⁹⁴⁷⁾.

Ricostruendo la funzione di regolazione come funzione amministrativa ed assegnando alla potestà normativa delle autorità indipendenti il significato di espressione della funzione di regolazione, viene inoltre confermata la tesi volta a ricomprendere il potere normativo delle amministrazioni indipendenti all'interno della funzione normativa della pubblica amministrazione⁽⁹⁴⁸⁾. L'attività normativa posta in essere dalle autorità indipendenti è finalizzata al funzionamento (in base a principi – costituzionali e legislativi - “pre-definiti”) di un determinato settore: ciò non fa venire meno la normatività (cioè il contenuto normativo) delle regole poste dalle autorità indipendenti, ma consente di individuare la peculiarità (e dunque il fondamento ma anche i limiti) di tale attività normativa⁽⁹⁴⁹⁾.

L'opinione contraria al riconoscimento alle autorità amministrative indipendenti di un potere normativo critica profondamente anche la ricostruzione (elaborata dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato e poi ripresa dalla dottrina) volta ad individuare una legittimazione delle amministrazioni indipendenti (e del loro operato) nella c.d. “legalità procedurale”, cioè nella previsione di procedure decisionali “aperte”, fondate sul principio di partecipazione e sul rispetto del principio del contraddittorio, e con l'adozione di atti ampiamente motivati⁽⁹⁵⁰⁾. Da questa critica radicale emergono spunti importanti con riguardo ai caratteri di cui il procedimento “aperto” deve dotarsi: configurazione della partecipazione al procedimento quale posizione giuridica riconosciuta e tutelata dall'ordinamento giuridico; dovere dell'autorità di prendere in considerazione ogni argomento introdotto dai partecipanti al procedimento; possibilità di audizioni orali; possibilità per ciascun partecipante al procedimento di conoscere le posizioni altrui; accesso agli atti e partecipazione al procedimento fin dall'incipit del medesimo (e dunque anche nella fase istruttoria). E l'acquisizione di un modello partecipativo in cui gli interessati possono, in tutte le fasi del procedimento, partecipare attivamente, finisce per distanziare il modello medesimo (c.d. *negotiated rule-making*) da quello del *notice and comment*, giacché l'autorità finisce per individuare una soluzione “concordata” con i “regolati” (c.d. logica del *getting yes*, con ricerca di un consenso unanime sulla decisione finale).

Le molteplici tipologie procedimentali adottate dalle autorità indipendenti presenti nel nostro Paese evidenziano la necessità di un innalzamento del livello di tutela (proprio al fine di realizzare la funzione di garanzia propria delle autorità indipendenti). Infatti non tutte le autorità hanno pienamente disciplinato il diritto alla partecipazione al procedimento normativo, ma soprattutto va garantito anche “l'ascolto” del partecipante; inoltre non sempre è garantito un pieno diritto di

⁹⁴⁷ L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, op. cit., 274-275, precisa: “Il nucleo caratterizzante la regolazione, infatti, è individuabile proprio nella consistenza della norma che viene posta la quale, a differenza delle ipotesi di regolamentazione, non tende ad imporre al sistema regolato un principio ad esso estraneo ... La regolazione consta di norme che tendono esclusivamente a garantire il corretto funzionamento (in termini concorrenziali) del medesimo”.

⁹⁴⁸ Al riguardo v. A.M. SANDULLI, *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, cit., 9 ss.

⁹⁴⁹ Già prima dell'apparizione nel nostro ordinamento giuridico del fenomeno delle autorità amministrative indipendenti era stata autorevolmente evidenziata la crescita, nello Stato contemporaneo, del ruolo e dei poteri (anche normativi) della pubblica amministrazione la quale, a sua volta, aveva perso la propria monoliticità dovendosi piuttosto parlare di “pubbliche amministrazioni”. Questo pluralismo istituzionale, che produce, a sua volta, un pluralismo normativo, conduce sia al superamento dell'obiezione (spesso rivolta alle autorità indipendenti) di violazione del principio della separazione dei poteri, sia all'individuazione di un forte radicamento costituzionale delle autorità indipendenti. Vedi A.M. SANDULLI, *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, cit., 12 ss.

⁹⁵⁰ Sulla democrazia partecipativa v. U. ALLEGRETTI (a cura di), *Democrazia partecipativa*, Firenze, Firenze University Press, 2010; ID., *Il cammino accidentato di un principio costituzionale: quaranta anni di pratiche partecipative in Italia*, 2011 in <http://www.rivista/aic.it>.

accesso agli atti del procedimento. Particolare importanza assumono dunque gli strumenti volti a garantire la trasparenza e l'accesso agli atti, il principio del contraddittorio nella fase istruttoria, l'esigenza di completezza della fase probatoria, la separazione tra la funzione istruttoria e quella decidente, ecc. E' dunque la previsione di un procedimento “partecipativo” ed “inclusivo” (quale strumento di intervento dei soggetti interessati) ad operare quale momento di garanzia delle posizioni giuridiche soggettive interessate dall'esercizio di poteri regolatori da parte delle Autorità amministrative indipendenti (limitati dunque dalle garanzie del giusto procedimento e dal principio del necessario controllo in sede giurisdizionale)⁽⁹⁵¹⁾. E spetta al giudice amministrativo il compito di rendere effettive le forme di una partecipazione effettiva ai procedimenti di formazione degli atti normativi delle autorità indipendenti⁽⁹⁵²⁾.

⁹⁵¹ F. CINTIOLI, *op. ult. cit.*, 12, si dichiara favorevole agli orientamenti giurisprudenziali volti ad esaminare le norme poste dalle autorità indipendenti nella loro intrinseca ragionevolezza, piuttosto che “limitarsi” ad esaminarle “attraverso la lente d'ingrandimento - davvero troppo riduttiva - della conformità alla fonte superiore secondo il principio di legalità”.

⁹⁵² Un ulteriore profilo problematico è rappresentato da un eccesso di normazione che le singole autorità amministrative indipendenti non devono sottovalutare ed esattamente F. CINTIOLI, *op. cit.*, 12, richiede “il giusto grado di regole: né troppe né troppo poche”.

GLI ORGANI COSTITUZIONALI DI CONTROLLO NELLA STORIA COSTITUZIONALE REPUBBLICANA

Gli organi costituzionali di controllo nella storia costituzionale repubblicana*

di Enzo Cheli**

Penso che sia stata una scelta molto felice ed appropriata questa che ha indotto la Corte costituzionale, insieme con l'Università di Roma e con la Fondazione "Mario Galizia", a ricordare, a venti anni dalla sua scomparsa, la figura di Giustino D'Orazio. Una figura molto significativa di giurista, che è giusto richiamare alla memoria specialmente delle generazioni più giovani di studiosi del diritto.

Ho avuto la fortuna di frequentare Giustino D'Orazio tanti anni fa proprio nelle stanze di questo Palazzo della Consulta, quando D'Orazio si trovava impegnato nella stesura della sua monografia dedicata alla nascita della Corte costituzionale. Monografia pubblicata nelle edizioni di comunità nel 1981, che ebbi modo di leggere in manoscritto per scriverne la presentazione. In quella occasione la conoscenza diretta mi offrì la possibilità di cogliere lo spessore della persona, il suo metodo di ricercatore rigoroso, la sua sensibilità verso la dimensione storica degli istituti costituzionali, la gentilezza del suo tratto umano.

Con la monografia che ora ho ricordato D'Orazio apriva un nuovo percorso di ricerca, che avrebbe avuto in seguito sviluppi notevoli dedicato alla storia del nostro impianto di giustizia costituzionale come uno dei capitoli centrali della nostra storia repubblicana. Questo impianto era stato tracciato, infatti, dalla Costituente come prodotto di una cultura politica che era riuscita efficacemente a mediare e a fondere l'esperienza della cultura giuridica continentale con l'esperienza della cultura anglosassone e nordamericana.

Non è dunque un caso che, nel ricordo di Giustino D'Orazio, si venga oggi a parlare del Presidente della Repubblica e della Corte costituzionale come supremi organi di garanzia, che il nostro modello repubblicano ha affiancato in funzioni di controllo costituzionale - contrapposte all'indirizzo politico di maggioranza affidato al Parlamento ed al Governo - al fine di difendere la rigidità costituzionale e di preservare nel tempo i principi ed i valori ad essa connessi.

E se nella valutazione del ruolo e dei comportamenti che questi due fondamentali organi di garanzia hanno sviluppato nell'arco della nostra storia repubblicana vogliamo utilizzare il

* Contributo pubblicato previa accettazione del comitato scientifico del Convegno. Relazione al Convegno in memoria di Giustino D'Orazio *Gli organi costituzionali di controllo nella storia costituzionale repubblicana* Roma, Palazzo della Consulta, 20 febbraio 2017.

** Professore emerito di diritto costituzionale, di diritto pubblico nelle Università degli Studi di Cagliari, Siena e Firenze, già Vice-presidente della Corte Costituzionale.

metodo di ricerca che D’Orazio ci ha suggerito nei suoi lavori penso che sia facile giungere alla conclusione che il tasso di costituzionalismo (e, se vogliamo, di democrazia operante) realizzato dal nostro paese in questi settanta anni possa essere misurato in primo luogo proprio sull’asse del controllo costituzionale, cioè del ruolo in concreto svolto da questi due organi. E questo perché, negli anni della nostra storia repubblicana, gli organi di indirizzo, più direttamente condizionati dallo stato di salute del sistema politico, hanno operato in condizioni di crescente difficoltà e di permanente instabilità, mentre, di contro, gli organi di garanzia hanno occupato spazi sempre più ampi e hanno visto crescere nel tempo il loro peso e la loro autorevolezza.

Questo è accaduto, innanzitutto, per la figura del Capo dello Stato, rispetto a cui il pendolo della storia ha oscillato in più direzioni, ma ha anche condotto l’organo a forzare i confini di un possibile ruolo notarile per assumere funzioni attive di indirizzo e di *moral suasion*. Ma questo è accaduto anche per la Corte costituzionale che, utilizzando il modello misto di cui disponeva – come giudice delle leggi, ma anche come giudice dei diritti – ha esteso progressivamente la sua sfera di azione, ora ampliando rispetto al modello originario il proprio strumentario processuale, ora incidendo anche sul merito della legge attraverso lo strumento del giudizio di ragionevolezza e così svolgendo molto spesso una funzione di supplenza nei confronti delle omissioni del potere politico.

Tutto questo è risultato possibile – e di fatto è stato accettato da tutte le forze in campo – perché i nostri organi di garanzia hanno potuto utilizzare un modello costituzionale che, pur nella sua rigidità formale, consentiva un buon livello di elasticità, grazie alla saggezza ed all’equilibrio con cui il modello stesso, nella sua fase istitutiva, era stato costruito.

Ed è proprio questa elasticità del modello di forma di governo di cui disponiamo che ha consentito, a mio avviso, sia al Capo dello Stato che alla Corte costituzionale di evitare fin dai primi passaggi una possibile lettura “originalista” della costituzione per imboccare la strada di una interpretazione e di una applicazione evolutiva del proprio ruolo, così da assecondare gli sviluppi e gli equilibri che il tessuto economico-sociale e l’impianto politico-istituzionale venivano, di volta in volta, a manifestare nel corso del tempo.

Questa, mi pare, è la lezione della storia che oggi possiamo cogliere in ordine allo sviluppo delle funzioni di controllo costituzionale se vogliamo proiettare nel tempo la visione che Giustino D’Orazio, fin dai suoi primi lavori, ci ha con grande lungimiranza aperto.

Il Corpo elettorale tra recessione del principio elettivo e ruolo delle Corti Riflessioni sul caso italiano*

di Fulco Lanchester**

SOMMARIO: 1. Il tema specifico – 2. Gli ordinamenti costituzionali e le funzioni pubbliche – 3. Gli ordinamenti democratici e l'esercizio delle funzioni pubbliche – 4. Il Corpo elettorale – 5. I controlli popolari e la loro incidenza – 6. Le votazioni pubblicistiche – 7. La vicenda italiana tra ipercinetismo e sregolazione – 8. La sentenza n.35/17 sulla legge elettorale – 9. Le ipotesi di riforma e la necessità di intervenire sull'intero comparto delle votazioni del Corpo elettorale – 10. Conclusioni.

1. Il tema specifico

L'argomento del Convegno in memoria di Giustino D'Orazio certifica l'esigenza di riflettere in una prospettiva storica su come gli organi costituzionali abbiano esercitato le loro funzioni nel nostro ordinamento. In questo ambito D'Orazio si era occupato in particolare della Corte costituzionale e del Presidente della Repubblica durante la prima fase della storia della Costituzione repubblicana. Negli ultimi anni, ed in particolare dopo la Sua morte, il ruolo degli stessi si è espanso di fronte alla ibernazione del circuito partitico parlamentare perlomeno nel periodo 2011-2013, per poi riacquistare tono dopo il referendum del dicembre scorso.

In un simile contesto cercherò di occuparmi in maniera speculare soprattutto delle funzioni esplicate (o non esercitate) dal cosiddetto Corpo elettorale attraverso le votazioni elettive e deliberative nel nostro ordinamento, con particolare riguardo per quella di controllo attraverso le votazioni pubblicistiche di tipo elettivo e deliberativo.

In primo luogo accennerò alla duplice natura del Corpo elettorale, che, da un lato, appare come corporizzazione del popolo sovrano negli elettori politicamente attivi nell'ambito di un collegio unico o frazionabile; dall'altro un collegio in cui i singoli aventi diritto al voto devono poter esprimere la loro volontà sulla base di *standard* precisi di democraticità.

In secondo luogo analizzerò come lo stesso Corpo elettorale abbia esercitato le sue funzioni di indirizzo e di controllo all'interno del circuito democratico disegnato dalla Costituzione repubblicana nel quadro della trasformazione dei sistemi di democrazia costituzionale pluralisti nell'ultimo settantennio.

Infine sottolineerò la significativa peculiarità del sistema italiano, caratterizzato da preoccupante ipercinetismo in materia di sistema elettorale in senso stretto e da deregolazione

* Relazione al Convegno in memoria di Giustino D'Orazio *Gli organi costituzionali di controllo nella storia costituzionale repubblicana*, Corte Costituzionale, Palazzo della Consulta, Piazza del Quirinale, Roma, 20 febbraio 2017. Contributo pubblicato previa accettazione del comitato scientifico del Convegno.

**Professore ordinario di Diritto Costituzionale Italiano e Comparato presso il Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università "La Sapienza" di Roma.

della legislazione elettorale di contorno, mentre le votazioni deliberative di cui all'art. 138 Cost. soffrono di un vero e proprio buco nero relativo alla prospettazione del quesito.

Concluderò con una serie di osservazioni sull'indispensabile intervento del legislatore e, se del caso, della stessa giurisdizione costituzionale in materia, al fine di tutelare il diritto dei singoli aventi diritto al voto alla libertà di espressione del suffragio e all'uguaglianza delle opportunità nel procedimento.

2. Gli ordinamenti costituzionali e le funzioni pubbliche

Nella lingua italiana i significati del sostantivo controllo sono essenzialmente due: da un lato l'azione di verifica e di riscontro (collegandosi con uno dei significati del termine ispezione), dall'altro la padronanza ed il dominio.

La dottrina giuspubblicistica italiana evidenzia una naturale inclinazione per la definizione generica di controllo come “verificazione di regolarità di una funzione propria o altrui”, per cui la stessa definizione di controllo in senso stretto si collega con questa scelta in senso ampio: il controllo è la verifica di conformità a determinati canoni o prescrizioni. D'altro canto la stessa dottrina si è resa conto della necessità di superare la visione del potere di controllo accertamento (giudizio sull'attività controllata) e passare ad una definizione e delimitazione dello stesso che identifichi il procedimento nelle fasi di accertamento e di applicazione della misura (momento comminatorio). Si tratta di una visione certamente più dinamica ma sempre spostata sullo schema gerarchico di tipo amministrativistico. Un simile risultato evidenzia l'opportunità di riesaminare in maniera meno tradizionale le concezioni dottrinarie sul controllo nella dottrina giuspubblicistica, risalendo prima di tutto alla fundamentalità del concetto di controllo costituzionale in senso lato negli ordinamenti di derivazione liberal-democratica, per poi distinguere le attività di controllo che individuano potere (attuale o potenziale) da quelle che segnalano mera influenza.

Il concetto di controllo in ambito costituzionalistico evidenzia, infatti, una pluralità di significati che divengono più precisi più si approfondiscono gli strumenti utilizzati per l'esplicazione dello stesso nell'ambito del sistema di interrelazioni che coinvolgono dinamicamente i singoli soggetti istituzionali. Nell'ipotesi di lavoro che conduce queste note la nozione di controllo costituzionale in generale appare avere un significato molto lato, che si connette alle nozioni di equilibrio e di limite, e due più specifici, collegati da un lato alle nozioni di potere e di influenza, dall'altro a quella di vigilanza. Per l'impostazione della ricerca e la decodificazione dei piani della stessa risulta – come si è osservato – indispensabile approfondire questi differenti significati, inserendoli nel parco concettuale utilizzato dai costituzionalisti e caratterizzato dalle nozioni di forma di Stato, regime e forma di governo [v. per questo F. Lanchester, *Stato (forme di)*, in “Enciclopedia del diritto”, vol. XLIII, pp. 796 ss.].

Come ovvio, l'equilibrio costituzionale, alla cui base si pone la tradizione classica della costituzione mista e degli ordinamenti liberali e democratici, presuppone da un lato che i singoli organi costituzionali esplicino le proprie funzioni nell'ambito delle competenze che loro vengono attribuite, dall'altro che esista un sistema di freni e contrappesi che si sostanziano anche in controlli reciproci e, nello Stato costituzionale, in un controllo giurisdizionale apposito. Le

funzioni pubbliche non esercitate in modo diretto, ma sulla base di una investitura elettiva, comportano da un lato responsabilità in capo dell'agente e possibilità di controllo da parte dell'autore. Il tipo di rapporto stabilito tra autore ed agente definisce il tipo di responsabilità, che lega i soggetti e gli strumenti di controllo che possono essere attivati. Nell'ambito della politica è possibile pensare una responsabilità di tipo fiduciario (che normalmente viene definita politica) ed una di tipo giuridico, con la possibilità di far valere in maniera differenziata il controllo da parte dell'attore sull'agente.

La nozione di controllo costituzionale in senso generale si collega dunque teoricamente al concetto di equilibrio e si concretizza in maniera specifica nei singoli ordinamenti sulla base della teoria legittimante lo stesso. In questa prospettiva l'inserimento o meno del demos (popolo) all'interno degli organi costituzionali e la dipendenza di tutti gli organi attivi (e al limite di garanzia) dal suffragio comporta importanti conseguenze per la teoria e la pratica istituzionale.

Sottolineo questo punto, perché le classiche nozioni di forma di Stato e di regime, all'interno delle quali si muovono gli assetti delle singole forme di governo, devono essere distinte tipologicamente al fine di non commettere erronee sovrapposizioni. Ne consegue che risulta opportuno sottolineare come sia il significato di controllo in senso lato e sia quelli specifici assumano un senso differente in periodi diversi dello sviluppo dello Stato moderno e contemporaneo e debbano essere valutati in maniera distinta.

Di qui una diversa configurazione del controllo e dei controlli in un regime basato su una teoria di legittimazione monarchica, in uno di transizione, in uno liberale - oligarchico, in uno democratico - pluralista. In realtà, rilevanti per la discussione storica e concreta sul controllo sono le ultime tre, mentre solo le ultime due influiscono ancora oggi nella discussione contemporanea.

3. Gli ordinamenti democratici e l'esercizio delle funzioni pubbliche

Se dunque si restringe il campo dell'indagine agli ordinamenti democratici, ovvero agli ordinamenti caratterizzati da massima inclusione e standard di libertà di espressione della volontà dei componenti degli stessi, i soggetti costituzionali contribuiscono in maniera specifica all'esercizio delle principali funzioni dell'ordinamento.

Com'è noto, per un'importante dottrina le funzioni pubbliche rappresentano l'estrinsecazione di una serie di poteri omogenei nelle finalità e possono essere classificati come:

- a) funzioni attive (ovvero attività che giungono a decisioni produttive di mutamenti nell'ordinamento);
- b) funzioni consultive (ovvero attività create allo scopo di fornire notizie, pareri e suggerimenti);
- c) funzioni di controllo (ovvero attività per l'accertamento della regolarità e della convenienza delle decisioni dei poteri attivi) [v. Mortati; Barile - Cheli - Grassi; Manzella].

Una simile tripartizione in realtà non tiene conto del fatto che gli organi costituzionali possono esperire vari tipi di funzioni, cosicché alle funzioni attive si affiancano quelle di controllo sulla base non tanto del principio della separazione, ma piuttosto di quello della distribuzione delle funzioni, cui deve corrispondere un equilibrio interno ed esterno ai singoli organi [Silvestri].

Per la determinazione della statica e della dinamica della forma di governo le classificazioni più tradizionali si limitano a coinvolgere soltanto gli organi attivi, tuttavia è la stessa politicità delle funzioni pubbliche che invita ad una articolazione più complessa.

L'esame delle cosiddette funzioni costituzionali attive (costituente, di revisione costituzionale, normativa, esecutiva, di indirizzo politico) evidenzia, in effetti, come all'esercizio delle stesse corrisponda, sulla base del principio dell'equilibrio, l'espressione di un controllo reciproco che coinvolge il demos (rappresentato dal Corpo elettorale), il Parlamento, il Governo, il Capo dello Stato e la stessa giurisdizione costituzionale.

Esistono dunque vari tipi di controlli che coinvolgono i sopraddetti organi costituzionali: popolari; parlamentari; del Capo dello Stato; del Governo; della Corte costituzionale. Come ovvio, l'individuazione e la distribuzione delle funzioni tra i soggetti costituzionali costituisce un elemento scriminante per l'analisi, connettendosi, sulla base della bussola costituzionalistica, con il principio di legittimazione che si pone alla base dei singoli ordinamenti e con la sua pratica applicazione.

4. Il Corpo elettorale

Nell'articolazione di questo Convegno c'è un esplicito riferimento al Corpo elettorale, ma è significativo che la normativa italiana, costituzionale ed ordinaria, non lo preveda. Si tratta in effetti di una costruzione dottrinale che presenta una duplicità di riferimenti. Da un lato essa evidenzia una serie di trasferimenti collegati alla teoria collegiale di origine amministrativistica e si connette con la espressione della volontà individuale in decisioni collettive nell'ambito di un procedimento minimamente strutturato; dall'altro la nozione si inserisce nell'ambito della *formola politica*, che giustifica il rapporto *comando - obbedienza* invalente nell'ordinamento.

Sotto il profilo costituzionalistico il *popolo* costituisce un riferimento originario obbligato. Nel nostro ordinamento, al *popolo* viene, infatti, attribuita la titolarità della sovranità, il cui esercizio avviene nelle forme e nei limiti della Costituzione (art. 1, comma 2, ma anche art. 71, comma 2 per l'iniziativa delle leggi e gli artt. 101,1 e 102,3 sull'ordinamento giurisdizionale). Anche il demos (ovvero il popolo) è però una categoria che deve essere delimitata opportunamente attraverso una serie di necessarie specificazioni. Prima di tutto il popolo non è la moltitudine (*foule; mob*) disorganizzata, cui fanno riferimento – ad es. – le riflessioni di Negri e Hardt [*Multitude, War and Democracy in the Age of Empire*, passi], ma il complesso personale dell'ordinamento dallo stesso individuato. In secondo luogo il popolo che esercita i poteri a lui attribuiti dalla Costituzione non è l'indifferenziato elemento personale dell'ordinamento comprendente cittadini e non cittadini viventi nel territorio (popolazione, a cui si fa riferimento all'art. 132 Cost. per il referendum territoriale), e neppure il complesso dei cittadini residenti o meno sul territorio nazionale. Il popolo come demos politico è invece individuabile nei cittadini politicamente attivi di cui all'art. 48 della Cost., che però li tratta come elettori (ovvero come cittadini aventi diritto al voto) e non come collegio (su questo si v. anche l'art. 75 Cost. a proposito del referendum abrogativo). E sono ancora i cittadini (e per alcuni anche i non cittadini politicamente attivi, ma non certo gli stranieri) che – ai sensi dell'art. 49 – si associano liberamente in partiti per concorrere a determinare la *politica nazionale*.

E' tuttavia significativo che, a mia conoscenza, il Corpo elettorale non venga però mai citato esplicitamente negli atti normativi del Regno o della Repubblica, se si esclude per l'art. 46 del Regio decreto 2 settembre 1928, n. 1993, *Approvazione del testo unico della legge elettorale politica* (collegato alla Legge 17 maggio 1928, n. 1019, art. 2 *sulla riforma della rappresentanza politica*), che prevedeva che “La elezione dei deputati [aveva] luogo: 1° con la proposta degli enti indicati negli articoli 47; 2° con la designazione del Gran Consiglio nazionale del Fascismo; 3° con l'approvazione del Corpo elettorale [corsivo mio]”. E' vero che l'art.1 della *l. 18 novembre 1923, n.2444 (modificazioni alla legge elettorale politica, testo unico 2 settembre 1919, n. 1495)* inseriva la dizione collegio elettorale come sinonimo di corpo elettorale, in rotta di avvicinamento con la precedentemente citata legge del 1928, ma il significato della disposizione rientra ancora nell'ambito della terminologia liberale oligarchica, così come evidenziato dalla stessa legge 122/1925, che introduceva il sistema uninominale maggioritario ad un solo turno all'interno dell'ordinamento.

Nell'art. 1 del *decreto legislativo luogotenenziale 16 marzo 1946, n. 98* si recitava invece che era “il popolo chiamato a decidere mediante referendum sulla forma istituzionale dello Stato (Repubblica o Monarchia)”, mentre all'art. 2 dello stesso decreto si faceva riferimento alla maggioranza degli elettori votanti per ipotizzare le conseguenze di una vittoria della opzione repubblicana.

La nozione di Corpo elettorale è stata utilizzata, dunque, in un senso più generale ed in un altro più specifico. Già Palma e poi – ad es. – Brunialti, Orlando, Contuzzi e altri, fino ad arrivare a Mortati, avevano evidenziato la necessità di attribuire ad un collegio l'espressione di volontà che i singoli aventi diritto al voto assumono. Esiste – però – una palese scissione nell'uso del termine. A livello di formola politica per alcuni il Corpo elettorale, come recentemente ha anche sostenuto Emilio Gentile, evoca la metafora della “corporizzazione del popolo sovrano nelle persone degli elettori, almeno al momento del voto” (“*In democrazia il popolo è sempre sovrano*”. *Falso!*, p. 122), per altri l'uso più tecnico configura un collegio unico o plurimo.

Nel primo caso, al di là dei richiami montesquieuiani al popolo “*en corps*”[C. De Montesquieu, *Ésprit des lois*, liv. II, ch. II] o a quelli roussoviani ribaditi ancora recentemente da Musolff [*Political Metaphor Analysis*, p.66], si tratta di una evidente secolarizzazione di temi teologici [Schmitt, *Politisches Theologie*, 2002, p.43], cosicché il corpo mistico del popolo si identifica con la parte dei cittadini politicamente attivi, ma nello stesso tempo evidenzia la difficoltà già sottolineata – ad es. da Seydel – per la giustificazione giuridica di formule politiche che non siano di tipo personale. La sovranità monarchica intestata ad una persona ha infatti molti meno problemi di quanto non abbia quella popolare, oppure quella parlamentare, o della nazione o dello Stato[v. Mortati, art.1, *Commentario Branca*].

Nel secondo caso invece, soprattutto in sede giurisdizionale, l'uso è più limitato al dato tecnico di un collegio che deve esprimere la propria volontà individuale e può porsi su livelli differenziati sulla base dell'estensione ed articolazione dello stesso (si v. ad es. le sentt. della Corte cost. 19/56; 43/61; 57/63; ma anche per la responsabilità politica la sent. 89/59; tutti elementi rilevabili anche nella normativa relativa alle circoscrizioni elettorali denominate collegi).

La Corte costituzionale fa riferimento al Corpo elettorale sia sul piano unitario sul piano nazionale, sia sul livello subnazionale, sia infine a frazioni dello stesso, laicizzando

opportunamente la nozione. Ed è significativo quindi che nella sentenza 1/14 la Corte costituzionale affermi in materia di rapporto tra sovranità popolare e rappresentanza che le norme della l. 270/2005 “producono una eccessiva divaricazione tra la composizione dell’organo della rappresentanza politica, che è al centro del sistema di democrazia rappresentativa e della forma di governo parlamentare prefigurati dalla Costituzione, e la volontà dei cittadini espressa attraverso il voto, che costituisce il principale strumento di manifestazione della sovranità popolare, secondo l’art. 1, secondo comma, Cost.”. Nella sentenza 35/17 si afferma in maniera più precisa la distinzione tra livelli. In relazione all’art.56, quarto comma Cost., il giudice delle leggi osserva che “la ripartizione in circoscrizioni non fa venir meno l’unità del Corpo elettorale nazionale essendo le singole circoscrizioni altrettante articolazioni di queste nelle varie parti del territorio”; mentre utilizza la dizione *corpo degli elettori appartenenti ad un determinato collegio* per individuare i componenti di queste ultime.

Ma se la stessa Corte laicizza il Corpo elettorale e lo riduce al collegio più importante in cui si prendono decisioni deliberative ed elettive, rimane aperto il tema di quale sia il rapporto tra collegio elettorale in cui agisce il demos politico nazionale e lo Stato apparato. In questa prospettiva le costruzioni dommatiche sono fortemente condizionate da principi e valori storicamente datati. Il rapporto società politica e istituzioni [Farneti, *Il sistema politico italiano*], dove nel primo esistono i rapporti di potere di fatto e nelle seconde quelle legali, si sovrappone alla teoria dello Stato tedesca dove il suffragio veniva visto come una funzione e l’espressione dello stesso incamerata dalla struttura autoritaria dell’ordinamento. La dualità Stato apparato – Stato comunità che Mortati sovrapponeva a quella autorità – individuo (ma già questo è significativo dell’accumularsi delle prospettive in un Autore attento al dato di teoria generale), rende ancora più importante la prospettazione delle regole procedurali che caratterizzano gli *standard* minimi di democraticità di un ordinamento democratico nella espressione e nella trasmissione della volontà del demos (Corpo elettorale) attraverso le votazioni elettive e deliberative (Mortati, *Istituzioni di dir. pubbl.*, 1975, I).

5. Le votazioni pubblicistiche

Gli ordinamenti pubblicistici liberali e democratici contemporanei sono caratterizzati da tecniche di decisione collettive che si concretano in procedure di votazione per preporre individui a cariche autoritative (elezioni) o per decidere su singole questioni (referendum). Le decisioni collettive degli ordinamenti pubblicistici, che non si basano sulla mera acclamazione, possono dunque distinguersi in votazioni deliberative e in votazioni elettive (Lanchester, *Votazioni*).

Una simile distinzione pone in evidenza la centralità delle votazioni sia come metodo per la presa di decisioni, sia come procedimento [Ferrari, in *Enc. del dir.*], che coinvolge in modo stretto diritti fondamentali dei singoli cittadini. Le istituzioni (e quindi le procedure che le caratterizzano) costituiscono, infatti, selezioni di opportunità e le votazioni rappresentano in modo plastico la riduzione della complessità attraverso l’individuazione di regole sulla produzione delle decisioni collettive da osservarsi normativamente. In questo specifico ambito concettuale «votare» significa, quindi, l’espressione della volontà del singolo (individuo o gruppo) all’interno di un

procedimento minimamente strutturato al fine di pervenire a decisioni collettive di tipo deliberativo o elettivo.

In entrambi i casi per la presa delle decisioni (elettive o deliberative) di tipo pubblicistico si richiede l'adozione tendenziale del principio maggioritario, temperato – negli ordinamenti democratici – da quello del rispetto delle minoranze.

La votazione individua non soltanto l'atto di volontà espresso dai singoli aventi diritto al voto che confluisce in una decisione collegiale, ma anche il procedimento all'interno del quale lo stesso viene ad estrinsecarsi. Ne consegue che, nell'ambito di una concezione procedurale della democrazia, la stessa finisce per concretizzarsi in e solo in votazioni, come espressione della volontà del singolo all'interno dell'unità collegiale. Il concetto di votazione viene quindi a porsi alla base degli attuali ordinamenti di democrazia pluralistica, ma in generale costituisce un momento fondamentale anche per altre forme di Stato e per gli stessi collegi di natura privatistica.

La dottrina ha, in proposito, individuato un concetto tecnico ed uno qualitativo di votazione, dove solo in quest'ultimo caso l'espressione formale della scelta del singolo avente diritto si sostanzia in un vero e proprio atto di libera volontà e come tale deve corrispondere a specifici requisiti.

Al di là del tema della massima estensione del diritto di voto per gli appartenenti all'ordinamento, sotto la prospettiva qualitativa gli *standards* minimi che distinguono una votazione democratica da una meramente tecnica sono: da un lato l'esistenza della possibilità di essere informati e di informare nell'ambito di una competizione pluralistica; dall'altro la possibilità di esprimere senza costrizione il suffragio nella certezza che lo stesso venga valutato in modo corretto. Nel campo delle votazioni elettive di tipo pubblicistico pluralismo nell'offerta e nella domanda individuano un'arena in cui tutti i soggetti dovrebbero muoversi su un piano di parità tendenziale. Questa struttura ideale del mercato elettorale risulta in concreto distorta dalla presenza di disegualianze nel potere di fatto, ma le normative degli ordinamenti di democrazia pluralistica tendono ad evitare eccessive asimmetrie attraverso disposizioni atte a tutelare l'eguaglianza tendenziale delle chances.

Sotto un altro profilo le votazioni democratiche si condensano in procedure formali complesse, che assicurano la regolarità del procedimento da parte dell'ordinamento sin dall'iscrizione nelle liste elettorali degli aventi diritto al voto fino ad arrivare alle fasi dello scrutinio e della proclamazione dei risultati. La complessità dello stesso procedimento è tale che risulta opportuno ricordare come, nell'ambito degli stessi ordinamenti di democrazia pluralistica, l'esercizio del diritto di voto da parte dei singoli costituisca un'attività che, per quanto riguarda il corpo elettorale, solo da pochi decenni ha assunto caratteri di certezza tendenziale.

6. I controlli popolari e la loro incidenza

Al demos politico (Corpo elettorale) sono dunque attribuiti, sulla base del principio della divisione del lavoro, sia funzioni deliberative dirette sia quello che Sieyes chiamava *pouvoir committant*, ovvero la possibilità di eleggere sia i rappresentanti incaricati di occuparsi del procedimento di redazione dell'assetto costituzionale fondamentale, sia della gestione ordinaria dello stesso. A questa azione attiva del demos, che si sostanzia in votazioni dei cittadini

politicamente attivi (ovvero in elezioni e in referendum), corrispondono controlli popolari successivi sempre caratterizzati da votazioni (soprattutto di tipo elettivo) o da un controllo diffuso (lo si potrebbe chiamare controllo dell'opinione pubblica), che nella sua forma più moderna si concretizza nei sondaggi d'opinione.

Nell'ambito di una simile ricostruzione possiedono rilevanza giuridica diretta solo gli indirizzi ed i controlli derivanti dalle votazioni elettive e deliberative.

La molteplicità delle funzioni svolte dalle votazioni si evidenzia in maniera concreta negli ordinamenti democratici di massa: le votazioni elettive non hanno, infatti, soltanto il compito di preporre individui a cariche autoritative (Mill), ma individuano (in determinati contesti) una scelta di partiti, programmi e *leaders* e prevedono necessariamente anche un controllo sull'attività precedenti (Bagehot). L'indispensabile concorso dei cittadini (associati liberamente in partiti) all'attività di individuazione della politica nazionale, che si sostanzierà nell'ambito del circuito istituzionale nel concreto indirizzo politico, evidenzia però solo una parte delle funzioni espresse dalle votazioni pubblicistiche. D'altro canto il rapporto rappresentativo, che si istituisce tra eletti e corpo elettorale, individua di solito il divieto di mandato imperativo e l'adozione del meccanismo di responsabilità politica ovvero di un controllo da parte degli elettori sugli eletti allo scadere del mandato attraverso la sanzione della eventuale non rielezione.

Negli ordinamenti che adottano una differente concezione del rapporto rappresentativo, intendendolo come mandato sulla base di una concezione specifica della democrazia, il controllo in questione può, invece, essere operato secondo determinate procedure in maniera da "richiamare" l'eletto che non si sia conformato alle "istruzioni" del Corpo elettorale. Il *Recall* e l'*Abberufungsrecht* evidenziano il processo di rimozione dalla carica elettiva di un eletto, o al limite dell'intera Assemblea, che non siano più in possesso della fiducia dell'elettorato. Il processo in questione – che, ad es. negli Stati Uniti (a livello statale), si sostanzia in una *petition* e poi nella votazione di richiamo – evidenzia la fase della verifica del comportamento e quella della sanzione.

Gli strumenti del referendum e dell'iniziativa si inseriscono nell'ambito di questa concezione del controllo costituzionale popolare che contrasta con la tradizionale idea della rappresentanza *whig*, prospettata da Burke e basata su una sostanziale trasposizione dell'istituto del *trust* in ambito politico. La teoria della responsabilità e della distinzione, tipica della teoria rappresentativa dello Stato monoclasse, verrà in seguito posta in crisi dalla estensione del suffragio, dalla adozione di strumenti istituzionali tipici della democrazia diretta e dalla presenza dei partiti.

La tensione tra concezione tradizionale della rappresentanza e l'ideale della democrazia diretta e partecipata si concreta in un controllo standard a consuntivo ed altri attivabili a domanda durante la legislatura. In questa specifica prospettiva il controllo diffuso attraverso la cosiddetta opinione pubblica (su cui si sono soffermati a loro tempo sia Schmitt sia Habermas) oggi si estrinseca attraverso canali differenti da quello tradizionale della stampa. Il mezzo radio - televisivo e, oggi, lo strumento informatico si collegano con il sondaggio di opinione per costituire una panoplia di controlli che non attivano soltanto il meccanismo della responsabilità politica nella fase elettorale, ma condizionano in maniera peculiare la stessa attività di coloro che sono investiti da cariche autoritative elettive o non.

Nell'ambito di questa nuova realtà del controllo popolare in senso lato (che non esclude i pericoli della manipolazione) non soltanto la prospettiva fiduciaria della rappresentanza

tradizionale viene ridotta con un contrasto stridente tra legittimità popolare e legittimità parlamentare, ma lo stesso esecutivo viene a trovarsi in una situazione di ridotta autonomia. Il controllo “politico” periodico sembra infatti essere ormai sostituito dal controllo “plebiscitario” di tutti i giorni, soggetto a sua volta agli accennati meccanismi di manipolazione derivanti dalla politica di massa.

7. La vicenda italiana tra ipercinetismo e sregolazione

La vicenda italiana del Corpo elettorale (come complesso dei cittadini che godono dei diritti politici) e dei tradizionali strumenti procedimentali messi a sua disposizione si è sviluppata nel corso di tre periodi politicamente significativi (1948-1993; 1994-2011; 2011-2017) che hanno visto il demos politico condizionato dal *bipartitismo imperfetto*, dal *bipolarismo imperfetto* e poi dal *bipersonalismo imperfetto*. Il circuito democratico, descritto dal costituente sulla base degli artt. 1, 3 primo comma, 48, 49, 51, 56, 57, 67 e 94 Cost., è stato interpretato in relazione al concreto disporsi del consenso. Le formule precedentemente utilizzate descrivono in modo sintetico ed impressivo situazioni in cui la peculiarità di un ordinamento caratterizzato da adesione dell'elettorato per partiti o liste non completamente legittimate dai *partners* costituisce una costante. Con la crisi di “regime” del 1993 [Amato, 1993], alcuni hanno presupposto una normalizzazione del conflitto politico italiano e hanno proposto l'adozione di meccanismi istituzionali forti al fine distabilizzare la dinamica istituzionale (Ceccanti). Questa ipotesi si è rivelata non fondata ed ha portato ad una sempre più pericolosa divaricazione tra società politica e istituzioni, nel quadro di un indebolimento dello Stato sociale e della democrazia rappresentativa a livello continentale.

Gli incubi degli anni Trenta (in maniera ovviamente differenziata) si sono ripresentati nell'ambito di uno spostamento epocale degli assi geopolitici e di un indebolimento delle forme di mediazione partitico-parlamentare a favore del personalismo plebiscitario. In questa vicenda, cui il risultato del referendum del 4 dicembre 2016 ha aperto probabilmente un nuovo capitolo, si inserisce la realtà italiana di ipercinetismo istituzionale in materia elettorale che ha caratterizza in modo peculiare la recente esperienza dell'ordinamento italiano. Le modifiche elettorali del 1993 e del 2005, cui si aggiungono i meccanismi di risulta derivanti dalle Sent. n.1/2014 e 35/2017 che hanno prodotto i cosiddetti Consultellum 1 per il Senato e il Consultellum 2 per la Camera, individuano ben cinque modifiche incisive del meccanismo di trasformazione dei voti in seggi degli ultimi venticinque anni, cui dovrà seguire una sesta per l'omogeneizzazione dei due sistemi di risulta derivanti dalle sentenze della Corte, così come autorevolmente auspicato anche nella sentenza 35/2017.

Si tratta di un dato assolutamente sconosciuto in altri sistemi politico - costituzionali democratici dal secondo dopoguerra ad oggi e in generale per quelli successivi all'allargamento del suffragio. In effetti per quanto riguarda gli ordinamenti democratici sul continente europeo dell'area centro - occidentale e settentrionale negli ultimi 70 anni solo in Francia si è avuta una modifica della ragione di trasformazione del meccanismo elettorale: nel 1958 con l'introduzione del SUMADT (Sistema uninominale maggioritario a doppio turno) da parte di De Gaulle; nel

1985 con l'introduzione da parte di Mitterrand di un sistema basato su formula non maggioritaria in piccoli collegi e con il ritorno nel 1987 all'originario SUMADT.

Lo stesso può dirsi per quanto attiene agli ordinamenti dell'Europa meridionale (Grecia, Spagna e Portogallo), che hanno mantenuto le scelte operate negli anni Settanta. Come si è detto in precedenza, per quanto riguarda altri ordinamenti democratici stabili soluzione di continuità nel meccanismo elettorale sono, invece, rilevabili durante gli anni Novanta: in Nuova Zelanda (passaggio dal plurality ad un sistema simile a quello tedesco) attraverso una oculata azione che ha investito commissioni di studio, Parlamento e azione diretta del Corpo elettorale; in Giappone (passaggio dal voto unico al sistema elettorale misto-MMP: Mixed Member Proportional, che combina plurality e meccanismi di tipo speculare). Osservo, tuttavia, che in entrambi questi ordinamenti le variazioni osservabili sono state di allargamento della specularità rispetto al meccanismo elettorale precedente e che non vi è stata successivamente alcuna variazione.

Appare invece – ovviamente – più complesso e non sintetizzabile in queste note il tragitto degli ordinamenti del settore balcanico (occidentale e orientale) e dell'Europa centro orientale, per non parlare di quelli dell'ex-impero sovietico. Mi riferisco in particolare ad alcuni ordinamenti ora dell'UE (Ungheria, Romania) ed altri esterni (Russia, Ucraina, ecc.). Se si esclude la Bielorussia (caratterizzata da un meccanismo tradizionale del socialismo reale ossia il Majority), su 19 ordinamenti dell'Europa centro-orientale ed orientale presi in considerazione 11 utilizzano sistemi basati su collegi plurinominali e formula non maggioritaria (Bulgaria, Cechia, Estonia, Lettonia, Polonia, Russia, Slovacchia, Slovenia), 8 meccanismi misti (Lituania, Ucraina, Ungheria). In Romania la legge del 2012 – prevalentemente maggioritaria – è stata dichiarata in via preventiva non conforme a Costituzione dalla Corte costituzionale. È da sottolineare in questa prospettiva, da un lato, che la maggior parte degli ordinamenti ha adottato soglie di esclusione del 4 o 5% per selezionare i cosiddetti partiti scheggia (in Ungheria esiste una normativa che alza la soglia al 10% per le coalizioni di due e al 15% per le coalizioni di tre partiti); dall'altro la intensa dinamica di assestamento di alcuni ordinamenti sia per quanto riguarda il sistema elettorale in senso stretto, sia le carenze per quanto riguarda la legislazione elettorale di contorno.

Da quanto brevemente esposto, ribadisco – dunque – che la comparazione del caso italiano per il settore del sistema elettorale in senso stretto dovrebbe essere operata piuttosto con i paesi dell'Europa centro-orientale, piuttosto che con ordinamenti che paiono essere modelli concreti, ma tuttavia distanti. Una simile impostazione potrebbe essere integrata nel caso si volesse, invece, adottare la prospettiva – invero non irrealistica – di una riduzione della qualità della democrazia rappresentativa, con il trascinarsi degli ordinamenti di democrazia stabile verso quelli a basso rendimento. E' tuttavia da sottolineare, anche in considerazione della stessa sentenza del 25 gennaio, che la caratteristica italiana del premio di maggioranza (rilevabile nel 1923, 1953, 2006-2013, 2015) costituisce un unicum a livello comparato, strettamente collegato con esigenze sistemiche. La Corte ha ritenuto ragionevole il premio alla lista che supera il 40% dei voti, ma forse l'ha fatto perché nessuna lista oramai può raggiungere una simile soglia.

8. La sentenza n. 35/17 sulla legge elettorale cd. Italicum

In stretta continuità con la sent. n.1/14 la Corte costituzionale ha ribadito l'impossibilità che vi siano zone franche nel diritto costituzionale. Già con quell'intervento v'era stato un esercizio di supplenza sul circuito partitico-parlamentare ingolfato. Molti giuspubblicisti non accettano ancora oggi che la Corte possa superare attraverso un'azione di accertamento il limite del giudizio incidentale e temono che la stessa potrebbe essere spinta nell'agone politico. Tuttavia nei successivi tre anni il ceto politico parlamentare ha tentato un'operazione di innovazione che è stata respinta dal Corpo elettorale per via referendaria e per la seconda volta è dovuta intervenire la giurisdizione costituzionale.

Com'è noto, la Corte costituzionale si è recentemente pronunciata sulle questioni di legittimità costituzionale della legge elettorale n. 52 del 2015, sollevate da cinque diversi Tribunali ordinari (su questo v. Borrello e Buonomo in *nomos-leattualitaneldiritto.it*, n. 3/2016).

Non mi soffermo sui profili procedurali della decisione, che ha respinto le eccezioni di inammissibilità proposte dall'Avvocatura generale dello Stato e la richiesta delle parti di sollevare di fronte a sé stessa la questione sulla costituzionalità del procedimento di formazione della legge elettorale (sulla logica dei ricorsi v. F. Besostri, sempre sul n.3/2016 di *nomos-leattualitaneldiritto.it*).

Nel merito, la Corte ha rigettato la questione di costituzionalità relativa alla previsione del premio di maggioranza al primo turno, sollevata dal Tribunale di Genova, e ha invece accolto le questioni, sollevate dai Tribunali di Torino, Perugia, Trieste e Genova, relative al turno di ballottaggio, dichiarando l'illegittimità costituzionale delle disposizioni che lo prevedono. La Corte si è mossa nel solco della giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* tedesco, che già nel 1955 dichiarò la necessità di bilanciare rappresentanza ed efficienza della stessa fissando la *Sperrklausell* al 5%. Il richiamo alla giurisprudenza tedesca evidenzia come l'intervento sul sistema elettorale abbia dei limiti che non possono essere superati penetrando nell'ambito della stessa forma di governo.

Ha inoltre accolto la questione, sollevata dagli stessi Tribunali, relativa alla disposizione che consentiva al capolista eletto in più collegi di scegliere a sua discrezione il proprio collegio d'elezione. A seguito di questa dichiarazione di incostituzionalità, sopravvive comunque, allo stato, il criterio residuale del sorteggio previsto dall'ultimo periodo, non censurato nelle ordinanze di rimessione, dell'art. 85 del d.p.r. n. 361 del 1957. In questo caso la Corte per risolvere il problema dell'immediata applicabilità del meccanismo di risulta, necessariamente indefettibile, ha fatto riferimento ad una normativa pervenuta tralaticciamente dal passato (come molte norme elettorali) ed in particolare dall'art. 101 dell'prima legge elettorale del Regno di Sardegna (Regio editto 680/1848 del 17 aprile, che deriva a sua volta dall'art. 49 della legge elettorale belga del 1831 (collegata all'art. 63 di quella francese del 1835).

La Corte ha inoltre dichiarato inammissibili o non fondate tutte le altre questioni ed ha affermato che la legge elettorale presa in considerazione è così suscettibile di immediata applicazione. Si badi bene, la Corte ha invitato nella parte finale della sent. Ad omogeneizzare i due sistemi vigenti, ma ha anche affermato, per l'indefettibilità del meccanismo elettorale, che il Consultellum 2 è applicabile. Essa ha unito, dunque, nella parte finale della sent. 35/17 il proprio monito a quello del Capo dello Stato e allo sfogo più esplicito di Monsignor Galantino, segretario della CEI, sulla peculiarità di un ceto politico che delega l'intera normativa elettorale in senso stretto alla mera attività ablativa della Corte costituzionale.

9. Le ipotesi di riforma e la necessità di intervenire sull'intero comparto delle votazioni del Corpo elettorale

Il Consultellum 1 per il Senato e Consultellum 2 per la Camera dovrebbero essere, dunque, modificati: parzialmente o rifatti *ex novo*. Questa seconda soluzione appare certamente più difficile, così come il ritorno al passato auspicato dal Pd e dalla Lega. La restaurazione del Mattarellum non può certo essere considerata come una reviviscenza automatica e quindi costituisce una decisione nuova, ambiziosa e controversa, perché avversata da molti dei *partners* presenti nell'arena. In realtà si tratta di una proposta interlocutoria per aprire (o chiudere) il dibattito ed anche di un vero e proprio azzardo costituzionale.

Altri pensano sia, invece, più efficace una strategia dolce che agisca invece sulla normativa di risulta delle leggi elettorali derivanti dalle decisioni della Consulta dell'ultimo triennio. L'ipotesi più probabile è la prospettazione di un meccanismo basato su formula ispirata al principio speculare e soglie di esclusione esplicite e implicite differenti.

Anche in questo caso si pongono, però, al legislatore almeno quattro problemi principali:

- il primo è quello del premio (mantenuto alla Camera e inesistente al Senato) e della differente base di distribuzione dei seggi (nazionale per la Camera; regionale-ai sensi dell'art. 57 della Cost. per il Senato);
- il secondo è costituito dall'esclusione delle coalizioni per la Camera e alla presenza delle stesse al Senato;
- il terzo è rappresentato dalle soglie diversificate di esclusione esplicita (3% per Montecitorio; 8% per Palazzo Madama, 20% per le coalizioni);
- il quarto è costituito dal problema dell'omogeneizzazione del metodo di individuazione degli eletti (anche sotto il profilo della rappresentanza di genere prevista alla Camera e non al Senato).

Ritengo dunque che l'intervento minimo di omogeneizzazione dovrebbe investire questi quattro livelli.

- A. In particolare, per evitare eccessive differenziazioni nella composizione politica delle due assemblee, entrambe responsabili della concessione della fiducia al Governo, è necessario decidere se mantenere o meno il premio del 40% dei voti validi previsto alla Camera e prevedere che l'attribuzione dello stesso e la distribuzione dei seggi del Senato tra le liste venga effettuata a livello nazionale (anche per l'eventuale premio), mantenendo invece l'individuazione degli eletti all'interno delle circoscrizioni a livello regionale sulla base del dettato costituzionale di cui all'art. 57 Cost.. Durante la discussione del Porcellum la previsione vigente venne consigliata alla Presidenza della Repubblica, che la impose sulla base di una valutazione non precisa del dettato costituzionale.
- B. La logica dell'esclusione delle coalizioni e la preferenza per la lista (di partito o "aperta") alla Camera confligge con l'esistenza delle coalizioni al Senato: è evidente che bisogna

decidere, e che l'interesse dei partiti minori dovrebbe essere volto al superamento della proibizione delle stesse.

- C. La soglia di esclusione del 3% a livello nazionale potrebbe essere – invece – mantenuta (se non addirittura aumentata al 5%) per entrambe le Camere, mentre quella dell'8% per i partiti coalizzati.
- D. Si porrebbe il problema della individuazione degli eletti, che – in mancanza di una auspicabile distrettualizzazione uninominale – dovrebbe essere operata con l'adozione del voto di preferenza unico, tutelando però della preferenza di genere.

Forse la Corte avrebbe potuto tentare di operare una maggiore convergenza tra i due meccanismi di risulta, ma in ogni caso la Corte ha giustificato il Majority Premium System, che – come si è notato – costituisce la costante dell'intervento riformistico italiano dal 1923 ad oggi, passando per il 1953, 2005 e il 2015, e questo potrebbe pesare nella trattativa delle prossime settimane.

In definitiva l'armonizzazione delle regole elettorali costituisce un tema di drammatica rilevanza costituzionale, per evitare lo sfascio programmato per raggiungere obiettivi partigiani. Se già con il Mattarellum ottenere Camere omogenee costituiva quasi una scommessa, con il Porcellum l'attribuzione del premio nazionale alla Camera dei deputati e nelle singole regioni al Senato aveva reso ancor più difficile il raggiungimento della stabilità e sacrificato di converso la rappresentanza. Certo è più semplice abolire il premio che introdurlo, in una situazione così frammentata e pericolosa, ma è anche vero che i maggiori *stakeholder* potrebbero avere l'interesse a costringere le liste minori a collegamenti forzati. In ogni caso la soluzione di assegnare i seggi a livello nazionale per entrambe le assemblee e quella di individuare gli eletti in circoscrizioni o collegi regionali per il Senato sembra dunque razionale. La scelta è tra un sistema disomogeneo o tra due differenti tipi di omogeneità: quella meno distorsiva e quella caratterizzata dal premio. Nell'urgenza di provvedere a tutto, pare più facile dedicarsi ad aumentare la specularità. Le soglie rimangono, ma in alcuni casi rischiano di non esserci i soggetti partitici ma solo gruppi di potere, mentre risulta difficile l'intervento sulla legislazione elettorale di contorno relativa alla democrazia interna dei partiti per la selezione dei candidati o quella relativa alla gestione della campagna elettorale.

10. Conclusioni

Mi sono soffermato sulle conseguenze della sentenza 35/17 non soltanto per la sua scottante attualità, ma anche per la sua significatività che spiega la gravissima *impasse* in cui è precipitato il circuito democratico ed il ruolo dei cittadini aventi diritto al voto nel nostro ordinamento.

E' il sistema elettorale in senso stretto l'ambito su cui si incentrano gli interessi maggiori delle forze politiche ed anche la ragione della distanza sempre maggiore tra elettorato e ceto politico, che con difficoltà potrà essere risolta.

Rimane l'eccezionalità di una situazione in cui il sistema elettorale in senso stretto è deciso dalla giurisdizione costituzionale e da una normativa di risulta che non solo non è armonizzata, ma che presenta aree completamente lasciate all'arbitrio dei soggetti presentatori delle liste.

L'indirizzo e il controllo operato dai cittadini politicamente attivi all'interno del collegio denominato Corpo elettorale non soltanto viene ridotto ai minimi termini, ma molto spesso risulta anche falsato dall'inesistenza di regole e garanzie che corrispondano agli standard qualitativi delle democrazie pluraliste.

Negli ultimi anni la Corte costituzionale è intervenuta necessariamente nell'ambito di una norma di regime (ossia di un assetto normativo che coinvolge gli attori politicamente rilevanti), perché le disposizioni relative al sistema elettorale in senso stretto finivano per vulnerare il diritto di voto dei singoli cittadini politicamente attivi nell'ambito di una forma di Stato costituzionale e democratica di diritto. Alcuni costituzionalisti si sono doluti per un simile intervento sia dal punto di tecnico, sia paventando conseguenze di eccessiva politicizzazione per la Corte [v. i seminari pubblicati da *Nomos-leattualitaneldiritto.it*]. Ma come ha ricordato ancora di recente Giuliano Amato, soffermandosi sul tema della autodichia, “quando in gioco ci sono le libertà e i diritti del cittadino”, “l'autonomia interna del potere politico” deve necessariamente cedere davanti all'intervento del giudice delle leggi, che ne profila i limiti della discrezionalità [v. Costantino Mortati. *Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale*, Atti del Convegno, Padova, Cedam, 2017]. Si tratta di un recupero dell'insegnamento costituzionalistico angloamericano, ma anche della lezione dei costituzionalisti degli anni Trenta, che erano passati dalla teoria dello Stato alla teoria della costituzione (Fioravanti; Lanchester) nell'ambito di un regime autoritario a tendenza totalitaria. In quegli anni la discussione sui valori e i principi dell'ordinamento costituzionale prefigurò il tentativo di giuridicizzare il politico, che è rinvenibile nella Costituzione del 1948.

Forma di Stato e forma di regime sono in effetti due facce di una stessa medaglia, ma è il rapporto individuo - autorità che prevale quando la forma di regime (ovvero le norme, i valori, le strutture di autorità in cui agiscono gli attori politicamente rilevanti) metta in pericolo i diritti dei singoli. Tra tutela degli *standard* minimi di democraticità nell'espressione del suffragio e interessi dei *partner*, in un ordinamento liberale e democratico la scelta obbligata è in favore del cittadino avente diritto al voto. Di qui la necessità di intervento in settori che il ceto politico non sappia opportunamente regolare.

La riduzione della partecipazione politica e l'incremento del voto di protesta antisistema, la liquefazione dei partiti come organizzazioni strutturate e la loro trasformazione in formazioni personali comportano, per di più, una sempre maggiore delegittimazione delle stesse istituzioni costituzionali e il timore di fantasmi che ritornano. In tutto questo, all'esigenza di equilibrare rappresentanza e governabilità si unisce la necessità di mantenere gli *standard* minimi di democraticità del procedimento votazione (elettorale e deliberativo), soprattutto per la parte che normalmente viene considerata più importante negli ordinamenti democratici evoluti, ossia quella della legislazione di contorno.

In questa prospettiva, e facendo riferimento anche alla posizione di Costantino Mortati della fine degli anni Quaranta (v. *Nomos-leattualitaneldiritto.it*, n.2/2015), una normativa sulla individuazione con garanzie pubblicistiche degli iscritti e della selezione dei candidati potrebbe risolvere anche i problemi relativi al voto di preferenza, mentre potrebbe anche essere affrontata la oramai annosa questione della comunicazione politica e della eguaglianza delle opportunità fra i concorrenti. Né bisogna dimenticare che non soltanto di votazioni elettive ci si è occupati in queste pagine, ma anche di votazioni deliberative all'interno del *circuito democratico* da rivitalizzare.

Si tratta in sostanza di impostare un vero e proprio *Voting Act* che tenga conto di tutti i profili delle *votazioni pubblicistiche*. Un simile compito ovviamente non riveste solo profili tecnici, ma assume un carattere di alta politicITÀ all'interno dei principi e dei valori degli ordinamenti di democrazia pluralista. Ma i tempi sono forse troppo stretti e, quindi, è necessario accontentarsi dell'essenziale.

Il Parlamento come organo costituzionale di controllo*

di Andrea Manzella*

Nella “storia costituzionale repubblicana”, a cui ci richiama Fulco Lanchester, si iscrive certamente la fase che precedette la Costituente. E in essa la rinascita, dopo la guerra, delle grandi riviste giuridiche. La *Rivista di diritto pubblico* uscì a fine 1946 e fu un numero unico per le tre annate trascorse: 1944 – 1945 – 1946.

Nel *Consiglio direttivo* c'erano, come si suol dire “tutti”: da A.C. Jemolo a V.E. Orlando; da Ranelletti a Santi Romano a Zanobini.

In quel numero, diciamo, “storico” c'era uno saggio dal titolo “*Le garanzie costituzionali dello Stato*”. Lo aveva scritto Costantino Jannaccone, che insegnava diritto ecclesiastico a Pisa ma che partecipava intensamente a quella fervida stagione prima della Costituente. Anzi, nel 1945, aveva pubblicato, da Vallerini, un libro intitolato appunto “*La Costituente dello Stato democratico*”. In anni recenti, il suo nome è stato rievocato quale relatore, nel 1946, della tesi di laurea di C.A. Ciampi su “*La libertà delle minoranze religiose*” (pubblicata nel 2009 da Il Mulino).

Perché questo ricordo di uno scritto delle origini? Perché in quel saggio Jannaccone sosteneva che “*la volontà sovrana di garanzia della costituzione dello Stato non può trovare la sua base che nella volontà popolare espressa dalla sua rappresentanza*”. Pensava perciò a una “*Suprema Corte costituzionale*” come “*organo del potere costituente*”, e perciò eletta direttamente (sia pure con elettorato passivo ristretto a *categorie* di competenze individuate dalla futura Costituzione).

Ecco, nello studio del concetto alla base dei molteplici aspetti del controllo parlamentare, emerge ancora molto forte l'esigenza di ricercare un vincolo giuridicamente persuasivo tra sovranità popolare e garanzia parlamentare.

Risulta infatti impresa quasi impossibile definire univocamente quel “concetto di base” nella varietà di manifestazioni che il controllo parlamentare assume a seconda delle cangianti forme di

* Relazione al Convegno in memoria di Giustino D'Orazio *Gli organi costituzionali di controllo nella storia costituzionale repubblicana*, Corte Costituzionale, Palazzo della Consulta, Piazza del Quirinale, Roma, 20 febbraio 2017. Contributo pubblicato previa accettazione del comitato scientifico del Convegno.

* Già Professore ordinario di Diritto Parlamentare presso l'Università LUISS Guido Carli di Roma.

governo (parlamentare, presidenziale, semipresidenziale) o a seconda della struttura rappresentativa (bicamerale nelle varie accezioni, o monocamerale).

Ed è ancora quasi impossibile afferrare questo Proteo in relazione alle altre funzioni parlamentari (controllo-indirizzo, controllo-legislativo) e soprattutto nella scomposizione di queste funzioni (le fasi “in-autonome” di cui parlava M.S. Giannini).

Né la missione ha risultati apprezzabili quando si cerca di fissare quel concetto non in una sola costituzione ma nell'intreccio di costituzioni in cui l'Unione europea trova la sua “consistenza costituzionale”.

Anzi è qui appunto, nelle “limitazioni” della sovranità parlamentare – e nei tentativi di recuperarla in modi condivisi – come accade nelle prime e problematiche forme di cooperazione interparlamentare – che talune certezze provvisorie conseguite nella definizione del controllo parlamentare trascolorano. La nozione perde gli elementi sanzionatori e sostitutori e si configura come “*influenza*”. Una “discussione parlamentare senza conclusioni”: come quella prevista dall'art. 10 del *Protocollo sul ruolo dei Parlamenti nazionali nell'Unione europea* o quella che troviamo nell'art. 13 del *Fiscal Compact*.

Tuttavia pur nell'appannamento delle sue conseguenze tipiche, si capisce che anche questo è controllo parlamentare. Perché deriva dalla stessa natura giuridica di quegli “insiemi” interparlamentari che la *discussione* non abbia le conclusioni comunemente attribuite al controllo: ma questo non significa che essa sia conclusa in se stessa. Essa si “diffonde” nel sistema (secondo la fortunata intuizione di Rescigno) e il comportamento degli altri attori non può non tenerne conto.

E allora come stabilire quel “concetto di base” in una tale varietà di forme e di conseguenze?

Secondo il consiglio di Omero, bisogna afferrare Proteo nel breve sonno che fa nel *luogo* della sua nascita. E questo luogo è, nella nostra Costituzione, l'articolo 1: la *sovranità popolare*. Non c'è altro posto possibile per ancorare la funzione parlamentare di controllo se non qui, nella formula: “la sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione”.

2. In queste parole dell'articolo 1, alla radice del nostro assetto costituzionale, risulta chiara, innanzitutto, una esigenza di equilibrio: quella tra *appartenenza* ed *esercizio* della sovranità popolare. Sono due concetti distinti.

Con l'*appartenenza* si dice che il potere pubblico, per essere costituzionale, cioè legittimo, deve avere una perdurante riconducibilità al popolo sovrano.

Con l'*esercizio*, si dice che il potere pubblico per essere costituzionale, cioè legittimo, deve essere pluralistico – cioè non totalitario – (le *forme*) e deve essere regolato (i *limiti*) secondo il paradigma che la sovranità stessa si è data nell'atto costituente (“forme” e “limiti” configurano una endiadi che vale sia per la democrazia rappresentativa che per la democrazia diretta).

Sono due concetti *distinti* ma ovviamente *interdipendenti*, espressioni *diverse* ma *integrate* nella formula che la sovranità popolare costituente si è data nella Carta costituzionale.

Da un lato, il concetto di *appartenenza* non può essere in contrasto con il pluralismo delle “forme” e con la dinamica dei pesi e dei contrappesi che lo regola, pena la degenerazione assolutistica. Dall'altro lato, l'autonomia delle varie forme del pluralismo costituzionale, non può spingersi sino alla interversione del titolo di legittimazione, rompendo il vincolo di appartenenza al popolo di ogni espressione di sovranità. È nella integrazione di questi due concetti l'equilibrio costituzionale.

È dunque nell'*incipit* – non solo normativo ma anche valoriale – della Costituzione questa prima esigenza di *equilibrio*.

Ma la formula costituzionale della sovranità popolare, pluralizzando le sue “forme” di esercizio, contiene, in sé, un'altra distinta esigenza di equilibrio. È quello che deve essere stabilito fra le forme plurali di esercizio della sovranità a tutela della sua stessa unitarietà. Equilibrio istituzionale, dunque, come strumentale all'altro, più vasto, che lo contiene: l'equilibrio costituzionale.

Logica e storia ci dicono però che nelle *associazioni umane* non esistono equilibri naturalmente stabili. L'equilibrio sociale è di per sé soggetto ad un continuo riassetamento nei comportamenti collettivi e individuali. Ogni sistemazione di equilibrio ha bisogno perciò di meccanismi di aggiustamento che riproducano, anche nel mutamento, condizioni di composizione ponderata tra i fattori in campo.

Nel nostro sistema giuridico, il Parlamento è “l'istituzione di mezzo” che può fornire prestazioni di garanzia per la tenuta di questo duplice, interconnesso equilibrio: sia dell'equilibrio costituzionale tra *appartenenza* ed *esercizio* della sovranità; sia dell'equilibrio istituzionale delle forme di potere in cui la sovranità si esercita.

Guardiamo all'*equilibrio costituzionale*. Il Parlamento, con l'elezione diretta (il “diritto di voto”: non a caso così denso di implicazioni nell'ultima giurisprudenza “europea” del Tribunale

costituzionale tedesco e nella nostra giurisprudenza costituzionale in materia elettorale) è la istituzione in cui più immediatamente si esprime il concetto di *appartenenza* della sovranità al popolo-corpo elettorale (il dogma della “sovranità parlamentare” può intendersi come formula sintetica di tale rapporto). D'altra parte, con il divieto di mandato imperativo, il Parlamento diviene esso stesso “limite” alla sovranità popolare. “Mole sua”, mantiene così l'equilibrio tra *appartenenza* ed *esercizio*.

Guardiamo all'*equilibrio istituzionale*. Per la tenuta di questo equilibrio, il Parlamento svolge funzioni di garanzia in tre modi costituzionali. Lo fa, innanzitutto, per il fatto di essere la istituzione eletta direttamente rispetto alle altre istituzioni costituzionalmente “derivate”. (Da questo punto di vista, la formula della “centralità del Parlamento” deve essere intesa come valore di “posizione legittimante” nel sistema: più che come primaria influenza nella “determinazione” della politica nazionale).

La garanzia costituzionale del Parlamento si esplica, poi, attivando i contropoteri di istituzioni non elettive (come la Corte costituzionale, il Presidente della Repubblica, i *media*) colmando, con queste relazioni di “chiamata in garanzia” una certa “insufficienza garantistica” che le procedure parlamentari in sé e per sé possono accusare.

La formula “*insufficienza garantistica*” è coniata da Giustino D'Orazio nel suo libro “*Opposizione parlamentare e ricorso al giudice delle leggi*” (Milano, 1996, p.45). Ad essa arriva dopo aver percorso le varie figure di questa necessità parlamentare di chiamata in garanzia. In particolare, dice D'Orazio, “*solo un organo esterno e indipendente (...) può porsi arbitro (...) tra le ragioni dei due schieramenti (...) ed evitare che la maggioranza si faccia giustizia da sé*” (p. 49). Cita perciò la garanzia del Presidente della Repubblica ma dice che: “*Non appare sufficiente e decisiva*”, “*per il suo carattere di mera richiesta di riesame e non di decisione ostativa*” (p. 50). Cita la possibilità della “*instaurazione di un futuro giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale*” ma ne rileva l'insufficienza dato “*il carattere successivo del rimedio*” e dato, soprattutto, lo schermo della “*insindacabilità dei regolamenti parlamentari*” (p. 51). Conclude perciò esprimendo la sua, come al solito cauta, propensione per il giudizio preventivo ed esterno – sottolineandone il carattere di “immediatezza” – su iniziativa di uno dei “contraddittori” istituzionali del sistema parlamentare, cioè l'opposizione o una minoranza “*dissenziante ad hoc*” (p. 52) che ritiene ciascuna configurabile “*come potere dello Stato legittimato, quindi, al conflitto di attribuzioni*”.

D’Orazio partiva evidentemente dalle caratteristiche del controllo parlamentare sul governo, sul cui inquadramento subito si dirà. Ma le sue considerazioni possono estendersi al più vasto campo a cui la garanzia costituzionale del parlamento deve esplicarsi per assicurare l’equilibrio istituzionale nelle mutevoli conformazioni del potere pubblico e delle relative responsabilità. E quindi anche l’equilibrio tra istituzioni politiche ed istituzioni sociali, tra istituzioni nazionali e istituzioni dell’Unione europea. Facendo valere i concetti di responsabilità diffusa e di *accountability* e chiamando in garanzia, oltre che gli altri organi costituzionali, anche Autorità indipendenti nazionali e sovranazionali come la Banca centrale europea. Autorità che, come mostra la prassi recente, accanto a una prestazione di garanzia, per così dire, in sussidiarietà devono essere considerate esse stesse espressioni di un potere di cui devono rendere conto.

In particolare, la chiamata in garanzia del Presidente della Repubblica può fondarsi non solo sul potere di riesame ex art. 74 ma soprattutto sulla gamma di poteri di influenza evocati dalla Corte costituzionale dalla sentenza n.1 del 2013. Questa decisione fa derivare, dalla “natura delle attribuzioni” del Presidente della Repubblica, la sua disponibilità di *“strumento per indurre gli altri poteri costituzionali a svolgere correttamente le proprie funzioni”*. Dovendosi intendere l’unità nazionale rappresentata dal Presidente, *“nel senso della coesione e dell’armonico funzionamento dei poteri, politici e di garanzia, che compongono l’assetto costituzionale della Repubblica”*. La chiamata in garanzia del Capo dello Stato qui risulta nella stessa logica, ma in senso inverso, all’art. 88 Cost.

La chiamata in garanzia può, d’altra parte, eccedere il perimetro dei poteri strutturati – pubblici o privati – e riguardare un potere “diffuso” come quello dei *media* (compresi i *new media*, strettamente intrecciati, in sempre più vaste esperienze, all’azione dei gruppi parlamentari).

Il Parlamento svolge, infine, funzione di garanzia esercitando attività di verifica della normalità ed efficienza nello svolgimento dei poteri del governo e della pubblica amministrazione. Qui la funzione parlamentare di controllo trova la sua procedimentalizzazione più compiuta nel paradigma “fiduciario”. La investitura “motivata”: che implica la verifica delle ragioni della fiducia e la rimozione in caso di verifica negativa.

Tuttavia la tipizzazione nel paradigma fiduciario è solo la forma più compiuta del controllo parlamentare. Per il resto, esso si iscrive nella logica del relativismo procedurale propria del Parlamento e nella polivalenza dei suoi procedimenti. Saranno altre caratteristiche (lo scopo, la motivazione, la congruità tra fine dichiarato e procedimento scelto) a fare emergere la natura esclusiva o prevalente o coesistente di controllo nelle varie attività parlamentari.

3. L'inquadramento della funzione di controllo parlamentare nella più ampia funzione di garanzia costituzionale, permette di meglio specificare l'arco di finalità insito nel mantenimento dell'equilibrio istituzionale. Questo equilibrio, per riprendere la definizione della Corte di giustizia europea, consiste in un "principio normativo strutturale che non si fonda sulla dottrina della separazione dei poteri quanto su una visione complessiva dell'organizzazione e delle attribuzioni dei poteri costituzionali".

L'equilibrio istituzionale è così connesso al concetto di integrazione. Si può dire quindi che il principio che regge la funzione di controllo parlamentare è anche espressione della necessità dell'integrazione dei poteri che operano nel sistema.

Insomma, molte volte abbiamo ripetuto la frase che la Costituzione non è un meccanismo ma un organismo. Ed è vero: nel senso che nella vita costituzionale prevalgono spesso impulsi, stress, irrazionalità che ne alterano l'ordine, ne inceppano il moto, ne impediscono i sincronismi. Basti pensare, per un istante, alla ribellione anti-istituzionale e anti-parlamentare di forze politiche che pur nel Parlamento abitano: per dubitare non solo della sua funzione di controllo ma della stessa istituzione parlamentare, oggi, nel suo complesso.

Ma la Costituzione è anche un meccanismo (e magari è proprio in questo macchinario di fondo che stanno resistenza e resilienza dell'ordinamento al disordine politico contingente). E questo meccanismo si regge su una specie di *sinallagma costituzionale* che chiamiamo, appunto, equilibrio di potere. Un equilibrio che impone comportamenti "limitati" dall'un potere nei confronti dell'altro. Da qui l'utilità relativa- diciamo geopolitica – del principio della separazione dei poteri. Nella realtà, perché il meccanismo costituzionale funzioni: ciascun potere non solo limita l'altro ma ha bisogno dell'altro, in equilibrio di prestazioni. Ma se guardiamo alla finalità ultima del mantenimento di tale equilibrio, vediamo che essa è nella esigenza di integrazione ad unità, esigenza propria dell'articolo 1 della Costituzione.

Sembra perciò possibile concludere che il controllo parlamentare –come specificazione della funzione di garanzia costituzionale del Parlamento - trova la sua base giuridica nella necessità di assicurare l'equilibrio tra appartenenza ed esercizio della sovranità popolare, integrando a tal fine –con la verifica di normalità – lo svolgimento dei poteri, pubblici e privati, nell'unità della Costituzione.

La sfiducia individuale negli scritti di Giustino D’Orazio^{953*}

di Massimo Siclari⁹⁵⁴

1. Un ricordo personale

Desidero innanzi tutto ringraziare il Presidente della Corte costituzionale Prof. Paolo Grossi ed il prof. Fulco Lanchester per l’opportunità offertami di dare un contributo al Convegno odierno dedicato al ricordo di Giustino D’Orazio. È per me un grande onore tornare a Palazzo della Consulta in veste di relatore ad un Convegno di Studi.

Nel maggio 1986 fui scelto come “secondo” assistente di studio del Giudice costituzionale Renato Dell’Andro, con cui avrei collaborato fino alla sua prematura scomparsa nell’autunno del 1990. Com’era nella prassi, venni accompagnato dal “primo” assistente di studio, il Prof. Amedeo Franco, a conoscere i responsabili dei “Servizi” con i quali, *naturaliter*, avrei avuto rapporti per svolgere il mio lavoro alla Corte. Il primo ad essermi presentato fu il Prof. Giustino D’Orazio, all’epoca Direttore del Servizio Studi nonché Vice Segretario generale⁹⁵⁵, che non avevo ancora avuto occasione di conoscere personalmente, ma del quale avevo già letto ed apprezzato le monografie dedicate allo *status* di giudice costituzionale⁹⁵⁶ ed alla genesi della Corte costituzionale⁹⁵⁷.

Mi ricevette nel suo studio al primo piano, le cui pareti erano interamente ricoperte da scaffalature in legno, ove in bell’ordine stavano numerosi libri ed estratti, i volumi della raccolta

^{953*}Relazione al Convegno in memoria di Giustino D’Orazio *Gli organi costituzionali di controllo nella storia costituzionale repubblicana*, Corte Costituzionale, Palazzo della Consulta, Piazza del Quirinale, Roma, 20 febbraio 2017. Contributo pubblicato previa accettazione del comitato scientifico del Convegno.

⁹⁵⁴ Professore ordinario di Diritto costituzionale, Dipartimento di Scienze politiche – Università degli Studi Roma Tre.

⁹⁵⁵ Sul lungo arco temporale della vita di D’Orazio trascorso alla Corte costituzionale, può utilmente consultarsi V. Carusi, *Gli anni formativi e l’esperienza alla Corte costituzionale*, in E. Malfatti – R. Romboli – E. Rossi (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”. Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?* – Atti del seminario di Pisa svoltosi il 25-26 maggio 2001 in ricordo di Giustino D’Orazio, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 3 ss.

⁹⁵⁶ G. D’Orazio, *Aspetti dello status di giudice costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1964.

⁹⁵⁷ Id., *La genesi della Corte costituzionale*, Milano, Comunità, 1981.

ufficiale delle sentenze e ordinanze della Corte costituzionale e varie copie di alcune “ricerche di base”, nelle quali si faceva il punto su alcuni indirizzi giurisprudenziali della Corte.

D’Orazio manifestò subito la Sua squisita cordialità, fu molto incoraggiante per il mio nuovo impegno, prodigo di consigli e mi assicurò la piena disponibilità Sua e del Servizio studi. Fu l’avvio di un rapporto, proseguito nel tempo, anche quando, dopo poco più di un anno dal nostro primo incontro, avrebbe lasciato il Suo posto alla Corte, per prendere servizio all’Università di Trento come Straordinario di Diritto costituzionale. Infatti, negli anni seguenti, nei giorni liberi dagli impegni accademici, D’Orazio avrebbe seguito a frequentare assiduamente la fornitissima biblioteca della Corte costituzionale e non era raro che ci fermassimo a parlare a lungo dei rispettivi temi di studio: era un’ottima occasione per ricevere consigli tuoi per le ricerche da predisporre in vista delle decisioni della Corte, tuoi per i lavori scientifici nei quali ero impegnato.

La biblioteca, all’epoca, era il principale luogo d’incontro della comunità degli assistenti e degli studiosi che, anche in passato, avevano collaborato con i giudici costituzionali; fu lì, anche grazie a D’Orazio, che conobbi Mario Battaglini, giudice con una grande passione per la storia a cavallo del ‘700 e dell’800, con particolare attenzione alle vicende della Repubblica napoletana, ed il Prof. Pierfrancesco Grossi, che era stato assistente di Vezio Crisafulli. Ma era possibile anche incontrarvi studiosi che non avevano lavorato per la Corte, come il Prof. Lanchester, con il quale ho avuto modo di consolidare i rapporti proprio frequentando la biblioteca. Potrei continuare con un lungo elenco di nomi sia di studiosi, sia di magistrati, assistenti di studio in quegli anni: con tutti loro è maturata una maggiore consuetudine di rapporti e, in qualche caso, una profonda amicizia. Ho parlato di comunità, una comunità umana e di studio, nella quale, a prescindere dai ruoli al tempo rivestiti dai singoli (e all’epoca sia per età sia per ruolo accademico ero proprio... “l’ultima ruota del carro”), era riconosciuta a tutti pari dignità e nella quale tanto ho potuto apprendere.

Di questa comunità Giustino D’Orazio era un componente esemplare sia per il tratto sia per la dedizione, la serietà e l’entusiasmo dedicati allo studio: non è un caso che il suo ricordo sia rimasto vivo nel tempo, come la giornata di studi odierna dimostra.

2. La problematica della sfiducia individuale nel quadro della produzione scientifica di Giustino D'Orazio

La ricca produzione scientifica di Giustino D'Orazio è occupata prevalentemente da studi relativi all'organizzazione costituzionale, con particolare attenzione alla Corte costituzionale ed al Presidente della Repubblica, anche se non mancano scritti, di non minore impegno, rivolti all'approfondimento di altri aspetti del diritto costituzionale italiano⁹⁵⁸. Minore, senza dubbio, è lo spazio occupato da lavori che direttamente trattano del Parlamento e del rapporto fiduciario⁹⁵⁹. I saggi che prenderò in esame sono apparsi nel 1996 e affrontano un problema, all'epoca, di stringente attualità e che in precedenza non aveva dato luogo agli esiti che avrebbe raggiunto in sede parlamentare né a un contenzioso come quello risolto dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 7 del 1996⁹⁶⁰: l'ammissibilità del voto di sfiducia nei riguardi del singolo ministro. Si tratta, in particolare, dell'«intervento» scritto dal D'Orazio in occasione di uno dei noti dibattiti a più voci promossi dalla rivista *Giurisprudenza costituzionale* su questioni cruciali dell'interpretazione costituzionale⁹⁶¹ e di un più ampio contributo destinato alla raccolta di studi in onore di Serio Galeotti, anticipata nella Rivista *Diritto e società*⁹⁶². Credo che il tema trattato in questi due scritti si inquadri pienamente nella più ampia problematica alla quale è dedicato questo incontro di studi, coinvolgendo, da un lato, il controllo parlamentare sulle attività di governo, cui può conseguire come sanzione, tra le altre, il voto di sfiducia rivolto al singolo ministro, dall'altro, il controllo della Corte costituzionale in sede di conflitto di attribuzioni fra poteri dello Stato.

⁹⁵⁸ Per indicazioni complete sulla produzione scientifica di Giustino D'Orazio, si rinvia all'*Elenco delle pubblicazioni* apparso in *Giustino D'Orazio. Antologia di saggi* a cura di R. D'Orazio e D. Florenzano, Trento, 2002, pp. 271 ss.

⁹⁵⁹ È soprattutto nei seguenti scritti che D'Orazio rivolge la sua attenzione a questioni relative al Parlamento: *Bilancio di una nuova esperienza parlamentare: il procedimento di messa in stato di accusa*, ne *Il Parlamento nella Costituzione e nella realtà. Atti, regolamenti e prassi nella VII Legislatura* (Atti del Convegno. Roma, 20 e 21 ottobre 1978), Milano, Giuffrè, 1979, pp. 445 ss.); *Crisi del Parlamento e studi di diritto parlamentare*, in *Diritto e società*, 1981, pp. 433 ss.; *Parlamento e Corte costituzionale nello schema di coordinamento dell'art. 136 Cost.*, in *Civitas*, 1983, n. 3, pp. 53 ss.; *Il numero dei senatori a vita nell'interpretazione del Capo dello Stato*, in *Quaderni costituzionali*, 1985, pp. 131 ss.; *Proroga delle Camere*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVII, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 415 ss.; *Prorogatio (diritto costituzionale)*, *ibidem*, pp. 428 ss.; *Poteri prorogati delle Camere e stato di guerra*, inedito pubblicato postumo in *Giustino D'Orazio. Antologia di saggi*, cit., pp. 1 ss.; *Opposizione parlamentare e ricorso al giudice delle leggi (Prolegomeni ad una soluzione italiana)*, Milano, Giuffrè, 1996 (sul quale, se si vuole, v. la mia recensione apparsa in *Diritto pubblico*, 1997, pp. 255 ss.); oltre ai due contributi ai quali è dedicata questa relazione, di cui si dirà oltre.

⁹⁶⁰ Corte costituzionale, 18 gennaio 1996, n. 7, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1997, pp. 41 ss., con note di S. Bartole, *Il caso Mancuso alla Corte costituzionale*, e di S. Niccolai, *Il conflitto di attribuzione e la politica*.

⁹⁶¹ G. D'Orazio, *Intervento al dibattito sul tema I costituzionalisti e il caso "Mancuso"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1995, pp. 4693 ss.

⁹⁶² G. D'Orazio, *Il ministro dissenziente tra governo e Parlamento*, in *Diritto e società*, 1996, pp. 455 ss. nonché in *Scritti in onore di Serio Galeotti*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 475 ss. Nelle note che seguono si farà riferimento alla prima delle due sedi di pubblicazione.

3. Prassi e dottrina sulla sfiducia individuale prima della composizione dei due scritti

La problematica della sfiducia individuale non era del tutto inedita al tempo in cui furono composti i due scritti.

A tacere del fatto che già in epoca statutaria in diverse ipotesi erano stati censurati singoli ministri, con vario esito⁹⁶³, la questione se disciplinarla o meno era stata presa in considerazione dall'Assemblea costituente e lasciata impregiudicata⁹⁶⁴, come tanti aspetti della nostra organizzazione costituzionale, destinati più o meno esplicitamente ad essere conformati da leggi ordinarie e dai regolamenti parlamentari ovvero dalla prassi, da regole convenzionali o consuetudinarie, confidando nelle capacità d'integrazione delle disposizioni della carta fondamentale in sede politica⁹⁶⁵. L'accento di cui all'art. 95, secondo comma, alla responsabilità personale dei ministri era inteso dall'opinione prevalente come circoscritto alla responsabilità da farsi valere davanti ai giudici (civile, penale, amministrativa, contabile)⁹⁶⁶. La responsabilità politica in sede parlamentare poteva essere fatta valere solo collegialmente, mentre era ritenuto di spettanza del Presidente del Consiglio pretendere le dimissioni del singolo ministro in nome dell'unità di indirizzo governativo o attivarsi per ottenerne la rimozione (pur non essendovi, neanche riguardo a questa ipotesi, un'espressa previsione)⁹⁶⁷.

Tale principio era corroborato da una prassi che, nel primo trentennio di vita repubblicana, sembrava non lasciar adito a dubbi⁹⁶⁸, pur se non era detto non potesse cambiare, sulla base di un diverso assetto e di una diversa coesione delle forze politiche presenti nella maggioranza di governo. Al riguardo, appare esemplare quanto affermato da Livio Paladin nella sua voce dedicata

⁹⁶³ Al riguardo, v., ad es., A. Marongiu, *Parlamenti e governi nella storia costituzionale italiana*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1952, p. 108 ed ora R. Ferrari Zumbini, *Tra norma e vita. Il mosaico costituzionale a Torino 1846-1849*, Roma, Luiss University Press, 2016, pp. 232 s.

⁹⁶⁴ Per un'ipotesi di regolazione della sfiducia individuale, v. l'art. 57 della Costituzione di Weimar: «Il cancelliere ed i ministri per rimanere in carica hanno bisogno della fiducia del Reichstag. Ognuno di essi deve dimettersi se il Reichstag, con espressa deliberazione, gli ritiri la sua fiducia». Sulle implicazioni dell'accentuata responsabilità individuale dei ministri contemplata da tale articolo, v. C. Mortati, *La Costituzione di Weimar*, Sansoni, Firenze 1946, pp. 24 ss.

⁹⁶⁵ Cfr., per tutti, G. D'Orazio, *Il ministro dissenziente tra governo e Parlamento*, cit., p. 162

⁹⁶⁶ In tal senso, di recente, A. Manzella, *Il Parlamento*, Bologna, Il Mulino, 2003, 3^a ed., p. 398.

⁹⁶⁷ Per tutti, G.U. Rescigno, *La responsabilità politica*, Milano, Giuffrè, 1967, pp. 234 ss.; Id., *Le convenzioni costituzionali*, Padova, Cedam, 1972, pp. 82 ss.; L. Paladin, *Governo italiano*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIX, Milano, Giuffrè, 1970, 696 ss.; C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, t. I, Padova, Cedam, 1975, p. 576. Al riguardo, si v. anche la nota voce di M. Galizia (*Fiducia parlamentare*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XVII, Milano, Giuffrè, 1968, p. 416) ove, significativamente, non si svolge una specifica trattazione del tema della sfiducia individuale, se non limitatamente al diverso profilo delle dimissioni del singolo ministro, reputate non sufficienti a rompere la relazione fiduciaria instauratasi con l'intero governo.

⁹⁶⁸ Per indicazioni sulla prassi v. G.U. Rescigno, *La responsabilità politica del singolo ministro*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1980, pp. 5 ss.; Id., *Ancora in tema di responsabilità politica del singolo Ministro*, *ivi*, 1981, pp. III ss.; S. Sicardi, *Responsabilità del ministro e solidarietà governativa nel regime parlamentare*, Mondovì, Cigò, 1989; E. Cuccodoro, *I limiti dell'autonomia ministeriale*, Firenze, Nocchioli, 1991.

al governo apparsa all'inizio degli anni '70 sull'*Enciclopedia del diritto*, criticando le interpretazioni dottrinarie favorevoli alla sfiducia individuale: «tale opinione diventa sempre meno sostenibile, quanto più si consolida, con il passare del tempo, la prassi costituzionale dell'ordinamento repubblicano. Malgrado i ripetuti suggerimenti dottrinali, negli ultimi vent'anni non si è verificato alcun caso di sfiducia individuale. È quindi mancata la materia prima per il nascere di convenzioni o di consuetudini, atte a far valere la responsabilità dei singoli ministri in deroga al principio della solidarietà ministeriale; ed implicitamente è stata rafforzata l'interpretazione letterale dell'art. 94 comma 1 cost.»⁹⁶⁹. Dunque, a condizioni mutate, non si escludeva in assoluto la possibilità di riconsiderare la questione. Ciò che sarebbe avvenuto, sulla base di varie vicende a cavallo tra gli anni '70 e gli anni '80, in una prima fase di profondo riassetto del sistema politico dal quale scaturì una forte tendenza centripeta delle coalizioni di governo, anche a dispetto della maggiore tenuta temporale di alcuni di essi (dovuta, forse, più alla maggior coesione interna dei partiti di cui i rispettivi Presidenti del Consiglio erano espressione, che non alle doti di mediazione in sede governativa di questi ultimi)⁹⁷⁰.

È proprio da tali vicende che prende avvio, da un lato, in sede scientifica, un ripensamento circa l'ammissibilità della sfiducia individuale, dall'altro, nei due rami del Parlamento la ricerca di come regolarla al meglio, al fine di impedire che si insinuasse nel sistema un nuovo strumento d'instabilità governativa. Insomma, se la collegialità dei governi della Repubblica tendeva ad essere sempre più fittizia, proprio per salvaguardarla occorreva razionalizzare l'eventualità di richieste di sfiducia individuale.

In particolare, al Senato, un parere della Giunta per il regolamento del 24 ottobre 1984 stabilì che «1) Sono ammissibili mozioni o altri strumenti previsti dal Regolamento e che per espressa disposizione di esso debbano essere sottoposti al voto dell'Assemblea con cui si chiedano o che siano diretti ad ottenere le dimissioni di un ministro in carica; 2) alle mozioni ed agli strumenti di cui sopra si applicano le disposizioni di cui agli articoli 94 della Costituzione e 161 del Regolamento del Senato per le mozioni di sfiducia al Governo». Mentre alla Camera, il 7 maggio 1986, vennero aggiunti due commi all'art. 115 del Regolamento (il 3° ed il 4°), nei quali,

⁹⁶⁹ L. Paladin, *Governo italiano*, cit., p. 697.

⁹⁷⁰ Cfr., al riguardo, G.F. Ciaurro, *Ministro*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXVI, Milano, Giuffrè, 1976, p. 525, ove si osserva: «il rapporto costituzionale tra ministro e Parlamento è praticamente sopraffatto dal rapporto *de facto* tra ministro e partito, sicché il ministro risponde politicamente del suo operato individuale in pratica, non tanto alle Camere, quanto al partito che l'ha designato, il quale ha anche gli strumenti per sanzionarne il comportamento, non riproponendolo per incarichi ministeriali in successivi governi cui il partito stesso sia chiamato a partecipare, o addirittura costringendolo – nei casi più gravi – ad immediate dimissioni».

oltre a ribadirsi l'equiparazione della disciplina della sfiducia individuale alle regole sulla mozione di sfiducia *ex art. 94 Cost.* (e 115, 1° e 2° comma, Reg. Camera) si introduceva un inedito potere discrezionale del Presidente d'assemblea di valutare, «in sede di accettazione delle mozioni, se le stesse, in ragione del loro contenuto» (e quindi al di là da una espressa richiesta di sfiducia), siano da far rientrare tra quelle di sfiducia individuale⁹⁷¹. In entrambi i casi, comunque, si è ritenuto di procedimentalizzare la richiesta di sfiducia nei riguardi di un singolo ministro alla stregua della disciplina contemplata per la responsabilità collegiale, con il chiaro intendimento di evitare, per questa via, quelle “imboscate” delle minoranze per sventare le quali era stato predisposto l'art. 94 Cost. così assecondando l'indirizzo espresso nell'ordine del giorno Perassi di evitare le degenerazioni del parlamentarismo⁹⁷².

La dottrina, dal canto suo, aveva auspicato che una regolazione della sfiducia individuale si conformasse al procedimento *ex art. 94 Cost.*⁹⁷³, ma non sono mancate voci fortemente dissenzienti, anche con toni forse un po' esageratamente allarmistici. Vi è stato chi ha parlato al riguardo di “strappo alla Costituzione”⁹⁷⁴ e, anni dopo, a fronte di una richiesta di sfiducia riguardante due ministri di “mostro a più teste”⁹⁷⁵.

In realtà, in tutti i casi che si sono presentati all'esame delle Camere, in un modo o nell'altro, ha finito per prevalere la solidarietà della maggioranza di governo⁹⁷⁶, salvo che nella vicenda che

⁹⁷¹ Si riporta, per chiarezza l'intero testo dell'art. 115 Reg. Camera, nel testo risultante dall'aggiunta: «1. La mozione di fiducia al Governo deve essere motivata e votata per appello nominale. Quella di sfiducia deve essere motivata e sottoscritta da almeno un decimo dei componenti della Camera; non può essere discussa prima di tre giorni dalla presentazione, ed è votata per appello nominale. //2. Non è consentita la votazione per parti separate né la presentazione di ordini del giorno. //3. La stessa disciplina si applica alle mozioni con le quali si richiedono le dimissioni di un Ministro. //4. Il Presidente della Camera valuta, in sede di accettazione delle mozioni, se le stesse, in ragione del loro contenuto, rientrino nella previsione di cui al comma 3».

⁹⁷² ATTI DELL'ASSEMBLEA COSTITUENTE – Commissione per la Costituzione – Seconda Sottocommissione, Resoconti sommari del 4 e 5 settembre 1946, in *La Costituzione italiana nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, vol. VII, Roma, 1969, pp. 917 ss. Sul significato di garanzia della stabilità governativa di tali innovazioni v. G.G. Floridia – S. Sicardi, *Le relazioni governo-maggioranza-opposizione nella prassi e nell'evoluzione regolamentare e legislativa (1971-1986)* (1991), ora in G.G. Floridia, *Scritti minori* raccolti da F. Sorrentino, Torino, Giappichelli, 2008, p. 138 «ad un obiettivo di stabilizzazione del Governo sembra ispirarsi l'aggiunta, approvata il 7 maggio 1986, di due commi all'art. 115, in tema di sfiducia al singolo ministro: le relative mozioni vengono infatti assoggettate alla stessa procedura della sfiducia collettiva. Restando quindi per le opposizioni più difficile valersene per dividere la maggioranza e per pesare maggiormente sugli orientamenti dei singoli ministri».

⁹⁷³ G.U. Rescigno, *Ancora in tema di responsabilità politica del singolo Ministro*, cit., p. VI; P. Masini, *La mozione di sfiducia a singoli ministri*, in *Diritto e società*, 1982, p. 444.

⁹⁷⁴ C. Chiola, *Uno strappo alla costituzione. La sfiducia al singolo ministro*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1986, I, pp. 810 ss.

⁹⁷⁵ M. Olivetti, *La mozione di sfiducia a più ministri: un mostro con più teste?*, in *Diritto pubblico*, 1999, pp. 251 ss. Lo stesso autore, tuttavia, non considera l'autonomia ministeriale assolutamente estranea al tessuto costituzionale, pur se «affiora nondimeno una scelta in direzione della collegialità governativa, temperata con alcuni elementi a favore di una primazia debole del Presidente del Consiglio dei Ministri rispetto ai colleghi» (Id., *La questione di fiducia nel sistema costituzionale italiano*, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 126 s.).

⁹⁷⁶ Sul punto v. G.U. Rescigno, *La responsabilità politica del singolo ministro*, cit.; Id., *Ancora in tema di responsabilità politica del singolo Ministro*, cit.; P. Calandra, *Il Governo della Repubblica*, Bologna, Il Mulino, 1986, pp. 181 ss.; S. Sicardi, *Responsabilità del ministro e solidarietà governativa nel regime parlamentare*, cit.; E. Cuccodoro, *I limiti dell'autonomia ministeriale*, cit.; A. Manzella, *Il Parlamento*, cit., pp. 398 s.

diede origine all'interesse di D'Orazio, come di diversi altri studiosi, all'epoca: il voto di sfiducia del Senato nei riguardi del Ministro di Grazia e Giustizia Filippo Mancuso. L'assoluta unicità, allo stato, di quel "caso", dimostra come la sfiducia individuale rappresenti una deroga al principio della responsabilità collegiale, che ha finito per rimanere fermo. Ciò non implica, tuttavia, che, negli ultimi decenni, si possa ritenere che l'operato dei Governi della Repubblica sia sempre stato ispirato effettivamente ad unità ed omogeneità di azione, che realmente sia stato frutto di condivisione tra il Presidente del Consiglio ed i ministri⁹⁷⁷. Al contrario, spesso la collegialità si è manifestata solo alla nascita dei governi e per evitarne la fine. Sul punto sarebbe interessante svolgere ulteriori riflessioni, ma andrebbero oltre i limiti di questo mio contributo.

D'altro canto, non può dimenticarsi che la mozione di sfiducia al Ministro Mancuso fu proposta e votata da senatori appartenenti a forze politiche che sostenevano la maggioranza, non dall'opposizione per esaltare contraddizioni all'interno della compagine governativa⁹⁷⁸; che la successiva sentenza della Corte si diede carico di chiarire l'insussistenza dell'autonomia ministeriale rivendicata dal ricorrente e che la posizione del Ministro si poneva in contrasto con l'unità d'indirizzo governativo mentre la sua rimozione avrebbe potuto contribuire a ripristinarla. In questo caso la sfiducia individuale, più che minare il principio di collegialità del gabinetto, era ad esso funzionale. Ma l'unicità della vicenda è data anche dal fatto che il Governo Dini era un governo tecnico; pur basandosi su una maggioranza politica, nessun partito di questa fu solidale con il Ministro Mancuso, e non può disconoscersi che, negli altri casi in cui le Camere avrebbero potuto votare la sfiducia individuale, il Ministro di volta in volta interessato ha ricevuto solidarietà in primo luogo dal suo partito, garante, assieme agli altri, della tenuta della coalizione governativa: la solidarietà collegiale è stata solo un precipitato del perdurare dell'accordo tra le forze politiche di maggioranza⁹⁷⁹.

4. La considerazione della sfiducia individuale nei contributi di D'Orazio

⁹⁷⁷ A. Manzella, *Il Parlamento*, cit., p. 399: «la procedura dell'art. 115 appare [...] funzionale ad una sola concezione di governo: il governo "per ministeri", il governo "per feudi"».

⁹⁷⁸ Sull'inutilizzabilità della sfiducia individuale da parte dell'opposizione, alla luce del "caso Mancuso" v. C. Pinelli, Intervento al dibattito sul tema *I costituzionalisti e il caso "Mancuso"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1995, p. 4716 e C. Colapietro, *Governo*, in *Il Diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore*, Milano, Il Sole 24 Ore, 2007, p. 146; *contra* M. Midiri, *Fiducia parlamentare*, in *Dizionario di diritto pubblico* diretto da S. Cassese, vol. III, Milano, Giuffrè, 2006, p. 2496.

⁹⁷⁹ Al riguardo, v. G. Azzariti, *Forme e soggetti della democrazia pluralista. Considerazioni su continuità e trasformazioni dello stato costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2000, pp. 349 ss.

Passando ai contributi di D’Orazio in tema di sfiducia individuale, occorre in primo luogo ricordare come il primo (l’intervento al dibattito promosso da *Giurisprudenza costituzionale*) sia, in buona sostanza, un abbozzo del secondo, nel quale i temi trattati nel primo vengono affrontati più distesamente e con un consistente apparato critico, tenendo conto dell’esperienza statutaria e di quelle maturate in altre forme di governo parlamentari. Ma, soprattutto, l’Autore tiene conto dei dati offerti dalla realtà istituzionale repubblicana, rifiutando di affrontare la problematica oggetto del suo studio sulla base di argomenti di tipo dogmatico pur se largamente condivisi.

Essenzialmente due le finalità del saggio:

a) ricercare la *ratio* dell’«autonomia concettuale ed operativa» della responsabilità ministeriale individuale «rispetto alla responsabilità collegiale, escludendo di conseguenza, che il configurarsi (di una causa) della prima comporti automaticamente (*ipso iure*) l’estensione dei suoi effetti (cessazione dalla) carica alla seconda»;

b) individuare «quali siano [...], sul piano endogovernativo, come, più in generale, su quello costituzionale, la posizione di tale ministro, nonché l’ampiezza ed i limiti delle sue attribuzioni (ed il contributo della giurisprudenza costituzionale sarà, in proposito, essenziale)»⁹⁸⁰.

Per quanto riguarda la *ratio* della responsabilità individuale, D’Orazio osservava che avendo i ministri partecipato alla determinazione della politica generale del governo, dovevano sentirsi vincolati (“pur avendo una certa libertà ed iniziativa”) anche nello svolgimento delle loro specifiche competenze e che per eventuali loro inosservanze “sarebbe assurdo rendere responsabile tutto il consiglio”⁹⁸¹.

I possibili rimedi al verificarsi di una dissonanza tra l’agire del ministro ed il governo sono i seguenti, secondo «una sorta di graduazione o successione»:

a) il dovere del ministro di dimettersi, sia «allo scopo di dissociare (anche in vista di futuri sviluppi politici) la propria responsabilità da quella del collegio» sia per «evitare forme di ostruzionismo endogovernativo e situazioni di menomazione del regolare funzionamento del consiglio e dei suoi rapporti con altri organi»;

⁹⁸⁰ G. D’Orazio, *Il ministro dissenziente tra governo e Parlamento*, cit., pp. 157 s.

⁹⁸¹ G. D’Orazio, *Il ministro dissenziente tra governo e Parlamento*, cit., p. 162.

b) se il ministro non intenda dimettersi, il Presidente del Consiglio può proporre la revoca al Capo dello Stato, *ovvero*

c) se non sia praticabile la via della revoca, «lo stesso Presidente del Consiglio, ma, più verosimilmente, la sua maggioranza potrà “[...] provocare dalla camera un voto di sfiducia individuale a sanzione della responsabilità del singolo”»;

d) infine, se, a seguito del voto parlamentare, il ministro non osservi l’obbligo giuridico di dimettersi, potrà essere «oggetto di altro provvedimento di revoca, fondato su altri presupposti e motivi, diversi da quelli già indicati in precedenza. Il rifiuto del singolo ministro determina violazione dei principi della forma di governo e, in definitiva, della Costituzione. La revoca da parte del capo dello Stato, in tal caso (che taluno svincola dalla proposta del presidente del consiglio per meglio esaltarne l’autonomia finalità garantistica) è volta anche ad assicurare l’esecuzione della volontà del Parlamento e trova proprio in tale dato obiettivo e formale (non suscettibile di variabili ed incerte premesse), quella coerenza logica con il sistema che ne evidenzia la *ratio* di necessaria integrazione *praeter constitutionem*. A differenza dell’altra ipotesi di revoca non sono ora ragioni di merito (già valutate dal Parlamento in sede di deliberazione della sfiducia individuale) a provocare l’atto, ma motivi di legittimità e di garanzia a giustificarne l’adozione»⁹⁸².

Come si vede, lo scritto prende decisamente posizione a favore della soluzione adottata dal Senato, dal Presidente del Consiglio e dal Capo dello Stato in occasione del “caso Mancuso” e successivamente “convalidata” dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 7 del 1996. Più particolarmente, D’Orazio tiene a smentire l’assolutezza del principio della responsabilità collegiale, affermando che «essa non può essere automaticamente presupposta *ex ante*, ma presunta solo in modo relativo, attraverso l’analisi di atti e comportamenti idonei a realizzare o, viceversa, a menomare» la conformità dell’azione del ministro alle deliberazioni adottate dal governo in sede di determinazione della sua politica generale⁹⁸³. Un altro argomento ricco di suggestione per negare l’automatismo della responsabilità collegiale per gli atti del singolo ministro, è contenuto nell’osservazione per cui se il «dissenso o l’inosservanza delle direttive [...] assume forme e rilievo esterni al consiglio dei ministri ed invece di dissociare la propria responsabilità da quella collegiale, il ministro insista *uti singulus* [...], evidentemente non si può pervenire ad una aprioristica inscindibilità ed equivalenza di responsabilità, poiché ciò

⁹⁸² G. D’Orazio, *Il ministro dissenziente tra governo e Parlamento*, cit., pp. 162 ss.

⁹⁸³ G. D’Orazio, *Il ministro dissenziente tra governo e Parlamento*, cit., p. 165.

presupporrebbe, oltre all'errore logico (sulla natura della presunzione) il riconoscimento al singolo ministro di un "potere di crisi"⁹⁸⁴.

Non mi soffermo sulle riflessioni intorno alle concrete modalità in cui è andato svolgendosi il "caso Mancuso", né sugli eleganti problemi in tema di conflitto di attribuzioni affrontati analizzando la sent. n. 6 del 1997, cui D'Orazio riconosce il merito di avere utilizzato un'«ampia interpretazione sistematica e razionalizzatrice secondo la "logica del governo parlamentare (espressamente invocata a parametro dal giudice)»⁹⁸⁵.

Concludendo il saggio l'Autore sottolinea che mentre, in passato, «l'ipotesi stessa di un intervento della Corte nei rapporti e nelle controversie politiche era considerata con scetticismo, diffidenza e sospetto [...]. Oggi quello stesso giudice, con un *parterre* di parti processuali costituito dagli altri organi costituzionali (in vario modo coinvolti nella vicenda) è chiamato a pronunciarsi sul cuore stesso del sistema, il rapporto fiduciario [...]. Resta, forse, il rammarico che la decisione razionalizzi un aspetto del sistema proprio nel momento in cui esso tenta di mutare i suoi principi ispiratori per strutturarsi in una nuova forma di governo, nella quale un Esecutivo democraticamente forte consenta di risolvere più agevolmente le situazioni di crisi»⁹⁸⁶.

Il rammarico espresso da D'Orazio, forse, era un po' prematuro: pur senza arrivare alla revisione della Costituzione, l'esecutivo, nei fatti, è andato rafforzandosi nei riguardi del Parlamento; al contempo, si sono progressivamente indebolite le forze politiche, che hanno smarrito del tutto la consapevolezza del loro ruolo. Questioni politicamente sensibili continuano ad essere risolte dalla Corte costituzionale, chiamata a decidere controversie un tempo composte in sede politica. Alla luce delle vicende occorse nei vent'anni trascorsi dalla scomparsa di Giustino D'Orazio, mi è difficile intravedere i presupposti per un cambiamento di rotta.

⁹⁸⁴ G. D'Orazio, *Il ministro dissenziente tra governo e Parlamento*, cit., p. 166.

⁹⁸⁵ G. D'Orazio, *Il ministro dissenziente tra governo e Parlamento*, cit., p. 179.

⁹⁸⁶ G. D'Orazio, *Il ministro dissenziente tra governo e Parlamento*, cit., p. 179.

Il ruolo del Presidente della Repubblica negli scritti di Giustino D'Orazio*

di Giuseppe de Vergottini**

Sommario: 1. Premessa. – 2. Il Presidente della Repubblica nell'idea dei costituenti e nell'evoluzione storica. – 3. Le questioni della “supplenza” presidenziale - 4. (*Segue*) e del “presidenzialismo strisciante”. – 5. La riflessione di Giustino D'Orazio. – 6. Il suo metodo.

1. Premessa

In virtù della sua appartenenza ai ruoli della Corte costituzionale fin dalla formazione dei suoi apparati⁹⁸⁷, fu naturale, per Giustino D'Orazio, rivolgere a questa Istituzione i primi studi e avviare la sua produzione scientifica dedicandosi alla Corte, allo status dei giudizi che la compongono⁹⁸⁸, alle sue decisioni⁹⁸⁹ e a taluni, ancora inesplorati, istituti processuali. Temi, questi, che egli esaminò in modo assai approfondito, secondo un metodo diretto a privilegiare innanzitutto il dato normativo e, secondariamente, la prassi giurisprudenziale.

Ma il suo interesse, in realtà, ha toccato nel tempo tutti i capitoli dell'organizzazione costituzionale⁹⁹⁰. Tra questi, un posto di tutto rispetto ha riguardato la presidenza della Repubblica⁹⁹¹, istituzione che Giustino D'Orazio ha potuto osservare e seguire criticamente attraverso l'esame particolare delle prassi presidenziali di Pertini e Cossiga.

* Contributo pubblicato previa accettazione del comitato scientifico del Convegno. Relazione al Convegno in memoria di Giustino D'Orazio *Gli organi costituzionali di controllo nella storia costituzionale repubblicana*, Corte Costituzionale, Palazzo della Consulta, Piazza del Quirinale, Roma, 20 febbraio 2017.

** Professore ordinario di Diritto pubblico comparato e Diritto costituzionale, Università degli Studi di Bologna.

⁹⁸⁷ GIUSTINO D'ORAZIO (1930-1997) entrò nei ruoli della Corte costituzionale nel 1960, risultando unico vincitore del primo concorso pubblico da questa bandito; e svolse la sua carriera all'interno dell'Ufficio Studi, divenendone il direttore (nonché Vice-Segretario generale della Corte) prima di passare alla cattedra universitaria.

⁹⁸⁸ Oltre alla prima monografia, *Aspetti dello status di giudice costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1966, la produzione degli anni '60 comprende una serie di saggi concentrata sulla Corte e sui suoi membri: *Appunti sullo status dei giudici aggregati per i giudici di accusa dinanzi alla Corte costituzionale (con particolare riferimento al momento di assunzione della qualifica)*, in *Archivio giuridico*, 1963, 133; *Prorogatio, supplenza, nomine di giudici costituzionali e continuità funzionale della Corte*, in *Rassegna parlamentare*, 1965, 250; *Sulla prorogatio dei giudici costituzionali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1966, 502; *Osservazioni sulla prassi e i poteri della Corte costituzionale in sede di verifica dei titoli dei propri membri*, in *Scritti in memoria di Antonino Giuffrè*, 1967, vol. 3, 409; *Giudice costituzionale*, voce dell'*Enciclopedia del diritto*, XVIII, Milano, 1968, XVIII, 949; ma limitandoci agli anni di poco successivi, possono ricordarsi anche le *Opinioni sul “caso Cordero”*, in *Diritto e società*, 1973, 461, e il *“caso Basso”*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1974, 2838.

⁹⁸⁹ Costante è stato l'interesse di G. D'ORAZIO per i temi, in particolare, delle tecniche decisorie della Corte, degli effetti nel tempo delle sentenze costituzionali e dell'accesso alla Corte, cui ha dedicato diversi saggi a partire dagli anni '70 e fino ai primi anni '90, apparsi in *Giurisprudenza costituzionale*, sulla *Rivista trimestrale di diritto pubblico* e negli atti di alcuni convegni (nonché sviluppati nella monografia su *Soggetto privato e processo costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1988 e seconda edizione 1992). Per una bibliografia completa dei suoi scritti si rimanda all'appendice di questo volume.

⁹⁹⁰ Senza dimenticare, peraltro, le incursioni nel campo della storia delle istituzioni, seguendo inclinazioni e interessi che, dopo le prime anticipazioni (*Profili storico-evolutivi della giustizia costituzionale in Italia*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1972, 322), ha trovato compiuta espressione nel volume pubblicato nel venticinquennale della creazione della Corte: *La genesi della Corte costituzionale*, Milano, Edizioni di Comunità, 1981.

⁹⁹¹ Agli '60 risalgono anche i primi scritti in materia di presidenza della Repubblica: *Note sulla struttura degli atti presidenziali dichiarativi di impedimento (art. 86 Cost.)* in *Rassegna di diritto pubblico*, 1967, 381; *Sulla supplenza presidenziale per viaggio all'estero*, in *Rassegna parlamentare*, 1969, 395; e l'opuscolo *Riproduzione di legge dichiarata incostituzionale e poteri presidenziali in sede di promulgazione (spunti critici e ricostruttivi)*, Roma (s.n.), 1968 (ora in *Giustino D'Orazio. Antologia di saggi*, a cura di D. Florenzano e R. D'Orazio, nei *Quaderni del Dipartimento di scienze giuridiche dell'Università di Trento*, n. 33, Trento 2002).

Sugli anni di Pertini, in particolare, D’Orazio ha posto ripetuta attenzione dedicandovi numerosi contributi. La monografia su *La presidenza Pertini*, del 1985⁹⁹², costituisce, alla fine del settennato, il punto di arrivo delle sue riflessioni, nel quale si condensano gli spunti raccolti in alcuni studi pubblicati negli anni precedenti⁹⁹³. Per quanto riguarda invece la presidenza Cossiga sono da ricordare, tra gli altri, i saggi sui *Poteri presidenziali e interpretazioni autoriduttive* del 1987⁹⁹⁴, sulle *Riflessioni sulla crisi presidenziale*⁹⁹⁵ del 1992, su *La «doppia presidenza»* con riferimento ai rapporti col CSM, del 1992⁹⁹⁶.

Nell’esame della presidenza Pertini, l’Autore pone l’attenzione sull’elasticità o flessibilità dei poteri presidenziali, sulla tendenziale espansione del ruolo presidenziale ben al di là di quella che era la formula notarile o comunque arricchita di marginali interventi ampliativi delle origini; ravvisa alcuni sviluppi in senso presidenzialista; e giunge ad usare – seppure problematicamente – la formula del presidenzialismo “strisciante” mentre guarda al ruolo effettivo della figura presidenziale, ricercandolo nelle prassi spesso scollegate da quelle che appaiono le qualificazioni formali delle attribuzioni formalmente previste nella Carta costituzionale. Si profila, in questo studio, una chiara propensione metodologica di D’Orazio: può dirsi, anzi, che la ricerca e la messa in risalto dell’*effettività* delle funzioni esercitate dal titolare della carica sia la chiave di interpretazione costante in tutto il suo percorso di studio⁹⁹⁷.

A proposito della presidenza Cossiga, l’Autore rileva come la tendenza a spostare l’asse della forma di governo dal ruolo di moderazione e garanzia verso un vero e proprio ruolo governante si sia fortemente accentuata. Infatti, la spinta a favore della prevalenza del ruolo presidenziale diventa ora sempre più evidente, in quanto gli interventi espansivi del presidente sarebbero esplicitamente *programmati*⁹⁹⁸; il presidente si fa titolare di un suo indirizzo diretto a modificare, in modo provocatorio, la forma di governo; è un presidente di rottura (*de combat*)⁹⁹⁹; il quale intende cambiare le regole del gioco facendosi promotore della loro riforma. Per tali ragioni – sempre accuratamente ricostruite –, D’Orazio considera una situazione che a lui appare in corso di (potenziale) trasformazione verso il semipresidenzialismo, e ritiene utile operare un costante riferimento comparativo al passaggio dalla quarta alla quinta repubblica francese¹⁰⁰⁰.

Questi sviluppi, inoltre, comportano il mutamento di norme di correttezza e l’introduzione di diversi criteri convenzionali, se, come registra l’Autore, tale espansione presidenziale ha potuto valersi anche della tolleranza o addirittura di una sorta di connivenza del sistema dei partiti e degli

⁹⁹² *Presidenza Pertini (1978-1985): neutralità o diarchia? Contributo ad una analisi giuridico-costituzionale*, Rimini, Maggioli, 1985.

⁹⁹³ Tra cui *Introduzione ad uno studio sulla Presidenza Pertini*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1983, 1066; *In tema di rapporti tra presidenza della Repubblica e Governo nella più recente esperienza costituzionale italiana (1978-1992)*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1983, 1181; *Presidente della Repubblica e Corte costituzionale: i rapporti nel sistema e nella prassi*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1982, 1924 (e negli *Scritti sulla giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, Padova, Cedam, 1985, I, 257); *Il numero dei senatori a vita nell’interpretazione del Capo dello Stato*, in *Quaderni costituzionali*, 1985, 131; *Sul “nuovo corso” delle esternazioni presidenziali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1983, 429.

⁹⁹⁴ *Poteri presidenziali ed interpretazioni autoriduttive (e non)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1987, 2396.

⁹⁹⁵ *Riflessioni sulla crisi presidenziale nella derazionalizzazione del sistema*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1992, 2465.

⁹⁹⁶ *La doppia presidenza e le sue crisi (Presidente della Repubblica e C.S.M.)*, in *Quaderni costituzionali*, 1992, 247. Al tema G. D’ORAZIO sia era accostato già con *Orientamenti presidenziali per un “superior” Consiglio della magistratura*, in *Quaderni costituzionali*, 1990, 299.

⁹⁹⁷ L’interesse per il punto di caduta del suo oggetto di studio «nella prassi costituzionale e nella costituzione materiale» è espresso e motivato dall’Autore già nelle prime righe dell’introduzione a *La presidenza Pertini*, cit., 19.

⁹⁹⁸ *Riflessioni sulla crisi presidenziale*, cit., 2469, a proposito del «programma» della presidenza Cossiga.

⁹⁹⁹ *Riflessioni sulla crisi presidenziale*, cit., 2477.

¹⁰⁰⁰ *Riflessioni sulla crisi presidenziale*, cit., 2483 s., 2516 s.

altri organi costituzionali¹⁰⁰¹. Egli dunque osserva le trasformazioni della presidenza da organo di garanzia in organo di indirizzo, le tensioni in senso presidenzialista manifestatesi nella presidenza Pertini e vistosamente incrementate nella successiva di Cossiga; e si pone l'interrogativo se si tratti di un profilo espansivo consentito dall'elasticità della nostra costituzione rimanendosi nell'ambito della forma parlamentare, oppure se sia in atto il graduale evolversi in una forma semipresidenziale.

2. Il Presidente della Repubblica nell'idea dei costituenti e nell'evoluzione storica

Come emergeva dall'impostazione della relazione preliminare di Mortati alla seconda sottocommissione del 3 settembre 1946, le scelte della Costituente apparivano destinate a sommare residui della figura del capo dello stato monarchico ad attribuzioni tutt'altro che formali. Non si voleva avere un presidente decorativo, ma, ad un tempo, neanche si voleva un capo dell'esecutivo.

E' opinione pacifica che la Costituente volesse un presidente garante, esterno alla attività politica contingente affidata al raccordo maggioranza parlamentare – Governo, ma non escludesse, in potenza, un ruolo attivo del presidente.

L'unico centro di legittimazione politica stava nel raccordo corpo elettorale-parlamento. Il presidente non aveva collegamento col corpo elettorale e passava attraverso la necessaria mediazione parlamentare per la sua elezione. In seguito, questo diaframma parlamentare sarebbe stato, nel tempo, sovente superato dall'accesso diretto al popolo di presidenti *mediatizzati*, mentre la debolezza degli organi di indirizzo politico, collegata alla inefficienza e delegittimazione del sistema dei partiti, avrebbe portato il popolo a guardare come riferimento al presidente, tra l'altro dotato di stabilità settennale e quindi di continuità nel suo ruolo.

In pratica, il ruolo della “opinione pubblica” (per usare un riferimento non istituzionale) finiva per supplire alla carenza di legittimazione diretta tramite elezione popolare, che non era possibile. Si è così potuto spesso creare una sorta di dialogo fra cittadinanza e presidente, consentito e agevolato dall'espandersi senza limiti dei mezzi di comunicazione.

Volendo, tuttavia, tratteggiare i caratteri della figura di capo dello Stato introdotta dalla Costituzione, occorre fare riferimento alle parole pronunciate da Meuccio Ruini, all'inizio del febbraio del 1947, nella sua relazione all'Assemblea sul progetto di Costituzione. Il Presidente non sarebbe stato un personaggio decorativo.

«Egli rappresenta e impersona l'unità e la continuità nazionale, la forza permanente dello Stato al di sopra delle mutevoli maggioranze. È il grande consigliere, il magistrato di persuasione e di influenza, il coordinatore di attività, il capo spirituale, più ancora che temporale della Repubblica». Inoltre «Il Capo dello Stato non governa; la responsabilità dei suoi atti è assunta dal Primo ministro e dai Ministri che li controfirmano; ma le attribuzioni che gli sono specificamente

¹⁰⁰¹ *Riflessioni sulla crisi presidenziale*, cit., 2515-2519: secondo l'Autore, infatti, «coinvolgerebbe la responsabilità politica ed istituzionale del sistema stesso dei partiti [...] consentire che sulla natura di legittimità di determinati limiti della funzione presidenziale [...] prevalga la espressa trasformazione, da parte del presidente, in limite di merito e di opportunità, per ritenersi meno vincolato e quasi autorizzato a discostarsi da criteri e canoni pur generalmente accolti e, nella prassi di ogni settennato, rivendicati ed invocati».

attribuite dalla costituzione, e tutte le altre che rientrano nei suoi compiti generali, gli danno infinite occasioni di esercitare la missione di equilibrio e di coordinamento che è propriamente sua»¹⁰⁰².

Al Presidente della Repubblica venivano perciò riconosciuti poteri attivi riconducibili al più generale fine della razionalizzazione del sistema, nel proposito di assicurare l'equilibrio fra poteri e destinati a consentire alle maggioranze di governo l'attuazione dell'indirizzo politico, senza però interferire con essa. Si riconobbe altresì il ruolo che era stato tipico dell'istituzione monarchica, quello di impersonare l'unità e la continuità dello Stato; in quanto organo monocratico, il presidente era chiamato a esprimere la volontà unitaria dello Stato sia verso l'interno sia verso l'esterno, sia dal punto di vista simbolico, sia dal punto di vista giuridico.

Può allora comprendersi – qui sintetizzando – che attraverso il riferimento abituale che viene fatto alla *neutralità* della carica debba intendersi sottolineata l'impossibilità di sovrapporre l'intervento presidenziale all'asse dell'indirizzo maggioranza-governo; anzi, della funzionalità di questo imprescindibile rapporto il presidente è visto come garante o tutore.

La stessa Corte costituzionale, d'altra parte, ha reso di recente (con la sentenza 1/2013¹⁰⁰³) la sua aggiornata lettura del ruolo presidenziale, tale in realtà da confermarne la versione tradizionale. Ne è nota l'argomentazione. La Corte, in sostanza, considera il presidente della Repubblica organo *super partes*, in quanto collocato dalla Costituzione al di fuori dei tradizionali poteri dello Stato, e naturalmente, al di sopra di tutte le parti politiche, con competenze che non implicano il potere di adottare decisioni nel merito di specifiche materie, ma che danno al medesimo gli strumenti per indurre gli altri poteri costituzionali a svolgere correttamente le proprie funzioni.

Da ciò la Corte trae la conclusione che compito primo del Capo dello Stato stia nella rappresentanza dell'unità nazionale, intesa nel senso della coesione e dell'armonico funzionamento dei poteri politici e di garanzia che compongono l'assetto costituzionale della Repubblica. Nell'insieme, il ruolo assegnato al Capo dello Stato sarebbe quindi lontano dall'attribuirgli una funzione "governante", concretizzandosi in un'essenziale funzione di garanzia. Ne risulta confermata l'idea della magistratura di influenza, in funzione di moderazione e di stimolo nei confronti degli altri poteri; benché essere organo di garanzia non escluda, tuttavia, poteri di incidere concretamente sul sistema.

Con questa pronuncia, la Corte ha contrastato una lettura intesa a riconoscere una possibile evoluzione del ruolo presidenziale orientata a configurare il presidente quale organo "governante", lettura motivata dalle anomalie intervenute in tempi più recenti a causa delle criticità generate dalla politica. Eppure, non è possibile ignorare situazioni quali quella verificatasi negli ultimi anni della presidenza Napolitano, in cui il condizionamento esercitato dal presidente sull'attività politica nazionale è stato tale da fare emergere un ruolo marcatamente governante.

¹⁰⁰² Relazione presentata alla presidenza dell'Assemblea Costituente il 6 febbraio 1947 (può leggersi in *La Costituzione della Repubblica Italiana nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, Camera dei deputati, 1970-1971, LXXXIV).

¹⁰⁰³ Tra i molti commenti sulla sentenza – che indubbiamente rende «una interpretazione [...] destinata a diventare un punto di riferimento obbligato nel convulso e sfaccettato dibattito che, specie negli ultimi anni, ha riguardato la figura dell'organo posto al vertice del nostro sistema» -, può vedersi M.C. GRISOLIA, *Un nuovo "tassello" nella ricostruzione giurisprudenziale della figura e del ruolo del Capo dello Stato*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, 115.

3. Le questioni della “supplenza” presidenziale

Dalle difficoltà del rapporto fra parlamento e governo è nata, nel tempo, l'esigenza di utilizzare la centralità della figura presidenziale per supplire o integrare le carenze del sistema.

Innanzitutto ad una politica affidata a partiti spesso inadeguati, il Presidente della Repubblica si è sentito "costretto" ad aumentare il numero e la forza dei suoi interventi, in crescita con forme differenti sin dai tempi della presidenza Cossiga, per non dire dai tempi di Pertini.

Le dichiarazioni pubbliche, espressione del potere di esternazione¹⁰⁰⁴, hanno assunto un rilievo originale connesso alla disgregazione della capacità di elaborazione politica dei partiti e alla personalizzazione della lotta politica. Si è determinata pertanto "una forma di supplenza presidenziale del Parlamento" che sembra aver portato il potere di esternazione ad assumere i tratti di una nuova convenzione, se non proprio di una consuetudine¹⁰⁰⁵.

Di fronte a un Parlamento a tratti "paralizzato", ma pur sempre e inevitabilmente rappresentativo secondo i consolidati schemi, e rispetto a un esecutivo non sempre compatto intorno alla *leadership* del Presidente del consiglio, direttamente legittimato dall'elettorato in forza dei caratteri del sistema elettorale, si è collocato un Presidente della Repubblica che agisce rivendicando, a un tempo, il rispetto della Costituzione e un legame forte con l'opinione pubblica¹⁰⁰⁶, il suo compito istituzionale e la sua responsabilità politica.

In pratica, il presidente pretende di assicurare il rispetto della costituzione ma anche di intervenire nel circuito, disciplinato dal diritto, delle decisioni politiche. E questa pretesa di intervento, in molti casi particolarmente forte, non poteva non far dubitare circa la fuoriuscita dai convenzionali compiti di garante.

Eppure, fermo il dato non controvertibile che la forma di governo voluta dal costituente racchiude l'indirizzo politico nel rapporto maggioranza-governo, non è impedito prospettare un indirizzo politico del presidente con riferimento al suo ruolo di intervento in chiave garantista. Semmai, il punto delicato sta in quegli interventi presidenziali che vengono assunti in caso di grave crisi; è qui che solitamente viene recuperata l'opinione di Esposito sul presidente “reggitore” del sistema nelle crisi¹⁰⁰⁷.

¹⁰⁰⁴ Su cui, G. D'ORAZIO, *Sul “nuovo corso” delle esternazioni presidenziali*, cit.

¹⁰⁰⁵ «Non si può trascurare» – scrive infatti G. D'ORAZIO, *La presidenza Pertini*, cit. 21 – «che una delle caratteristiche e peculiari notazioni della presidenza è stata un costante scambio o ‘confusione’ o integrazioni di ruoli tra l'uomo *uti civis* ed il titolare dell'organo pubblico, con tale frequenza che, ad esempio, lo stesso potere di esternazione, quale canonizzato finora dall'interpretazione giuridica, ne risulta trasformato in ampiezza e in contenuto conferendo, si direbbe, un nuovo e più concreto significato alla formula scritta (e di non univoco significato) della “rappresentanza dell'unità nazionale” (art. 87 Cost.)».

¹⁰⁰⁶ A tale proposito G. D'ORAZIO, tra i primi, rilevava (con riferimento ancora alla *presidenza Pertini*, cit., 22) che questa presidenza «ha curato una “interpretazione” sociologico-politica dell'opinione pubblica e l'ha spesso assunta a criterio di identificazione di interessi generali (che si ritengono) ricompresi nella tutela e nella garanzia da parte del Capo dello Stato o assunti a canone di legittimazione di attività che si considerano a quel fine rivolte, siano esse poste in essere in forme tipiche o *extra ordinem*».

¹⁰⁰⁷ C. ESPOSITO, *Capo dello Stato*, in *Enciclopedia del diritto*, VI, Giuffrè, Milano, 1960, 237 (ora in *Diritto costituzionale vivente, Capo dello Stato ed altri saggi*, a cura di D. Nocilla, Milano, Giuffrè, 1992). Richiamando la ricostruzione di Esposito, D'Orazio ritiene tuttavia – con riferimento alla presidenza Cossiga – non sussistenti «i presupposti obiettivi ai quali la dottrina espositiana condizionava l'insorgere legittimo di un nuovo ruolo del Presidente della Repubblica, in luogo di quello ad esso ordinariamente spettante, in condizioni di normalità», essendo in quella teoria «l'assunzione dei poteri propri di un “reggitore” era vincolata a puntuali situazioni funzionali del Parlamento, che nella stessa ipotesi di quella scuola apparivano destinate ad essere infrequenti (caso di guerra)», in ogni caso finalizzata a «ripristinare, appena possibile, i “rimedi canonizzati” nei testi costituzionali, con esclusione, quindi, di un potere del Capo dello Stato di autolegittimarsi in un qualunque momento di (generica) crisi e,

Ma qual è il punto di passaggio dalle inefficienze ormai considerate ricorrenti - e quindi da ritenersi “ordinarie” del sistema - a quelle propriamente gravi? La difficoltà di tracciare un confine fra le due ipotesi è del tutto evidente. Inoltre, è difficile distinguere il caso di semplici “strappi” operati per ragioni contingenti dal presidente, seguiti dalla successiva ripresa della normalità dei rapporti, dal diverso caso di un mutamento tendenzialmente definitivo, in cui il ruolo presidenziale possa cambiare in virtù di una vera e propria alterazione del regime costituzionale.

4. (Segue) e del “presidenzialismo strisciante”

I momenti di crisi che hanno condotto alla “supplenza” presidenziale hanno indotto i costituzionalisti a ravvisarvi talvolta il segno di *tendenze presidenzialiste*.

Ricordiamo bene come, a partire dalla fine degli anni settanta del secolo trascorso, si fosse aperto ufficialmente il dibattito sulle riforme costituzionali; e in quel clima venne anche ipotizzata una revisione radicale della forma di governo¹⁰⁰⁸. Si cominciò dunque a discutere di presidenzialismo, di semipresidenzialismo e di elezione diretta del Presidente del Consiglio. Nel 1983, all’esordio della Commissione bicamerale presieduta da Aldo Bozzi, Enzo Cheli poteva rilevare le «crescenti difficoltà... nell’esercizio delle funzioni di direzione e di selezione delle scelte affidate al sistema dei partiti», oltre che la «pressione delle diverse domande sociali ... non filtrate e non filtrabili attraverso i canali della rappresentanza politica». Con tali rilievi era confermata l’idea della flessibilità ed elasticità dei poteri presidenziali, e riproposta la tesi secondo cui la situazione di crisi poteva «orientare l’azione del Capo dello Stato verso lo svolgimento di un ruolo peculiare di mediazione e sutura tra le varie componenti, sociali ed istituzionali, la cui divaricazione si è andata aggravando»¹⁰⁰⁹; talché il Presidente, secondo Cheli, si configurava come «titolare di un proprio indirizzo politico, distinto e talvolta contrapposto all’indirizzo politico delle forze di maggioranza in quanto destinato a preservare e sviluppare - se del caso anche in contrasto con tali forze - i valori costituzionali»¹⁰¹⁰.

La sfera d’influenza del Presidente della Repubblica si è poi notevolmente ampliata con il passaggio dal parlamentarismo compromissorio a quello a vocazione maggioritaria, nonostante sembrasse, al contrario, doversi ridurre a una più indefinita attività di *moral suasion*, volta a contenere, nello spazio di un’attesa democrazia dell’alternanza, con l’esercizio di poteri garanzia e di controllo, il maggior peso ottenuto dalla maggioranza attraverso il nuovo sistema elettorale.

Ciò ha alimentato un dibattito su supposte fuoriuscite dai limiti costituzionali del suo ruolo, sulla trasformazione “di fatto” della nostra forma di governo, sulla necessità per il paese di una

soprattutto, di cogliere l’occasione della pur tipica crisi del sistema per modificare permanentemente la Costituzione» (*Riflessioni sulla crisi presidenziale*, cit. 2470). La questione, d’altra parte, è affrontata dall’Autore anche in relazione al ruolo del Presidente della Repubblica nella formazione dei governi e alle sue diverse ricostruzioni, tra cui l’idea espositiva di una “fiducia presidenziale” eccezionalmente sostitutiva di quella parlamentare (*In tema di rapporti tra Presidenza della Repubblica e Governo*, cit., 1197 ss.).

¹⁰⁰⁸ E’ l’occasione per ricordare che, successivamente, lo stesso D’ORAZIO poté offrire, un proprio contributo al pluridecennale dibattito sulle riforme, con le *Osservazioni sulla Presidenza della Repubblica, il Governo e il Parlamento secondo le proposte di riforma*, raccolte nelle *Osservazioni dell’Istituto di studi sulle regioni del CNR e delle facoltà di giurisprudenza, scienze politiche ed economia e commercio sui testi provvisori elaborati dai Comitati “forma di stato” e “forma di governo”*, a cura della Commissione parlamentare per le riforme istituzionali, Camera dei Deputati, Servizio commissioni parlamentari, 1993.

¹⁰⁰⁹ E. CHELI, *Poteri autonomi del Capo dello Stato e controfirma ministeriale*, in *Quaderni costituzionali*, 1983, 361.

¹⁰¹⁰ E. CHELI, *Poteri autonomi del Capo dello Stato e controfirma ministeriale*, cit.

riforma in tal senso, sul ruolo del Presidente della Repubblica e del Presidente del Consiglio: discussioni che hanno costituito, in campo giuridico, il *pendant* dei dibattiti politologici sulla personalizzazione della politica. Questa evoluzione – lo si è già ricordato - ha indotto parte della dottrina a evocare l'idea espositiva del Presidente della Repubblica come supremo reggitore dello Stato nei periodi di crisi; una tesi secondo cui, innanzi alla crisi del sistema politico, l'espansione dei poteri del Presidente risulterebbe giustificata, anzi necessaria.

5. La riflessione di Giustino D'Orazio

Nei suoi scritti, Giustino D'Orazio analizza in modo sistematico e continuativo, come già ricordato, le prassi delle presidenze Pertini e Cossiga. Queste prassi denotano una *alterazione* dell'iniziale modello di presidente, non uno sconvolgimento; indicano modifiche non irreversibili, le quali possono a loro volta essere mutate; non sostanziano un mutamento tendenzialmente definitivo bensì mutamenti episodici. Tuttavia - è questa una notazione importante -, tutto ciò che evidenzia una estensione progressiva dei poteri del presidente condurrà a fissare un ampliamento di poteri destinato a consolidarsi nel tempo¹⁰¹¹.

Alle prese con questi fenomeni, D'Orazio si chiede quale debba essere l'atteggiamento del giurista di fronte all'alterazione del modello tradizionale del presidente garante disegnato dalla Costituzione. Ciò, ovviamente, nel presupposto che valga o sia predominante il modello del presidente garante, esterno all'indirizzo maggioranza-governo, e pur considerando che tale premessa possa essere frutto di una lettura rigida e forse ingenua del modello di governo parlamentare voluto dalla Costituzione.

A tale riguardo, il nostro Autore riconosce che per valutare la situazione prodottasi nella realtà ordinamentale possono adottarsi diversi criteri, una volta che si presupponga la flessibilità del modello e dunque la possibilità di qualche sua forzatura. L'alternativa metodologica è tra il rimanere fedeli il più possibile al modello formale, pur aggiustandolo al diritto vivente; e il prendere atto, per contro, di una tendenza all'evolversi di fatto verso una diversa forma di governo¹⁰¹². All'estremo, si profilerebbe il ricorso a una revisione in senso presidenziale.

Il punto interrogativo è sollecitato, nell'analisi di D'Orazio, soprattutto dalla constatazione dell'esuberante attivismo del presidente, il quale, a diverse riprese, sembra forzare i confini di un corretto uso delle competenze assegnategli dalla costituzione. L'Autore esclude che il tema possa affrontarsi nei termini di mero ordine psicologico o caratteriale legati alle complesse personalità dei titolari della carica, e si prefigge di rimanere nel campo della definizione strettamente giuridica

¹⁰¹¹ Si chiedeva infatti G. D'ORAZIO, *La presidenza Pertini*, cit., 21: «Gli spazi conquistati in questi ultimi anni dalla presidenza, o meglio, le interpretazioni estensive da essa seguite e da altre istituzioni, in buona sostanza, non contrastate (se non addirittura sollecitate), o le nuove convenzioni costituzionali affermatesi nel periodo esaminato (che, è pur vero, si è svolto in un quasi permanente stato di necessità politico-economico-sociale), potranno essere recuperati o neutralizzati a favore dei vecchi equilibri costituzionali? Oppure l'accennato periodo è preparatorio – come sintomo di profondi ed ineluttabili mutamenti se non come disegno preordinato – di altra forma di governo o, quantomeno, di un nuovo centro di gravità nel sistema parlamentare italiano?».

¹⁰¹² Chiare, al riguardo, le notazioni metodologiche di G. D'ORAZIO nelle pagine introduttive de *La presidenza Pertini*, cit. 34-35, in cui esclude, nella visione realistica dell'interprete, il proposito di «elevare a concezione mistica la lettera o lo spirito dei testi normativi scritti o delle consuetudini o delle prassi anteriormente consolidate», e stima necessario tenere conto «della presenza di principi istituzionali nel sistema, che consentono ed impongono di ricondurre *sub specie juris* anche fenomeni che da quel testo sono lontani o con esso, *prima facie*, contrastanti».

dei poteri¹⁰¹³. In questa prospettiva, egli osserva che la tendenza allo spostamento del baricentro dei poteri verso la presidenza, che ha caratterizzato certi momenti della gestione Pertini e Cossiga, sia legata al superamento di precedenti criteri di correttezza costituzionale e a mutamenti che si manifestano tramite convenzioni innovanti; in particolare, il fulcro delle modifiche vien visto nel ricorso debordante alla prassi delle esternazioni¹⁰¹⁴.

Le modificazioni intervenute in via di prassi segnalano non semplici (diremmo occasionali o casuali) abbandoni di precedenti criteri di comportamento, bensì «una sensibile evoluzione verso altri criteri di giudizio»¹⁰¹⁵. Ciò non significa che vi sia stato il passaggio a una nuova forma di governo; questa permane quella fissata dal costituente, con tutta la sua nota vaghezza e incompletezza, che richiede inevitabilmente interventi di completamento tramite convenzioni.

Volendo poggiare le proprie riflessioni anche su riscontri comparatistici, D’Orazio si avvale della sua profonda conoscenza della storia costituzionale, in particolare di quella francese, che gli appare ineludibile termine di paragone mentre osserva, nella sua analisi delle presidenze Pertini e Cossiga, la deformazione in senso presidenziale dei poteri del presidente italiano, evidentemente suscettibile di evocare, quale possibile termine di paragone storico-comparatistico, il passaggio del ruolo del presidente nella quarta rispetto alla quinta repubblica¹⁰¹⁶.

6. Il suo metodo

Vorrei brevemente richiamare, infine, il *metodo* seguito da Giustino D’Orazio. La sua mi è sempre apparsa una ricerca scrupolosamente basata sullo studio diretto delle fonti: voglio dire che, a parte la solida formazione culturale orientata sugli svariati temi del diritto costituzionale e basata su un sicuro dominio della letteratura giuridica, egli era, con grande attenzione, portato alla conoscenza di prima mano dei dati informativi che costituivano la premessa di ogni ricerca.

Il suo ruolo presso la Corte gli consentì di avere a disposizione un’ampia mole di dati giurisprudenziali, da lui consultati e utilizzati con profitto; tale scrupolo, d’altronde, non venne meno una volta passato definitivamente alla cattedra universitaria. Ma un suo tratto caratteristico

¹⁰¹³ Per quanto possano valere, rileva G. D’ORAZIO (*La presidenza Pertini*, cit., 20-21), spiegazioni di ordine sociologico o psicologico dell’influenza determinata dalla personale individualità del titolare «sull’esercizio e sulla effettività del potere presidenziale», pur sempre «l’attenzione del giurista, necessariamente, è orientata in modo diverso ed è tenuta ad analisi e spiegazioni (possibilmente) meno fantasiose» del «profondo grado di innovazione che, in questi ultimi anni, è stato colto, nella forma e nel contenuto della funzione presidenziale»; benché «critici abitualmente severi e rigorosi [abbiano] prospettato, a questo proposito, giustificazioni o ricostruzioni in termini non apprezzabili sul piano dello stretto diritto o delle prevalenti convenzioni, ma sfumanti verso criteri metagiuridici, là dove norma e fatto, diritto e politica, si confondono ed operano principi istituzionali inespressi ma impliciti nel sistema».

¹⁰¹⁴ Al punto da porre in essere con il loro parossismo, secondo D’ORAZIO (*Riflessioni sulla crisi presidenziale*, cit., 2487), se non addirittura fatti inquadabili «nelle linee di un consapevole ed unico disegno politico presidenziale del tipo previsto dall’art. 283 c.p.», sicuramente «una causa di disordine istituzionale e politico o fattore ed impulso di modificazioni tacite e di equilibri, tanto più quando si miri a legittimare il fenomeno al di fuori delle regole stesse della forma di governo, cioè collocandolo tra le personali manifestazioni del pensiero garantite dall’art. 21 Cost.».

¹⁰¹⁵ G. D’ORAZIO, *La presidenza Pertini*, cit, p. 278.

¹⁰¹⁶ La stessa conoscenza della vita costituzionale francese, peraltro, gli consente di evidenziare le differenze, od anche di argomentare l’infondatezza di accostamenti storici «con il ruolo talvolta evocato, con intenti imitativi, nelle più recenti vicende italiane, di Coty», della presidenza Cossiga: a suo parere distinta, in realtà, per un verso dal «legittimo “messaggio” verso le riforme istituzionali» (quello del 26 giugno del 1991, di cui v. il *Commento* dello stesso G. D’ORAZIO in *Giurisprudenza costituzionale*, 1991, 3252), e per altro verso dal «ruolo negativo delle “rotture” modificatrici della Costituzione [non solo materiale] al di fuori delle garanzie, in un’alternanza di “guida” avventurosa delle trasformazioni e di acquiescenza rispetto a contrapposti interessi di gruppi politici».

fu quello di includere, tra i propri strumenti di lavoro, diversi materiali e documenti, compresi quelli offerti dalla stampa di informazione non specializzata, fonte di conoscenza di fatti e accadimenti che egli filtrava e registrava con l'interesse del giurista e secondo le sue proprie categorie¹⁰¹⁷. Giustino era convinto dell'essenzialità della conoscenza più attenta possibile degli eventi, anche apparentemente trascurabili, da cui trarre l'occasione e la conferma delle sue indagini ricostruttive. E in effetti, leggendo i suoi saggi, si incontrano ricorrenti e puntuali riferimenti a fatti e a passaggi particolari della vita politica e istituzionale, attraverso i comunicati, le dichiarazioni di stampa o i commenti resi a ridosso degli avvenimenti da parte di coloro che ne erano stati i protagonisti o i testimoni qualificati: tale documentazione è da lui vagliata in quanto utile alla ricerca delle chiavi interpretative dei fenomeni, ed è registrata ove rilevante per il filo dell'analisi, svolta con sguardo attento alla concretezza delle dinamiche politico-istituzionali¹⁰¹⁸.

Lo stesso Autore, nell'introduzione alla "*presidenza Pertini*", mette in risalto quali siano stati il metodo e le fonti utilizzati in quell'occasione: «da un lato, appunto, un costante riferimento agli avvenimenti assunti nella loro storicità; dall'altro, la speciale attenzione a quelle fonti di documentazione, di informazione e di valutazione che alla cronaca sono connesse ed aderenti e che costituiscono, in parte, quasi un nuovo genere di letteratura giuridica»¹⁰¹⁹, dandosi perciò rilievo anche a "indicazioni di fonti giornalistiche", pur se inusuali (e persino mal viste in tempi meno recenti) secondo la tradizionale concezione dell'apparato critico-filologico¹⁰²⁰. Perché è pur vero che la natura e la collocazione del diritto costituzionale sostanziale tra scienza giuridica e prassi politica consentono o richiedono anche tali peculiarità nella fase preliminare della ricerca¹⁰²¹.

¹⁰¹⁷ Tale indicazione metodologica, peraltro, è lucidamente espressa da G. D'Orazio, *La «doppia presidenza»*, cit., 247 s., dove (traendo spunto da un rilievo di H. Kelsen, che assegna al giurista il compito di «*rationaliser les matériaux*»), individua un primo momento «per così dire, storico-filologico, volto a ricercare, individuare e ricostruire obiettivamente atti, fatti ed eventi – i *matériaux*, appunto – giuridicamente (e costituzionalmente) più rilevanti e significativi sia singolarmente che complessivamente»; e un momento successivo che «sulla base delle risultanze (sia pure selezionate e non casuali) della preliminare ricerca, impegna più direttamente il contributo scientifico di chi è chiamato a classificare, qualificare e, in definitiva, a giudicare tali materiali secondo norme e principi che ne regolano, in particolare, i limiti e gli effetti secondo un criterio più ampiamente sistematico ed unitario che deve consentire, appunto, una coerente ed intrinseca *rationalisation*».

¹⁰¹⁸ Si tratta della multiforme tipologia di materiali di ricerca la cui funzione, ai fini della propria ricerca, l'Autore designa e riassume con la formula di «*emerodottrina*», che pur «nel suo carattere di occasionalità e di estrema sintesi, non può essere negletta da chi avvii un'indagine su svolgimenti politico-costituzionali che sono sotto l'occhio stesso dell'osservatore-interprete» (*La presidenza Pertini*, cit., 27).

¹⁰¹⁹ ...«la cui conoscenza» - prosegue G. D'ORAZIO – «è indispensabile anche per misurare le reazioni della dottrina dinanzi a manifestazioni del diritto costituzionale "vivente"» (*La presidenza Pertini*, cit., 25-26).

¹⁰²⁰ *La presidenza Pertini*, loc. cit.

¹⁰²¹ Giustino D'Orazio, scomparso prematuramente, non ebbe il tempo di conoscere i nuovi strumenti delle riviste *on-line*, dei *blog* e dei *forum* di diritto costituzionale, di cui, probabilmente, sarebbe stato un estimatore (benché, come noi tutti, sopraffatto dalla massa dei dati disponibili), per la rapidità degli interventi, l'immediatezza delle analisi e il commento "in tempo reale" che tali strumenti consentono. Potrebbe dirsi, anzi, che la validità del metodo da lui utilizzato nelle indagini sul presidente della Repubblica (diretto a valorizzare il momento per così dire euristico, preliminare e funzionale al successivo studio organico degli istituti e dei loro profili evolutivi), abbia trovato una conferma nell'uso ormai consueto e generalizzato di questi strumenti da parte della comunità giuristi, e nella corrente attenzione che in tal modo essa rivolge all'attualità e alle tendenze correnti del diritto costituzionale.

Un giroscopio costituzionale. Il Presidente della Repubblica dal mito alla realtà (passando per il testo della Costituzione) *.

Di Massimo Luciani**

SOMMARIO 1. - La questione. 2. - Il Presidente della Repubblica e il controllo costituzionale. 2.1. - Il controllo nella Costituzione. 2.2. - Il Presidente della Repubblica, la funzione e gli atti di controllo. 3.- Il Presidente della Repubblica e la garanzia della Costituzione. 4.- In retrospettiva e in prospettiva: per una ricomposizione del testo e della prassi costituzionale. 4.1. - Essere “capo dello Stato”. 4.2. - Essere “rappresentante dell’unità nazionale”. 4.3. - Prestazioni esigibili e prestazioni non esigibili.

1.- *La questione.*

L’ ammonimento di Carlo Esposito, che invitava i costituzionalisti ad abbandonare il “mondo delle ricostruzioni mistiche” per entrare in quello delle “definizioni realistiche” della figura del Presidente della Repubblica¹⁰²² è tanto conosciuto quanto inascoltato. È mia opinione che la realistica ricostruzione sollecitata da Esposito sia possibile - e non è un paradosso - solo a condizione di tenere in debito conto il testo della Costituzione, che aveva tracciato in modo sintetico, ma molto efficace, i confini - appunto - realisticamente possibili (elastici quanto si vuole, ma pur sempre confini) dell’organo in uno Stato di partiti a forma di governo parlamentare (debolmente razionalizzata). Tutto ruota attorno alla cruciale qualificazione, offerta dall’art. 87 Cost., del Presidente come “capo dello Stato” e “rappresentante dell’unità nazionale”¹⁰²³, ma prima di desumere da queste indicazioni costituzionali le necessarie conseguenze teoriche e pratiche (lo si farà in chiusura) occorre soffermarsi sull’indirizzo dominante in dottrina.

“Al Capo dello Stato, qualunque sia o si ritenga la sua collocazione istituzionale nella forma di governo, spetta anche, quanto meno, una funzione di controllo e di garanzia della Costituzione, in

* Relazione al Convegno in memoria di Giustino D’Orazio *Gli organi costituzionali di controllo nella storia costituzionale repubblicana*, Corte Costituzionale, Palazzo della Consulta, Piazza del Quirinale, Roma, 20 febbraio 2017. Contributo pubblicato previa accettazione del comitato scientifico del Convegno.

Ne è prevista la pubblicazione negli Atti del Convegno e sulla Rivista *Nomos*. Ringrazio il Prof. Fulco Lanchester per la cortese autorizzazione alla pubblicazione anche in questa sede.

** Professore ordinario di Diritto costituzionale nella Facoltà di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Roma, “La Sapienza”
¹⁰²² C. ESPOSITO, *Capo dello Stato*, in *Enc. dir.*, Vol. VI, Milano, Giuffrè, 1960, 236, ma v. un ulteriore cenno anche in ID., *Controfirma ministeriale*, in *Enc. dir.*, Vol. X, Milano, Giuffrè, 1962, 295.

¹⁰²³ Questo è anche il punto di partenza dell’analisi espositiana (C. ESPOSITO, *Capo dello Stato*, cit., 224), che tuttavia svaluta molto la seconda qualificazione, (*ivi*, 234).

qualità di «custode» o di «garante» di essa nell'esercizio dei suoi diversi poteri¹⁰²⁴. Affermazioni come questa possono essere incontrate frequentemente nella produzione scientifica italiana ed entrano a comporre l'indirizzo dominante cui ora s'è fatto cenno¹⁰²⁵. Non è semplice dire se in questo indirizzo il controllo e la garanzia della Costituzione siano concepiti addirittura come parti di un'endiadi, ovvero come attività legate da un rapporto di mezzo (il controllo) a fine (la garanzia), poiché sul punto l'opinione non è unanime e, anzi, nel medesimo autore si possono incontrare tracce dell'una e dell'altra prospettiva. È sull'assegnazione al Presidente delle funzioni (ovvero dei poteri: anche su questo non v'è sempre chiarezza) di controllo e di garanzia che si deve appuntare l'analisi. Ritengo, però, che sia necessario concentrarsi anzitutto sulla questione del controllo, perché se si verificasse che il Presidente della Repubblica, in realtà, non è assegnatario della relativa funzione (ovvero del relativo potere) sarebbe più agevole dimostrare l'esattezza della tesi (che ritengo di sostenere) ch'egli non sia nemmeno, in senso proprio, organo di garanzia costituzionale.

2.- Il Presidente della Repubblica e il controllo costituzionale.

Verrò più avanti, come detto, alla questione della ritenuta funzione presidenziale di garanzia della Costituzione. Qui interessa porre l'altra (ma connessa) relativa al controllo: il Presidente della Repubblica (formulo tre ipotesi diverse, ancorché confinanti) è organo, esercita una funzione o almeno adotta atti di controllo costituzionale? Dico subito che la mia risposta sarà, con alcuni non secondari *distinguo*, negativa. E lo sarà sulla scorta di un itinerario di riflessione che provo a sintetizzare.

Per “controllo” si è correttamente inteso “un aspetto dell'agire umano necessariamente secondario ed accessorio, in quanto volto a rivedere o riesaminare o riscontrare un'attività di carattere primario o principale¹⁰²⁶. Il controllo, a causa di questa sua caratteristica logico-strutturale, esibisce un tratto singolare: se in genere il controllore è in posizione (non già di sovraordinazione gerarchica, ma comunque) di condizionamento nei confronti del controllato, i cui atti hanno in via di principio un'efficacia subordinata all'esito positivo del controllo, il suo agire è in qualche modo subalterno a

¹⁰²⁴ G. D'ORAZIO, *Soggetto privato e processo costituzionale italiano*, Torino, Giappichelli, 1988, 46. Alla pagina precedente D'Orazio aveva imputato all'“astratto illuminismo e razionalismo dell'epoca” il conferimento ai cittadini della funzione di garanzia costituzionale, operato dalle carte rivoluzionarie francesi di fine Settecento. In realtà, quelle carte facevano valere, semmai, una risalente tradizione politica, già sorta in Grecia, ma vivissima anche per tutto il Medioevo e il Rinascimento, che realisticamente (e, a mio parere, condivisibilmente) considerava le costituzioni perdute in assenza di un loro presidio civico. Una tradizione che, peraltro, i rivoluzionari francesi recepirono soprattutto grazie alla mediazione del mito romano, vivissimo, ad es., in Robespierre e in Saint Just.

¹⁰²⁵ La scelta è caduta, fra le molte disponibili, su quella riportata nel testo sia perché è apparsa particolarmente significativa (per il suo simultaneo riferimento al controllo e alla garanzia), sia perché è alla memoria di Giustino D'Orazio che queste pagine sono dedicate. Si tratta, infatti, del testo, invero assai rielaborato, della Relazione al Convegno *Gli organi costituzionali di controllo nella storia costituzionale repubblicana*, Roma, 20 febbraio 2017, tenutosi in ricordo, appunto, del caro Collega, scomparso vent'anni or sono.

¹⁰²⁶ G. BERTI-L. TUMIATI, *Controlli amministrativi*, in *Enc. dir.*, vol. X, Milano, Giuffrè, 1962, 298.

quello del controllato, perché il “soggetto che propriamente agisce”¹⁰²⁷ è appunto quest’ultimo. Un profilo significativo, questo, che si staglia con ancor maggiore evidenza quando il controllo non è officioso, ma a iniziativa di soggetti terzi se non anche dello stesso controllato: in queste ipotesi, infatti, l’attivazione del potere del controllore è lasciata a un evento che resta *incertus an* e *incertus quando* e non è nel dominio del titolare.

Questi tratti peculiari del controllo sono tipici dell’intero diritto pubblico e per tali aspetti non v’è particolare differenza fra il diritto amministrativo e il diritto costituzionale. Così, quando Serio Galeotti si soffermò a riflettere sulla questione del controllo in quest’ultimo campo, non poté fare a meno di rimarcare il suo “carattere di *accessorietà*, cioè di connessione dipendente, rispetto al potere o, in genere, alla fattispecie sottoposta a controllo”, carattere dal quale derivano corollari di notevolissima importanza, quali, ad esempio, l’impossibilità di controllare in assenza di meccanismi che consentano al controllore la conoscenza della fattispecie da esaminare; l’indisponibilità dell’atto di controllo (laddove l’autorità che ha adottato l’atto controllato ne può disporre); l’incapacità dell’atto di controllo di emendare il contenuto dell’atto controllato, e così via¹⁰²⁸. Lo stacco tra funzione di controllo e funzione attiva di amministrazione o di decisione politica, insomma, è netto e induce a una certa prudenza nella qualificazione di un organo (amministrativo o costituzionale che sia) come “di controllo”, a causa della radicalità delle conseguenze che ad essa si legano.

Da quanto si è venuti sin qui dicendo si sarà già inteso che la qualificazione del Presidente della Repubblica come organo di controllo, seppure a suo tempo autorevolmente sostenuta proprio dallo stesso Galeotti¹⁰²⁹, appare, già a prima vista, assai problematica, anche perché (dovendosi ritenere che sia così qualificabile l’organo per il quale il controllo non è solo occasionale o ancillare, ma costituisce il *proprium* dell’attività esercitata) postula l’iscrizione al capo dello Stato di “una” funzione, laddove la multifunzionalità dell’organo emerge chiaramente già dallo stesso art. 87 Cost.¹⁰³⁰. Sembra dunque più corretto chiedersi s’egli eserciti *anche* funzioni di controllo (o almeno adotti singoli atti di controllo), atteso che non è affatto escluso che simili funzioni siano confidate dall’ordinamento a soggetti o plessi organizzativi che prevalentemente ne esercitano altre. Trattandosi di organo costituzionale, peraltro, è metodologicamente corretto verificare preliminarmente se la stessa Costituzione ospiti una qualche

¹⁰²⁷ G. BERTI-L. TUMIATI, *Controlli amministrativi*, loc. cit.

¹⁰²⁸ S. GALEOTTI, *Controlli costituzionali*, in *Enc. dir.*, vol. X, Milano, Giuffrè, 1962, 320 (cors. nell’orig.).

¹⁰²⁹ S. GALEOTTI, *Controlli costituzionali*, cit., 341 (e già prima in ID., *La posizione costituzionale del Presidente della Repubblica*, Milano, Giuffrè, 1949, 25: “esclusa [...] la funzione attiva, scartando poi quella consultiva, non potendosene riscontrare qui i connotati, non resta che configurare l’attività del Presidente della Repubblica altro che come funzione di controllo”).

¹⁰³⁰ Questa critica era avanzata già da A.M. SANDULLI, *Il Presidente della Repubblica e la funzione amministrativa*, in *Scritti in onore di Francesco Carnelutti*, Padova, Cedam, 1950, IV, 217 sgg., ora in *Scritti giuridici*, Napoli, Jovene, 1990, Vol. I, 236.

nozione di controllo, e cioè se da una o più delle sue norme sia dato ricavare una definizione costituzionale del controllo.

2.1. - *Il controllo nella Costituzione.*

Il lemma “controllo” ricorre assai poco nel testo costituzionale, e precisamente agli artt. 41, comma 2 (“*La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l’attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali*”); 45, comma 1 (“*La legge ne [della cooperazione] promuove e favorisce l’incremento con i mezzi più idonei e ne assicura, con gli opportuni controlli, il carattere e le finalità*”); 47, comma 1 (“*La Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme; disciplina, coordina e controlla l’esercizio del credito*”); 100, comma 2 (“*La Corte dei conti esercita il controllo preventivo di legittimità sugli atti del Governo, e anche quello successivo sulla gestione del bilancio dello Stato. Partecipa, nei casi e nelle forme stabiliti dalla legge, al controllo sulla gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria. Riferisce direttamente alle Camere sul risultato del riscontro eseguito*”). Queste indicazioni costituzionali, indubbiamente, sono scarse, ma non irrilevanti.

Conta, anzitutto, la diversa collocazione topografica, ancorché sempre nella Parte Prima della Costituzione, dell’art. 100 e dell’art. 103. Entrambi si riferiscono alla Corte dei conti e al Consiglio di Stato (il primo anche al CNEL), ma mentre l’art. 100 si trova nella Sez. III del Titolo III (Il Governo), l’art. 103 è inserito nella Sez. I del Titolo IV (La Magistratura). Questo non solo conferma il “carattere binario” delle attribuzioni dei due organi¹⁰³¹, ma chiarisce anche che funzione di controllo e funzione giurisdizionale, nonostante una risalente opinione che le voleva in rapporto di *genus ad speciem*¹⁰³², sono concettualmente diverse e diversamente sono disciplinate dal diritto positivo. Controllare e giudicare, insomma, non sono la stessa cosa. È per questo che nemmeno la Corte costituzionale esercita una funzione di controllo e che l’espressione “controllo di costituzionalità” è, in realtà un ossimoro. Probabilmente il suo successo è imputabile alla novità dell’istituto e alla difficoltà che la dottrina ha inizialmente incontrato nel riconoscere ai tribunali costituzionali la natura di vere e proprie giurisdizioni, ma l’uso linguistico è sopravvissuto all’eliminazione delle incertezze concettuali. Torniamo, però, alla questione che qui più ci interessa e spingiamo un po’ più a fondo il nostro sguardo.

¹⁰³¹ La formula è di A.M. SANDULLI, *La Corte dei conti nella prospettiva costituzionale*, in *Dir. soc.*, 1979, 33 sgg., ora in *Scritti giuridici*, cit., 309.

¹⁰³² V., ad es., A. DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, rist. anast. dell’ed. 1916, Padova, Cedam, 1986, 71 sg. Con particolare riferimento alla giurisdizione amministrativa è stato sostenuto che la sua creazione sarebbe la conseguenza dell’inefficienza dei controlli amministrativi attivati *ex officio*, con i quali, dunque, si porrebbe in posizione di storica continuità: R. ALESSI, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, Milano, Giuffrè, 1953, 533.

La Sez. III del Titolo III della Costituzione (nella quale è ospitata anche la disciplina del CNEL) si intitola “Gli organi ausiliari”, ma né questa denominazione né la collocazione della Sez. III nel Titolo dedicato al Governo possono indurre a opinare che gli organi ivi previsti siano ausiliari nel senso di preposti alla gestione di interessi particolari, rilevanti per il Governo, visto che - anzi - essi godono di una specifica posizione di indipendenza costituzionale. Come ha osservato lucidamente Sandulli, “carattere «ausiliario» presentano piuttosto le loro funzioni, nel particolare senso che queste non hanno portata «decisionale», bensì assolvono, a vario titolo, un ruolo accessivo [...] rispetto alle attività decisionali degli organi [...] cui compete la potestà decisionale”¹⁰³³. Ed è lo stesso Sandulli a sgombrare il campo dall'apparente paradosso, sopra segnalato, conseguente alla qualificazione di alcune funzioni come di controllo. Essa, infatti, “non sta ad indicare un ruolo secondario e servente di esse. Quando una funzione accessiva rispetto alle altre viene svolta da un organo (e, a maggior ragione, da un soggetto) non solo in posizione di terzietà, ma altresì [...] in quanto espressione soltanto dell'ordinamento [...], il ruolo di essa [...] è nondimeno primario (nel senso di non derivato e non subalterno)”¹⁰³⁴.

L'ascrizione di una funzione denominata “di controllo” alla Corte dei conti, comunque, ne implica una concezione assai tradizionale, come riscontro di atti (o attività) per rapporto a schemi procedurali o sostanziali normativamente predeterminati.

2.2. - Il Presidente della Repubblica, la funzione e gli atti di controllo.

Fatte queste precisazioni, si tratta di capire se il Presidente della Repubblica adotti atti di controllo ovvero se gli siano affidate funzioni qualificabili, in senso tecnicamente proprio, come di controllo. Salve limitate, ancorché significative, precisazioni, non mi sembra. O, almeno, non mi sembra che, nella maggior parte dei casi, lo si possa dire nel senso tradizionale e più tecnico dell'espressione.

Anche qui la pista di riflessione più preziosa ci viene da Sandulli¹⁰³⁵. Ai sensi dell'art. 89 Cost. tutti gli atti del capo dello Stato devono essere controfirmati da un ministro o dal Presidente del Consiglio¹⁰³⁶ e questo, sebbene tale corollario sia stato trascurato dalla maggior parte della dottrina, sta

¹⁰³³ A.M. SANDULLI, *La Corte dei conti*, cit., 310.

¹⁰³⁴ A.M. SANDULLI, *La Corte dei conti*, cit., 310 sg.

¹⁰³⁵ Per una più compiuta ricostruzione della problematica dell'emanazione mi permetto di rinviare al mio *L'emanazione presidenziale dei decreti-legge (spunti a partire dal caso E.)*, in *Astrid Rassegna*, www.astrid.eu, e in *Pol. dir.*, 2009, 79 sgg.

¹⁰³⁶ La tesi che contesta la necessità della controfirma per *tutti* gli atti presidenziali, proponendo di riservarla ai soli atti scaturenti da una “proposta” dell'Esecutivo, accennata a suo tempo da L. PICCARDI, *La Corte costituzionale in Italia*, in *Riv. amm.*, 1951, 278, e assai più ampiamente argomentata da M. PALMERINI, *Il soggetto attivo del potere di grazia e il Presidente della Repubblica*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1953, spec. 293 (l'art. 89 Cost. dovrebbe leggersi così: “Nessun atto del presidente della repubblica emesso necessariamente su proposta ministeriale è esistente se non è controfirmato dai ministri proponenti i quali ne assumono la responsabilità”) è stata da ultimo interamente ripresa da A. RUGGERI, *Controfirma ministeriale e teoria della Costituzione*, in AA. VV., *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*,

a dire che tra le due volontà vi è una pari efficacia *formale*. Infatti, “l’ordinamento configura come parimenti efficienti, rispetto all’effetto giuridico degli atti attribuiti al presidente, la volontà del Governo e la volontà del presidente”¹⁰³⁷. Certo, l’intervento determinante (del contenuto dell’atto) e quello costitutivo (del venire in essere dell’effetto dell’atto stesso) sono cose diverse sul piano *sostanziale*¹⁰³⁸, ma ciò non toglie che Presidente e Governo operino, rispetto agli atti che al primo sono imputati, esercitando poteri perfettamente equiordinati sul piano giuridico-formale. Si tratta di questione essenziale sul piano del metodo, che inevitabilmente incide nel merito delle conclusioni che si raggiungono.

Mi muovo qui pienamente, ancora una volta, nel solco della riflessione sandulliana: “Nella generalità delle distinzioni giuridiche il dato formale imposto e reso rilevante dallo stesso ordinamento è da considerare decisivo”¹⁰³⁹. Anzi, ancor più in profondità: “ciò che, nel campo dei pubblici poteri, *dat esse rei* è l’aspetto formale, non quello contenutistico”¹⁰⁴⁰. Indicazione di metodo, insisto, decisiva, che sola consente di studiare la *forma* di governo *in quanto forma*, distinguendo adeguatamente il campo

Napoli, Jovene, 2009, Vol. II, 693 sgg. Essa, per quanto accuratamente e appassionatamente motivata, non convinceva e non convince almeno per le ragioni che seguono.

i) Anzitutto, il riferimento al ministro “proponente”, che questa tesi assume a proprio essenziale pilastro (sarebbero da controfirmare “tutti” gli atti del capo dello Stato, sì, ma solo se preceduti da una proposta), è smentita dai lavori preparatori, pur ora richiamati da Ruggeri, che dimostrano l’assoluta casualità della sostituzione di “proponente” a “competente” (sul punto, G. GUARINO, *Il Presidente della Repubblica Italiana (Note preliminari)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, 903 sgg., ora in ID., *Dalla Costituzione all’Unione europea (del fare diritto per cinquant’anni)*, Napoli, Jovene, 1994, spec. 332 sgg.; E. CHELI, *Articolo 89 - Il Presidente della Repubblica*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca e A. Pizzorusso, Bologna - Roma, Zanichelli - Il Foro Italiano, 1983, 103 sgg.).

ii) La formulazione dell’art. 89 è in sé significativa. Infatti, come è stato esattamente osservato (ancora una volta da G. GUARINO, *Il Presidente*, cit., 333), non si dice che “nessun atto ecc. è valido se non è preceduto da proposta e non è controfirmato”, ma si dice che “nessun atto è valido se non è controfirmato”, il che dimostra che l’attenzione di quella previsione normativa è tutta sulla controfirma e non sulla proposta.

iii) È il testo dell’art. 89 che, letto alla luce della sua vicenda approvativa, appare insormontabile. La svalutazione dell’*intentio* dei Costituenti (saldava nel richiedere la controfirma di tutti gli atti presidenziali, nessuno escluso), che A. RUGGERI, *Controfirma*, cit., 716 sg. tenta di accreditare, non può accettarsi, perché proprio per l’interpretazione delle costituzioni vi sono ragioni storico-teoriche molto robuste per tenere nel massimo conto la volontà storica degli autori (sul punto, rinvio a M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir. - Annali*, Vol. IX, Milano, Giuffrè, 441).

iv) La previsione che per taluni atti la controfirma debba essere del Presidente del Consiglio si spiega con la volontà di impegnare in modo particolarmente solenne, per quegli atti, la responsabilità dell’intero Governo, non certo con l’intenzione di rompere l’unitarietà del dato formale inequivocamente emergente dal testo e dalle sue vicende (sul punto, già C. ESPOSITO, *Controfirma ministeriale*, cit., 297).

v) La preoccupazione che muove la tesi qui commentata sta soprattutto nell’esigenza di non alterare i tratti caratteristici della funzione di controllo (A. RUGGERI, *Controfirma*, cit., 720), ma tale preoccupazione viene meno in radice se si accoglie l’impostazione qui seguita, che colloca la funzione di controllo largamente al di fuori del perimetro delle competenze presidenziali.

vi) Nella prospettiva della forma di governo, l’assenza della controfirma lascia il capo dello Stato “solo” di fronte alla pubblica opinione, che può sempre far valere nei suoi confronti la responsabilità politica diffusa (nei noti termini fissati da G. U. RESCIGNO, *Responsabilità (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, Giuffrè, 1988, 1347, riprendendo l’inquadramento generale già proposto in ID., *La responsabilità politica*, Milano, Giuffrè, 1967). Non sembra questo l’esito voluto dall’art. 89 Cost.

¹⁰³⁷ A.M. SANDULLI, *Il Presidente della Repubblica e la funzione amministrativa*, cit., 236. V. anche C. ESPOSITO, *Controfirma ministeriale*, cit., 293, sull’attribuzione alla controfirma della “finalità di testimoniare una identica collaborazione dei ministri alle decisioni del Capo dello Stato”.

¹⁰³⁸ Lo stesso Sandulli l’aveva chiarito benissimo: A.M. SANDULLI, *In tema di provvedimenti ministeriali su delibera del consiglio dei ministri*, in *Giur. compl. Corte Supr. di Cass. Sez. civ.*, 1949, I, 894 sgg., ora in *Scritti giuridici*, cit., Vol. III, 96 sg.

¹⁰³⁹ A.M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Studi in onore di Antonio Segni*, Milano, 1967, IV, 243 sgg., e in *Riv. dir. proc.*, 1964, 200 sg., ora in *Scritti giuridici*, cit., Vol. II, 275.

¹⁰⁴⁰ A.M. SANDULLI, *Spunti problematici in tema di autonomia degli organi costituzionali e di giustizia domestica nei confronti del loro personale* in *Giur. it.*, 1977, I, 1, 1831 sgg., ora in *Scritti giuridici*, cit., Vol. I, 303.

dell'analisi giuridica della *struttura* delle istituzioni da quello (connesso quanto si vuole, ma pur sempre diverso) dello studio politologico del loro *rendimento*¹⁰⁴¹.

Se, ora, si torna alla figura del Presidente della Repubblica e la si inquadra seguendo questa indicazione, è agevole trarne alcune conseguenze, che vanno distinte a seconda che si consideri la funzione esecutiva, la legislativa o la giurisdizionale.

La prima è (nella sua duplice manifestazione di funzione di direzione politica e di funzione amministrativa) quella che più caratterizza la figura del capo dello Stato, sia perché è quella cui egli compartecipa con maggiore estensione, sia perché il rapporto con il Governo è continuo proprio in forza dell'art. 89 e della generalità del principio della controfirma. In ragione di quanto si è detto, è evidente che la pari partecipazione formale agli atti presidenziali di chi li controfirma e di chi li firma pone i due organi costituzionali sul medesimo piano: “La partecipazione presidenziale all'azione del potere esecutivo rappresenta [...] l'estrinsecazione di una concreta e reale potestà, che, in mancanza di norme in contrario, non può non essere considerata pienamente discrezionale, nel quadro della funzione obbiettiva assegnata dalla costituzione al presidente quale capo dello Stato”¹⁰⁴². Dal che conseguono alcune necessarie conclusioni: a) che *tutti* gli atti del capo dello Stato, in quanto necessariamente firmati e controfirmati, sono da qualificarsi come formalmente complessi¹⁰⁴³; b) che, sebbene la dottrina impieghi i due termini sinonimicamente, non basta che un atto sia complesso perché sia anche duale, attenendo la complessità alla forma e la dualità alla sostanza; c) che, corrispondentemente alla forma, sul piano sostanziale gli atti del capo dello Stato devono ritenersi, in prima battuta, “duali”, potendo classificarsi “presidenziali in senso stretto” o “governativi” solo in presenza di dati normativi (costituzionali ovviamente) che l'impongono (il che, va detto a scanso di equivoci, accade sovente)¹⁰⁴⁴; d) che, dovendosi riconoscere il “carattere efficiente dell'intervento del presidente nella emanazione degli atti in ordine ai quali è prevista una sua competenza”¹⁰⁴⁵ (efficiente nel senso - tecnico - che l'atto è *effectum* grazie all'apporto di entrambi i soggetti che lo sottoscrivono), ci troviamo di fronte a un rapporto che si atteggia in modo molto diverso da quello che lega l'organo che esercita una funzione attiva e l'organo che esercita una funzione di controllo. Nel controllo, infatti,

¹⁰⁴¹ Ho cercato di sviluppare questa premessa metodologica nella mia voce *Governo (forme di)* in *Enc. dir. - Annali*, Vol. III, Milano, Giuffrè, 2009, 538 sgg.

¹⁰⁴² A.M. SANDULLI, *Il Presidente della Repubblica e la funzione amministrativa*, cit., 231.

¹⁰⁴³ Non a caso l'esempio tipico di atto complesso (quale *species* del *genus* atto composto) è da A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XV ed., Napoli, Jovene, 1989, Vol. I, 659 ravvisato proprio nel decreto del Presidente della Repubblica.

¹⁰⁴⁴ Più netta l'opinione di O. CHESSA, *Il Presidente della Repubblica parlamentare. Un'interpretazione della forma di governo italiana*, Napoli, Jovene, 2010, 17, ad avviso del quale tutti gli atti del capo dello Stato sono sempre duali, quale che sia il dato costituzionale che viene messo in rapporto con l'indicazione generale dell'art. 89 Cost. Tale opinione si radica nella premessa della monofunzionalità della controfirma, ma a mio avviso questa premessa non basta perché si raggiungano soluzioni così radicali, per quanto finemente argomentate.

¹⁰⁴⁵ A.M. SANDULLI, *Il Presidente della Repubblica e la funzione amministrativa*, cit., 233.

può accadere (e, anzi, di regola accade) che l'atto controllato acquisisca efficacia solo a condizione che l'atto di controllo abbia contenuto positivo, ma questo significa che la vicenda dell'efficacia si dipana attraverso due atti distinti. La tesi che l'atto controllato e l'atto di controllo entrino a comporre un unico atto, complesso, per quanto autorevolmente sostenuta¹⁰⁴⁶, non può essere condivisa, sia perché l'atto di controllo “non coopera a determinare e a costituire, in una con l'atto soggetto al controllo, un certo effetto giuridico”, ma si atteggia a “puro e semplice requisito di efficacia”¹⁰⁴⁷, che “non costituisce il nucleo dell'atto complesso, ma un semplice accessorio”¹⁰⁴⁸, sia perché (conseguenzialmente) il controllo si colloca nella fase procedimentale integrativa dell'efficacia e non in quella costitutiva¹⁰⁴⁹, sia perché quegli atti “sono completamente autonomi, in quanto espressione di due diversi poteri”¹⁰⁵⁰. Nel caso dell'attività presidenziale, invece, non si danno atti distinti in successione, ma un unico atto (sempre formalmente complesso e sostanzialmente “duale”, “presidenziale in senso stretto” o “governativo” a seconda delle indicazioni fornite dalla Costituzione), la cui *esistenza* giuridica, non la sola *efficacia*, è interamente condizionata alla formale compartecipazione del capo dello Stato e del Governo. A seguire la tesi che il Presidente compirebbe atti di controllo in riferimento alla funzione esecutiva, pertanto, si sarebbe costretti a qualificare *lo stesso atto*, all'un tempo, come di controllo e di decisione politica (o amministrativa) attiva.

Se non ci sono “atti” di controllo in senso proprio, tuttavia, ci si deve chiedere se il Presidente eserciti comunque una “funzione” di controllo. Certo, una funzione che non implica l'adozione di atti omogeneamente così qualificabili sarebbe assai singolare, ma nel caso del capo dello Stato la complessità della sua posizione costituzionale induce a non escludere l'originalità dei suoi tratti caratterizzanti. Un esempio rivelatore è quello dell'attività normativa del Governo.

Anche in questo caso, sebbene limitatamente agli atti imputabili al Consiglio dei ministri, la compartecipazione presidenziale è essenziale e si realizza a mezzo dell'emanazione. Già Paladin ed Esposito osservavano che i decreti legge possono dirsi effettivamente “adottati” solo dopo l'emanazione (se non, addirittura, dopo la pubblicazione)¹⁰⁵¹ e lo stesso può dirsi per i regolamenti governativi, pel semplice fatto che sia nell'uno che nell'altro caso il testo trasmesso dal Governo al

¹⁰⁴⁶ U. BORSI, *L'atto amministrativo complesso*, in *Studi senesi*, 1903, ora in ID., *Studi di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1976, Vol. I, 230, ove si fa l'esempio dell'atto di “approvazione dell'Autorità tutoria” che entra a comporre un atto complesso ineguale in una con la “deliberazione di un ente autarchico soggetto a tutela”.

¹⁰⁴⁷ A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, rist. inalt. dell'ed. 1959, Milano, Giuffrè, 1964, 277

¹⁰⁴⁸ G. CHIOVENDA, *Lezioni diritto amministrativo* (redatte dal dott. R. Ventura per l'A.A. 1909-1910), Milano, Giuffrè, 1991, 118.

¹⁰⁴⁹ L. COLACINO CINNANTE, *Pubblica amministrazione e trasformazioni dell'ordinamento*, Napoli, Jovene, 2007, 539. Con specifico riferimento agli atti presidenziali, oltre ai già citati contributi di Sandulli, M. PALMERINI, *Il soggetto attivo del potere di grazia*, cit., 262, nt. 13.

¹⁰⁵⁰ B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, In *Trattato Santaniello*, Vol. III, Padova, Cedam, 1993, 127.

¹⁰⁵¹ L. PALADIN, *Decreto-legge*, in *N.ss.D.I.*, vol. V, Torino, UTET, 1960, 291; C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, in *Enc. Dir.*, Vol. XI, Milano, Giuffrè, 1962, 855.

capo dello Stato non possiede alcuna identità giuridica distinta e differenziata da quella del testo emanato, che è quello del decreto legge o del regolamento per come emanato¹⁰⁵². Qualificare l’emanazione atto di controllo, pertanto, si scontrerebbe con la struttura stessa dell’atto.

Anche sul piano funzionale, poi, questa qualificazione si rivelerebbe abusiva. Il controllo, in senso proprio, consiste nella verifica del rispetto di un predefinito (e quindi fisso) schema normativo dell’atto o dell’azione. Il soggetto controllore, pertanto, ha una funzione (il controllo) e dei paradigmi (lo schema normativo). Tutto questo non vale per il Presidente della Repubblica. Nel suo caso, infatti, *funzione e paradigma coincidono*, nel senso che al momento dell’emanazione, così come in qualunque altro momento della sua attività, il paradigma che lo guida è proprio la sua (duplice) funzione, di capo dello Stato e di rappresentante dell’unità nazionale. Se l’atto normativo del Governo lede uno degli interessi sottesi all’una o all’altra di queste funzioni, il Presidente può non emanare, con un apprezzamento ovviamente latamente discrezionale, seppure non arbitrario (e quindi pur sempre assoggettato al rimedio di chiusura del promovimento del conflitto tra poteri). Solo in questo modo, mi sembra, si può costruire una visione razionale dell’attività del Presidente in sede di emanazione. Se, infatti, la si inquadra secondo gli stilemi del controllo, si è costretti ad assumere come suo paradigma (oltre che, per quanto riguarda i regolamenti, la legge) la Costituzione, ma in questo modo l’intervento presidenziale finisce per essere costruito come un sindacato di costituzionalità, del quale non v’è traccia né all’art. 87, né altrove. In realtà, il capo dello Stato fa valere il limite costituzionale esclusivamente nella misura in cui ciò gli è imposto dalle sue due funzioni, che sono allo stesso tempo i suoi due paradigmi. Unicamente se si ha chiaro questo punto si capisce perché soltanto in alcuni (e ridotti) casi il limite costituzionale sia, nella prassi, opposto dal Presidente e si evita di reclamare interventi (di vero e proprio sindacato di legittimità) che spettano alla Corte costituzionale¹⁰⁵³ e sono invece sottratti al Presidente, sia perché non gli competono, sia perché egli non è nemmeno organizzativamente attrezzato per farli (la sua stessa struttura servente non è concepita per essere quella di un giudice)¹⁰⁵⁴.

Le cose vanno in parte diversamente quanto alla compartecipazione alla funzione legislativa. La promulgazione, infatti, resta estranea alla fase costitutiva della legge e si colloca in quella integrativa

¹⁰⁵² Per questi rilievi rinvio al mio *L’emanazione presidenziale*, cit., 83.

¹⁰⁵³ Anche chi qualifica la Corte e il Presidente “custodi” o “garanti”, entrambi, della Costituzione è costretto a registrare almeno le profondissime diversità dei presupposti, degli strumenti e degli effetti della loro azione (cfr., ad es., R. ROMBOLI, *Presidente della Repubblica e Corte costituzionale*, in AA. VV., *Il Presidente della Repubblica*, a cura di M. Luciani e M. Volpi, Bologna, Il Mulino, 1997, 333 sgg., ma v. anche L. PALADIN, *Presidente della Repubblica*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Milano, Giuffrè, 1986, spec. 213).

¹⁰⁵⁴ L’invito a non sovraccaricare il Presidente della Repubblica di compiti del genere è già in C. MORTATI, *Costituzione (dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana)*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, Giuffrè, 1962, 226.

Quanto alla struttura servente, per cogliere le differenze con quella di un organo giurisdizionale, basterà leggere il d.P.R. 18 aprile 2013, n. 107/N (specie gli artt. 5 e 9), che disciplina il Segretariato Generale della Presidenza della Repubblica.

dell'efficacia¹⁰⁵⁵, non trovando così, in quanto atto esterno a quello controllato, pregiudiziali ostacoli d'ordine dommatico alla propria qualificazione come atto di controllo. Per un verso, però, si tratta di una vera eccezione, che non smentisce la conclusione generale già raggiunta; per l'altro, anche in questo caso il controllo è *sui generis*, perché resta guidato da paradigmi che al controllo sono normalmente sconosciuti: le funzioni medesime dell'organo.

La conclusione raggiunta non è smentita nemmeno dall'analisi delle modalità di compartecipazione del capo dello Stato alla funzione giurisdizionale, che (eccezion fatta per la decisione dei ricorsi straordinari, che però è interamente condizionata dal parere del Consiglio di Stato e comunque non è attività costituzionalmente necessitata)¹⁰⁵⁶ si dipana attraverso la presenza in un organo collegiale che solo raramente prevede l'adozione di atti (l'eccezione è l'emaneazione dell'ordine del giorno del Consiglio Superiore della Magistratura).

Fatte queste precisazioni, torniamo alla premessa generale dell'essenzialità del profilo formale nell'inquadramento della figura del capo dello Stato. Essa non risulta solo gravida di conseguenze dommatiche, ma appare anche essere la sola che consenta di comprendere appieno la parabola della Presidenza della Repubblica nella nostra storia costituzionale, altrimenti destinata a una lettura in termini di perpetuo "snaturamento" o di continua "sfigurazione" del disegno costituzionale dell'organo proprio a causa della difficoltà di cogliere l'unitarietà di una figura nella quale la dottrina, invece, ha indebitamente contrapposto alle prestazioni politiche quelle di controllo-garanzia¹⁰⁵⁷.

Se si assumono prospettive unilaterali di analisi quel disegno sfugge nella sua unitaria complessità. Lo dimostrano, a mio parere, le sentt. Corte cost. nn. 200 del 2006 e 1 del 2013, in materia - rispettivamente - di grazia e di intercettazioni indirette del capo dello Stato, che sembrano aver perduto di vista, appunto, l'unitarietà della figura, per esaltare ora il suo collegamento con la società civile, ora il suo pieno inserimento nella società politica. Su questo, però, non posso far altro che rimandare a quanto ho già avuto modo di scrivere in sede di commento critico alle due pronunce¹⁰⁵⁸.

In realtà, si conferma che definire il Presidente *organo* di controllo appare estremamente problematico. Ma lo è anche attribuirgli una *funzione* di controllo, sia perché (salve poche eccezioni, come la promulgazione) si tratterebbe di una *funzione* di controllo esercitata senza *atti* di controllo, sia perché, come si è visto, i suoi paradigmi non sono esterni, ma coincidono con le funzioni conferite al

¹⁰⁵⁵ S. GALEOTTI, *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, Milano, Giuffrè, 1957, 241 sgg.; 322 sgg.; 390 sgg.

¹⁰⁵⁶ Ovviamente, quanto si dice nel testo vale se si accetta la concezione dei ricorsi straordinari come veri rimedi giurisdizionali, che peraltro sembra ormai definitivamente affermata nella giurisprudenza sia costituzionale che amministrativa.

¹⁰⁵⁷ V., ad es., M.C. GRISOLIA, *Alla ricerca di un nuovo ruolo del capo dello Stato nel sistema maggioritario*, in AA. VV., *Scritti Carlassare*, cit., Vol. II, 581, che non a caso lamenta un "sovraccarico di prestazioni" derivante dalla sovrapposizione dei due gruppi di funzioni.

¹⁰⁵⁸ M. LUCIANI, *Sulla titolarità sostanziale del potere di grazia del Presidente della Repubblica*, in *Corr. giur.*, n. 2/2007, 6 sgg.; ID., *La gabbia del Presidente*, in *Rivista AIC*, n. 2/2013 (10 maggio 2013), 1 sgg. e in *Giur. cost.*, 2013, 513 sgg.

Presidente. Il problema si potrebbe risolvere solo a condizione di declinare il lemma “controllo” in senso assai generico e allusivo, quale espressione di una funzione terza, tendenzialmente indipendente e preordinata al perseguimento di scopi generali dell’ordinamento e non di interessi particolari o di singoli plessi amministrativi o costituzionali. Ma sembra miglior partito attestarsi su un’accezione giuridicamente rigorosa, anche per battere in breccia la tentazione di allargare a dismisura il campo del controllo, sino a renderlo evanescente (si pensi, ad esempio, alla pur diffusa tesi che il *referendum* abrogativo avrebbe, appunto, la natura giuridica - non solo la funzione, si badi - di atto di controllo)¹⁰⁵⁹. Si potrebbe dunque dire, tutt’al più, che il capo dello Stato, pur non essendo organo di controllo e pur non adottando (salve limitate eccezioni) atti di controllo, esercita le proprie funzioni anche secondo moduli valutativi apparentemente simili a quelli della funzione di controllo, ma nella consapevolezza che essi sono caratterizzati da tratti distintivi affatto originali¹⁰⁶⁰.

3.- Il Presidente della Repubblica e la garanzia della Costituzione.

In realtà, l’assorbimento delle funzioni presidenziali nell’ambito del controllo sembra legarsi alla concezione dominante della figura del capo dello Stato, che lo legge come “potere neutro”, titolare soprattutto di poteri di interdizione¹⁰⁶¹. Si tratta di un’opinione non convincente, che del resto mi sembra anche frutto di un equivoco linguistico. Chi ha parlato di un “potere neutro”, infatti, spesso ha inteso fare riferimento a un potere lontano dalla politica o quantomeno (e più realisticamente) non partigiano. Questo, però, non avrebbe di per sé implicato l’accettazione della sistematica constantiana del *pouvoir neutre*, che invece ha finito per essere diffusamente evocata. È possibile che non sempre questo sia accaduto per intimo convincimento e che talora si sia usata l’espressione (potere neutro) senza condividere la dottrina che l’aveva creata, anche perché nella lingua francese mancano due lemmi distinti per denotare il “neutro” e il “neutrale” (in entrambi i casi il termine a disposizione è sempre e solo *neutre*). Più frequentemente, però, usi linguistici e assunti teorici sono stati perfettamente coerenti.

¹⁰⁵⁹ Questa tesi, non a caso sostenuta da S. GALEOTTI, *Op. cit.*, 337, è criticata in M. LUCIANI, *Articolo 75 - Il referendum abrogativo*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca e A. Pizzorusso, Bologna - Roma, Zanichelli - Il Foro Italiano, 2005, 600 sgg.

¹⁰⁶⁰ A me sembra, poi, che il controllo giuridico in senso proprio sia solo quello che S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, Einaudi, 1989, 124, chiama “controllo di conformazione” (allo “schema normativo”), mentre non lo sia quello che il medesimo A. definisce “controllo di integrazione” (volto ad assicurare la coerenza dell’azione pubblica e “il raggiungimento dei risultati ultimi del sistema”), del quale non a caso restano indefinite le giuridiche - appunto - conseguenze, probabilmente ascrivibili ad altri tipi di funzione (la direzione, il coordinamento, etc.).

¹⁰⁶¹ Va segnalato, peraltro, come la prospettiva sia singolarmente rovesciata da T. MARTINES, *Organi costituzionali: una qualificazione controversa (o, forse, inutile)*, in AA. VV., *Studi in onore di F. Benvenuti*, Modena, Mucchi, Vol. III, 1035 sgg., ora in *Opere*, T. I, *Teoria generale*, Milano, Giuffrè, 2000, 624: “il Presidente della Repubblica è [...] un «potere neutro» [...] proprio in ragione della funzione di garanzia a lui assegnata dall’ordinamento”.

Sebbene gli stessi Presidenti della Repubblica (penso, da ultimo, a Giorgio Napolitano)¹⁰⁶² abbiano avuto modo di accreditarla, a me non sembra proprio che la vecchia dottrina constantiana, perfettamente adatta per (e funzionale a) la monarchia costituzionale, possa essere oggi recuperata (direi: riesumata) nell'ambiente giuridico e storico di una repubblica parlamentare.

Già dovrebbe indurre alla cautela il fatto che, a sua volta, la dottrina del *pouvoir neutre* fosse il frutto di una riesumazione. Difficile, infatti, non leggervi le tracce della medievale teoria dei *duo magna luminaria*, formalizzata da Gregorio IX nella decretale *Solitae*, inserita nel *Liber Extra*¹⁰⁶³. Come si sa, il Pontefice riprendeva e rielaborava un'immagine della *Genesi*¹⁰⁶⁴ e affermava che “*fecit Deus duo magna luminaria in firmamento coeli; luminare maius, ut praeeset diei, et luminare minus, ut praeeset nocti; utrumque magnum, sed alterum maius, quia nomine coeli designatur ecclesia*”. Sul piano dei rapporti fra potere temporale e potere spirituale, poi, aggiungeva che “*Ad firmamentum igitur coeli, hoc est universalis ecclesiae, fecit Deus duo magna luminaria, id est, duas magnas instituit dignitates, quae sunt pontificalis auctoritas, et regalis potestas. Sed illa, quae praeest diebus, id est spiritualibus, maior est; quae vero carnalibus, minor, ut, quanta est inter solem et lunam, tanta inter pontifices et reges differentia cognoscatur*”. Questa dottrina (non a caso rovesciata da Dante)¹⁰⁶⁵, che proponeva una ricostruzione dei rapporti della Chiesa con l'Impero assai più favorevole di quella imperniata sulla metafora delle due spade, formulata molti secoli addietro da Papa Gelasio I (“*Duo quippe sunt [...] quibus principaliter mundus hic regitur: auctoritas sacra pontificum et regalis potestas*”)¹⁰⁶⁶, cercava di risolvere in termini teologici un serio problema politico, elaborando una struttura dualista (due astri; due luci; due distinte prerogative come la *potestas* e l'*auctoritas*...) tipica (salve grandiose eccezioni, come la romano-repubblicana) delle fasi istituzionali nelle quali la questione del sommo potere è ancora *indecisa*¹⁰⁶⁷. Ebbene: cos'altro ha fatto la teoria del potere neutro collocandosi nell'ambiente storico della

¹⁰⁶² Può essere utile ricordare, però, che, concludendo il dibattito in occasione della presentazione del volume di V. LIPPOLIS, G.M. SALERNO, *La presidenza più lunga. I poteri del capo dello Stato e la Costituzione*, Bologna, Il Mulino, 2016, tenutasi nella sede dell'Enciclopedia Italiana, in Roma, il 7 luglio 2016, il Presidente emerito ha affermato di condividere le critiche rivolte alla ricostruzione della figura del capo dello Stato in termini di *pouvoir neutre*.

¹⁰⁶³ L. I, Tit. XXXIII, Cap. VI (dove è introdotta con questa premessa: “*Imperium non praeest sacerdotio, sed subest, et ei obedire tenetur*”). Può leggersi anche in rete, in http://www.hs-augsburg.de/~harsch/Chronologia/Lspost13/GregoriusIX/gre_1133.html. Sull'importanza della raccolta delle decretali di Gregorio IX, curata da Ramon de Penafort, P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995, 208.

¹⁰⁶⁴ 1, 14, 16-18.

¹⁰⁶⁵ *Monarchia*, L. III, III, 20: “*dico quod regnum temporale non recipit esse a spirituali, nec virtutem que est eius auctoritas, nec etiam operationem simpliciter; sed bene ab eo recipit ut virtuosius operetur per lucem gratie quam in celo et in terra benedictio summi Pontificis infundit illi*”.

¹⁰⁶⁶ L'epistola di Papa Gelasio I all'Imperatore Anastasio, dalla quale è tratta la nota frase citata nel testo, può leggersi anch'essa in rete, in <http://www.documentacatholicaomnia.eu> (n. 0042A).

¹⁰⁶⁷ La dottrina dei *duo luminaria* sembra istruttiva anche quanto alla polemica che, come ben si sa, oppose Erik Peterson (v., in particolare, E. PETERSON, *Der Monotheismus als politisches Problem*, Lipsia, Hegner, 1935, trad. it. di H. Ulianich, *Il monoteismo come problema politico*, Brescia, Queriniana, 1983) a Schmitt (v., in particolare, C. SCHMITT, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, München-Leipzig, 1934, trad. it. di P. Schiera, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in ID., *Il concetto del "politico"*, Bologna, Il Mulino, 1972, 32 ss.; ID., *Politische Theologie II. Die Legende von der Erledigung jeder Politischen Theologie*, Berlino, Duncker & Humblot, 1970, trad. it. di A. Caracciolo, *Teologia politica II. La leggenda della liquidazione di ogni teologia politica*, Milano, Giuffrè, 1992) quanto all'origine teologica dei concetti politici ovvero all'origine politica dei concetti teologici. Teologica e politica all'un tempo, la dottrina di cui si dice nel testo parrebbe determinare un'inattesa *coincidentia oppositorum*.

monarchia costituzionale se non proporre un quadro dualistico? E come è possibile rifarsi ancora ad essa quando la questione del sommo potere (della sovranità, possiamo dire oggi) è stata ormai *decisa*?

Lasciamo pure da canto, dunque, il fatto che quella dottrina assegnasse al capo dello Stato poteri di primario rilievo politico, e cioè proprio quei poteri che molti dei suoi attuali seguaci vorrebbero espungere dall'orizzonte dell'azione presidenziale: l'ostacolo davvero decisivo alla sua perdurante recezione sta proprio nel dualismo, e cioè nella questione della doppia legittimazione, realmente essenziale per la tenuta dell'intero edificio teorico di cui stiamo parlando.

Constant mosse (comprensibilmente, perché ai suoi tempi il tema era politicamente scottante) dal problema della responsabilità dei ministri e del capo dello Stato. La “differenza essenziale e fondamentale”, a suo avviso, stava proprio nel fatto che i primi sono “autorità responsabile” e il secondo “autorità investita dell'inviolabilità”¹⁰⁶⁸. L'inviolabilità, pertanto, costituisce il tratto distintivo essenziale della figura del re nell'assetto della forma di governo. Ma l'inviolabilità può essergli riconosciuta solo se e nella misura in cui lo si inquadra come autorità esterna a tutti i poteri, come un “essere a parte”¹⁰⁶⁹. E questo “essere” è “a parte” unicamente in ragione del fatto che la sua legittimazione è del tutto alternativa a quella dei ministri e del parlamento che lo sostiene: è una legittimazione “sacra”, che sola permette di separare potere e responsabilità¹⁰⁷⁰.

Ho sempre trovato rivelatrice l'invocazione constantiana del sostegno della storia romana, nella quale l'istituzione del tribunato proverebbe il bisogno di potere neutro che anche quella forma di governo, paradigmatica per l'intero Occidente sin dai tempi di Polibio, avrebbe avvertito¹⁰⁷¹. Lasciamo stare l'errore storico nel quale Constant cadde (come Rousseau - al contrario - aveva ben compreso, il tribunato, pur essendo “potere negativo”, si collegava intimamente al potere popolare e, dunque, alla *volonté générale* senza alcun tratto di “neutralità”)¹⁰⁷²: quel che importa è che Constant non avesse richiamato a caso l'esempio di una forma di governo dualista come la romana¹⁰⁷³. Certo, il dualismo romano (popolo-senato) era ben diverso da quello che un teorico della monarchia costituzionale aveva

¹⁰⁶⁸ B. CONSTANT, *Principes de politiques applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la constitution actuelle de la France*, Paris, Eymery, 1815, 34: “la différence est essentielle et fondamentale, entre l'autorité responsable, et l'autorité investie de l'inviolabilité”.

¹⁰⁶⁹ B. CONSTANT, *Principes*, cit., 40: “Le roi, dans un pays libre, est un être à part, supérieur aux diversités des opinions”.

¹⁰⁷⁰ B. CONSTANT, *Principes*, cit., 46: “ce n'est que lorsque la puissance est de la sorte sacrée, que vous pouvez séparer la responsabilité d'avec la puissance”.

¹⁰⁷¹ B. CONSTANT, *Principes*, cit., 38 sg.

¹⁰⁷² *Contratto sociale*, L. IV, Cap. V. Sul punto, si deve rinviare alle fondamentali ricerche di P. CATALANO, *Diritti di libertà e potere negativo*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova, Cedam, vol. III, 1972, 1970 sgg., nonché ID., *Tribunato e resistenza*, Milano, Paravia, 1971, *passim*.

¹⁰⁷³ G. LOBRANO, *Res publica res populi. La legge e la limitazione del potere*, Torino, Giappichelli, 1996, spec. 280 sgg., contrappone il modello dualistico romano a quello, moderno e oggi dominante, della divisione dei poteri. Sul dualismo della forma di governo romana, v. anche P. CATALANO, *La divisione del potere in Roma (a proposito di Polibio e di Catone)*, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, Torino, Giappichelli, 1974, 690 sgg. Per ulteriori sviluppi, ID., *Modello istituzional romano y independencia: Republica del Paraguay 1813-1870*, Asunción, Comuneros, 1986, 14 sg.

in mente, ma il principio è il medesimo: si ha dualismo quando c'è duplicità di legittimazioni e se la legittimazione è unica il dualismo non si può dare.

Ora, a me sembra evidente che nei sistemi democratici si riconosca un solo principio legittimante del potere politico, e cioè la volontà popolare. Spazi per il dualismo, dunque, non ce ne sono. A questo proposito, però, è bene rimuovere un possibile equivoco, perché si potrebbe obiettare che di forme di governo allo stesso tempo democratiche e dualiste non ne manchino. Sennonché, il dubbio si radica in una definizione eccessivamente larga del dualismo nelle forme di governo. Cosa s'intenda, in questo campo, per monismo e dualismo non è agevole dire e grandi sono le incertezze che circondano la dicotomia¹⁰⁷⁴. La maggioranza degli autori che ne parla, infatti, se ne serve come criterio classificatorio generale di tutte le forme di governo, ma non manca chi la confina a chiave interpretativa delle sole forme di governo parlamentari (ravvisando il dualismo quando il capo dello Stato si atteggia ad “autonomo centro di attività che [può] contrapporsi a quella del parlamento”)¹⁰⁷⁵. In via di principio, comunque, il dualismo si fa coincidere con la presenza di due “motori” della forma di governo, operanti in base a una “distinta legittimazione”, con la conseguenza che vengono qualificate dualiste (oltre quelle monarchico-costituzionali del passato), le forme di governo presidenziali, semipresidenziali e semiparlamentari¹⁰⁷⁶. Sennonché (al contrario, ripeto, di quanto avveniva per la monarchia costituzionale), la legittimazione di cui si parla è tutt'altro che “distinta”. Come ho avuto modo di osservare in altre occasioni¹⁰⁷⁷, infatti, anche in quelle esperienze costituzionali il principio legittimante è uno solo ed è sempre lo stesso: il consenso (anzi, il voto) popolare. Si deve distinguere, infatti, fra *tipo* e *modo* della legittimazione. Quello di un capo dello Stato o di un primo ministro eletto direttamente è un *modo* di legittimazione completamente diverso da quello delle assemblee rappresentative, ma questo *modo* (nel senso di forma di manifestazione) appartiene al medesimo *tipo* di legittimazione, quello democratico.

Semmai, può essere molto utile osservare che un residuo di dualismo permane non a caso proprio in quelle democrazie nelle quali la forma di governo è rimasta monarchica. Ho trovato illuminanti, a questo proposito, due vicende che hanno interessato il Granduca Henry di Lussemburgo e Re

¹⁰⁷⁴ M. VOLPI, *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, 6^a ed., Torino, Giappichelli, 2016, 98.

¹⁰⁷⁵ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 9^a ed., T. I, Padova, Cedam, 1975, 405; analogamente, G. D'ORAZIO, *Presidenza Pertini (1978-1985). Neutralità o diarchia?* Rimini, Maggioli, 1985, 60. Questo stesso A., *ivi*, 63, offre anche una definizione di “diarchia”, intendendola come “la tendenziale e sostanziale partecipazione (salve restando le forme e le procedure canonizzate) di un organo, strutturalmente estraneo, anche se istituzionalmente collegato e coordinato, alla determinazione della volontà di altro cui appartiene la competenza all'adozione di un atto”. Poiché, però, nell'impostazione qui seguita, sono proprio le forme che condizionano la ricostruzione dei rapporti fra gli organi, questa definizione di diarchia corre il rischio d'essere inoperativa.

¹⁰⁷⁶ M. VOLPI, *Libertà e autorità*, cit., 99.

¹⁰⁷⁷ V., in particolare, *Presidente della Repubblica e funzione amministrativa*, in AA. VV., *Il magistero scientifico di Aldo M. Sandulli nel centenario della nascita*, a cura di M.A. Sandulli, Napoli, Editoriale Scientifica, 53 sgg.

Baldovino del Belgio. Il primo si era rifiutato di sanzionare una legge sull'eutanasia e per risolvere il problema sollecitò la revisione dell'art. 34 della Costituzione, dalla quale sparì la previsione della sanzione regia, sostituita da quella che “*Le Grand-Duc promulgue les lois dans les trois mois du vote de la Chambre*”. Il secondo, pur di non sanzionare la legge di legalizzazione dell'aborto, accettò che per pochi giorni si dichiarasse (ai sensi dell'allora art. 82 della Costituzione belga) la propria “impossibilità di regnare”. In questo modo il Governo, appellandosi al principio di continuità dei poteri, provvide direttamente a sanzionare la legge in luogo del sovrano¹⁰⁷⁸. Mi sembra chiaro che nulla di tutto questo avrebbe potuto accadere in una repubblica e che solo l'implicita presupposizione di una legittimazione regia “altra” abbia permesso simili svolgimenti costituzionali. Il che, lungi dal provare che anche in un ambiente costituzionale democratico è possibile un dualismo di legittimazioni, prova l'esatto contrario, e cioè che il principio monarchico è istituzionalmente incompatibile con il principio di eguaglianza, fondativo della democrazia¹⁰⁷⁹, perché un re, anche se elettivo, non possiede mai un “carattere rappresentativo”¹⁰⁸⁰. La compresenza di monarchia e democrazia, imputabile alla tenace sopravvivenza di autentici relitti del passato, è dimostrata per quel che è proprio dagli esempi appena ricordati: un vero *monstrum* costituzionale, nel quale il bicefalismo, di regola inoperativo, non emerge quasi mai e quando emerge impone singolari acrobazie giuridico-istituzionali per far convivere il diavolo e l'acqua santa.

Né si potrebbe obiettare che se non altro dove vi sono tribunali costituzionali vi sarebbe un'istituzione fondata su una legittimazione non democratica, o quanto meno *counter-majoritarian*¹⁰⁸¹, perché il problema della legittimazione non democratica delle giurisdizioni costituzionali è solo apparente: esse presidiano la volontà democratica che ha dato vita al patto costituente e la fanno prevalere su quella, essa pure democratica, ma contingente, delle maggioranze politiche del momento¹⁰⁸².

Un solo tipo di legittimazione, dunque, e molteplici suoi possibili modi. Ma dove avvertiamo l'unicità del *tipo* e la diversità del *modo* quando ragioniamo del Presidente della Repubblica nel suo rapporto con gli organi costituzionali del circuito Parlamento-Governo? Che il *tipo* sia eguale, a me

¹⁰⁷⁸ Il rifiuto regio aveva determinato una gravissima crisi costituzionale, disinnescata molto a fatica (v. la narrazione degli eventi da parte di un protagonista: W. MARTENS, *Mémoires pour mon pays*, adatt. francese di G. Daloz, Bruxelles, Racines, 2006, 173 sgg.).

¹⁰⁷⁹ A. PACE, *Le immunità penali extrafunzionali del Presidente della Repubblica e dei membri del Governo in Italia*, in AA. VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, vol. III, p. 2442, nt. 79.

¹⁰⁸⁰ P. BISCARETTI DI RUFFÍA, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, 4^a ed., Milano, Giuffrè, 1980, 104 sg.

¹⁰⁸¹ Alludo, evidentemente, alla nota questione della *counter-majoritarian difficulty* posta da A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Indianapolis - New York, 1962, spec. 16: “The root difficulty is that judicial review is a counter-majoritarian force in our system”.

¹⁰⁸² Uno spunto in questa direzione si incontra già, in occasione della discussione sulla legge costituzionale di attuazione degli artt. 134 sgg. Cost., nell'intervento dell'On. La Rocca alla seduta della Camera del 22 novembre 1950, nel quale si collegavano Costituzione uscita dal compromesso democratico fra tutte le forze politiche e sua garanzia giurisdizionale (v. lo stenografico, 23892).

sembra, lo si coglie perfettamente se si ragiona sul fatto che la storia repubblicana ha dimostrato che il ruolo del capo dello Stato è strettamente dipendente (oltre che dalla personalità del titolare della carica, ovviamente) dalla debolezza o - specularmente - dalla forza del raccordo Parlamento-Governo: quanto più debole è quel raccordo, tanto più consistente tende a farsi il protagonismo del Presidente; quanto più esso è forte, tanto più flebile si fa la sua presenza sulla scena politica e la sua capacità di incidere nel funzionamento della forma di governo¹⁰⁸³. Questo collegamento bidirezionale mostra con piana evidenza l'unicità del *tipo* di legittimazione, perché l'oscillazione del pendolo segue un moto omogeneo, reso possibile solo dal fatto che le due forze che lo muovono sono collocate esattamente sul medesimo piano (quello, appunto, della legittimazione democratica).

La diversità del *modo*, invece, la si avverte bene nel raccordo privilegiato e più diretto che il Presidente della Repubblica vanta con la Costituzione: poiché egli rappresenta l'unità nazionale e poiché l'unità nazionale è giuridicamente sancita e politicamente favorita¹⁰⁸⁴ dalla Costituzione, è a questa ch'egli non solo deve costantemente guardare, ma può anche costantemente fare appello. E poiché, ancora, le costituzioni aspirano a durare, il Presidente ha un'obbligazione di interpretazione della lunga durata che è sconosciuta al Parlamento e al Governo, chiamati a confrontarsi anzitutto con la contingenza. Le correnti profonde della società civile, le invarianti della storia nazionale (più numerose di quanto il tumultuoso succedersi degli avvenimenti faccia intravedere)¹⁰⁸⁵: sono questi i materiali nei quali il capo dello Stato deve scavare per cogliere la sostanza di quella comunità politica la cui unità egli rappresenta ai sensi dell'art. 87 della Costituzione. E tale sostanza egli deve cogliere per rinnovare ed esplicitare costantemente le ragioni del nostro stare insieme, per limare le punte del conflitto, per favorire il pieno dispiegarsi dei fattori di integrazione politico-sociale.

È bene evitare equivoci. In questo modo non intendo affatto recuperare l'esigenza, fatta valere da Carl Schmitt, di un'istanza unificante esterna al circuito politico-parlamentare. Quell'esigenza si radicava nel convincimento (sul quale si tornerà appresso) che fosse necessario rimediare all'articolazione disgregativa della società pluralista e il pluralismo era il *problema* da risolvere. Per la

¹⁰⁸³ Che il concreto atteggiarsi delle singole presidenze (e delle singole fasi di ciascuna presidenza) dipenda dallo stato del sistema dei partiti è sostenuto da molti. Da ultimo, ad es., O. CHESSA, *Le trasformazioni della funzione presidenziale di garanzia. Il caso della sentenza n. 1 del 2013*, in *Quad. cost.*, n. 1/2013, 32; V. LIPPOLIS - G.M. SALERNO, *La presidenza più lunga*, cit., 10. È il sistema dei partiti, infatti, che condiziona il funzionamento del raccordo Parlamento-Governo, dal quale a sua volta è condizionato, sul piano istituzionale, il rendimento della presidenza (G.U. RESCIGNO, *Articolo 87- Il Presidente della Repubblica*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro Italiano, 1978, 181 sg.), sino a esserne una "variabile dipendente" (R. BIN, *Il Presidente Napolitano e la topologia della forma di governo*, in *Quad. cost.*, n. 1/2013, 9).

¹⁰⁸⁴ Favorita, non certo assicurata. Non è il caso di tornare, qui, per l'ennesima volta, sulla critica all'illusione coltivata da chi pensa che la Costituzione possa, da sola, supplire al difetto di meccanismi unificanti capaci di operare sul terreno culturale, sociale, economico e politico. Più avanti, comunque, qualche cenno alla problematica delle funzioni integranti del patriottismo costituzionale.

¹⁰⁸⁵ Continuo a vedere la più impressionante capacità di cogliere queste invarianti nel leopardiano *Discorso sopra lo stato presente dei costumi degl'italiani*, scritto nel 1826, ma ancor oggi rivelatore.

Costituzione, invece, il pluralismo è una *risorsa* da utilizzare, perché l'unificazione e l'integrazione si costruiscono proprio nel processo di confronto pluralistico interno a quelle che a mio avviso si possono definire le “tre sfere dell'agire politico” (il confronto si apre nella sfera della *politica nazionale*, determinata dai cittadini nel libero concorso anche attraverso i partiti; prosegue nella sfera della *politica parlamentare*, che della politica nazionale dovrebbe farsi traduttrice in termini di opzioni legislative; sfocia nella sfera della *politica governativa*, che di quella parlamentare dovrebbe essere interprete in termini di indirizzo politico)¹⁰⁸⁶.

Una dottrina molto diffusa, risalente almeno al noto articolo di Calamandrei *Viva vox Constitutionis*¹⁰⁸⁷, collega funzione di rappresentanza dell'unità nazionale e funzione di custodia della Costituzione, ma si tratta di un collegamento fallace. In Calamandrei, per la verità, si spiega bene storicamente. Il suo saggio è del 1955 e appare quando la Corte costituzionale ancora non è stata messa in funzione e a ridosso della speranza di “disgelo costituzionale” animata dalla presidenza Gronchi: l'appello alla custodia presidenziale della Costituzione era dunque imputabile alla mancanza della Corte e alla necessità di trovare nel capo dello Stato una sponda politico-istituzionale dell'operazione di superamento del centrismo. Ma oggi è ben possibile riconoscere che la rappresentanza dell'unità nazionale non solo non implica, ma addirittura esclude la custodia della Costituzione, perché esige prestazioni di contenuto e portata ben diversi. Questo, almeno, se per custodia della Costituzione, come in genere accade, si intende, più propriamente, la sua *garanzia*.

Il senso di questa espressione è stato fotografato e cristallizzato, una volta per tutte, nella storica polemica fra Kelsen e Schmitt. L'alternativa ch'essi ponevano era netta e non poteva non esserlo, perché si fondava su due concezioni della Costituzione addirittura opposte e incompatibili¹⁰⁸⁸. Alla loro base stava un diverso atteggiamento nei confronti del pluralismo: una risorsa (democratica) per il primo; un rischio (disgregante) per il secondo. È per questo che in Kelsen, coerentemente con l'idea che il conflitto sociale dovesse essere assorbito nella dialettica parlamentare regolata dalle norme costituzionali, la Costituzione poteva essere concepita come un documento normativo da assoggettare alle comuni regole di interpretazione e sistematizzazione delle fonti. Ed è per questo che in Schmitt,

¹⁰⁸⁶ Sul punto, rinvio a M. LUCIANI, *Governo (forme di)*, cit., 555; ID., *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC*, n. 1/2013, 6, nonché in AA. VV., *Dalla Costituzione “inattuata” alla Costituzione “inattuale” Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana*, n. 103 dei *Quaderni per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, Giuffrè, 2013, 31 sgg., e in AA. VV., *Scritti in onore di Paolo Stella Richter*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, Vol. II, 775 sgg.

¹⁰⁸⁷ Il 31 gennaio 2015 l'articolo è stato ripubblicato e diffuso sul web da *Il Ponte*. V, ad es., fra i molti che seguono il medesimo orientamento, G. MOTZO, *Il potere presidenziale di esternazione e di messaggio (Appunti)*, in *Arch. giur. Serafini*, 1957, 4.

¹⁰⁸⁸ Ho formulato questa stessa osservazione in varie occasioni: ad es. in *Corte costituzionale e Presidente della Repubblica*, in *Foro it.*, 2000, V, 27, nonché in *Costituzione, istituzioni e processi di costruzione dell'unità nazionale*, in *Dir. soc.*, 2011, 66. Analogamente, G. FERRARA, *La sentenza n. 1 del 2014 della Corte costituzionale e la garanzia della Costituzione*, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesaurò*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, IV, 3131. Una lettura in certa misura conciliante dei due pensieri è proposta, invece, da D. GALLIANI, *Il capo dello Stato e le leggi*. I, *Aspetti storici, profili comparatistici, ordinamento italiano*, Milano, Giuffrè, 2011, XXXIII.

coerentemente con l'idea che il conflitto sociale dovesse essere contenuto e non dovesse emergere al livello delle istituzioni costituzionali, la Costituzione poteva essere concepita come il precipitato di una decisione politica generatrice di unità, che ne reclamava una collocazione autonoma e differenziata da tutte le altre fonti dell'ordinamento. Erano le premesse di partenza, insomma, che erano radicalmente diverse e che imponevano soluzioni altrettanto radicalmente diverse della questione della garanzia della Costituzione.

La radicalità delle due alternative esclude i compromessi e impone la scelta, scelta che da noi, nonostante la diffusa opinione che sostiene l'esistenza di una “doppia garanzia” (Consulta e Quirinale)¹⁰⁸⁹ è obbligatoriamente in favore della Corte costituzionale, sia in ragione di dati inequivoci del diritto positivo, sia in ragione di profili dommatici molto rilevanti. In sintesi estrema: a) organo di garanzia in senso proprio è unicamente quello che tutela la Costituzione non solo con atti politici o meramente persuasivi, ma con atti giuridici definitivi e vincolanti, che lo rendono il vero e proprio organo di chiusura del sistema¹⁰⁹⁰; b) il Presidente della Repubblica presta la propria opera (stabilizzatrice e di coesione) attraverso atti che non sono sempre tipologicamente determinati, anzi si svolge essenzialmente attraverso atti e comportamenti senza forma predefinita e liberi nell'*an*, nel *quando* e nel *quomodo*; c) l'esatto contrario accade per la Corte costituzionale, che non agisce officiosamente, è tenuta a pronunciarsi se adita e decide nel rispetto del principio di corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato.

Come si accennava, molti hanno affermato che la funzione di garanzia costituzionale, nel nostro ordinamento, sarebbe “strutturalmente ripartita, in forme diverse, tra le due istituzioni costituzionali”¹⁰⁹¹, ma, per le ragioni che ho detto, questa opinione non può convincere. Anzi, se si condivide la tesi qui sostenuta che quella assicurata dal capo dello Stato non sia una vera “garanzia” in senso tecnico, ritengo sia inopportuno continuare a definirlo organo di garanzia in senso lato¹⁰⁹², oppure organo di “garanzia politica” della Costituzione¹⁰⁹³. E anche chi (saggiamente, peraltro) ritiene

¹⁰⁸⁹ La tesi, come è noto, risale ad alcuni contributi che Serio Galeotti elaborò subito dopo l'entrata in vigore della Costituzione. Lo stesso S. GALEOTTI, *Il Presidente della Repubblica: struttura garantistica o struttura governante?* in AA. VV., *Scritti in onore di V. Crisafulli*, Padova, Cedam, 1985, Vol. II, 277 sgg., è tornato molto più tardi sulla questione, confrontandosi con la dottrina di diversa opinione.

¹⁰⁹⁰ Il riconoscimento dell'effetto vincolante come elemento costitutivo della nozione di garanzia lo troviamo anche in chi (contraddittoriamente, a mio modesto parere) qualifica il Presidente della Repubblica organo, appunto, di garanzia (v., in particolare, S. GALEOTTI, *La garanzia costituzionale (presupposti e concetto)*, Milano, 1950, 26 ss.; Id., *Garanzia costituzionale*, in *Enc. dir.*, Vol. XVIII, Milano, Giuffrè, 507).

¹⁰⁹¹ Così G. D'ORAZIO, *Presidente della Repubblica e Corte costituzionale: i rapporti nel sistema e nella prassi*, in *Giur. cost.*, 1982, 1925 sg., ma nel medesimo senso una numerosa dottrina.

¹⁰⁹² È quanto propone di fare, invece, G. SORRENTI, *Prime considerazioni sull'ambivalenza strategica del ruolo di garanzia del capo dello Stato*, in AA. VV., *Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica*, a cura di A. Ruggeri, Torino, Giappichelli, 2011, 485.

¹⁰⁹³ Così G. GUARINO, *Il Presidente*, cit., 367 sg., spec. nt. 27. Questa impostazione è seguita, in particolare, da G. FERRARA, *La sentenza n. 1 del 2014*, cit., 3133, nt. 18.

troppo secca l'alternativa tra concezioni del Presidente “garante” e concezioni del Presidente “governante”¹⁰⁹⁴ concede troppo, a mio avviso, all'impostazione maggioritaria, che non consente di cogliere la figura presidenziale in tutta la sua complessità. È chiaro che, assolvendo alle funzioni che gli sono confidate, il Presidente eroga prestazioni che la Costituzione vuole e che ritiene fondamentali per la propria tenuta e per la conferma della propria forza precettiva, ma questo non ha nulla a che vedere con la “garanzia della Costituzione” (altrimenti questa sarebbe assicurata da qualunque organo costituzionale che esercitasse compiutamente le proprie competenze).

4.- *In retrospettiva e in prospettiva: per una ricomposizione del testo e delle prassi costituzionali.*

Quale percorso metodologico seguire, allora, per comprendere quale davvero sia il ruolo del Presidente della Repubblica nel disegno della Costituzione, ma anche per una lettura corretta della storia repubblicana? La risposta mi sembra disarmantemente semplice: basta prendere le mosse dal testo dell'art. 87 Cost. e riflettere attentamente sulla duplice qualifica dell'organo¹⁰⁹⁵ che subito incontriamo al suo primo comma: *capo dello Stato e rappresentante dell'unità nazionale*. Sembra ovvio, ma la storia della nostra dottrina e della giurisprudenza costituzionale dimostra che non è scontato. Se, come ho accennato, la giurisprudenza costituzionale ha esaltato ora l'una ora l'altra funzione senza identificare un disegno unitario dell'organo, la dottrina ha oscillato fra due orientamenti metodologici opposti. Talora si è perduta in un'analisi dettagliata dei singoli poteri presidenziali che da sola non poteva condurre ad alcuna visione complessiva; tal'altra (e più spesso) ha ecceduto in astrazione, sganciandosi dal dato giuridico-positivo e ragionando solo per grandi categorie politico-costituzionali (controllo, garanzia, indirizzo politico, neutralità, etc.). Il problema, invece, era la quadratura del circolo tracciato per metà dalla qualificazione di “capo dello Stato” e per l'altra metà dalla qualificazione di “rappresentante dell'unità nazionale”¹⁰⁹⁶: indicazioni apparentemente disarmoniche se non contraddittorie, ma che l'interprete è tenuto a conciliare entro una visione coerente dell'istituto della Presidenza¹⁰⁹⁷. Cerchiamo, in sintesi, di esaminarle partitamente e di vedere come sia possibile ch'essano stiano assieme.

¹⁰⁹⁴ G. SILVESTRI, *Il Presidente della Repubblica*, in AA. VV., *Valori e principi del regime repubblicano*, a cura di S. Labriola, Roma - Bari, Laterza, 2006, 3., *Legalità e garanzie*, 446; U. ALLEGRETTI, *Il Presidente della Repubblica tra diritto e storia*, in <http://archivio.rivistaaic.it/>, 5, nonché in *Passato e presente*, n. 71/2007; G.M. SALERNO, *Presidente della Repubblica: evoluzione, criticità e prospettive*, in *Studi Modugno*, cit., IV, 3279.

¹⁰⁹⁵ E' bene ribadire, con la dottrina più attenta, che l'*organo* è il Presidente della Repubblica, mentre l'essere capo dello Stato è una delle *funzioni* di tale organo.

¹⁰⁹⁶ L'osservavo già nel mio *La gabbia del Presidente*, cit., 4.

¹⁰⁹⁷ La considerazione delle *due* qualificazioni costituzionali è essenziale. Non convince, pertanto, la scelta di concentrare l'attenzione esclusivamente sulla funzione di rappresentazione dell'unità nazionale (così, invece, A. MORRONE, *Il Presidente della Repubblica in trasformazione*, in *Rivista AIC*, n. 2/2013, 7 sgg.).

4.1. - *Essere “capo dello Stato”.*

Mi è sempre parso significativo che in Costituzione “capo dello Stato” si trovi scritto esattamente così, con la “c” di capo minuscola con la “S” di Stato maiuscola¹⁰⁹⁸. Certo, questa scelta, tutt’altro che solo tipografica, è storicamente imputabile alla diffidenza che i costituenti nutrivano nei confronti dei “Capi” (con la maiuscola): non era stato, forse, Benito Mussolini il “Capo del Governo”, oltre che il “Duce del fascismo”? Essa, tuttavia, è in perfetta armonia con la collocazione del Presidente in tutti gli snodi sensibili dell’assetto istituzionale della Repubblica, tanto da renderlo in qualche misura compartecipe di tutti i poteri dello Stato. Ebbene: poiché i fili dei quali il tessuto istituzionale della Repubblica si compone si possono aggrovigliare e poiché la matassa di quei fili può essere difficile da sbrogliare, c’è ben bisogno di un “capo” dal quale partire, di un punto estremo che sia fuori dal groviglio. Questo è appunto il “capo” dello Stato, al quale - l’intera storia repubblicana lo dimostra, ma basterebbe pensare alle presidenze Scalfaro e Napolitano -¹⁰⁹⁹ si chiede, in questa sua qualità, di sbrogliare le matasse istituzionali e di restituire il sistema al suo funzionamento fisiologico.

4.2. - *Essere “rappresentante dell’unità nazionale”.*

Quella dell’unità nazionale fu la questione che i Costituenti si posero come prioritaria¹¹⁰⁰. Non valeva soltanto, come per qualunque intrapresa costituente, l’ammonimento smendiano che l’integrazione politica è “il nucleo e il senso proprio della costituzione”¹¹⁰¹, ma urgevano, nello specifico caso italiano, i problemi esterni (gravissimi a Est, ma molto seri anche a Ovest) dell’integrità territoriale del Paese e quelli interni della saldatura delle molteplici fratture, storiche o prodotte dalla guerra, che lo dividevano. Un “ritorno allo Statuto” era impossibile, perché le enormi trasformazioni determinate dal conflitto dovevano essere assorbite e gestite entro un quadro assiologico e istituzionale del tutto originale. Questo, tuttavia, non significava essere autorizzati ad abbandonare il passato: le nazioni

¹⁰⁹⁸ Non è innocente, dunque, disattendere la scelta formale della Costituzione, usando la maiuscola. E’ quanto, però, si fa molto spesso (v., ad es., già C. ESPOSITO, *Capo dello Stato*, cit., *passim*).

¹⁰⁹⁹ Si è facili profeti, per non dire semplici cronisti degli eventi, se si ipotizza che anche durante il mandato del Presidente Mattarella le matasse da sbrogliare non saranno poche.

¹¹⁰⁰ In questo senso, in particolare, E. CHELI, *Il problema storico della Costituente*, in *Pol. dir.*, 1973, 520 sgg., ora in ID., *Costituzione e sviluppo delle istituzioni in Italia*, Bologna, il Mulino, 1978, 44; P. GROSSI, *La legalità costituzionale nella storia della legalità moderna e postmoderna*, in AA. VV., *Lo Stato costituzionale. La dimensione nazionale e la prospettiva internazionale. Scritti in onore di Enzo Cheli*, Bologna, Il Mulino, 2010, 49; M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC*, 2011, nonché in *Dir. soc.*, 2011, 636 sgg., e in AA. VV., *Costituzionalismo e Costituzione nella vicenda unitaria italiana*, Annuario AIC 2011, Napoli, Jovene, 2014, 3 sgg.

¹¹⁰¹ R. SMEND, *Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform*, in *Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät für Wilhelm Kahl*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1923, ora in *Staatsrechtliche Abhandlungen*, Berlin, Duncker & Humblot, 1955, 84.

vivono di passato tanto quanto di futuro¹¹⁰² e il passato andava coltivato, anche recuperando alcune strategie retoriche che a suo tempo avevano dato buoni frutti. Se il Risorgimento era stato concepito con un nuovo Rinascimento, ora la Resistenza veniva concepita come un nuovo Risorgimento, e si andava così alimentando il mito di un Paese che ripetutamente muore e ripetutamente rinasce dalle proprie ceneri.

Fondare le basi di una nuova unità nazionale non era certo un compito semplice e, soprattutto, era un compito solo preliminare: l'unità nazionale non è un *dato*, ma un *processo* del quale si trattava di costruire le condizioni: si doveva far sì che il *plébiscite de tous les jours* del quale aveva parlato, con formula fortunatissima, Renan¹¹⁰³ avesse, negli anni a venire, un risultato positivo. Ma come riuscirci?

Una dottrina molto raffinata, sotto la quale giace la distinzione weberiana tra legittimazione rispetto al valore e legittimazione rispetto allo scopo¹¹⁰⁴, ha sostenuto che a presidiare quel processo la Costituzione avrebbe posto, appunto, specifiche *istituzioni dell'unità*, che proprio per le prestazioni loro richieste si differenzierebbero, strutturalmente e funzionalmente, da quelle *istituzioni del pluralismo* nelle quali invece si rispecchia la molteplicità politica e sociale¹¹⁰⁵. Si tratta di un approccio condivisibile, ma che da molti è stato condotto oltre i confini che gli erano inizialmente propri, alimentando l'illusione che le istituzioni dell'unità, oltre a promuovere, consolidare e conservare l'unità, siano anche in grado di crearla, attivando autonomi processi generativi¹¹⁰⁶. Non è e non può essere così.

Come dimostrato, una volta per tutte, da Smend, nelle società complesse i meccanismi dell'integrazione politica e sociale sono molteplici, dovendo operare non solo sul terreno dei valori, ma anche su quelli (messi in luce mirabilmente da Cicerone)¹¹⁰⁷ del diritto condiviso e soprattutto della comunanza di interessi (materiali). Del resto, molti secoli dopo Cicerone e ben prima di Smend, un acuto filosofo della storia ha osservato che lo Stato “non è sorto da un'abdicazione degli egoismi

¹¹⁰² “Une nation est une âme, un principe spirituel. Deux choses qui, à vrai dire, n'en font qu'une, constituent cette âme, ce principe spirituel. L'une est dans le passé, l'autre dans le présent. L'une est la possession en commun d'un riche legs de souvenirs; l'autre est le consentement actuel, le désir de vivre ensemble, la volonté de continuer à faire valoir l'héritage qu'on a reçu indivis”: E. RENAN, *Qu'est-ce qu'une nation?* 2^e ed., Paris, Calmann Lévy, 1882, 26.

¹¹⁰³ Nel saggio cit. alla nt. 80. Lo stesso Smend, sempre in *Verfassung und Verfassungsrecht*, cit., 136, dopo aver esplicitamente riconosciuto il proprio debito nei confronti di Renan, dirà che lo Stato stesso “lebt und ist da nur in diesem Prozeß beständiger Erneuerung, dauernden Neuerlebens” (cors. mio).

¹¹⁰⁴ M WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, Mohr, 1922, ed. critica Winckelmann, 1956, trad. it. coord. da P. Rossi, *Economia e società*, 2^e ed. it., Milano, Comunità, 1968, I, 207 sgg.

¹¹⁰⁵ Quanto alla Corte costituzionale, C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi*, I, *Le ideologie del Costituente*, Milano, Giuffrè, 1979, *passim*, e soprattutto *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, Tipografia Veneziana, 1984, spec. 12 sgg.; quanto al Presidente della Repubblica, A. BALDASSARRE, *Il capo dello Stato*, in AA. VV., *Manuale di diritto pubblico*, a cura di G. Amato e A. Barbera, II, *L'organizzazione costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 5^e ed., 1997, 234; A. BALDASSARRE - C. MEZZANOTTE, *Gli uomini del Quirinale*, Bari, Laterza, 1985, 295 sgg.

¹¹⁰⁶ La posizione di A. BALDASSARRE - C. MEZZANOTTE, *Gli uomini del Quirinale*, cit., 287, era assai più cauta, perché per loro il compito delle istituzioni dell'unità “è quello di favorire o di determinare momenti di unità all'interno delle dinamiche pluralistiche”.

¹¹⁰⁷ *De Re Publica*, I, 39: il popolo non è “*omnis hominum coetus quoquo modo congregatus*”, bensì “*coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus*”.

individuali, bensì *consiste* in tale abdicazione, è il suo sistema di compenso, di modo che possibilmente molti interessi ed egoismi vi trovino in permanenza il proprio tornaconto [...]”¹¹⁰⁸. In questa prospettiva realistica, gli elementi materiali dell’unità sono ancor più decisivi di quelli formali e simbolici: specie in società segnate da forti disequaglianze, infatti, l’attivazione dei meccanismi di costruzione degli elementi materiali dell’unità diventa essenziale, perché è proprio così che si determina inclusione sociale e si riducono le differenze¹¹⁰⁹. Ma questi meccanismi (le politiche pubbliche, essenzialmente) sono nelle mani delle istituzioni del pluralismo¹¹¹⁰, non in quelle delle istituzioni dell’unità, cui compete, semmai, *consolidare* o *promuovere* una unità che, però, non possono autonomamente *generare*. È pertanto assurdo pretendere che il capo dello Stato sia il creatore di un’unità carente, mentre è ragionevole elevare nei suoi confronti la pretesa di favorirne la costruzione e la conservazione, tanto più che se la cura dell’unità nazionale può essere ascritta alla Corte costituzionale solo in via interpretativa, essa al Presidente della Repubblica è affidata esplicitamente dall’art. 87 Cost.

Gli strumenti che il Presidente ha a disposizione per assolvere a questo compito sono molteplici. La stessa pluralità dei poteri di cui è titolare e il loro estendersi su ogni terreno dell’azione istituzionale sono funzionali allo scopo, ma le risorse su cui egli può contare sono anche altre. Due mi paiono essenziali.

Anzitutto, sono a sua disposizione possenti risorse simboliche. Certo, non si tratta di un re o di un imperatore, per i quali si può anche postulare l’immedesimazione del corpo fisico del monarca e del corpo politico¹¹¹¹, ma la monocraticità della carica, il luogo in cui viene esercitata, l’apparato rituale che la circonda, tutto cospira a far avvertire che dov’è il Presidente è l’Italia.

Già questo è molto, ovviamente, ma non è tutto¹¹¹², perché il Presidente vanta anche quel collegamento privilegiato con la Costituzione sul quale si è prima richiamata l’attenzione e dal quale

¹¹⁰⁸ J. BURCKHARDT, *Weltgeschichtliche Betrachtungen*, ed. Oeri, Berlin u. Stuttgart, Spemann, 1905, trad. it di M. Mandalari, *Riflessioni sulla storia universale*, Milano, Rizzoli, 1966, 56 (cors. nell’orig.).

¹¹⁰⁹ E’ sorprendente che moltissimi economisti e politologi contemporanei non colgano o volutamente trascurino quel collegamento fra eccesso di disequaglianze (di ricchezza e di povertà) e fragilità del vincolo politico che è stato chiaro per millenni al pensiero politico occidentale (ho fatto qualche esempio “classico” nel mio *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant’anni della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 3/2016, 8 ss.).

¹¹¹⁰ Non solo. Istituzioni del pluralismo per eccellenza sono i Parlamenti, che, al di là delle politiche pubbliche coesive che eventualmente elaborano, possono essere un potente fattore di integrazione già per il solo fatto di usare il metodo del confronto aperto e trasparente e la pratica del compromesso (v., ovviamente, H. KELSEN, *Das Problem des Parlamentarismus*, Wien, Braumüller, 1926, trad. it. di C. Geraci, *Il problema del parlamentarismo*, ne *Il primato del parlamento*, Milano, Giuffrè, 1982, spec. 193 sgg.). Tutto questo, peraltro, a condizione che il sistema dei partiti e la cultura politica sorreggano in concreto questa astratta capacità delle assemblee rappresentative: le vicende politiche italiane degli ultimi due decenni mostrano quanto tutto questo non sia affatto scontato.

¹¹¹¹ La “finzione mistica dei Due Corpi del Re” (cfr. E. H. KANTOROWICZ, *I due corpi del Re*, trad. it. di G. Rizzoni, Torino, 3) mi è sempre parsa chiarita in modo esemplare dall’impressionante descrizione del legame tra la *finis Austriae* e la morte di Francesco Giuseppe che troviamo in F. WERFEL, *L’impero austriaco*, ora in *Nel crepuscolo di un mondo*, trad. it. di C. Baseggio, Milano, Mondadori, 1980, 42 sgg.

¹¹¹² È riduttiva, dunque, l’idea (C. ESPOSITO, *Capo dello Stato*, cit., 234, nt. 74) che il Presidente della Repubblica sia unicamente il “simbolo” dell’unità nazionale che è chiamato a rappresentare.

può trarre una forte legittimazione dei propri interventi nel dibattito pubblico e sulle altre istituzioni. Anche qui, tuttavia, non ci si deve illudere che l'appello alla Costituzione basti, da solo, a generare una unità nazionale che non sia robustamente sostenuta da meccanismi integrativi materiali sufficientemente sviluppati, perché sulla dottrina del patriottismo costituzionale si sono scaricate aspettative che non può soddisfare. Se, infatti, in Habermas il patriottismo costituzionale funge da surrogato di un'identità nazionale più profonda, ormai smarrita o impossibile nell'ambiente dell'integrazione europea¹¹¹³, per Dolf Sternberger, il quale per primo, già negli anni Cinquanta, lo costruì come paradigma¹¹¹⁴, esso serviva semplicemente a reperire un elemento in qualche modo unificante di due Germanie divise, prive di "un" popolo. Chiedere di più al comune identificarsi in una Costituzione non è possibile.

Pur se in questi limiti, comunque, nella sua qualità di rappresentante dell'unità nazionale il Presidente è chiamato sia a disvelare (e conservare, consolidandole) le ragioni di quell'unità, sia a trovare il punto di equilibrio tra l'esigenza democratica di lasciare aperto il conflitto sociale e politico e quella sistemica di tenerne indenni le istituzioni, perché le democrazie pluralistiche contemporanee funzionano bene solo a temperatura (del confronto pluralistico) media (altrimenti rischiano l'entropia da temperatura troppo bassa o il surriscaldamento da temperatura troppo alta)¹¹¹⁵.

4.3. - Prestazioni esigibili e prestazioni non esigibili.

Così ricostruite, le due funzioni fondamentali che l'art. 87 assegna al Presidente della Repubblica risultano essere perfettamente armoniche e complementari: un capo dello Stato che non sapesse assicurare la massima armonia possibile fra le istituzioni genererebbe anche turbolenze nel dominio dell'unità nazionale che è chiamato a rappresentare. E' un "equilibrio dinamico" quello che il Presidente deve sforzarsi di valorizzare, funzionando come un vero e proprio *giroscopio costituzionale*, capace di tenere in asse la macchina delle istituzioni e la convivenza civile nonostante gli inevitabili scossoni cui la dialettica politica e sociale, nel corso del tempo, le sottopongono¹¹¹⁶. A scanso di equivoci: questa

¹¹¹³ V. soprattutto J. HABERMAS: *Staatsbürgerschaft und nationale Identität*, St. Gallen, Erker, 1991, ora in *Faktizität und Geltung*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1992, 632 sgg.

¹¹¹⁴ D. STERNBERGER, *Das Vaterland*, nonché *Verfassungspatriotismus* (1979 e 1982), in ID., *Verfassungspatriotismus*, Frankfurt a. M., Insel, 1990, 11 sgg.

¹¹¹⁵ Raggiungevo le medesime conclusioni nel mio *La parabola della Presidenza della Repubblica*, in *Rivista AIC*, n. 1/2014, 2, e in AA. VV., *Istituzioni e sistema politico in Italia: bilancio di un ventennio*, a cura di M. Volpi, Bologna, Il Mulino, 2015, 123.

¹¹¹⁶ Di una funzione di "equilibrio dinamico" ha (esattamente) parlato G. D'ORAZIO, *Riflessione sul ruolo del Presidente della Repubblica*, in AA. VV., *Verso la riforma delle istituzioni. Strumenti*, a cura di E. Cuccodoro, Firenze, Nocchioli, 1983, 136, ma (stavolta erroneamente) vedendola come il frutto dell'evoluzione della figura presidenziale, altrimenti caratterizzabile solo come "autonomo potere di garanzia formale". Può essere interessante notare che anche la Corte costituzionale ha affermato, almeno in una occasione, di essere il garante dell'equilibrio dinamico dei rapporti fra lo Stato e le Regioni (sent. n. 31 del 2006), "perché le linee di ripartizione tracciate dalla Costituzione siano rispettate nel tempo, pur nel mutamento degli strumenti organizzativi che lo Stato e le Regioni sceglieranno via via di adottare per conseguire i propri

conclusione non finisce per far rientrare dalla finestra la dottrina del potere neutro che si era cacciata dalla porta. Anche il monarca costituzionale, certo, erogava prestazioni di equilibrio, ma si trattava di un equilibrio precario, paradossalmente cercato in un potere diverso da tutti gli altri e che avrebbe sempre potuto far valere la propria distinta legittimazione per rovesciare, non per proteggere, l'assetto della forma di governo. Omogeneo agli altri poteri dello Stato sul piano della legittimazione, al Presidente di una Repubblica parlamentare non è dato invocare un carattere *neutre* che gli potrebbe venire solo da una legittimazione alternativa. Che non possiede.

Leggendo in questa prospettiva (attenta al testo della Costituzione) anche le vicende delle varie presidenze l'intera storia costituzionale repubblicana assume contorni più chiari, perché il punto essenziale è proprio la maggiore o minore capacità di erogare questa prestazione di unificazione, di equilibrio e messa in asse. L'opposta valutazione che l'opinione pubblica ha dato delle presidenze Pertini e Cossiga, ad esempio, si spiega proprio in ragione della loro diversa capacità (o volontà) di agire da stabilizzatori del sistema e catalizzatori di unità, mentre anche la lettura della recente presidenza Napolitano diventa più agevole se si assume questa prospettiva.

Si è parlato, a proposito di Napolitano, di “re Giorgio”; si è discettato di una presidenza “imperiale”; si è detto ch'essa avrebbe fatto avvertire “bagliori” di semipresidenzialismo¹¹¹⁷, ma la realtà è diversa. Certo, il capo dello Stato si è collocato davvero al centro della forma di governo e ha funzionato da motore dell'intero sistema politico a causa della grave crisi dei partiti, ma, lungi dall'essere una sorta di preconizzazione del semipresidenzialismo, la presidenza Napolitano è stata l'espressione più chiara della forma di governo parlamentare, rimanendo nei cui confini ha utilizzato tutte le potenzialità che questa assegna al capo dello Stato, peraltro giungendo sino ai loro limiti più estremi¹¹¹⁸. L'azione che il Presidente emerito ha esercitato, essenzialmente di stabilizzazione della forma di governo, in un ambiente semipresidenziale sarebbe stata inutile (a che serve quando capo dello Stato e Parlamento sono dello stesso colore politico?) o impossibile (che strumenti ha il capo dello Stato per esercitarla, se, nelle situazioni di coabitazione, il Parlamento gli è contrario?). Si potrà discutere del merito delle

fini nel modo ritenuto più adatto, secondo i diversi indirizzi politici e amministrativi”. Per le ragioni dette più volte, però, la diversità della prospettiva è evidente.

¹¹¹⁷ La formula è di G. PASQUINO, *L'elasticità della Presidenza della Repubblica*, in *Quad. cost.*, 2013, 114. Già all'inizio del primo mandato, ma con riferimento anche all'esperienza delle presidenze precedenti, si era parlato di una “deriva presidenzialista”: M. VOLPI, *L'evoluzione del sistema di governo tra Costituzione vigente e prassi presidenzialistica*, in AA. VV., *Scritti Carlassare*, cit., Vol. II, 783.

¹¹¹⁸ Gli esempi più illuminanti dell'arrivo ai più lontani limiti della forma di governo parlamentare mi paiono il discorso di secondo insediamento innanzi le Camere riunite (nel quale giunse sulla schiena del Parlamento una sferzata di proporzioni sconosciute: “[...] se mi troverò di nuovo dinanzi a sordità come quelle contro cui ho cozzato nel passato, non esiterò a trarne le conseguenze dinanzi al paese”) e il fatto stesso della rielezione, vero e proprio *unicum*, sinora, nella storia repubblicana, ed evento che, seppure non formalmente escluso dalla Costituzione, assume logicamente una valenza peculiare, perché, come è stato esattamente osservato, possiede “l'univoco significato di un riconoscimento della legittimità e, ad un tempo, della legittimazione delle iniziative presidenziali e della concezione stessa del ruolo che l'organo è chiamato a svolgere anche *pro futuro*” (G. D'ORAZIO, *Presidenza Pertini*, cit., 334).

scelte compiute e ci si potrà anche chiedere se la tutela dell'unità nazionale richieda sempre la stabilizzazione o non reclami anche momenti di discontinuità, ma è sempre in questa prospettiva che quella presidenza deve essere (adesivamente o criticamente) inquadrata. E anche l'attuale presidenza e le future dovranno essere apprezzate sempre dal medesimo punto di analisi.

Questo significa che nei confronti dei Presidenti della Repubblica si possono elevare pretese molto alte di prestazione costituzionale, ma che se ne devono avere ben chiari i limiti. Il capo dello Stato è titolare di alcuni frammenti di *imperium* e *potestas*, ma detiene un consistente patrimonio di *auctoritas*. Sta alla sua intelligenza politica mantenere intatto o accrescere quel patrimonio, agendo sapientemente sul duplice registro dei rapporti con la pubblica opinione e con i palazzi della politica che gli è proprio¹¹¹⁹, ma non ha senso pretendere dal Presidente l'uso di un *imperium* e di una *potestas* che non detiene. Non organo di controllo (e organo esercente “funzioni” di controllo solo nei limiti e con le precisazioni sopra indicate), non potere neutro, non garante della Costituzione, non titolare di *imperium* e di *potestas*, incapace di costruire, in solitudine, un'unità non altrove generata, non necessariamente adatto, in pari solitudine, a reggere la cosa pubblica nei momenti di crisi¹¹²⁰, il capo dello Stato potrebbe essere scambiato da qualcuno per il *fainéant* di cui parlò Orlando in Assemblea costituente¹¹²¹. Ma quel qualcuno dovrebbe ignorare, oltre il *testo* del primo comma dell'art. 87 Cost., la *storia* italiana degli ultimi settant'anni e dovrebbe ritenere secondarie, in un Paese come il nostro, l'armonia istituzionale e la coesione nazionale.

¹¹¹⁹ V. ancora A. DI GIOVINE, *Dieci anni di Presidenza della Repubblica*, loc. cit.

¹¹²⁰ Mi riferisco, ovviamente, alla notissima ipotesi espositiana (C. ESPOSITO, *Capo dello Stato*, cit., 237 sgg.), poi ripresa da G.U. RESCIGNO, *Articolo 87*, cit., 144 sgg., e ora O. CHESSA, *Il Presidente della Repubblica parlamentare*, cit., 237 sgg.

¹¹²¹ *Atti Ass. Cost.*, seduta del 23 ottobre 1947, 1478.

La Corte habermasiana di D'Orazio*

di Mario Dogliani**

1.-

Il modo migliore per onorare Giustino d'Orazio è immettere le sue riflessioni nel dibattito attuale, a confronto con i problemi attuali della giustizia costituzionale. E' ovvio che ciò potrebbe essere detto di tutti coloro che hanno dato al costituzionalismo contributi profondi, e dunque non dissolti nelle situazioni contingenti che li hanno determinati. Ma per D'Orazio il collegamento con l'oggi è di immediata evidenza, in quanto deriva dalla sua prefigurazione del problema "massimo" che per la giustizia costituzionale si è venuto via via ponendo in modo sempre più netto: il problema di definire in che cosa consista esattamente la natura di "giudice" della Corte costituzionale.

Prima di affrontare il problema, vorrei però esprimere la mia ammirazione per il suo volume *La genesi della Corte costituzionale* (1981).

Immediato è il riferimento al notissimo testo di Eugenio Garin *La filosofia come sapere storico* (1959). Verrebbe da dire, parafrasando, che il volume di D'Orazio potrebbe portare come sottotitolo: "Il costituzionalismo come sapere storico". Invece delle consuete trame concettuali D'Orazio fa vivere nelle parole e nelle biografie dei costituenti e dei protagonisti del dibattito intellettuale del tempo i problemi e i conflitti che dovevano essere risolti per addivenire al compromesso costituente, rappresentando, in modo vivido e sanguigno, quei problemi nella ricostruzione delle loro ascendenze culturali e nelle loro implicazioni politiche.

Un'ulteriore annotazione quanto al suo metodo realistico di indagine.

Fin dalla prima pagina della *Introduzione* di questo volume D'Orazio afferma la fecondità - per la sua ricerca - dei contatti con la scienza politica. E ripeterà molto spesso questa indicazione - anche negli scritti successivi - perché ciò che gli serve è la ricostruzione delle costanti rinvenibili «in quella non codificabile realtà» che è la tensione tra il ruolo assegnato normativamente all'organo della giustizia costituzionale e il ruolo di fatto assunto da quest'ultimo nella concretizzazione della sua funzione (ma lo stesso discorso vale, negli scritti successivi, per il ruolo del Parlamento).

Alla luce del libro - e della precisazione fin da subito avanzata da D'Orazio - non so se sia più esatto parlare, all'interno della alternativa che egli prospetta, di una ricerca della conferma di

* Relazione al Convegno in memoria di Giustino D'Orazio *Gli organi costituzionali di controllo nella storia costituzionale repubblicana*, Corte Costituzionale, Palazzo della Consulta, Piazza del Quirinale, Roma, 20 febbraio 2017. Contributo pubblicato previa accettazione del comitato scientifico del Convegno.

** Professore emerito di Diritto Costituzionale presso l'Università di Torino.

costanti - o addirittura di «leggi politiche proprie dell'evoluzione delle istituzioni costituzionali» - o non piuttosto, come egli ipotizza immediatamente, di una ricerca tesa «a tracciare o perfezionare certe linee di tipizzazione empirica». E aggiunge «se non di vera e propria teorizzazione»¹¹²², ove per "teorizzazione" non si può non intendere una ordinata descrizione di una sequenza di tipi in senso weberiano (e dunque utilizzabili, nell'ambito delle scienze sociali, *ad docendum*; ma nel campo del diritto - o meglio: di un ordinamento valido - essendo tratti da norme valide, anche *ad iubendum*, cioè come principi dell'ordinamento stesso).

2.- Questo scritto, con le scelte di metodo ora richiamate (una «più ampia prospettiva di ricerca *extra ordinem*»)¹¹²³, pone il fondamento della successiva riflessione di D'Orazio in quanto - proprio attraverso l'ampiezza di vedute consentita da questa ricerca storica (e dunque realistica in termini di scienza politica, ma contemporaneamente normativa, in quanto fatta di materiale giuridico "valido") - definisce in termini volutamente e felicemente (proficuamente) ambivalenti la natura dell'organo di giustizia costituzionale e il fondamento della sua legittimazione (di giudice, legittimato dal diritto che deve applicare, e contemporaneamente di arbitro, legittimato dal riconoscimento che le sue pronunce ricevono) e la sua collocazione nella forma di governo in senso ampio.

Nel successivo volume *Soggetto privato e processo costituzionale italiano*¹¹²⁴ D'Orazio prosegue con lo stesso metodo storico-politico e si muove nello stesso solco, avendo al suo centro il problema della collocazione della Corte nella dinamica dei rapporti tra gli organi costituzionali (della forma di governo, come si è detto, in senso ampio), e, sulla base di questo, il problema dell'accesso del soggetto privato nella instaurazione e nello svolgimento del processo costituzionale.

Non solo nell'Introduzione e nella premessa storica, ma soprattutto nel capitolo II e, particolarmente, nel capitolo III della parte seconda - il cui titolo è «*Superamento della classica pregiudiziale del difetto di legittimazione democratica del giudice delle leggi quale organo di garanzia. Nuovi e più moderni orientamenti politologico-istituzionali per la ricerca di una definizione. Duplice profilo della legittimazione della Corte Costituzionale (in titolo ed in esercizio)*» D'Orazio affronta di petto la questione della natura non solo giurisdizionale della Corte.

Mi limito a sottolineare il passo in cui D'Orazio afferma: «...dando credito all'organo di garanzia e ponendolo a giudice e arbitro delle controversie (*fino a che punto giuridiche?*)¹¹²⁵ tra maggioranza e minoranza, cioè all'interno stesso della dialettica che costituisce l'essenza di un regime democratico-parlamentare, talune costituzioni o leggi di revisione costituzionale¹¹²⁶ hanno mostrato *per tabulas* di lasciar cadere l'antica pregiudiziale»¹¹²⁷ (del difetto di legittimazione democratica per svolgere attività, evidentemente, di natura politico-creativa non riconducibili a quella del giudice).

¹¹²² Giustino D'Orazio, *La genesi della Corte costituzionale. Ideologia, politica, dibattito dottrinale: un saggio di storia delle istituzioni*, Edizioni di Comunità, Milano 1981, pp. 19-20.

¹¹²³ *Ibidem*.

¹¹²⁴ Giustino D'Orazio, *Soggetto privato e processo costituzionale italiano. Seconda edizione ampliata ed aggiornata*, Giappichelli, Torino 1992.

¹¹²⁵ Corsivo mio.

¹¹²⁶ Il riferimento è di diritto comparato, agli ordinamenti tedesco, spagnolo, austriaco e francese.

¹¹²⁷ Giustino D'Orazio, *Soggetto privato cit.*, p. 99.

Risolvere in questo modo una questione così delicata significa che quello che è considerato dirimente è l'argomento storico-comparatistico, e cioè che i "tipi" nel discorso giuridico valgono sia *ad docendum* che *ad iubendum*.

Il terzo scritto che mi limito a prendere in considerazione è *Opposizione parlamentare e ricorso al giudice delle leggi*¹¹²⁸. E' indubbiamente diverso dai precedenti trattandosi di una ricostruzione orientata - in modo costituzionalisticamente militante - a una proposta di politica costituzionale.

Se nel volume precedentemente citato i perni dell'orientamento di politica costituzionale erano due (il completamento e il perfezionamento dello stato di diritto come stato che, da un lato, rifiuta la tirannia della maggioranza, e che, dall'altro, tende alla massima garanzia dei diritti dei singoli) qui la proposta è più nettamente orientata alla prima questione: dunque al possibile ruolo della Corte Costituzionale nel delimitare il campo della sovranità parlamentare, nel partecipare (di conseguenza, indirettamente, ma obiettivamente) alla dialettica maggioranza-opposizione prestando tutela alla «necessaria partecipazione delle minoranze alla determinazione sostanziale del contenuto sostanziale della legge»¹¹²⁹, e conseguentemente prestando tutela anche alla minoranza della maggioranza. La Corte deve cioè, secondo D'Orazio, poter partecipare alla dialettica interna alla maggioranza, tra la sua maggioranza e la sua opposizione (da questo la sua preferenza per la attribuzione della titolarità del potere di ricorso non ai gruppi parlamentari, ma a raggruppamenti di parlamentari liberamente formati ed aperti).

Al centro della posizione di D'Orazio non sta, a mio avviso, tanto la questione degli interessi metamaggioritari (facendosi valere i parametri della non-incostituzionalità, tutti gli interessi volti a tal fine sono, per definizione, metamaggioritari), quanto una concezione complessiva della politica e della legge: una concezione discorsiva, habermasiana - diremmo oggi - della politica e della legislazione, che D'Orazio riassume richiamandosi a Luigi Einaudi e a Edoardo Ruffini, sottolineando la necessità che i voti non siano solo contati, ma - idealmente e in modo apparentemente paradossale - anche pesati, nel senso che realizzino un connubio tra *maior pars* e *sanior pars*: due criteri che sembrano logicamente inconciliabili, ma che invece devono essere conciliati. Riconosce che non è un problema nuovo, perché nella teoria del parlamentarismo si auspicava che tale conciliazione avesse luogo nello svolgimento stesso del procedimento legislativo, affinché la legge non sia soltanto il prodotto di una forza, espressa da un numero, più o meno occasionale ed omogeneo, ma il frutto della ragione, cioè di un incontro e confronto di idee e interessi che, con una più ampia capacità di persuasione, le conferiscano una più avvertita precettività giuridica ed una intrinseca e verificabile razionalità. Quando si verifichi, appunto, il «vero compromesso» (e qui usa parole di Luigi Einaudi) «allora soltanto la legge non è, in verità, l'espressione della volontà di una parte intesa a sopraffare l'avversario, ma della volontà generale. La legge è osservata da tutti, è legge attiva e fruttuosa perché è frutto del compromesso tra gli opposti e della adesione dei meno alla norma deliberata da coloro che si sono fatti l'eco della

¹¹²⁸ Giustino D'Orazio, *Opposizione parlamentare e ricorso al giudice delle leggi (prolegomeni ad una soluzione italiana)*, Giuffrè, Milano 1996.

¹¹²⁹ Il titolo del capitolo I dell'opera in esame è: «L'idea emerge già nei primi anni della vita parlamentare repubblicana - La legge da espressione della mitica "volontà generale" ad atto di precaria composizione di interessi - Asserita insufficienza della partecipazione giuridico-formale della minoranza al procedimento legislativo e diffusa affermazione della necessaria partecipazione di quella anche alla determinazione sostanziale del contenuto della legge: orientamenti e punto d'incontro della dottrina giacobino-convenzionalistica e di quella liberale. Una ulteriore e moderna garanzia costituzionale della minoranza parlamentare: il ricorso diretto al giudice delle leggi (Corte costituzionale)».

volontà dei più. La legge è sempre formalmente coattiva, ma è viva ed operosa solo se ad essa aderisce subito, senza rimpianto, la minoranza vinta. Soltanto allora il popolo dice: questa è legge. E ad essa ubbidisce». ¹¹³⁰

In quest'ottica il ruolo della Corte è - a mio parere, in tutte le opere di D'Orazio - più quella di garante della legge come esito di un processo discorsivo e arbitro delle vicende che portano a questo esito, che quella di giudice come applicatore di sillogismi.

Questa contrapposizione concettuale, ma coesistenza pratica, tra giudice e arbitro, significa, in una parola, che la Corte costituzionale deve sapersi porre - avendo acquisito una legittimazione *in exercitio* - come l'organo che ha l'ultima parola sulle questioni che la fine della sovranità parlamentare fa sorgere.

Venuta meno la sovranità della legge come atto di chiusura dell'intero ordinamento, in quanto atto di garanzia (del pluralismo politico) che si realizza nel momento stesso in cui si produce (nel Parlamento), è necessario - dopo che si sono moltiplicate le garanzie, o, più precisamente, le possibilità di conflitto, ad opera del pluralismo sociale, delle giurisdizioni, dell'ambiente mass-mediale, dello sfarinamento della mediazione partitica ... - trovare un elemento di chiusura del sistema reso complesso dall'insieme stesso delle garanzie. In questo senso la Corte costituzionale non è solo (in quanto giudice) la più importante delle garanzie, ma, in quanto arbitro, deve essere l'elemento di chiusura dei conflitti che il sistema delle garanzie medesimo apre.

E' qui che assume tutto il suo significato quella domanda posta - anzi, lasciata cadere - da D'Orazio nella citazione sopra riportata («dando credito all'organo di garanzia e ponendolo a giudice e arbitro delle controversie (*fino a che punto giuridiche?*) tra maggioranza e minoranza, cioè all'interno stesso della dialettica che costituisce l'essenza di un regime democratico-parlamentare ...») perché quella domanda (*fino a che punto giuridiche?*) è riferibile a una grandissima parte delle controversie affrontate dalla Corte. Ricordiamoci i dubbi e i tentennamenti che accompagnarono l'avvio del controllo di costituzionalità ex art. 3 primo comma: il timore di sovrapporsi alla discrezionalità legislativa, ma l'impossibilità di non farlo, pena la vanificazione totale della norma costituzionale, il rifugio nel senso di responsabilità della Corte ... Il punto è sempre lo stesso: la pregiudiziale della non democraticità in relazione allo "sconfinamento" nel campo della discrezionalità legislativa cade - concettualmente - perché è impossibile qualificare come "sotto ogni punto di vista giuridiche" la gran parte delle questioni che la Corte deve risolvere.

D'altra parte le controversie che la Corte affronta fondandosi non sulla sua legittimazione *in titulo*, ma su quella - acquisita - *in exercitio*, sono pur esse affrontate nella stessa forma attraverso cui essa opera quando agisce *ex titulo*. Questa identità di forma potrebbe derivare da una dissimulazione (come oggi alcuni sostengono, sottolineando il carattere posticcio di alcune argomentazioni), ma D'Orazio lo nega, e la fa derivare dal fatto che le due forme di legittimazione sono strettissimamente legate: sono il frutto di una «distinzione concettuale», dice D'Orazio, e «la seconda non può non trovare dei limiti che sono fondati e connaturali nella prima (per cui anche il consenso non giustificerebbe, al di là di una loro pur ammissibile evoluzione, l'alterazione di

¹¹³⁰ Le parole di Einaudi (da *Maior et sanior pars*, (1945), in *Il buongoverno*, Laterza, Bari 1973, p. 117) sono citate a pag. 15, nel corso di una serrata critica all'autosufficienza del principio maggioritario, definito proprio con le parole di Einaudi: «quando la maggioranza dei cittadini ha voluto, direttamente o per mezzo dei suoi rappresentanti ... tutto è finito. Vox populi, vox dei. La questione è decisa ed alla minoranza non rimane se non inchinarsi ed obbedire ...». Tutta la logica del governo democratico sta in questo semplice, nudo, ineccepibile ragionamento» (*ibidem*, p. 97).

quei limiti, ad esempio nei rapporti Corte-parlamento)»¹¹³¹. Distinzione concettuale, come si è già detto, ma coesistenza pratica. Che cosa significa? Secondo D'Orazio - a mio parere - significa che il percorso argomentativo deve essere della stessa qualità in entrambi i casi. E' il parametro che cambia: da norma giuridica a principio giuridico (se tiene la distinzione tra norme e principi: tema che qui non possiamo discutere) a canone di ragionevolezza, di saggezza reggitrice del momento che sta attraversando l'ordinamento costituzionale. Il parametro accentua il suo carattere di "canone politico" nel senso più alto della parola. Ma il tragitto dalla norma al canone di saggezza (termine che, a mio parere, deve essere preferito a quello di "ragionevolezza", perché una sterminata letteratura troppo indulgente ai giochi di parole ha finito per farlo apparire come un criterio giuridicamente conformabile: il che non è) deve essere compiuto con estrema attenzione e parsimonia, perché il principio sacrificato è il principio rappresentativo: l'architrave di tutto l'edificio costituzionale, che può incontrare dei limiti, non delle negazioni.

Oggi la Corte è all'apice della sua *auctoritas in exercitio*, perché il Parlamento e il principio rappresentativo sono i grandi ammalati. Chi non voglia perdersi in sentieri oscuri, deve interrogarsi con urgenza sulla domanda: come evitare - attraverso strumenti istituzionali, che non possono evidentemente surrogare i ben più radicali strumenti politico culturali - l'ulteriore emarginazione del Parlamento e del principio rappresentativo?

In questa prospettiva strumenti come il giudizio preventivo di illegittimità che la riforma costituzionale seccamente bocciata ipotizzava per le sole leggi elettorali, potrebbe essere utile - nell'ottica prospettata da D'Orazio - per garantire alla legge quel carattere discorsivo che la natura e la composizione del Parlamento purtroppo non sono più in grado di garantire.

Il problema non è discutere sul primato del procedimento parlamentare di produzione delle leggi o sul primato del procedimento di controllo della costituzionalità delle leggi al fine di realizzare la loro razionalità - rispetto al fine e rispetto alla struttura dell'ordinamento (la loro coerenza interna) - da un lato, e la loro razionalità discorsiva (ragionevolezza), dall'altro.

Ambedue presentano difficilissimi problemi. Confesso di provare tuttora ammirazione per la visione "orlandiana" della legislazione e della sovranità parlamentare, e per la concezione kelseniana scarna, meramente procedurale, del processo di produzione delle fonti del diritto, nemica di una loro contaminazione diretta col mondo dei valori (diretta, perché ovviamente è insopprimibile il collegamento indiretto che lega la legge alla natura, all'anima, alle passioni ... dei protagonisti del procedimento parlamentare). Confesso anche ho letto con una simpatia che tuttora mantengo le considerazioni di Jeremy Waldron sulla dignità della legislazione.

Ma la considerazione realistica del momento storico ci obbliga a riconoscere che il mero procedimento parlamentare non è in grado di garantire le due forme di razionalità prima citate.

E' opportuno dunque configurare l'intervento della Corte non tanto come un controllo nemico, ma come un controllo cooperativo. E travasare questa visione nella letteratura e soprattutto nella manualistica. Quanti decenni sono che si parla di detronizzazione della legge, che la si presenta come una serie occasionalistica di misure sconclusionate e mal scritte a fronte della superiore razionalità dei giudizi della Corte?

La crisi della legge, della rappresentanza, del Parlamento e della politica - di cui tanto soffriamo - sono anche - ritengo - la conseguenza di un non adeguato sostegno, da parte della dottrina, al

¹¹³¹ Giustino D'Orazio, *Soggetto privato*, cit., p. 113

loro difficilissimo dover essere. Sostegno che proprio dalla Corte potrebbe provenire, qualora le minoranze parlamentari fossero messe in grado di ricorrere ad essa.

Enzo Cheli, nella sua prefazione al volume *La genesi della Corte costituzionale*, aveva (siamo nel 1981) con forza richiamato alla necessità di una storia della Corte costituzionale che non fosse soltanto una sistematizzazione della sua giurisprudenza. Non tocca a me oggi dire se quella storia sia stata scritta. Ma di una storia della Corte come organo di garanzia del carattere discorsivo-inclusivo del procedimento di produzione delle leggi - al di là del mero principio di maggioranza - avremmo (e avremo in futuro) un gran bisogno.

Appunti per uno studio delle più salienti vicende della giustizia costituzionale in Italia*

di Antonio Ruggeri**

SOMMARIO: 1. La riconsiderazione delle esperienze di giustizia costituzionale dall'angolo visuale privilegiato dei diritti fondamentali e dei modi della loro tutela, lo spartiacque segnato dalla revisione costituzionale del Titolo V avutasi nel 2001, con la conseguente, corposa crescita dei giudizi in via principale e la "europeizzazione" della giurisprudenza discendente dalla previsione nel nuovo art. 117 del limite degli obblighi internazionali. – 2. L'uso flessibile e talora abnorme fatto dalla Corte dei canoni di giudizio e la sempre più marcata sottolineatura dell'"anima" politica della Corte stessa, di cui sono emblematica testimonianza i casi in cui si è fatto luogo alla manipolazione dei parametri di giudizio (in specie, le novità al riguardo registratesi al piano dei rapporti interordinamentali). – 3. La giurisprudenza in tema di organizzazione, con specifico riguardo a quella relativa ai rapporti tra Stato e Regioni, la sostanziale continuità dalla stessa esibita (tanto più singolare a fronte delle vistose novità di dettato introdotte dalla riscrittura del Titolo V operata nel 2001), le conferme del carattere marcatamente politico dei giudizi venute da alcune esperienze riguardanti le fonti governative. – 4. Una succinta notazione finale, in merito ai casi, non infrequenti, di anomala "sussidiarietà" dei ruoli istituzionali e ai rischi che essi comportano per la tenuta dello Stato costituzionale-

1. La riconsiderazione delle esperienze di giustizia costituzionale dall'angolo visuale privilegiato dei diritti fondamentali e dei modi della loro tutela, lo spartiacque segnato dalla revisione costituzionale del Titolo V avutasi nel 2001, con la conseguente, corposa crescita dei giudizi in via principale e la "europeizzazione" della giurisprudenza discendente dalla previsione nel nuovo art. 117 del limite degli obblighi internazionali.

La storia della giustizia costituzionale in Italia è già stata scritta più volte e da tempo¹¹³², e sicuramente lo sarà ancora: a ondate si avverte infatti il bisogno di fare il punto su ciò che essa ha rappresentato e rappresenta per il complessivo sviluppo della vita delle istituzioni e dell'intero ordinamento.

Avverto subito che qui non farò luogo all'ennesimo racconto e confesso subito di non credere che giovi porre mano al tentativo di stabilire periodizzazioni alquanto rigide degli sviluppi della giustizia che – eccezion fatta di alcuni fatti clamorosi, che ne hanno segnato momenti di svolta¹¹³³ – a me sembrano essersi avuti nel segno di una sostanziale continuità, di una lenta e progressiva maturazione i cui esiti mi sforzerò ora di rappresentare, pur se in modo largamente

* Relazione al Convegno in memoria di Giustino D'Orazio *Gli organi costituzionali di controllo nella storia costituzionale repubblicana*, Corte Costituzionale, Palazzo della Consulta, Piazza del Quirinale, Roma, 20 febbraio 2017. Contributo pubblicato previa accettazione del comitato scientifico del Convegno.

Sono molto grato agli organizzatori (e, particolarmente, a F. Lanchester) per l'opportunità offertami di poter prendere parte ad un incontro di studio in onore di G. D'Orazio, collega e amico carissimo, dalle rare qualità umane e professionali.

** Professore ordinario di Diritto Costituzionale presso l'Università degli Studi di Messina

¹¹³² V., part., F. BONINI, *Storia della Corte costituzionale*, Carocci, Roma 1996.

¹¹³³ ... tra i quali merita particolarmente di essere ricordato quello, segnato da Corte cost. n. 170 del 1984, che ha portato alla invenzione di un anomalo meccanismo di giustizia costituzionale diffusa in relazione ai casi di contrasto tra norme legislative e norme (ieri comunitarie e oggi) eurounitarie *self-executing* (è tornato di recente a riflettere sulle prospettive aperte da questa svolta V. SCIARABBA, *La tutela dei diritti fondamentali nella Costituzione, nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, in www.rivistaaic.it, 1/2017, 2 febbraio 2017, spec. al § 7).

approssimativo e incompleto, fermando l'attenzione unicamente sui profili che ai miei occhi appaiono di particolare interesse.

In primo luogo, si tratta di stabilire da quale angolo visuale riguardare le esperienze della giustizia. Riprendo al riguardo una impostazione che figura in un mio studio recente¹¹³⁴, adottando quale punto privilegiato di osservazione quello offerto dalla teoria della Costituzione, o meglio da una *certa* teoria, d'ispirazione assiologico-sostanziale, nella quale da tempo mi riconosco. E, poiché la Costituzione di un ordinamento di tradizioni liberali è *in nuce* quella mirabilmente fissata nella formula dell'art. 16 della Dichiarazione del 1789, se ne ha che l'essenza della giustizia costituzionale si coglie per il modo con cui essa si è posta e si pone davanti ai diritti fondamentali nel tentativo di preservarli avverso ogni forma d'incisione da parte dei privati o dei pubblici poteri. La stessa giurisprudenza in materia di organizzazione merita, a mia opinione, di essere riconsiderata da quest'angolo visuale, per la ricaduta cioè che può aversene a beneficio ovvero a carico dei diritti e della loro tutela alle condizioni oggettive di contesto.

Avuto riferimento ai diritti, invero una prima periodizzazione può (e deve) essere fatta; e lo spartiacque è segnato dalla revisione del Titolo V posta in essere nel 2001, la quale rileva essenzialmente sotto due aspetti.

Per un verso, ha comportato – come si sa – una crescita abnorme del contenzioso in via principale, con la conseguenza che anche per questa via i diritti hanno ricercato il modo della loro tutela, in occasione della ridefinizione delle sfere di competenza di Stato e Regioni. Solo che – com'è stato fatto notare in altri luoghi – non è affatto la stessa cosa che l'interpretazione degli atti e il giudizio sulle loro norme siano dati *in vitro*, in astratto, dietro ricorso diretto di Stato e Regione, ovvero *in vivo* e per le esigenze dell'applicazione, quale si ha nei giudizi in via incidentale. Il prodotto dell'interpretazione, che siamo soliti chiamare “norma”, non è affatto – come si è altrove osservato – la stessa cosa laddove risulti da una mera riflessione su enunciati positivi ovvero dalla stessa maturata però prestando attenzione al caso ed agli interessi in esso emergenti. Per l'aspetto ora in esame, il decremento in percentuale dei giudizi in via incidentale comporta un impoverimento e allo stesso tempo un'alterazione della tutela, a motivo dello smarrimento di materiali fattuali la cui considerazione si rivela preziosa per un congruo appagamento dei diritti, comunque non compensabile dalla crescita dei giudizi dietro ricorso diretto.

Per un altro verso, poi, grazie alla novità dirompente introdotta con la previsione nel nuovo art. 117, I c., del limite degli obblighi internazionali, si è registrata una svolta non meramente di contenuti ma, più ancora, di metodo o di prospettiva nei giudizi che hanno riguardato i diritti, di cui ha dato eloquente testimonianza la giurisprudenza sulla CEDU inaugurata dalle famose sentenze “gemelle” – come ormai usa chiamarle – del 2007.

Qui, davvero, si riscontra un *prima* e un *dopo*: un prima, in cui la giurisprudenza sui diritti presentava carattere essenzialmente “nazionale”; un dopo, connotato dalla “europeizzazione” della giurisprudenza stessa, per il cui tramite ha preso forma e si è fatto sempre più fitto, intenso e fecondo il “dialogo” con le Corti europee (e, segnatamente, appunto con la Corte EDU)¹¹³⁵.

¹¹³⁴ *Teoria della Costituzione e tendenze della giustizia costituzionale, al bivio tra mantenimento della giurisdizione e primato della politica*, in www.federalismi.it, 25/2016, 28 dicembre 2016.

¹¹³⁵ Nella ormai nutrita lett., v. R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Aracne, Roma 2011, e, dello stesso, *I giudici e il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*, Aracne, Roma 2014; AA.VV., *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisdizionale, tutela dei diritti fondamentali*, a cura di L. D'Andrea - G.

Convergenze e divergenze d'indirizzo accompagnano e marcano il “dialogo” stesso, com'è d'altronde naturale che sia, se è vero – com'è vero – che parlarsi non equivale a pensarla allo stesso modo, per quanto parlandosi con una certa assiduità crescano – a me pare – le occasioni in cui l'una giurisprudenza (segnatamente quella delle Corti europee) possa influenzare l'altra (dei giudici nazionali, comuni e costituzionale appunto), secondo peraltro è attestato da plurime esperienze, con specifico riguardo a quelle maturate in ambito bioetico¹¹³⁶.

L'europeizzazione in parola, peraltro, si connota per taluni significativi *distinguo* resi evidenti al piano delle tecniche decisorie, vale a dire per alcuni paletti eretti dal giudice delle leggi a salvaguardia della identità costituzionale e, per ciò stesso, del proprio ruolo d'interprete privilegiato e garante della identità stessa: dai “controlimiti”, specificamente opponibili al diritto dell'Unione¹¹³⁷, al filtro confezionato sul versante dei rapporti con la Corte EDU, grazie al quale i giudici nazionali tutti (compresa, dunque, la stessa Corte costituzionale) possono sottrarsi al *pressing* della Corte europea la cui giurisprudenza – ci viene detto dalla Consulta (sent. n. 49 del 2015) – non vincola gli operatori di diritto interno laddove non si concreti in pronunzie-pilota o in indirizzi “consolidati”¹¹³⁸.

In altri luoghi, ho manifestato perplessità e riserve, cui non è consentito ora fare neppure un cenno, a riguardo delle tecniche decisorie in parola che nondimeno spianano a beneficio degli operatori di diritto interno (e, perciò, della stessa Corte) comode vie di fuga percorribili allo scopo di differenziarsi da orientamenti delle Corti europee, per l'uno o per l'altro verso, non condivisi.

Sta di fatto che, quand'anche la giurisprudenza nazionale si allontani da quella europea, con quest'ultima ha pur sempre da fare i conti. La qual cosa è, a mio modo di vedere, da valutare molto positivamente, per plurime ragioni. Per un verso, infatti, il “dialogo” intergiurisprudenziale si pone quale fattore di stabilizzazione e, a un tempo, di rinnovamento della giurisprudenza; per un altro verso, costituisce una risorsa preziosa, di cui l'ordinamento non può ormai più fare a meno, avverso il rischio che il giudice costituzionale, le cui pronunzie – si rammenti – non sono soggette ad alcuna impugnazione (art. 137, ult. c., cost.), possa, sia pure occasionalmente,

Moschella - A. Ruggeri - A. Saitta, Giappichelli, Torino 2015 e, degli stessi curatori, *La Carta dei diritti dell'Unione europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, Giappichelli, Torino 2016; AA.VV., *Il filo delle tutele nel dedalo d'Europa*, a cura di E. Falletti - V. Piccone, Editoriale Scientifica, Napoli 2016; AA.VV., *Dialogando sui diritti. Corte di Cassazione e CEDU a confronto*, Editoriale Scientifica, Napoli 2016.

¹¹³⁶ Per tutti, ancora R. CONTI, *op. ult. cit.*

¹¹³⁷ Tra i molti che ne hanno fatto oggetto di varie valutazioni, P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, FrancoAngeli, Milano 2015 e, dello stesso, *Il Bundesverfassungsgericht e l'Unione Europea, tra principio di apertura e controlimiti*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2016, 431 ss.; AA.VV., *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell'Unione europea: a proposito della sentenza della Corte di giustizia Taricco*, a cura di C. Paonessa - L. Zilletti, Pacini, Pisa 2016; AA.VV., *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di A. Bernardi, Jovene, Napoli 2017.

Opportuna la decisione interlocutoria, ora assunta con ord. n. 24 del 2017 dal giudice costituzionale, su *Taricco*: grazie al ricorso allo strumento del rinvio pregiudiziale si dà infatti modo alla Corte dell'Unione di riconsiderare la propria decisione, evitando il rischio della deflagrazione del conflitto in nome dei controlimiti. Va, nondimeno, avvertito che il tono ultimativo adoperato dal giudice delle leggi non lascia – a me pare – spazi particolarmente consistenti per un onorevole compromesso che dia modo a ciascuna Corte di poter uscire dalla partita non sconfitta, per quanto forse una soluzione mediana possa, con buona volontà di entrambe le Corti, essere ricercata [v., infatti, il mio *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronunzia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017)*, *paper* predisposto per il Seminario su *Il caso Taricco e il dialogo fra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, a cura di A. Bernardi, Ferrara 24 febbraio 2017].

¹¹³⁸ A pioggia i commenti alla pronunzia ora richiamata (ben quindici solo quelli *on line* richiamati in testa alla pronunzia stessa da [Consulta OnLine](#)).

trasformarsi, snaturandosi, in un *potere costituente permanente* (altrove qualificato “mostruoso”¹¹³⁹), per effetto di incontrollate modifiche tacite dallo stesso operate del parametro costituzionale.

Sul punto, di cruciale rilievo, tornerò anche a breve. M’importa, tuttavia, sin d’ora far notare che l’orientamento fatto proprio dalla nostra giurisprudenza costituzionale in tema di rapporti tra la Costituzione e le altre Carte (e, perciò, in buona sostanza, tra le Corti) non para del tutto il rischio in parola, dal momento che da essa ci viene somministrata una rappresentazione piramidale dei rapporti stessi che vede in cima disporsi, in sovrana solitudine, la legge fondamentale della Repubblica (e, a conti fatti, la Corte che ne è in massimo grado garante). Le altre Carte sono infatti pur sempre tenute a prestarvi ossequio: ora, quanto alla Carta di Nizza-Strasburgo, limitatamente ai principi fondamentali ed ora invece, quanto alla CEDU ed alle Carte restanti, in ogni sua parte. È vero che una ispirata, risalente ma non per ciò inattuale giurisprudenza (sent. n. 388 del 1999), ambientando al piano della teoria dell’interpretazione i rapporti in discorso ha fatto notare che la Costituzione e le altre Carte dei diritti “*si integrano reciprocamente nella interpretazione*”; questa stessa decisione, però, poco prima non ha mancato di far notare che, *in ogni caso*, la Costituzione non offre mai una tutela *meno intensa* ai diritti di quella data dalle altre Carte: insomma, un complessivo orientamento oscillante e sofferto, preoccupato comunque di salvaguardare la *primauté* della legge che sta a fondamento della Repubblica.

D’altro canto, la stessa giurisprudenza costituzionale, che pure dà accoglienza e rilievo al *canone della massimizzazione della tutela dei diritti* (specificamente in ordine alle relazioni tra la CEDU e il diritto interno: sent. n. 317 del 2009 e succ.)¹¹⁴⁰, non lo ha portato fino alle sue ultime e conseguenti applicazioni estendendolo agli stessi rapporti tra CEDU e Costituzione, sì da immaginare che, sia pure in casi estremamente circoscritti, possa aversi la messa da canto della seconda per far posto alla prima, di cui sia acclarata l’attitudine ad innalzare il livello della tutela rispetto a quello raggiungibile dalla Costituzione con le sue sole forze.

Discorso diverso è poi quello relativo al modo con cui riconoscere dove si appunta la miglior tutela, tanto più se si conviene con l’idea in modo insistente e persino martellante patrocinata dalla Corte, secondo cui occorre volgere lo sguardo non al solo diritto di volta in volta in gioco bensì al “sistema” dagli stessi composto e, ancora più largamente, al sistema degli interessi costituzionalmente protetti¹¹⁴¹, l’eterogeneità dei quali rende fortemente problematica ed incerta l’operazione volta al loro mutuo bilanciamento.

¹¹³⁹ Tra gli altri miei scritti in cui la qualifica è riportata, può vedersi *Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela*, in [Consulta OnLine](#), II/2016, 30 giugno 2016, 267.

¹¹⁴⁰ Frequenti e di vario segno i richiami al canone in parola: tra gli altri, v. G. D’AMICO, *La massima espansione delle libertà e l’effettività della tutela dei diritti*, in AA.VV., *Il diritto e il dovere dell’uguaglianza. Problematiche attuali di un principio risalente*, a cura di A. Pin, Editoriale Scientifica, Napoli 2015, 17 ss.; C. AMALFITANO - M. CONDINANZI, *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Giappichelli, Torino 2015, 126 ss. e 168 ss.; G.M. SALERNO, *I diritti fondamentali tra le tradizioni costituzionali comuni e i controtipi a tutela dell’identità costituzionale*, in *Il Filangieri*, Quad. 2014 su *Unione europea e principi democratici*, Jovene, Napoli 2015, 103 ss.; C. PANZERA, *Rispetto degli obblighi internazionali e tutela integrata dei diritti sociali*, in [Consulta OnLine](#), II/2015, 3 giugno 2015, spec. 492 ss.; nella stessa *Rivista*, A. SPADARO, *Sull’aporia logica di diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale. Nota sulla discutibile “freddezza” della Corte costituzionale verso due Carte internazionali: la CSE e la CEAL*, 504 ss. e, dello stesso, ora, *La “cultura costituzionale” sottesa alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, fra modelli di riferimento e innovazioni giuridiche*, in AA.VV., *La Carta dei diritti dell’Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, cit., spec. 55 ss.; ivi pure C. SALAZAR, *I diritti sociali nel “gioco delle tre Carte”: qualche riflessione*, 217 ss., e L. D’ANDREA, *A mo’ di sintesi: ordinamento europeo e costituzionalismo contemporaneo*, spec. 314 ss.; L. CAPPUCCIO, *La massima espansione delle garanzie tra Costituzione nazionale e Carte dei diritti*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, I, Giappichelli, Torino 2016, 412 ss.

¹¹⁴¹ *Ex plurimis*, Corte cost. nn. 236 del 2011; 264 del 2012; 1, 85, 170 e 202 del 2013, 10 e 49 del 2015.

Si aggiunga – e questo è molto importante proprio al fine di una eventuale periodizzazione della giurisprudenza – che sulle operazioni in parola incidono plurimi fattori derivanti dal contesto in cui esse hanno luogo.

Si pensi, al riguardo, solo al rilievo assunto negli anni a noi più vicini dalla crisi economica che ha fortemente penalizzato alcuni diritti, specie quelli il cui appagamento comporta i maggiori costi.

Ora, i bilanciamenti tra i diritti sociali ed altri diritti o beni meritevoli di protezione si sono sempre fatti¹¹⁴² ma l'esplosione della crisi ha segnato una svolta rispetto al passato, di particolare significato sia al piano del merito che a quello delle tecniche decisorie. Non a caso, infatti, si è assistito alla “invenzione” a getto continuo di tecniche inusuali¹¹⁴³ il cui impianto ha però, in qualche caso, richiesto il pagamento del costo assai elevato (e, a mia opinione, insopportabile) dello scostamento dai canoni che presiedono allo svolgimento dei giudizi di costituzionalità (l'esempio forse più indicativo e vistoso è dato dalla discussa, e discutibile, sent. n. 10 del 2015¹¹⁴⁴).

La giurisprudenza è, nondimeno, internamente assai articolata e composita; e si danno anche casi in cui lo scostamento in parola ha portato non già al sacrificio bensì all'appagamento di diritti che altrimenti sarebbero rimasti sguarniti di tutela (ad es., in Corte cost. n. 238 del 2014, dove al fine di dare ristoro economico a chi aveva patito la prigionia in un *Lager* nazista la Corte ha esteso innaturalmente la cerchia degli oggetti del sindacato di costituzionalità fino a comprendervi la norma consuetudinaria di adattamento dell'ordine interno ad un canone non scritto della Comunità internazionale¹¹⁴⁵).

I diritti stanno poi pur sempre sullo sfondo di pronunzie i cui effetti sono di sistema, quali quelle relative alle discipline elettorali, laddove nuovamente è fortemente sospetta la forzatura dei canoni processuali (specificamente, in punto di rilevanza).

La giurisprudenza si presenta comunque insicura e complessivamente oscillante per ciò che concerne la soglia raggiungibile in sede di bilanciamenti riguardanti i diritti: alle volte dà mostra che possano esserne coinvolte le stesse norme costituzionali sulla normazione (ad es., in sent. n.

¹¹⁴²Indicazioni in AA.VV., AA.VV., I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza, a cura di E. Cavasino - G. Scala - G. Verde, Giappichelli, Torino 2013; AA.VV., Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive, a cura di S. Gambino, Giappichelli, Torino 2015; AA.VV., I diritti sociali nella pluralità degli ordinamenti, a cura di E. Catelani - R. Tarchi, Editoriale Scientifica, Napoli 2015; AA.VV., Stato di diritto e crisi delle finanze pubbliche, a cura di E. Ceccherini, Editoriale Scientifica, Napoli 2016; C. SALAZAR, I diritti sociali nel “gioco delle tre Carte”, cit.; F. SAIITTO, La ‘solitudine’ delle corti costituzionali? Sindacato sulle misure di austerità e protezione dei diritti sociali tra giudici nazionali e Corte EDU, in *Dir. pubbl.*, 1/2016, 421 ss.; M. LUCIANI, Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale, in www.rivistaaic.it, 3/2016, 25 luglio 2016; nella stessa Rivista, G. GRASSO, I diritti sociali e la crisi oltre lo Stato nazionale, 4/2016, 1 novembre 2016; F. DI DONATO, Crisi economica, sovranità statale e diritti sociali nell'era dell'austerità di bilancio e del neoliberismo europeo, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, Oss. cost., 1/2017, 23 gennaio 2017, spec. al § 5; C. PANZERA, Diritti ineffettivi? Gli strumenti di tutela della Carta sociale europea, in www.rivistaaic.it, 1/2017, 15 febbraio 2017.

¹¹⁴³ Una interessante proposta ricostruttiva può, al riguardo, vedersi in C. PANZERA, *Interpretare Manipolare Combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, ESI, Napoli 2013.

¹¹⁴⁴ Tra i molti commenti, perlopiù in senso critico, v. i contributi richiamati in testa alla decisione da [Consulta OnLine](#) e gli altri che sono in *Quad. cost.*, 3/2015, e in *Giur. cost.*, 1/2015.

¹¹⁴⁵ Un appunto critico, sotto l'aspetto ora specificamente richiamato e su altri, alla decisione in parola può, volendo, vedersi nella mia nota dal titolo *La Corte aziona l'arma dei “controlimiti” e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all'ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria (a margine di Corte cost. n. 238 del 2014)*, in [Consulta OnLine](#), 17 novembre 2014.

10 del 2010, con riferimento alla *social card*), altre volte invece le norme stesse sono state considerate refrattarie a partecipare a qualsivoglia operazione di bilanciamento (ad es., in sentt. nn. 39 del 2013 e 99 del 2014, nelle quali ultime è altresì un richiamo a sentt. nn. 148 e 151 del 2012).

Al pari dell'emergenza economica, la lotta al terrorismo ha richiesto (e richiede) problematici e sofferti bilanciamenti tra interessi costituzionalmente protetti¹¹⁴⁶. Non è cosa nuova, come emblematicamente conferma Corte cost. n. 15 del 1982, con la quale sull'altare della salvaguardia della sicurezza dei singoli e dell'intera collettività minacciata dal terrorismo interno si è immolata la dignità di persone in attesa di giudizio e sospette di appartenere alle brigate rosse, obbligate a permanere in stato di detenzione per un tempo irragionevolmente lungo. In congiunture siffatte – qui è il *punctum dolens* della questione ora dibattuta – si è assistito ad un coinvolgimento diretto della stessa funzione di garanzia della Costituzione per il tramite della giustizia costituzionale, partecipe – pur se non in modo scoperto, alla luce del sole – delle stesse operazioni di bilanciamento.

La vicenda dei diritti – come si vede dagli scarni cenni ora fatti – appare, dunque, essere internamente composita, svolgendosi lungo plurimi itinerari non sempre reciprocamente convergenti e finendo col mettere a dura prova la stessa giurisdizionalità della giurisdizione costituzionale, secondo quanto si mostrerà ancora meglio a momenti.

2. L'uso flessibile e talora abnorme dei canoni di giudizio fatto dalla Corte e la sempre più marcata sottolineatura dell'“anima” politica della Corte, di cui sono emblematica testimonianza i casi in cui si è fatto luogo alla manipolazione dei parametri di giudizio (in specie, le novità al riguardo registratesi al piano dei rapporti interordinamentali).

Questa vicenda insegna molte cose. Per ciò che qui più da presso importa, ci mostra una Corte disposta persino a sottrarsi all'osservanza dei canoni che ne governano l'azione, ovvero sia a farne un uso flessibile, in linea – come si sa – con una indicazione teorica patrocinata da un'accreditata dottrina ma fermamente contestata da altri, parimenti autorevoli, studiosi¹¹⁴⁷.

Non intendo riaprire la discussione sul punto. Mi limito solo ad osservare come, in circostanze siffatte, risulti viepiù incombente il rischio, dietro accennato, di una *Corte-potere costituente permanente*, di una Corte cioè che decide in un certo modo puramente e semplicemente perché vuol decidere, non già perché a quell'esito possa e debba pervenire prestando scrupoloso ossequio ai canoni suddetti.

¹¹⁴⁶ Sulle non poche, complesse questioni che al riguardo si pongono, v. G.L. CONTI, *Lotta al terrorismo e patrimonio costituzionale comune. Appunti intorno alla traslitterazione interna delle norme internazionali ed euro unitarie in materia di lotta al terrorismo*, Editoriale Scientifica, Napoli 2013; A. SPATARO, *Politiche della sicurezza e diritti fondamentali*, in *Quest. giust.*, settembre 2016, 167 ss. e, ora, G. DE MINICO, *Costituzione emergenza e terrorismo*, Jovene, Napoli 2016.

¹¹⁴⁷ V., nell'ordine, C. MEZZANOTTE, *Processo costituzionale e forma di governo*, in AA.VV., *Giudizio “a quo” e promovimento del processo costituzionale*, Giuffrè, Milano 1990, e R. ROMBOLI, in molti scritti, tra i quali, *Il diritto processuale costituzionale: una riflessione sul significato e sul valore delle regole processuali nel modello di giustizia costituzionale previsto e realizzato in Italia*, in *Scritti in onore di F. Modugno*, IV, Editoriale Scientifica, Napoli 2011, 2995 ss. e, più di recente, quello a commento della sent. n. 10 del 2015, sopra cit., dal titolo *Natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti: in margine alla sentenza n. 10 del 2015*, in *Quad. cost.*, 3/2015, 607 ss.

L'uso flessibile o, diciamo pure, libero degli strumenti processuali (e, prima ancora, delle regole che presiedono al giudizio) testimonia, a mio modo di vedere, essenzialmente due cose, peraltro tra di loro strettamente collegate e, a conti fatti, riportabili ad unità: *a)* in primo luogo, avvalora una tendenza, che parrebbe inarrestabile, nel senso della crescita del ruolo della Corte nel sistema istituzionale, di cui è spia altamente emblematica la invenzione, che parrebbe non conoscere sosta, di tecniche decisorie di giurisprudenziale fattura varie per modalità di espressione e di effetti; *b)* conferma poi il rilievo sempre più marcato dell'“anima” politica – come suole essere chiamata¹¹⁴⁸ – rispetto a quella giurisdizionale, entrambe per diffuso riconoscimento compresenti e caratterizzanti le esperienze della giustizia costituzionale¹¹⁴⁹: costitutive, cioè, del DNA della Corte e chiamate a porsi in reciproco, delicato equilibrio, che tuttavia si presenta sempre più precario e tendenzialmente portato ad alterarsi nel senso appena indicato. *Conditio sine qua non* della salvaguardia di siffatto equilibrio e, con esso, della “giurisdizionalità” della giurisdizione costituzionale è, appunto, la rigorosa osservanza dei canoni che stanno a base dei giudizi svolti presso la Consulta.

Da una prospettiva di ancora più ampio respiro, una marcata coloritura politica si riscontra nell'esercizio delle funzioni di garanzia costituzionale, tanto per ciò che concerne l'operato del Capo dello Stato quanto appunto della Corte. Anche il primo si è infatti trovato costretto ad una evidente sovraesposizione politica¹¹⁵⁰, specie in occasione della gestione di alcune crisi di governo (emblematica la vicenda che ha portato alla nascita del Governo Monti) maturata in piena emergenza economica. Ancora una volta, tuttavia, è dato constatare che si tratta di esperienze non nuove (interferenze del Capo dello Stato nella formazione dei Governi si sono – come si sa – registrate, in varia misura, più volte¹¹⁵¹) né esclusive del nostro ordinamento¹¹⁵², pur nel variare delle circostanze, sì da rendersi fortemente problematico ed incerto ogni sforzo di periodizzazione. E il vero è che la stessa *summa divisio* tra attività di garanzia e attività di direzione politica viene a trovarsi sotto *stress* in congiunture particolarmente sofferte¹¹⁵³, nel corso delle quali è a rischio il mantenimento di quella tipicità dei ruoli istituzionali che, secondo l'insegnamento trasmessoci dalla *Dichiarazione* dei diritti del 1789, è uno dei tratti identificanti l'idea stessa di Costituzione e di ordinamento costituzionale.

Non è di qui, ovviamente, proseguire nell'analisi di vicende che hanno avuto per protagonista il Capo dello Stato, verificando fino a che punto resista l'accostamento con altre vicende

¹¹⁴⁸ Per tutti, R. ROMBOLI, *La riforma costituzionale e la sua incidenza sulla oscillazione del pendolo verso l'“anima politica” della Corte costituzionale*, in *Quest. giust.*, 2/2016, 127 ss.

¹¹⁴⁹ Largamente convergenti, pur nella varietà dei toni, i giudizi al riguardo espressi dai partecipanti alla tavola rotonda su *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima “politica” e quella “giurisdizionale”*, svoltasi il 15 dicembre 2016 a Pisa in ricordo di A. Pizzorusso ad un anno dalla scomparsa.

¹¹⁵⁰ Non casuale il titolo dato da una sensibile dottrina ad un suo studio sulla presidenza Napolitano: v., dunque, G. SCACCIA, *Il Re della Repubblica. Cronaca costituzionale della presidenza di Giorgio Napolitano*, Quad. di *Lo Stato*, Mucchi, Modena 2015.

¹¹⁵¹ Riferimenti nel *focus* su *La nascita dei governi. I Presidenti della Repubblica tra Carta costituzionale e prassi*, in www.federalismi.it; un cenno, ora, anche in A. CIANCIO, *L'Italicum all'esame della Corte costituzionale: alcune osservazioni a sostegno dell'inammissibilità*, pure *ivi*, 2/2017, 18 gennaio 2017, § 3.

¹¹⁵² ... secondo quanto risulta dallo studio di recente portato a termine da F. CLEMENTI, *Garante o governante? La figura del Capo dello Stato nella recente esperienza dei Paesi dell'Unione europea a regime repubblicano*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 3/2016, 617 ss.

¹¹⁵³ ... al punto che un'acuta dottrina si è spinta fino al punto di teorizzare il carattere relativo, per Costituzione, della tipizzazione delle attività in parola (O. CHESSA, *Il Presidente della Repubblica parlamentare. Un'interpretazione della forma di governo*, Jovene, Napoli 2010).

riguardanti specificamente la Corte. È interessante tuttavia notare alcune convergenze, specie per ciò che concerne l'uso flessibile da entrambi gli organi fatto dei canoni costituzionali che presiedono all'esercizio delle rispettive funzioni e ne connotano i ruoli, rinvenendosi comunque le cause di siffatto operato nelle difficoltà di contesto economico e politico-istituzionale.

Lo sfilacciamento del quadro politico, ad oggi alla affannosa ricerca di una stabilità non raggiunta e di una identità non compiutamente definita, così come la crisi economica e l'emergenza terroristica, cui si è sopra fatto cenno, sono tra i principali fattori che hanno concorso con altri a determinare questo stato di cose, peraltro ad oggi segnato da fluidità di movenze e incertezza degli esiti.

Si è, dunque, assistito ad una crescita non sempre vigilata di ruolo dei garanti (per ciò che qui specificamente importa, della Corte costituzionale), cui si è fatalmente accompagnata la loro sovraesposizione politico-istituzionale (o, diciamo pure, politica *tout court*), maturata nel segno di una sostanziale continuità, con alcune punte, occasionalmente ricorrenti, particolarmente pronunziate ed evidenti.

In questo quadro, ora sommariamente raffigurato nelle sue linee portanti, non si sono – a me pare – consumate fratture, tali da giustificare una netta periodizzazione, sotto lo specifico aspetto qui rilevante della centralità di ruolo giocato nel sistema dal giudice costituzionale.

Diversa può essere stata col tempo la spinta che ha portato a quest'esito ma non diversa la cosa in sé.

Così, se agli esordi delle esperienze di giustizia un certo attivismo della Corte può aver trovato spiegazione nel bisogno di porre rimedio al mancato impegno del legislatore nell'adeguare alla nuova Carta costituzionale la legislazione prerепubblicana, con ciò rimarcandosi la centralità di posto detenuto dalla Corte nel sistema dei pubblici poteri, nelle fasi più mature delle esperienze stesse, consolidato il posto stesso, l'attivismo ha trovato (e trova) giustificazione nel bisogno di colmare le lacune riscontrabili nel tessuto legislativo, rese viepiù evidenti da una domanda di regolazione che sorge impetuosa e pressante dalla società, come pure – laddove si abbia pur tuttavia riscontro della legislazione – nell'esigenza di rendere flessibili discipline normative non di rado eccessivamente rigide e trancianti (ciò che si rende particolarmente palese specie nei campi materiali sui quali allignano questioni eticamente sensibili)¹¹⁵⁴.

Il legislatore, insomma, è pur sempre in ritardo; e, quando interviene, spesso lo fa male, obbligando il giudice delle leggi ad una faticosa e non di rado impegnativa opera di “supplenza” – com'è da tempo chiamata – o di riconformazione normativa, volta ad adeguare un dettato legislativo carente e complessivamente mal fatto ai casi, nella loro varia connotazione.

La manipolazione dei testi di legge risponde, pertanto, ad un bisogno strutturale del sistema, è in sé e per sé un fatto strutturale, pur nel mutare da caso a caso delle ragioni che la determinano, tanto da potersi dire che non sarebbe ormai più vera giustizia costituzionale quella che, sollecitata dai casi, si trattenesse dal manipolare i testi di legge (ma – come si è venuti dicendo – nel pieno rispetto dei canoni processuali).

¹¹⁵⁴ Lo strumento allo scopo più acconcio è dato da un tipo di decisione essa stessa connotata da duttilità di struttura e agilità di movenze, l'additiva di principio, che dà modo alla Corte di orientare, senza tuttavia comprimere, le scelte sia del legislatore che dei giudici comuni, spianando la via per interventi dalla Corte stessa con maggiore o minor vigore sollecitati.

La Corte – come si sa – sin dagli inizi del suo operato si è forgiata strumenti idonei a far luogo alle manipolazioni in parola; strumenti che nel corso degli anni sono poi stati viepiù affinati e cresciuti di numero. Il fenomeno delle sentenze “normative” – come sono state etichettate da un’accreditata dottrina¹¹⁵⁵ – ha costantemente accompagnato gli sviluppi più salienti delle esperienze di giustizia costituzionale.

Ciò che maggiormente importa è, però, più ancora del ricorso a pronunzie con le quali sono riscritti i testi di legge o se ne manipola in via interpretativa la sostanza normativa, il rifacimento dello stesso parametro costituzionale a mezzo di modifiche ovviamente non dichiarate (“tacite”, secondo una risalente etichetta) e, ciò nondimeno, particolarmente ricorrenti e consistenti¹¹⁵⁶. Non conosco territorio costituzionale che sia riuscito a sottrarsi a siffatta opera di sostanziale riconformazione: emblematica, per tutte, la revisione del Titolo V del 2001, rifatta di sana pianta a colpi di sentenze¹¹⁵⁷. In linea di principio, in presenza di una legge di revisione costituzionale mal fatta, la Corte potrebbe sollevare davanti a se stessa questioni di legittimità costituzionale allo scopo di caducarne le norme incompatibili coi principi di base dell’ordinamento¹¹⁵⁸; di contro, preferisce ricorrere a manipolazioni per via d’interpretazione che presentano il duplice vantaggio di evitare lo scontro istituzionale col legislatore e di rimettere incessantemente a punto il parametro secondo i casi, riconformandolo e piegandolo, a mo’ di sostanza gommosa, alle esigenze complessive dei casi stessi.

Ancora una volta, particolarmente istruttive sono le vicende maturate al piano dell’utilizzo delle tecniche decisorie. I rapporti interordinamentali, cui si è dietro ad altro riguardo fatto cenno trattando dei diritti, hanno costituito un terreno assai fertile su cui sono maturate queste esperienze. Basti solo tenere a mente le novità introdotte dalla sent. n. 238 del 2014, al piano dei rapporti tra diritto internazionale non scritto e diritto interno, o prima e, forse, più ancora quelle relative ai rapporti col diritto (ieri comunitario ed oggi) eurounitario, la cui messa a punto, in difetto di disciplina costituzionale, ha costituito l’esito di una poderosa produzione normativa maturata esclusivamente per via giurisprudenziale.

Non indugio, poi, qui sulla “copertura” generosamente offerta al diritto internazionale pattizio, grazie alla quale ha potuto vedere la luce la giurisprudenza sulla CEDU dietro richiamata. A parer mio, si è fatto luogo ad un’operazione, ancora una volta, particolarmente creativa, che ha addirittura investito i principi fondamentali della Carta; ma, tant’è... Ormai si è, con ogni probabilità, consolidata una vera e propria *consuetudine interpretativa* dei principi stessi (ma, in realtà, a mia opinione, *derogatoria* nei riguardi di questi), che gode dell’avallo convinto e diffuso degli

¹¹⁵⁵ G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di V. Crisafulli*, I, Cedam, Padova 1985, 755 ss., seguito da C. PANZERA, *Sentenze “normative” della Corte costituzionale e forma di governo*, in AA.VV., *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, a mia cura, ESI, Napoli 2006, 497 ss. e, dello stesso, *amplius*, *Interpretare Manipolare Combinare*, cit.

¹¹⁵⁶ Ho fatto oggetto di osservazione queste esperienze a partire da *Linguaggio della Costituzione e parametri dei giudizi di costituzionalità*, a cura di G. Pitruzzella - F. Teresi - G. Verde, Giappichelli, Torino 2000, 525 ss.

¹¹⁵⁷ Indicativo, al riguardo, il titolo dato da A. MORRONE ad una sua nota ad una discussa decisione della Consulta, la n. 303 del 2003: *La Corte costituzionale riscrive il Titolo V?*, in www.forumcostituzionale.it.

¹¹⁵⁸ D’altronde, la stessa giurisprudenza costituzionale, con riguardo al diverso caso di parametro costituito da fonte interposta, ha tenuto a precisare (a partire dalle sentenze gemelle del 2007 sulla CEDU) che il giudizio di costituzionalità deve previamente volgersi alla verifica della bontà del parametro stesso. Certo, non è la stessa cosa che il sindacato possa far capo ai soli principi fondamentali che si assumano violati ovvero ad ogni norma costituzionale. Sta di fatto che norme introdotte con legge approvata con le procedure dell’art. 138 non si sottraggono, in punto di diritto, al controllo della Corte.

operatori istituzionali restanti, a partire dai giudici comuni che non la contestano; di tal che risulta ozioso confutare con argomenti teorico- astratti un'esperienza ormai profondamente radicata nel tessuto ordinamentale.

La Corte ci ha detto che il nuovo primo comma dell'art. 117 avrebbe colmato una lacuna originaria di costruzione. In realtà, a mio modo di vedere, la lacuna non c'era; c'era (e c'è) puramente e semplicemente un certo assetto, risultante dagli artt. 10 e 11, dato ai rapporti, rispettivamente, tra diritto interno e norme internazionali generalmente riconosciute da un canto, diritto interno e diritto internazionale pattizio dall'altro. Un assetto che – in base ai disposti ora richiamati – vedeva (e vede...) quest'ultimo (con la sola eccezione delle norme riguardanti la condizione giuridica dello straniero) esposto al rischio di sue possibili innovazioni ad opera delle leggi nazionali.

Delle due infatti l'una: o era sbagliata la lettura comunemente data ed avallata dalla stessa Corte del sistema dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale prima del 2001 in forza di quanto al riguardo stabilito nei principi fondamentali suddetti, oppure è sbagliata la lettura invalsa dopo questa data. *Tertium non datur*. Il 117, I c., ha dunque derogato a questo stato di cose, che può piacere come non piacere (ed a me – confesso – non è mai piaciuto) ma che è appunto quello voluto dal Costituente.

Qui, perciò, come si vede, la riscrittura del parametro operata dalla Consulta si è spinta fino a coinvolgere gli stessi principi fondamentali concernenti le relazioni interordinamentali: né più né meno di ciò che si è avuto sul terreno dei rapporti col diritto dell'Unione, laddove si è assistito ad una corposa integrazione dell'art. 11 che nulla diceva (e dice...) in merito alle forme con cui possono concretarsi le limitazioni della sovranità dello Stato giustificate dalla salvaguardia della pace e della giustizia tra le Nazioni, come pure in merito – potrebbe dirsi – ai limiti delle... limitazioni stesse.

3. La giurisprudenza in tema di organizzazione, con specifico riguardo a quella relativa ai rapporti tra Stato e Regioni, la sostanziale continuità dalla stessa esibita (tanto più singolare a fronte delle vistose novità di dettato introdotte dalla riscrittura del Titolo V operata nel 2001), le conferme del carattere marcatamente politico dei giudizi venute da alcune esperienze riguardanti le fonti governative.

La giurisprudenza in tema di organizzazione ha, per una parte, risentito dell'impostazione in via generale data ai rapporti interordinamentali, mentre, per un'altra parte, ha rinvenuto in fattori di esclusivo rilievo interno la radice da cui si è alimentata e seguita senza sosta ad alimentarsi.

In un caso e nell'altro, a me pare che, ancora una volta, non si riscontrino fratture nei più salienti sviluppi della giurisprudenza ma oscillazioni ampie e ricorrenti, che periodicamente si sono presentate con tratti ora più ed ora meno vistosi.

Si pensi, ad es., alla frantumazione della nozione di “potere dello Stato” o, per restare al terreno dei giudizi sulle leggi, all'allargamento dei canali di accesso ai giudizi stessi, pur se alle volte abilmente occultato facendo leva ora su una nozione di “giudice *a quo*” problematicamente

riconducibile al figurino della legge n. 87 del 1953 ed ora su un'accezione larga o lassa di rilevanza (un autentico *ricorso diretto mascherato* è, ad es., quello avutosi in occasione dei giudizi sulle leggi elettorali¹¹⁵⁹). Ebbene, ancora una volta, si è assistito alla messa in atto di tecniche aventi finalità diverse a seconda dei casi ma convergenti nello scopo di dare comunque modo al giudice costituzionale di poter far sentire forte e chiaro il timbro della propria voce a garanzia della Costituzione; una garanzia che, nondimeno, molte volte si è realizzata per il tramite di pronunzie sovraccariche di valenza politica.

E così la Corte ha avuto modo di ridisegnare i lineamenti non soltanto della forma di governo ma della stessa forma di Stato, nella sua duplice, corrente accezione, riferita, in primo luogo, ai rapporti tra comunità governata ed apparato governante e, quindi, a quelli tra apparato centrale dello Stato ed autonomie territoriali (e, segnatamente, regionali).

È qui sufficiente richiamare due soli esempi in merito ai conflitti interorganici, tratti, l'uno, da una giurisprudenza risalente e l'altro da una recente: la n. 7 del 1996 (emessa in occasione del famoso caso Mancuso) e la n. 1 del 2013 (con riguardo al noto conflitto tra il Capo dello Stato e la procura di Palermo), e l'intera giurisprudenza in tema di autonomia regionale, quanto alle controversie Stato-Regioni, cui ho peraltro già accennato trattando dei casi di bilanciamento tra norme sulla normazione e norme sui diritti.

Quest'ultima è, in particolare, assai istruttiva ai fini dello studio che si va facendo perché testimonia come la giurisprudenza riesca a rinnovarsi nel segno di una ininterrotta continuità e fedeltà con se stessa malgrado le significative novità testuali registratesi nel dettato costituzionale.

La revisione del 2001, che sulla carta avrebbe dovuto segnare una frattura profonda rispetto all'originario dettato, riposizionando su basi più consistenti e salde il valore di autonomia, ha alimentato una giurisprudenza che, al pari di quella formatasi in relazione al dettato stesso, complessivamente si caratterizza per una spiccata sensibilità manifestata verso le aspettative di cui si è fatto (e si fa) carico lo Stato piuttosto che per le istanze di autonomia.

Ovviamente, ci sono, sia nel vecchio che nel nuovo periodo, non isolate pronunzie in cui le istanze stesse hanno avuto giustizia; nel suo insieme, però, il *trend* – come molti hanno fatto notare – è quello appena indicato.

Ora, se v'è una spia altamente indicativa della connotazione marcatamente politica della giurisprudenza questa è appunto data dalla singolare circostanza che vede una sostanziale discontinuità di disciplina costituzionale (ma nel rispetto del principio fondamentale di cui all'art. 5, nel suo fare “sistema” coi principi restanti) accompagnarsi ad una giurisprudenza connotata da una evoluzione nel segno di una piatta, incolore e soffocante continuità.

¹¹⁵⁹ In questi termini se ne discorre nel mio *Teoria della Costituzione e tendenze della giustizia costituzionale, al bivio tra mantenimento della giurisdizione e primato della politica*, cit., § 4, cui si richiama V. LIPPOLIS, *Le disavventure dell'Italicum e la Corte costituzionale*, in www.federalismi.it, 2/2017, 18 gennaio 2017. Giustamente, perciò, si chiede R. BIN: *La Corte Costituzionale può introdurre con una sentenza il ricorso diretto di costituzionalità delle leggi?*, in www.laCostituzione.info, 13 gennaio 2017; dello stesso, pure *ivi*, *La Corte e la legge elettorale: “è difficile credere ad un ritorno indietro?”*, 19 gennaio 2017, nel quale ultimo contributo si riprende criticamente nel titolo un'espressione presente in B. CARAVITA, *Il giudizio della Corte per temperare ma non interrompere il trend maggioritario*, in www.federalismi.it, 2/2017, 18 gennaio 2017 (in questa *Rivista*, altri contributi ad un Seminario svoltosi a Roma l'11 gennaio 2017 su *La Corte e l'Italicum*, perlopiù orientati nel senso della inammissibilità delle questioni sollevate sull'*italicum*, allo stesso tempo però rilevandosi come la Corte difficilmente potrebbe trattenersi dall'entrare nel merito delle questioni stesse. Ciò che, infatti, puntualmente si è avuto con la sent. n. 35 del 2017). In argomento, v., ora, le precisazioni di A. MANGIA, *L'azione di accertamento come surrogato del ricorso diretto*, in www.laCostituzione.info, 15 febbraio 2017, e, pure *ivi*, quelle di segno opposto di F. FERRARI, *Perché la Corte non avrebbe dovuto giudicare nel merito l'Italicum*, 18 febbraio 2017.

Non si sta qui, ovviamente, a dire se ciò sia stato un bene o un male né giova ora andare alla ricerca della cause che hanno portato a questo stato di cose, alcune delle quali peraltro si radicano fuori dell'ordinamento (una spinta consistente nel verso del riaccentramento delle funzioni è di sicuro venuta dal bisogno di far fronte ad impegni particolarmente gravosi assunti in seno all'Unione o alla Comunità internazionale, nel presupposto – a mia opinione, assai discutibile o, diciamo pure, errato – che sia allo scopo inevitabile discostarsi dal riparto costituzionale delle competenze). Non è questa la sede per far luogo ad analisi complesse o per esprimere giudizi di valore che porterebbero molto oltre l'*hortus conclusus* in cui questa riflessione è tenuta a stare e, comunque, richiederebbero uno spazio qui non disponibile per la loro adeguata esposizione. È sufficiente la constatazione della cosa in sé per trarne quindi le dovute conclusioni.

D'altro canto, anche in campi materiali diversi da quelli su cui è maturata la complessiva vicenda regionale si è assistito alla messa in atto di tecniche decisorie politicamente colorate; e di ciò si è avuta traccia in tempi antichi e recenti.

Si consideri, ad es., la giurisprudenza in tema di fonti del Governo, una giurisprudenza essa pure assai varia e, per molti versi, frammentata ed oscillante, che nondimeno offre non poche testimonianze utili alla ricostruzione qui tentata.

Basti solo pensare al carattere assai articolato della giurisprudenza sulle deleghe, con la quale si è molte volte prestato generoso avallo all'operato degli organi della direzione politica, un avallo spintosi fino al punto – come si sa – di considerare coerente col dettato costituzionale una disciplina legislativa fin troppo lacunosa quanto a “principi e criteri direttivi” o, addirittura (in una nota e discussa vicenda: sent. n. 280 del 2004), giudicata obbligata a privarsene¹¹⁶⁰.

E si pensi ancora alla giurisprudenza concernente l'osservanza da parte dei decreti-legge dei presupposti fattuali giustificativi della loro esistenza, secondo la quale il sindacato resterebbe circoscritto ai soli casi di “evidente mancanza” dei presupposti stessi¹¹⁶¹. Ciò che equivale a dire – si è rilevato altrove – che l'annullamento potrebbe aversi unicamente in presenza di una “evidente violazione” della Carta, con la conseguenza che il giudizio di costituzionalità, pensato proprio (e specificamente) al fine di risolvere non già i casi di *certa incostituzionalità* bensì quelli di *dubbio rispetto* della Costituzione, vale a dire in presenza – come dice l'art. 134 cost. – di “controversie” relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge¹¹⁶², sarebbe esperibile unicamente a condizione che sia *certa* la violazione della Carta¹¹⁶³.

Sappiamo tutti la ragione per cui la Corte ha detto quello che ha detto. Evidente è lo sforzo di sottrarsi alla facile strumentalizzazione politica dei suoi verdetti posta in essere da quanti potrebbero esser tentati di accusarla di voler sovrapporre la propria decisione politica a quella

¹¹⁶⁰ Sulle esperienze delle deleghe, v., ora, G. MARCHETTI, *La delegazione legislativa tra Parlamento e Governo: studio sulle recenti trasformazioni del modello costituzionale*, Giuffrè, Milano 2016; per una riconsiderazione teorica del loro inquadramento nel sistema delle fonti, A. ALBERTI, *Il mono-fondamento della decretazione legislativa delegata e le sue ricadute pratiche*, in *Quad. cost.*, 4/2016, 721 ss. e, della stessa, *amplius*, *La delegazione legislativa tra inquadramenti dogmatici e svolgimenti della prassi*, Giappichelli, Torino 2015. In giurisprudenza, di recente, v. Corte cost. nn. 250 e 251 del 2016.

¹¹⁶¹ Di recente, sent. n. 287 del 2016 ed *ivi* riferimenti. In dottrina, di recente, G. BERNABEI, *Carattere provvedimento della decretazione d'urgenza. L'amministrazione con forza di legge*, Wolters Kluwer-Cedam, Padova 2017, spec. al cap. II.

¹¹⁶² Sulle ragioni che hanno indotto il Costituente a prevedere la Corte e sulla genesi di questa, richiamo qui solo il noto studio del compianto G. D'ORAZIO, *La genesi della Corte costituzionale*, Edizioni di Comunità, Milano 1981.

¹¹⁶³ Similmente per ciò che attiene al sindacato sulla disciplina elettorale esperibile – ci dice, da ultimo, Corte cost. n. 35 del 2017 – unicamente in caso di “manifesta irragionevolezza” (spec. al § 6 del *cons. in dir.*).

degli organi della produzione normativa (Governo prima e Parlamento poi, in sede di conversione).

Si faccia caso al punto. Nel pur non disprezzabile intento di tenersi – fin dove possibile... – alla larga dall'agone politico, la Corte si è trovata costretta a far luogo alla invenzione di una soluzione, quella del sindacato ristretto alla sola “evidente mancanza”, essa stessa politicamente connotata¹¹⁶⁴. Ancora una volta, sul punto si registra una certa somiglianza con le vicende riguardanti l'altro organo supremo di garanzia, in ispecie con la dottrina Ciampi relativa alle cause giustificative del rinvio delle leggi, esperibile – a dire del Presidente – unicamente per il caso di “evidente” violazione della Costituzione. Solo che in relazione alla figura del Presidente potrebbe – volendo – giustificarsi siffatta autolimitazione, anche se a mia opinione a base dei rinvii potrebbero stare cause diverse dalla violazione in parola; per la Corte, di contro, appare insostenibile la limitazione suddetta, che mal si accorda con la ragione stessa che sta a base della istituzione dell'organo.

4. Una succinta notazione finale, in merito ai casi, non infrequenti, di anomala “sussidiarietà” dei ruoli istituzionali e ai rischi che essi comportano per la tenuta dello Stato costituzionale.

Concludendo. Se v'è un tratto che sembra segnare in modo marcato la giurisprudenza costituzionale, accompagnandola nei suoi pur varî ed articolati sviluppi, questo è dato da una accentuata coloritura politica delle sue più salienti espressioni, una coloritura che, specie negli ultimi tempi, va crescendo in modo vistoso e di cui spia altamente indicativa è data dai casi, dietro accennati, di scostamento dai canoni che presiedono allo svolgimento dei giudizi.

In questo contesto, il dato maggiormente preoccupante, come si è venuti dicendo, appare essere quello della confusione dei ruoli istituzionali, quale si ha ogni qual volta (e sia pure ad un nobile fine) i garanti si fanno decisori politici, al posto dei decisori per Costituzione. La garanzia assume allora forme inusuali e persino abnormi, problematicamente accettabili alla luce delle categorie usuali e tollerabili unicamente in ragione dell'emergenza alle volte addotta a loro giustificazione.

Il punto è che, ricorrendo non infrequentemente ad una siffatta anomala “sussidiarietà” dei ruoli degli operatori, una “sussidiarietà” dalle risalenti radici ma che al presente dà vita a manifestazioni fin troppo vistose ed esuberanti, minaccioso si fa il rischio di una complessiva alterazione ordinamentale, tale da mettere in gioco le stesse basi portanti dello Stato costituzionale, per come l'abbiamo conosciuto sin qui.

¹¹⁶⁴ ... ovvero, per il caso di sindacato sulla normativa elettorale, a quello della sua “manifesta irragionevolezza”.

Le vicende e le attività del servizio studi della Corte costituzionale (in ricordo di Giustino D’Orazio)*

di Emanuele Rossi**

1. Il perché di una ricerca.

Sebbene l’Ufficio (o Servizio, come si dirà) studi della Corte costituzionale costituisca un’articolazione interna di non secondaria rilevanza nell’organizzazione e per il funzionamento dell’organo di giustizia costituzionale, nondimeno non risultano, fino ad oggi, studi specifici dedicati all’argomento: possono leggersi, in dottrina, lavori relativi alle funzioni degli Assistenti di studio¹¹⁶⁵ ovvero mirati a dare conto di interventi tesi a dotare la Corte di specifiche conoscenze (come l’analisi dei “costi” delle decisioni, di cui si dirà), mentre è mancata una ricostruzione complessiva dell’evoluzione normativa, funzionale e organizzativa del servizio in questione. Mi è parso utile, pertanto, tentare di colmare - almeno in parte - questa lacuna nell’occasione in cui si ricorda il prof. Giustino D’Orazio, che a quel Servizio ha dedicato la maggior parte della propria vita professionale: avendone potuto godere della vicinanza e dell’amicizia in un lungo periodo di comune impegno nella Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Trento¹¹⁶⁶, ho avuto modo non soltanto di apprezzare in Lui la fiducia nella Corte quale organo di espressione della *viva vox constitutionis*, ma anche di verificare come quel servizio ne abbia forgiato il metodo scientifico e di analisi giuridica¹¹⁶⁷.

* Relazione al Convegno in memoria di Giustino D’Orazio *Gli organi costituzionali di controllo nella storia costituzionale repubblicana*, Corte Costituzionale, Palazzo della Consulta, Piazza del Quirinale, Roma, 20 febbraio 2017. Contributo pubblicato previa accettazione del comitato scientifico del Convegno.

Questa Relazione non sarebbe stata possibile senza il contributo di quanti, dall’interno della Corte costituzionale, sono stati disponibili a fornirmi notizie e documentazione: ringrazio perciò i direttori del Servizio studi che ho avuto la possibilità di incontrare e intervistare (Vittoriana Carusi, Mario Bellocci, Maria Fierro); il collega e amico Paolo Passaglia, responsabile dell’area di Diritto comparato; Manlio Fulgenzi, preziosa risorsa la cui amicizia risale ai tempi della comune collaborazione alle attività del giudice prof. Fernando Santosuosso. Per ricostruire l’apporto di Giustino D’Orazio alle attività del Servizio studi, e della Corte costituzionale in generale, fondamentale è stato l’aiuto che, con la consueta puntualità e cordialità, mi ha fornito l’amico Roberto D’Orazio, squisito custode della memoria del Padre: anche a Lui va il mio sentito ringraziamento. Non vi è bisogno di dire che comunque solo mia è la responsabilità di quanto qui è scritto.

** Ordinario di Diritto costituzionale Scuola Superiore Sant’Anna di studi universitari e di perfezionamento di Pisa.

¹¹⁶⁵ A. ANZON, *Gli Assistenti di studio dei Giudici costituzionali*, in P. COSTANZO (a cura di), *L’organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Torino, 1996, 215 ss.; E. LAMARQUE, *Chi sono gli assistenti di studio dei giudici costituzionali*, in www.giurcost.org, 2011; B. RANDAZZO, *Dietro le quinte della Corte costituzionale: gli assistenti di studio*, in P. PASQUINO – B. RANDAZZO (cur.), *La giustizia costituzionale ed i suoi utenti*, Milano, 2006, 163 ss.; T. GRIECO, *Il ruolo degli assistenti nella Corte costituzionale italiana*, paper presentato all’*International Conference “The role of Assistant – Magistrates in the jurisdiction of constitutional courts”*, svoltosi a Bucarest nei giorni 31 maggio e 1° giugno 2016, dattiloscritto.

¹¹⁶⁶ Facoltà nella quale D’Orazio ed io arrivammo nello stesso anno: era il 1987, allorché Egli assunse la cattedra di Diritto costituzionale quale vincitore del relativo concorso; mentre io avevo vinto il concorso di ricercatore in Diritto pubblico (insegnamento retto da Fulvio Zuelli). Siamo entrambi rimasti a Trento fino al 1994, quando Egli tornò a Roma, chiamato alla Facoltà di Scienze politiche della Sapienza; due anni dopo, di rientro da un periodo di servizio alla Corte costituzionale in qualità di Assistente di studio, io andai a Pisa, alla Scuola superiore Sant’Anna. Sono stati quindi sette anni di uno stretto e intenso rapporto di collaborazione, che tanto ha contribuito alla formazione mia e di altri “giovani” giuspubblicisti da poco entrati nella vita accademica: tra questi mi piace ricordare, in particolare, la prof. ssa Daria De Pretis, oggi Giudice costituzionale; i professori Erminia Camassa Aurea, Damiano Florenzano, Valeria Piergigli, Franco Pellizzer, ed altri più giovani ancora. Almeno per quanto mi riguarda, devo a Giustino D’Orazio - oltre al resto - l’insegnamento di un rigore scientifico quale espressione di un profondo rigore morale, insegnamento che ha accompagnato la mia vita successiva, sebbene mai sia riuscito ad avvicinare la dirittura del Maestro.

¹¹⁶⁷ Sul “metodo” di Giustino D’Orazio mi permetto di rinviare a quanto scrissi nel breve *In ricordo di Giustino D’Orazio* nel volume dedicato al Suo ricordo (E. MALFATTI - R. ROMBOLI – E. ROSSI (cur.), *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”*,

2. Le fonti: a) la fase istitutiva e il Regolamento dei servizi e del personale del 1984.

All'Ufficio studi vi è riferimento (indiretto) nell'art. 28¹¹⁶⁸ del Regolamento generale, approvato il 20 gennaio 1966: “La Commissione per gli studi e per i regolamenti dirige l'ufficio studi; segue l'applicazione dei regolamenti e ne propone le opportune modifiche; redige progetti di norme d'ordine sia processuale, sia amministrativo che le siano richiesti dalla Corte o dall'Ufficio di Presidenza¹¹⁶⁹; riferisce sulle questioni di interpretazione dei regolamenti amministrativi; sovrintende alla pubblicazione della «*Raccolta ufficiale delle sentenze e delle ordinanze della Corte*»; cura periodicamente una relazione sull'attività della Corte”. Tale Commissione, secondo quanto stabilito dall'art. 27, è composta da “tre Giudici sorteggiati tra quelli più anziani che non fanno parte dell'Ufficio di Presidenza ed è presieduta dal componente più anziano”.

L'Ufficio studi era già previsto, insieme alla biblioteca, nel primo Regolamento generale della Corte (approvato il 22 aprile 1958), che confermava la dipendenza funzionale dell'Ufficio dalla Commissione sopra indicata, e nell'ambito della quale “il capo dell'Ufficio non di rado collaborava, se richiesto, con specifici studi alla risoluzione delle questioni esaminate dalla Commissione”¹¹⁷⁰. Con il successivo “Regolamento degli uffici e del personale”, deliberato l'8 aprile 1960 e modificato il 22 novembre 1960¹¹⁷¹, furono specificati i compiti dell'Ufficio (art. 9), ribadendo la sottoposizione alla direzione della Commissione per gli studi e per i regolamenti.

La necessità di definire in modo più puntuale le regole di funzionamento dell'Ufficio furono alla base dell'emanazione di una circolare da parte della Commissione per gli Studi e i Regolamenti in data 4 giugno 1964, nella quale furono disciplinate le modalità di svolgimento delle attribuzioni dell'Ufficio e degli Assistenti, “per ciò che esula dalla materia regolamentare”: in particolare, e per quanto riguarda direttamente l'Ufficio studi, fu previsto che “gli assistenti dei giudici debbono cooperare con l'ufficio studi nella formazione di uno schedario della giurisprudenza e della dottrina straniera sulla materia costituzionale”; che le ricerche, predisposte dagli assistenti, devono essere “presentate all'ufficio studi” il quale provvede alla copia; che gli stessi assistenti devono formulare le massime delle sentenze relative alle cause per le quali hanno compiuto le ricerche e che tali massime “debbono contenere una epigrafe corrispondente alle voci dello schedario di giurisprudenza dell'ufficio studi”. Tale circolare reca la firma dei componenti la Commissione (Branca, Fragali, Mortati) nonché, p.c.c., dell’“Assistente all'Ufficio Studi” Giustino D'Orazio.

Qualche mese più tardi, con delibera del 15 dicembre 1964¹¹⁷², fu approvato un “Regolamento per l'ufficio studi e gli assistenti di studio”, il cui Capo I (comprendente gli articoli 1- 11) era dedicato all'Ufficio studi, e il Capo II (art. 12 – 19) agli Assistenti dei Giudici. La parte relativa

Torino, 2002, 10 - 11); nello stesso Volume può trovarsi anche il puntuale e affettuoso ricordo di G. D'Orazio opera di V. CARUSI, *In ricordo di Giustino D'Orazio. Gli anni formativi e l'esperienza alla Corte costituzionale*, ivi, 3 ss.

¹¹⁶⁸ Prima del regolamento del 1966, la stessa previsione era contenuta nell'art. 23 del Regolamento approvato il 22 aprile 1958. I regolamenti della Corte costituzionale sono approvati dalla Corte sulla base della previsione contenuta nell'art. 14 della legge n. 87 del 1953, modificato dalla legge n. 265 del 1958. Su tale tipologia di fonti del diritto v., in generale, S. PANUNZIO, *I regolamenti della Corte costituzionale*, Padova, 1970.

¹¹⁶⁹ Nella formulazione originaria della disposizione al posto dell’“Ufficio di presidenza” era previsto “il Presidente”.

¹¹⁷⁰ La notizia è riportata in V. CARUSI, *In ricordo di Giustino D'Orazio*, cit., 5.

¹¹⁷¹ A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, sub artt. 1 – 9, Bologna – Roma, 1977, 412.

¹¹⁷² Il Regolamento fu approvato sulla base di quanto stabilito nell'art. 31 del regolamento generale, in forza del quale “L'ordinamento degli uffici, le norme sullo stato giuridico ed economico del personale della Corte e la relativa pianta organica, nonché tutti gli altri regolamenti amministrativi, sono approvati dalla Corte su proposta dell'Ufficio di Presidenza, sentite le Commissioni competenti”: e tra queste deve essere ricompresa anche la Commissione per gli studi e per i regolamenti, secondo quanto previsto negli art. 5, 27 e 28 dello stesso Regolamento generale. In dottrina si è rilevata l'illegittimità della mancata previsione della pubblicazione dei regolamenti “amministrativi”, e comunque della prassi di non pubblicarli: in tal senso S. PANUNZIO, *Regolamenti della Corte costituzionale*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXX, 1991, 1; A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, cit., 418 nota 26.

all'Ufficio studi è assai dettagliata, sia con riguardo alla composizione dell'Ufficio che alle modalità di svolgimento delle funzioni ad esso attribuite: leggendone le disposizioni non è difficile dedurre l'opera svolta, per la sua redazione, da Giustino D'Orazio.

Le funzioni già indicate nella Circolare del 1964 vengono in tale Regolamento meglio disciplinate e classificate. In particolare, viene demandata all'Ufficio Studi la raccolta dei “fascicoli relativi alle ricerche e agli studi da esso svolti o eseguiti dagli assistenti” (art. 2, primo comma), nonché la custodia di “copia delle sentenze e delle ordinanze della Corte, nonché copia delle schede di cancelleria contenenti l'indicazione delle norme denunciate di illegittimità” (art. 2, secondo comma). Nel comma 3 dello stesso art. 2 viene (indirettamente) indicata la documentazione che l'Ufficio è tenuto a raccogliere, relativa: a) alla giurisprudenza della Corte e a degli organi costituzionali, se d'interesse costituzionale; b) alla giurisprudenza straniera d'interesse costituzionale; c) alla bibliografia costituzionale italiana; d) alla bibliografia costituzionale straniera; e) alle questioni che formano oggetto di ricerca di studio da parte degli assistenti; f) alla raccolta delle norme dichiarate illegittime e di quelle per le quali è stata emessa una diversa decisione; g) alla raccolta delle leggi straniere che sono state tradotte; h) alle relazioni “su quei lavori delle Camere, del Governo e delle Regioni che hanno attinenza con l'attività e l'ordinamento della Corte” (art. 9)¹¹⁷³. Di ciascuno dei punti indicati deve essere predisposto apposito schedario. A tali funzioni si aggiunge la realizzazione di copie delle relazioni sulle ricerche e sugli studi eseguiti dagli assistenti¹¹⁷⁴ e, più rilevante, la predisposizione del testo delle decisioni della Corte da pubblicare sulla “Raccolta ufficiale”, in cui le decisioni devono essere precedute da un'epigrafe per ogni questione risolta, e delle quali devono essere predisposti quattro indici: sommario; analitico – alfabetico; della legislazione; delle parti. In una nota del Regolamento in questione si specifica che “la redazione delle epigrafi e degli indici della “raccolta ufficiale” è attribuzione effettivamente svolta dall'Ufficio Studi”.

Le ulteriori vicende di tale regolamento non sono del tutto chiare. In dottrina si ritiene che esso non sia mai stato abrogato: secondo Elisabetta Lamarque¹¹⁷⁵, nel 2011 il regolamento doveva ritenersi ancora vigente; mentre per Teresa Grieco, che scrive nel 2016, esso sarebbe stato “aggiornato” nel 1984¹¹⁷⁶. In verità pare corretto ritenere (e così mi risulta ritengano anche gli uffici della Corte, in particolare il Servizio studi) che esso sia stato abrogato (implicitamente) con l'entrata in vigore del Regolamento dei servizi e del personale del 1984, il cui art. 104 prevede l'abrogazione non soltanto del precedente Regolamento degli Uffici e del Personale, ma anche delle “norme contenute in altri regolamenti della Corte che siano incompatibili con quelle previste dal presente Regolamento”. L'incompatibilità tra le due fonti potrebbe argomentarsi in considerazione della circostanza che il Regolamento approvato con deliberazione della Corte il 10 febbraio 1984 ha ri-disciplinato detto Ufficio studi rinominandolo “Servizio studi” (sebbene tale modifica non sia stata recepita nel Regolamento generale, per cui al momento sussiste una differenza di denominazione tra le due fonti).

In particolare, il Regolamento dei servizi e del personale del 1984, all'art. 17, primo comma (nella sua versione originale), ha indicato i Servizi e gli Uffici, “classificati in relazione alle diverse funzioni della Corte”, costituenti l'amministrazione della Corte, articolandoli in due fasce; nella prima (A) vi rientrano il Servizio Biblioteca, il Servizio Cancelleria, il Servizio Studi, nonché l'Ufficio Ruolo e Massimario (quest'ultimo era classificato dunque come *Ufficio*, distinto dal

¹¹⁷³ Allo scopo indicato, lo stesso art. 9 prevede che l'Ufficio Studi mantenga “i necessari collegamenti con i competenti uffici parlamentari, governativi e regionali”.

¹¹⁷⁴ Si immagina che tale attività venisse svolta dal Centro fotoreproduzione e stampa, che probabilmente in quegli anni era incardinato all'interno dell'Ufficio Studi, mentre con deliberazione della Corte del 17 luglio 1981 esso è stato incardinato nell'Ufficio AA. GG. Personale ed Amministrazione.

¹¹⁷⁵ E. LAMARQUE, *Chi sono gli assistenti di studio*, cit., 4.

¹¹⁷⁶ T. GRIECO, *Il ruolo degli assistenti nella Corte costituzionale italiana*, cit., nota 3 del dattiloscritto.

Servizio Studi); nel secondo (B) rientrano invece il Servizio Affari generali e personale, il Servizio Provveditorato, il Servizio Ragioneria, l'Ufficio del Cerimoniale e l'Ufficio Stampa.

Al Servizio studi era (ed è) specificamente dedicato l'art. 20, che ha subito varie modificazioni nel corso del tempo. Nella versione originaria, ad esso erano affidate le seguenti funzioni:

- ha compiti di ricerca sistematica e di documentazione sulla legislazione, sulla giurisprudenza e sulla dottrina, costituzionale e di interesse costituzionale, anche straniera, nonché di gestione delle relative basi informative interne, in funzione dell'attività giurisdizionale della Corte;
- predispone la raccolta ufficiale delle sentenze e delle ordinanze e ne cura la pubblicazione;
- collabora, anche a fini di coordinamento, alle attività degli assistenti di studio, su richiesta dei Giudici interessati;
- segue le attività del Parlamento, del Governo e delle Regioni, che hanno attinenza alle funzioni della Corte, e acquisisce documentazione da enti e organismi scientifici e culturali;
- cura gli adempimenti preparatori delle riunioni della Commissione per gli studi e per i regolamenti, nonché la redazione e la raccolta dei relativi verbali e svolge ogni altro compito previsto dai regolamenti vigenti.

Sul piano organizzativo, la stessa disposizione regolamentare stabiliva che “Nello svolgimento dei suoi compiti, il Servizio studi si attiene alle direttive impartite dalla Commissione per gli studi e i regolamenti”, e che organizzativamente esso si poteva avvalere, oltre che del personale indicato nella pianta organica, “di professori associati o incaricati, mediante incarico conferito dalla Corte, per un periodo non superiore a tre anni”, rinnovabile per una sola volta¹¹⁷⁷.

All'Ufficio Ruolo e Massimario (art. 21) venivano affidate le funzioni relative alla predisposizione del ruolo (principalmente), nonché alla compilazione delle “massime delle sentenze ed ordinanze emanate dalla Corte”, oltre al compito di curare “la gestione di una base informativa dei dati emergenti delle questioni di legittimità costituzionale pendenti e delle massime redatte”. L'istituzione di tale ufficio fu resa necessaria per superare la situazione precedente, in cui la predisposizione del ruolo delle cause da assegnare all'udienza pubblica o alla camera di consiglio veniva affidata interamente al Presidente della Corte e ai suoi assistenti, insieme alla scelta del relatore: tale prassi “non poteva non peccare, talvolta, di qualche irrazionalità e, in ogni caso, di empirismo (...), mentre il trascorrere degli anni e la crescente pendenza richiedevano, semmai, sia una più organica sistemazione dei precedenti che un più ampio e ragionato quadro degli atti introduttivi dei giudizi e delle questioni sottoposte alla Corte”¹¹⁷⁸. Fino ai primi anni Novanta, all'Ufficio Ruolo e massimario furono assegnati alcuni magistrati della Corte di cassazione (tra cui il responsabile, dott. Sergio Pomodoro), oltre ad alcuni consiglieri interni.

Con delibera della Corte del 6 aprile 1987, al Regolamento del 1984 fu aggiunta una disposizione (di carattere materialmente transitorio) riguardante il Servizio Studi: nell'art. 106 si legge infatti che “Uno dei posti che, alla data di entrata in vigore della presente disposizione risulta vacante nella sesta qualifica funzionale, profilo professionale di consigliere, viene destinato alla istituzione di una Sezione presso il Servizio Studi per l'effettuazione di ricerche di diritto costituzionale comparato e, ove occorra, al coordinamento delle attività di studio espletate presso la Corte dai ricercatori stranieri che fruiscono di borse di studio”: alla copertura di tale posizione “si provvede mediante concorso per titoli cui possono partecipare professori in possesso della idoneità a professore associato in materia giuspubblicistica che abbiano prestato, alla data di

¹¹⁷⁷ Tale modifica fu giustificata dall'allora Presidente della Corte Leopoldo Elia con l'esigenza di potenziare “le funzioni che più direttamente coadiuvano l'attività giurisdizionale” (cfr. L. ELIA, *La giustizia costituzionale nel 1983*, in *Giur. cost.*, 1984, 339).

¹¹⁷⁸ G. D'ORAZIO – G. LA GRECA – P. PRATIS, *Sull'organizzazione del lavoro della Corte costituzionale in sede giurisdizionale*, in AA. VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, cit., 364.

entrata in vigore della presente norma, sette anni di servizio, anche non continuativo, alla Corte in qualità di assistente di studio” (art. 107). Dunque, dal 1987 fu prevista l’istituzione di una apposita sezione, interna al Servizio studi, dedicata allo svolgimento di ricerche di diritto costituzionale comparato, con la possibilità di attribuire borse di studio a ricercatori stranieri.

Ancora nel Regolamento del 1984 fu previsto che gli Assistenti di studio, una volta cessato dalla carica il Giudice di riferimento, potevano essere trattenuti, a domanda, in servizio presso la Corte “per non oltre un anno dalla cessazione della carica” del Giudice, e per tale periodo essere “addetti al Servizio studi o all’Ufficio Ruolo e Massimario”. Nella versione attuale dell’art. 9, detto periodo è stato ridotto a tre mesi, e la disposizione regolamentare non specifica a quali servizi o uffici gli assistenti possano essere adibiti.

3. Le fonti: b) le modifiche del 1995 e le ultime revisioni del 2016.

Con delibera del 4 dicembre 1995 il Regolamento dei servizi e del personale del 1984 fu modificato, anche relativamente alla disposizione riguardante il Servizio Studi: sia sul versante delle funzioni che su quello dell’organizzazione.

In primo luogo fu modificata la rubrica dell’articolo, e perciò la denominazione dell’ufficio, passata da “Servizio studi” a “Servizio studi e massimario”.

In ordine alle funzioni, all’attività di ricerca sistematica e di documentazione della legislazione, giurisprudenza e dottrina si aggiunse il compito “di gestione delle relative basi informative interne”: ciò in quanto in quel periodo iniziava l’opera di informatizzazione della Corte, realizzata dapprima con il sistema SIGICO. Inoltre, all’attività di predisposizione della raccolta ufficiale delle decisioni furono aggiunte le funzioni di redazione delle “massime delle sentenze e ordinanze emanate dalla Corte” (compito prima svolto da altri uffici) e di realizzazione “di ogni altra attività di studio e documentazione richiesta dagli Organi della Corte”.

Alcune di tali modifiche intendevano evitare contiguità eccessive con le competenze dell’Ufficio Ruolo e Massimario, come spiegò il suo promotore, Presidente Antonio Baldassarre¹¹⁷⁹. Questi, nel corso della sua pur breve presidenza (tra il 26 febbraio e l’8 settembre 1995), dette impulso ad una radicale ristrutturazione sia dell’Ufficio Ruolo e Massimario (la cui situazione era, secondo le parole dello stesso Presidente, “del tutto insoddisfacente”¹¹⁸⁰) che anche nel Servizio studi, “ristrutturato e potenziato al fine di evitare il rischio che il proprio lavoro fosse più utile per i fruitori esterni che per i giudici nell’esercizio delle proprie funzioni”. Pertanto, furono impartite direttive al “fine di impegnare il servizio, nella duplice componente interna e internazionale, a formulare uno schedario basato sulla giurisprudenza italiana e straniera relativo ai principali problemi costituzionali e agli aspetti più rilevanti del processo costituzionale”. Inoltre, al Servizio Studi furono sottratte “le competenze che si sovrapponevano parzialmente a quelle dell’Ufficio Ruolo e Massimario”¹¹⁸¹.

Anche sul piano organizzativo intervennero significative modifiche. Furono infatti eliminati sia il riferimento alla possibilità di avvalersi di professori associati o incaricati che la previsione della durata di detto incarico (come si è visto, tre anni rinnovabili per una sola volta): con una previsione più generica fu stabilita la possibilità di avvalersi della collaborazione di “studiosi qualificati” (senza specificare da quale categoria reperirli) senza previsione di limitazioni di carattere temporale. Fu infine prevista la possibilità di collaborazione al Servizio studi, con l’assenso del Giudice interessato, degli assistenti di studio.

¹¹⁷⁹ A. BALDASSARRE, *Prove di riforma dell’organizzazione e del funzionamento della Corte costituzionale: la mia esperienza*, in P. COSTANZO (a cura di), *L’organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, cit., 17 ss.

¹¹⁸⁰ In quanto, secondo il Presidente Baldassarre, “le massime venivano fatte con molto ritardo, con criteri di formazione discutibili e con una distribuzione dei carichi di lavoro diseguale”: A. BALDASSARRE, *Prove di riforma*, cit., 21.

¹¹⁸¹ Tutte le citazioni riportate sono del Presidente Baldassarre e possono leggersi nel lavoro indicato alle note precedenti.

L'ultima riforma regolamentare risale al 18 maggio 2016, con cui è stato istituito un apposito e separato Ufficio del Massimario, "scorporandolo" dal Servizio studi ma rendendolo al contempo autonomo dall'Ufficio Ruolo (v. art. 17 del Regolamento nella formulazione attuale). All'Ufficio Massimario è stata attribuita la competenza in ordine alla compilazione delle massime delle sentenze e delle ordinanze, alla predisposizione della raccolta ufficiale e alla pubblicazione delle decisioni; al controllo formale dei testi approvati delle pronunce (d'intesa con gli assistenti di studio del Presidente). Peraltro, la Raccolta ufficiale non viene più diffusa: dal 2017 si è deciso di stamparne soltanto alcune copie ad uso esclusivamente interno.

Quindi, in sostanza, e per quel che riguarda il Servizio Studi, nel 2016 si è tornati alla situazione del 1984: la funzione di massimazione, attribuita al Servizio nel 1995 (sottraendola all'Ufficio Ruolo), è stata resa autonoma ed assegnata ad un Ufficio specifico.

4. Il personale dell'Ufficio (poi Servizio) Studi.

Nei primi anni di attività della Corte (vale a dire dal 1956 al 1961) il Servizio studi operò con un'organizzazione di tipo provvisorio, utilizzando in misura prevalente personale comandato da altre Amministrazioni dello Stato¹¹⁸². Nell'incontro con la stampa del primo Presidente Enrico De Nicola, questi precisava che tutto il personale con cui la Corte iniziò ad operare era stato preso "integralmente dalle amministrazioni statali"¹¹⁸³: soltanto nel 1959, con una comunicazione del Presidente (a quell'epoca Gaetano Azzariti), fu data notizia al collegio che il Ministero di Grazia e Giustizia aveva consentito a porre fuori ruolo "i magistrati distaccati presso l'Ufficio studi" della Corte¹¹⁸⁴. Ciò significa, evidentemente, che nella primissima fase di attività della Corte la funzione di supporto all'attività giurisdizionale era affidata interamente all'Ufficio, anziché essere decentrata (come avverrà subito dopo) nelle segreterie di supporto dei singoli giudici: e tuttavia ciò non deve ingannare, perché le prime delibere richiedenti il distacco di magistrati riportano il nome del giudice costituzionale che ne aveva richiesto il distacco, così indicando l'evidente rapporto fiduciario tra il magistrato distaccato e il giudice costituzionale con il quale questi andrà a collaborare (ancorché formalmente incardinato nell'Ufficio Studi). In sostanza, come riporta Lamarque, "molto probabilmente nei primi due anni di attività tutti i componenti dell'Ufficio ruolo, massimario e studi hanno poi lavorato di fatto esclusivamente, o almeno di preferenza, ciascuno al servizio del giudice costituzionale che lo aveva chiamato"¹¹⁸⁵.

Forse anche per queste ragioni, ben presto si avvertì l'esigenza di organizzare e strutturare l'ufficio in modo più stabile, dotandolo di personale qualificato e adibito esclusivamente all'adempimento delle funzioni ad esso assegnate.

Così, nel 1960 fu indetto un primo concorso pubblico per il ruolo, allora differenziato, del personale direttivo dell'Ufficio studi, con la qualifica di Assistente: risultò vincitore Giustino D'Orazio, che prese servizio il 1° ottobre 1961. Egli si era laureato in Giurisprudenza nel 1954 (con Ambrosini e non, come da altri riportato, con Carlo Esposito: quest'ultima notizia è forse frutto di una sovrapposizione con la successiva collaborazione con la cattedra di diritto costituzionale della stessa facoltà, tenuta da Esposito) e qualche anno dopo in Scienze politiche (con Costantino Mortati). Egli rimase unico funzionario del Servizio fino al 1972 (quando vi prenderà servizio anche Vittoriana Carusi, che fu ad esso assegnata alla fine del mandato di giudice di Costantino Mortati, di cui era stata Segretaria particolare); nei primi anni Ottanta D'Orazio fu nominato Direttore, permanendo in tale carica fino al 1987 (quando lasciò la Corte

¹¹⁸² V. CARUSI, *In ricordo di Giustino D'Orazio*, cit., 4.

¹¹⁸³ V. http://www.cortecostituzionale.it/ActionPagina_246.do

¹¹⁸⁴ E. LAMARQUE, *Chi sono gli assistenti di studio*, cit., nota 16.

¹¹⁸⁵ E. LAMARQUE, *Chi sono gli assistenti di studio*, cit., 11.

per ricoprire la cattedra di Diritto costituzionale nell'Università di Trento). Nel 1983 Egli fu nominato (anche) vice Segretario generale della Corte.

A D'Orazio spettò dunque il compito di “costruire” l'Ufficio studi, definendone le funzioni e organizzando i lavori per espletarle, ma anche per dotarlo degli strumenti materiali per poter funzionare¹¹⁸⁶. A ciò si aggiunga una consistente, sebbene nascosta, attività di “consulenza quotidiana”: come ancora riporta Vittoriana Carusi, si tratta di “un'attività che non sempre è catalogabile o si è materializzata, com'è evidente, in prodotti finiti; che cioè deve fare i conti con l'immediatezza delle risposte; di frequenti appunti sommari e schemi riassuntivi che sono sufficienti in molti casi a dar conto, magari nell'immediatezza o nel corso della camera di consiglio, di “precedenti” significativi o di sviluppi giurisprudenziali a partire da certe premesse o certe date”¹¹⁸⁷. Anche di questo non vi è difficoltà a credere: in una fase storica nella quale non soltanto erano al di là da venire sistemi informatizzati utili alle ricerche, ma anche i repertori cartacei erano limitati e comunque non aggiornati “in tempo reale”, la memoria delle questioni decise era quasi interamente affidata all'attività ed alle capacità delle persone¹¹⁸⁸: e la memoria di Giustino D'Orazio, in uno con la sua precisione e il suo metodo, potevano trasmettere alla Corte una conoscenza puntuale e analitica della giurisprudenza costituzionale.

Dopo Vittoriana Carusi, all'Ufficio Studi furono assegnati Daniella Ambrosino e Marzio Branca; nel 1982, a seguito di un concorso (il primo indetto specificamente per consiglieri), vi fu aggregato anche Mario Bellocchi. Dal 1987 cominciò a lavorarvi Loris Iannuccilli; nonché, dal 1995, Maria Fierro, inizialmente assegnata all'apposita sezione, costituita all'interno del Servizio, per la documentazione finanziaria (e di cui si dirà). Nel 2000 quest'ultima sezione fu soppressa, e Maria Fierro iniziò a collaborare alle attività generali del Servizio Studi.

A livello di direzione, dopo D'Orazio essa è stata ricoperta da Vittoriana Carusi fino al 2004; dal 2004 al 2006 Mario Bellocchi è stato coordinatore e dal 2006 al 2012 Direttore; dal 2012 ad oggi Direttrice è Maria Fierro.

Dopo la riforma del 1995 il Servizio fu articolato in sezioni, al fine di meglio organizzare le diverse funzioni da esso svolte, sulla base di disposizioni interne al Servizio e non mediante deliberazioni della Corte (o dell'Ufficio di Presidenza): così nel 1996 esso risultava articolato in una “Sezione documentazione giuridica” (di cui si occupavano Mario Bellocchi e Loris Iannuccilli), di una “Sezione di diritto comparato” (affidata, come si dirà, a Nicola Sandulli), e di una “Sezione documentazione finanziaria” (affidata, come detto, a Maria Fierro).

Successivamente tale articolazione è tuttavia venuta meno: oggi il Servizio studi risulta composto dalla direttrice, Maria Fierro, e da tre consiglieri: i dottori Danilo Diaco (assegnato al Servizio dal 2013), Riccardo Nevola (dal 2010) e Nicola Oliva (dal 2016); le attività relative al diritto comparato sono invece affidate, come meglio si dirà, ad un'apposita Area.

5. Le attività del Servizio studi: quelle rivolte a favorire la conoscenza della giurisprudenza costituzionale.

¹¹⁸⁶ Nel verbale della Commissione studi e regolamenti del 19 febbraio 1963 (che ho potuto consultare grazie a Roberto D'Orazio, il quale lo ha reperito all'interno dell'Archivio Mortati, di cui alla successiva nota 36), si legge che “La Commissione ha compiuto una visita ai locali dell'Ufficio Studi, nel corso della quale l'Assistente dr. Giustino D'Orazio ha segnalato varie esigenze di carattere organizzativo e funzionale. La Commissione ha autorizzato il dr. D'Orazio a prendere gli opportuni accordi con l'Ufficio Economato per predisporre un elenco degli oggetti e delle attrezzature da acquistare ed un preventivo di spesa da sottoporre all'esame della Corte”.

¹¹⁸⁷ V. CARUSI, *In ricordo di Giustino D'Orazio*, cit., 6.

¹¹⁸⁸ Rileva B. RANDAZZO, *Dietro le quinte*, cit., 167, l'importanza della “memoria storica degli assistenti più anziani di servizio, redattori di centinaia di ricerche, in grado di ricostruire i percorsi che condussero a quella o quell'altra pronuncia, ricordando orientamenti e sensibilità dei diversi giudici, e delle diverse Corti, succedutisi nel tempo”. Se ciò vale oggi, è evidente che ancora di più valesse negli anni in cui era meno agevole reperire i precedenti, magari di *obiter dicta* contenuti nelle motivazioni delle decisioni.

La prima sistematizzazione che possiamo ricordare delle funzioni affidate all'Ufficio Studi è quella ricavabile dalla ricordata Circolare del 1964, con la quale - come detto - furono definiti i compiti dell'Ufficio, così sintetizzabili:

- predisposizione di uno schedario della giurisprudenza e della dottrina straniera sulla materia costituzionale;
- realizzazione di copia delle ricerche predisposte dagli assistenti dei giudici;
- predisposizione di uno schedario della giurisprudenza della Corte, articolato in voci.

A tali attività, formalmente indicate, ne deve essere aggiunta un'altra, la cui testimonianza si deve a Vittoriana Carusi, secondo la quale vi era uno "stretto collegamento, sin dalle origini, dell'ufficio con l'attività degli Assistenti di studio, collaboratori diretti dei Giudici costituzionali"¹¹⁸⁹: e ciò appare del tutto verosimile ed anche logico, in considerazione sia del ristretto numero di assistenti (che nella prima fase era di quindici, uno per ciascun Giudice) e della necessità di "costruire" delle procedure finalizzate all'istruzione delle questioni sottoposte alla Corte (in una fase storica, è banale ricordarlo, in cui i precedenti della stessa Corte erano quasi inesistenti, ed ogni questione richiedeva pertanto uno studio specifico ed originale).

Sembra in ogni caso possibile affermare che nei primi anni di attività l'impegno dell'Ufficio studi (di fatto "monopersonale") sia stato dedicato alle decisioni della Corte, mediante un lavoro principalmente *ex post* su di esse. Certamente un peso particolare ebbe, in questo contesto, l'attività di massimazione delle decisioni stesse, svolta anche mediante un'opera di raccordo con quanto di competenza degli Assistenti di studio. Tale massimazione consisteva, in primo luogo, nella predisposizione di un'epigrafe per ogni questione risolta internamente alla decisione, ovvero di un apparato di parole chiave (definito nel gergo "i neretti"), che aveva lo scopo di identificare i contenuti delle decisioni e delle singole questioni con esse risolte. Tale "neretti" risultavano poi funzionali alla predisposizione dell'indice analitico - alfabetico della Raccolta ufficiale, la cui utilità - fino almeno all'epoca in cui sono intervenuti sistemi informatici - era evidente per la ricostruzione dei precedenti della giurisprudenza costituzionale, oltre che per operare ricerche su di essa, sia all'interno che all'esterno della Corte.

Detto indice analitico - alfabetico compare, nella Raccolta ufficiale, fino all'anno 1998; dal 1999 esso non c'è più (e ritengo ciò sia dovuto ad una scelta del Servizio studi, di cui peraltro non vi è motivazione nella Raccolta), mentre rimane (soltanto) un indice delle decisioni.

Va altresì segnalato un aspetto. I "neretti", predisposti dal Servizio Studi, venivano pubblicati, oltre che nella Raccolta ufficiale, nella Gazzetta ufficiale (prima serie speciale), a corredo delle decisioni della Corte. E ciò malgrado che l'art. 12 del d.P.R. 14 marzo 1986 n. 217 stabilisca che la pubblicazione nella Gazzetta ufficiale delle sentenze e delle ordinanze della Corte deve contenere "l'enunciazione (...) delle disposizioni di legge e degli istituti giuridici ai quali il testo si riferisce": il che doveva interpretarsi come la necessità di un "neretto" complessivamente riferito alla decisione, e non alle singole questioni. Nondimeno, come detto, anche negli anni successivi all'entrata in vigore del d. P. R. indicato veniva pubblicato un apparato di "neretti" per ogni singola questione decisa (ancorché processuale o interlocutoria): a partire dall'anno 2013 questo però non avviene più (e non è chiaro - almeno a chi scrive - se in base ad una scelta editoriale della Gazzetta ufficiale o ad altro), e viene pubblicata soltanto una sintetica enunciazione di parole chiave (definita il "titolino") riguardante la decisione complessivamente intesa e non le singole parti decise.

Oltre alla predisposizione dei "neretti", la massimazione delle decisioni richiedeva anche la redazione delle massime vere e proprie, ovvero di una sintesi delle questioni decise: tale attività era affidata prevalentemente agli Assistenti di studio (nella Circolare del 1964 si precisava infatti che "L'assistente deve formulare sollecitamente le massime delle sentenze relative alle cause per

¹¹⁸⁹ Così ancora V. CARUSI, *In ricordo di Giustino D'Orazio*, cit., 5.

le quali ha compiuto le ricerche”; disposizione confermata sul punto dall’art. 17 del Regolamento per l’Ufficio Studi). Dunque, in una prima fase, tale attività era svolta dagli stessi assistenti che avevano svolto la ricerca; le massime da essi redatte dovevano essere riviste dal giudice relatore ed essere successivamente trasmesse all’Ufficio studi¹¹⁹⁰. Tale procedura, tuttavia, è stata seguita soltanto nei primissimi anni di vita della Corte, ed è stata abbandonata successivamente: non tuttavia per difficoltà organizzative del Servizio studi, bensì a causa, secondo la testimonianza di un vice Presidente della Corte, dei “notevoli problemi che incontra la massimazione delle pronunce della Corte, di fronte a tutto ciò che si riferisce al valore da dare alla *ratio decidendi*, al valore da dare all’*obiter dictum* e forse anche che si è esitato a dare una sorta di ufficializzazione alle massime della giurisprudenza costituzionale”¹¹⁹¹. Così che la stessa disposizione regolamentare, per quanto si legge in una nota dello stesso Regolamento, è caduta in desuetudine verso la metà degli anni Settanta¹¹⁹², in concomitanza con l’affidamento ad assistenti di studio assegnati all’Ufficio Studi dell’incarico di redigere apposite massime per il CED della Corte di cassazione. In sostanza, a seguito di tale cambiamento, l’attività di massimazione fu affidata agli assistenti di studio dei giudici cessati dall’incarico relativo (nel periodo di un anno originariamente stabilito per la loro permanenza alla Corte, come si è detto). Pertanto, possiamo dire, in generale, che detta attività si è svolta sempre al di fuori dell’Ufficio studi, sebbene sia prima che dopo (e probabilmente più prima che dopo) all’Ufficio studi sia stata affidata un’opera di coordinamento di quanto realizzato dagli assistenti. E tuttavia, in generale, tale attività ha probabilmente prodotto una situazione del tutto insoddisfacente, sulla quale la Corte intervenne durante la presidenza Baldassarre, come meglio si dirà.

Parallelamente alla predisposizione della Raccolta ufficiale, fu merito dell’Ufficio Studi anche l’elaborazione di un Repertorio di giurisprudenza costituzionale relativo agli anni 1956 – 1965, coordinato dal Giudice costituzionale Michele Fragali e pubblicato nel 1968; nonché la raccolta delle cento decisioni più rilevanti della Corte nel periodo 1956 – 1984 (volume pubblicato nel 1985). Di quest’ultima raccolta sono da sottolineare le parole di D’Orazio in sede di Avvertenza: “Non si tratta di una (ennesima) compilazione empirica nella quale sono indiscriminatamente raccolte decisioni pronunciate dalla Corte in un settore di rapporti determinato (...), bensì una selezione di un ampio gruppo di sentenze tra loro collegate, *ratione materiae*, da una premessa illustrativa e sistematica, al fine di sottolinearne, all’attenzione del lettore, gli aspetti o gli effetti peculiari, la evoluzione interpretativa di cui le stesse sono state o possono essere ritenute fasi salienti, o i loro rapporti con dibattiti in corso di svolgimento, al momento della pronuncia, nella società o tra le istituzioni”¹¹⁹³. Tale lavoro fu coordinato dal Direttore del Servizio studi (G. D’Orazio), e realizzato in collaborazione tra lo stesso Servizio (V. Carusi), tre magistrati addetti alla Corte (U. Goldoni, M. R. Morelli e F. Roselli) ed un professore universitario (A. Cerri).

Possiamo dunque ritenere che in questa prima fase di vita l’Ufficio Studi si sia prevalentemente concentrato su un’attività di redazione e raccolta delle decisioni della Corte, in un periodo nel quale era evidentemente prioritario operare per favorire una conoscenza diffusa e puntuale della giurisprudenza costituzionale, oltre che consentirne una reperibilità ad opera delle istituzioni e della dottrina.

¹¹⁹⁰ Così la testimonianza del Vice Presidente della Corte costituzionale Antonino De Stefano (A. DE STEFANO, *Il dato giurisprudenziale visto dal giudice costituzionale*, in *Nuova Rassegna*, 1984, 1382).

¹¹⁹¹ Così ancora A. DE STEFANO, *Il dato giurisprudenziale*, cit., 1382, il quale sottolinea che le difficoltà indicate non devono in alcun modo essere imputate al Servizio studi, al quale “erano e sono addetti magistrati di grande levatura” ed è guidato da “un uomo di grande valore, il prof. D’Orazio”.

¹¹⁹² Nel 2011 E. LAMARQUE, *Chi sono gli assistenti di studio*, cit., 7, rileva che “tale attività non rientra più di fatto tra i compiti dell’assistente, benché sia tuttora previsto dall’art. 17 del Regolamento”: ma, come si è detto, detto Regolamento deve ritenersi in verità abrogato dal 1984.

¹¹⁹³ Cfr. *Giurisprudenza della Corte costituzionale italiana. Decisioni e orientamenti fondamentali (1956 – 1984)*, Milano, 1985, IX.

6. Segue: le ricerche richieste e realizzate dal Servizio Studi.

Sebbene, come detto, nel primo periodo di attività l'Ufficio Studi si sia particolarmente concentrato sulla massimazione e raccolta delle decisioni costituzionali, tuttavia fin da subito fu avvertita l'esigenza di utilizzare l'Ufficio anche nella fase preparatoria alla decisione delle questioni sottoposte all'esame della Corte, ovvero al fine di dotare il collegio del massimo di conoscenze possibili per affrontare e risolvere le stesse. Ed infatti, come di è detto, nella richiamata Circolare del 1964 vi era un riferimento "alla predisposizione di ricerche sulle specifiche questioni rimesse al giudizio della Corte".

Tuttavia va ricordato come, nel sistema affermatosi alla Corte, il compito di predisporre le ricerche sulle questioni sottoposte alla Corte sia stato da sempre affidato agli Assistenti di studio dei singoli giudici (in particolare da uno o più degli assistenti del giudice relatore), senza alcun intervento del Servizio Studi. Detta attività costituisce il "cuore" dell'impegno richiesto agli assistenti, che devono ad esso assolvere seguendo uno schema dettagliato, definito fin dal Regolamento del 1964 e che viene, con alcuni marginali adeguamenti, seguito sino ad oggi¹¹⁹⁴. La collaborazione degli assistenti alle attività dell'Ufficio studi, "anche a fini di coordinamento", prevista nel regolamento, si è invece risolta di fatto, almeno nei primi decenni di attività della Corte, nella collaborazione da essi prestata alla redazione delle massime¹¹⁹⁵.

Al contempo, tuttavia, fin dall'inizio l'Ufficio (poi Servizio) Studi ha attivato proprie e specifiche ricerche su richiesta di un singolo giudice¹¹⁹⁶, oppure del Presidente o della Corte complessivamente intesa (attraverso la Commissione studi e regolamenti). Per lo più tali ricerche sono state finalizzate alla predisposizione di materiali di lavoro per i seminari periodicamente organizzati dalla stessa Corte: ad esempio può essere ricordato il lavoro svolto, su sollecitazione della Commissione per gli studi e i regolamenti, sul tema dell'opinione dissenziente del giudice costituzionale e sulla possibilità di introdurla nel processo costituzionale italiano (proposta dibattuta in un Seminario di studi organizzato dalla stessa Corte costituzionale¹¹⁹⁷).

Talvolta tali ricerche ebbero finalità diverse, anche in relazione ad attività di rilievo scientifico svolte in ambito universitario. Come esempio di ciò, possiamo ricordare la collaborazione offerta dal Servizio Studi, e da Giustino D'Orazio in particolare, alla preparazione del Convegno, organizzato dall'Università di Trieste nel maggio 1985, su "Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale", del cui Comitato organizzatore D'Orazio fece parte (insieme a Sergio Bartole, Augusto Cerri e Flavia Dimora)¹¹⁹⁸.

Le ricerche realizzate dal Servizio Studi sono state rese pubbliche a partire dal 2005, anno a partire dal quale esse possono leggersi sul sito della Corte, e sono pertanto consultabili non soltanto da parte dei giudici e degli uffici della Corte, ma anche da parte dell'intera comunità (scientifica e non solo).

Tra queste ricerche, una specifica menzione deve essere riservata a quelle di diritto comparato. Come si è detto, con il Regolamento del 1984 fu istituita, all'interno del Servizio

¹¹⁹⁴ Sul punto, oltre ai lavori di A. ANZON, E. LAMARQUE, B. RANDAZZO e T. GRIECO già richiamati, sia consentito rinviare a E. ROSSI, *Relatore, redattore e collegio nel processo costituzionale*, in P. COSTANZO (a cura di), *L'organizzazione e il funzionamento*, cit., 338 ss.

¹¹⁹⁵ A. ANZON, *Gli Assistenti di studio dei Giudici costituzionali*, cit., 217, la quale afferma che la collaborazione degli assistenti all'Ufficio studi per la redazione delle massime è successivamente venuta meno, così rafforzando "il carattere esclusivo e personale del rapporto tra assistente e giudice" (pag. 218).

¹¹⁹⁶ In particolare, secondo B. RANDAZZO, *Dietro le quinte della Corte costituzionale*, cit., 164, "il giudice relatore può richiedere al Servizio studi approfondimenti di natura comparatistica ad integrazione della ricerca dell'assistente, ma ciò non accade di frequente".

¹¹⁹⁷ Di tale lavoro G. D'Orazio dà conto nella sua pubblicazione dal titolo *Sulle recenti autoriforme della Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, 1989, 359 ss.

¹¹⁹⁸ G. CONETTI, *Introduzione*, in AA. VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988, VIII.

Studi, un'apposita sezione dedicata al diritto costituzionale comparato, ritenendosi evidentemente opportuno offrire alla Corte una panoramica sistematica sugli ordinamenti di altri Paesi, e della relativa giurisprudenza (in specie costituzionale) in particolare. Tale Sezione fu affidata, inizialmente e fino alla sua prematura scomparsa, al compianto collega Nicola Sandulli; nel corso degli anni furono inoltre attivati contratti separati con esperti giuristi di lingua madre inglese, francese, spagnola e tedesca (nel 2000 anche con ricercatori sudamericani e nel 2006 polacchi), finalizzati alla redazione di periodiche rassegne sulla giurisprudenza dei diversi ordinamenti statali. Dal 2001 al 2007 al responsabile della Sezione fu affiancato il prof. Paolo Ridola, con la funzione di coordinatore scientifico. Nel 2007 la Sezione fu formalmente sciolta, e le relative attività furono svolte direttamente dal Servizio Studi, con il coordinamento del Direttore del Servizio. Dal 2008 e fino al 2011, mediante un ordine di servizio, l'incarico di seguire tale attività fu attribuito al prof. Paolo Passaglia. Nel 2011 fu costituita e formalizzata, sempre all'interno del Servizio Studi, un'apposita Area di diritto comparato, affidata alla responsabilità dello stesso prof. Passaglia e che vede oggi la collaborazione di quattro ricercatori stranieri (un tedesco, un francese, uno spagnolo e un inglese).

Nella medesima direzione va segnalata un'ulteriore espansione delle attività del Servizio Studi, realizzata mediante la predisposizione di un bollettino periodico riguardante la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo. Tali bollettini contengono una rassegna della giurisprudenza delle due Corti riguardante sia l'Italia che gli altri Paesi, selezionata e tradotta in lingua italiana dal Servizio Studi in collaborazione con altre istituzioni per l'Archivio CEDU presso il CED della Corte di cassazione. Gli ultimi Bollettini reperibili sul sito della Corte sono riferiti al 2015, perché successivamente si è deciso di raccogliere tali rassegne nella intranet della Corte dando comunicazione, di volta in volta, delle pronunce considerate e censite mediante newsletter inviata ai singoli giudici e alle loro segreterie.

Un utile supporto all'attività decisionale della Corte è costituito da un'altra importante iniziativa assunta dal Servizio a partire, da quanto può dedursi dalle fonti sopra richiamate, dal Regolamento del 1964, ovvero l'attività di "ricerca sistematica e di documentazione sulla legislazione, sulla giurisprudenza e sulla dottrina, costituzionale e di interesse costituzionale, anche straniera, nonché di gestione delle relative basi informative interne, in funzione dell'attività giurisdizionale della Corte". In relazione a tale compito, il Servizio ha periodicamente predisposto una raccolta periodica delle note a sentenza e degli articoli di carattere scientifico su questioni rilevanti per la giurisprudenza costituzionale: anche su questo punto non vi è bisogno di ricordare che, in un'epoca in cui non vi era alcun sistema di raccolta informatizzata, quel lavoro costituiva un'opera preziosa (e non soltanto per i giudici).

Nel corso degli ultimi anni questa attività si è strutturata attraverso due strumenti distinti.

Da un lato, è stato realizzato un archivio di dottrina, che nel sito ufficiale della Corte si dichiara "esistente fin dagli anni ottanta ma alimentato in modo saltuario" e che negli anni recenti "è stato incrementato in modo sistematico attraverso lo spoglio di un considerevole numero di riviste giuridiche, al momento circa cento, sia cartacee sia informatiche. Esso contiene le indicazioni bibliografiche degli scritti in cui si commentano o si citano, in maniera significativa, decisioni della Corte". Tale archivio è ora disponibile sul sito della Corte e quindi fruibile anche da parte di esterni.

In secondo luogo, dall'anno 2012 si è provveduto a pubblicare un "Bollettino bimestrale d'informazione sulla dottrina giuridica - Sommari delle riviste giuridiche italiane", quale pubblicazione periodica in cui sono riportati "la copia integrale dei sommari delle riviste giuridiche pubblicate nel bimestre di riferimento, nonché le evidenze dei commenti alle decisioni della Corte, dei commenti alle questioni pendenti, degli scritti sulla Corte costituzionale o sugli

organi costituzionali, nonché di altri eventuali argomenti di interesse”. Tale pubblicazione viene generata, come precisa il sito della Corte, “sulla base di un elenco di circa 150 riviste, anche informatiche, che vengono presentate - allo scopo di facilitarne il reperimento - in ordine alfabetico e ordine per area”. Questa pubblicazione, curata da Manlio Fulgenzi, è stata stampata e distribuita all'interno della Corte fino al 2015, anno a partire dal quale risulta interrotta.

Un ulteriore settore di impegno del Servizio studi, specie negli ultimi anni, è costituito dalla collaborazione prestata alla Corte alla predisposizione di relazioni ufficiali in vista della partecipazione di rappresentanti del Collegio alle Conferenze di studio organizzate tra le diverse Corti costituzionali europee: anche tale attività iniziò con Giustino D’Orazio (Egli ne dà conto nel proprio curriculum vitae) ed è tutt’ora particolarmente impegnativa per il Servizio Studi. In particolare va segnalato che la Corte italiana partecipa a periodiche riunioni della Conferenza delle Corti europee e della Conferenza delle Corti mondiali, i cui lavori si svolgono sulla base di rapporti nazionali predisposti - per la Corte italiana - dal Servizio Studi con il coordinamento di un Giudice a ciò delegato. A ciò si aggiungono l’incontro annuale della c.d. Trilaterale (ovvero delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese), per il quale il Servizio predispone un quaderno per i relatori partecipanti, ed altri incontri organizzati saltuariamente con alcune Corti omologhe (uno degli ultimi incontri si è svolto con il Tribunale costituzionale tedesco).

7. Altre attività svolte dal Servizio studi nel corso degli anni.

Un’attività che si è particolarmente sviluppata negli ultimi anni riguarda la redazione della Relazione sulla giurisprudenza costituzionale, finalizzata alla tradizionale Conferenza stampa annuale del Presidente della Corte. Detta Relazione veniva inizialmente predisposta dal Presidente con la collaborazione dei propri Assistenti di studio, e si limitava ad una indicazione succinta delle principali decisioni della Corte, cui si affiancava una rapida rassegna tematica delle pronunce rese nel periodo considerato.

Dall’anno 2005 (relativamente alla giurisprudenza del 2004) la predisposizione di tale Relazione è affidata, almeno per la parte più consistente, al Servizio Studi. Tale assunzione di compiti ha comportato anche una modifica significativa dei contenuti della Relazione stessa: alla parte destinata ad indicare, a beneficio prevalente della stampa, i principali interventi della giurisprudenza e ad offrirne una lettura contestualizzata (chiamata “Relazione del Presidente della Corte”, e predisposta dal Presidente stesso in collaborazione con i suoi Assistenti), fa riscontro una seconda Relazione, ben più corposa (quella del 2016, relativa alla giurisprudenza costituzionale del 2015, è di 459 pagine, cui ne sono aggiunte 47 di “Dati quantitativi ed analisi”), che costituisce una raccolta ragionata e assai puntuale di tutte le decisioni della Corte, articolate sulla base dei profili processuali e materiali interessati. L’idea che ha evidentemente mosso il Servizio Studi negli ultimi anni è di fare della Relazione una sorta di “Repertorio”, consentendo in tal modo di reperire, nella giurisprudenza esaminata, anche i profili non facilmente ricostruibili in termini sistematici.

Al complesso delle attività indicate, e che sono in larga misura destinate o alla soluzione delle questioni proposte ovvero alla diffusione della conoscenza della giurisprudenza costituzionale, va infine affiancata una funzione relativa all’organizzazione interna della Corte. Come si è visto, infatti, fin dalla sua istituzione, il Direttore del Servizio Studi è anche Segretario della Commissione Studi e regolamenti: il che coinvolge di necessità il Servizio nello svolgimento delle funzioni assegnate a detta Commissione. Tale commissione ha il compito di seguire “l’applicazione dei regolamenti e ne propone le opportune modifiche”, nonché di redigere “progetti di norme d’ordine sia processuale, sia amministrativo che le siano richiesti dalla Corte o dall’Ufficio di Presidenza”. Di tale attività non è possibile dar conto, data la riservatezza dei relativi verbali (redatti dal Direttore del Servizio Studi): tuttavia, e relativamente all’apporto

assicurato anche in tale veste dal primo direttore Giustino D’Orazio, può segnalarsi quanto risulta da una lettera inviata dal giudice Di Stefano al Presidente Rossi nel 1977, nella quale si attesta come l’allora Capo dell’Ufficio Studi diede un “contributo assorbente” alla “compilazione del nuovo regolamento per gli uffici e il personale di questa Corte”, che De Stefano, nella qualità di presidente della Commissione Studi e regolamenti, aveva appena sottoposto al Presidente della Corte. E si può altresì segnalare l’importanza che veniva attribuita, soprattutto nella fase “fondativa” dell’organizzazione della Corte, ai lavori di detta Commissione: in una lettera inviata a Mortati dal suo collega (nella Corte e nella Commissione) Michele Fragali, quest’ultimo riteneva la Commissione “il vero organo propulsore dell’attività normativa della Corte”¹¹⁹⁹. Il ruolo di segretario della Commissione, affidato al Direttore del Servizio Studi, coinvolge necessariamente tutto il Servizio¹²⁰⁰: esso sembra discostarsi dai compiti propri dei servizi studi di altre istituzioni (si pensi ad esempio alle funzioni del servizio studi delle camere del Parlamento).

Al quadro di attività descritto, devono essere aggiunti alcuni compiti assegnati al Servizio Studi nel corso degli anni, sulla base di incarichi attribuiti o direttamente dal Presidente ovvero dalla Corte in periodi particolari di attività.

Così, in particolare, durante il processo Lockheed venne costituito un team di assistenti con il compito di collaborare all’attività del giudice istruttore (nella trascrizione delle deposizioni, nella predisposizione del materiale di udienza, e così via). A tale team fu affiancato un gruppo di lavoro “per lo studio delle questioni preliminari (costituzionali e procesualpenali) al giudizio di accusa”: di tale gruppo di lavoro il coordinamento fu affidato a Giustino D’Orazio, nella sua qualità di Direttore del Servizio Studi.

Così pure, il periodo definito dello smaltimento dell’arretrato ha visto tutta la Corte, in ciascuna delle sue strutture interne, fortemente impegnata in un’opera imponente di eliminazione delle questioni pendenti e di riposizionamento della giurisprudenza costituzionali in tempi adeguati alle esigenze della domanda di giustizia proveniente da tutti i settori della vita istituzionale e sociale. A tale operazione, iniziata sotto la presidenza Elia attraverso alcune soluzioni organizzative interne¹²⁰¹, e proseguita con ulteriori innovazioni introdotte sotto la presidenza La Pergola, dette decisivo impulso la presidenza del giudice Saja¹²⁰²: furono costituiti sei “gruppi di lavoro”, articolati per ambiti materiali, con lo scopo di analizzare gli atti introduttivi dei giudizi accorpandoli per materia, ed al fine di trasmettere il frutto di tale lavoro (non ad uno bensì) a due giudici relatori. Furono altresì introdotte semplificazioni procedurali, mirate ad una maggiore utilizzazione della camera di consiglio in luogo dell’udienza pubblica (anche mediante una modifica alle Norme integrative, adottata con deliberazione del 1° ottobre 1987)¹²⁰³. Tale imponente opera di “svuotamento degli scaffali”¹²⁰⁴ vide anche il Servizio Studi fortemente impegnato, e non soltanto relativamente alle conseguenze sull’Ufficio del notevole incremento del numero di decisioni (che richiedevano ovviamente di essere massimate e raccolte), ma anche a supporto dell’organizzazione di lavoro posta in essere per istruire le questioni da decidere: nei

¹¹⁹⁹ La lettera è richiamata da R. D’ORAZIO, *L’Archivio Mortati: prime considerazioni*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 1/2016, 15 nota 51.

¹²⁰⁰ Significativo è quanto può ricavarsi da un biglietto manoscritto che Roberto D’Orazio mi ha trasmesso, avendolo reperito tra le carte del padre, in cui il giudice Mortati scrive a D’Orazio allegando 14 copie di un suo lavoro da trasmettere agli altri giudici, allo scopo di accompagnarle “alle proposte di emendamenti alle “norme integrative” formulate dall’Ufficio studi?” (corsivo aggiunto).

¹²⁰¹ V. L. ELIA, *La giustizia costituzionale nel 1983*, cit., 339.

¹²⁰² Secondo la testimonianza di A. BALDASSARRE (in P. CARNEVALE – C. COLAPIETRO, *La giustizia costituzionale tra memoria e prospettiva*, Torino, 2008, 201), la necessità di impegnare la Corte nello “smaltimento dell’arretrato” fu suggerita al giudice Saja, nella prospettiva della sua elezione a Presidente, dal giudice Ugo Spagnoli in accordo con lo stesso Baldassarre.

¹²⁰³ Cfr., sul punto, F. SAJA, *La giustizia costituzionale nel 1987*, in *Foro it.*, 1988, V, 125 ss.; S. PANIZZA, *L’organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, in R. ROMBOLI (cur.), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1987 – 1989)*, Torino, 1990, 29 ss.

¹²⁰⁴ Come la definì A. PIZZORUSSO, *La Corte costituzionale e il suo arretrato: prime segnalazioni per i lettori*, in *Foro it.*, 1988, I, 686.

gruppi di lavoro indicati furono coinvolti il Servizio Studi e almeno una decina di docenti universitari assunti a tempo determinato come assistenti, tra i quali anche Giustino D’Orazio, che a quell’epoca Egli aveva già lasciato la Corte per l’incarico universitario.

Di questa fase occorre sottolineare un ulteriore passaggio, significativo anche per il futuro del Servizio Studi, originato, secondo quanto testimoniato da Vittoriana Carusi, da una specifica richiesta - rivolta dal Presidente Saja - di provvedere ad un aggiornamento dell’archivio del Massimario. Di ciò si trova conferma nella Relazione del Presidente della Corte sulla giurisprudenza costituzionale del 1989, ove Saja afferma che “la realizzazione e messa in opera del sistema informatico” ha reso “necessario un lavoro forse non pienamente avvertibile all’esterno e tuttavia enorme, poiché ha richiesto di procedere alla massimazione, con criteri omogenei, di tutte le numerosissime decisioni emanate dalla corte sin dalla data di inizio della sua attività. La gravissima lacuna, causa di molteplici conseguenze negative, è stata colmata grazie all’impegno e allo spirito di abnegazione profusi, con la guida dei giudici costituzionali, dagli assistenti di studio, dai funzionari della corte preposti al ramo, ai quali tutti va il grato e vivo riconoscimento”¹²⁰⁵.

Un’altra importante attività svolta dal Servizio Studi fu originata da un incarico affidato nel 1995 dal Presidente Baldassarre alla direttrice del Servizio, i cui effetti sono rimasti fino ai nostri giorni. Fu richiesto infatti alla dott. ssa Carusi di raccogliere e sistematizzare “*i criteri di ordine strettamente formale, cui occorre attenersi, a fini di uniformità, nella redazione delle sentenze e ordinanze*”: tali criteri furono successivamente approvati da una Commissione appositamente costituita (e composta dai giudici costituzionali Cheli, Mirabelli e Chieppa) nel marzo 1996, e derivavano “tanto da una prevalente e costante applicazione negli anni, quanto da specifiche prescrizioni della stessa Corte”, in particolare dalla deliberazione della Camera di consiglio del 23 gennaio 1989. Tale opera dette luogo ad una raccolta denominata “Criteri formali per la redazione delle sentenze e ordinanze”, e definita nel linguaggio interno della Corte il “Codice Carusi”, rimasto documento di riferimento fino ad oggi. Nell’aprile 2016 è stata istituita una Commissione per l’aggiornamento e la revisione di tale “Codice”, che tuttavia al momento non ha ancora concluso i propri lavori. La redazione del Codice, in ogni caso, testimonia il lavoro svolto, nel corso degli anni, dal Servizio Studi in relazione al confezionamento formale delle decisioni della Corte ed alla loro omogeneizzazione (ferma restando ovviamente la diversità derivante dagli stili di scrittura propri dei diversi redattori).

Sempre sotto la Presidenza Baldassarre, con decreto del Presidente della Corte costituzionale del 29 marzo 1995 n. 8662, sulla base della delibera dell’Ufficio di Presidenza 20 marzo 1995¹²⁰⁶, fu costituita una “Sezione per la documentazione degli oneri finanziari delle decisioni” all’interno del Servizio Studi, al fine di dotare la Corte di un servizio che riuscisse, in autonomia, a “conoscere le implicazioni finanziarie di una determinata scelta e dell’eventuale modifica conseguente a una pronuncia d’incostituzionalità”¹²⁰⁷. Tale attività fu svolta, con alterni risultati, per un quinquennio circa: dal 2000 essa risulta cessata.

8. Alcune considerazioni conclusive.

La rapida rassegna che si è proposta ha tentato di ricostituire l’organizzazione e le attività svolte dal Servizio Studi nel corso degli anni: un tema, come si è detto all’inizio, stranamente poco indagato dalla dottrina.

¹²⁰⁵ F. SAJA, *La giustizia costituzionale nel 1989*, in *Foro it.*, 1990, V, 65.

¹²⁰⁶ P. COSTANZO, *Codice di giustizia costituzionale*, IX edizione, Torino, 2012, 371. Diffusamente su tale ufficio v. T. GROPPPI, *La quantificazione degli oneri finanziari derivanti dalle decisioni della Corte costituzionale: profili organizzativi e conseguenze sul processo costituzionale*, in P. COSTANZO (a cura di), *L’organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Torino, 1996, 269 ss.

¹²⁰⁷ A. BALDASSARRE, *Prove di riforma*, cit., 23-24.

Se - al temine del lavoro - può azzardarsi una considerazione d'insieme, sembra possibile segnalare una significativa evoluzione dell'impegno ovvero (usando una terminologia oggi di moda) della *mission* del Servizio, coerentemente con le esigenze manifestatesi a seguito del convergere di una serie di fattori. Così, nel primo periodo di attività della Corte risulta prevalente un impegno del Servizio prioritariamente concentrato sulle decisioni della Corte, e principalmente finalizzato, come si è detto, a consentire una conoscenza diffusa delle stesse in ambito istituzionale e scientifico.

Con il corso degli anni, e soprattutto con lo sviluppo di forme di trasmissione e di comunicazione più dirette (grazie in particolare all'evoluzione dei sistemi informatici e mediante rete), tale attività ha visto ridotti gli spazi di necessità; al contempo, tuttavia, è cresciuta l'esigenza per i giudici costituzionali di essere messi in grado di conoscere la crescente produzione giurisprudenziale e dottrinale, non soltanto in ambito nazionale: ciò ha richiesto al Servizio Studi di dedicarsi a diversi ambiti di supporto all'attività della Corte. La particolare rilevanza, in questo contesto, assunta dalle rassegne sulla giurisprudenza delle diverse Corti straniere ed internazionali, ma anche dalla documentazione relativa al contributo offerto dalla dottrina giuridica ai temi posti al centro delle questioni di costituzionalità sottoposte alla Corte, è segno della necessità, avvertita dalla Corte, di una maggiore apertura al contesto internazionale e multi-livello, come anche della necessaria consapevolezza di un'interpretazione dei principi costituzionali informata all'evoluzione del contesto culturale, sociale ed istituzionale. Tutte esigenze di cui il Servizio Studi è stato chiamato a farsi carico, al fine di supportare adeguatamente la Corte nell'adempimento del proprio compito di "organo respiratorio del nostro ordine giuridico, organo precettore e stimolatore della carica espansiva delle tutele costituzionali dei valori costituzionali", efficacemente espresso dal suo Presidente Paolo Grossi¹²⁰⁸.

Una prospettiva, questa, cui il Servizio Studi ha dato prova, nel corso degli anni, di perseguire e realizzare, grazie ad un'impostazione di rigore scientifico di cui Giustino D'Orazio ha saputo dotarlo nella sua fase iniziale, ponendo le basi per uno sviluppo i cui risultati sono facilmente verificabili, dentro e fuori la Corte.

¹²⁰⁸ P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Bari, 2015, 31.

Per una cattedra di Diritto parlamentare*

di Luigi Ciaurro*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Perugia: l'embrione – 3. Firenze: il primo incarico e il primo concorso – 3. Roma: il consolidamento definitivo

Premessa

L'insperata fortuna tardiva del diritto parlamentare registratasi in questi ultimi anni non può certo far cadere nell'oblio il travagliato percorso che ne ha caratterizzato l'autonomia scientifica e didattica. Per molto tempo, anche dopo l'entrata in vigore della Costituzione del 1948 - che pur come noto contempla una forma di governo spiccatamente parlamentare - gli studi di diritto parlamentare sono stati confinati prevalentemente in ambiti di nicchia, spesso ad opera di autori pionieristici, quasi sempre provenienti dalle burocrazie parlamentari, come ad esempio Vincenzo Longi e lo stesso Federico Morof (cui si deve il primo tentativo di testo di tipo manualistico in senso lato: *Trattato di diritto e di procedura parlamentare*, edito nel 1948 dalla tipografia Bardi del Senato) e forse sono stati tenuti in vita soprattutto grazie alle c.d. riviste parlamentari (quali *Montecitorio*, *Parlamento*, *Responsabilità e dialogo*, *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, *Rassegna parlamentare* e in parte anche *Studi politici* e *Nuovi Studi politici*). La stessa manualistica - oggi così fiorente e cospicua¹²⁰⁹ - deve attendere almeno il 1973, quando per i tipi della Giuffrè viene pubblicato il testo di Vittorio Di Ciolo (incaricato della materia presso la facoltà di scienze politiche della Sapienza di Roma): *Le fonti del diritto parlamentare*, a metà fra un manuale, una raccolta di fonti ed un commentario. Ai fini di un testo universitario di tipo tradizionale, nel 1974 sempre la casa editrice Giuffrè pubblica: *Diritto parlamentare*, il primo vero e proprio "manualetto" di diritto parlamentare nel senso compiuto del termine (circa 400 pagine) per la penna di Silvano Tosi (straordinario della materia a Firenze). Infine, nel 1977 viene

* Contributo sottoposto a double blind peer review

* Docente di Diritto parlamentare presso il Dipartimento di Giurisprudenza della LUMSA di Roma

¹²⁰⁹ Volendo sintetizzare in un modo forse troppo semplicistico - ma che auspicabilmente possa rendere bene l'idea -, ai punti estremi ed opposti si collocano, da un lato, l'agile manualetto di Vincenzo Longi (*Elementi di diritto e di procedura parlamentare*, Giuffrè, V ed., risalente al 1994 e non più aggiornato dopo la scomparsa dell'autore) e dall'altro lato la V edizione del 2013 del manuale di Vittorio Di Ciolo e del sottoscritto (*Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, Giuffrè). Infatti, il primo testo - tutt'ora unico nel suo genere - si caratterizza per una sinteticità e per una semplicità espositiva "alla Bobbio", che lo avevano reso particolarmente adatto ai fini di un primo avvicinarsi alla materia. L'altro volume citato, all'opposto, e non solo per le dimensioni (oltre 900 pagine), si segnala per la complessità della ricostruzione degli istituti sulla base di una pedissequa ricerca dei precedenti, ed è forse rivolto preferibilmente a coloro i quali vogliono approfondire la materia.

Proprio il diffondersi dell'insegnamento della materia nei vari atenei ha favorito lo stesso impegno delle case editrici nella manualistica di diritto parlamentare: A. Manzella, *Il Parlamento*, Il Mulino, 2003, (III ed.); L. Gianniti - N. Lupo, *Corso di diritto parlamentare*, Il Mulino, 2013 (II ed.); M.L. Mazzoni Honorati, *Lezioni di diritto parlamentare*, Giappichelli, 2005 (II ed.); S.M. Cicconetti, *Diritto parlamentare*, Giappichelli, 2010 (II ed.); R. Dickmann, *Il Parlamento italiano*, Jovene, 2013 (II ed.); G. Tomasello, *Il diritto parlamentare dell'Assemblea regionale siciliana*, Jovene, 2012; S. Tosi, *Diritto parlamentare*, Giuffrè, 1999, III ed. a c. di A. Mannino); A. Mannino, *Diritto parlamentare*, Giuffrè, 2010; T. Martines - G. Silvestri - C. De Caro - V. Lippolis - R. Moretti, *Diritto parlamentare*, Giuffrè, 2011 (III ed.).

pubblicata la fortunata opera: *Il Parlamento* di Andrea Manzella (edizioni *Il Mulino*), in cui lo stile divulgativo e la brillantezza della prosa non offendono la precisione giuridica della ricostruzione di istituti e di procedure.

Ma per comprendere appieno il *fil rouge* che lega l'oscurità primordiale agli odierni albori del diritto parlamentare risultano a nostro avviso emblematici due saggi - ai quali si rinvia *tour court* -, che parlano la stessa lingua pur essendo stati scritti a più di un secolo di distanza: *Per una cattedra di diritto parlamentare* (1898) di Vincenzo Miceli¹²¹⁰ (v.infra) e *Una ripresa degli studi sul Parlamento?* (2003) di Nicola Lupo¹²¹¹, il quale - oltre a soffermarsi sull'apporto degli studi comparatistici, della scienza politica e della ricerca storiografica - ha posto in risalto il contributo degli stessi costituzionalisti, che non *par basard* nel 2000 avevano dedicato il XV convegno annuale dell'AIC proprio al tema: "Il Parlamento"¹²¹².

Però non è certo un caso che proprio con l'attivazione dell'insegnamento di diritto parlamentare a Roma siano tornate in auge quelle problematiche risalenti al testo citato di Vincenzo Miceli di fine Ottocento. Infatti, la parte introduttiva del citato testo di Vittorio Di Ciolo del 1973 è dedicata ad un'ampia disamina circa l'oggetto, l'autonomia e la continuità del diritto parlamentare, nonché il metodo per lo studio di questa branca del diritto.

Rifiutata una visione ristretta del diritto parlamentare, il cui oggetto non può essere ridotto solo agli usi e alle regole (giuridiche e non) riguardanti i lavori delle Assemblee, vengono passati in rassegna i vari indici volti a sancire l'autonomia del diritto parlamentare nel quadro del diritto pubblico, con particolare riferimento al diritto costituzionale: l'autonomia scientifica (quando i vari istituti che compongono un determinato settore del diritto sono suscettibili di una sistemazione organica); l'autonomia didattica (l'insegnamento mediante un'apposita cattedra universitaria); l'autonomia legislativa (il coordinamento delle fonti in un testo unico); elementi quali la ristretta sfera dei destinatari delle norme o la finalità cui le norme sarebbero preordinate; la "politicità" dei rapporti e delle fattispecie di interesse; la tradizionale disponibilità di tale diritto da parte degli utenti (e qui vengono citate per analogia le norme disponibili del diritto privato). Tuttavia, quasi a sorpresa, Di Ciolo conclude in modo non scontatamente positivo ma aperto e possibilista, ritenendo che per certi aspetti il diritto parlamentare possa definirsi autonomo e per altri no. È probabile che una conclusione del genere fosse stata condivisa con il maestro Carlo Lavagna, i cui influssi, del resto, sono evidenti soprattutto nella parte relativa al metodo per lo studio del diritto parlamentare, quando Di Ciolo afferma che "il giurista, pur tenendo conto del contesto storico-politico-economico-sociale su cui insistono le istituzioni studiate, deve stare attento a non trasformare lo studio da giuridico in economico, sociale, statistico, ecc."

Rileggendo poi le ricordate pagine ingiallite, ma probabilmente non datate, scritte da Vincenzo Miceli sul finire del secolo XIX, si rinvengono argomentazioni non solo classiche per giustificare l'autonomia del diritto parlamentare. Ad esempio, riferendosi a ragioni didattiche, Miceli sottolinea la preparazione dell'insegnante, al quale è richiesta "una mente molto abituata alle osservazioni minute, all'esame delle piccole cose, all'analisi di piccoli fatti". Ma l'osservazione

¹²¹⁰ Cfr. V. Miceli, *Per una cattedra di diritto parlamentare*, su *Roma. Rivista politica parlamentare*, 1898, pp.745-748, 772-776, 793-796

¹²¹¹ Cfr. N. Lupo, *Una ripresa degli studi sul Parlamento?*, su *Quad. cost.*, 2003, n. 2, pp. 433-442.

¹²¹² V. ora A.A. V.V., *Il Parlamento. Atti del XV convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti - Firenze 12-14 ottobre 2000*, Padova 2001. In particolare, il Convegno fu articolato in tre sessioni: 1. Rappresentanza politica, partiti, Parlamento; 2. Le funzioni parlamentari; 3. I rapporti fra Parlamento e altre istituzioni.

minuta dovrebbe coniugarsi "anche alla profonda analisi psicologica, però che quivi ci troviamo di fronte a una categoria di rapporti nei quali le cause psichiche esercitano un'azione preponderante". Quanto alle argomentazioni di carattere più propriamente scientifico, ad avviso del Miceli il diritto parlamentare aveva già raggiunto una tale estensione e uno sviluppo "da richiedere perciò solo studi e trattazioni speciali", così come nel diritto pubblico si era differenziato nettamente il diritto costituzionale. Inoltre, veniva citata la posizione dei Parlamenti e la loro importanza crescente negli Stati moderni. Veniva altresì rilevata la peculiarità dell'elemento politico, per cui il diritto parlamentare è contraddistinto dalla "quantità degli elementi eterogenei che in esso si infiltrano da tutte le parti e contribuiscono in varia guisa alla determinazione delle sue norme". Viene poi citato, come criterio intrinseco, l'elemento psicologico, in quanto "il diritto parlamentare è intimamente connesso con una quantità di psicologia collettiva, anzi, in questo caso, certi fatti di psicologia collettiva acquistano una peculiare intensità per l'ambiente in cui si producono e per il modo con cui i moventi psicologici possono dispiegare la loro azione e possono comunicarsi da una persona ad un'altra", visto anche l'ambiente ristretto in cui si producono questi fatti. Ma non basta: viene sottolineata la rilevanza dell'elemento *logico*: "ma nel diritto parlamentare la logica acquista una peculiare importanza e acquista una peculiare applicazione nella discussione in seno alle Assemblee politiche", con la seguente specificazione: "non tutta la logica parlamentare è certamente riducibile a norme giuridiche, ma tutta quella parte che può diventare coattiva o lo diventa per mezzo di norme consuetudinarie o scritte, contribuisce a conferire al diritto parlamentare una fisionomia propria". Infine, Vincenzo Miceli concludeva sottolineando le ragioni *pratiche* che pure suggerivano un insegnamento autonomo di diritto parlamentare proprio sulla base degli elementi evidenziati in precedenza.

Perugia: l'embrione

Perugia – Firenze – Roma: si tratta non delle stazioni principali di un tortuoso percorso ferroviario, bensì di quegli atenei che – in successione cronologica e con differente rilevanza – hanno avuto un ruolo fondamentale nell'insegnamento autonomo della materia del diritto parlamentare. Volendo continuare nel gioco linguistico, se ai luoghi volessimo abbinare le persone non dei "capistazione", ma *recte* dei capostipiti culturali, allora dovremmo far riferimento, rispettivamente, a Vincenzo Miceli, Giuseppe Maranini e Carlo Lavagna; il primo in proprio, gli altri due per conto dei rispettivi allievi, Silvano Tosi e Vittorio Di Ciolo¹²¹³. Non è certamente un caso che i primi due possano essere annoverati fra i più decisi fautori della c.d. scuola antiformalistica, mentre il terzo (Lavagna) - pur non appartenendo a quella tendenza - tuttavia si caratterizzò per un metodo "storico e razionale allo stesso tempo" e comunque per un'impostazione "parlamentocentrica di tipo giacobino"¹²¹⁴.

¹²¹³ Probabilmente l'interesse di Carlo Lavagna si legava anche ad un altro suo allievo, Giuliano Amato (fra l'altro primo "ternato" al concorso a cattedra di diritto parlamentare), in vista di un suo ritorno a Roma, poi avvenuto per diritto costituzionale comparato nel 1975.

¹²¹⁴ Sul ruolo e sull'impostazione anche metodologica dei giuristi pubblicisti a partire dall'Italia unitaria, con un particolare riguardo alla corrente antiformalista (nel cui ambito meglio può collocarsi lo studio del diritto parlamentare) v. F. Lanchester, *Pensare lo Stato*, Roma-Bari, 2004.

L'embrione è legato all'università degli studi di Perugia¹²¹⁵ ed alla persona di Vincenzo Miceli, professore di diritto costituzionale (prima incaricato e poi straordinario/ordinario) in quell'ateneo dal 1889 al 1902. Come lui stesso ha precisato, nell'anno accademico 1896-97, egli "dedicò tutta la parte speciale del suo corso di diritto costituzionale nell'università di Perugia all'insegnamento del diritto parlamentare. Quantunque il tentativo fosse assai modesto e fatto nell'ambiente ristretto di una piccola università fu molto incoraggiante, sia per l'interesse con cui il corso fu seguito dagli studenti, sia per il profitto che poté ricavarne come ebbe a constatare la Commissione esaminatrice alla fine dell'anno scolastico". Essendo tali parole state scritte nella rivista di politica parlamentare "Roma" del 27 novembre 1898, se ne deduce che negli anni accademici successivi l'esperimento non venne ripetuto.

Tuttavia, lo stesso Vincenzo Miceli proseguiva con la realistica considerazione "che il diritto parlamentare, per quanta possa essere la sua importanza, costituisce pur sempre una disciplina troppo speciale per potere ottenere, dato almeno l'ordinamento attuale dell'insegnamento, una cattedra in tutte le università. Noi crediamo che per ora possa bastare una cattedra nell'università di Roma".

Probabilmente l'interesse per il diritto parlamentare si legava in Vincenzo Miceli anche alla possibile aspirazione ad essere chiamato alla prestigiosa università degli studi La Sapienza di Roma e forse l'attivazione di una cattedra di diritto parlamentare avrebbe potuto esserne lo strumento. Ma queste sono ipotesi: fatto sta che nel 1903 lo stesso Vincenzo Miceli - con un volo pindarico un tempo non del tutto infrequente (sarà sufficiente citare il nome di Carlo Esposito) fra costituzionalisti e gius-filosofi - fu chiamato dall'università degli studi di Palermo per insegnare filosofia del diritto nella facoltà di giurisprudenza, pur continuando anche in seguito a scrivere di diritto parlamentare (v. esemplarmente la voce: *Principii di diritto parlamentare*, pubblicata nell'Enciclopedia giuridica italiana del 1912).

In particolare, per completezza di esposizione va ricordato che dal fascicolo personale del prof. Vincenzo Miceli (presente nell'archivio dell'università di Perugia) non emerge alcun incarico formale per l'insegnamento del diritto parlamentare, mentre si evince unicamente che egli avrebbe insegnato dal 1889 (D.R. 20 novembre 1889) al 1893 come professore straordinario, poi promosso ordinario (D.R. 27 maggio 1893), sempre di diritto costituzionale, fino all'anno 1902. Anche dalla raccolta dei verbali del Consiglio di facoltà (giurisprudenza presso l'università degli studi di Perugia) non emerge alcuna traccia circa una qualche ufficializzazione dell'insegnamento di diritto parlamentare seppur come parte speciale di diritto costituzionale (annate dal 1894 al 1902)¹²¹⁶.

Quanto all'interesse scientifico di Miceli per il diritto parlamentare, il primo scritto di una certa consistenza venne pubblicato negli "Annali dell'Università degli Studi di Perugia" nel 1895 con il titolo: *La chiusura della sessione parlamentare ed i suoi effetti giuridici*. Ma soprattutto si deve a Vincenzo

¹²¹⁵ Bisogna dare atto all'università degli studi di Perugia di un'altra *performance*, essendo stato il primo ateneo ad attivare un corso sul *drafting*. Si tratta della materia opzionale *Tecniche della legislazione*, affidata nella facoltà di scienze politiche a Margherita Raveraira dall'anno accademico 1994/95 all'a.a. 2002/03. Inoltre, l'università di Perugia - insieme a quelle di Camerino e di Genova - ha dato vita al dottorato di ricerca in *Metodi e tecniche nella formazione e nella valutazione delle leggi* (dal XII al XXII ciclo), coordinato da Pasquale Costanzo.

¹²¹⁶ Per le ricerche effettuate negli archivi dell'università degli studi di Perugia si ringraziano il dottor Giuseppe Severini, presidente di sezione del Consiglio di Stato, il professor Fabrizio Figorilli (ordinario di diritto amministrativo e pro-rettore in quell'ateneo) e la dottoressa Monica Fiore (responsabile del fondo antico dell'università di Perugia).

Miceli il primo *proto*-manuale di diritto parlamentare nella letteratura nostrana, vale a dire il testo: *Principii di diritto parlamentare*, edito nel 1910 e poi trasfuso nella citata voce del 1912.

Non a caso allora già erano stati tradotti e pubblicati in lingua italiana - all'interno della famosa collana dalla Biblioteca di scienze politiche Attilio Brunialti (1888, vol. IV) - sia *Tattica parlamentare* di Jeremy Bentham che *Leggi, privilegi, procedure e consuetudini del Parlamento inglese* di Thomas Erskine May, nonché il *Trattato di diritto parlamentare* di G. Poudra e di E. Pierre. Mentre in ambito italiano nel 1887 aveva visto la luce la fondamentale opera di Mario Mancini e di Ugo Galeotti: *Norme ed usi del Parlamento italiano - Trattato pratico di diritto e procedura parlamentare*.

Firenze: il primo incarico ed il primo concorso

Se quindi presso l'università di Perugia è possibile rinvenire un "embrione" in vista dell'autonomia scientifica e didattica del diritto parlamentare – ma in realtà, *rectius*, solo la parte iniziale di un embrione, in quanto si trattò non più di una parte speciale nell'ambito dell'insegnamento consueto della materia fondamentale del diritto costituzionale –, occorre poi fare un grande salto e giungere fino al secondo dopoguerra, alla facoltà di scienze politiche "Cesare Alfieri" di Firenze¹²¹⁷, quando nella primavera del 1956 al giovane Silvano Tosi fu conferito un primo incarico autonomo di insegnamento universitario. Secondo il racconto di Armando Mannino¹²¹⁸, il preside di facoltà Giuseppe Maranini¹²¹⁹, di cui lo stesso Tosi era allievo¹²²⁰, gli si avvicinò, prospettandogli tre possibilità di insegnamento: diritto regionale, diritto pubblico dell'economia e diritto parlamentare, anche se personalmente gli consigliò di scegliere quest'ultimo. Sempre secondo Mannino, la risposta di Tosi fu più o meno la seguente: "Per me va bene, ma cos'è il diritto parlamentare?". Ma questa fu probabilmente non più di una battuta.

¹²¹⁷ Sulla storia (sin dalle origini) della facoltà Cesare Alfieri dell'università di Firenze v. l'ampio saggio di S. Rogari, *Il "Cesare Alfieri" da istituto a facoltà di Scienze politiche*, su A.A.V.V., *L'Università degli studi di Firenze 1924-2004*, Firenze, 2004, pp. 677-739. In particolare, viene ripercorsa la lunga e quasi ventennale presidenza di Giuseppe Maranini (dal 15 ottobre 1949 alle dimissioni annunciate per motivi di salute nell'ottobre 1968): in particolare, sin dagli anni Cinquanta vengono attivate discipline del tutto innovative come *Storia delle costituzioni* (tenuta dallo stesso Maranini), *Storia della filosofia moderna* - affidata al giovane Giovanni Sartori, che poi a partire dal 1956 insegnò *Scienza della politica* -, *Storia contemporanea* (assegnata all'*enfant prodige* Giovanni Spadolini) e lo stesso *Diritto parlamentare* (incaricandone Silvano Tosi). Nel testo di Rogari viene ben ricostruito il clima degli anni Cinquanta nella facoltà fiorentina, in cui insegnavano anche Pompeo Biondi, Paolo Treves e Carlo Curcio, mentre di lì a poco Alberto Predieri e Domenico Fisichella cominciavano in quella sede a muover i primi passi; un'*agorà* di cui fu il termometro la rivista trimestrale: *Studi Politici*, pubblicata per circa un decennio a partire dal settembre 1952.

¹²¹⁸ Cfr. A. Mannino, *L'insegnamento del Maestro*, intervento al Convegno di studi in ricordo di Silvano Tosi, Firenze - Villa Rispoli, 11 maggio 2009 (*pro manuscripto*). Gli atti non sono stati ancora pubblicati. V. altresì A. Mannino, *Diritto costituzionale*, Milano, 2010 (cfr. la *Dedica*).

¹²¹⁹ Probabilmente Maranini conosceva il pensiero di Vincenzo Miceli (esponente della scuola antiformalistica) e la sua ipotesi di una cattedra di diritto parlamentare nell'ambito delle discipline pubblicistiche: infatti, aveva insegnato (prima da incaricato e poi da ordinario) diritto pubblico comparato e storia delle costituzioni proprio presso l'università di Perugia dal 1928 al 1940 (ARCHIVIO STORICO DELL'UNIVERSITÀ DI FIRENZE, *Università degli Studi di Firenze, Sezione Docenti*, fasc. n. 697, «carriera docente di Giuseppe Maranini»). In ogni caso si trattava di una materia non incoerente rispetto al suo pensiero *anglofilo*, in cui un Parlamento forte (quasi di tipo ottocentesco secondo una visione liberal-individualistica) meglio poteva contrapporsi alla denunciata partitocrazia.

¹²²⁰ In precedenza Silvano Tosi era stato in quella facoltà assistente straordinario di dottrina generale dello Stato dal 1° novembre 1951 al 1° marzo 1956, nonché professore incaricato (supplente) di sociologia dal 1° novembre 1954 al 31 ottobre 1956. Successivamente fu professore incaricato (interno) di diritto parlamentare dal 1° novembre 1956 al 31 ottobre 1970 e poi straordinario/ordinario della stessa materia dal 1° novembre 1970 al 31 ottobre 1982. Val la pena infine ricordare il fatto che il consiglio di facoltà di scienze politiche dell'università di Firenze, nella riunione del 28 ottobre 1968, ha preso atto delle dimissioni del preside Maranini, rivolgendogli un messaggio augurale e di ringraziamento, proprio "redatto dal professor Silvano Tosi".

Anzi, in realtà già qualche anno prima proprio Silvano Tosi si era addentrato in problematiche squisitamente gius-parlamentaristiche¹²²¹.

Ha così inizio in quella facoltà di Firenze, sotto la formula dell'incarico di insegnamento, l'attivazione della materia complementare del diritto parlamentare, a quanto pare per la prima volta in assoluto¹²²². Come noto, Silvano Tosi¹²²³ fu poi pienamente all'altezza del compito ricevuto, non solo nell'ambito dell'insegnamento universitario, ma anche dando vita ad iniziative di alta specializzazione, come l'attivazione del seminario per gli studi di diritto parlamentare a partire dal 1967, con una collaborazione tra la facoltà fiorentina e le amministrazioni della Camera e del Senato. Per quanto riguarda il profilo più squisitamente scientifico, va innanzitutto menzionato l'agile testo del 1958: *Corso di diritto parlamentare* (145 pagine), al quale fanno seguito la prima (1962) e la seconda (1966) edizione delle *Lezioni di diritto parlamentare* (circa 240 pagine). Si trattava però di testi squisitamente didattici, quasi alla stregua di dispense universitarie, ed a limitata diffusione (sostanzialmente solo presso gli studenti), tant'è che venivano editi direttamente dalla stessa università di Firenze. Infine, come ricordato, nel 1974 Silvano Tosi produce un vero e proprio manuale universitario di tipo tradizionale (circa 400 pagine): *Diritto parlamentare*, per i tipi della Giuffrè (con successive versioni aggiornate nel 1993 e nel 1999 a c. di A. Mannino).

Ma alla facoltà Cesare Alfieri si deve soprattutto il primo e finora unico concorso a cattedra di diritto parlamentare. Ripercorriamone in breve le tappe.

Dapprima viene emanato il d.P.R. 28 marzo 1969, n. 229, riguardante la ripartizione di sedici nuovi posti di professore universitario di ruolo istituiti con la legge 24 febbraio 1967, n. 62 (con riferimento alle materie di cui ad incarichi ultranovennali: v. *infra*), per l'anno accademico 1968-69, nel quale – fra l'altro come prima citazione – si fa riferimento proprio alla facoltà di scienze politiche dell'università di Firenze per un posto in diritto parlamentare¹²²⁴.

Viene poi firmato il decreto del ministro della pubblica istruzione del 29 marzo 1969¹²²⁵, recante i concorsi a cattedre universitarie per l'anno 1969 su posti riservati a discipline tenute per incarico da almeno nove anni su richiesta delle facoltà interessate, così come consentito dall'articolo 1,

¹²²¹ Fra l'altro con un'esplicita invocazione della materia nel titolo. Si tratta dello scritto di S. Tosi, *Una questione di diritto parlamentare*, su *Studi Politici*, 1953/54, n. 3/4, pp. 535-538, in cui affronta anche tematiche squisitamente procedurali, come gli effetti di ordini del giorno a contenuto opposto nei due rami del Parlamento, la possibilità di porre la questione di fiducia al Senato su materia decisa diversamente dalla Camera, gli effetti della mancata posizione della questione di fiducia (solo) in un ramo del Parlamento e il significato del "silenzio" di una Camera a proposito di materie definite con atti di indirizzo dall'altra Camera.

¹²²² Al riguardo, dall'estratto del verbale del consiglio di facoltà di scienze politiche dell'università di Firenze, adunanza del 12 marzo 1974, si evince che nella relazione ampiamente positiva ai fini dell'ordinariato del professor Tosi sono contenute le seguenti significative precisazioni: "Il professor Silvano Tosi, a seguito di vittoria del concorso di diritto parlamentare, venne chiamato all'unanimità da questa facoltà per la cattedra di tale materia, che egli insegnava per incarico fino dal 1957, *quando l'insegnamento del diritto parlamentare era stato istituito per la prima volta in Italia presso questa facoltà*". Mentre, quanto all'attività scientifica, si precisava che "il prof. Tosi ha lavorato ad un *ampio trattato che è appena apparso - primo sulla disciplina in Italia - per i tipi di Giuffrè col titolo Manuale di diritto parlamentare*" (i corsivi sono nostri, ndr).

¹²²³ Per un significativo approfondimento del suo pensiero si rinvia a F. Lanchester, *Politica e diritto in Silvano Tosi*, su *www.federalismi.it*, Rivista, 2009, n. 10, il quale ne ripercorre anche il vissuto accademico, a partire dal suo primo maestro Pompeo Biondi, che nasce come processualcivilista in quanto allievo di Pietro Calamandrei, ma che poi insegnerà dottrina dello Stato alla facoltà di scienze politiche di Firenze e che - ci piace ricordare - insieme a Giovanni Sartori e Salvatore Valitutti diede vita nel 1952 alla rivista. *Studi politici* (sulla quale sia consentito rinviare, se si vuole, a L. Ciaurro, *Da "Studi politici" a "Nuovi Studi Politici"*, su *Nuovi Studi Politici*, 2006, n. 3/4, pp. 5-17).

¹²²⁴ V. la *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica Italiana n. 131 del 24 maggio 1969.

¹²²⁵ V. nel testo sulla *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica Italiana n. 82 del 31 marzo 1969.

terzo comma, della legge 24 febbraio 1967, n. 62¹²²⁶. Il decreto viene emanato “sentita la sezione prima del Consiglio superiore della pubblica istruzione, sulla effettiva rilevanza scientifica e didattica degli insegnamenti di cui le facoltà hanno proposto l’apertura del concorso” (cfr. ultimo periodo del preambolo). Pertanto in quell’occasione, intanto, si ebbe il primo riconoscimento ufficiale in una sede istituzionale della “rilevanza” accademica del diritto parlamentare¹²²⁷.

In particolare, l’art. 1 del decreto – nell’indicare i concorsi a cattedre universitarie banditi nelle varie facoltà – ancora una volta come primo riferimento iniziava proprio dalla *facoltà di scienze politiche*: diritto parlamentare: università di Firenze.

Non a caso quindi in precedenza era stato emanato il d.P.R. 16 gennaio 1969, n. 104, recante le modificazioni allo statuto dell’università degli studi di Firenze, volti a sostituire gli articoli da 19 a 31, relativi alla facoltà di scienze politiche Cesare Alfieri¹²²⁸. Si trattava di recepire il decreto presidenziale del 31 ottobre 1968 recante il nuovo ordinamento della facoltà (quando ancora era vivo Maranini, che lo volle con insistenza). Nello specifico, l’art. 20 confermava definitivamente proprio “diritto parlamentare” quale materia opzionale. A quanto pare (Rogari) quell’ordinamento fece poi da modello anche alle altre facoltà di scienze politiche.

Finalmente prende concreto avvio la procedura concorsuale. La Commissione giudicatrice del concorso per professore straordinario alla cattedra di diritto parlamentare dell’università di Firenze viene costituita con decreto ministeriale 26 luglio 1969¹²²⁹ ed è composta dai professori Giorgio Ballardore Pallieri, eletto presidente, Carlo Lavagna, Giuseppe Cuomo, Antonio La Pergola e Temistocle Martines, cui vengono affidate le funzioni di segretario.

In particolare, la Commissione¹²³⁰ inizia a riunirsi a partire dal giorno 20 ottobre 1969 fino al giorno 22 gennaio 1970, seppur con varie interruzioni. Numerose sono state le domande presentate (inizialmente 18), anche a causa del lasso di tempo trascorso dagli ultimi concorsi a cattedra per materie pubblicistiche. I concorrenti risultano i seguenti: Alessandro Pizzorusso, Piergiorgio Lucifredi, Sergio Bartole, Giovanni Quadri, Cesare Dell’Acqua, Federico Morof, Giuliano Amato, Giuseppe Ugo Rescigno, Antonino Pensovecchio Li Bassi, Giuseppe Contini, Alessandro Pace, Franco Modugno, Valerio Onida, Michele Scudiero, Francesco D’Onofrio, Claudio Rossano, Franco Bassanini e Silvano Tosi. Ai quali si dovrebbe aggiungere Angelo Antonio Cervati, il quale però, con lettera indirizzata al presidente della Commissione, procedette a ritirare la propria domanda di partecipazione al concorso. Come può evincersi, si trattava di concorrenti estremamente qualificati.

Esaurita la formazione dei giudizi collegiali sui singoli candidati, la commissione passò alla discussione e alla formazione dei giudizi di maturità, procedendo poi alla votazione per l’assegnazione delle cosiddette “maturità”. La maggioranza dei candidati (12) hanno conseguito

¹²²⁶ V. la *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica Italiana n. 65 del 13 marzo 1967.

¹²²⁷ In realtà dagli atti risulta un parere favorevole espresso *di routine* nella adunanza del 27 gennaio 1968, senza discussione su semplice proposta (senza alcuna particolare argomentazione) del relatore Archi, fra l’altro professore di diritto romano della stessa università di Firenze: v. CSPI, sezione I, processi verbali delle adunanze tenute nel quadriennio 15 settembre 1966 - 15 settembre 1970, vol. VII, p. 813 (atti conservati presso l’Ufficio I della DGSINFS del MIUR).

¹²²⁸ Cfr. la *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica Italiana n. 108 del 28 aprile 1969.

¹²²⁹ V. Ministero della Pubblica Istruzione, *Bollettino Ufficiale*, Parte II, *Atti di amministrazione*, 1969, p. 3442.

¹²³⁰ Per il testo integrale della *Relazione* della Commissione giudicatrice del concorso per professore straordinario alla cattedra di diritto parlamentare dell’università di Firenze, datata 11 marzo 1970, v. Ministero della Pubblica Istruzione, *Bollettino Ufficiale*, Parte II, *Atti di amministrazione*, 1972, pp. 188-225.

la maturità a voti unanimi, mentre quattro voti sono stati ricevuti per la maturità dai seguenti 5 candidati: Lucifredi, Bartole, Dell'Acqua, Contini e Tosi. L'unico escluso sin dall'inizio è il candidato Federico Morof.

Successivamente la Commissione procedette alla comparazione dei candidati, decidendo dopo ampia discussione di prendere in considerazione ai fini della formazione della terna i seguenti 8 candidati: all'unanimità i candidati Quadri, Amato, Modugno, Onida e Scudiero, mentre a maggioranza i candidati Pizzorusso, Pensavecchio Li Bassi e Tosi.

In particolare, per quanto riguarda i giudizi collegiali, varrà la pena soffermarsi su quelli concernenti i candidati alla fine risultati vincitori della terna, vale a dire Amato, Onida e Tosi. Giuliano Amato - assistente ordinario presso la cattedra di diritto costituzionale italiano e comparato della facoltà di scienze politiche di Roma dall'agosto 1964 ed incaricato di diritto costituzionale dell'università di Modena dal 1968, nonché libero docente di diritto costituzionale dal 1965 - presentava 23 pubblicazioni. "La Commissione prende in esame i titoli del candidato e rileva unanime la varietà e la larghezza di questi, anche in ordine a problematiche di diritto parlamentare, la padronanza del metodo, la capacità di ricostruire giuridicamente i dati storico-politici, la vivacità di ingegno e la validità dei risultati conseguiti".

Valerio Onida - libero docente di diritto costituzionale dal 1965, assistente ordinario presso la cattedra di diritto costituzionale della facoltà di giurisprudenza dell'università di Milano dal 1967 ed incaricato di istituzioni di diritto pubblico nella facoltà di economia e commercio dell'università di Padova (Verona) dal 1966 - presentava dieci pubblicazioni. "La Commissione prende in esame i titoli del candidato ed in particolare considerazione il volume *Le leggi di spesa*, nonché il terzo capitolo del volume *Pubblica Amministrazione e costituzionalità delle leggi*, che attengono al diritto parlamentare. La Commissione è unanime nell'apprezzare le eccellenti doti di cui il candidato ha dato prova nel penetrare la complessa problematica delle tematiche trattate, la vasta e valida informazione e non comune senso di equilibrio".

Infine, Silvano Tosi - incaricato dal 1956 di diritto parlamentare presso la facoltà di scienze politiche dell'università di Firenze (la quale aveva potuto chiedere di bandire il concorso per diritto parlamentare proprio grazie a questo incarico ultranovenne) e libero docente in diritto costituzionale dal 1963 - presentava dodici pubblicazioni. "La Commissione prende in esame i titoli del candidato, in particolare gli scritti *Modificazioni tacite della Costituzione attraverso il diritto parlamentare*, *Il governo davanti alla Corte nei giudizi incidentali di legittimità costituzionale* e *La direttiva parlamentare*. La Commissione, a maggioranza, ritiene che il candidato offra notevoli contributi alla disciplina messa a concorso e dimostri vivacità della trattazione specie nelle ultime opere, nonché seria, costante e proficua dedizione alla materia e costante affinamento delle doti di giurista. Un commissario avanza riserve sulla validità del metodo e delle conclusioni e sulla adeguatezza dell'informazione bibliografica in alcuni lavori, specialmente meno recenti, e sulla fondatezza di alcuni dati storico-politici utilizzati".

Come accennato, l'unico candidato dichiarato non maturo fu Federico Morof, consigliere della Camera dei deputati e libero docente in diritto costituzionale dal 1965, che presentava ben 48 pubblicazioni. Si tratta come noto di uno studioso molto conosciuto per quanto concerne gli approfondimenti più risalenti e pionieristici di diritto parlamentare. "La Commissione prende in esame i titoli del candidato, rilevando la copiosa produzione prevalentemente espositiva di dati e precedenti parlamentari. La Commissione dà atto dell'impegno e della passione posti nello studio

di problemi di diritto parlamentare, nonché della diligenza ed accuratezza dei lavori, cui non corrisponde adeguata elaborazione dogmatica”.

Successivamente, dopo una ulteriore e più approfondita comparazione, rimangono in lizza 6 candidati. Infatti, la Commissione ritiene di prendere nella massima considerazione ai fini della formazione della terna il candidato Giuliano Amato, in alta considerazione ai medesimi fini il candidato Valerio Onida e in particolare considerazione il candidato Silvano Tosi, “che tuttavia un commissario ha escluso dovesse prendersi in considerazione”, in seria considerazione il candidato Giovanni Quadri, “che peraltro due commissari hanno ritenuto dovesse prendersi in massima considerazione”, in seria considerazione il candidato Franco Modugno, “che pertanto due commissari hanno ritenuto dovesse prendersi in preminente considerazione”, infine in seria considerazione il candidato Michele Scudiero. Si passa quindi a successive e distinte votazioni: per il primo posto della terna consegue quattro voti il candidato Amato e uno il candidato Quadri; per il secondo posto ha riportato quattro voti il candidato Onida ed un voto il candidato Modugno; infine, per il terzo posto hanno riportato tre voti il candidato Tosi ed uno ciascuno i candidati Scudiero e Quadri.

Ma è possibile rinvenire una *dissenting opinion* rivolta per iscritto al ministro, in allegato alla relazione della Commissione, redatta dal professor Giuseppe Cuomo, il quale riteneva manifestamente illegittima per ragioni sia formali che di merito l’inclusione nella terna dei vincitori del candidato Tosi, “in quanto non trova alcuna giustificazione nei titoli oggetto di valutazione, sia perché determina una grave e non superabile sperequazione di trattamento nei confronti degli altri candidati presi in considerazione ai fini della formazione della terna”. Seguono considerazioni specifiche sui quattro scritti di maggiore consistenza presentati dal professor Tosi.

In particolare, venivano riportati a stralcio alcuni passi contenuti nel testo *Il colpo di Stato* del 1951 e considerati poco rispettosi del ruolo del Parlamento, con la seguente sottolineatura: “Poiché l’autore aspira a coprire una cattedra di diritto parlamentare sembra necessario riferire anche in quali termini ha valutato le istituzioni parlamentari”, accusandolo esplicitamente di pensiero antiparlamentarista.

Quanto al testo sulle *Modificazioni tacite della Costituzione attraverso il diritto parlamentare* (1959) si tratterebbe sì di un tema suggestivo, ma egregiamente impostato già nel 1951 dal compianto professor Pierandrei: “Non può quindi essere considerato titolo per il professor Tosi la scelta del tema dal momento che mancano i requisiti della originalità e della novità”.

Inoltre, quanto al terzo scritto sul governo nei giudizi incidentali di legittimità costituzionale, secondo il commissario Cuomo “sarebbe superfluo riferire data la sua non attinenza alla materia messa a concorso”. Infine, il volume su *La direttiva parlamentare* – ad avviso dello stesso commissario – non poteva essere preso in considerazione nella versione a lui inviata, in quanto contiene riferimenti a fatti evidentemente verificatisi dopo il 31 maggio 1969, termine ultimo stabilito dal bando per i titoli scientifici. In conclusione: esplicitamente a parere del commissario Cuomo, con riferimento a Silvano Tosi, “l’ingiustizia è stata consumata nei confronti del Quadri, del Modugno e dello Scudiero”.

Alla relazione di minoranza replicavano i professori Carlo Lavagna e Temistocle Martines con una sorta di “contro-relazione di maggioranza” inviata al ministro e rinvenibile anch’essa in

allegato alla relazione della Commissione, nella quale venivano espresse controdeduzioni ai rilievi critici espressi dal professor Cuomo.

Innanzitutto, i professori Lavagna e Martines replicano sul piano della legittimità formale. Viene subito precisato che il giudizio positivo sulla monografia: *La direttiva parlamentare* è stato raggiunto dalla maggioranza "non considerando le pagine (35) comunque risultanti successive ai termini concorsuali". Inoltre, circa il rilievo concernente una mancanza di giudizio comparativo con altri tre candidati, si precisa che "solo al Tosi erano stati riconosciuti in sede comparativa *notevoli contributi recati allo studio della disciplina messa a concorso* (e non semplici *contributi*)". Si richiama altresì la *ratio* della legge n. 62 del 1967, da cui si evincerebbe "un criterio relativamente preferenziale volto ad assicurare la stabilità dell'insegnamento dei professori incaricati ultra-novennali", sottolineandosi "il fatto, di per sé tutt'altro che irrilevante, che il Tosi era l'unico professore incaricato (peraltro ultra-novennale: di fatto da 13 anni) dell'insegnamento per il quale era bandito il concorso".

Sul piano del merito, i due commissari facevano in primo luogo notare le "numerose citazioni favorevoli che nelle opere del Tosi si trovano in studiosi di indiscussa autorità". Ma soprattutto viene affrontata l'accusa più pesante: "Quella di denigrazione delle istituzioni parlamentari è poi una personale immotivata illazione del relatore di minoranza, risolvendosi in un giudizio morale sul candidato, sulla base di considerazioni condotte viceversa dal Tosi alla stregua della più pacifica storiografia sul fascismo, la quale ha da tempo identificato nella debolezza del parlamento una delle principali cause dell'avvento di tale regime".

Di particolare interesse, proprio ai fini dello studio del diritto parlamentare, si presentano alcune elaborazioni teoriche, pur sinteticamente abbozzate dai due commissari, a commento dei lavori del Tosi: la distinzione teorica fra l'interpretazione evolutiva e la modifica tacita; l'intreccio fra costituzione materiale, costituzione formale e forze politiche; la differenza fra modificazioni tacite ed abrogazione per desuetudine (da considerare inammissibile in un ordinamento a Costituzione rigida). Particolarmente significativa appare la ricostruzione del pensiero del Tosi circa la nozione dell'eccesso di potere legislativo e l'ammissibilità del sindacato della Corte costituzionale sull'inosservanza di norme procedurali della Costituzione dovute a comportamenti attivi od omissivi degli organi parlamentari. Infine, opportunamente viene chiarito il senso delle affermazioni del Tosi circa l'azione del Parlamento "volta ad assicurare il lealismo costituzionale del governo" ai fini dell'intervento nei giudizi di costituzionalità; azione di indirizzo cui potrebbero partecipare anche le forze di opposizione.

Evidentemente i verbali della Commissione e le stesse contro-deduzioni di due commissari (appartenenti alla maggioranza determinatasi in seno al collegio) apparvero convincenti alla sezione prima del Consiglio superiore della pubblica istruzione¹²³¹, dopo il cui parere sulla regolarità degli atti fu emanato il decreto ministeriale 30 luglio 1970, recante l'approvazione degli atti della Commissione.

¹²³¹ Agli atti della Sezione risulta che si svolse un dibattito (con interventi dei professori Pugliatti, Tesauro, Carnacini, Archi e dello stesso presidente) sulla regolarità degli atti della Commissione di concorso. Decisivo ai fini del parere positivo (approvato con 20 voti favorevoli, 3 contrari e 5 astenuti) fu la netta presa di posizione in questo senso del relatore Pugliatti, il quale fra l'altro rese noto che il terzo commissario, pur non sottoscrivendo le contro-deduzioni dei due commissari della maggioranza, aveva dichiarato di considerare formalmente regolare il procedimento e sottolineando che le critiche attinenti al merito non dovessero essere prese in considerazione dalla Sezione, competente solo in termini di pura legittimità (il parere fu reso nell'adunanza del 30 aprile 1970: v. C.S.P.I., Sezione I, *atti citati*, vol. XV, pp. 2285-2288).

Si trattò pertanto di una vicenda di un concorso a cattedra molto travagliato, con riferimento alla inclusione nella terna del professore fiorentino. A quanto sembra decisivo fu l'intervento di Costantino Mortati a favore di Silvano Tosi, come si evince dall'articolo che quest'ultimo scrisse in occasione della sua scomparsa, che reca questo significativo periodo finale: "Vecchio e già malato, quella forza morale che assieme all'ingegno sistematico era la sua caratteristica di uomo e di studioso lo indusse a scendere in campo - forse fu l'ultima volta - per battersi vittoriosamente contro la sopraffazione accademica di un famigerato *barone delle cattedre* desideroso di compiere la penultima iniquità della sua vita. Può sembrare meschino (e forse davvero è) concludere così un frettoloso e commosso ricordo. Ma quando viene meno un grande spirito, ciascuno è giustificato a ricordare, nel suo piccolo, il bene che anche umanamente ebbe a riceverne"¹²³².

Ma gli echi di quella vicenda probabilmente si protrassero nel tempo. Infatti, le relazioni delle Commissioni giudicatrici per la promozione dei professori Amato e Onida ad ordinario, rispettivamente, di diritto costituzionale e di istituzioni di diritto pubblico si concludono con giudizi estremamente positivi - senza alcun rilievo nemmeno accennato o sfumato - espressi all'unanimità dai tre commissari (Paolo Biscaretti di Ruffia, presidente, Giuseppe Ferrari e Mario Galizia, segretario)¹²³³. Mentre ancora una volta nella relazione (fra l'altro depositata ben un anno dopo rispetto a quella per gli altri due "ternati") della Commissione giudicatrice (Pietro Virga, presidente, Paolo Barile, Manlio Mazziotti, segretario relatore)¹²³⁴ ai fini del passaggio ad ordinario del professor Silvano Tosi - il quale era l'unico dei "ternati" ad essere chiamato come straordinario proprio a diritto parlamentare - è contenuta una significativa *nuance* pur nell'ambito di un lusinghiero giudizio positivo (a nostro avviso più che sacrosanto). Infatti, la Commissione rileva che, durante il periodo dello straordinariato, l'attività scientifica del professor Tosi ha avuto come frutto principale un manuale di diritto parlamentare, pubblicato dalla casa editrice Giuffrè. Interessante si presenta il rilievo della Commissione, che "esprime il suo vivo apprezzamento per l'impegno e la sensibilità giuridico-costituzionale dimostrata dal professor Tosi nel lavoro anzidetto, esprimendo peraltro l'augurio che, nelle future edizioni di esso, sia dato maggiore sviluppo ai richiami di giurisprudenza parlamentare"

Il corsivo ovviamente è nostro e vuole enfatizzare la capacità che ebbe quella Commissione, ed in particolare il relatore-estensore Mazziotti Di Celso, di comprendere appieno e di esprimere con netta chiarezza (senza troppi eufemismi) l'impostazione che sola può dare un pieno significato scientifico ad un manuale di diritto parlamentare, vale a dire l'intarsio fra la riflessione dommatica e la disamina di precedenti parlamentari copiosamente richiamati. Il riferimento a questi ultimi era stato invece evidentemente sottovalutato dalla ricordata Commissione per il concorso a cattedra, nello specifico nel richiamato giudizio non positivo nei riguardi della produzione scientifica di Federico Morof, ancorchè - e forse in questa chiave andrebbe letto oggi quel giudizio critico - un testo di diritto parlamentare non può ridursi ad una sorta di massimario di fatti parlamentari da illustrare. Anche perchè - come in altra sede abbiamo avuto modo di sottolineare - nelle Camere può riscontrarsi anche una sorta di "diritto parlamentare informale",

¹²³² Cit. da S. Tosi, *Mortati, il giurista che aprì alla realtà*, su *La Nazione* del 26 ottobre 1985.

¹²³³ Relazioni datate 22 aprile 1974: v. Ministero della Pubblica Istruzione, *Bollettino Ufficiale*, Parte II, *Atti di amministrazione*, 1975, pp. 4799 ss.

¹²³⁴ Relazione datata 23 aprile 1975: v. Ministero della Pubblica Istruzione, *Bollettino Ufficiale*, Parte II, *Atti di amministrazione*, 1976, pp. 3506 s.

vale a dire un complesso di "non precedenti" (in quanto non formalizzati nè ufficializzati), ma che a volte possono influenzare non poco l'andamento dei lavori parlamentari. Ed in questi casi solo la riflessione dommatica può essere di ausilio per la piena comprensione di queste dinamiche, che non si concretizzano in precedenti formalizzati da raccontare¹²³⁵.

Infine, la Commissione per l'ordinariato, circa l'attività didattica, dava atto al professor Tosi di aver impartito l'insegnamento della materia di cui è titolare, di aver potenziato l'Istituto di diritto parlamentare da lui diretto e di aver svolto attività di coordinatore del Comitato di direzione del seminario di studi e ricerche parlamentari promosso dalle due Camere presso l'università di Firenze. Il giudizio positivo viene poi espresso all'unanimità.

E quest'ultima notazione della Commissione giudicatrice ha un rilievo non meramente rituale. Infatti, a Silvano Tosi va il merito di aver attivato nel 1967 il primo corso post-universitario di approfondimento del diritto parlamentare, a Firenze in collaborazione con le due Camere (ed il coinvolgimento dei due segretari generali di allora, Cosentino e Bezzi) e con la partecipazione al corso - oltrechè di autorevoli consiglieri parlamentari come Maccanico o Terzi - di docenti del calibro di Spadolini, Predieri e Barile. Proprio quest'anno il c.d. "Seminario Tosi" ha festeggiato il cinquantenario dalla fondazione, pur con qualche interruzione iniziale. Questo seminario può in senso lato considerarsi il "genitore" di iniziative consimili: a partire dal corso di preparazione al concorso per le carriere parlamentari, attivato da Paolo Ungari presso l'università Pro Deo (ora LUISS) di Roma dall'anno accademico 1988/89, che poi venne trasformato (con una maggiore corposità didattica e strutturale) da Andrea Manzella in un vero e proprio corso post-universitario nel 1995 (e tutt'ora in funzione come Master di secondo livello "Parlamento e politiche pubbliche"). Degno di attenzione, anche per la raggiunta longevità, è il Corso di perfezionamento universitario per consulenti di assemblea (dall'a.a. 1995/96) poi trasformatosi nel Master di secondo livello in Istituzioni parlamentari "Mario Galizia" per consulenti d'Assemblea presso il Dipartimento di scienze politiche, che si deve alla direzione ed all'impulso di Fulco Lanchester, a partire dall'anno accademico 2001/02 senza soluzioni di continuità fino ai giorni d'oggi. Al coraggioso spirito di iniziativa di Vincenzo Lippolis - trattandosi di una realtà meridionale - si deve l'attivazione di un Corso di formazione e specializzazione in "Diritto e organizzazione della funzione parlamentare" curato dall'ARSAEE presso l'università Federico II di Napoli dall'anno accademico 2005/06 fino all'a.a. 2014/15. Non ha poi avuto seguito il Master *post-lauream* in Diritto Parlamentare presso la Scuola superiore dell'università degli Studi di Catania, attivato a Catania da Luigi Arcidiacono nel solo accademico 2000/01. Infine, presso la Scuola Sant'Anna di Pisa dai primi anni del 2000 fino al 2017 grazie all'organizzazione di Emanuele Rossi si sono avuti seminari di diritto parlamentare, ogni volta dedicati all'approfondimento di tematiche specifiche, il cui atti si sono poi tradotti nei vati tomi (in successione cronologica) degli *Studi pisani sul Parlamento*.

Comunque sia, Silvano Tosi fu titolare della materia del diritto parlamentare alla Cesare Alfieri di Firenze fino a primi anni Ottanta, quando l'insegnamento venne attribuito (a partire dall'anno accademico 1982/83¹²³⁶) con la formula dell'incarico al suo allievo Gian Claudio De Cesare,

¹²³⁵ Al riguardo sia consentito rinviare, se si vuole, a L. Ciaurro, *Precedenti, diritto parlamentare "informale" e nuova codificazione* su A.A.V.V., *Il precedente parlamentare fra diritto e politica*, a c. di N. Lupo, Bologna 2013, pp. 247 ss.

¹²³⁶ Cfr. il decreto n. 2061 del 30 maggio 1983 (ministero della pubblica istruzione - rettore dell'università degli studi di Firenze): v. ARCHIVIO STORICO DELL'UNIVERSITÀ DI FIRENZE, *Università degli Studi di Firenze, Sezione Docenti*, fasc. n. 697, « carriera

consigliere della Camera dei deputati dal 1961, che lo mantenne fino all'a.a. 2006/07 quando fu collocato a riposo per raggiunti limiti di età. In particolare¹²³⁷, De Cesare - particolarmente attivo (sin dall'inizio ma ancora oggi) al Seminario Tosi di Firenze - ottenne altresì l'insegnamento di diritto parlamentare anche presso la facoltà di giurisprudenza della LUISS di Roma a partire dal 1991, dove lo manterrà per circa un ventennio, salvo qualche anno di interruzione¹²³⁸. Questo ateneo di Roma si è quindi caratterizzato per essere stato la prima università italiana ad aver attivato diritto parlamentare contemporaneamente sia a scienze politiche (in genere sede naturale di questa materia), con la docenza ad Andrea Manzella, che a giurisprudenza. Attualmente (dall'a.a. 2005/06) la materia è affidata al professore di prima fascia Nicola Lupo, però non più con la denominazione tradizionale bensì con quella di *Diritto delle assemblee elettive* (solo a scienze politiche).

Tornando alla facoltà di scienze politiche di Firenze, successivamente, dopo il pensionamento di De Cesare, dall'a.a. 2007/08 e fino ai giorni nostri la "mitica" cattedra di Tosi sopravvive in qualche modo nella materia *Diritto elettorale e parlamentare* affidata al professore di prima fascia Carlo Fusaro.

Roma: il consolidamento definitivo

L'ultima tappa del viaggio ci conduce a Roma, presso la facoltà di scienze politiche dell'università degli studi di Roma – La Sapienza. Su impulso del professor Carlo Lavagna, di cui era allievo, il professor Vittorio Di Ciolo – consigliere parlamentare del Senato e libero docente di diritto costituzionale dal 1965, già incaricato di diritto parlamentare presso l'università di Pisa (dall'a.a. 1970/71 all'a.a. 1972/73) – viene incaricato dell'insegnamento sempre di diritto parlamentare dal consiglio di facoltà di scienze politiche della Sapienza di Roma nella seduta del 22 maggio 1973; decisione poi confermata dal senato accademico nella riunione del 13 giugno 1973. Conseguentemente, dall'anno accademico 1973-74 diritto parlamentare comincia ad essere insegnato presso la citata facoltà dell'università di Roma per incarico affidato al professor Di Ciolo, che lo svolgerà fino all'anno accademico 1984-85.

Pertanto, il famoso anelito di Miceli per una cattedra di diritto parlamentare nella Capitale si realizzò solo nel 1973 e grazie all'intervento di un giurista democratico come Carlo Lavagna, fortemente ancorato allo spirito originalista del Costituente a favore del sistema elettorale proporzionale e non a caso fino alla fine (anche nel 1984, quando la tematica cominciò ad andare di moda) contrario a macro-riforme costituzionali. Ed il legame fra metodo proporzionale e parlamentarismo trova, come noto, la sua radice nel pensiero di Hans Kelsen, volendo valorizzare lo spunto contenuto nella ricordata relazione di minoranza di Cuomo a proposito dell'alta

docente di Gianclaudio De Cesare». Si ringrazia la dottoressa Fioranna Salvadori dell'ASUF per la collaborazione fornita nell'effettuazione delle ricerche presso il citato Archivio.

¹²³⁷ In precedenza, presso la facoltà di scienze politiche dell'università di Firenze, Gian Claudio De Cesare era stato assistente volontario di diritto parlamentare dal 1° novembre 1965 al 31 ottobre 1975, nonché incaricato dell'insegnamento di diritto pubblico comparato dal 1° novembre 1977 al 30 giugno 1982 (cfr. certificato di servizio del 17 settembre 1983: v. nota precedente).

¹²³⁸ In particolare, negli anni accademici dal 1997/98 al 2001/01 il professore di ruolo Giuseppe Consolo è stato titolare (fino all'elezione in Senato nel 2001) di diritto parlamentare proprio presso la facoltà di giurisprudenza della LUISS.

considerazione che uno studioso di diritto parlamentare dovrebbe dimostrare nei riguardi del ruolo e delle funzioni delle Camere.

L'attivazione dell'insegnamento di diritto parlamentare presso la facoltà di scienze politiche alla Sapienza di Roma fu un'intuizione particolarmente felice, sia come risposta accademica che dimostrava "sensibilità" al clima (politico ed sociale) di quegli anni, sia quale sintomo della consapevolezza da parte della dottrina gius-pubblicistica più avanzata dell'ormai raggiunta autonomia scientifica e didattica del diritto parlamentare.

Il professor Di Ciolo fu all'altezza dell'incarico ricevuto: nell'arco di quel decennio la materia destò l'interesse degli studenti, come dimostra il numero di tesi assegnate, forse insolito per una disciplina opzionale; mentre al contempo fu attivato un gruppo di collaboratori di qualità (fra cui la stessa Elisabetta Serafin, attualmente segretario generale del Senato e prima donna nella storia italiana ai vertici di un organo costituzionale¹²³⁹), nel tentativo di consolidare anche sul piano organizzativo la neonata autonomia del diritto parlamentare.

La spiccata tendenza metodologica ad imporre alla riflessione dommatica il dominio dei fatti parlamentari si evince sin dal citato testo universitario di Vittorio Di Ciolo: *Le fonti del diritto parlamentare* del 1973, fino a trovare la sua *summa* nella prima edizione del cospicuo manuale: *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, edito nel 1980 per i tipi della Giuffrè (e nel 2013 giunto alla V edizione). *Pour cause* sul piano didattico lezioni teoriche di tipo tradizionale venivano spesso alternate dal professor Di Ciolo con esperienze dal vivo di consiglieri parlamentari e qualche volta anche di parlamentari.

Il professor Di Ciolo fu poi dichiarato decaduto nel 1985, non avendo preso servizio dopo la chiamata dell'università Roma-La Sapienza quale professore associato di diritto parlamentare presso la facoltà di scienze politiche (avendo superato il giudizio di idoneità riservato ai professori incaricati stabilizzati).

Ma ormai il seme era stato gettato. Infatti, a quel punto (anno accademico 1985/86) l'insegnamento di diritto parlamentare venne affidato ad un professore di prima fascia (e fu la prima volta alla Sapienza per quella materia): Angelo Antonio Cervati (su relazione positiva di Mario Galizia, avendo presentato domanda anche Antonio Baldassarre¹²⁴⁰), il quale "ironia della sorte" aveva presentato, ma poi ritirato, la domanda proprio al concorso a cattedra del 1969. Ed anche in seguito l'insegnamento continuò mediante il ricorso a professori ordinari chiamati per quella materia: in particolare, Massimo Luciani (aa. aa. 1994/95 e 1995/96) e Paolo Ridola (dall'a.a. 1996/97 all'a.a. 2000/01); oppure per supplenza a professori ordinari di altre materie: fra gli altri, Michela Manetti, lo stesso Fulco Lanchester e Stefano Ceccanti (attualmente).

Ed a proposito del legame fra il diritto parlamentare e la Capitale¹²⁴¹, evocato ai primordi da Vincenzo Miceli, "il cerchio si chiude" ai giorni d'oggi con la doppia attivazione di diritto

¹²³⁹ La dottoressa Serafin si era laureata in scienze politiche all'università La Sapienza, con una tesi comparatistica in diritto parlamentare su "Le immunità nella Repubblica Federale della Germania" nel novembre del 1982 (relatore Di Ciolo, correlatore D'Onofrio, presidente della Commissione di laurea Amato).

¹²⁴⁰ A quanto pare, sulla base del ricordo personale di Fulco Lanchester, nella primavera del 1985 al consiglio di facoltà di scienze politiche Mario Galizia svolse una relazione favorevole alla chiamata del prof. Cervati, in quanto particolarmente adatto anche a quelle micro-ricostruzioni giuridiche richieste dal diritto parlamentare. Forse preterintenzionalmente, ma in tal modo Galizia aderiva ad alcune notazioni (già ricordate nel testo) di Vincenzo Miceli circa il configurarsi del cultore del diritto parlamentare anche come un "giurista dei piccoli fatti".

¹²⁴¹ Al qual fine per completezza di esposizione vanno ricordate anche le materie "derivate" quale *diritto parlamentare comparato*, affidato alla professoressa Paola Piciacchia prima nell'ambito del corso di laurea magistrale in scienze delle pubbliche

parlamentare alla Sapienza (affidato ad Andrea Longo ed a Stefano Ceccanti, rispettivamente per giurisprudenza e per scienze politiche) e a Roma Tre (affidato ad Elisabetta Frontoni e a Luigi Gianniti, rispettivamente per giurisprudenza e per scienze politiche). Cui si possono aggiungere il ricordato insegnamento di diritto delle assemblee elettive presso il dipartimento di scienze politiche della LUISS, assegnato a Nicola Lupo dall'a.a. 2005/06 e quello di diritto parlamentare affidato per contratto sostitutivo al sottoscritto dall'a.a. 2006/07 presso il dipartimento di giurisprudenza della LUMSA di Roma.

Sempre in ambito romano, per "longevità didattica" va ricordato l'insegnamento di diritto parlamentare presso la facoltà di scienze politiche della LUISS di Roma da parte di Andrea Manzella negli anni dal 1977 al 2001, prima come incaricato e poi come professore ordinario. In precedenza, negli anni accademici 1987-1992 lo stesso aveva insegnato diritto parlamentare presso la facoltà di scienze politiche dell'università di Padova prima da professore straordinario e poi da ordinario e prima ancora come incaricato presso la facoltà di scienze politiche dell'università di Genova (anni accademici 1975/76 e 1976/77), dove fra l'altro la materia era stata in precedenza affidata a Piergiorgio Lucifredi e successivamente per lungo tempo a Paolo Armaroli (professore ordinario di altra materia) dai primi anni Ottanta fino al 2012 (con un'interruzione durante il periodo di elezione alla Camera, 1996-2001, in cui l'insegnamento fu tenuto per supplenza da Renato Balduzzi).

Pertanto la recente fortuna del diritto parlamentare non si limita a Roma capitale: potrebbero annoverarsi nel tempo tante attivazioni in altri atenei, a volte del tutto transeunti (come presso la facoltà di economia dell'università Parthenope di Napoli nell'a.a. 1995/96, con contratto sostitutivo affidato al sottoscritto), altre volte con una certa consistenza: ad esempio, nella facoltà di giurisprudenza dell'università di Cassino (prima con Fulvio Pastore ed ora con Renzo Dickmann¹²⁴²), oppure in quella di giurisprudenza dell'università di Pisa (dal 2014 con Gianluca Conti e prima con Virginia Messerini). Così come non vanno dimenticati i tentativi del passato - coraggiosi e quasi pionieristici - di qualche ateneo periferico, come l'università degli studi di Urbino, che negli anni Settanta attivò proprio un corso di diritto parlamentare presso la facoltà di scienze politiche, ricorrendo con una certa fantasia contrattuale alla formula del corso libero pareggiato (riservata all'epoca a chi avesse conseguito la libera docenza) ed affidandolo ad un cattedratico di altro ateneo, Pietro Giuseppe Grasso (allora professore ordinario presso l'università pavese¹²⁴³), e per ciò stesso comprendendone già allora la natura non meramente accessoria rispetto al diritto costituzionale.

amministrazioni (aa.aa. 2010-11 e 2011-12) e poi nell'ambito del corso di laurea magistrale in scienze della politica presso l'università di Roma 1 (dall'a.a. 2014/15 all'a.a. 2016/17); materia che nel ricordo di Fulco Lanchester la facoltà di scienze politiche aveva avuto intenzione di attivare già nel 1981. Oppure quale *comparative parliamentary law and drafting*, attivato in lingua inglese nell'a.a. 2015/16 presso la facoltà di giurisprudenza della LUMSA di Roma ed affidato al professor Simone Benvenuti.

¹²⁴² Più precisamente dall'anno accademico 2003/04 all'a.a. 2010/11 l'insegnamento è stato affidato al professore di ruolo Fulvio Pastore, mentre dall'a.a. 2011/12 all'a.a. 2016/17 al consigliere parlamentare Renzo Dickmann per contratto sostitutivo. Attualmente l'insegnamento è attivo con 6 cfu nel corso di laurea magistrale in giurisprudenza a ciclo unico (LMG01) del dipartimento di economia e giurisprudenza dell'università degli studi di Cassino e del Lazio Meridionale. Inoltre, è mutuato nel corso di laurea triennale in Servizi giuridici. Generalmente alla materia opzionale di diritto parlamentare vengono attribuiti nei vari atenei 6 crediti formativi. Ma proprio l'università di Cassino meritoriamente ha riconosciuto fino ad 8 cfu negli anni accademici 2009/10 e 2010/11.

¹²⁴³ Pietro Giuseppe Grasso, allievo di Biscaretti di Ruffia, è libero docente in diritto costituzionale dal 1961 e diviene professore straordinario per quella materia nel 1968 presso la facoltà di giurisprudenza dell'università di Urbino, dopo aver vinto il concorso in Istituzioni di diritto pubblico nel 1967 ("ternato" insieme con Enzo Cheli e Fausto Cuocolo: cfr. F. Lanchester, *Pensare cit.*, p. 229). Dal 1971 fino al collocamento a riposo è professore ordinario di diritto pubblico e di diritto

Infine, sia permesso concludere questo breve *excursus* rivolgendo lo sguardo verso il Sud e ricordando la figura accademica dell'attuale Presidente della Repubblica. Negli anni Settanta presso la facoltà di scienze politiche dell'università degli studi di Palermo, probabilmente su impulso di Pietro Virga venne attivato l'insegnamento opzionale di diritto parlamentare, affidandolo per incarico a Sergio Mattarella, il quale poi entrò nei ruoli universitari proprio in quella materia quale professore associato¹²⁴⁴.

costituzionale comparato nella facoltà di scienze politiche dell'università di Pavia, di cui è professore emerito dal 2006. A cavallo tra gli anni Settanta ed Ottanta mantiene il collegamento con l'università di Urbino - dato anche il legame personale con Sergio Antonelli, professore ordinario di diritto costituzionale in quell'ateneo - proprio mediante l'affidamento del corso libero pareggiato in diritto parlamentare a scienze politiche (facoltà sorta appena nel 1966, eppure già sensibile alla nuova materia), fra l'altro mutuabile anche da giurisprudenza.

¹²⁴⁴ A seguito del superamento del giudizio di idoneità: v. per tutti Ministero dell'università e della ricerca scientifica e tecnologia, *Ruoli di anzianità del personale insegnante delle università e degli istituti superiori di istruzione*, II fascia, Roma 1998, p. 259: numero d'ordine 4608; università Palermo-scienze politiche; materia N08X; nomina e conferma in ruolo 8 maggio 1985.

Appunti per la lezione del 13 dicembre 2016

La Costituzione siamo noi*

Di Stefano Grassi**

1 – Premessa

Ho intitolato questa lezione conclusiva dei vostri corsi di diritto costituzionale generale (corso decisivo per la vostra formazione di giuristi): “la Costituzione siamo noi”.

Faccio riferimento al testo di educazione civica (“lo Stato siamo noi”), nel quale un magistrato di grandissima sensibilità e cultura (che svolgeva le funzioni di assistente di diritto costituzionale all’epoca in cui ho iniziato il mio primo corso di costituzionale con Paolo Barile) così intitolava il primo capitolo: “*Sentirsi costituenti*”.

Diceva Gian Paolo Meucci: “*ogni cittadino, ma in special modo ogni giovane ..., deve trovare in sé stesso la possibilità di farsi tutto il popolo: di lasciare rispecchiare, cioè, nella sua coscienza, la vita articolata e complessa di tutta la collettività ... far funzionare dentro di sé una specie di Costituente ... è un dovere elementare ... che solo per una riprovevole indifferenza .. non è posto sullo stesso piano del dovere di saper leggere e scrivere, del dovere di essere capaci di esercitare un lavoro. Un dovere che ... è poi anche un diritto: un fondamentale aspetto della nostra dignità di uomini*”.¹²⁴⁵

Come giuristi, studiate e diverrete interpreti della Costituzione; dovete quindi assumere una consapevolezza ulteriore rispetto all’oggetto principale dei vostri studi: aggiungere una piena coscienza costituente.

1.1 – Come già vi hanno più volte illustrato, la Costituzione deve essere considerata come una fonte del diritto (è, in effetti, contestualmente, una fonte di produzione, una fonte di cognizione, una fonte sulla produzione): la fonte prima e fondamentale che condiziona ed è sovraordinata su tutte le altre; l’espressione dell’originarietà - esclusività dell’ordinamento normativo.

La vostra coscienza costituzionale si deve quindi confrontare, in primo luogo, con le caratteristiche e le qualità che la Costituzione assume quale fonte del diritto.

È sufficiente leggere le ultime due righe della nostra Costituzione (il quarto comma della XVIII disposizione transitoria), per avere la conferma di questa posizione particolare che ha la fonte del

* Contributo sottoposto a double blind peer review

Appunti per la lezione del 13 dicembre 2016 dei corsi di Diritto costituzionale generale.

¹²⁴⁵ Si trattava di un testo di “educazione civica” che si poneva come testo di educazione alla Costituzione: quanto ritardo, ancora oggi, nel dare vita a l’inserimento, serio e diffuso, nella formazione delle nuove generazioni alla cultura della Costituzione!

diritto “Costituzione”: *“la Costituzione dovrà essere fedelmente osservata come legge fondamentale della Repubblica da tutti i cittadini e dagli organi dello Stato”*.

La Costituzione quindi - come sottolineava già, nella sua fondamentale prima monografia del 1951, Paolo Barile - è “norma giuridica”; è diritto positivo. Ma già, nella definizione di quale è l'essenzialità del diritto positivo, Paolo Barile precisava che *“in realtà, più che un elemento del diritto, la positività è il suo intrinseco modo di essere: la norma è, esiste, solo in quanto è positiva, in quanto risponde cioè alla convinzione collettiva che ne garantisce l'osservanza: «quel che decide della vita del diritto è la realtà sociale»”* (e in quest'ultimo periodo, Barile citava un altro grande maestro della scuola giuridica fiorentina, Giovanni Miele).

Ma già in questo riferimento alla “realtà sociale” si poteva osservare che la Carta costituzionale è qualcosa di più di una norma positiva; qualcosa di più del tronco da cui derivano tutti i rami del diritto (secondo la nota metafora di Santi Romano). Si tratta dell'espressione formale di un ordinamento costituzionale (diremmo oggi di uno Stato costituzionale). Un ordinamento che (come si legge nella recente voce *“Costituzione”*, scritta da Augusto Barbera per gli *Annali dell'enciclopedia del diritto*) comprende non solo le norme costituzionali, ma anche il contesto normativo che le attua e le accompagna, nonché i principi ordinanti che la guidano (principi ordinanti, questi ultimi, costituiti proprio dalla realtà sociale cui si fa riferimento nel definire i principi e i valori fondamentali su cui vi è il consenso, la convinzione comune: i limiti invalicabili della libertà e della dignità delle persone che i poteri pubblici non possono violare).

Come ogni fonte del diritto, la Carta costituzionale è il frutto di quel processo circolare che vede partire la norma giuridica dalla cultura che la esprime, per giungere alla individuazione della decisione politica che ne fissa l'indirizzo, con la successiva formalizzazione delle disposizioni legislative, che diventano norme positive nel momento dell'applicazione effettiva da parte dell'amministrazione e dei giudici.

La prima premessa del nostro discorso è perciò la seguente: la Costituzione non è un mero programma politico o una manifestazione di intenti, ma è la fonte fondamentale dell'intero ordinamento giuridico, che caratterizza una determinata società in un determinato momento storico.

1.2 – Sulla base di questa prima conclusione, si può constatare che la nostra Costituzione costituisce la carta d'identità del nostro sistema politico e sociale.

Quando si leggono le prime parole del primo comma dell'art. 1 della Carta costituzionale (**“l'Italia è una Repubblica** democratica fondata sul lavoro”), si legge la descrizione di una realtà storica che si è formata nell'arco del primo secolo dello Stato unitario e che è nata dall'evento costituente del referendum su Monarchia o Repubblica del 2 giugno 1946.

Si tratta dell'unità d'Italia, frutto del primo Risorgimento, consolidato nel 1946, che viene identificata come principio fondamentale.

Identità espressa anche dall'art. 12, che individua l'unità del nostro ordinamento attraverso l'indicazione (inserita tra i principi fondamentali) della descrizione della bandiera italiana. E nella

stessa direzione si possono citare: l'art. 9, che indica, come elemento identitario e principio fondamentale, "il patrimonio storico ed artistico della Nazione"; l'art. 52 che prevede che per tutti i cittadini sia "sacro dovere" la "difesa della Patria" (che non è soltanto la difesa armata, ma è soprattutto la difesa dei suoi valori costituzionali); l'art. 54, che prevede il principio di fedeltà alla Repubblica e all'osservanza della Costituzione e delle leggi da parte di tutti i cittadini (con la precisazione che i cittadini, cui sono affidate funzioni pubbliche, hanno il dovere di adempierle con "disciplina ed onore", per rafforzare quella identità unitaria che la Repubblica costituzionale rappresenta).

Si tratta dell'identità del nostro ordinamento che trova le sue radici nei grandi del primo Risorgimento, ed il suo precedente normativo nelle affermazioni di libertà e di unità nella solidarietà già presenti nella Costituzione romana del 1848. Basti citare qui la splendida lezione agli studenti dell'Università di Bologna, del 1955, in cui Piero Calamandrei leggeva alcuni principi fondamentali della nostra Costituzione richiamando Mazzini, Cavour, Cattaneo, Garibaldi, Beccaria, quali padri delle più importanti affermazioni contenute nella nostra nuova Carta.¹²⁴⁶

1.3 – Ma la Costituzione costituisce anche una norma giuridica che prescrive, che individua i principi che debbono essere applicati e perseguiti dalla comunità.

Si tratta della seconda parte del primo comma dell'art. 1: "l'Italia è una Repubblica democratica fondata sul lavoro".

Sono i principi del secondo Risorgimento, che indicano le linee guida che la comunità, che si riconosce nella Costituzione, deve di volta in volta attuare e perseguire, in un processo dinamico che costituisce anche lo sviluppo della sua cultura costituzionale.

I principi scritti nella Costituzione non sono privi di contraddizioni e di difficoltà nella loro attuazione.

È il destino di molte costituzioni quello di affermare principi universali smentiti dalla realtà e dalla prassi quotidiana. Gli Stati Uniti d'America che nel 1776 affermavano, nella dichiarazione

¹²⁴⁶ "Quando io leggo, nell'art. 2, «l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale», o quando leggo, nell'art. 11, «l'Italia ripudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli», la patria italiana in mezzo alle altre patrie, dico: ma questo è Mazzini! O quando io leggo, nell'art. 8, «tutte le confessioni religiose sono ugualmente libere davanti alla legge», ma questo è Cavour! Quando io leggo, nell'art. 5, «la Repubblica una e indivisibile riconosce e promuove le autonomie locali», ma questo è Cattaneo! O quando, nell'art. 52, io leggo, a proposito delle forze armate, «l'ordinamento delle forze armate si informa allo spirito democratico della Repubblica» esercito di popolo, ma questo è Garibaldi! E quando leggo, all'art. 27, «non è ammessa la pena di morte», ma questo, o studenti milanesi, è Beccaria! Grandi voci lontane, grandi nomi lontani.

Ma ci sono anche umili nomi, voci recenti. Quanto sangue e quanto dolore per arrivare a questa Costituzione! Dietro a ogni articolo di questa Costituzione, o giovani, voi dovete vedere giovani come voi, caduti combattendo, fucilati, impiccati, torturati, morti di fame nei campi di concentramento, morti in Russia, morti in Africa, morti per le strade di Milano, per le strade di Firenze, che hanno dato la vita perché la libertà e la giustizia potessero essere scritte su questa carta. Quindi, quando vi ho detto che questa è una carta morta, no, non è una carta morta, questo è un testamento, un testamento di centomila morti.

Se voi volete andare in pellegrinaggio nel luogo dove è nata la nostra Costituzione, andate nelle montagne dove caddero i partigiani, nelle carceri dove furono imprigionati, nei campi dove furono impiccati. Dovunque è morto un italiano per riscattare la libertà e la dignità, andate lì, o giovani, col pensiero perché lì è nata la nostra Costituzione".

di indipendenza, l' "incontestabilità" e l' "evidenza" che "gli uomini sono stati creati uguali e dotati di diritti inalienabili", vedeva, per oltre un secolo, mantenuto l'istituto della schiavitù e, per quasi due secoli, le norme sulla discriminazione razziale. Ma anche la dichiarazione dei diritti del 1789, secondo il cui art. 16 "un ordinamento in cui i diritti dell'uomo e la divisione dei poteri non sono applicati" non ha una Costituzione, vedeva i principi di libertà e di democrazia rappresentativa immediatamente contraddetti nella trasformazione della sovranità popolare in una tirannia della maggioranza assembleare, che visse ed operò la funesta stagione del terrore.

Anche la nostra Costituzione pone principi e obiettivi che sicuramente non sono facilmente raggiungibili e non sono stati raggiunti: basti pensare alla situazione della larghissima disoccupazione che è presente, soprattutto nei giovani, in questo periodo, per dimostrare il carattere solo formale che hanno il "diritto al lavoro", così come la costruzione di una Repubblica "fondata sul lavoro", proclamati nell'art. 1 e nell'art. 4 della nostra Costituzione.

Ma questa constatazione non esclude la capacità delle norme costituzionali di guidare verso il futuro la comunità che in esse si riconosce, l'ordinamento che esse esprimono.

La Costituzione, scritta o non scritta, è l'insieme dei principi fondamentali in cui si riconosce e si sviluppa la società nelle sue articolazioni culturali, sociali e politiche, con il contesto normativo che le accompagna ed il giurista deve avere la capacità di interpretarla in tale contesto (complesso e in costante evoluzione).

1.4 – Fatta questa ampia premessa, vorrei soffermarmi su tre aspetti che a mio avviso sono essenziali per divenire studiosi ed interpreti della Costituzione:

- a) in primo luogo, occorre avere presenti le radici storiche della nostra Costituzione e della nostra cultura costituzionale;
- b) in secondo luogo, occorre tener presente la capacità di sviluppo (direi la "capacità di futuro") che la Costituzione ha dimostrato, nel consentire la maturazione democratica del nostro Paese (sia sul piano dei diritti sociali che dei diritti di libertà, ma ancor più nel promuovere la capacità di partecipazione dei cittadini alla cosa pubblica);
- c) in terzo luogo, farei un cenno – più problematico – a quanto le norme della nostra Costituzione subiscano la crisi attuale e in che misura possano far fronte (se ancora possono far fronte) alla crisi della società contemporanea e all'inserimento della nostra comunità nazionale nel più ampio panorama delle comunità internazionali (sia la comunità regionale europea sia il sistema globalizzato); un quadro in cui sono presenti sia le novità e le tensioni di finanza e mercati privi di limiti (e comunque sovrastanti le sovranità nazionali) sia, soprattutto, le violenze di una guerra diffusa (priva dei caratteri di civiltà), cui assistiamo con tragica indifferenza.

2 – Sub a)

L'interpretazione delle norme costituzionali alla luce delle radici della nostra Costituzione

2.1 – Sub a.1)

Un primo punto di riferimento per l'interpretazione della Costituzione è da trovare nelle sue radici storiche: a partire dalla Resistenza e dal Trattato di pace che ha seguito la fine della guerra, dando luogo a quella Costituzione provvisoria in cui alcuni elementi essenziali del nostro stato democratico sono stati immediatamente definiti (la libertà dei partiti; la scelta costituente tra monarchia e Repubblica; l'abrogazione delle norme più rilevanti di limitazione delle libertà dettate dal Fascismo; l'individuazione di un sistema di autonomie locali e regionali come base della nuova democrazia).

Si tratta di elementi che la nostra Assemblea costituente ha potuto e dovuto registrare, scrivendo una Costituzione che ha raccolto in modo organico ed originale tutte le istanze di libertà e di democrazia, ma anche i valori di solidarietà e di civiltà che la società italiana, uscita dalla disastrosa Seconda guerra mondiale, intendeva esprimere (era in grado di esprimere).

Un primo dato fondamentale dell'esito del lavoro dell'Assemblea Costituente è espresso in modo significativo nel dibattito che ha preceduto il voto, pressoché unanime, di approvazione della Carta costituzionale (leggo, nel verbale stenografico della seduta pomeridiana del 22 dicembre 1947, la proclamazione del risultato della votazione a scrutinio segreto: *“presenti e votanti 515; maggioranza 258; voti favorevoli 453; voti contrari 62”*).

Un risultato di unità che possiamo sottolineare nella sua portata anche leggendo quanto avvenuto a conclusione della seduta mattutina dello stesso 22 dicembre 1947, quando un costituente fiorentino (altro grande maestro della nostra facoltà) come Giorgio La Pira chiese di parlare, una volta esaurito l'esame di tutte le questioni da sottoporre all'Assemblea per la soluzione definitiva, proponendo di far precedere il testo costituzionale da *“una brevissima formula di natura spirituale, una formula che dicesse: «in nome di Dio il popolo italiano si dà la presente Costituzione»*”. Le reazioni a questa proposta, ampiamente motivata da Giorgio La Pira, furono tutte nella direzione di evitare che, nel discuterla (la proposta era palesemente inammissibile sul piano procedurale, perché si erano già esaurite tutte le valutazioni degli emendamenti e delle pregiudiziali prima di giungere alla votazione finale) si rompesse quell'unità di intenti che l'Assemblea Costituente aveva raggiunto.

Palmiro Togliatti, con parole elevate, sottolineava *“è un fatto che stamani, quando ci siamo alzati, faceva freddo, ma nonostante questo, quando abbiamo visto brillare il sole nel cielo di dicembre, abbiamo sperato che almeno per noi, membri dell'Assemblea Costituente della Repubblica italiana, esso avrebbe brillato su una giornata di unità e di concordia”*. E dopo aver ricordato la sovranità del voto che stava per essere espresso, sottolineava *“vi è qualcosa oggi, che ci unisce tutti, ed è il voto comune che stiamo per dare all'atto che sarà obbligatorio per tutti noi”*. Di qui l'invito ad evitare di non trovarsi disuniti su una proposta che poteva dividere.

Concetto Marchesi sottolineava che *“Dio è nel mistero del mondo e delle anime umane”* e quindi diceva, rivolto direttamente a La Pira: *“questo supremo mistero dell'universo non può essere risolto in un articolo della Costituzione, in un articolo di Costituzione che riguarda tutti i cittadini, quelli che credono, quelli che non credono, quelli che crederanno”*.

Piero Calamandrei, dopo aver sottolineato l'eccezione procedurale che impediva di prendere in considerazione la proposta di La Pira, ribadiva che nella coscienza dell'Assemblea Costituente vi era *“la sensazione di aver partecipato in questa nostra opera ad una ispirazione solenne e sacra .. nella nostra Costituzione c'è qualcosa che va al di là delle nostre persone, un'idea che ci ricollega al passato e all'avvenire, un'idea religiosa, perché tutto è religione quello che dimostra la transitorietà dell'uomo, ma la perpetuità dei suoi ideali”* e – nel riconoscere l'importanza di un richiamo a valori supremi, quali quelli che chiedeva di introdurre La Pira – proponeva di incominciare la Costituzione con queste parole: *“il popolo italiano consacra alla memoria dei fratelli caduti per restituire all'Italia libertà e onore la presente Costituzione”*, limitandosi a sottolineare che fosse doveroso, nel chiudere i lavori dell'Assemblea Costituente, dimostrare di aver *“pensato a coloro senza il sacrificio dei quali noi non saremmo qui”*.

Interveniva anche Saverio Nitti (anziano rappresentante dell'Italia statutaria) che – dopo aver richiamato l'uso in Inghilterra *“nelle grandi occasioni, alla fine dei lavori legislativi, e al principio di essi, che tutti i deputati vadano nella Cappella di Westminster a pregare. E vi si recano deputati di ogni parte ... tutti secondo la propria fede ... a pregare per la Patria comune”* – si domandava perché si sarebbe dovuta dividere l'Assemblea sul nome di Dio: *“il nome di Dio è troppo grande, le nostre contese sono troppo piccole”*.

A conclusione del dibattito, La Pira ritirò la propria proposta per evitare che essa portasse disunione tra gli animi; mentre la sua intenzione era quella di trovare una unità e un consenso in tutta l'Assemblea.

Anche con riferimento a questa singolare, ma molto significativa, conclusione del dibattito della mattina del 22 dicembre 1947, fu possibile a Meuccio Ruini - Presidente della Commissione dei settantacinque, che prese da ultimo, nel pomeriggio, la parola, prima della votazione finale a scrutinio segreto sul testo della Costituzione - sottolineare che *“questa Carta che stiamo per darci è, essa stessa, un inno di speranza e di fede... pur dando alla nostra Costituzione un carattere rigido, come richiede la tutela delle libertà democratiche, abbiamo consentito un processo di revisione, che richiede meritata riflessione, ma che non la cristallizza in una statica immobilità ... la Costituzione sarà gradualmente perfezionata; e resterà la base definitiva della vita costituzionale italiana”*. Nel concludere il suo discorso, Meuccio Ruini poteva così sottolineare che nell'Assemblea Costituente si era assistito a *“un processo di formazione democratica e cioè collettiva”*; con la precisazione che *“una Costituzione non può più essere l'opera di uno solo o di pochissimi. Deve risultare dalla volontà di tutti i rappresentanti del popolo; e i rappresentanti del popolo non si conducono con la violenza; l'unico modo, in democrazia, di vincere è di convincere gli altri”*. Ruini sottolineava anche che la Costituzione non può essere costruita come si fa per i codici, perché la definizione dei suoi contenuti non può essere delegata a dei tecnici. La partecipazione di un numero rilevante (550 individui), alla formulazione degli articoli di una Costituzione, pur avendo fortissimi inconvenienti, ha *“anche un vantaggio: che tutti i rappresentanti del popolo, tutte le correnti del popolo da essi rappresentate possono dire: questa Costituzione è mia, perché l'ho discussa e vi ho messo qualcosa”*.

Da queste lunghe citazioni del dibattito finale dell'Assemblea costituente, vorrei che si potesse ricavare una prima indicazione sul metodo nella interpretazione della Costituzione.

Le norme costituzionali debbono essere interpretate nel rispetto dell'esigenza di unità delle varie componenti della società italiana: non possono essere utilizzate come norme che permettono di

sottolineare le divisioni; non possono essere utilizzate come strumenti di lotta politica. Le norme costituzionali sono destinate ad unire e non a dividere.

2.2 – Sub a.2)

Le vicende dell'Assemblea Costituente e il clima storico nel quale si è formata la nostra Carta costituzionale permettono di sottolineare un ulteriore criterio che è bene tenere presente nell'interpretare le norme della Costituzione.

Valerio Onida, in più occasioni, ha sottolineato la lezione di Giuseppe Dossetti che (nel 1994, in un momento in cui si iniziava a manifestare una crisi nella nostra vita costituzionale, riprese la parola, da autorevole protagonista dell'Assemblea Costituente, quale era stato) ricordava come la Costituzione italiana non sia nata esclusivamente da una ideologia antifascista, di fatto coltivata da una minoranza, quella che aveva vissuto da esule gli anni del fascismo; così come non si possa richiamare come radice della Costituzione esclusivamente l'insieme dei valori della Resistenza, con cui l'Italia aveva ritrovato il suo onore e aveva potuto giustificare il ritorno legittimo alla democrazia.

Diceva Dossetti: *“La Costituzione italiana è nata ed è stata ispirata – come e più di altre pochissime costituzioni – da un grande fatto globale, cioè i sei anni della seconda guerra mondiale (con i 50 milioni di morti; le stragi di massa; l'olocausto della bomba atomica): evento enorme che nessun uomo che oggi vive o anche solo che nasca oggi, può e potrà accantonare o potrà attenuarne le dimensioni, qualunque idea se ne faccia e con qualunque animo lo scruti”*.

L'Assemblea Costituente non poteva non tenere presente, anche per gli impegni del Trattato di pace (i cui artt. 15 e 17 costringevano l'Italia a garantire i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali e ad impedire la rinascita del fascismo) i principi affermati dalla civiltà occidentale nel reagire all'orrore della guerra: quelli del discorso sulle quattro libertà di Franklin Delano Roosevelt del 1941 (la libertà di parola e di espressione; la libertà di religione; la libertà dal bisogno; la libertà dalla paura e dalla violenza); la Carta Atlantica definita nei suoi contenuti da Churchill e Roosevelt sempre nell'agosto del 1941; la Carta di San Francisco, che aveva istituito nel 1945 l'organizzazione delle Nazioni Unite; la dichiarazione universale dei diritti umani proclamata dall'Assemblea delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948 (il frutto più completo dello spirito universale affermato in quei documenti).

Questa radice universale della nostra Costituzione (il fatto che la nostra è la prima Costituzione che ha tradotto in termini originali e completi quella impostazione, ispirata ai principi di libertà e democrazia di livello mondiale) non può non guidare l'interprete attuale della Costituzione nel ricercare, nelle norme della Carta costituzionale, il collegamento con quella civiltà occidentale di cui essa è figlia.

2.3 – Sub a.3)

L'originalità dell'impostazione della nostra Carta costituzionale si collega anche al metodo seguito dai costituenti nel definire i principi della Costituzione, alla luce del superamento di quella realtà istituzionale (lo Stato ottocentesco: lo Stato che aveva dato gli esiti tragici della prima metà del '900) che risolveva al suo interno tutti i problemi della comunità e definiva in termini autoritari il principio di legalità e di certezza del diritto. Si superava la tesi secondo cui "tutto è nello Stato e nulla fuori dello Stato". Si riconosceva, come sottolineava De Gasperi, che "lo Stato è l'organizzazione politica della società, ma non tutta la società".

Questa nuova impostazione (diretta a tener conto dell'assetto sociale "*diverso da quello liberale e da quello comunista*" che si voleva costruire) permetteva a Giorgio La Pira di scrivere a Costantino Mortati (in alcune lettere inedite del luglio 1946, in cui La Pira si scambiava con l'altro grande costituente, in sintesi, le linee guida per definire la sua relazione introduttiva ai lavori della prima sottocommissione dei Commissione dei Settantacinque)¹²⁴⁷: "*la Costituzione deve essere elaborata in funzione di questo assetto: le strutture giuridiche devono essere proporzionate a quelle sociali. Da questo problema dipende la determinazione delle due parti della Costituzione: tanto della prima (prius logico) – quella della determinazione dei diritti della persona e degli enti minori – quanto della seconda – struttura organizzativa dello Stato conforme ai fini che si vogliono raggiungere ... Mi pare che il nostro sforzo di meditazione deve soprattutto volgere in questa direzione: definire l'assetto sociale e, in conseguenza, definire l'assetto costituzionale (principio di proporzionalità: quale l'assetto sociale, tale l'assetto costituzionale)*". È in relazione a questa impostazione che si possono ricavare le parole chiave del messaggio di La Pira costituente: "lo Stato per la persona e non la persona per lo Stato" (*principio personalista*); la concezione organica della società che riconosce e garantisce la molteplicità degli ordinamenti sociali (*principio pluralista*); il principio della proporzione tra la struttura sociale e la struttura giuridica (*il metodo* della legislazione che deriva dall'impostazione dei principi e dei valori).

Si tratta, in sintesi, del principio personalista, che ha consentito la costruzione di una Costituzione dalla struttura (come sottolineò Moro in Assemblea Costituente) a "piramide rovesciata": un ordinamento costituzionale che parte dalla persona e dall'uomo come espressione del valore fondamentale da riconoscere e garantire; dai diritti dell'uomo e dalle sue aspirazioni alle cose più grandi, per sviluppare la sua personalità ed influenzare le modalità di organizzazione dei poteri.

Si tratta, in fondo, della fondamentale norma di cui all'art. 2 della Costituzione: "*La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*". È la norma che deve guidare ogni lettura ed ogni interpretazione di tutte le altre.

2. 4 – In conclusione, da queste radici, si può constatare uno degli elementi essenziali per definire quello che è il nuovo "Stato costituzionale" che i costituenti hanno formulato: lo Stato costituzionale è, infatti, in primo luogo, lo Stato che nasce e si fonda sui diritti umani.

I principi di libertà e di solidarietà costituiscono quindi il punto di riferimento per l'interpretazione della Costituzione che, si può ribadire: (sub a.1) costituisce norma che unisce e

¹²⁴⁷ Le lettere di La Pira sono presenti nell'archivio della Fondazione Giorgio la Pira di Firenze.

non può essere usata ed impugnata per alterare l'equilibrio unitario del sistema, in cui vige il principio fondamentale della tutela delle minoranze (v. art. 6); (sub a.2) è una Costituzione che non consente spazi alla barbarie e alla violenza perché ispirata ai principi della civiltà occidentale, tollerante ed aperta (v. artt. 10 e 14); (sub a.3) è una Costituzione che deve garantire l'effettività della tutela della persona e delle comunità intermedie come chiave di lettura dell'intero sistema costituzionale (v. artt. 2, 3 e 13 e ss.).

3 – Sub b) Una Costituzione “capace di futuro”

Come abbiamo accennato, la società che si riconosce nella Costituzione è una società che cambia; ed una costituzione ha la capacità di essere effettiva se si sviluppa e si aggiorna (come lo stesso Meuccio Ruini raccomandava nell'intervento finale del 22 dicembre 1947, che ho già citato).

La forza della Costituzione si è dimostrata nella capacità di accompagnare la maturazione democratica della società che l'ha espressa.

Su questo piano, quello che Enzo Cheli ha chiamato il “rendimento” della nostra Carta costituzionale può essere osservato in termini molto positivi e, non potendo ripercorrere in poco tempo, nello spazio di questa lezione, le tappe fondamentali di questa evoluzione, mi limito a sottolineare tre aspetti:

- b.1) la stessa “capacità di futuro” che le norme della nostra Costituzione (come del resto dovrebbero tutte le norme costituzionali) sono in grado di esprimere;
- b.2) l'indicazione di alcuni passaggi essenziali di questo processo di maturazione democratica;
- b.3) le nuove prospettive di livello costituzionale che i principi della Costituzione sono stati in grado di sviluppare anche e soprattutto attraverso la giurisprudenza (e la giurisprudenza della Corte costituzionale in modo particolare).

3.1 - Sub b 1)

La Costituzione ha avuto una capacità di sviluppo verso il futuro, proprio perché è una Costituzione che è costruita su principi e valori dotati di notevole ampiezza e flessibilità, che ne hanno consentito la graduale attuazione.

La Costituzione, di per sé, è proiettata verso il futuro. Tutte le norme, ma le norme costituzionali ancora di più, descrivono, prescrivono, delineano un programma per il futuro per la stessa generazione che le esprime ma anche per le generazioni future.

In questa direzione, è sufficiente leggere il secondo comma dell'art. 3: “È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini,

impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese".

Ma l'intera Costituzione contiene norme proiettate verso il futuro.

Le stesse indicazioni di "popolo" (art. 1) "nazione" o "unità nazionale" (artt. 9, 67, 87) implicano l'ammissione di un ricambio e di uno sviluppo delle generazioni alle quali vengono affidati i valori in cui l'ordinamento costituzionale si riconosce. Le norme sullo sviluppo economico e sulla tutela del risparmio e le stesse norme che esigono gli equilibri del bilancio dello Stato sono altrettanto dirette a garantire le prospettive di benessere della comunità nazionale (v. artt. 41, 42, 44, 81, 119). Anche le norme a tutela dei diritti sociali (della famiglia, della scuola, della salute, dei lavoratori e del relativo trattamento previdenziale: v. artt. 30, 33, 32, 36 e 38) sono proiettate verso una esplicita garanzia del futuro dei cittadini e delle generazioni cui essi possono dare vita.

Ancor più in radice, la vocazione al futuro della nostra Costituzione deriva dall'affermazione che la persona viene prima dello Stato e che l'uomo (sia nel suo destino nella storia sia, per i credenti, nella sua vocazione soprannaturale) esige, nella necessaria armonia con la natura, la garanzia da parte dell'ordinamento della capacità di sviluppo della sua personalità. Il personalismo, ispirato al principio di socialità progressiva, su cui è incentrata la nostra Costituzione collega direttamente il nostro ordinamento, con il riconoscimento dei diritti umani ed il loro sviluppo (le garanzie della libertà dell'uomo "dal bisogno", "dalla paura" e la "libertà di religione" e di "ricerca scientifica", che ispirano i diritti nel contesto internazionale), aprendolo all'affermazione dei diritti delle generazioni future e dei diritti connessi con il contesto ambientale, in cui la presente e la futura generazione svolgeranno il loro destino. In questo senso, il recente inserimento della "materia" "tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali" nell'art. 117, comma 2, lett. s, della Costituzione, conferma l'attualità e la capacità di futuro della Costituzione del 1948.

Nell'interpretazione della Costituzione occorre quindi essere consapevoli di questa proiezione verso le future generazioni, con la possibilità di inserire nella lettura delle norme costituzionali i nuovi valori e le nuove esigenze che la società in evoluzione esprime o deve affrontare.

3.2 - Sub b.2)

Se vogliamo individuare i passaggi essenziali di questo inevitabile sviluppo della nostra Costituzione, dobbiamo seguire l'evoluzione di quella che Paolo Barile definiva (nelle sue voci enciclopediche sul "Novissimo Digesto" e sulla relativa "Appendice") la "*Costituzione vivente*".

Ci sono almeno tre vicende istituzionali che possono fornire una chiave di lettura particolarmente significativa di questo sviluppo.

3.2.1 –La prima è costituita (nel clima creatosi di disgelo costituzionale già a partire dall'elezione del Presidente Gronchi) dalla pubblicazione della sentenza n. 1 del 5 giugno 1956 della Corte costituzionale.

La sentenza venne commentata immediatamente da Calamandrei, con la nota espressione: *“la Costituzione si è mossa”*.

La Corte effettuò una scelta di campo storica; decisiva sia per l’attuazione della Costituzione sia per individuare lo stesso ruolo del giudice costituzionale nel sistema.

In quella causa (che portò a dichiarare illegittima una norma del testo unico di Pubblica Sicurezza che violava il principio fondamentale di libertà di espressione del pensiero di cui all’art. 21),¹²⁴⁸ la Corte affermò con chiarezza quello che era un principio abbastanza noto e condiviso: *“la legge costituzionale, per la sua intrinseca natura nel sistema di costituzione rigida, deve prevalere sulla legge ordinaria”*. Ma nel definire la natura della questione di legittimità costituzionale (da distinguere dal fenomeno dell’abrogazione legislativa, potendo in conseguenza affermare che il sindacato sulla costituzionalità delle leggi era riferito anche alle leggi anteriori alla Costituzione), la Corte giunse a superare con chiarezza la nota distinzione tra norme precettive e norme programmatiche (su cui si era attestata la Corte di Cassazione nell’applicazione della norma transitoria che ad essa aveva affidata – fino all’entrata in funzione della Corte costituzionale – la decisione delle controversie di legittimità costituzionale di cui all’art. 134 Cost. – v. la VII disposizione transitoria, secondo comma), con la precisazione che la questione di legittimità costituzionale di una legge può derivare *“dalla sua non conciliabilità con norme che si dicono programmatiche”*, ma che possono avere una concretezza tale da vincolare immediatamente il legislatore, ripercuotendosi sulla interpretazione della legislazione precedente e sulla perdurante efficacia di alcune parti di questa. Soprattutto – e la precisazione è particolarmente significativa – vi sono norme programmatiche nella Costituzione *“le quali fissano principi fondamentali, che anche essi si riverberano sull’intera legislazione”*.

Significato fondamentale della sentenza n. 1 del 1956 è quindi non soltanto l’affermazione che la “fonte” Costituzione prevale gerarchicamente sulle leggi ordinarie; ma soprattutto che le norme costituzionali fissano principi fondamentali e valori con i quali occorre confrontare e armonizzare l’intero ordinamento giuridico.

Si tratta di una caratteristica fondamentale dello Stato costituzionale contemporaneo, nato nella seconda metà del Novecento: uno Stato che fonda l’intero ordinamento giuridico sull’affermazione di principi e di tavole di valori, che orientano l’intero sistema (ed in particolare il legislatore, da un lato, e i giudici – ed i giudici costituzionali, soprattutto – dall’altro).

3.2.2 – Una seconda serie di passaggi riguarda la constatazione che l’attuazione dei principi implica una verifica costante dello svolgimento dei rapporti sociali e del modo con cui l’intera società si adegua e si concilia con i valori affermati nelle norme costituzionali.

Gli esempi di questa evoluzione nel nostro sistema sono noti e sono, in primo luogo, presenti nello stesso sviluppo della giurisprudenza costituzionale (come segnalata anche nella recente voce

¹²⁴⁸ Una causa in cui erano coinvolti semplici cittadini, cui era imputato il reato di aver distribuito avvisi o stampati nella pubblica strada o affisso manifesti o giornali, ovvero usato altoparlanti per comunicazione al pubblico, senza l’autorizzazione dell’autorità di pubblica sicurezza: persone semplici che vennero difese da avvocati e costituzionalisti del calibro di Vassalli, Crisafulli, lo stesso Calamandrei, Massimo Severo Giannini, Costantino Mortati ed altri avvocati meno noti, come l’avv. Ambrosi, l’avv. Graziani e l’avv. Mazzei.

“*Costituzione della Repubblica italiana*”, pubblicata da Augusto Barbera, negli *Annali dell’Enciclopedia del diritto*, VIII)

Il primo esempio è stato il caso dell’adulterio femminile, punito diversamente e più gravemente rispetto a quello maschile, che, in una sentenza del 1961, la Corte riconosceva non illegittimo costituzionalmente, per giungere pochi anni dopo, nel 1968, a dichiarare l’illegittimità della norma del codice penale che violava in modo così evidente il principio di eguaglianza. È significativo che, nella sentenza del 1961, si faceva riferimento all’ambiente sociale, alla comune opinione; mentre in quella del 1968 si teneva conto del mutamento della realtà sociale e della nuova e diversa coscienza collettiva che portava i giudici della Corte alla soluzione opposta, finalmente coerente con i principi della Costituzione.

Un esempio analogo è quello della norma che prevedeva il reato di incitamento alle pratiche anticoncezionali (ritenuta non incostituzionale in una sentenza del 1965 e annullata invece successivamente con una sentenza del 1971).

Un altro esempio di adeguamento della giurisprudenza costituzionale al mutamento del contesto sociale si può ritrovare anche nelle sentenze che, in un primo tempo, hanno evitato di dichiarare incostituzionali le norme che garantivano discipline privilegiate a favore della religione cattolica (ritenuta dalla Corte la religione della maggioranza degli italiani, con la possibilità quindi di riconoscere una posizione diversificata agli appartenenti alla religione cattolica; per giungere successivamente (in coincidenza con lo sviluppo della società italiana verso un maggiore distacco dalla confessione cattolica, verso la secolarizzazione sancita dalla modifica bilaterale dei Patti Lateranensi nel 1984), all’indirizzo giurisprudenziale sempre più fermo e sempre più chiaro, elaborato dalla stessa Corte costituzionale, sul principio di laicità dello Stato (v. in particolare la sentenza n. 203 del 1989, che lo individua come un principio fondamentale e supremo del nostro ordinamento).

3.2.3 – Lo sviluppo del sistema sociale, sempre più coerente all’impostazione della c.d. “rivoluzione promessa” della nostra Carta costituzionale, si ebbe – ed è l’ulteriore tappa fondamentale che penso sia opportuno sottolineare – con l’attuazione legislativa delle norme costituzionali, a conclusione della fase politica del centro-sinistra, dopo gli eventi significativi, che hanno accompagnato la nostra società, a partire dal ’68 (quando, accanto alle istanze nuove e radicali manifestate dai giovani nelle università e dalla classe operaia nelle fabbriche, si giunge ad una attuazione concreta dei diritti sociali in numerosi interventi legislativi; non senza incontrare forti resistenze, che dettero luogo sia a tentativi golpisti e reazionari sia a una fase difficile di terrorismo sia di destra che di sinistra che ha interessato l’intero arco degli anni ’70 e dei primi anni ’80). Si possono citare leggi fondamentali come: lo Statuto dei lavoratori; l’istituzione del servizio sanitario nazionale; l’attuazione delle Regioni e la riforma delle autonomie locali; l’attuazione dell’istituto referendario. Si possono aggiungere gli interventi riferiti all’ambito dei diritti di libertà tradizionali e delle formazioni sociali (le leggi sul divorzio e sull’aborto; la riforma del diritto di famiglia), per giungere fino alle riforme del processo penale e di tutta una serie di principi di libertà (ivi compresa la libertà di informazione: pur con le contraddizioni e le gravi deficienze verificatesi nel passaggio dal monopolio statale del sistema radiotelevisivo al

successivo oligopolio tuttora vigente che – pur dopo le decisioni fondamentali della Corte costituzionale a partire dalle pronunce emesse dopo la metà degli anni '70 – hanno mantenuto il grave deficit di pluralismo informativo del nostro sistema).

Si tratta di vicende di grande rilievo che hanno permesso alla nostra Costituzione di consentire l'attuazione dei suoi principi fondamentali e di resistere alle reazioni violente che da alcune parti erano state ipotizzate (ed in concreto avviate). Si tratta di quella fase di sviluppo della nostra vita istituzionale che si avviava ad un processo di ulteriore maturazione democratica nel clima di "solidarietà nazionale" (non consociazione né nuovo compromesso storico) che Aldo Moro avviò con Berlinguer a metà degli anni '70 (anticipando di più di dieci anni quella che sarebbe stata poi la caduta del muro di Berlino).¹²⁴⁹

3.3 - Sub b 3)

È certo comunque che - al di là di queste tappe fondamentali dello sviluppo della nostra Costituzione nei primi 30-40 anni della sua vita - la disciplina normativa di attuazione è stata accompagnata da una interpretazione innovativa dei principi costituzionali che è stata fornita dalla giurisprudenza della Corte costituzionale. Ed è questo il terzo episodio fondamentale che è possibile ricordare nello sviluppo della nostra democrazia.

Occorre citare nuovamente la voce "Costituzione" di Augusto Barbera, dove l'autore verifica lo sviluppo che ha ricevuto la sua tesi dottrinale, circa la natura "aperta" e non "chiusa" della formulazione dell'art. 2 della Costituzione sui principi di libertà: i diritti di libertà richiamati dall'art. 2 non sono solo quelli esplicitamente riconosciuti nelle norme della Costituzione – artt. 13 e ss – ma anche i nuovi diritti e i diritti che possono nascere dall'interpretazione evolutiva dei principi costituzionali.

Di questo elenco aperto la Corte ha fornito numerosi esempi, che la voce citata elenca: il diritto del minore all'inserimento in una famiglia; l'enucleazione di un diritto all'abitazione; il diritto alla privacy; il diritto ad abbandonare il proprio Paese; il diritto all'identità personale; il diritto a contrarre matrimonio; il diritto alla libertà sociale. A tali esempi si può aggiungere l'invito al Parlamento ad individuare, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni omosessuali; nonché il riconoscimento del diritto a procreare con le tecniche di fecondazione assistita.

In questa direzione (che tuttora presenta profili oggetto di critiche nella dottrina), la Corte costituzionale non si è limitata a esprimere, nelle sue sentenze, le novità implicite nelle norme della Costituzione del 1948; ha anche dato un forte impulso all'attuazione diretta di tali principi da parte dei giudici comuni. Si può citare l'orientamento della Corte a riconoscere l'importanza dell'interpretazione della giurisprudenza comune per definire le norme vigenti (la teoria del c.d.

¹²⁴⁹ Non è un caso che una delle prime manifestazioni di crisi del nostro sistema costituzionale, e della sua difficoltà di dare una piena attuazione al programma "presbite" della Carta costituzionale, si possa collegare con l'assassinio di Aldo Moro e con i terribili interrogativi che ancora si pongono sulle cause e sullo svolgimento di quella drammatica vicenda.

“*diritto vivente*”) e l’invito pressante ai giudici di interpretare il diritto oggettivo vigente secondo i principi della Costituzione (la teoria dell’ “*interpretazione conforme*”), sollevando le questioni di legittimità costituzionale davanti alla Corte solo quando la formulazione delle norme ordinarie impedisce l’adeguamento alla Costituzione ed è quindi necessario – quale *extrema ratio* – chiedere alla Corte la valutazione della loro conciliabilità con i principi della Costituzione.

Si è aperta così una fertile stagione di attuazione diretta della Costituzione da parte dei giudici comuni (l’esempio più eclatante di questa applicazione diretta delle norme costituzionali è il noto caso Englaro, sul diritto “di fine vita”, dove il giudice ordinario – Cassazione e Corte d’appello di Milano - ha legittimamente interpretato ed applicato direttamente il diritto alla salute di cui all’art. 32 della Costituzione).

3.4 – In conclusione, non si può prescindere, nell’interpretazione della Costituzione, dalla capacità di futuro che deriva dai principi e dalla visione prospettica implicita nelle norme costituzionali (v. sub b.1), con la necessità di avere una visione non statica, ma correlata con lo sviluppo della società, di tali principi (v. sub b.2); verificabile anche nello sviluppo della giurisprudenza costituzionale e dei giudici comuni (v. sub b.3).

La tavola di valori ed i principi fissati nella Costituzione caratterizzano lo Stato costituzionale e costringono gli interpreti a superare le logiche antiquate dell’interpretazione letterale (in una sentenza - dagli esiti non da tutti condivisi - la sentenza n. 1 del 2013 - la Corte, significativamente, sottolinea come “*l’interpretazione meramente letterale delle disposizioni normative, metodo primitivo sempre, lo è ancor più se oggetto della ricostruzione ermeneutica sono le disposizioni costituzionali, che contengono norme basate su principi fondamentali indispensabili per il regolare funzionamento delle istituzioni della Repubblica democratica*”).

La Costituzione, in qualche modo, entra nel sistema e conforma il lavoro sia del legislatore che dei giudici e l’interprete non può avere il mero compito di dedurre i significati e gli esiti interpretativi dalla lettura delle norme costituzionali; occorre avere presente la verifica della cultura storica e sociale che costituiscono il contesto in cui operano quelle norme per poter individuare e determinare la direzione della loro concreta applicazione.

Si tratta di un’altra fondamentale caratteristica dello Stato costituzionale: la capacità di ordinare la struttura policentrica delle società nell’unità di un sistema di principi (quelli costituzionali) capaci di un costante ed unitario aggiornamento.

4 - Sub c) L’apertura internazionale dei principi costituzionali per superare la crisi.

Negli ultimi decenni della vita della nostra Costituzione, si è constatata una crisi del sistema politico e una crisi della società (sempre più frammentata e sempre più influenzata dalla complessità delle vicende che caratterizzano il mondo contemporaneo), sicché l’interprete della Costituzione dovrebbe tener conto della necessità di una rilettura delle norme costituzionali alla luce di quella che, da più parti, è considerata una crisi della stessa Costituzione.

È indubbio il rilievo, su questo piano, delle vicende susseguenti all'assassinio di Moro, ma soprattutto: la crisi dei partiti (non del tutto scorrelata con le vicende del 1989, dopo la caduta del muro di Berlino; ma comunque accentuata e "sanzionata" dalle vicende giudiziarie di Tangentopoli, all'inizio degli anni 90); l'esito dei referendum sui sistemi elettorali del 1991 e 1993 e il passaggio da un sistema proporzionale a un sistema misto (maggioritario proporzionale) nella elezione dei rappresentanti in Parlamento; la deriva del sistema politico verso forme sempre più accentuate di personalizzazione (si cerca, e risulta vincente, il leader: l'uomo capace di meglio utilizzare le tecniche di comunicazione innovative che il sistema dell'informazione pone a disposizione); la presenza di modifiche tacite del sistema istituzionale, che giunge a suggerire in più occasioni la ricerca di revisioni organiche della seconda parte della Costituzione (tutti tentativi, peraltro, falliti sia per la difficoltà del sistema politico di autoriformarsi sia per la resistenza della maggioranza del corpo elettorale a veder alterati gli equilibri e le garanzie che la forma di governo, solo marginalmente razionalizzata, scelta dei costituenti, ha consolidato nel sistema).

Ma la valutazione dello sviluppo e della effettività della nostra Costituzione non può essere effettuata facendo riferimento solo a queste vicende (che restano, in buona sostanza, marginali rispetto alle enormi difficoltà che si manifestano nell'attuazione dei diritti umani nel contesto globale). Nel contesto più ampio di quello nazionale, cui occorre fare riferimento, la nostra Costituzione manifesta la sua capacità di orientare la nostra comunità anche in questo inedito e tumultuoso sviluppo.

Si deve, infatti, constatare che, nelle dimensioni dilatate del villaggio globale, si accentua la drammaticità del crinale di crisi in cui ci troviamo. Sono contraddizioni e contrapposizioni epocali.

Da un lato, uno sviluppo sostenibile e pacifico, rispettoso dell'ambiente, dei beni culturali e della qualità della vita; dall'altro, il caos dell'egoismo eretto a sistema, nel mercato interconnesso delle reti finanziarie e delle tecnologie informatiche (capaci di rendere intelligenti le bombe e parcellizzare i conflitti – isolati cinicamente ed accettati nella loro moltiplicazione come malattie endemiche dei luoghi più sfortunati).

Da un lato, un mondo che si riconosce nella ricchezza delle sue culture diverse e dei beni artistici e storici, che ne costituiscono il comune patrimonio, e, dall'altro, un villaggio conflittuale, in cui la cultura che si presume più evoluta afferma, senza mediazioni, le logiche rozze e prepotenti di un mercato autoreferente e – fatto ancor più grave – teorizza la superiorità egemone, della propria tradizione (eretta quale simbolo di ordine e libertà a fronte delle culture espressione del male e del caos: senza accorgersi che proprio il porsi ed il volersi imporre come egemone contraddice la stessa natura e la stessa capacità di futuro di una cultura che come tale si vuole affermare).

Vorrei sottolineare che, a fronte delle decisive domande che la crisi epocale che stiamo attraversando ci pone con sempre maggiore urgenza, la nostra Costituzione contiene principi in grado di orientare le risposte.

Sub c.1)

4.1 –Una prima risposta deve essere data all’interrogativo drammatico che proviene dalla violenza della guerra “diffusa” cui stiamo assistendo

Come ha sottolineato Papa Francesco “*siamo alle prese con una terribile guerra mondiale a pezzi Questa violenza che si esercita «a pezzi», in modi e a livelli diversi, provoca enorme sofferenze di cui siamo ben consapevoli: guerre in diversi paesi e continenti; terrorismo, criminalità e attacchi armati imprevedibili; gli abusi subiti da emigranti e dalle vittime della tratta: la devastazione dell’ambiente*”. Nell’invito del Papa a non usare la violenza come cura per il nostro mondo frantumato (“*rispondere alla violenza con la violenza conduce, nella migliore delle ipotesi, a migrazioni forzate e a immani sofferenze, poiché grandi quantità di risorse sono destinate a scopi militari e sottratte alle esigenze quotidiane dei giovani, delle famiglie in difficoltà, degli anziani, dei malati, della grande maggioranza degli abitanti del mondo*”), si può trovare un eco nei valori di civiltà che sono presenti nella nostra Costituzione: tutti questi eventi epocali possono essere superati solo grazie al collegamento che la nostra Costituzione ha con la civiltà occidentale e la sua apertura alla comunità internazionale.

La risposta è nella lettura sempre più attuale dei principi fondamentali dell’art. 11: “*L’Italia ripudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali; consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo*”. Norma dettata dall’esito del conflitto mondiale del 1939/1945, ma rinnovata nella sua forza programmatica da una cultura di pace, fondata sui diritti della persona, che costituisce il punto di partenza per il superamento di ogni logica di violenza (non a caso si parla, su tali basi, del “diritto alla pace”, come sintesi di tutti i diritti che vanno difesi da ogni tipo di violenza).

In questo contesto assume rilievo il principio della dignità umana collegato con i diritti dello straniero riconosciuti dall’art. 10 della Costituzione così come anche interpretati dalla Corte costituzionale.

Mi riferisco a quell’orientamento recente della giurisprudenza della Corte (v. da ultimo la sentenza n. 230 del 2015) che ha riconosciuto i diritti agli stranieri indipendentemente dalla durata della permanenza nel nostro Paese. Le prestazioni economico-sociali a favore degli stranieri “*si fondano sull’esigenza di assicurare – in una dimensione costituzionale orientata verso la solidarietà come dovere inderogabile (art. 2 Cost.), verso la tutela del diritto alla salute anche nel senso dell’accessibilità ai mezzi più appropriati per garantirla (art. 32 Cost.), nonché verso la protezione sociale più ampia e sostenibile (art. 38 Cost.) – un ausilio in favore di persone svantaggiate, in quanto affette da patologie o menomazioni fortemente invalidanti per l’ordinaria vita di relazione e, di conseguenza, per le capacità di lavoro e di sostentamento; benefici erogabili, quanto alla pensione, in presenza di condizioni reddituali limitate, tali, perciò, da configurare la medesima come misura di sostegno per le indispensabili necessità di una vita dignitosa*”.

Giustamente, Maurizio Fioravanti ha fatto riferimento (in occasione della celebrazione dei primi sessant’anni di attività della Consulta) a questo indirizzo giurisprudenziale, come il più significativo messaggio di cultura costituzionale della nostra Corte, riaffermando la centralità della

dignità e dei diritti della persona come presupposto di ogni risposta adeguata alle drammatiche vicende di questa fase di transizione.

Sub c.2)

4.2 – In questa stessa direzione occorre leggere l’apertura che per oltre sessanta anni, è stata effettuata dalla nostra Repubblica alla dimensione europea (con il Trattato Ceca del 1950 e con il Trattato di Roma del 1957 – il cui sessantennio sarà celebrato il 25 marzo 2017).

Conosciamo le difficoltà e le incertezze del sistema definito dall’Unione europea frutto dei Trattati successivi a quello di Roma e da ultimo, del Trattato di Lisbona (che non a caso ha ridotto al minimo quanto poteva derivare dall’impostazione di una costituzione europea, che si tentò di scrivere a partire dalla Convenzione avviata a Roma nel 2004).

È indubbio che gli strumenti utilizzati per avvicinare i paesi europei (basandosi sui quattro principi della libertà di circolazione delle persone, delle imprese, delle merci e dei capitali, coordinati dall’affermazione della libera concorrenza e del mercato), manifestano le gravi insufficienze, anche sul piano della democrazia, che l’ordinamento europeo manifesta (con la palese contraddizione di una moneta unica non accompagnata da un ordinamento politico unitario). Ma non c’è dubbio che solo il recupero dello spirito iniziale, che ha suggerito la nascita delle comunità europee potrà rendere efficace la via della democrazia europea. Si tratta di recuperare il valore simbolico e politico, in particolare del Trattato Ceca (quando si volle superare i precedenti conflitti, trasformando l’industria bellica al confine tra la Germania e la Francia in un’industria di pace, affrontando anche la possibilità di una gestione diretta dei problemi sociali posti dalla fine di un’economia di guerra e individuando anche le linee di una visione solidale della società europea): in quella esperienza si ritrova anche l’affermazione di uno Stato sociale europeo e dei relativi diritti inviolabili, che costituiscono l’unico presupposto sul quale si potrà recuperare il percorso unitario della nostra regione ricca di valori economici e di valori di cultura.

La nostra Costituzione costituisce un punto di riferimento per l’apertura verso l’estensione di tali valori, come dimostra il “percorso comunitario” – per quanto faticoso –effettuato dalla nostra Corte costituzionale nel giungere a consentire l’attuazione diretta delle norme eurounitarie, anche mediante l’accettazione dell’introduzione diretta nel nostro sistema dei principi elaborati dalla Corte di Giustizia dell’Unione europea.

Un’apertura all’integrazione europea che non può che fondarsi, come di fatto si fonda, sui diritti inviolabili e sui principi di solidarietà, rafforzati di recente dal Trattato di Lisbona sia con l’art. 2 (*“l’Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell’uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini”*) sia dall’attribuzione di efficacia giuridica alla Carta dei diritti proclamata a Nizza nel 2000 (art.6,

comma 1, del TUE); nonché al riconoscimento dei diritti dichiarati dalla Convenzione europea del diritti dell'Uomo (art. 6 ,commi 2 e 3, del TUE).

Sub c.3)

4.3 – A proposito di quest'ultima vicenda, non è senza significato che la giurisprudenza della Corte costituzionale si sia inserita ormai in modo stabile nel dialogo tra le Corti (oltre alla nostra Corte costituzionale, e alle altre Corti costituzionali dei paesi europei, sono decisivi gli orientamenti della Corte di Giustizia dell'Unione europea e della Corte europea sui diritti dell'Uomo). La Corte costituzionale, insieme alle altre Corti, garantisce la tutela multilivello dei principi fondamentali, sviluppando in modo fermo quel collegamento stretto fra i principi della nostra Costituzione e i principi delle civiltà occidentali che sono alla radice della nostra Carta costituzionale.

In questo dialogo risulta importante l'affermazione della Corte sulla presenza di “controlimiti” – costituiti dai principi fondamentali, gerarchicamente superiori all'interno delle altre norme costituzionali – che permettono alla nostra Carta di mantenere fermi i valori di civiltà anche al di là delle prudenze o delle insufficienze delle Carte internazionali.

Si tratta di un capitolo ancora tutto da sviluppare da parte della giurisprudenza della Corte (ma è significativa la sentenza n. 238 del 2014, che ha riconosciuto come principio fondamentale e controlimite rispetto addirittura allo Statuto delle Nazioni Unite, firmato a San Francisco il 26 giugno 1945, il diritto alla tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali, affermando l'impossibilità di negare la giurisdizione sulle azioni di risarcimento danni per crimini contro l'umanità).

4.4 – L'interprete della Costituzione deve quindi oggi tener conto della necessità di utilizzare gli strumenti del diritto internazionale e del diritto europeo e soprattutto della giurisprudenza delle Corti internazionali e delle Corti europee.

Anche rispetto alle norme dei Trattati dell'Unione e rispetto alle norme della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, esiste un obbligo di interpretazione conforme da parte dei giudici ordinari. Si tratta di un metodo che, non solo nel dialogo tra le Corti, ma anche nell'elaborazione della giurisprudenza comune costringe all'utilizzo di nuovi strumenti interpretativi e nuovi concetti.

Il diritto costruito dal basso - a partire dai diritti dell'Uomo, costruito dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea e dalla Corte Cedu - implica l'utilizzo di nuovi strumenti e di una nuova preparazione dell'interprete, che non si può limitare a costruire le deduzioni logiche dai dati legislativi, ma deve avere un nuovo equilibrio e una nuova capacità nel muoversi tra i vari poli delle fonti del diritto.

Lo Stato costituzionale è un Stato in cui la sovranità perde ogni centralità; è uno Stato che si muove in un sistema plurale e policentrico: si ritorna alla definizione della costituzione che si può far risalire alla nota frase con la quale un giurista inglese del 1600 (Coke) descriveva la “Magna

Charta”: *“Magna Charta is such a fellow that he will have no sovereign”* (la Costituzione è quindi quella cosa che non riconosce alcun sovrano: si tratta del principio affermato in modo chiaro dal secondo comma dell’art. 1 della nostra Costituzione *“la sovranità appartiene al popolo”* ma essa deve essere esercitata *“nelle forme e nei limiti della Costituzione”*).

Ma l’assenza di un centro sovrano a cui fare riferimento implica, per l’interprete, l’utilizzo di principi nuovi e di difficile definizione: il principio di effettività nell’affermazione dei diritti; il principio di proporzionalità e di ragionevolezza nel valutare gli interventi normativi diretti ad attuarli; il principio di sussidiarietà nella individuazione dei livelli di governo in grado di attuare i principi fondamentali della Costituzione; il principio di equità nel definire in concreto le controversie giudiziarie sulla base dell’interpretazione dei principi costituzionali.

La nostra Costituzione diventa quindi un elemento essenziale per guidare l’interprete in relazione alla nuova complessità del sistema giuridico e per trovare le linee guida per elaborare i criteri di unificazione del sistema e superare le frammentazioni della società investita e arricchita delle nuove tecnologie e delle nuove istanze sociali.

5 – In conclusione

L’evoluzione della nostra Carta costituzionale segnala un passaggio epocale che caratterizza la più recente evoluzione del fenomeno giuridico dal diritto positivo e dai principi della certezza del diritto, propri dello Stato liberale e dello stesso Stato sociale, ai principi e i diritti dello Stato costituzionale: ci si avvia verso un ordinamento che riconosce i principi di civiltà dei diritti inviolabili dell’uomo e i principi di solidarietà, che devono presiedere a ogni tipo di convivenza nel nostro villaggio globale, in un contesto del tutto nuovo, quello appunto dello Stato costituzionale.

In tale contesto, il giurista deve trovare i criteri obiettivi per effettuare il corretto bilanciamento dei valori di civiltà: i diritti inviolabili, da un lato, e i principi di solidarietà, dall’altro. Si tratta di un’opera difficile di integrazione e di utilizzo di quei nuovi criteri, indispensabili per una corretta applicazione dei principi, elaborati dalle Corti, di cui ho sopra fatto cenno.

Tra questi criteri il più importante che occorre acquisire è appunto quello del “bilanciamento” tra i valori costituzionali: una vera e propria nuova frontiera verso la quale da qualche tempo i giuristi sono chiamati ad orientarsi.

Come ha chiarito la Corte, in una sentenza particolarmente nota in materia di tutela dell’ambiente (la sentenza n. 85 del 2013, sul caso Ilva), *“tutti i diritti fondamentali della Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre «sistematica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l’illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe «tiranno» nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona”*.

Non è quindi possibile affermare “una «rigida» gerarchia tra i diritti fondamentali. La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra i principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come «primari» dei valori dell’ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale”.

Il giurista deve quindi avere una cultura capace di comprendere i criteri del bilanciamento, deve essere in grado di verificare come il legislatore possa esercitare la sua discrezionalità, nell’effettuare il bilanciamento tra i valori costituzionali, senza superare i limiti della necessità, della sufficienza e dell’adeguatezza nell’attuazione dei diritti (sul tema sono molto chiare le indicazioni di F. Morrone, nella voce “Bilanciamento” in *Annali dell’enciclopedia del diritto*): si tratta di verificare l’esito di tale operazione da parte dei giuristi e dei giudici, con la verifica finale delle congruità delle soluzioni di bilanciamento, in rapporto alla realtà sociale, che, in ultima istanza, spetta alla Corte costituzionale (a quello che Paolo Grossi ha definito “l’organo respiratorio del nostro ordine giuridico”, proprio per questa capacità di verificare in continuo la relazione dialettica tra la Costituzione scritta e la Costituzione non scritta – quella leggibile nella realtà sociale che le sue norme e i suoi principi esprimono): ed il ruolo delle Corti costituzionali, come organi di chiusura del sistema, costituisce uno dei più importanti caratteri dello Stato costituzionale.

Si tratta, in conclusione, di avere strumenti per essere capaci di svolgere il ruolo del giurista (la missione o il mestiere di giurista) attraverso quell’analisi delle radici più profonde e più stabili della vita sociale che non sono date esclusivamente dalla decisione politica del legislatore, ma sono collegate con la storia e le tradizioni culturali della comunità in cui il diritto è chiamato a costruire le regole della convivenza. Una capacità di analisi e una ricerca di equilibrio nella valutazione della realtà concreta da disciplinare che trova nella Costituzione la guida più sicura in cui ciascun giovane studioso del diritto può orientarsi.

In questo nuovo contesto, che abbiamo ormai definito con i caratteri dello Stato costituzionale, occorre ritrovare in ciascuno di noi quello spirito costituente, quella coscienza costituente che ci fa dire ancora una volta che “la Costituzione siamo noi”.

E’ quello che auguro a tutti voi di cercare e di ritrovare, nel proseguire i vostri studi; certo che avrete, nei docenti del nostro Dipartimento e della nostra Scuola di giurisprudenza, guide capaci e consapevoli.

La origen del amparo mexicano y la evolución de los institutos de tutela de los derechos fundamentales en el continente americano*

Giancarlo Rolla*

Sumario: 1. Características del constitucionalismo latinoamericano: desde el período de la independencia al “neo constitucionalismo”. 2. El amparo mexicano: el nacimiento de un prototipo e los coetáneos recursos europeos para la tutela de los derechos fundamentales. 3. La circulación y hibridación del modelo mexicano en América latina. 4. Algunas consideraciones finales sobre el papel de los jueces en la tutela de los derechos fundamentales.

1. Características del constitucionalismo latinoamericano: desde el período de la independencia al “neo constitucionalismo”

La evolución del constitucionalismo en América latina puede ser dividida en dos etapas: el período de la independencia e la afirmación de el “neoconstitucionalismo” latinoamericano.

La primera, si se sigue la opinión de uno de los principales constitucionalistas, se distingue por algunas características como la heterogeneidad, la no originalidad y la peculiaridad¹²⁵⁰. La heterogeneidad se produjo, una vez desapareció la homogeneidad impuesta en el período colonial, al pasarse de la unidad política del *Reino de las Indias* a una pluralidad de subsistemas constitucionales, diferentes aunque comparables, representados por México y Centroamérica, Venezuela y Colombia, Brasil, Argentina y Uruguay, Perú y Chile.

La no originalidad deriva, fundamentalmente, de los lazos estrechos y duraderos que unieron el continente latinoamericano a la cultura jurídica española a causa de la experiencia colonial, pero también al constitucionalismo liberal europeo y norteamericano. A este propósito de la primera característica la doctrina alude a un fenómeno de infiltración subterránea, desde el momento en que tres siglos de dominación política no podían no dejar una señal indeleble en la cultura del continente. Desde el punto de vista del Derecho Constitucional, la común trayectoria jurídica de España y la colonia culminó en la experiencia de las *Cortes de Cádiz*, cuya influencia cultural y política fue mucho más allá del período de tiempo limitado de su vigencia. Se trató de la primera apertura a las ideas del constitucionalismo liberal moderado; y todavía hoy la Constitución de 1812 es considerada “el primer y único intento que realizó la clase política

* Contributo sottoposto a double blind peer review

* Professore ordinario di Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Genova.

¹²⁵⁰ Cfr., D. GARCIA BALAUDE, *¿Existe un espacio público latinoamericano?*, en *Estudios constitucionales*, 2003, p. 65.

española conjuntamente con América, de crear una comunidad hispánica de naciones, una verdadera *commonwealth*¹²⁵¹.

Pero también fue determinante la influencia de las revoluciones liberales de finales del siglo XVIII que marcaron la crisis del Estado absoluto y la afirmación del Estado constitucional de derecho. Dentro del impulso revolucionario producido por los movimientos de independencia, las ideas liberales dejaron huellas evidentes en los primeros textos constitucionales de América latina, que se dirigen, sobre todo, a la introducción de correctivos a la concentración del poder, bien a través del reconocimiento del principio de la separación de poderes, bien mediante el criterio de la alternancia en el gobierno en virtud de la prohibición de reelección de los cargos.¹²⁵² Asimismo, se reconocieron la afirmación de la soberanía popular y el principio representativo, así como los tradicionales derechos del individuo.¹²⁵³ Es el caso, por ejemplo, de la Constitución de Venezuela cuyos primeros tres artículos parecen reproducir muchos preceptos de la Declaración francesa de los derechos y de las libertades¹²⁵⁴.

Sin embargo, si bien no hay duda de que América Latina ha participado plenamente “del pensamiento filosófico y político del mundo moderno y civilizado, mediante el orden constitucional”¹²⁵⁵, es igualmente cierto que ello se produjo sobre la base de un original proceso, en el sentido de que las soluciones constitucionales introducidas en la fase de independencia contenían significativos elementos de diferenciación respecto a la experiencia contemporánea europea. Esto ha permitido sostener que “Europa es la matriz, pero América Latina es una realidad propia”¹²⁵⁶. No hay que olvidar que la introducción de instituciones propias del constitucionalismo norteamericano y francés en una cultura institucional distinta ha generado resultados muy diferentes en comparación con los prototipos de referencia, como claramente pone de manifiesto la parábola del federalismo y del presidencialismo en América Latina.

Además, los ordenamientos republicanos se calificaron como representativos –si bien bajo un sufragio restringido–, aunque nunca lograron llegar a ser verdaderamente democráticos. Mientras, los cambios relativos a las estructuras institucionales no fueron acompañados de una

¹²⁵¹ Con respecto a la influencia de la Constitución de Cádiz: B. CLAVERO, *Anual de historia constitucional de España*, Madrid, 1989; J. GARCIA LAGUARDIA, *Orígenes de la democracia constitucional en Centro América*, S. José, 1976; F. FERNANDEZ SEGADO, *España e Iberoamérica: una recíproca permeabilidad constitucional*, en *La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano*, Madrid, 2003, pp.13ss; M.REVENGA SÁNCHEZ, P.BIGLINO CAMPOS (coord.), *Las huellas de la Constitución de Cádiz*, Valencia, 2014; A. RAMOS SANTANA, *La Constitución de Cádiz y su huella en América*, Cádiz, 2011; J.M.GARCIA LAGUARDIA, *La Constitución de Cádiz y su influencia en América : 175 años 1812-1987* San José, 1987.

¹²⁵² El principio del poder limitado se encuentra, por ejemplo, en los arts. 13 y 14 de la Constitución de Perú de 1839, en el Título V, art. 2 de la Constitución de Venezuela de 1819, en el art. 22 de la Constitución de Argentina de 1853, o en el preámbulo de la Constitución de Chile de 1828.

¹²⁵³ Véase: art. 40 de la Constitución de México de 1917, art. 12 de la Constitución de Perú, art. 1 de la Constitución argentina, y el art. 21 de la Constitución chilena.

¹²⁵⁴ Art.1: “Son derechos del hombre la libertad, la seguridad, la propiedad, y la igualdad. La felicidad general que es el objeto de la sociedad, consiste en el perfecto goce de estos derechos”. Art.2: “La libertad es la facultad que tiene cada hombre de hacer cuanto no esté prohibido por la ley. La ley es la única regla a que debe conformar su conducta”. Art.3: “La expresión libre y soberana de la voluntad general manifestada de un modo constitucional, es lo que constituye una ley. Ella no puede mandar sino lo justo y útil; no puede prohibir sino lo que es perjudicial a la sociedad ni puede castigar sino al criminal”.

¹²⁵⁵ Así: H. GROSS ESPIELL, *El constitucionalismo latinoamericano y la codificación en el siglo XIX*, en *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, 2002, p.149.

¹²⁵⁶ Véase: D. GARCÍA BALAUNDE, *¿Existe un espacio público latinoamericano?*, cit., p.66.

sustancial penetración de los valores y de los principios del constitucionalismo. En consecuencia, la historia constitucional de América Latina -inmediatamente después de la fase independentista- evidencia un progresivo alejamiento del espíritu (más que de la letra) del constitucionalismo europeo.

Para contra, la reciente evolución constitucional de numerosos ordenamientos manifiesta la discontinuidad que separa las vigentes Constituciones de aquéllas del pasado, como las novedades que se produjeron en la evolución del pensamiento jurídico, hasta tal punto que la doctrina ha acuñado un neologismo al aludir al “neoconstitucionalismo” latinoamericano¹²⁵⁷.

Los rasgos esenciales de este cambio se pueden observar, principalmente, a través de tres elementos: la aparición de una idea diversa de Constitución, el perfeccionamiento de las técnicas de codificación de los derechos fundamentales, la afirmación de la justicia constitucional.

Desde el prisma de la teoría de la Constitución se asiste a una profunda novedad derivada del surgimiento de la idea normativa de la Constitución, como vínculo jurídico sancionable frente a todos los poderes públicos¹²⁵⁸. Las Constituciones ya no se consideran sólo un documento preferentemente político y programático, sino que son un conjunto de normas supremas susceptibles de inmediata y directa aplicación; no representan un manifiesto político, un “canal de comunicación” de ideologías y principios institucionales,¹²⁵⁹ sino más bien un parámetro para evaluar la legitimidad de los hechos y las conductas realizadas por todo los poderes constituidos. Se afirma la primacía de la Constitución y su respeto se convierte en parte necesaria del principio de legalidad, de lo que deriva una progresiva jurisdiccionalización del derecho constitucional que marcará el cambio definitivo del *Derecho político* al *Derecho constitucional*: es decir, de la idea de garantía política de la Constitución a la de justicia constitucional.

Un segundo elemento novedoso del “neoconstitucionalismo” de América latina se refiere a la mejora y depuración de las técnicas de codificación y de garantía de los derechos fundamentales. Ante todo, se pone en evidencia la conciencia de la estrecha integración existente entre la democracia y los derechos: diversas Constituciones –en el preámbulo o en disposiciones especiales- configuran el Estado democrático como la única forma de organización política capaz de asegurar los derechos y la dignidad de la persona, y consideran el respeto de los derechos de la persona como un límite al ejercicio de la soberanía¹²⁶⁰.

¹²⁵⁷ Así, D. VALADES, *El nuevo constitucionalismo iberoamericano*, en F. FERNANDEZ SEGADO (coord.) *La Constitución de 1978 y el Constitucionalismo iberoamericano*, cit., pp.471 ss. Véase también: AA.VV., *El nuevo derecho constitucional latinoamericano*, Caracas, 1996; D. VALADÉS - M. CARBONELL (coord.), *Constitucionalismo iberoamericano del siglo XXI*, México, 2000; E. DE LA TORRE VILLAR – G. GARCÍA LAGUARDIA, *Desarrollo histórico del constitucionalismo hispanoamericano*, México, 1976; B. BRAVO LIRA, *El Estado constitucional en Hispanoamérica, 1811-1991*, México, 1992; C. BERNAL PULIDO, *El neoconstitucionalismo a debate*, Bogotá, 2006; M. CARBONELL, *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*, Quito, 2011.

¹²⁵⁸ Sobre el valor normativo de la Constitución son fundamentales los trabajos de: V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milán, 1954; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1985.

¹²⁵⁹ H. GROS ESPIELL, *El constitucionalismo latinoamericano y la codificación en el siglo XIX*, en *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, 2002, p.149 define los documentos constitucionales del primer constitucionalismo como “un ideal, como un necesario instrumento para el cambio y para el logro de los principios y objetivos políticos que idealmente proclamaban”.

¹²⁶⁰ Así, las Constituciones de Venezuela, Brasil, El Salvador y Guatemala. A su vez, el art. 5.2 de la Constitución de Chile considera que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Mientras, el art. 1 de la Constitución de Perú y el art. 59 de la Constitución hondureña afirman solemnemente que “la persona

Desde la perspectiva de la técnica de codificación de los derechos, las Constituciones latinoamericanas parecen todas favorables a la especificación de las situaciones subjetivas reconocidas como derechos. Esta elección responde a una función de garantía, tanto en los ordenamientos constitucionales donde no hay órganos jurisdiccionales profesionales y dotados de un estatus constitucional de autonomía e independencia del poder político, como en aquellos otros donde la representación política no siempre está dispuesta a salvaguardar la sustancia de los derechos constitucionales de la persona. De hecho, esta técnica de codificación ofrece parámetros más detallados para la actividad interpretativa de los jueces y para la actividad específica del legislador, lo que permite, por un lado, sortear la inercia de las asambleas legislativas y, por otro lado, limitar la actividad pretoriana de los jueces.

En el pasaje del primero constitucionalismo al “neoconstitucionalismo” se produjo, finalmente, un tránsito desde las teorías de la defensa política de la Constitución – inspiradas en la Francia revolucionaria-, hacia las primeras configuraciones de justicia constitucional en forma de *judicial review* de inspiración norteamericana, mientras en las últimas décadas se asiste a una creciente influencia de los sistemas de justicia constitucional de inspiración europea, caracterizados por un control concentrado y abstracto, y por la posibilidad de que los Tribunales Constitucionales sancionen con efecto *erga omnes* las normas contrarias a la Constitución.

Las tendencias históricas antes mencionadas en materia de control de constitucionalidad – defensa política, *judicial review*, control concentrado– han llegado finalmente a combinarse en tiempos recientes para generar diversas formas de “contaminación”¹²⁶¹, en una especie de *patchwork* constitucional que representa para el comparatista un verdadero laboratorio de fórmulas peculiares de justicia constitucional¹²⁶².

En la evolución de los recursos directos a tutela de los derechos constitucionales – en el tránsito a la justicia constitucional una ubicación de parteaguas entre las dos etapas del constitucionalismo americano asegura la Constitución de Querétaro, cuyo art.103 afirma que los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite por leyes o actos de la autoridad que viole la garantías individuales.

humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla. La dignidad del ser humano es inviolable”.

¹²⁶¹ Para posteriores consideraciones: G. ROLLA, *Indirizzo politico e Tribunale costituzionale in Spagna*, Nápoles, 1986, pp.40 ss. Véase también: F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La justicia constitucional ante el siglo XXI*, Bolonia, 2000; A.CANOVA GONZÁLEZ, *Rasgos generales de los modelos de justicia constitucional en derecho comparado : Europa actual*, en *Revista de Derecho Constitucional*, Caracas, 2003 pp. 75ss; L.PEGORARO, *La circulación, la recepción y la hibridación de los modelos de justicia constitucional*, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2002, pp. 393 ss; R.SCARCIGLIA, *La justicia constitucional además de los modelos históricos : metodología comparada y perspectivas de análisis*, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2013, pp. 325 ss.

¹²⁶² Sobre las características generales de la justicia constitucional en América latina, véanse: F. FERNANDEZ SEGADO, *La jurisdicción constitucional en América latina*, Montevideo, 2000, pp.5 ss.; IDEM, *Du contrôle politique au contrôle juridictionnel. Evolution et apports de la justice constitutionnelle ibérico-américaine*, en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, XX, 2004, pp.11 ss.; E. PRAELI, *Los tribunales constitucionales en la región andina: una visión comparativa*, en *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, Madrid, 2000, pp. 43 ss.; H. NOGUEIRA ALCALA, *Los Tribunales constitucionales de Sudamérica a principios del siglo XXI*, in *Ius et praxis*, 2003, 2, pp. 59 ss.; H. FIZ ZAMUDIO, *La justicia constitucional en América Latina*, en *Lecturas constitucionales andinas*, Lima, 1991; E. FERRER MAC- GREGOR, *Los Tribunales constitucionales en Iberoamérica*, México, 2000; D. GARCIA BALAUDE, *Tribunales Constitucionales en América Latina*, en *Revista de Derecho Político*, Madrid, pp. 309 ss.

2. El amparo mexicano: el nacimiento de un prototipo e los coetáneos recursos europeos para la tutela de los derechos fundamentales

El proceso histórico que ha dado vida al prototipo del recurso de *amparo* en América Latina - el denominado *juicio de amparo mexicano*- no parece lineal: está influenciado, a un lado, por el segmento histórico constituido por la dominación española y por algunas de sus instituciones históricas, pero, contemporáneamente, por la “fascinación” constituida por la cultura constitucional francesa, del Reino Unido y de los Estados Unidos de América.

El condicionamiento cultural ejercido por España ha sido determinante para plasmar la identidad de América Latina: ha dado vida a una especie de *infiltración subterránea* tan profunda que no podía no incidir en el debate constitucional en materia de *amparo*. En particular, fue influenciado por algunas instituciones típicas del derecho español, como el *amparo colonial*, la *justicia mayor* del Reino de Aragón o el juicio de responsabilidad afrontado en algunas sesiones de las Cortes de Cádiz.

El derecho colonial, que reconocía el valor del derecho natural y consuetudinario, preveía la posibilidad de presentar recursos ante el Rey o el Virrey para recibir protección en el caso en que las normas legales estuvieran en conflicto con los principios del derecho natural o consuetudinario. Se trataba de instituciones heterogéneas, no reguladas de modo sistemático, que hundían sus raíces en el Derecho foral medieval: como en el caso de la petición al Rey o del recurso por incompetencia constitucional con el cual un individuo que se consideraba lesionado por una determinación del virrey podía dirigirse a un órgano colegial (la Audiencia) para que juzgara si había ido más allá de sus competencias.

Además, la doctrina identifica un antecedente histórico del *amparo* en el recurso que podía ser presentado al Virrey contra actos ilegítimos de los poderes públicos o de una persona que se encontraba en una posición de superioridad en razón de su posición social: no es casual que se suela apelar a un primer ejemplo conocido de *amparo* la petición por parte de un grupo de indios que reivindicaba la restitución de tierras que poseían sus antepasados y que perdieron después de la conquista colonial¹²⁶³.

Según los históricos del derecho, un antecedente histórico del amparo está representado también por la institución aragonesa de la *justicia mayor* que presenta algunas similitudes con la casi contemporánea institución inglesa del *habeas corpus*: se trataba de una jurisdicción de mediación entre el Rey y los nobles con la tarea primaria tanto de asegurar el respeto de los privilegios y de los *fueros* pactados entre estos últimos y la Corona, como de juzgar en materia de delitos de los *caballeros*, de los funcionarios públicos y de los diputados del reino acerca de la

¹²⁶³ Véase A. LIRA GONZÁLEZ, *El amparo colonial y el juicio de amparo mexicano*, México, 1972.

denuncia de cualquier sujeto interesado¹²⁶⁴. El derecho de petición para la tutela de los derechos nace, por tanto, en estrecha conexión con el principio de responsabilidad de los poderes públicos.

Un tercer antecedente histórico del recurso de *amparo* – reconducible también a la tradición jurídica colonial – puede ser identificado en el juicio de responsabilidad por infracción de la Constitución: una institución ampliamente discutida por las Cortes de Cádiz y, más tarde, codificada en la Constitución de 1824.

El art. 372 de la Constitución de Cádiz pedía a las Cortes que tomaran en consideración las infracciones de los preceptos constitucionales y a que les pusieran remedio de modo tal que fuera efectiva la “responsabilidad de los contraventores”; a su vez, el art. 243 del mismo texto constitucional prohibía tanto al Rey como a las Cortes el ejercicio bajo cualquier forma de las funciones de naturaleza jurisdiccional. El análisis sistemático de las dos disposiciones exigía la identificación de un nuevo órgano y un nuevo procedimiento para conferir efectividad a las disposiciones constitucionales: tal objetivo ocupó los trabajos de diferentes sesiones de las Cortes y se concretó también en algunos proyectos de ley, que no consiguieron ser aprobados.

Tal petición, sin embargo, no cayó en saco roto, desde el momento en que fue retomada y concretizada por los constituyentes mexicanos de 1824, los cuales introdujeron procedimientos diferenciados según si la violación de la Constitución era obra de órganos constitucionales (del Presidente de la federación y de sus ministros, de los Gobernadores de los Estados), de los miembros de la Corte Suprema de justicia o de los funcionarios públicos. En el primer caso, los artículos 38 y ss. de la Constitución reservaban a cada una de las dos Cámaras la competencia para decidir “en calidad de gran jurado” y preveían que éstas, una vez hubieran comprobado la lesión, debían suspender la acusación y llevar al acusado ante la Corte Suprema de justicia, que sería el juez competente para ese caso. Si, en cambio, la lesión constitucional era obra de los jueces de la Corte Suprema de justicia, el órgano encargado de juzgar estaba formado por un colegio cuyos componentes eran elegidos a suerte, entre un grupo expresamente formado para ello, por parte de la Cámara de los diputados más allá de su seno.

A su vez, el art. 163 de la Constitución imponía que todos los funcionarios debían prestar juramento de fidelidad a la Constitución y a las leyes constitucionales y pedía a la ley la competencia para hacer efectiva su responsabilidad. Para tal fin, el reglamento interno del Congreso, en los arts. 140 y ss., confiaba a un Gran Jurado – compuesto por tres miembros y un secretario sorteados entre dieciséis componentes elegidos por cada una de las Cámaras – la tarea de recibir todos los recursos y de desarrollar secretamente la necesaria actividad de instrucción, que terminaba con la aprobación de un *expediente* que debía ser leído al reo, quien tenía la facultad de defenderse. Por tanto, el Gran Jurado debía presentar su propuesta a la Cámara, la cual –

¹²⁶⁴ Para una reconstrucción de tal experiencia histórica se reenvía a V. FAIRÉN GUILLÉN, *Consideraciones sobre el proceso aragonés de “manifestación de personas” en relación con el “habeas corpus” británico*, en *Temas del ordenamiento procesal*, I, Madrid 1969, pp. 131 ss.; Id., *Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo*, México 1971; A. BONET NAVARRO, *Procesos ante el justicia de Aragón*, Zaragoza 1982.

después de una discusión contradictoria con la defensa – podía decidir activar una causa de responsabilidad, confiando al presunto reo al juez competente¹²⁶⁵.

La solución identificada por este documento constitucional – por cuanto sea compleja – parece interesante en la medida en que muestra las dos “almas” del debate en tema de juicio de *amparo*: la que está más ligada a la idea francesa de la defensa política de la Constitución, y la estadounidense, favorable a reconocer a los jueces tareas de control y de garantía. Así como parece anticipar algunos procedimientos de “justicia política” aún hoy presentes.

La capacidad de “infiltración subterránea” manifestada por la tradición jurídica colonial se mezcla, en un contexto abierto a la influencia de culturas provenientes del extranjero, con la fuerza atrayente ejercida por el pensamiento constitucional francés (la defensa política de la Constitución y la responsabilidad de los electos), norteamericano (la *judicial review*) e inglés (el *habeas corpus*)¹²⁶⁶.

El pensamiento francés ejerció una influencia particular en las primeras fases de evolución de la institución del amparo. Piénsese, por ejemplo, en la solución adoptada por la Ley constitucional mexicana de 1836, que instituyó un Poder Supremo Conservador, que se inspiraba en el *Sénat Conservateur*: un órgano de nominación política que tenía la tarea, entre otras cosas, de declarar la nulidad de una ley o de un decreto por violación de la Constitución en los dos meses sucesivos a su adopción.

La *vis* atractiva de la tradición constitucional de *common law* puede ser sintetizada en la afirmación de instituciones procesales que superan los límites del tradicional derecho de petición y hacen virar decididamente la rueda de los recursos para la tutela de los derechos de los órganos políticos hacia los jurisdiccionales. Gracias también a la difusión del pensamiento de Tocqueville – cuyo volumen *La democracia en América* fue publicado en México en 1837 – y la apreciación manifestada por la institución de la *judicial review*, la regulación del recurso de amparo manifestó una orientación favorable a confiar al poder judicial federal la competencia para decidir acerca de lesiones de derechos fundamentales alegadas: codificado, primero, en la Constitución del Estado de Yucatán de 1841, y después a nivel federal en el *Acta de reformas constitucionales* de 1847.

La influencia de las garantías procesales del derecho inglés suscitaron intereses también más allá de los límites de los Estados Unidos de México. Basta considerar, por un lado, que ya durante los trabajos preparatorios de las Cortes de Cádiz, en la sesión de 1810, fue instituida, a propuesta de uno de los representantes de la Capitanía General de Guatemala, una comisión con la tarea de redactar un proyecto de ley que recalcase el *habeas corpus* tal y como era conocido en Inglaterra y, por otro lado, que ante el problema de identificar un procedimiento capaz de hacer

¹²⁶⁵Cfr. J. BARRAGAN BARRAGAAN, *El juicio de responsabilidad en la Constitución de 1824: antecedente inmediato del amparo*, México 1978; Id., *Algunos documentos para el estudio del origen del juicio de amparo*, México 1987.

¹²⁶⁶Acerca de la influencia de los principios del constitucionalismo liberal en la fase de la independencia en América Latina, véase H. FIX-ZAMUDIO, *Influencia del derecho angloamericano en la protección de los derechos humanos en América Latina*, en Id., *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*, México 1988, pp. 131 ss.; A. BREWER CARÍAS, *Los derechos humanos en Venezuela: casi 200 años de historia*, Caracas 1990, p. 54.

efectivas las primeras Declaraciones de derechos, instituciones asimilables al *habeas corpus* inglés fueron introducidas por primera vez en Brasil por el código penal de 1830 (arts. 138 y 184) y, por tanto, en las Constituciones de Costa Rica (1847), El Salvador (1872) y Guatemala (1879)¹²⁶⁷.

En efecto la institución del *habeas corpus* poseía muchas características funcionales a los objetivos y a las exigencias de los constitucionalistas mexicanos. Suscitaba interés su capacidad de modificar progresivamente su naturaleza: concebida inicialmente como una prerrogativa regia gracias a la cual la Corona podía reivindicar el ejercicio de la función jurisdiccional y ejercer un control sobre las cortes locales ha asumido sucesivamente una función de garantía contra los arrestos arbitrarios. En tiempos más recientes, ha ampliado su ámbito de tutela que, desde el campo penal, se ha extendido – con la *Habeas corpus Act* de 1816 – a todos los casos en los que un individuo ha sido limitado en su libertad¹²⁶⁸.

Además, se apreciaba la funcionalidad de un instrumento procesal que preveía tanto un recurso (*writ*) ante la autoridad judicial por parte de cualquier individuo que considerase que se había lesionado alguno de sus derechos constitucionales, como la obligación por parte del juez de decidir sobre la base de un “proceso justo”.

La mezcla entre tradiciones del pasado, influencias externas y elementos peculiares del pensamiento político propio del periodo de la independencia dieron al proceso de codificación del recurso de amparo un carácter totalmente original, desde el momento en que las soluciones adoptadas terminaron por diferenciar notablemente tal institución respecto de las experiencias europea y americana coetáneas. La evolución – como todas las navegaciones en alta mar – no fue fácil en absoluto, ni lineal, sino que más bien fue el resultado de un recorrido lento, problemático y segmentado por etapas¹²⁶⁹.

La etapa inicial puede ser identificada en el *Decreto constitucional para la libertad de la América Mexicana* de 1814, que, después de haber codificado un catálogo de derechos y de garantías individuales, reconocía en el art. 127 el derecho de todo ciudadano a presentar en las Cortes reclamaciones en caso de violación de la Constitución. Se trataba, evidentemente, de un reconocimiento de principio, que no se separaba de la tradición española de la petición a la autoridad.

Una paso adelante fue cumplido con la aprobación de la Constitución federal de 1824, la cual, afrontando el tema de la defensa de la Constitución, optó por un sistema “mixto”: que atribuía, por un lado, al Congreso la tarea de resolver las dudas acerca de la interpretación de la Constitución (art. 164) y reconocía, por otro lado, la competencia de la Corte Suprema en relación con las violaciones de la Constitución y de las leyes generales (art. 137).

¹²⁶⁷ Véase A. COLOMER VIADEL, *Introducción al constitucionalismo iberoamericano*, Madrid 1990.

¹²⁶⁸ Sobre el carácter histórico del *habeas corpus* y su evolución: W. F. DUKER, *A Constitutional History of Habeas Corpus*, Westport 1982; R. J. SHARPE, *The Law of Habeas Corpus*, Oxford 1989.

¹²⁶⁹ Véase H. FIX-ZAMUDIO, *Evolución y perspectivas de derecho de amparo mexicano y su protección supranacional*, en *Revista jurídica de Macau*, 1999, pp. 12 ss.

Tal solución es ingeniosa e interesante en cuanto pone al lado de la tradición jurídica española una apertura a las teorías norteamericanas en materia de la función de los jueces en cuanto garantes del respeto de la Constitución: tal influencia, sin embargo, tuvo una vida temporalmente circunscrita, desde el momento en que apenas dos años más tarde el Congreso, considerando que no era oportuno atribuir a la Corte Suprema una competencia en esta materia, sustrajo el control de constitucionalidad a la órbita del poder judicial, optando de nuevo por una solución coherente con la tradición española y francesa. Tal convencimiento fue, poco después, reforzado por la Ley constitucional de 1836 que atribuía la tarea de declarar la nulidad de una ley o de un decreto por violación de la Constitución a un órgano de nominación política, el Supremo Poder Conservador.

Sin embargo, los resultados negativos de tal experiencia indujeron al legislador mexicano repensar las modalidades con las que garantizar el respeto de los derechos fundamentales por parte de los poderes públicos: como atestigua, en ámbito estatal, la Constitución del Estado de Yucatán de 1841 y, a nivel federal, la propuesta de revisión constitucional presentada por la minoría de la Comisión constituyente, favorable a la atribución a la Corte Suprema de competencias en materia de derechos violados por el Parlamento y el ejecutivo.

Iniciaba de esta manera a tomar forma y sustancia el “prototipo” del recurso de amparo¹²⁷⁰.

La doctrina concuerda en la atribución de un rol determinante en la evolución de tal institución al voto particular presentado por el diputado Mariano Otero durante el debate constituyente que llevó a la aprobación del *Acta de reformas constitucionales* de 1847¹²⁷¹. Este jurista-moviéndose del reconocimiento de la posición de supremacía de la Constitución respecto a las otras fuentes del derecho y de la consiguiente grave responsabilidad jurídica en la que incurren todos aquellos que lesionan los derechos constitucionales- diferenciaba el procedimiento según cuál fuese la fuente que producía la lesión.

Si la lesión constitucional era obra de la ley, el poder de anulación tendría que haber sido reconocido al legislador federal frente a las leyes estatales y a la determinación de la mayoría de los parlamentos estatales en el caso de ley federal. Si, en cambio, los derechos eran conculcados por un acto reglamentario o administrativo la propuesta de Otero preveía un procedimiento articulado: la Cámara de los diputados actuaba en calidad de Gran Jurado y declaraba, con

¹²⁷⁰Para unas consideraciones más amplias acerca de la formación histórica del recurso de amparo en México: J. SOBERANES FERNÁNDEZ, *Notas sobre el origen del amparo-casación en México*, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1992, pp.529 ss.; H. FIX-ZAMUDIO, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, México 2003, pp.425 ss.; Id., *El derecho de amparo en México y España*, en *Revista de estudios políticos*, 1979, pp.228 ss.; E. RABASA, *Historia de las Constituciones Mexicanas*, Madrid 1997; I. BURGOA, *El juicio de amparo*, México 1983; J. L. SOBERANES FERNÁNDEZ; J. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Apuntes para la historia del Juicio de amparo*, México 2002; R.BAKER, *Judicial review in Mexico : a study of the amparo*, Austin,1971.

¹²⁷¹J. L. SOBERANES FERNÁNDEZ, *Primera ley de amparo de 1861*, México 1990; IDEM, *Documentos para la historia del recurso de amparo*, México, 2016; F. FERNÁNDEZ SEGADO, *El voto particular de Mariano Otero y el nacimiento del juicio de amparo in México*, en *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, 2000, pp. 579 ss; J.BARRAGAN BARRAGAN, *Algunos documentos para el estudio del origen del juicio de amparo*, México, 2016; J.R.JIMENNEZ GOMEZ, *El primer amparo en Querétaro: la demanda de José García,1849*, Querétaro, 2011.

mayoría simple, si debía dar lugar a un proceso en relación con el acusado; si el delito era ordinario la competencia debía ser de la Corte Suprema; si, en cambio, el delito era *ex officio* la eventual culpabilidad debía ser decidida por el Senado con mayoría de 3/5 de los componentes, mientras que a su Corte Suprema competía sólo la tarea de fijar la entidad de la pena.

Tal propuesta – ni que sea en su complejidad tal vez excesiva – presentaba elementos innovadores. Ante todo, distinguía entre control de constitucionalidad de las leyes – confiado, según la tradición, a un órgano político – y tutela de los derechos sobre la base de un recurso directo; además, en este último caso, diferenciaba el procedimiento según cuál fuera la naturaleza del delito – ante la autoridad jurisdiccional o política. Hay que señalar, sin embargo, (a modo de confirmación de la peculiaridad de la cultura constitucional de América Latina) que también esta propuesta se diferenciaba de la experiencia anglosajona y norteamericana, desde el momento en que el procedimiento debía iniciarse en cualquier caso ante un órgano político – la Cámara de los diputados que actuaba en calidad de Gran Jurado.

La sustancia de las propuestas contenidas en el voto de Otero ha encontrado un reconocimiento normativo en el *Acta de reformas constitucionales* de 1847, aunque fue sucesivamente modificada por la Constitución federal de 1857 en el importante punto del procedimiento de anulación de las leyes federales contrarias a la Constitución.

Este último documento constitucional delinea la estructura del juicio de amparo mexicano, que se forma distinguiendo la tutela de los derechos de los procedimientos para sancionar la responsabilidad política de las altas cargas del Estado. En lo que concierne a estos últimos, el art. 103 de la Constitución afirmaba la responsabilidad de los diputados, de los componentes de la Corte Suprema, del Presidente de la República y de los gobernadores de los Estados; identificaba al Congreso como el órgano competente para decidir, con mayoría absoluta, el procedimiento para el acusado; reconocía la competencia de la Corte Suprema en el caso de los delitos comunes, mientras que para los delitos *ex officio* el Congreso actuaba como “jurado de acusación” y la Corte Suprema en calidad de “jurado de sentencia”.

Sucesivamente, el art. 101 de la Constitución atribuía a los jueces de la Federación la competencia para decidir sobre las violaciones de las garantías individuales, asignando a una ley sucesiva la reglamentación del procedimiento y de los modos en los que el sujeto que se reputa como lesionado respecto de uno de sus derechos individuales puede presentar recurso; el art. 102 de la Constitución, en cambio, precisaba que las sentencias de los jueces tienen efecto *inter partes* “sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o acto que la motivare”.

La ley a la que se hace referencia en el art. 101 de la Constitución de 1857 será aprobada en 1861 (conocida como la Primera ley de amparo) y contribuirá a precisar mejor las características de tal institución procesal. Ante todo, reforzaba el carácter individual del recurso, que competía a todos los habitantes de la República (no sólo a los ciudadanos) y precisaba su naturaleza subjetiva, desde el momento en que podía ser presentado sólo por aquellos que veían lesionados alguno de sus derechos por actos de los poderes públicos (federales y estatales).

Por tanto, daba solución a una problemática bastante controvertida, admitiendo la posibilidad de recurrir también contra las decisiones de la autoridad judicial: un tema que siempre había dividido el debate doctrinal y político y que ni siquiera la codificación hecha en la primera ley de amparo consiguió atenuar. Basta considerar que, por un lado, el Congreso tuvo que intervenir aprobando una nueva ley (1868) que limitaba los recursos sólo a las sentencias definitivas y ejecutivas, mientras que, por otro lado, el Código de Procedimiento Federales de 1897 precisó que no toda aplicación inexacta de la ley legitimaba un recurso de *amparo*, sino sólo una “inexactitud manifiesta e indudable”.

El contexto cultural e institucional que favoreció en Europa la formación de instituciones procesales pensadas para la aseguración de una tutela de las lesiones de derechos fundamentales fue bastante diferente y estaba influido en buena medida por una concepción diferente del control de constitucionalidad. Si, tal y como hemos visto precedentemente, el debate acerca del carácter del juicio de amparo mexicano se desarrolló en el seno de la alternativa entre peticiones a la autoridad o *judicial review*, en el caso europeo nos movemos dentro de una perspectiva constitucional, confiando tal competencia a un juez *ad hoc* como lo es el Tribunal constitucional.

El prototipo de la *Verfassungsbeschwerde* es reconducible a la historia constitucional de Suiza y del Estado de Baviera¹²⁷².

En la Confederación suiza, la Constitución federal de 1848 preveía en el art. 105 la posibilidad de recurrir al Tribunal federal en los casos de violación de los derechos constitucionales: sin embargo, el recurso no era directo, sino que seguía un procedimiento mediato, desde el momento en que debía ser presentado ante la Asamblea federal que, con decisión discrecional, podía otorgar la tarea del juicio al Tribunal federal. Tal control preliminar de naturaleza política representaba un límite a la eficacia de la institución, como evidencia la circunstancia de que entre 1848 y 1874 al Tribunal le fue otorgada la tarea de enjuiciar por parte de la Asamblea una sola vez.

Esto indujo al legislador a reconsiderar la naturaleza del recurso – confiándolo enteramente a una autoridad jurisdiccional – y su regulación, depurándola, por otro lado, del “filtro” ejercido por la Asamblea federal. De hecho, el art. 114 de la Constitución federal de 1874 atribuyó al Tribunal federal la competencia para juzgar sobre los recursos por violación de derechos constitucionales de los ciudadanos sin conservar la coletilla “cuando las relativas acusaciones sean remitidas a aquél por parte de el Asamblea federal”.

Además, la posibilidad de recurrir fue ampliada tanto desde el punto de vista objetivo como desde el punto de vista subjetivo: en el primer caso, fue admitido en relación con actos (legislativos, administrativos, jurisdiccionales) emanados tanto por las autoridades cantonales como federales; mientras que subjetivamente, podía ser presentado también por los extranjeros. Además, los recursos contra las leyes – admisibles por vicios de procedimiento o por la ausencia de respeto de un resultado de un referéndum popular – podían ser presentados por cualquier

¹²⁷²Cfr. M. CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano 1955; J. LUTHER, *Idee e storie di giustizia costituzionale nell'Ottocento*, Torino 1990.

elector, en cuanto se consideraba violado su derecho constitucional a la participación en la función legislativa.

También algunos Estados alemanes preveían mecanismos institucionales pensados para asegurar el respeto de la Constitución, con referencia particular a los derechos allí garantizados. Por ejemplo, la Constitución de 1819 de *Württemberg* preveía un procedimiento doble: por un lado, recursos ante una Alta corte de justicia para decidir acerca de actos lesivos de la Constitución por parte de los ministros, de los jefes de departamento o de los componentes de la asamblea legislativa; por otro lado, reclamaciones en caso de justicia denegada para ser presentados ante el Tribunal supremo del *Land* y por éste a la Asamblea¹²⁷³.

A su vez, el ordenamiento constitucional de Baviera consentía desde 1818 que cualquier ciudadano recurriese ante una de las Cámaras de la Dieta contra actos de las públicas autoridades considerados lesivos de los derechos garantizados por la Constitución. El procedimiento estaba regulado inicialmente de modo particularmente complejo: si la Cámara inicial consideraba, por mayoría, que el recurso estaba fundado, tocaba a la otra Cámara deliberar. Si ésta confirmaba la deliberación de la primera, el recurso era presentado al Rey, que tenía ante sí una alternativa: o sostenerlo fundado y poner reparos a la lesión del derecho, o – en caso de duda – pedir al Consejo de Estado que decida en relación con la cuestión. El procedimiento, por tanto, se desarrolla principalmente ante órganos políticos y sólo en la fase final (y eventual) quedaba involucrado un órgano jurisdiccional.

La regulación de estas primeras experiencias destacaba por una doble característica: por un lado, se introducía una diferenciación de procedimiento que constituía un preludio de la futura distinción entre recursos abstractos y concretos; por otro lado, todavía no se había conseguido la plena emancipación de la tradición de la defensa política de la Constitución, de manera que los recursos – aunque fueran decididos en vía definitiva por un órgano judicial – eran mediados a través del filtro selectivo del órgano parlamentario.

Tuvo que esperarse un siglo para que tal institución se modificara cualitativamente: fue la Constitución del Estado libre de Baviera de 1919 la que atribuyó al *Staatsgerichtshof* tanto la competencia sobre las controversias de naturaleza constitucional, como la de los recursos constitucionales promovidos por los ciudadanos contra comportamientos de los poderes públicos lesivos de alguno de sus derechos subjetivos. En este caso, la titularidad del recurso correspondía no sólo a los ciudadanos de los *Länder*, sino a todos los alemanes y a las personas jurídicas (tanto privadas como públicas) que tenían sede en Baviera. Las decisiones del Tribunal tenían naturaleza declarativa y hacían surgir, a cargo del ministerio competente, una obligación de sanar la lesión del derecho.

En el mismo periodo, se forma en Austria en 1920 la primera experiencia de recurso constitucional para la tutela de los derechos. Tal experiencia hundía sus raíces en la historia nacional, en particular en la institución de 1867 del Tribunal del Imperio, competente para decidir – en base a un recurso individual – sobre la legitimidad de actos administrativos lesivos de

¹²⁷³Cfr. J.LUTHER, *Idee e storie di giustizia costituzionale nell'Ottocento*, cit., pp. 79 ss.

derechos políticos y de “derechos generales” garantizados por la Constitución, y atribuía al Tribunal constitucional la competencia en materia de recursos para la tutela de los derechos constitucionales¹²⁷⁴

En una investigación acerca de los precedentes históricos de la institución europea de la *Verfassungsbeschwerde* no hay que olvidar tampoco la experiencia de la Constitución de la Segunda República española, en la que los recursos para la tutela de los derechos fundamentales fueron reservados a la competencia del Tribunal de garantías constitucionales, introduciendo un verdadero procedimiento de amparo constitucional.

La regulación prevista por los constituyentes republicanos se hacía eco tanto de la coetánea experiencia austriaca, como de la Constitución federal mexicana de 1917, conocida gracias a la doctrina del jurista mexicano Rodolfo Reyes, que residía en España por motivos políticos¹²⁷⁵.

Se trata, según nuestra opinión, de un interesante caso de circulación jurídica y de hibridación, que proporcionó a los constituyentes indicaciones preciosas para dar una solución a una exigencia política concreta y apremiante: reaccionar, por un lado, a las graves violaciones de los derechos que se registraron durante la dictadura del general Primo de Rivera; asegurar, por otro lado, una tutela sustancial de los nuevos derechos sociales y políticos enumerados en el Título III de la Constitución, que se inspiraban en la Constitución de Weimar y significaban una apertura en relación con el principio de solidaridad social y de la igualdad entre sexos.

En consecuencia, junto a los instrumentos de garantía general, se pueden identificar instituciones procesales específicas como, por ejemplo, los recursos contra la ilegalidad de los actos de la administración pública (art. 101 de la Constitución), los recursos de urgencia ante un tribunal para la tutela de los derechos individuales (art. 105 de la Constitución) y el recurso de amparo constitucional ante el Tribunal de garantías constitucionales (art. 121 de la Constitución)¹²⁷⁶.

Según los constituyentes el recurso *ex art.121 Const.* tenía como objeto los derechos civiles (no los políticos y sociales) y hacía referencia a los actos de los poderes públicos (incluido el poder jurisdiccional), pero no de los privados. Es interesante subrayar que tales soluciones fueron acogidas en el ordenamiento constitucional español de 1982, tanto en lo que respecta a la exclusión de los actos de los privados, cuanto en relación con a la elección de no hacer recurribles todos los derechos constitucionales.

La Constitución republicana, además, exigía que el recurso de *amparo* fuese presentado directamente a los Tribunales de urgencia, mientras que el *Tribunal de garantías constitucionales* podía intervenir en función subsidiaria “cuando hubiere sido ineficaz la reclamación ante otras

¹²⁷⁴Véase N. LÖSING, *El derecho de amparo en Austria*, en FIX-ZAMUDIO, FERRER MACGREGOR (coord.), *El derecho de amparo en el mundo*, cit., pp. 761 ss.

¹²⁷⁵J. OLIVER ARAUJO, *El sistema político de la Constitución española de 1931*, Palma de Mallorca 1991, pp. 233 ss.

¹²⁷⁶R. RUIZ LAPEÑA, *El Tribunal de garantías constitucionales en la II República española*, Barcelona 1982.

autoridades”. Sin embargo, tal previsión no se pudo realizar a causa de las vicisitudes políticas de la Segunda República, de manera que el Tribunal Constitucional, como consecuencia de la ausencia de activación de los otros tribunales, funcionó como juez de única instancia para el *amparo* de los derechos fundamentales.

3. La circulación y hibridación del modelo mexicano en América latina.

La experiencia de los recursos de amparo en América latina se permite implementar algunos conceptos teóricos de la doctrina de derecho comparado: en particular las nociones de “prototipo”, de “circulación” y de “híbrido”.

La doctrina de acuerdo reconoce que el amparo mexicano constituye el primero orgánico ejemplo de recurso judicial a tutela de los derechos fundamentales y su eficacia ha influido positivamente en toda América latina. También tal instituto procesal puede incluirse entre los casos más evidentes de circulación jurídica: tienen, por ejemplo, recursos ordinarios de amparo en Chile, cuya Constitución regula el recurso de protección ante las Cortes de Apelaciones, o en Argentina, donde la reforma constitucional de 1994 introdujo varios recursos para la tutela de los derechos fundamentales (*habeas corpus*, *habeas data*, amparo). Igualmente, recursos ordinarios se encuentran en los ordenamientos constitucionales de Panamá, de Perú, de El Salvador, de Colombia, de Ecuador e de Brasil. Mientras en Europa, es evidente la influencia que el amparo americano ha ejercido sobre la Constitución española de 1978.

Según el parecer de uno de los principales estudiosos del fenómeno, la presencia en los ordenamientos constitucionales de recursos ante la autoridad jurisdiccional contra las lesiones de los derechos fundamentales constituye un fenómeno globalizado¹²⁷⁷: en el sentido de que se está en presencia de instituciones procesales que se caracterizan no sólo por el refinamiento de las técnicas procesales y de los instrumentos de protección, sino también por una amplia circulación jurídica, que ha incluido ordenamientos culturalmente lejos del “prototipo” de referencia.

La circulación, todavía, no produce clones; un modelo – circulando – se cambia según la tradición jurídica de l’ ordenamiento que lo acepta. Los diferentes procesos de formación histórica de cada de una de las experiencias generan , por lo tanto, una institución con muchas caras, o dicho de manera más precisa a una verdadera “federación de instrumentos procesales” que pretenden perseguir el mismo objetivo. En otras palabras, los numerosos instrumentos procesales que se proponen ofrecer una tutela procesal a los derechos constitucionales pueden ser paragonados a un bosque constituido por numerosos árboles, pretendiendo, con tal expresión, subrayar cómo las respuestas institucionales ofrecidas en el tiempo y en el espacio para

¹²⁷⁷Así E. FERRER MAC-GREGOR, *Breves notas sobre el amparo iberoamericano*, en H. FIX-ZAMUDIO, E. FERRER MAC-GREGOR (coord.), *El derecho de amparo en el mundo*, México 2006, p. 12.

satisfacer la misma finalidad resultan bastante variadas y difícilmente reconducibles a una síntesis unitaria¹²⁷⁸.

La diferenciación puede involucrar diferentes perfiles del amparo. Por ejemplo, los recursos para la tutela directa de los derechos fundamentales pueden ser diferenciados con base a su objeto. En este caso, se distingue entre ordenamientos que admiten el recurso en relación con todos los poderes públicos (Chile, México, Panamá, Ecuador, Bolivia, El Salvador) y otros que introducen exclusiones – como, por ejemplo, en relación con las decisiones de los jueces (Colombia) – o bien prevén una extensión, permitiendo recurrir sobre actos de los privados (Argentina, Bolivia, Costa Rica, Guatemala, Colombia).

En referencia al *nomen juris*, se asiste a una pluralidad de soluciones terminológicas por la cual – con referencia, por ejemplo, a la tutela de la libertad personal – se habla alternativamente de recurso de exhibición personal (Honduras, El Salvador, Guatemala), de mandado de segurança (Brasil), de amparo a la libertad (Venezuela, México) o de recurso de amparo (Chile).

Otro elemento relevante de diferenciación está representado por la identificación del derecho tutelado. Con referencia a *l'habeas corpus*, existen soluciones más restrictivas y las más evolucionadas: las varias opciones ofertas da los diferentes ordenamientos se sitúan en el seno de una gamma de posibilidades que puede ser descrita recurriendo a la imagen de los círculos concéntricos provocados por una piedra en un superficie de agua. En el seno del círculo de diámetro menor se sitúan aquellos sistemas que limitan el recurso de *habeas corpus* a los casos de arresto o detención ilegal, o bien cuando la privación de la libertad se alarga ilegalmente (Colombia, Chile, El Salvador). Pertenecen a una posición intermedia los ordenamientos que extienden el recurso a otros derechos estrechamente conectados a la libertad corporal: es el caso, por ejemplo, de la libertad de circulación (Argentina, Uruguay), de la prohibición de tortura, agresiones, actos de violencia física y psicológica, penas crueles o excesivamente aflictivas. Hasta los ordenamientos que incluyen una tutela mas amplia, extendida a los derechos procesales reconducibles a la noción de proceso justo (Perú, México).

En consecuencia, el recurso de *amparo* adquiere nuevos “objetos” que tutelar, mientras que algunos ordenamientos ajustan nuevas instituciones procesales. De hecho, la particular técnica de codificación de los derechos adoptada en algunos ordenamientos ha favorecido la tutela de varios intereses colectivos, identificándolos – por ejemplo – en el derecho al medio ambiente, a la calidad de los productos, a la explotación autónoma de los recursos, al patrimonio artístico y cultural, a la seguridad pública, a la tutela de los consumidores, a la moral administrativa y a las tradiciones propias de los grupos minoritarios.

En América Latina son presentes muchos procedimientos a tutela de interés de grupo. A título de ejemplo, puede recordarse que la Constitución de Chile prevé un recurso para la tutela del derecho para vivir en un medio ambiente salubre; mientras que la Constitución de Paraguay reconoce el derecho de toda persona a reclamar, individual o colectivamente, por la defensa del

¹²⁷⁸Así N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *El mandato de seguridad brasileño visto por un extranjero*, en *Estudios de teoría general e historia del proceso*, México 1974, pp. 647 ss.

de los bienes culturales, de los derechos de los consumidores y otros en relación con la calidad de vida. Además, la Constitución de Brasil prevé acciones populares para la tutela de intereses de grupo en materia ambiental, urbanística, relativa al patrimonio artístico y cultural.

A su vez, la Constitución de Venezuela reconoce derechos de naturaleza colectiva que pueden ser objeto de una acción de amparo constitucional: en este caso la legitimación corresponde, bajo la forma de acción popular, a cualquier ciudadano o a asociaciones de tutela de intereses colectivos, mientras que en Argentina, el art 43 de la Constitución admite un recurso para la protección de los derechos ambientales, del consumidor, de los usuarios y para otros derechos de incidencia general. Por último, en Colombia, la Constitución reserva un título (arts. 78-82) a los derechos colectivos y del ambiente exigiendo a la ley la regulación de las acciones populares para su tutela.

La tercera categoría del derecho comparado – después de la noción de modelo y de circulación – es el de hibridación¹²⁷⁹. La evolución histórica del amparo ha favorecido, a través del amparo constitucional, la hibridación entre distintos modelos de justicia constitucionales.

En el pasado, los sistemas de justicia constitucional han sido ordenados sobre la base de esquemas clasificatorios de naturaleza predominantemente dual (difusos, concentrados; concretos, abstractos; preventivos, sucesivos) y las clasificaciones contrapuestas, a su vez, podían reconducirse a dos modelos fundamentales: aquel de inspiración norteamericana (*judicial review of legislation*) y aquel (de inspiración) austríaca (*Verfassungsgerichtsbarkeit*).

Tal contraposición – como ha sido sobradamente explicitado por la doctrina- se basaba en el hecho de que, en el primero, tan sólo el juez constitucional es competente para declarar con efectos generales la ilegitimidad constitucional de una norma con rango de ley, mientras que, en el segundo, cualquier juez puede decidir si una determinada norma debe ser inaplicada en tanto se considera contraria al texto de la Constitución. Más concretamente, la *judicial review* se caracteriza por ser un enjuiciamiento difuso, concreto, con decisiones que tienen efectos *inter partes*; por su parte la *Verfassungsgerichtsbarkeit*, asume el carácter de un control de constitucionalidad concentrado, abstracto, con sentencias que tienen efectos *erga omnes*.

La circulación jurídica, todavía, generó diversas formas de “contaminación”. Al respecto la distinción fundamental y alternativa entre control concreto y abstracto de constitucionalidad no parece - hoy día – capaz de describir los sistemas concretamente operantes en los diversos países. Somos testigos tanto de formas de justicia constitucional “mixta” - por la presencia al mismo tiempo de institutos propios del control concreto como del abstracto - como de híbridos en la que coexiste una verdadera “mezcla” de modelos. Es el caso, por ejemplo, de las codificaciones que reconocen a los Tribunales constitucionales la competencia tanto de un control abstracto de constitucionalidad de las normas, o sea de amparar los derechos constitucionales.

¹²⁷⁹ G.ROLLA, *Il processo di ibridazione dei sistemi accentrati di giustizia costituzionale. Note di diritto comparato.*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, pp.3979 ss.

En otras palabras, la afirmación del amparo constitucional excede la histórica distinción entre la jurisdicción constitucional abstracta, de matriz kelseniana y la “jurisdicción constitucional de la libertad”.¹²⁸⁰ Control de constitucionalidad y recursos constitucionales para la tutela de los derechos fundamentales son funciones diferentes pero ejercidas por el mismo órgano – el Tribunal constitucional-.

A juicio de la doctrina, el prototipo en el continente americano de este fenómeno de hibridación se observa en la breve experiencia del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba, probablemente inspirado en el *Tribunal de Garantías Constitucionales* de la Constitución de la Segunda República española. Dicho órgano fue previsto por la Constitución cubana de 1940 y se activó tras la aprobación de la ley orgánica de 1949 y su existencia – aunque limitada en términos temporales y por la incertidumbre generada desde el punto de vista de su eficacia y operatividad- ha ejercido, sin embargo, una cierta influencia en el constitucionalismo de América latina, construyendo una especie de puente entre el sistema norteamericano de *judicial review* y el europeo.

Este órgano se configuraba como una *Sala* del Tribunal Supremo de Justicia con funciones especializadas en materia constitucional, y acumulaba al mismo tiempo tanto la competencia abstracta – es decir, el control de constitucionalidad de las normas que podía ser activado a través del recurso directo, o en virtud de una cuestión de legitimidad propuesta por un juez-, como la concreta – cómo los recursos de amparo para la salvaguarda de los derechos constitucionalmente garantizados y de apelación contra los procesos de *habeas corpus*.

El amparo constitucional es necesariamente un recurso de naturaleza general y tiene el valor de reducir el riesgo de fraccionar en procedimientos distintos - no siempre fácilmente susceptibles de ser coordinados- la tutela de los diferentes derechos. A pesar de que la afirmación del amparo constitucional no excluye su coexistencia con otros recursos sectoriales: que se realiza en formas diferentes.

En algunos casos el amparo constitucional se caracteriza como instrumento procesal general, mientras algunos recursos son especializados en la tutela de ciertos derechos o perfiles específicos de un derecho. Se puede mencionar, a título de ejemplo, la situación de El Salvador, cuya Constitución de 1886 ha introducido el *amparo* como instrumento procesal general, mientras que la Constitución de 1962 prevé en el art. 11 también la institución del *habeas corpus*, que puede ser exigido contra cualquier autoridad o sujeto que restrinja ilegalmente la libertad de un individuo.^[11] Igualmente, en México, el *juicio de amparo* pierde progresivamente su capacidad de ser un instrumento general para la defensa de los derechos y se “fracciona” en un abanico de procedimientos distintos. Como bien pone de manifiesto la doctrina que suele distinguir entre amparo libertad, amparo casación, amparo agrario, amparo administrativo y reclamo de inconstitucionalidad¹²⁸¹.

¹²⁸⁰ M.CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano, 1951.

¹²⁸¹ Véase H. FIX-ZAMUDIO, E.FERRER MAC-GREGOR, *El derecho de amparo en el mundo*, cit., pp. 467 ss. Véase también: J. L. SOBERANES FERNÁNDEZ, *Evolución de la ley de amparo*, México 2016; H.FIX ZAMUDIO, *Ensayos sobre el derecho de*

También en Perú, la situación resulta particularmente intrincada desde el momento en el que el legislador ha diferenciado entre un procedimiento de derecho penal para la tutela de la libertad persona y una de derecho civil para la tutela de los otros derechos fundamentales; mientras que la revisión constitucional de 1993 ha dilatado la segmentación de los instrumentos procesales incluyendo también el *habeas corpus* y la *acción de cumplimiento* (frente a las omisiones por parte de los poderes públicos).^[1282]

En diferentes ordenamientos el Tribunal constitucional es responsable a decidir acerca de las eventuales lesiones de derechos fundamentales como jurisdicción de revisión. En Bolivia, los jueces competentes en primera instancia son las Cortes Superiores de Distrito en las capitales de distrito y el Juez de Partido en las provincias, mientras que el Tribunal constitucional puede ejercer el poder de revisión de oficio de los recursos de amparo y de *habeas corpus*.¹²⁸²

Igualmente, en Colombia el Tribunal constitucional tiene un poder autónomo y eventual de revisión de las sentencias emanadas en apelación y de las de primer grado que no han sido impugnadas: desde el punto de vista procedimental, tal mecanismo opera en la medida en que todas las decisiones en materia de derechos fundamentales deben ser transmitidas al Tribunal constitucional, que puede seleccionar con discrecionalidad las que considera de mayor relevancia y pronunciarse sobre su legitimidad antes de tres meses desde la transmisión de los actos. Las orientaciones del juez constitucional y la interpretación que éste proporciona de las disposiciones en materia de derechos fundamentales sirven, además, como precedente y orientan la actividad interpretativa de los jueces ordinarios.¹²⁸³

En una posición intermedia se sitúa la regulación prevista por el ordenamiento de El Salvador, según la cual la Sala constitucional de la Corte Suprema de Justicia tiene una competencia exclusiva en materia de recursos de *amparo*, mientras que ejerce un poder de revisión contra las decisiones en materia de *habeas corpus* y de *exhibición personal* pronunciadas por los Tribunales de segunda instancia. Con el fin de evitar posibles interferencias con la jurisdicción ordinaria – también en consideración del hecho de que el sistema es mixto en cuanto prevé tanto un control centralizado como un difuso de constitucionalidad – la normativa excluye que los recursos de amparo puedan ser presentados contra sentencias definitivas en materia penal o por cuestiones de mera legalidad. Igualmente, la Constitución de Guatemala dispone que el recurso sea presentado directamente a la Corte constitucional en el caso de actos de los órganos constitucionales; mientras que en los otros casos opera como juez de segundo grado.¹²⁸⁴

amparo, México, 2016; V.ALMAZA, R.DELFINO, *La reforma constitucional en materia de derechos humanos y los nuevos paradigmas del juicio de amparo*, México, 2015; A.J.CACHO, *Nuevo manual del juicio de amparo*, México, 2014.

¹²⁸² Véase J. A. RIVERA SANTIVÁÑEZ, *El amparo constitucional en Bolivia*, en H.FIX- ZAMUDIO, E. FERRER MAC-GREGOR (coord.), *El derecho de amparo en el mundo*, cit., pp. 81ss; L.ARIAS, *La acción de amparo constitucional en el “estado de transición constitucional” boliviano*, en E.F.MAC GREGOR, C.M.VILLABELLA ARMENGOL, *El amparo en Latinoamérica*, Puebla, 2012, pp.107ss

¹²⁸³ I.ESCOBAR FORNOS, *El amparo*, Colombia, 1990; A.BREWER CARIAS, *El amparo a los derechos y libertades constitucionales y la acción de tutela en Colombia: una aproximación comparativa*, en *La Carta de derechos*, Bogotá, 1993.

¹²⁸⁴ Cfr. J. GARCÍA LAGUARDIA, *La Corte de constitucionalidad de Guatemala*, México 1994; Id., *Las garantías jurisdiccionales para la tutela de los derechos humanos en Guatemala: habeas corpus y amparo*, en H. FIX-ZAMUDIO, E. FERRER MAC-GREGOR (coord.), *El derecho de amparo en el mundo*, cit., pp. 381 ss.; M. PINTO ACEVEDO, *Jurisdicción Constitucional*, Guatemala 1995.

Por último, el sistema peruano merece una atención particular por su originalidad, en cuanto el control de legitimidad constitucional está repartido entre los jueces ordinarios – que tienen una competencia exclusiva en relación con la acción popular – y el Tribunal constitucional, que posee una jurisdicción exclusiva en caso de acción de inconstitucionalidad y de conflicto entre los poderes¹²⁸⁵. En cambio, en el caso de procedimientos de *habeas corpus*, de amparo, *habeas data* o de *acción de cumplimiento* la competencia está repartida entre los jueces (que deciden en primer grado) y el Tribunal constitucional (que decide en apelación contra las decisiones de rechazo de los recursos de amparo)¹²⁸⁶.

Sin embargo, el Código de derecho procesal constitucional ha modificado la naturaleza y la regulación de los recursos directos para la tutela de los derechos fundamentales, introduciendo un mecanismo que la doctrina ha calificado como *amparo residual*¹²⁸⁷, en el sentido de que el acceso al Tribunal constitucional no es posible en todo caso, sino sólo cuando no se puedan recorrer otras “vías procedimentales específicas igualmente satisfactorias”. La *ratio* de la nueva regulación procesal – totalmente asimilable a la reforma del recurso de *amparo* constitucional que tuvo lugar en España – es identificable en la intención de hacer más funcional la repartición de las competencias entre las jurisdicciones, aunque no se pueden ignorar los riesgos de una posible reducción de las garantías sustanciales de la persona.¹²⁸⁸

Finalmente, algunos ordenamientos diferencian sobre la base del poder que ha emanado el acto lesivo de un derecho fundamental: en Guatemala el Tribunal constitucional juzga en vía exclusiva sobre los recursos contra las resoluciones del Parlamento, de la Corte Suprema, del Presidente y vicepresidente de la República; mientras los recursos contra los actos de los otros poderes públicos son presentados ante la jurisdicción ordinaria y el juez constitucional interviene en apelación con poder de revisión.

Contrastes a las experiencias mencionadas la disciplina costarricense, donde funciona un sistema centralizado: el art. 48 de la Constitución reconoce a toda persona el derecho a presentar los recursos de *habeas corpus* y de amparo ante la Sala constitucional alegando la lesión tanto de los derechos constitucionales, como de aquellos reconocidos por los acuerdos internacionales en materia de derechos de la persona¹²⁸⁹. Quedan excluidos del recurso sólo los actos jurisdiccionales del poder judicial, las determinaciones en materia de resultados electorales del Tribunal supremo de elecciones, los actos administrativos que cumplen el rol de decisiones jurisdiccionales y las acciones o omisiones que hayan sido consentidas legítimamente por el interesado. Además, para

¹²⁸⁵ Véase AA.VV., *El derecho procesal constitucional peruano*, Lima 2005.

¹²⁸⁶ Cfr. E. BLUME FORTINI, *El control de la constitucionalidad*, Lima 1996; A. BOREA ODRÍA, *Evolución de las garantías constitucionales*, Lima 1996; D. GARCÍA BELAUNDE, *Derecho procesal constitucional*, Bogotá 2001; E. ESPINOSA-SALDANA BARRERA (coord.), *Derechos fundamentales y derecho procesal constitucional*, Lima 2005.

¹²⁸⁷ Así F. J. EGUIGUREN PRAELI, *La opción per un amparo “estricto” y “residual” en el Perú*, en *Estudios constitucionales*, 2006, pp. 67 ss.

¹²⁸⁸ Véase E. ESPINOSA-SALDANA BARRERA (coord.), *Derechos fundamentales y derecho procesal constitucional*, LIMA, 2005.

¹²⁸⁹ Además, la Sala constitucional, con el voto 1329-97, ha precisado que en caso de contraste entre la normativa constitucional y la internacional se debe preferir la tutela más amplia y favorable.

evitar recursos temerarios, el juez constitucional puede condenar al recurrente al pago de una multa en caso de decisión desfavorable¹²⁹⁰.

4. Algunas consideraciones finales sobre el papel de los jueces en la tutela de los derechos fundamentales

Es indiscutible la positividad de la experiencia del juicio de amparo mexicano y la su propagación en todo el continente latinoamericano. Las causas de este resultado son múltiples, entre estos el hecho de que el instituto del amparo ha sido capaz de conocer algunos requisitos básicos del constitucionalismo contemporáneo.

Uno de estos es la conciencia que la garantía es parte integral del reconocimiento de los derechos. Una característica de las codificaciones constitucionales recientes puede ser identificada en la mayor atención hacia los instrumentos de garantía, con el fin de evitar que los derechos se reduzcan a ser “una declaración romántica” carente de efectividad¹²⁹¹.

Un elemento novedoso del neo-constitucionalismo de América latina se refiere a la estrecha integración existente entre la democracia y los derechos: diversas Constituciones – en el preámbulo o en disposiciones especiales- configuran el Estado democrático como la única forma de organización político-institucional capaz de asegurar los derechos y la dignidad de la persona, y consideran el respeto de los derechos de la persona como un límite al ejercicio de la soberanía¹²⁹².

También, desde la perspectiva de la técnica de codificación de los derechos, las Constituciones latinoamericanas parecen todas favorables a la especificación de las situaciones subjetivas reconocidas como derechos. Es una tendencia típica de las Constituciones que se han formado sobre la base de una ruptura político-institucional, como respuesta a la crisis de regímenes autoritarios: la conexión entre la conquista de nuevos ordenamientos democráticos y la especificación detallada de los derechos reconocidos como fundamentales, induce a las cartas

¹²⁹⁰ Para consideraciones más amplias sobre la justicia constitucional en Costa Rica, véase J. MIGUEL VILLALOBOS, *El recurso de amparo en Costa Rica*, en *Acciones constitucionales de amparo y protección: realidad y prospectiva en Chile y América Latina*, Talca 2000, pp. 215 ss.; R. HERNÁNDEZ VALLE, *La jurisdicción constitucional en Costa Rica*, en D. GARCÍA BELAUNDE, F. FERNÁNDEZ SEGADO (coord.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, cit., pp. 502 ss.; Id., *Las Libertades Públicas en Costa Rica*, San José 1990; R. PIZA ESCALANTE, *La Justicia Constitucional en Costa Rica*, en *Primera Conferencia de Tribunales Constitucionales de Iberoamérica, Portugal y España*, Lisboa 1995.

¹²⁹¹ G. ROLLA, *La garantía de los derechos fundamentales en el constitucionalismo contemporáneo*, en G. ETO CRUZ (coor.) *Horizontes contemporáneos del derecho procesal constitucional*, Lima, 2012, pp. 273 ss.

¹²⁹² Así, las Constituciones de Venezuela, Brasil, El Salvador y Guatemala. A su vez, el art. 5.2 de la Constitución de Chile considera que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Mientras, el art. 1 de la Constitución de Perú y el art. 59 de la Constitución hondureña afirman solemnemente que “la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla. La dignidad del ser humano es inviolable”.

constitucionales a subrayar aquellos perfiles de la dignidad y de la libertad de la persona que los regímenes precedentes han conculcado más repetidamente.¹²⁹³

Pero, debe precisarse que una amplia y analítica positivización no es de por sí índice de una efectiva y sustancial tutela de los derechos, su inserción en el texto de las Constituciones – por cuanto necesario e importante- no permite determinar con inmediatez su nivel de efectividad. De hecho, difícilmente se puede refutar que los estándares más elevados de tutela se han conseguido –hasta ahora- en los sistemas en los que la positivización de los derechos de la persona se ha acompañado de los institutos y de los principios del constitucionalismo; cuando la positivización se ha insertado en un contexto institucional que se inspira en la dimensión más evolucionada del Estado de derecho: rigidez de la Constitución, justicia constitucional, principio de legalidad, reserva de ley, separación de poderes. Viceversa, la ausencia de remedios procesales eficaces o la previsión de órganos de tutela no adecuadamente profesionalizados ni dotados de un *status* de autonomía respecto del poder político, representan una de las principales causas que impiden una tutela amplia de los derechos de la persona.

También, la positivización es eficaz si expresa un valor sentido como tal por la comunidad social, si es el reflejo de una convicción más que de una prescripción meramente formal: los derechos deben ser no sólo codificados, sino también aceptados y convalidados por la cultura jurídica y política de un determinado país. En otras palabras, las modalidades de tutela de los derechos de la persona se encuentran disciplinadas por las cartas constitucionales, pero la idea de tutela se forma necesariamente en el interior de la comunidad y sólo de esta forma entra a formar parte de su constitución sustancial.

Se puede sostener, por lo tanto, que la garantía de la persona representa la tarea esencial del constitucionalismo y la temática de los derechos es su territorio privilegiado.

La principal razón de la importancia del juicio de amparo es haber consolidado la idea que, entre los diversos modos de tutela de los derechos, la tutela judicial es el principal elemento que asegura la garantía de los derechos fundamentales, ya que hace que las previsiones constitucionales sean cotidianamente susceptibles de ser disfrutadas, que tengan vigencia inmediata, y sean justiciables frente a los poderes públicos y privados. Los recursos de amparo indican que un lugar de preeminencia absoluta está ocupado por los procesos y los jueces (que poseen a este propósito una gran fuerza derivada del hecho de que en materia de interpretación aquéllos tienden a tener “la última palabra”).

Con la introducción de las Constituciones rígidas se modifica la relación tradicional entre derechos y ley que había caracterizado la doctrina del siglo XVIII. Si, precedentemente, los derechos se conformaban y existían sobre la base de la ley, hoy, en cambio, representan un límite para la ley: parece adquirir una validez general el razonamiento según el cual si “ninguna ley contraria a la Constitución puede ser válida”, en consecuencia ninguna ley contraria a los derechos puede ser válida. No hay que olvidar, por otra parte, que el principal salto de calidad en la tutela

¹²⁹³ Sobre las características de las técnicas de especificación de los derechos, nos remitimos a: G. ROLLA, *Tecniche di positivizzazione e clausole di interpretazione dei diritti fondamentali. Alcune considerazioni a proposito delle recenti codificazioni dei diritti nell'Unione europea*, en *Studi in memoria di G. Floridia*, Nápoles, 2009, 661 ss.

de los derechos de la persona ha tenido lugar con la introducción de controles jurisdiccionales sobre la discrecionalidad de la administración, en primer lugar, y sobre la del legislador, en segundo lugar: el nexo ha sido evidenciado por la doctrina según la cual la protección de los derechos fundamentales no puede considerarse suficientemente aseguradora si resulta fácil para el legislador llevar a cabo derogaciones; así como resulta vano limitarse a proclamar la garantía de determinados derechos del individuo sin especificar qué remedio jurisdiccional es posible implementar contra sus lesiones por parte del legislador.

La disciplina de los recursos jurisdiccionales para la tutela de los derechos constitucionales ha sido objeto de una intensa actividad de circulación jurídica, la cual ha recibido un impulso por la creciente *vis* atractiva ejercida por la *judicial review* norteamericana, que ha dotado a la enunciación teórica (sujeción de los poderes públicos a la Constitución y garantía de los derechos fundamentales) de un potente instrumento de actuación. No resulta insignificante, además, la circunstancia de que la conocida controversia *Marbury vs Madison* de 1803 — notoriamente considerada como la fecha de nacimiento de la justicia constitucional— fue originada por un *writ of mandamus* presentado por William Marbury, es decir por una orden de hacer, reconducible al tipo de los recursos contra las omisiones de los poderes públicos.

En otras palabras, los sistemas constitucionales más evolucionados aspiran de transformar los litigios en litigios jurídicos, así como se identifica la sede para solución de las controversias constitucionales en el proceso y no en los procedimientos políticos. En definitiva, los múltiples tipos de recursos para la tutela de los derechos pueden tener en común la progresiva tendencia a canalizar la garantía de los derechos en el seno de procesos específicos, que dan vida a un derecho procesal constitucional orientado a la tutela de los derechos. Tales procedimientos jurisdiccionales, no obstante la variada gamma de soluciones ofrecidas por la disciplina normativa vigente en cada uno de los ordenamientos, presentan —según nuestra opinión— algunas características comunes.

Ante todo, se trata de procesos que —independientemente del órgano competente para decidir— tiene en cualquier caso una naturaleza constitucional, desde el momento en que su finalidad consiste en la defensa de una parte calificadora del texto constitucional.

Además, se está en presencia de procesos sustancialmente de naturaleza objetiva y subjetiva. Su dimensión subjetiva tiene valor, por un lado, por el hecho de que la decisión del juez madura sobre la base de las condiciones de hecho y de derecho que han inducido a los poderes públicos a intervenir (o a abstenerse de hacerlo) incidiendo sobre la esfera jurídica de un individuo, por otro lado, por la circunstancia de que su objetivo primario consiste en hacer desaparecer el comportamiento lesivo. Sin embargo, al mismo tiempo, la actividad del juez está investida por la tarea de satisfacer una exigencia general de garantía del derecho, se propone la restauración del Estado de derecho vulnerado por la acción o por la omisión de los poderes públicos.

En otros términos, a través del proceso se compone un litigio, pero se aclara también el significado y el alcance de los derechos constitucionalmente garantizados: a través de los recursos se propone tanto garantizar cada uno de los actos arbitrarios de los poderes públicos como sanar

un *vulnus* más general, consecuencia del hecho de que los poderes públicos han abusado *contra constitutionem* de las propias competencias.

La ambivalencia de estos procesos explica su especificidad, el hecho de que algunos principios se diferencian tanto del derecho procesal ordinario, como de las reglas propias de los otros procedimientos constitucionales: su razón para ser reverbera sobre los rasgos del procedimiento, guiado por particulares requisitos como la accesibilidad, la ligereza, la informalidad o la rapidez del juicio; también, el legislador ha una cierta discrecionalidad en el momento de establecer el punto de equilibrio entre la naturaleza subjetiva y objetiva de cada uno de los recursos, pudiendo optar entre diferentes alternativas de naturaleza procesal (si la legitimación activa está reservada sólo al interesado o también a otros sujetos, si se actúa por instancia de parte o de oficio, si los poderes del juez pueden ir más allá de la *petitium* o si es la parte la que determina el ámbito del juicio)¹²⁹⁴.

El juicio de amparo, en su trayectoria evolutiva, produjo la contaminación entre las diferentes experiencias de justicia constitucional: de este modo se ha ampliado el tipo de los recursos y la natura de los jueces competentes para garantizar los derechos fundamentales. Si la Constitución de 1917, inspirada por el modelo de la *judicial review*, reserva la competencia a los jueces, otros sistemas – inspirados por el modelo europeo – de han codificadas recursos de amparo constitucional. Más recientemente, se ha establecido un nuevo tipo de amparo (el amparo internacional).

Tal proyección internacional de los recursos de *amparo* - que ha sido denominada diversamente por parte de la doctrina que habla de recurso de *amparo* individual en ámbito supranacional, de *amparo* internacional, aun de *amparo* interamericano- es una consecuencia importante de la formación de sistemas multiniveles de protección de los derechos. De hecho, una línea de tendencia que caracteriza a muchos sistemas constitucionales consiste en la progresiva osmosis entre ordenamientos nacionales y supranacionales. Se trata de un fenómeno que manifiesta la tensión universal que anima la protección de la persona humana y certifica, en un mundo cada vez más integrado, la crisis de autosuficiencia de los ordenamientos nacionales. En estos contextos, se asiste a la superación de la tradicional relación entre ordenamiento nacional y supranacional en beneficio de una perspectiva multinivel, según la cual se está en presencia de ordenamientos coordinados e integrados entre sí ¹²⁹⁵.

¹²⁹⁴ El debate sobre la oportunidad de configurar el derecho procesal constitucional como una disciplina autónoma se ha desarrollado particularmente entre los juristas de América Latina. A título de ejemplo, véanse los trabajos de D.GARCÍA BELAUNDE, *El derecho procesal constitucional en perspectiva*, S.José, 2012; E. FERRER MAC-GREGOR, *Estudios sobre el derecho procesal constitucional*, México, 2006; IDEM, *La ciencia del derecho procesal constitucional*, México, 2016. Por otro lado, no hay que olvidar que también en Italia las primeras y fundamentales aportaciones al estudio de la justicia constitucional se deben a autorizados procesalistas como Calamandrei, Cappelletti o Carnelutti. En el continente americano, en cambio, la idea de la defensa de la Constitución a través del proceso tuvo su formulación en el pensamiento del procesalista argentino N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Ensayos de derecho procesal, civil, penal y constitucional*, Buenos Aires, 1994.

¹²⁹⁵ En tema de garantía multinivel de los derechos fundamentales, es considerable la doctrina italiana : P.BILANCIA, E.DE MARCO (cur.), *La tutela multilivello dei diritti*, Milano, 2004; L.AZZENA, *L'integrazione attraverso i diritti*, Torino, 1998; A.RUGGERI, *Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative*, in "Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti, Milano, 2010, pp. 453 ss; A.D'ATENA, P.GROSSI (cur.), *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello: tra Europa*

Refiriéndonos a América latina, se puede afirmar que la casi totalidad de las Constituciones de los Estados adheridos a la Convención interamericana de los derechos del hombre contienen normas de apertura al ordenamiento internacional.

Los diversos ordenamientos se diferencian, eventualmente, respecto a la fuerza jurídica que atribuyen a los tratados y a las convenciones internacionales en materia de derechos humanos: en este punto, los textos constitucionales optan por un abanico de soluciones que van desde la equiparación a las normas constitucionales –como en el caso de Nicaragua, Ecuador, Venezuela, y sobre todo Argentina, cuyo art. 75 de la Constitución dispone que las normas internacionales son complementarias de aquellas constitucionales en materia de derechos y de garantías-, a la inserción entre las normas que concurren a la regulación legal de los derechos -a este respecto es emblemática la solución del art. 13 de la Constitución de México, que dispone que las leyes del Congreso y los tratados firmados por el Presidente de la República con la aprobación del Senado, serán leyes de la República. Así como en otros casos se consideran parte del llamado “bloque de constitucionalidad”, o un mero criterio de interpretación obligatorio para los poderes públicos – como en el caso del ordenamiento peruano-.

Un salto de calidad en el proceso de integración entre los ordenamientos se ha conseguido con la entrada en vigor de la Convención interamericana sobre los derechos humanos, que ha configurado los presupuestos para conseguir un sistema “geográficos” de garantía de los derechos fundamentales: ello por cuanto tales actos internacionales presentan una fuerza jurídica cualitativamente diversa de aquella de los tratados internacionales ordinarios y han previsto órganos específicos para la tutela del goce efectivo de los derechos en ellos reconocidos.¹²⁹⁶

Tal tendencia genera fenómenos interesantes e innovadores: por un lado, genera una ampliación de las posiciones subjetivas consideradas como derechos fundamentales en los diversos ordenamientos, en la medida en que se puede encontrar en la normativa internacional la posibilidad de especificar y de implementar los derechos reconocidos por las Constituciones nacionales. Por otro lado, favorece la creación de un derecho “común” capaz de constituir la base unitaria para la tutela de los derechos fundamentales en un determinado ámbito geográfico, desde el momento en que los derechos reconocidos en ámbito nacional deben ser interpretados también a la luz de las homogéneas disposiciones presentadas en las codificaciones supranacionales y en conformidad con la interpretación proporcionada por las jurisdicciones internacionales, mientras que estas últimas no pueden no considerar el derecho vivo en cada uno de los ordenamientos en cuanto parte de la tradición constitucional.

e Stati nazionali, Milano, 2004; S.GAMBINO, *Diritti fondamentali e Unione europea*, Milano, 2009; V.SCIARABBA, *Tra fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, 2008; G.DEMURO, *Costituzionalismo europeo e tutela multilivello dei diritti: lezioni*, Torino, 2009; G.ROLLA, L'influenza delle carte sovranazionali sul contenuto legale dei diritti e i lineamenti del sistema di giustizia costituzionale, in Scritti in onore del prof. Antonio D'Atena, Milano, 2015, pp.2783 ss.

¹²⁹⁶ Véase: R.HERNANDEZ VALLE, *L'utilizzazione della giurisprudenza della Corte americana dei diritti dell'uomo da parte dei Tribunali supremi e dei Tribunali costituzionali dell'America Latina*, en G.ROLLA (cur.), *Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali e i rapporti tra le giurisdizioni*, Milano, 2010, pp.73 ss.

Además, se asiste a la presencia de una pluralidad de jurisdicciones —internacionales y nacionales, comunes y constitucionales— capaces de asegurar una cierta homogeneidad de los niveles de tutela a través de la afirmación de criterios interpretativos comunes y de instrumentos procesales homogéneos. En efecto, un progresivo acercamiento del significado a atribuir a las disposiciones de los diversos documentos de rango constitucional resulta favorecido — desde el punto de vista sustancial— por la circulación de los principios jurisprudenciales y —desde el punto de vista de las técnicas hermenéuticas— por la búsqueda de una interpretación conforme, con la consecuencia de favorecer un progresivo acercamiento del significado atribuible a las disposiciones de los diversos documentos de rango constitucional, así como de propiciar una cierta homogeneización de los niveles de tutela.

Una línea ulterior común de tendencia de los dos sistemas supranacionales de tutela de los derechos fundamentales consiste en el hecho de que las sentencias de las Cortes parecen sumar a la naturaleza de *res iudicata* — con efectos *inter partes*— la de “cosa interpretada” (con efectos “*erga omnes*”). Esto se da en la medida en que están evolucionando en el sentido de hacer descender de la obligación general de dar ejecución a las decisiones de las Cortes supranacionales el vínculo para los jueces nacionales de interpretar la normativa en materia de derechos de modo “convencionalmente correcto”.¹²⁹⁷

En América Latina parece prevalecer una dirección favorable a conformarse a la jurisprudencia de la Corte interamericana. A propósito de esto, además de la Sala constitucional de Costa Rica, que motiva con cierta frecuencia sus decisiones en conformidad con lo establecido por la jurisprudencia internacional, se encuentra la doctrina consolidada de la Corte Suprema de Argentina, que, ya antes de la revisión constitucional de 1994, había afirmado que las disposiciones de la Convención son jerárquicamente superiores a las normas internas y vinculantes para los tribunales.

El control de convencionalidad puede ser asimilado a la *judicial review*, en cuanto permite a los jueces, incluidos los jueces constitucionales, verificar la conformidad a la Convención y a la jurisprudencia de juez supranacional de la normativa y de los ordenamientos jurisprudenciales nacionales; además de declarar la inconstitucionalidad (los Tribunales constitucionales) o de

¹²⁹⁷ V.BAZAN, *Hacia un diálogo crítico entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes supremas o tribunales constitucionales latinoamericanos*, en *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos; Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, México, 2013, pp.569ss; M.CARBONELL, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales y el uso del derecho comparado en el diálogo jurisprudencial*, en *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos*, cit., pp.599ss; E.FERRER MAC-GREGOR, *Hacia la formación jurisprudencial interamericana de un ius constitutionale commune americanum. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional (sobre el cumplimiento del Caso Gelman vs. Uruguay)*, en *Ius constitutionale commune en América Latina rasgos, potencialidades y desafíos*, México, 2014, pp.329ss.

desaplicar (los jueces comunes) las normas contrarias. En más ocasiones, ha sido confirmado tanto que es un deber de todo Estado firmante de la Convención Americana estructurarse de modo tal que sus instituciones sean capaces de asegurar el respeto de los derechos humanos, entre los cuales el deber de prever, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención; como que la aplicación de disposiciones de derecho interno contrarias a la normativa y jurisprudencia supranacional constituya la violación de un deber del Estado que compromete su responsabilidad internacional.

Tal necesidad se justifica – para utilizar el razonamiento de la Corte americana de los derechos del hombre —por el hecho de que cuando un Estado ha ratificado un tratado como la Convención, sus jueces— en cuanto órganos del mismo —son sometidos a ella y obligados a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean frustradas por normas contrarias.

GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

LA CORTE E IL VOTO. LA SENTENZA N. 35/2017 SULL'ITALICUM: UNA PRIMA LETTURA VALIDA

La Corte e il voto: riflettendo su un comunicato stampa *

di Fulco Lanchester**

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Le votazioni pubblicistiche – 3. Elezioni e sistemi elettorali – 4. L'ipercinetismo italiano in materia elettorale e la disomogeneità normativa crescente – 5. La sentenza sulla legge elettorale cd. Italicum del 25 gennaio u.s – 6. Le ipotesi. – 7. Conclusioni

2. Premessa

Con il referendum del 4 dicembre sono collassati entrambi i piloni della riforma istituzionale, che avrebbe dovuto completare la transizione italiana verso una mitica stabilità. Ancor prima della sentenza della Corte costituzionale del 25 gennaio, come ha sottolineato lo stesso messaggio di fine d'anno del Presidente della Repubblica Mattarella, il mantenimento del bicameralismo paritario con la prescrizione della doppia fiducia ai sensi dell'art. 94 Cost. ha reso evidente che il sistema elettorale per le due Camere risulta ancor più difforme di quanto mai lo fosse stato in precedenza, con la necessità di intervenire in merito.

Vista la difficoltà di risolvere la questione, tutti hanno – dunque – atteso la decisione della Consulta, come una volta si aspettava la pronuncia dell'oracolo di Delfi, per poi opportunamente dividersi sull'interpretazione della stessa. Tuttavia, la pronuncia dei giudici costituzionali, di cui – per ora – abbiamo avuto contezza solo attraverso un comunicato stampa, non risolve (ma come avrebbe potuto!) le difformità tra i due meccanismi di trasformazione dei voti in seggi, ma eventualmente le ha solo attenuate, chiarendo i compiti di chi dovrebbe intervenire. La sentenza integrale potrà fornire, in ogni caso, utili indicazioni al legislatore, poiché, anche se l'Italicum è

* Relazione al Convegno *Il sistema elettorale per le Camere dopo la sentenza della Corte costituzionale*, Rettorato dell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza", Sala degli organi collegiali, 30 gennaio 2017. Contributo pubblicato previa accettazione del Comitato scientifico del Convegno.

Introduzione ai lavori del Seminario su "Il sistema elettorale per le Camere dopo la sentenza della Corte costituzionale", tenutosi il 30 gennaio 2017 nella Sala degli organi collegiali dell'Università "La Sapienza" e promosso dalla rivista *Nomos. Le attualità nel diritto* e dal Master in Istituzioni parlamentari "Mario Galizia" per consulenti di assemblea. Al tema elettorale la rivista e il Master hanno dedicato incontri simili. Ricordo il seminario precedente (2013) e successivo (2014) alla Sentenza sul Porcellum fino ad arrivare a quello del 20 ottobre 2016, che ha visto protagonisti i presentatori di progetti di riforma dell'Italicum (tutti certificati su vari numeri della rivista *Nomos-le attualità nel diritto.it*).

** Professore ordinario di Diritto Costituzionale Italiano e Comparato presso il Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università "La Sapienza" di Roma.

stato ablati sia dell'eventuale ballottaggio per ottenere il premio alla lista che abbia superato il 40% dei voti che della ampia discrezionalità dei capilista bloccati di scegliere il collegio, permane bruciante il problema della omogeneizzazione dei due meccanismi. Le motivazioni della sentenza dovrebbero orientare, dunque, le Assemblee parlamentari in una decisione non facile per la sua alta politicità in un momento di perdurante instabilità sistemica.

In questa introduzione ai lavori, che precede i commenti di Massimo Luciani, Paolo Carnevale, Gianni Serges, Massimo Siclari e Stefano Ceccanti (adotto un criterio misto di anzianità accademica e ordine alfabetico):

1. per prima cosa evidenzierò l'ambito della discussione, che non dovrebbe limitarsi al tema del sistema elettorale in senso stretto, ma abbracciare anche la zona della legislazione elettorale di contorno;

2. in secondo luogo sottolineerò il peculiare ipercinetismo italiano in materia che costituisce un indice empirico delle difficoltà sistemiche nazionali e lo confronterò con la dinamica di altri ordinamenti europei;

3. in terzo luogo mi soffermerò – sulla base dei ricorsi, che sono stati presentati contro l'Italicum – sulle principali decisioni della Corte in materia e sulle possibili soluzioni al fine di omologare i due meccanismi di risulta nello scorcio finale di questa XVII legislatura.

3. Le votazioni pubblicistiche

Gli ordinamenti pubblicistici liberali e democratici contemporanei sono caratterizzati da tecniche di decisione collettive che si concretano in procedure di votazione per preporre individui a cariche autoritative (elezioni) o per decidere su singole questioni (referendum). Le decisioni collettive degli ordinamenti pubblicistici, che non si basano sulla mera acclamazione, possono dunque distinguersi in votazioni deliberative e in votazioni elettive [Lanchester].

Una simile distinzione pone in evidenza la centralità delle votazioni sia come metodo per la presa di decisioni, sia come procedimento [Ferrari]. Le istituzioni (e quindi le procedure che le caratterizzano) costituiscono, infatti, selezioni di opportunità e le votazioni rappresentano in modo plastico la riduzione della complessità attraverso l'individuazione di regole sulla produzione delle decisioni collettive da osservarsi normativamente. In questo specifico ambito concettuale «votare» significa, quindi, l'espressione della volontà del singolo (individuo o gruppo) all'interno di un procedimento minimamente strutturato al fine di pervenire a decisioni collettive di tipo deliberativo o elettivo.

In entrambi i casi per la presa delle decisioni (elettive o deliberative) di tipo pubblicistico si richiede l'adozione tendenziale del principio maggioritario, temperato – negli ordinamenti democratici – da quello del rispetto delle minoranze.

Si può ribadire, dunque, che la votazione individua non soltanto l'atto di volontà espresso dai singoli aventi diritto al voto che confluisce in una decisione collegiale, ma anche il procedimento all'interno del quale lo stesso viene ad estrinsecarsi. Ne consegue che, nell'ambito di una concezione procedurale della democrazia, la stessa finisce per concretizzarsi in e solo in votazioni, come espressione della volontà del singolo all'interno dell'unità collegiale. Il concetto di votazione viene quindi a porsi alla base degli attuali ordinamenti di democrazia pluralistica, ma in generale costituisce un momento fondamentale anche per altre forme di Stato e per gli stessi collegi di natura privatistica.

La dottrina ha, in proposito, individuato un concetto tecnico ed uno qualitativo di votazione, dove solo in quest'ultimo caso l'espressione formale della scelta del singolo avente diritto si sostanzia in un vero e proprio atto di libera volontà e come tale deve corrispondere a specifici requisiti.

Al di là del tema della massima estensione del diritto di voto per gli appartenenti all'ordinamento, sotto la prospettiva qualitativa gli standards minimi che distinguono una votazione democratica da una meramente tecnica sono: da un lato l'esistenza della possibilità di essere informati e di informare nell'ambito di una competizione pluralistica; dall'altro la possibilità di esprimere senza costrizione il suffragio nella certezza che lo stesso venga valutato in modo corretto. Nel campo delle votazioni elettive di tipo pubblicistico pluralismo nell'offerta e nella domanda individuano un'arena in cui tutti i soggetti dovrebbero muoversi su un piano di parità tendenziale. Questa struttura ideale del mercato elettorale risulta in concreto distorta dalla presenza di disequaglianze nel potere di fatto, ma le normative degli ordinamenti di democrazia pluralistica tendono ad evitare eccessive asimmetrie attraverso disposizioni atte a tutelare l'eguaglianza tendenziale delle chances.

Sotto un altro profilo le votazioni democratiche si condensano in procedure formali complesse, che assicurano la regolarità del procedimento da parte dell'ordinamento sin dall'iscrizione nelle liste elettorali degli aventi diritto al voto fino ad arrivare alle fasi dello scrutinio e della proclamazione dei risultati. La complessità dello stesso procedimento è tale che risulta opportuno ricordare come, nell'ambito degli stessi ordinamenti di democrazia pluralistica, l'esercizio del diritto di voto da parte dei singoli costituisca un'attività che, per quanto riguarda il corpo elettorale, solo da pochi decenni ha assunto caratteri di certezza tendenziale.

4. Elezioni e sistemi elettorali

All'interno della teoria delle votazioni quelle elettive sono – dunque – procedure di espressione della volontà di un collegio (pubblicistico o privatistico) per la preposizione di individui a cariche autoritative. In ambito pubblicistico le elezioni politiche si connettono con il livello in cui la rappresentanza così individuata partecipa alla politicità ossia all'uso tendenziale della forza.

Secondo la letteratura internazionale, le elezioni esercitano perlomeno sei funzioni (ma non tutte possono recuperarsi all'interno dei singoli ordinamenti e non tutte possiedono la stessa importanza):

1. funzione di legittimità (supporto per le autorità e per il regime);
2. funzione di rappresentanza di opinioni e interessi (domanda e comunicazione);
3. funzione di determinazione generica dell'indirizzo politico;
4. funzione di integrazione;
5. funzione di ricambio periodico delle élites;
6. funzione di controllo sui concorrenti e sull'amministrazione.

In tutti ordinamenti di massa (democratici e non) sono recuperabili una o alcune delle funzioni sulla base della realtà dello Stato e di regime concretamente vigenti.

Esistono invece, ed hanno una importanza determinante per la scelta dei sistemi elettorali (ovvero per i meccanismi di traduzione della volontà in seggi autoritativi) perlomeno quattro funzioni prescrittive delle elezioni:

- a) formazione di un collegio che rappresenti le principali opinioni esistenti nell'ordinamento;
- b) costituzione di un Governo conforme ai voleri della maggioranza degli elettori;
- c) selezione di buoni rappresentanti;
- d) formazione forte e stabile Governo.

La letteratura più equilibrata ha sempre sostenuto la difficoltà di costruire meccanismi che riescano a raggiungere le quattro finalità anzidette, certificando l'importanza di adeguare alla natura della società civile e politica gli strumenti tecnici.

Osservo che simili elaborazioni sembrano tipiche degli anni Cinquanta (raffinate negli anni Settanta), ma devono essere accompagnate con la certificazione negli ordinamenti occidentali delle difficoltà che sta incontrando la democrazia rappresentativa e della recessione dello stesso principio elettivo in senso qualitativo. La crisi dello Stato sociale negli ordinamenti dell'asse dell'Atlantico ha comportato forti difficoltà per le democrazie nello stesso ambito europeo. La crisi della rappresentanza partitica tradizionale e la nascita di movimenti genericamente definiti populistici ha prodotto ipotesi di trasformazione istituzionali che hanno investito sia il tipo di Stato (rapporto centro-periferia) che la forma di governo che infine il sistema elettorale in senso stretto. La prospettiva di utilizzare gli strumenti istituzionali in maniera sempre più massiccia per raggiungere la cosiddetta governabilità si scontra con parametri collegati alla forma di Stato e con problemi di opportunità politica.

In questo specifico ambito, il sistema elettorale in senso stretto, ovvero il meccanismo di trasformazione dei voti in seggi, può essere considerato uno strumento tecnico ad alta valenza politica, connesso con principi e valori della forma di Stato e capace di influire sulla formazione della rappresentanza in campo politico e sul funzionamento della forma di governo. Qualunque sia la sua copertura costituzionale nel sistema delle fonti, il sistema elettorale in senso stretto è, quindi, da considerarsi come una vera e propria norma di regime, strettamente connessa con la forza o il gruppo di forze che caratterizzano l'ordinamento di riferimento.

Lo strumento in questione è caratterizzato da alcuni elementi che strutturano e convertono la volontà elettiva del singolo e del gruppo in seggi autoritativi. Essi sono sostanzialmente tre: il tipo di scelta (ordinale o categorica); il tipo di collegio (unico o plurimo) e la sua dimensione (uninomiale o plurinomiale; il tipo di formula adottata (maggioritaria o non maggioritaria), cui si aggiungono altri elementi importanti come il tipo di quorum e le eventuali soglie di esclusione esplicita per l'accesso alla ripartizione dei seggi. Ovviamente, accanto a meccanismi "puri", esistono sistemi cosiddetti misti che affiancano o combinano gli elementi precedentemente evidenziati sia sul lato della selezione dei soggetti che su quello della individuazione degli eletti.

La normativa sul sistema elettorale in senso stretto si inserisce nell'ambito della cosiddetta legislazione elettorale generale, che comprende – oltre alle previsioni sulla inclusione nel demos politico (capacità elettorale attiva e passiva) – tutta la normativa residua e necessaria per l'effettuazione dell'atto elettivo in condizioni di eguaglianza tendenziale delle opportunità tra i concorrenti. Sul piano teorico l'arena elettorale deve essere, infatti, considerata come un mercato

in cui alcuni soggetti chiedono informazioni per poter esprimere la propria volontà in modo libero e informato ed altri possono informare sulle opzioni e presentare candidati a cariche pubbliche in un regime di *Chancengleichheit* (eguaglianza delle opportunità), che caratterizzano le votazioni libere da quelle senza scelta.

Sotto il profilo normativo e valoriale l'arena in questione si inserisce nell'ambito di un circuito democratico caratterizzato dalla previsione dell'autodeterminazione del singolo avente diritto al voto nell'ambito del *demos* in condizioni di eguaglianza, libertà e segretezza con il concorso di gruppi di elettori o associazioni che esercitano la funzione pubblicistica di presentare candidati nella contesa al fine di determinare in senso sempre più preciso l'indirizzo politico dell'ordinamento.

Dal punto di vista diacronico nei sistemi politici rappresentativi (liberali oligarchici e, poi, liberali-democratici) la disputa sull'allargamento del suffragio, prima maschile (censitario e/o capacitario) poi universale, ha preceduto quella sul meccanismo di trasformazione dei voti in seggi (incentrato sulla formula maggioritaria o non maggioritaria) e, in seguito, quella sulla normativa elettorale di contorno. In sostanza il tema della inclusione all'interno del *demos* ha preceduto la questione del come si vota, cui è seguita quella della legislazione di contorno. Con la Terza ondata di democratizzazione, durante gli anni Settanta, alcuni ordinamenti hanno superato la tradizionale contrapposizione formale tra sistemi elettorali basati sul tipo di formula adottata, utilizzando strumenti selettivi caratterizzati dall'utilizzo opportuno di formule proporzionalistiche, piccoli collegi e soglie di esclusione per l'accesso alla rappresentanza.

Negli ordinamenti democratici stabili il tema relativo al sistema elettorale in senso stretto, caratterizzato dalla discussione sull'alternativa o il mix tra esigenze di rappresentatività e di governabilità (alias eventuale riduzione della frammentazione e/o difesa dell'ordinamento da formazioni antisistema o anticostituzionali) risulta dibattuto costantemente (si pensi al caso britannico dove la discussione concreta ha più di un secolo di vita e allo stesso referendum che si è tenuto nel 2011 per poter cambiare il plurality con in voto alternativo), ma di solito viene pragmaticamente frustrato sia dalle forze politiche dominanti, sia dall'elettorato. Per simili sistemi politico-costituzionali si assiste dunque ad una sostanziale stabilità della normativa in questione (al di là di variazioni interne di tipo minimale, imposte -ad es.- in Germania dal *Bundesverfassungsgericht*).

È quindi il tema della legislazione elettorale di contorno ed in particolare l'argomento dell'eguaglianza dell'opportunità tra i concorrenti che caratterizza gli ordinamenti democratici stabili negli ultimi settanta anni. Rappresentano, dunque, casi eccezionali quelli di modifica del meccanismo di trasformazione dei voti in seggi francese (1958;1985), giapponese (1994) e neozelandese (1993), che verranno esaminati (accanto a quello italiano), e che possono essere confrontati con la dinamica dei sistemi democratizzati nel periodo successivo al crollo del cosiddetto socialismo reale.

Faccio notare però che l'introduzione di meccanismi elettorali selettivi ha effetti differenti da quelli basati su una maggiore specularità. In questo senso solo la riforma francese è stata accompagnata da un mutamento di regime (1958), mentre quelle giapponese e neozelandese hanno significato un mero allargamento delle possibilità di accesso alla rappresentanza. Infine, la riforma del 1987, che ha reintrodotto in Francia il doppio turno in collegio uninominale, non ha

prodotto effetti destabilizzanti sia per la struttura della complessiva forma di governo, sia per l'accettazione sostanziale del meccanismo da parte delle forze politiche presenti nel sistema.

5. L'ipercinetismo italiano in materia elettorale e la disomogeneità normativa crescente

Una simile constatazione deve – d'altro canto- essere inserita nella situazione specifica italiana di ipercinetismo istituzionale in materia elettorale che ha caratterizza in modo peculiare la recente esperienza dell'ordinamento italiano. Le modifiche elettorali del 1993 e del 2005, cui si aggiunge il meccanismo di risulta derivante dalla Sentenza n.1/2014 che ha prodotto il cosiddetto Consultellum, e il cosiddetto Italicum, prefigurano con la sentenza del gennaio 2017 la quinta modifica incisiva del sistema elettorale in senso stretto degli ultimi venticinque anni, cui dovrà seguire una sesta per l'omogeneizzazione dei due sistemi di risulta derivanti dalle sentenze della Corte.

Si tratta di un dato assolutamente sconosciuto in altri sistemi politico – costituzionali democratici dal secondo dopoguerra ad oggi e in generale per quelli successivi all'allargamento del suffragio.

In effetti per quanto riguarda gli ordinamenti democratici sul continente europeo dell'area centro – occidentale e settentrionale negli ultimi 70 anni solo in Francia si è avuta una modifica della ragione di trasformazione del meccanismo elettorale: nel 1958 con l'introduzione del SUMADT (Sistema uninominale maggioritario a doppio turno) da parte di De Gaulle; nel 1985 con l'introduzione da parte di Mitterand di un sistema basato su formula non maggioritaria in piccoli collegi e con il ritorno nel 1987 all'originario SUMADT.

Lo stesso può dirsi per quanto attiene agli ordinamenti dell'Europa meridionale (Grecia, Spagna e Portogallo), che hanno mantenuto le scelte operate negli anni Settanta. Come si è detto in precedenza, per quanto riguarda altri ordinamenti democratici stabili soluzione di continuità nel meccanismo elettorale sono, invece, rilevabili durante gli anni Novanta in Nuova Zelanda (passaggio dal plurality ad una sistema simile a quello tedesco) attraverso una oculata azione che ha investito commissioni di studio, parlamento e azione diretta del Corpo elettorale; in Giappone (passaggio dal voto unico al sistema elettorale misto-MMP: Mixed Member Proportional), che combina plurality e meccanismi di tipo speculare.

Appare invece – ovviamente - più complesso e non sintetizzabile in queste note il tragitto degli ordinamenti del settore balcanico (occidentale e orientale) e dell'Europa centro orientale, per non parlare di quelli dell'ex-impero sovietico. Mi riferisco in particolare ad alcuni ordinamenti ora dell'UE (Ungheria, Romania) ed altri esterni (Russia, Ukraina, ecc.). Se si esclude la Biellorussia (caratterizzata da un meccanismo tradizionale del socialismo reale ossia il Majority), su 19 ordinamenti dell'Europa centro-orientale ed orientale presi in considerazione 11 utilizzano sistemi basati collegi plurinomiali e formula non maggioritaria (Bulgaria, Cechia, Estonia, Lettonia, Polonia, Russia, Slovacchia, Slovenia), 8 meccanismi misti (Lituania, Ukraina, Ungheria). In Romania la legge del 2012 – prevalentemente maggioritaria è stata dichiarata in via preventiva non conforme a Costituzione dalla Corte costituzionale. È da sottolineare in questa prospettiva, da un lato, che la maggior parte degli ordinamenti hanno adottato soglie di esclusione del 4 o 5% per selezionare i cosiddetti partiti scheggia (in Ungheria esiste una normativa che alza

la soglia al 10% per le coalizioni di due e al 15% per le coalizioni di tre partiti); dall'altro la intensa dinamica di assestamento di alcuni ordinamenti sia per quanto riguarda il sistema elettorale in senso stretto, sia le carenze per quanto riguarda la legislazione elettorale di contorno.

Da quanto brevemente esposto, ribadisco – dunque- che la comparazione del caso italiano per il settore del sistema elettorale in senso stretto dovrebbe essere operata piuttosto con i paesi dell'Europa centro-orientale, piuttosto che con ordinamenti che paiono essere modelli concreti, ma tuttavia distanti. Una simile impostazione potrebbe essere integrata nel caso si volesse, invece, adottare la prospettiva – invero non irrealistica- di una riduzione della qualità della democrazia rappresentativa, con il trascinarsi degli ordinamenti di democrazia stabile verso quelli a basso rendimento. È tuttavia da sottolineare, anche in considerazione della stessa sentenza del 25 gennaio, che la caratteristica italiana del premio di maggioranza (rilevabile nel 1923,1953,2006-2013,2015) costituisce un unicum a livello comparato, strettamente collegato con esigenze sistemiche. La Corte sembra abbia ritenuto costituzionale il premio alla lista che supera il 40% dei voti, ma forse l'ha fatto perché nessuna lista oramai può raggiungere una simile soglia.

6. La sentenza sulla legge elettorale cd. Italicum del 25 gennaio u.s.

Non mi soffermo sul cosiddetto Consultellum 1 relativo alla Sent. n. 1/14 ed alla sua novità, sintetizzabile nell'impossibilità che vi siano zone franche nel diritto costituzionale. Già con quell'intervento v'era stato un esercizio di supplenza sul circuito partitico-parlamentare ingolfato. Molti giuristi non accettano ancora oggi che la Corte possa superare attraverso un'azione di accertamento il limite del giudizio incidentale e temono che la stessa potrebbe essere spinta nell'agone politico. Tuttavia nei successivi tre anni il ceto politico parlamentare ha tentato un'operazione di innovazione che è stata respinta dal Corpo elettorale e per la seconda volta è dovuta intervenire la Corte.

Com'è noto, la Corte costituzionale si è pronunciata sulle questioni di legittimità costituzionale della legge elettorale n. 52 del 2015, sollevate da cinque diversi Tribunali ordinari (su cui v. la tabella delle doglianze compilata dal Dottor Buonomo e le osservazioni di Borrello pubblicate su www.nomos-leattualitaneldiritto.it).

Non mi soffermo sui profili procedurali della decisione, che ha respinto le eccezioni di inammissibilità proposte dall'Avvocatura generale dello Stato e la richiesta delle parti di sollevare di fronte a sé stessa la questione sulla costituzionalità del procedimento di formazione della legge elettorale (sulla logica dei ricorsi vi sarà la testimonianza di F. Besostri).

Nel merito, la Corte ha rigettato la questione di costituzionalità relativa alla previsione del premio di maggioranza al primo turno, sollevata dal Tribunale di Genova, e ha invece accolto le questioni, sollevate dai Tribunali di Torino, Perugia, Trieste e Genova, relative al turno di ballottaggio, dichiarando l'illegittimità costituzionale delle disposizioni che lo prevedono.

Ha inoltre accolto la questione, sollevata dagli stessi Tribunali, relativa alla disposizione che consentiva al capolista eletto in più collegi di scegliere a sua discrezione il proprio collegio d'elezione. A seguito di questa dichiarazione di incostituzionalità, sopravvive comunque, allo stato, il criterio residuale del sorteggio previsto dall'ultimo periodo, non censurato nelle ordinanze di rimessione, dell'art. 85 del d.p.r. n. 361 del 1957. In questo caso la Corte per risolvere il problema dell'immediata applicabilità del meccanismo di risulta, necessariamente indefettibile, ha fatto riferimento (e questa è una chicca!) ad una normativa pervenuta tralaticciamente dal passato

(come molte norme elettorali) ed in particolare dall'art. 101 della prima legge elettorale del Regno di Sardegna (Regio editto 680/1848 del 17 aprile, che deriva a sua volta dall'art.49 della legge elettorale belga del 1831(collegata all'art.63 di quella francese del 1835).

La Corte ha inoltre dichiarato inammissibili o non fondate tutte le altre questioni ed ha dichiarato che la legge elettorale presa in considerazione è così suscettibile di immediata applicazione. Si badi bene, la Corte non ha detto – e lo vedremo soprattutto dalle motivazioni – che non si debbano omogeneizzare i due sistemi vigenti, ma ha solo detto che il Consultellum 2 è applicabile.

Rimane il ricordato monito del Capo dello Stato e lo sfogo più esplicito di Monsignor Galantino, segretario della CEI, sulla peculiarità di un ceto politico che delega l'intera normativa elettorale in senso stretto alla mera attività ablativa della Corte costituzionale.

7. Le ipotesi di riforma

Il Consultellum 1 per il Senato e Consultellum 2 per la Camera dovrebbero essere, dunque, modificati: parzialmente o rifatti ex novo. Questa seconda soluzione appare certamente più difficile, così come il ritorno al passato auspicato dal Pd e dalla Lega. La restaurazione del Mattarellum non può certo essere considerata come una reviviscenza automatica e quindi costituisce una decisione nuova, ambiziosa e controversa, perché avversata da molti dei partners presenti nell'arena. In realtà si tratta di una proposta interlocutoria per aprire (o chiudere) il dibattito ed anche di un vero e proprio azzardo costituzionale.

Altri pensano sia, invece, più efficace una strategia dolce che agisca invece sulla normativa di risulta delle leggi elettorali derivanti dalle decisioni della Consulta dell'ultimo triennio. L'ipotesi più probabile è la prospettazione di un meccanismo basato su formula ispirata al principio speculare e soglie di esclusione esplicite e implicite differenti.

Anche in questo caso si pongono, però, al legislatore almeno quattro problemi principali:

il primo è quello del premio (mantenuto alla Camera e inesistente al Senato) e della differente base di distribuzione dei seggi (nazionale per la Camera; regionale – ai sensi dell'art.57 della Cost. – per il Senato);

il secondo è costituito dall'esclusione delle coalizioni per la Camera e alla presenza delle stesse al Senato;

il terzo è rappresentato dalle soglie diversificate di esclusione esplicita (3% per Montecitorio; 8% per Palazzo Madama, 20% per le coalizioni);

il quarto è costituito dal problema dell'omogeneizzazione del metodo di individuazione degli eletti (anche sotto il profilo della rappresentanza di genere prevista alla Camera e non al Senato).

Ritengo dunque che l'intervento minimo di omogeneizzazione dovrebbe investire questi quattro livelli.

A- In particolare, per evitare eccessive differenziazioni nella composizione politica delle due assemblee, entrambe responsabili della concessione della fiducia al Governo, è necessario decidere se mantenere o meno il premio del 40 % dei voti validi previsto alla Camera e prevedere che l'attribuzione dello stesso e la distribuzione dei seggi del Senato tra le liste venga effettuata a livello nazionale (anche per l'eventuale premio), mantenendo invece l'individuazione degli eletti all'interno delle circoscrizioni a livello regionale sulla base del dettato costituzionale di cui all'art. 57 Cost.. Durante la discussione del Porcellum la

previsione vigente venne consigliata alla Presidenza della Repubblica che la impose sulla base di una valutazione non precisa del dettato costituzionale.

- B- La logica dell'esclusione delle coalizioni e la preferenza per la lista (di partito o "aperta") alla Camera confligge con l'esistenza delle coalizioni al Senato: è evidente che bisogna decidere e che, l'interesse dei partiti minori dovrebbe essere volto al superamento della proibizione delle stesse.
- C- La soglia di esclusione del 3% a livello nazionale potrebbe essere – invece – mantenuta (se non addirittura aumentata al 5%) per entrambe le Camere, mentre quella dell'8% per i partiti coalizzati.
- D- Si porrebbe il problema della individuazione degli eletti, che – in mancanza di una auspicabile distrettualizzazione uninominale – dovrebbe essere operata con l'adozione del voto di preferenza unico, tutelando però della preferenza di genere.

8. Conclusioni

La Corte ha sempre sostenuto che il sistema elettorale in senso stretto è uno strumento indefettibile e che quindi gli interventi devono restituire all'ordinamento un meccanismo funzionante. Il comunicato stampa lo ha ribadito al singolare, sottolineando che l'intervento era operato solo sul meccanismo della Camera, oggetto del giudizio. Ma all'interno di questo ragionamento poteva anche operare in maniera più incisiva un'omogeneizzazione del sistema di elezione di entrambe le Camere. Forse la Corte avrebbe potuto tentare di operare una maggiore convergenza tra i due meccanismi di risulta, ma può darsi che moniti in materia siano rilevabili nelle motivazioni. In ogni caso la Corte ha giustificato il Majority premium system, che – come si è notato – costituisce la costante dell'intervento riformistico italiano dal 1923 ad oggi, passando per il 1953, 2005 e il 2015, e questo peserà nella trattativa delle prossime settimane.

In definitiva, l'armonizzazione delle regole elettorali costituisce un tema di drammatica rilevanza costituzionale, per evitare lo sfascio programmato per raggiungere obiettivi partigiani. Se già con il Mattarellum ottenere Camere omogenee costituiva quasi una scommessa, con il Mattarellum l'attribuzione del premio nazionale alla Camera dei deputati e nelle singole regioni al Senato ha reso ancor più difficile il raggiungimento della stabilità e sacrificio di converso la rappresentanza. Certo è più semplice abolire il premio che introdurlo, in una situazione così frammentata e pericolosa, ma è anche vero che i maggiori stakeholder potrebbero avere l'interesse a costringere le liste minori a collegamenti forzati. In ogni caso la soluzione di assegnare i seggi a livello nazionale per entrambe le assemblee e quella di individuare gli eletti in circoscrizioni o collegi regionali per il Senato sembra dunque razionale. La scelta è tra un sistema disomogeneo o tra due differenti tipi di omogeneità: quella meno distorsiva e quella caratterizzata dal premio. Nell'urgenza di provvedere tutto pare più facile dedicandosi ad aumentare la specularità. Le soglie rimangono, ma in alcuni casi rischiano di non esserci i soggetti partitici ma solo gruppi di potere, mentre risulta difficile l'intervento sulla legislazione elettorale di contorno relativa alla democrazia interna dei partiti per la selezione dei candidati o quella relativa alla gestione della campagna elettorale.

Ma ovviamente questa è la parte relativa al sistema elettorale in senso stretto su cui si incentrano gli interessi maggiori delle forze politiche. Non si deve però trascurare, vista la forte

delegittimazione delle stesse e la necessità di mantenere gli standard minimi di democraticità del procedimento elettorale la parte che normalmente viene considerata più importante negli ordinamenti democratici evoluti, ossia quella della legislazione elettorale di contorno. In questa prospettiva una normativa sulla individuazione con garanzie pubblicistiche dei candidati potrebbe risolvere anche i problemi relativi al voto di preferenza, mentre potrebbe essere affrontata la oramai annosa questione della comunicazione politica e della eguaglianza delle opportunità fra i concorrenti. Ma i tempi sono forse troppo stretti e, quindi, è necessario accontentarsi dell'essenziale. Speriamo bene.

A lezione di storia*

di Massimo Luciani**

1.-
Nella Relazione che la Presidente della Commissione affari costituzionali del Senato presentò alla seduta della Commissione del 18 novembre 2014, in accompagnamento al d.d.l. n. 1385, erano menzionate tre esigenze fondamentali che qualunque legislazione elettorale dovrebbe rispettare: la rappresentatività; la costituzionalità; la governabilità. Concordo, anche se aggiungerei almeno la stabilità (a mio parere, interessa poco sapere subito dopo le elezioni se vi sia un Governo e quale sia, mentre interessa molto di più sapere se il Governo potrà essere stabile e duraturo) e la logicità. Di queste cinque esigenze la l. n. 52 del 2015 ne ha considerata una sola: la governabilità. La storia avrebbe dovuto insegnare qualcosa, tuttavia la storia è una maestra severa, sì, ma spesso inascoltata. E da noi di ascolto ce n'è stato davvero poco.

2.- Bene. Cosa aveva già insegnato la storia (e cosa avevano osservato gli studiosi più avvertiti), già quando quella legge veniva redatta e approvata? Vediamo.

Anzitutto, quanto alla *governabilità*, aveva dimostrato (in almeno venti anni) che, se la strutturazione e la semplificazione del sistema dei partiti possono essere favoriti da alcune soluzioni istituzionali, le forzature e gli irrigidimenti eccessivi producono solo l'illusione, ma non il raggiungimento del risultato. Un sistema elettorale nazionale (pressoché unico al mondo) capace di produrre una maggioranza irrefragabilmente certa avrebbe dovuto essere guardato, già per questo, con sospetto.

La questione della *rappresentatività* è legata alla precedente. I sistemi sociali occidentali sono attraversati da linee di tensione fortissime, che talora seguono i vecchi e tradizionali solchi di frattura (capitale/lavoro; centro/periferia; religione/secolarizzazione, etc.), talaltra ne tracciano di nuovi o nuovamente strutturati (penso a giovani/vecchi oppure a stabilità/precarità). Sistemi così articolati e conflittuali hanno bisogno di una qualche riduzione della loro complessità, certo, ma non si governano con la sola semplificazione. E il disagio deve essere in qualche modo rappresentato, altrimenti trova pericolosi canali extraistituzionali di manifestazione. Anche qui, un sistema elettorale capace di dare a una potenzialmente esigua minoranza numerica l'illusione d'essere maggioranza politica (e sociale) doveva generare qualche dubbio.

La *stabilità* era apparentemente perseguita attraverso la scelta di riservare il premio di maggioranza solo alle liste, escludendo le coalizioni. Anche qui, però, non si considerava la possibilità che quelle liste, essendo costrette a diventare *catch all*, finissero per avere una

* Relazione al Convegno *Il sistema elettorale per le Camere dopo la sentenza della Corte costituzionale*, Rettorato dell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza", Sala degli organi collegiali, 30 gennaio 2017. Contributo pubblicato previa accettazione del Comitato scientifico del Convegno.

**Professore Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico - Facoltà di Giurisprudenza - Università degli Studi di Roma - La Sapienza

composizione eterogenea, replicando al loro interno il difetto di coesione delle coalizioni. E mancava qualunque attenzione, nella proposta politica che sorreggeva la nuova legge, per istituti di stabilizzazione analoghi a quello del § 10 del *Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages*, che esclude la composizione automatica del gruppo misto (ostacolando, così, il transfughismo parlamentare).

Logicità. Non era giuridicamente logica la scelta di approvare una legge elettorale chiaramente calibrata su un disegno costituzionale alternativo, diverso da quello vigente, prima che il nuovo vedesse la luce. Occorreva una clausola di salvaguardia, ma anche qui il monito restò inascoltato e si preferì un inutile differimento dell'efficacia. E non era politicamente logica nemmeno la scelta di quel sistema elettorale da parte della maggioranza parlamentare che lo sostenne, perché, almeno ai miei occhi, era sin dall'inizio evidente il rischio, per quella maggioranza, di favorire in realtà un altro competitore, più capace di intercettare consenso al ballottaggio. A questo proposito, preciso che nessuno sarebbe così ingenuo da accettare l'eventuale replica che la legge sarebbe stata concepita per l'interesse generale del Paese, visto che non esiste un solo esempio di legislazione elettorale adottata senza aver d'occhio l'interesse della maggioranza chiamata a votarla.

Sulla *costituzionalità*, infine, c'è poco da dire. La Corte costituzionale, con la sent. n. 1 del 2014, aveva fatto alcune affermazioni molto chiare. In particolare, aveva ritenuto illegittimo un premio di maggioranza senza soglia. E cosa faceva la nuova legge se non prevedere un premio da assegnare all'esito di un turno elettorale ad accesso illimitato, appunto senza soglia? Tutto prevedibile, dunque. E confido di non essere accusato di infierire *post festum*, poiché si tratta di cose già chiaramente dette a suo tempo da alcuni studiosi (me compreso, se è lecito ricordarlo), addirittura in audizione parlamentare, anche mettendo in luce l'ontologica differenza del sistema elettorale nazionale da quelli regionali o comunali. Del resto, non dimenticherei nemmeno che una proposta analoga era venuta già all'inizio degli anni Novanta dal PDS, pur se quel partito la corresse (invero assai insufficientemente), rendendosi conto almeno dei suoi rischi principali. Né dimenticherei che le critiche di venticinque anni fa (!), almeno per quanto mi riguarda, furono pressoché identiche.

3.- Ora la Corte costituzionale si è pronunciata dichiarando incostituzionali, come risulta dal comunicato stampa, sia il premio assegnato al c.d. "turno di ballottaggio", sia la scelta indiscriminata del collegio d'elezione da parte dei capilista eletti in più collegi. Si tratta di una decisione che porrà non pochi problemi, anche se per capire bene il quadro si dovrà attendere, ovviamente, la motivazione.

3.1.- Anzitutto, è bene non sottovalutare la portata della demolizione operata dalla Corte. Taluno afferma che l'impianto generale della legge, in realtà, sarebbe uscito indenne dallo scrutinio di costituzionalità, ma è come dire che il sistema inglese resterebbe immutato se gli si togliesse il formato uninominale dei collegi. Inoltre, non si può sottovalutare che il Parlamento incassa a soli tre anni di distanza la seconda bocciatura costituzionale proprio sulla legge che ne determina la stessa composizione. In un momento di flebile consenso per le istituzioni rappresentative non è certo un evento da prendere sottogamba.

3.2.- In secondo luogo, cosa va fatto adesso. Non desidero cadere nel tritacarne della data delle elezioni: è questione politica che mi appassiona enormemente, è ovvio, ma che in questa sede lascio da parte, cercando di limitarmi a esporre i principali problemi che, sul piano istituzionale,

sono oggettivamente sul tappeto. Problemi che, è bene ricordare, devono essere risolti con legge, perché un mero intervento amministrativo non basta affatto, in un dominio nel quale la riserva di legge è chiara.

3.2.1.- Questione dell'omogeneizzazione dei due sistemi di Camera e Senato. Per alcuni è necessaria, per altri no (con l'argomento - invero assai debole, poiché equipara istituti incommensurabili - che l'effetto maggioritario del premio alla Camera sarebbe bilanciato da quello delle soglie alte e dei collegi piccoli al Senato). Certo, che sia almeno opportuna sarebbe difficile negarlo: a tacer d'altro, basta ricordare che la legge per il Senato non solo consente, ma valorizza le coalizioni (visto che la soglia di sbarramento è minore per le liste che ne fanno parte), mentre quella della Camera le esclude. Una differenza che, mi pare, non è da recepire a cuor leggero, poiché le strategie dei competitori politici cambiano completamente nei due scenari.

Comunque, se - opportunamente, per non dire doverosamente - si scegliesse la via dell'omogeneizzazione, si tratta di capire quale dovrebbe esserne il verso, perché si potrebbe omogeneizzare omologando il sistema della Camera a quello del Senato, o viceversa. Scelta, ovviamente, tutt'altro che scontata e la cui disponibilità rivela quanto sia discutibile la posizione di chi parla di un problema da risolvere facilmente con la "semplice" sovrapposizione di un sistema all'altro.

La prima ipotesi pone il problema dell'altezza delle soglie di sbarramento, a mio avviso eccessive al Senato, ed elimina qualunque incentivo alla formazione di maggioranze stabili. La seconda pone il problema del rischio di premi di maggioranza contraddittori: ammesso e non concesso che qualcuno sia in grado di raggiungere il 40%, non è affatto detto che ci riesca in entrambe le Camere, ed è addirittura possibile che il premio alla Camera sia vinto da una lista diversa da quella che lo vince al Senato.

Qui va affrontata la questione del premio utile. Si ricorderà che la sent. n. 1 del 2014 aveva folgorato il premio di maggioranza su scala regionale al Senato anche perché *sine ratione*, affermando che un premio ha senso solo se (oltre ad avere una soglia di accesso) serve davvero a produrre una maggioranza parlamentare. Ora, perdurando la fiducia senatoriale dopo lo scacco referendario, si tratta di capire come la Corte supererà l'ostacolo di quel precedente, invero assai ingombrante. Certo, potrebbe sostenere che un premio in un ramo del Parlamento è legittimo anche quando non assicura una maggioranza di governo, ma può produrre effetti di trascinamento nell'altro ramo (questo potrebbe costituire quel legittimante "*obiettivo di rilievo costituzionale*", del quale parla proprio la sent. n. 1 del 2014). Tuttavia, si tratterebbe di un aggiustamento di tiro di non poco conto. Staremo a vedere.

Ma torniamo al rischio. Se lo si volesse minimizzare, sarebbero a mio parere essenziali alcuni passaggi, dei quali il terzo mi pare decisivo.

i) L'attribuzione anche al Senato di un premio nazionale, purché, poi, il premio sia redistribuito su base regionale (il che - sebbene, stando ad alcune ricostruzioni giornalistiche dell'epoca, altro avesse ritenuto l'allora Presidente Ciampi - a mio avviso sarebbe conforme all'art. 57, comma 1, Cost.).

ii) La riforma dell'art. 58 Cost., per omologare elettorato attivo e passivo di Camera e Senato. Insomma: se bicameralismo perfetto ha da essere, che lo sia davvero.

iii) Prevedere che il premio scatti solo nell'ipotesi in cui il vincitore sia identico in entrambe le Camere: per risolvere il problema basterebbe imporre una specifica indicazione di collegamento

delle candidature alla Camera e al Senato. Resterebbe solo la questione della possibilità costituzionale di sciogliere una sola e non entrambe le Camere, ma: a) in un sistema a bicameralismo perfetto si tratta di questione più teorica che pratica; b) la si potrebbe risolvere con una semplice modifica dell'art. 88, comma 1, Cost.; c) se la via della revisione costituzionale apparisse troppo complessa, si potrebbe stabilire che il mantenimento dei seggi in premio sia condizionato al mancato scioglimento dell'altra Camera, con la conseguenza che, ove ciò avvenisse, decadrebbero i parlamentari così eletti e subentrerebbero quelli pretermessi in ragione del premio. Una soluzione farraginosa, mi rendo conto, ma ad applicazione a dir poco ipotetica.

3.2.2.- La parità di genere. La sent. n. 1 del 2014 non affrontò la questione della parità di genere, ma sembra saggio considerarla prima che qualcuno la sollevi, magari a elezioni già fatte. L'art. 51 Cost. è norma immediatamente precettiva e, sebbene non dica molto sul modo in cui promuovere le pari opportunità, non può certo essere completamente ignorato.

3.2.3.- Il voto di preferenza. La sent. n. 1 del 2014 ha imposto il voto di preferenza, ma nulla (almeno: nulla di incontestabile) ha detto su numero delle preferenze e modalità di espressione del relativo voto. E' bene ricordare che quella pronuncia ha dichiarato l'illegittimità costituzionale *“degli artt. 4, comma 2, e 59 del d.P.R. n. 361 del 1957, nonché dell'art. 14, comma 1, del d.lgs. n. 533 del 1993, nella parte in cui non consentono all'elettore di esprimere una preferenza per i candidati”*: per un verso, *“una”* è qui palesemente articolo indeterminativo (o, a tutto concedere, indicazione di una soglia minima); per l'altro, al par. 5.1. si era implicitamente lasciata aperta la soluzione di liste bloccate in circoscrizioni piccole, *“nelle quali il numero dei candidati da eleggere sia talmente esiguo da garantire l'effettiva conoscibilità degli stessi e con essa l'effettività della scelta e la libertà del voto”*. Anche questo è dunque un terreno essenziale di intervento, rispetto al quale - peraltro - ragioniamo sotto il velo dell'ignoranza, perché la nuova pronuncia della Corte potrebbe anche fornire qualche indicazione supplementare e inedita.

3.2.4.- Infine i collegi. Quando si affronta la questione dei sistemi elettorali occorre aver ben presente la distinzione fra struttura e rendimento. Un sistema elettorale, infatti, può avere struttura proporzionale, ma produrre un rendimento maggioritario: non è un caso che già Mackie e Rose avessero calcolato un *“indice di proporzionalità”* col quale tutti i sistemi elettorali, maggioritari o proporzionali che fossero, potevano essere misurati. Ebbene: uno dei fattori principali di determinazione del rendimento dei sistemi elettorali è il formato dei collegi. Difficile immaginare che questo sia un terreno da lasciare incustodito in una contingenza come l'attuale.

Anche qui, a mio parere, ci si dovrebbe muovere con cautela e senza esaltare il solo paradigma della governabilità, ma considerando anche quello essenziale della rappresentatività, senza il cui rispetto nessun sistema sociale complesso può essere pacificamente governato.

4.- Certo, se invece di cercare di rattoppare un tessuto lacerato due volte dalla Corte costituzionale le forze politiche volessero mettere mano seriamente alla legislazione elettorale il discorso cambierebbe. Qui non posso non manifestare, una volta di più, il mio convincimento che, per ragioni esposte in molte altre occasioni (i risultati proporzionali consentono di riflettere le correnti di opinione, ma le soglie eliminano quelle più marginali; la competizione nella parte uninominale costringe i partiti a selezionare candidature di qualità; il voto uninominale può trascinare quello proporzionale, etc.), il modello cui ispirarsi sarebbe quello della Germania, che, per usare le parole della stessa legge elettorale tedesca, disegna un sistema di *“mit der Personenwahl*

verbundenen Verhältniswahl” (e cioè di elezione proporzionale accoppiata a un’elezione personale). Un premio di maggioranza incentivante (a soglia ragionevole, dunque) potrebbe ben essere mantenuto (anzi: è quanto vado sostenendo esattamente da venticinque anni), ma a condizione di accompagnare questa scelta almeno con gli interventi normativi prima ricordati, se non con l’introduzione (peraltro ormai improbabile) di un bicameralismo differenziato, magari con una riforma costituzionale meno ambiziosa e tecnicamente più accurata di quella bocciata dal voto popolare. Ma questo richiederebbe sguardo lungo e capacità di uscire dai tatticismi asfittici della contingenza. Lo si vorrà? Lo si potrà?

Punti critici per un voto a tempi brevi *

di Felice Besostri **

Ringrazio gli organizzatori per l'invito normalmente gli avvocati anche se sono stati ricercatori confermati titolari di corsi non lo sono, ma riservati agli accademici. Dopo essere stato messo in pensione dalla mia Università nella primavera del 2010 le mie opinioni in tema di leggi elettorali non possono essere oggetto di articoli su riviste o relazioni in convegni universitari posso solo esternarle in giudizi per l'accertamento del diritto di votare secondo Costituzione, che non sono liti finte. Il Giudice può sempre decidere che questo diritto non c'è ma solo di essere ammessi alle elezioni e di impugnare la proclamazioni degli eletti. Anche in questo caso i punti lasciati in sospeso dovremo sollevarli convincendo i giudici che si devono esprimere nelle udienze già fissate in febbraio e marzo ad emettere ordinanze sui punti critici non decisi come infondati dalla Corte Costituzionale

Un passo avanti se le leggi elettorali sono **costituzionalmente necessarie** esse devono anche essere **necessariamente costituzionali**

Ormai il concetto di combinato disposto ha perso significato dopo che è stato usato per la l.n. 52/2015 (una legge ordinaria) e la revisione costituzionale sottoposta al referendum costituzionale e pertanto si può parlare di combinato disposto tra consultellum 1 e consultellum 2

- 1) Si può approvare una legge elettorale con la richiesta di fiducia stante quanto dispone l'art. 72 c. 4 Cost.?
- 2) Premio di maggioranza del 40% è compatibile con gli artt. 48 c. 2 (voto eguale e personale), 56 c.1 e 67 Cost. (suggestione dell'atto di intervento dell'avvocatura dello Stato)? Con un art. 38 della GG sovrapponibile al nostro art. 48 Cost. per la giurisprudenza del Bundesverfassungsgericht l'Italikum sarebbe stato dichiarato verfassungswidrig, incostituzionale o soluzione Ecuador per evitare il ballottaggio o maggioranza assoluta o 40% ma con il secondo distaccato di più di 10 punti percentuali

*Relazione al Convegno *Il sistema elettorale per le Camere dopo la sentenza della Corte costituzionale*, Rettorato dell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza", Sala degli organi collegiali, 30 gennaio 2017. Contributo pubblicato previa accettazione del Comitato scientifico del Convegno.

Contributo pubblicato previa accettazione del comitato scientifico

Il presente contributo costituisce una bozza dell'intervento tenutosi il 30 gennaio 2017 in occasione della lezione inaugurale del Master in Istituzioni parlamentari europee "Mario Galizia" per Consulenti d'Assemblea "Il sistema elettorale per le Camere dopo la sentenza della Corte Costituzionale" presso il Rettorato – Sala degli Organi collegiali dell'Università degli Studi di Roma La Sapienza. L'intervento integrale sarà pubblicato nel n. 1-2017 della Rivista Nomos – Le attualità nel diritto.

** Avvocato amministrativista, Ricercatore di Diritto costituzionale comparato presso il Dipartimento di Studi Internazionali dell'Università degli studi di Milano.

- 3) Capilista bloccati
- 4) Differenza soglie d'accesso unico del 3% alla Camera, 8, 20 e 3%
- 5) Presentazione delle candidature solo liste alla Camera liste/coalizioni al Senato, collegato alle soglie
- 6) Riequilibrio della rappresentanza di genere con la doppia preferenza alla Camera e preferenza unica al Senato

A mio avviso una contestuale applicazione dei due consultellum viola i diritti costituzionali degli elettori con più di 25 anni, dei candidati alle elezioni del Senato e dei partiti o gruppi politici organizzati gli unici soggetti che possono presentare liste di candidati ex art. 14 DPR 361/1957, che per l'art. 49 Cost. dovrebbero concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale: non sono liberi di presentarsi come lista o in una coalizione di liste.

Certamente l'art. 88 Cost., consente al Presidente della Repubblica di sciogliere le Camere o anche una sola di esse. Un scioglimento del solo Senato con soglie Camera varrebbe di più di un migliaio di sondaggi.

Tre brevi riflessioni: motivazioni per il no al ballottaggio, auto-applicatività garantita, modifiche opportune per un'armonizzazione ragionevole *

Di Stefano Ceccanti**

Mi limiterò a tre brevi riflessioni a partire dalle questioni ben inquadrare dal prof. Lanchester. La prima è un invito alla cautela.

Vedo troppe motivazioni proposte per la bocciatura del ballottaggio, che in ultima analisi si riconducono a una lettura proporzionalistica di una Costituzione, la quale non ha però voluto irrigidire nessuna formula elettorale, cosa che peraltro non ha fatto neanche la sentenza 1/2014.

La legge elettorale Italicum, con un ballottaggio in grado di garantire una maggioranza iniziale di legislatura, non è sorta all'improvviso, ma è maturata all'interno della Commissione dei saggi del Governo Letta, la cosiddetta Commissione Quagliariello-Violante (1), quando già vi erano tre schieramenti principali, ed esattamente allo scopo di affidare all'elettore la scelta decisiva sulla maggioranza. Vi erano certo due differenze di fondo rispetto al contesto odierno: una sola Camera con rapporto fiduciario ma stabilizzando l'esecutivo con le modifiche alla forma di governo e la possibilità di stipulare coalizioni, ma per il resto l'impianto era identico. Per inciso, quanto alla paternità politica, allora Renzi era solo sindaco di Firenze ed il segretario pd pro tempore era Epifani: quindi non aveva nulla a che fare col successivo successo del Pd alle Europee del 25 maggio 2014 su cui secondo alcuni, poco memori delle date, sarebbe stata ritagliata.

Non era del resto la prima proposta 'majority assuring' per dare agli elettori tale scelta in presenza di tre schieramenti: all'epoca della Bicamerale D'Alema, quando la Lega era fuori dai due poli tradizionali, uno schema analogo era stato concordato col cosiddetto "patto della crostata", formalizzato successivamente con una proposta di legge firmata dall'attuale Presidente della Repubblica Mattarella (2).

Posso capire (anche se non condividere) che dopo il risultato referendario il ballottaggio in una sola delle due Camere che continuano a dare la fiducia possa essere sembrato ad alcuni irragionevole per questo motivo, forse anche per l'altro che lo differenzia da quelle due proposte (la possibilità di coalizioni), ma non per altri. D'altronde la stessa Corte nella sentenza 275/2014 (3) ha ritenuto il ballottaggio, almeno per i comuni, in grado di legittimare una maggioranza assoluta dei seggi in Consiglio.

* Relazione al Convegno *Il sistema elettorale per le Camere dopo la sentenza della Corte costituzionale*, Rettorato dell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza", Sala degli organi collegiali, 30 gennaio 2017. Contributo pubblicato previa accettazione del Comitato scientifico del Convegno.

** Professore ordinario di Diritto Costituzionale Italiano e Comparato presso il Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università "La Sapienza" di Roma

La seconda riflessione è la lettura corretta delle due normative di risulta, che non appaiono così divaricate come si dice e che sono entrambe auto-applicative, cosa che rende gli ulteriori interventi del Parlamento non strettamente necessari.

Rispetto all'individuazione dei candidati, dopo l'approvazione della legge 52/2015 che ha reintrodotta le preferenze alla Camera, è ora possibile disporre di una normativa perfettamente auto-applicativa per la preferenza unica inserita dalla Corte al Senato con la 1/2014, grazie al rinvio operato dal Testo Unico Senato nel suo art. 27 al Testo Unico Camera (4). La scelta di prevedere un sistema tutto basato su preferenze (al Senato) e su una scelta mista tra capilista bloccati, comunque individuabili sulla scheda, e di preferenze (alla Camera) è comunque meno divaricato rispetto a quella previsto dai Costituenti (preferenze alla Camera, collegi uninominali-proporzionali al Senato). Del resto diverso era anche il sistema delle leggi Mattarella: collegi uninominali e liste bloccate alla Camera, soli collegi al Senato.

Neanche rispetto al cuore della formula elettorale i sistemi appaiono così dissimili e questo forse spiega perché la Corte, pur avendo soppresso il ballottaggio forse perché previsto in una sola Camera, non ha soppresso il premio, che è anch'esso previsto per la sola Camera. Infatti la correzione "in alto" del sistema della Camera col premio eventuale può produrre effetti analoghi agli alti sbarramenti previsti come correttivi "in basso" al Senato. Qualora una forza conquistasse il 40% alla Camera e ottenesse la stessa quota di consensi al Senato, nel primo caso avrebbe il 54% di maggioranza garantita alla Camera e al Senato, a seconda dei voti dispersi, sarebbe comunque la prima forza con un numero di seggi non troppo distante dalla maggioranza. Se ad esempio i voti dispersi fossero il 10% (cosa possibile sia per gli alti sbarramenti espliciti, sia per quelli ancora più forti di tipo implicito nelle Regioni con basso numero dei seggi), il 40% in voti potrebbe valere un 47-48% dei seggi. Due risultati non identici, ma compatibili.

La terza è la riflessione sugli interventi che, pur non essendo necessari, riteniamo comunque opportuni in chiave di armonizzazione Camera/Senato. Rispetto all'individuazione dei candidati, se si resta in logiche di innovazione incrementale, due appaiono decisamente tali al Senato: la preferenza doppia per rispondere all'esigenza di cui all'articolo 51 della Costituzione e la riduzione della dimensione dei collegi elettorali, passando dai 20 attuali (le intere Regioni) a un numero corrispondente a quello della Camera (ossia 50 collegi, dato che si tratta di eleggere un numero di senatori pari alla metà dei deputati, per i quali ne sono previsti 100 (5)). Non appare realistico in questa fase uscire da innovazioni incrementali verso modelli che sarebbero più conformi alle grandi democrazie europee come collegi uninominali o liste bloccate corte abbinata a modalità democratiche di scelta dei candidati all'intero dei vari partiti sulla base di norme legislative.

Rispetto al cuore della formula elettorale mi sembra che prima delle scelte concrete dobbiamo chiarire il significato dell'invito all'armonizzazione rivolto dal Presidente della Repubblica, in coerenza con le scelte operate sin dal 1963 dal revisore costituzionale (che unificò a 5 gli anni di durata di entrambe le Camere) e con quelle del referendum del 4 dicembre che ha confermato la doppia fiducia.

L'armonizzazione deve perseguire una via media, ragionevole, tra due altre impostazioni erranee perché unilaterali, l'una massimalista e l'altra minimalista, a cui certo non si riferisce il Presidente, ma che ritroviamo nel dibattito di questi giorni.

Quella massimalista, astrattamente condivisibile, enfatizza le esigenze di governabilità che andrebbero perseguite, vista come da garantire e non solo da favorire. E' però un obiettivo come tale impossibile a Costituzione invariata: era perseguibile solo con una legge majority assuring con una sola Camera che avrebbe dato la fiducia, secondo lo schema precedente all'esito referendario. Ora, a Costituzione invariata, si può solo perseguire una strada che favorisca la governabilità, ma non che pretenda di garantirla. Per inciso, sarebbe peraltro opportuno, a questo fine, livellare gli elettorati con una mini-riforma costituzionale nella prossima legislatura, in coerenza con questa linea e a suo coronamento.

Quella minimalista, che sottende anche in questo caso, come per alcune obiezioni al ballottaggio, un'opzione proporzionalista che si vorrebbe surrettiziamente costituzionalizzare, vorrebbe invece armonizzare al ribasso i sistemi, togliendo il premio alla Camera e abbassando gli sbarramenti al Senato. Siccome non è più possibile avere un esito garantito (premessa corretta) e astrattamente gli incentivi alla governabilità potrebbero essere curvati in modo diverso dagli elettori soprattutto perché i 18-25enni che votano solo alla Camera possono votare in modo sensibilmente diverso dalle altre fasce di età, allora (conseguenza sbagliata) sarebbe meglio un disarmo totale a favore del proporzionalismo più spinto. Qui l'errore è di segno opposto: il fatto che non si possa più garantire un esito non può portare alla scelta opposta di non favorirne nessuno. Anche perché accanto al rischio delle maggioranze diverse o opposte (che non è eliminabile a priori a Costituzione vigente) vi è quello dell'assenza delle maggioranze. Solo una teoria provvidenzialistica delle coalizioni può infatti far ritenere che dalla necessità di una coalizione post-elettorale (in assenza di un vincitore chiaro) si tragga la conseguenza politica dell'effettiva capacità di dar vita a una coalizione. Teoria smentita tragicamente a Weimar e un po' meno tragicamente nella recente esperienza di Madrid. Gli incentivi sono giustificati dal fatto che le elezioni in una forma di governo parlamentare sono destinate anche a dar vita a un continuum solido tra maggioranza parlamentare e Governo e non solo alla scelta di rappresentanti che stiano di fronte a un Governo da loro indipendente (come nella monarchia costituzionale pura o in una forma presidenziale) (6). La governabilità tramite significativi incentivi selettivi che rendano il sistema un trasformatore di energia e non un mero apparecchio fotografico (secondo la classica impostazione della rappresentanza di Duverger) non è quindi un vincolo esterno, un'esigenza estrinseca, ma un pilastro della logica della forma parlamentare.

Se si vuole quindi perseguire una via media di armonizzazione che non promette ciò che non potrebbe mantenere (un esito coerente e certo) ma che non si abbandona a una deriva assembleare, in una logica incrementale si possono individuare tre correttivi. Il primo è l'esportazione del premio nazionale anche al Senato, andando oltre una curiosa lettura che isola tre parole dell'art. 57, "a base regionale", dall'insieme della Costituzione che invece delinea una Camera politica che contribuisce alla politica nazionale dando la fiducia al Governo. Una lettura che, peraltro, non trova neanche riscontro in nessun atto formale della Presidenza Ciampi, a cui normalmente si farebbe risalire ma correttamente solo in termini informali, e che quindi non

vincola in alcun modo i successori. In realtà l'art. 57 impedisce solo che vi possano essere slittamenti di seggi da una Regione all'altra e niente altro: quindi basta stabilire nazionalmente il premio e andare poi a ricasco nelle Regioni senza alterare i seggi tra l'una e l'altra. Il secondo è la possibilità delle coalizioni anche alla Camera, che rende il raggiungimento della soglia più probabile. Il terzo è la possibile previsione di un premio minore al di sotto del 40% che renda il sistema meno rigido. Infatti si oscilla tra due schemi opposti: la correzione forte sopra il 40% e un sistema fotografico (al netto dell'effetto delle soglie) al di sotto. Niente proibisce di individuare una "soluzione cuscinetto" al di sopra di una certa soglia (il 33? Il 35?) e fino al 40% che avvicini comunque alla maggioranza dei seggi. Se invece si volesse uscire da soluzioni minimaliste, coi collegi uninominali o con nuove forme di doppio turno (in questo caso attendendo le motivazioni della Corte) le esigenze di governabilità sarebbero certo meglio tutelate, ma dipende da condizioni politiche in questo momento molto improbabili.

Note

- (1) Si vedano i Capitoli Quarto e Quinto della Relazione finale, leggibili qui <http://presidenza.governo.it/DIE/attivita/pubblicazioni/Per%20una%20democrazia%20migliore.pdf> alle pagg. 57/72
- (2) Atto Camera 4926, leggibile qui <http://leg13.camera.it/dati/leg13/lavori/stampati/pdf/4926.pdf>
- (3) <http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2014&numero=275>
- (4) Come spiegato nel dossier dei servizi studi Camera-Senato n. 416 leggibile qui: <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00999833.pdf>. Per una ricostruzione didattica della normativa vigente si veda la mia scheda leggibile qui alla data 1 febbraio: <http://www.ceccanti.ilcannocchiale.it/>
- (5) Ne ritaglia puntualmente 50 la proposta di legge 4183 Lauricella <http://www.camera.it/dati/leg17/lavori/stampati/pdf/17PDL0047480.pdf>
- (6) "Non si tratta più di presentare al Sovrano 'rem praesentare' le istanze dei sudditi, ma di consentire al popolo di erigersi esso stesso a sovrano" (A. Barbera, audizione alla Camera sulla riforma elettorale, 13 gennaio 2014, http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0449_barbera.pdf)

[Prime considerazioni sul parziale accoglimento delle questioni di legittimità costituzionale sollevate nei riguardi della legge n. 52 del 2015, alla luce del comunicato emesso dalla Corte, il 25 gennaio 2017*](#)

di Massimo Siclari**

SOMMARIO: 1. *I tempi della Corte, i tempi della politica.* – 2. *I dispositivi preannunciati.* – 3. *Si può votare con quel che rimarrà a seguito dell'opera di ritaglio effettuata dalla Corte?* – 4. *Prospettive per una nuova legge elettorale.*

1. *I tempi della Corte, i tempi della politica*

Il 25 gennaio la Corte costituzionale ha deciso su numerose questioni di legittimità costituzionale della vigente legge elettorale¹²⁹⁸ per la Camera dei deputati sollevate da vari tribunali. Assai opportunamente la Corte aveva evitato di prendere in esame la questione ai primi di ottobre 2016, data decisa quando sembrava che il *referendum* costituzionale dovesse tenersi a settembre, ed altrettanto opportuna è stata la fissazione dell'udienza oltre un mese e mezzo dopo il responso referendario. Il rinvio dell'udienza, nonostante le ingiustificate polemiche sollevate da qualche critico, era pienamente motivato dalla necessità di evitare di adottare una decisione che, qualunque ne fosse stato il contenuto, resa in piena campagna referendaria, avrebbe finito inesorabilmente per ricevere le accuse di aver voluto influenzarne gli esiti. La fissazione della data del 24 gennaio avrebbe potuto consentire alle forze politiche di votare rapidamente una nuova legge elettorale per Camera e Senato, evitando alla Corte di dover nuovamente adottare una pronuncia su un aspetto così rilevante e delicato della nostra organizzazione costituzionale. Soprattutto, una pronuncia che non risolve (e non era chiamata a farlo), la questione fondamentale che affligge il complesso delle regole elettorali risultante dalla sentenza resa dalla Corte costituzionale nel 2014¹²⁹⁹ e da quella di cui si attende la pubblicazione:

* Relazione al Convegno *Il sistema elettorale per le Camere dopo la sentenza della Corte costituzionale*, Rettorato dell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza", Sala degli organi collegiali, 30 gennaio 2017. Contributo pubblicato previa accettazione del Comitato scientifico del Convegno.

Il presente contributo costituisce una bozza dell'intervento tenutosi il 30 gennaio 2017 in occasione della lezione inaugurale del Master in Istituzioni parlamentari europee "Mario Galizia" per Consulenti d'Assemblea "Il sistema elettorale per le Camere dopo la sentenza della Corte Costituzionale" presso il Rettorato – Sala degli Organi collegiali dell'Università degli Studi di Roma La Sapienza. L'intervento integrale sarà pubblicato nel n. 1-2017 della Rivista *Nomos – Le attualità nel diritto*.

** Professore ordinario di Diritto Costituzionale presso l'Università degli studi Roma Tre di Roma.

¹²⁹⁸ Legge 6 maggio 2015, n. 52 – *Disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati*.

¹²⁹⁹ Corte costituzionale, 13 gennaio 2014, n. 1.

la sicura disomogeneità di composizione politica di Camera e Senato, con la conseguenza di rendere assai ardua la formazione di un governo e la sua durata.

La Corte costituzionale può limitarsi a dire se una certa norma di legge è incoerente con il dettato costituzionale, può arrivare a cancellare un'intera legge (in casi limite) ma non può di certo approvare una legge e men che meno una legge elettorale: per questo, esiste il Parlamento.

Dopo l'esito del *referendum* costituzionale, abbiamo dovuto ascoltare ancora una volta un'infinità di dichiarazioni sulla futura legge elettorale (ovviamente tutte in contraddizione tra loro) senza che nessuno abbia dimostrato effettivamente di avere la volontà (e l'umiltà, molto più proficua e meno diffusa in politica della tracotanza) di approvarne una nuova. Le prime reazioni al comunicato stampa della Corte costituzionale¹³⁰⁰ danno l'idea che le forze politiche non abbiano nessuna fretta di arrivare in tempi ragionevoli ad una soluzione concreta. L'interesse e la partecipazione degli elettori alla consultazione referendaria del 4 dicembre avrebbero meritato senz'altro un diverso atteggiamento.

2. I dispositivi preannunciati.

Allo stato siamo a conoscenza soltanto di un Comunicato stampa, che, pur essendo alquanto perspicuo, è assolutamente insufficiente per esprimere un giudizio poco più che approssimativo e, ineluttabilmente, provvisorio sulle decisioni che la Corte costituzionale ha assunto sulle questioni proposte.

In primo luogo, la Corte conferma di considerare inammissibile l'intervento in giudizio del CODACONS. Invero, tale inammissibilità era stata dichiarata con ordinanza del 24 gennaio

¹³⁰⁰ Il testo del comunicato stampa del 25 gennaio 2017 è disponibile al seguente indirizzo web: http://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20170125174754.pdf.

2017, letta in udienza, ribadendo l'orientamento restrittivo già espresso in più occasioni in tema di intervento nei giudizi sulle leggi¹³⁰¹¹³⁰².

In secondo luogo, la Corte costituzionale ha respinto le eccezioni di inammissibilità proposte dall'Avvocatura generale dello Stato. Tra queste, non ha avuto accoglimento quella fondata sull'argomento – che ha trovato eco in qualche organo di stampa¹³⁰³ nonché nell'opinione di qualche studioso¹³⁰⁴– della mancanza di efficacia delle norme impugnate al momento dell'adozione delle ordinanze di rimessione. Secondo l'Avvocatura, valutare nel merito la legge n. 52 del 2015 “contrasterebbe con il dettato costituzionale che non prevede (ancora) un ricorso preventivo di legittimità”¹³⁰⁵. Un'affermazione estrapolata dal contesto è un po' poco per valutarne la fondatezza; certo, considerandola nel quadro della memoria, la Corte l'ha ritenuta priva di pregio, non foss'altro perché – sia pure con riferimento allo statuto regionale, un ricorso preventivo è previsto dall'art. 123 Cost., quindi non può dirsi che un giudizio su disposizioni non ancora efficaci sia del tutto estraneo al dettato costituzionale italiano. D'altro canto, era la sola ordinanza tribunale di Messina ad essere stata emessa prima che le disposizioni impugnate acquisissero piena efficacia, le altre sono state adottate tutte dopo la data del 1° luglio 2016.

¹³⁰¹ Questa la parte motiva dell'ordinanza pronunciata in udienza:

«Considerato, in primo luogo, che, l'intervento spiegato dal Codacons e, in proprio, dal suo legale rappresentante Ursini Giuseppe, nei giudizi instaurati dai Tribunali ordinari di Messina e di Torino, è inammissibile, in quanto tardivo (tra le tante, sentenze n. 248, n. 219 e n. 187 del 2016);

che l'intervento, in termini, dello stesso Codacons nei giudizi instaurati dai Tribunali ordinari di Trieste e Genova, è inammissibile, in quanto, secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, possono partecipare al giudizio in via incidentale di legittimità costituzionale le sole parti del giudizio principale e i terzi portatori di un interesse qualificato, immediatamente inerente al rapporto sostanziale dedotto in giudizio e non semplicemente regolato, al pari di ogni altro, dalla norma o dalle norme

Oggetto di censura (tra le tante, ordinanze allegate alle sentenze n. 243 del 2016 e n. 2 del 2016), mentre i rapporti sostanziali dedotti nelle cause in esame non hanno alcuna diretta incidenza sulla posizione giuridica del Codacons;

che questa Corte ha già espresso tale orientamento anche in relazione alla richiesta di intervento da parte di soggetti rappresentativi di interessi collettivi o di categoria (*ex plurimis*, sentenze n. 76 del 2016, n. 178 del 2015 e ordinanza n. 227 del 2016);

che è inammissibile anche l'intervento, nei giudizi da ultimo menzionati, spiegato in proprio dal legale rappresentante del Codacons, Ursini Giuseppe, nella mera qualità di cittadino elettore, poiché, in tale veste, la sua posizione soggettiva non può essere distintamente pregiudicata, più di quanto possa esserlo quella di qualunque altro cittadino elettore, dalla decisione di questa Corte;

che nei giudizi promossi dai Tribunali di Torino, Trieste e Genova, sono inammissibili gli interventi dei cittadini elettori, che allegano altresì la loro qualità di parti in giudizi analoghi a quelli dai quali originano le questioni di legittimità costituzionale all'esame di questa Corte;

che, infatti, la giurisprudenza costituzionale non ammette l'intervento nel giudizio di legittimità costituzionale di parti di giudizi, diversi da quelli nei quali sono state sollevate le questioni di legittimità costituzionale, anche se suscettibili di essere definiti dalle medesime disposizioni oggetto di censura (*ex multis*, sentenze n. 71 e n. 70 del 2015, ordinanza n. 100 del 2016);

che, in particolare, non è sufficiente la circostanza che i richiedenti abbiano instaurato un giudizio identico, per oggetto, a quelli dai quali originano le questioni di legittimità costituzionale all'esame di questa Corte, poiché l'ammissibilità di interventi di terzi, titolari di interessi, analoghi o identici a quelli dedotti nel giudizio principale, contrasterebbe in tal caso con il carattere incidentale del giudizio di legittimità costituzionale, in quanto il loro accesso a tale giudizio avverrebbe senza la previa verifica della rilevanza e della non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale da parte del giudice a quo (sentenze n. 71 del 2015 e n. 59 del 2013, ordinanza n. 156 e n. 32 del 2013)». Il testo completo dell'ordinanza è reperibile in www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20170126131855.pdf.

¹³⁰² Per un'ampia ricognizione critica sulla giurisprudenza relativa all'intervento nei giudizi di costituzionalità, v. A. Cerri, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Milano, Giuffrè, 2012, 217 ss.

¹³⁰³ V., ad es., l'articolo apparso nel settembre scorso *Italicum, l'Avvocatura di Stato chiede l'inammissibilità del ricorso alla Corte costituzionale*, in http://www.huffingtonpost.it/2016/09/13/italicum-avvocatura-stato-inammissibilita_n_11992924.html.

¹³⁰⁴ Così, ad es., R. Bin, *La Corte e la legge elettorale: “è difficile credere ad un ritorno indietro”?* in <http://www.lacostituzione.info/index.php/2017/01/19/la-corte-e-la-legge-elettorale-e-difficile-credere-ad-un-ritorno-indietro/#more-1859>.

¹³⁰⁵ Il virgolettato è tratto dall'articolo *Italicum, l'Avvocatura di Stato chiede l'inammissibilità del ricorso alla Corte costituzionale*, cit. alla nt. 6.

Peraltro, più in generale, va osservato che il giudice *a quo* ben potrebbe evitare anche la prima applicazione di una disposizione della cui costituzionalità dubita¹³⁰⁶ (senza contare che la Corte ha rigettato molti anni fa la tesi per la quale fosse impossibile sollevare questioni di costituzionalità relativamente a disposizioni di delega legislativa al governo prima dell'attuazione della delega stessa¹³⁰⁷): insomma, c'erano diversi argomenti per disattendere la richiesta dell'Avvocatura (o, quanto meno, quel che di tale richiesta emerge da quanto apparso sulla stampa). E, per quanto riguarda l'incidentalità del giudizio, c'è da aspettarsi che la Corte non smentisca quanto affermato nella sentenza n. 1 del 2014.

Del pari, la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile anche la richiesta delle parti di sollevare di fronte a sé stessa la questione sulla costituzionalità del procedimento di formazione della legge elettorale¹³⁰⁸. Non stupisce particolarmente che la Corte costituzionale abbia respinto tale istanza, essendo, notoriamente, alquanto restia ad adottare ordinanze di autorimessione, particolarmente nei giudizi sulle leggi, che rimangono le ipotesi più problematiche di giudizio *a quo*¹³⁰⁹. D'altro canto, trattandosi di vizi formali il cui accertamento avrebbe potuto condurre ad una dichiarazione d'illegittimità dell'intera legge elettorale della Camera dei deputati, l'accoglimento della richiesta di parte avrebbe potuto comportare la caducazione dell'intera legge e ciò non era possibile, giacché essa appartiene al novero delle leggi "costituzionalmente necessarie", come ribadito, da ultimo, nella sent. n. 1 del 2014.

Passando al merito delle questioni decise, il comunicato annuncia innanzi tutto che la Corte non ha ritenuto di dover dichiarare l'incostituzionalità del premio di maggioranza. La questione, stando alla lettera del comunicato, è stata rigettata "nel merito", quindi c'è da attendersi sul punto una decisione di non fondatezza, sintomo che la Corte non ha considerato leso il principio che stava alla base della dichiarazione dell'illegittimità costituzionale del premio di maggioranza previsto dalla legge n. 270 del 2005 e consistente nel necessario bilanciamento fra esigenze di governabilità e rappresentatività delle Camere, sacrificato oltre misura dall'assoluta mancanza di una soglia minima per poter ottenere il premio stesso¹³¹⁰.

In realtà, pur con la previsione della soglia al 40%, anche quello previsto dalla legge n. 52 del 2015 configura un «premio alla minoranza più consistente, trasformandola in maggioranza», come ripete da anni Gianni Ferrara¹³¹¹.

¹³⁰⁶ Diversamente, sembrerebbe, G. De Muro, *La Corte e la tutela del diritto di voto*, in *Federalismi*, n. 2/2017.

¹³⁰⁷ V., infatti, Corte costituzionale, 4 maggio 1990, n. 224.

¹³⁰⁸ Al riguardo, si v. il contributo di E. Imparato, *La Consulta alla prova dell'Italicum: la via dell'autorimessione*, in *Consultaonline*, n.1/2017, ove si sostiene l'opportunità di tale autorimessione al fine di favorire il superamento, in sede parlamentare, della legge n. 52 del 2015, attraverso l'approvazione di nuove disposizioni elettorali.

¹³⁰⁹ Sul punto, v. B. Caravita, *Appunti in tema di «Corte giudice a quo» (con particolare riguardo alle questioni sollevate nel corso dei giudizi incidentali di legittimità costituzionale)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1988, pp. 40 ss. (spec. 54 ss.) nonché, per indicazioni giurisprudenziali più recenti, A. Ruggeri – A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, p. 204.

¹³¹⁰ Pur non essendo di per sé illegittimo, per come disciplinato dalla legge n. 270 del 2005, il premio di maggioranza «determina una compressione della funzione rappresentativa dell'assemblea, nonché dell'eguale diritto di voto, eccessiva e tale da produrre un'alterazione profonda della composizione della rappresentanza democratica, sulla quale si fonda l'intera architettura dell'ordinamento costituzionale vigente», così la sent. n. 1 del 2014.

¹³¹¹ Così, G. Ferrara, *I referendum elettorali mistificazione della democrazia*, ne *Il manifesto*, 13 settembre 2011, nonché, più di recente, con riferimento al premio di maggioranza previsto dalla legge, v. Id., *Modifiche costituzionali e forma di governo*, in *Questione giustizia*, 2016, n. 2 (consultabile *on line*: www.questionegiustizia.it): «Lo si denomina "premio di maggioranza". Ne va smascherata la verità. È falso nel nome, nel contenuto e negli effetti. Non premia affatto una maggioranza, vanifica quella vera. Si sa che in qualunque entità di votanti la maggioranza si identifica nella metà più uno dei voti espressi. Il "premio di maggioranza" non lo si conferisce a chi questi voti li ha acquisiti, ma a chi non li ha acquisiti. Lo si conferisce ad una minoranza, quella che ha ottenuto un solo voto in più di ciascuna altra minoranza. Il premio si traduce quindi in un privilegio per una delle minoranze

D'altro lato, dubito si possa pensare che la scelta della Corte sia stata determinata dalla considerazione del contesto politico attuale che – se sono pienamente attendibili i sondaggi – non vede nessuna delle maggiori forze politiche in campo superare da sola la soglia del 40%¹³¹². Ma ammesso che tale assetto non muti al momento delle elezioni, è difficile pensare che ad evitare il raggiungimento della soglia sia sufficiente il divieto di apparentamento fra liste. Cosa impedisce che più forze politiche diano vita ad un'unica lista capace di ottenere il 40% dei consensi? È vero che non sempre i risultati di tali operazioni facciano sortire la somma aritmetica dei voti attesi da ciascuna forza, ma non lo si può del tutto escludere.

La Corte ha poi annunciato due importanti dispositivi di accoglimento, dichiaranti rispettivamente l'incostituzionalità del ballottaggio – previsto dalla legge n. 52 del 2015 nel caso in cui non sia attribuibile il premio di maggioranza – e della disposizione che dava al capolista eletto in più collegi la possibilità di scegliere discrezionalmente il collegio a cui attribuire l'elezione.

Evidentemente, per quanto riguarda la prima, c'è da pensare che la Corte costituzionale abbia ritenuto che sia irragionevole consentire di avere il 54% dei seggi alla Camera ad una lista che abbia ricevuto meno del 40% del consenso degli elettori al primo turno, in spregio al principio di rappresentatività che aveva inteso garantire con la sentenza n. 1 del 2014 (principio che avrebbe trovato di certo una più forte tutela se fosse stato censurato anche il premio di maggioranza, così come configurato dalla legge n. 52 del 2015).

Per quanto riguarda la seconda, il comunicato precisa che “sopravvive comunque, allo stato, il criterio residuale del sorteggio previsto dall'ultimo periodo, non censurato nelle ordinanze di rimessione, dell'art. 85 del d.p.r. n. 361 del 1957”. La dichiarazione d'incostituzionalità della facoltà di scelta del collegio da parte del capolista, dunque, non arriva ad escludere l'eventualità di candidature plurime, ma amplia per questa via la possibilità che entrino in Parlamento candidati eletti col sistema delle preferenze (anche se, c'è da dire, non è detto che attraverso il sorteggio non finisca per restare penalizzato un candidato che abbia ricevuto più preferenze di altri, il che non costituisce, certo, un esito ragionevole)¹³¹³.

Infine, la Corte ha dichiarato inammissibili o non fondate tutte le altre questioni. Queste riguardavano, tra l'altro: la diversità delle soglie di sbarramento previste dalle regole elettorali di

rispetto a tutte le altre. Privilegio che comporta discriminazione di voti e sottrazione di seggi a quella che risulterà essere in ogni caso, chiunque la calcoli, qualunque sia il tipo di scrutinio, la maggioranza reale, perché composta dalla somma delle liste votate, esclusa la minoranza privilegiata. Ad essa il corpo elettorale ha negato di diventare maggioranza e lo diventa, quindi, contro la volontà popolare». Non a caso, dunque, lo stesso autore ha ritenuto di dover duramente criticare l'assoluzione del premio di maggioranza annunciata dalla Corte costituzionale, v., infatti, Id., *La magia incostituzionale del 40 per cento*, ne *Il manifesto*, 27 gennaio 2017. Fra i commenti critici alla decisione della corte costituzionale di “salvare” il premio di maggioranza, v. quelli di Gaetano Azzariti, nell'intervista rilasciata a M Palombi, *“Leggi diverse il governo deve intervenire”*, ne *Il fatto quotidiano*, 26 gennaio 2017 e di Valerio Onida, nell'intervista rilasciata a L. Rivara, *Onida: “Chi arriva al 40% resta minoranza, errore lasciare il premio*, ne *La Repubblica*, 26 gennaio 2017. Fra le opinioni favorevoli, con varie accentuazioni, v. quelle di Sabino Cassese, nell'intervista rilasciata a G. Di Fiore, *Cassese: adesso si può anche votare ma serve un serio patto di legislatura*; ne *Il mattino*, 26 gennaio 2017; Stefano Ceccanti, nell'intervista rilasciata a N. Lombardo, *“Voto subito? No ci sono ostacoli è una scelta politica”*, ne *L'Unità*, 26 gennaio 2017; di Enzo Cheli, nell'intervista rilasciata a F. Fantozzi, *“Ora armonizzare il sistema altrimenti si rischia l'ingovernabilità”*, *ibidem*, e di Cesare Pinelli, rilasciata a L. Rivara, *Pinelli: “Sentenza ragionevole ora serve un bonus anche al Senato*, ne *La Repubblica*, 26 gennaio 2017;

¹³¹² In tal senso, sembrerebbero opinare, invece, M. Ainis, *La rivincita del proporzionale*, ne *La Repubblica*, 26 gennaio 2017, e V. Baldini, *Un commento “a caldo” sulla comunicazione della consulta che annuncia l'incostituzionalità parziale della legge elettorale n. 52/2015*, in *Diritti fondamentali.it*, n. 1/2017.

¹³¹³ Per alcune fondate critiche al sistema dei “capolista bloccati”, non censurato dalla Corte, si v. F. Ferrà, *Nuovo Italicum. Con le due leggi elettorali della Consulta non si può votare subito* (intervista a S. Mangiameli), in <http://www.ilsussidiario.net/News/Politica/2017/1/26/NUOVO-ITALICUM-Con-le-due-leggi-elettorali-della-Consulta-non-si-puo-votare-subito/744509/> (27 gennaio 2017).

Camera e Senato; la distribuzione territoriale degli eletti; la decorrenza temporale dell'efficacia della legge n. 52 del 2015¹³¹⁴.

A tale riguardo, è impossibile anticipare valutazioni sulle scelte della Corte, non essendo dato sapere ancora, per ciascuna, se sia stata adottata una decisione in rito o in merito.

2. *Si può votare con quel che rimarrà a seguito dell'opera di ritaglio effettuata dalla Corte?*

Il comunicato stampa del 25 gennaio 2017 si chiude con la seguente affermazione: «All'esito della sentenza, la legge elettorale è suscettibile di immediata applicazione»¹³¹⁵. Più articolatamente la sentenza n. 1 del 2014 affermava: «La normativa che resta in vigore per effetto della dichiarata illegittimità costituzionale delle disposizioni oggetto delle questioni sollevate dalla Corte di cassazione è “complessivamente idonea a garantire il rinnovo, in ogni momento, dell'organo costituzionale elettivo”, così come richiesto dalla costante giurisprudenza di questa Corte [...]. Le leggi elettorali sono, infatti, “costituzionalmente necessarie”, in quanto “indispensabili per assicurare il funzionamento e la continuità degli organi costituzionali” [...], dovendosi inoltre scongiurare l'eventualità di «paralizzare il potere di scioglimento del Presidente della Repubblica previsto dall'art. 88 Cost.». Ma tale pronuncia riconosceva altresì che «eventuali inconvenienti potranno [...] essere rimossi anche mediante interventi normativi secondari, meramente tecnici ed applicativi della presente pronuncia e delle soluzioni interpretative sopra indicate. Resta fermo ovviamente, che lo stesso legislatore ordinario, ove lo ritenga, “potrà correggere, modificare o integrare la disciplina residua”»¹³¹⁶.

Effettivamente, la decisione presa il 25 gennaio, a quanto è dato capire, conterrà due caducazioni “secche” – dell'ipotesi del ballottaggio e di quella della possibilità di scelta da parte del candidato, in caso di candidature multiple, come si è detto – tali da non necessitare di ulteriori integrazioni.

Ma i sistemi elettorali delle due Camere risultanti dai due interventi della Corte non appaiono idonei ad assicurare una simile configurazione delle relative composizioni, sia per la presenza del premio di maggioranza per la sola Camera (e non a caso qualcuno ha ipotizzato l'introduzione di una previsione analoga anche nella legge elettorale del Senato¹³¹⁷) sia perché vigono diverse clausole di sbarramento per l'accesso ai due rami del Parlamento, sia perché, nella sola legge del Senato è reso possibile il collegamento tra liste, con diverse conseguenze in ordine all'operatività degli sbarramenti previsti.

Dunque, anche se quel che rimane delle due leggi potrebbe trovare “immediata applicazione”, per favorire l'omogeneità politica delle due Camere auspicata dal Capo dello Stato

¹³¹⁴ Per un'efficace (e meno sintetica) esposizione delle questioni sottoposte all'esame della Corte, v., G.M. Salerno, *L'Italicum davanti alla Corte costituzionale: una sfida ad ampio raggio*, in *Federalismi*, n. 17/2016.

¹³¹⁵ Per alcune critiche al riguardo, V. Baldini, *Un commento “a caldo” sulla comunicazione della consulta che annuncia l'incostituzionalità parziale della legge elettorale n. 52/2015*, cit.

¹³¹⁶ Corte costituzionale, 13 gennaio 2014, n. 1, § 6.

¹³¹⁷ V. C. Pinelli nell'intervista citata. Non ritiene necessaria l'estensione del premio di maggioranza anche al Senato ai fini della formazione del governo, invece, B. Caravita, *Il giudizio della Corte per temperare ma non interrompere il trend maggioritario*, in *Federalismi.it*, n. 2/2017.

– ma indubbiamente coerente con la scelta¹³¹⁸ di abbandonare l'originario dettato costituzionale che prevedeva una diversa durata dei rispettivi mandati e dunque non escludeva affatto la possibilità di una diversità di composizione – è indispensabile che si approvi una nuova legge elettorale. Anche perché agli “inconvenienti” ai quali alludeva la sentenza n. 1 del 2014, non si è ancora posto riparo né attraverso interventi normativi secondari né primari.

3. *Prospettive per una nuova legge elettorale.*

Non è mio compito dire quale debba essere il contenuto di una futura legge elettorale (l'ingegneria elettorale e costituzionale credo abbia fatto già abbastanza danni), anche se in una fase come l'attuale (segnata dalla ricomposizione profonda del quadro politico) non ritengo sia inopportuno accentuare gli aspetti proporzionalistici delle regole vigenti. Il Parlamento dovrà decidere se adottare una legge elettorale politica nuova di zecca o se limitarsi a qualche aggiustamento per armonizzare le due discipline. C'è da augurarsi che riesca a superare sollecitamente lo stato d'inerzia che, ancora una volta, ha fatto sì che altre istituzioni decidessero al suo posto.

Come è stato ricordato da Piero Ignazi, non è solo in Italia che «la politica tende ... a lasciar spazio ad interventi di organi diversi da quelli determinati dalla volontà popolare e quindi a perdere “legittimità propria” [...]. Il caso italiano è però diverso. Assistiamo piuttosto a un cedimento della politica per incapacità propria, e ad un ricorso esorbitante, ossessivo, supino, ad autorità esterne»¹³¹⁹.

Comunque sia, la considerazione della diffusa crisi degli organi rappresentativi non può certo costituire un alibi per la completa abdicazione al ruolo che è loro proprio.

D'altro canto, come ha evidenziato da ultimo Enzo Cheli, non è attraverso la scrittura di una nuova legge elettorale che si possano risolvere i molteplici problemi che riguardano il sistema politico italiano, ma sciogliendo «nodi strutturali che vanno risolti sulle lunghe distanze»¹³²⁰. Dalle forze politiche ci si attende che comincino a percorrerle.

¹³¹⁸ Scelta, com'è noto, affermatasi, prima, in via convenzionale, attraverso lo scioglimento anticipato del solo Senato, in coincidenza con la fine del mandato della Camera e poi sancita dalla legge costituzionale 9 febbraio 1963, n. 2, *Modificazione degli art. 56, 57 e 60 della Costituzione*, che ha determinato l'eguale durata del mandato dei due rami del Parlamento.

¹³¹⁹ P. Ignazi, *Il ruolo perduto della politica*, ne *La Repubblica*, 29 gennaio 2017. Per un'ampia ricognizione della perdita di efficienza dei sistemi rappresentativi in varie esperienze democratiche, v. utilmente D. Van Reybrouck, *Contro le elezioni. Perché votare non è più democratico*, Milano Feltrinelli, 2015, pp. 16 ss. e la letteratura ivi citata.

¹³²⁰ F. Ferrà, *Il voto subito? I politici diano retta a Mattarella (e Galantino)* (intervista a Enzo Cheli), in <http://www.ilsussidiario.net/News/Politica/2017/1/27/IL-VOTO-SUBITO-Un-errore-i-politici-diano-retta-a-Mattarella-e-Galantino-/3/744732/> (27 gennaio 2017).

Leggendo in filigrana il comunicato-stampa della Corte costituzionale del 25 gennaio scorso... sperando di non incorrere in allucinazioni.

Note a prima (non lettura) sulla decisione relativa alla legge n. 52 del 2015*

di Paolo Carnevale*

SOMMARIO: 1. Avvertenza – 2. Le questioni di ordine processuale: i profili di ammissibilità delle questioni – 3. Segue: il rifiuto opposto alla richiesta di autoremissione – 4. I profili di merito – 5. Chiusura “eccedente”.

1. Avvertenza

Porsi dinanzi ad un comunicato-stampa della Corte costituzionale relativo ad una sua pronunzia allo scopo di ricavarne elementi idonei a ricostruire, sia pur per grandissime linee e per passaggi essenziali, le ragioni del *decisum*, richiede di assumere un atteggiamento ispirato alla massima cautela onde evitare di cadere in un eccesso di immaginazione, scambiando la realtà con la propria fantasia. La limitatezza del materiale a disposizione spinge ad avere un approccio animato da spirito prudentiale per non scontare il rischio di una patente smentita sul campo, una volta che la sentenza sarà pubblicata.

È vero, però, che il comunicato dello scorso 25 gennaio con cui la Corte annunzia di essersi pronunziata sulle diverse questioni di legittimità costituzionale sollevate dai giudici *a quibus* nei confronti di diversi aspetti della disciplina elettorale per la Camera dei deputati recata dalla legge n. 52 del 2015 e di averlo fatto, per alcune di esse, nel senso dell'accoglimento, pervenendo alla declaratoria di incostituzionalità della normativa impugnata, non è particolarmente laconico e offre più di un dato su cui far leva per poter articolare una riflessione che non sia eccessivamente spericolata. Non solo quelli forniti dal comunicato, a ben guardare, cessano di essere elementi bruti o meri esiti inespessivi del percorso logico che può averli generati, una volta che se ne faccia lettura alla luce degli atti prodromici alla decisione e, in specie, delle ordinanze dei giudici rimettenti e delle memorie delle parti. È quanto si cercherà di fare.

La mia analisi – che spero, per quanto detto, non scada nello psicologismo – sarà condotta su due piani: quello più squisitamente processuale e quello di merito, cui si aggiungerà una chiosa conclusiva meno ancorata alla decisione in sé, ma non per questo totalmente eccentrica.

* Relazione al Convegno *Il sistema elettorale per le Camere dopo la sentenza della Corte costituzionale*, Rettorato dell'Università degli Studi di Roma “La Sapienza”, Sala degli organi collegiali, 30 gennaio 2017. Contributo pubblicato previa accettazione del Comitato scientifico del Convegno.

* Professore ordinario di “Istituzioni di diritto pubblico” presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di “Roma Tre”

2. Le questioni di ordine processuale: i profili di ammissibilità delle questioni

Nel respingere «le eccezioni di inammissibilità proposte dall'Avvocatura generale dello Stato» - come recita il comunicato - la Corte sembra innanzitutto confermare e, se possibile, persino rafforzare l'opzione compiuta con la sentenza n. 1 del 2014 di ritenere l'azione di accertamento, avente riguardo la definizione della portata e dell'eventuale compressione del diritto di elettorato attivo *ex art. 48 Cost.* ad opera di disposizioni di leggi elettorali, strumento idoneo a consentire la sollevazione dell'incidente di costituzionalità nei confronti di quest'ultime da parte del giudice investito della stessa.

La cosa poteva essere non così scontata.

Questo, innanzitutto, perché tra la pronunzia del 2014 sulla legge elettorale dell'epoca e quella attuale vi era stata qualche decisione - mi riferisco, in particolare, alla sentenza n. 110 del 2015 avente riguardo alla disciplina elettorale per il Parlamento europeo - che aveva fatto pensare ad un indirizzo maggiormente prudente della Corte, se non proprio ad un embrione di ripensamento.

Secondariamente, a causa della sostanziale differenza esistente fra la sollevazione di una questione di legittimità costituzionale relativa ad una legge elettorale già applicata, come quella oggetto della sentenza del 2014 - e che quindi, se del caso, ha già prodotto la lamentata compressione del diritto di voto - e la promozione di un incidente di costituzionalità avente ad oggetto una legge elettorale ancora priva di esperienza applicativa.

Quanto al primo aspetto, va tuttavia segnalato che - ad avviso dello scrivente - la decisione del 2015, con la quale la Corte dichiara inammissibile per carenza di pregiudizialità la questione di costituzionalità sollevata in sede analoga a quella utilizzata in occasione della decisione capostipite del 2014, non si presenta contraddittoria rispetto a quest'ultima pronunzia, sol che si consideri che ad essere determinante, in questo caso, non è in sé una diversa valutazione delle condizioni per assicurare la necessaria pregiudizialità alla questione sollevata, ma il fatto che per la legge elettorale per il Parlamento europeo vi sia la eventualità di altrimenti pervenire allo scrutinio della Corte, sussistendo quella possibilità di adire gli ordinari rimedi giurisdizionali che, invece, è negata per la legislazione elettorale per le Camere, stante il regime delineato dall'art. 66 della Costituzione.

Ebbene, tale negazione, come si sa, nella sentenza del 2014 viene evocata dalla Corte come una ragione fondativa della scelta di ammettere allo scrutinio nel merito la questione sollevata dal giudice *a quo*, là ove si afferma l'inaccettabilità di una zona franca nel sindacato di costituzionalità per «leggi, quali quelle concernenti le elezioni della Camera e del Senato, che definiscono le regole della composizione di organi costituzionali essenziali per il funzionamento di un sistema democratico-rappresentativo e che quindi non possono essere immuni da quel sindacato». Inaccettabilità che, per l'appunto, spinge il giudice costituzionale ad accettare un'attenuazione del requisito dell'incidentalità e del principio della necessaria distinzione fra giudizi *a quo* e *ad quem*; attenuazione che, tuttavia, cessa di operare ove manchi il perseguimento dell'obiettivo di aggredire sacche di inespugnabilità legislativa.

Cosa, del resto, che non sorprende, non essendo certamente nuovo il nostro giudice costituzionale ad un utilizzo duttile degli istituti del processo costituzionale, specie se riguardanti

l'accesso al giudizio di costituzionalità, laddove questo risulti funzionale al più pieno ed effettivo rispetto del principio di legittimità costituzionale.

Ne consegue che fra la sentenza del 2014 e quella del 2015 non v'è, sotto il profilo che qui interessa, una reale contraddizione, anzi si può dire che fra la prima e la seconda decisione sussista un filo di sostanziale continuità, la pregiudizialità delineata nell'una risultando essere confermata *e contrario* nell'altra. Per questa ragione, la Corte nella presente decisione non ha verosimilmente avuto difficoltà a rimanere nel solco della sentenza n. 1 del 2014, non essendo chiamata a fare i conti con oscillazioni della propria giurisprudenza.

Quanto invece al secondo profilo, si può osservare quanto segue.

Vero è che la vicenda da cui si è generato l'attuale giudizio differisce obiettivamente da quella che aveva innescato la controversia decisa con la sentenza n. 1 del 2014 ed è non men vero che in quella occasione lo stesso giudice remittente – *id est* la Corte di Cassazione – aveva fatto leva sull'avvenuta lesione del diritto di voto conseguente alla reiterata applicazione della legge elettorale dell'epoca per respingere la possibile censura di astrattezza del sollevato incidente di costituzionalità, affermando di essere stato chiamato in quella sede a far cessare un «pregiudizio che invero non è dato da una mera situazione di incertezza ma da una (già avvenuta) modificazione della realtà giuridica che postula di essere rimossa mediante un'attività ulteriore, giuridica e materiale, che consenta ai cittadini elettori di esercitare realmente il diritto di voto in modo pieno e in sintonia con i valori costituzionali». Non solo, nella circostanza attuale si registrava una peculiarità “ulteriore” dovuta al fatto che una delle ordinanze di rimessione, quella del Tribunale di Messina, risultava adottata in data anteriore al 1° luglio 2016 – termine da cui la stessa legge elettorale in contestazione fa decorrere la propria applicazione (art. 1, *lett. i*) – quando cioè ad essere in concreto applicabile era la precedente disciplina elettorale per come modificata proprio dalla sentenza del 2014.

Se ne poteva dedurre nel complesso la inammissibilità delle questioni prospettate dai giudici *a quibus* – come eccepito dall'Avvocatura erariale – stante il loro carattere “premature” derivante dal fatto di avere ad oggetto norme prive di concreta applicazione. Carattere che si rifletterebbe negativamente anche sulla sussistenza del requisito della rilevanza.

A spingere la Corte a non accogliere i rilievi di inammissibilità è, forse, stata la considerazione della natura propria del giudizio di accertamento, il quale risulta funzionalmente ordinato allo scopo di rimuovere il pregiudizio derivante anche dal solo stato di incertezza circa la portata di un diritto, pur in assenza di lesioni concretamente prodotte; di modo che, laddove quel diritto si identifichi con quello di voto, la condizione di verginità applicativa delle norme elettorali che si assumono comprimerlo illegittimamente non preclude di per sé la sussistenza dell'interesse ad agire. Ne deriva che – per dirla ancora con l'Avvocatura – la (asserita) prematurità non sarebbe una qualità autonoma delle questioni sollevate, ma il semplice portato di un attributo strutturale del giudizio principale.

Per quanto concerne poi il requisito della rilevanza, ritengo che la Corte abbia avuto buon gioco a rispondere ai rilievi avanzati, precisando che, pur in assenza di applicazione sul piano ordinamentale *per carenza di elezioni*, l'applicabilità nel giudizio *a quo* delle norme legislative contestate non potesse essere messa in discussione.

Tutto questo, ovviamente, salvo a tornare a dubitare della stessa scelta di fare del giudizio di accertamento, ove riguardante il diritto di elettorato attivo, la sede per sollevare questioni di

legittimità costituzionale relative alla legislazione elettorale di Camera e Senato. Cosa che la Corte evidentemente non si è sentita di fare.

Ciò, tuttavia, può indurre a fare un'osservazione di carattere più generale.

Il rischio che la via di accesso al giudizio di legittimità sulla legge elettorale aperta tre anni fa dalla Corte nella storica sentenza n. 1 del 2014 possa trasformarsi in un'autostrada, data una certa facilità di instaurazione del giudizio, non è remoto. Cinque erano le ordinanze – Tribunali di Messina, Torino, Genova, Perugia e Trieste – che hanno generato il presente giudizio di costituzionalità, a fronte della sola ordinanza della Cassazione instaurativa di quello deciso dalla sentenza del 2014. Ed altre iniziative parrebbero potersi affacciare all'orizzonte.

Non solo, mentre tre anni fa la Corte perveniva ad una dichiarazione di incostituzionalità di una legge approvata poco meno di dieci anni prima, la decisione attuale arriva a circa un anno e mezzo dalla entrata in vigore della normativa impugnata e a poco più di sei mesi dalla sua operatività effettiva. Si potrebbe dire: a caldo.

Il timore che, trattandosi di materia politicamente sensibile come quant'altra mai, ciò possa generare un eccesso di stress per il sistema politico-costituzionale nel suo complesso e, in specie, per il giudice delle leggi è assai concreto. Quest'ultimo infatti, appena scampato al "pericolo" di essere chiamato a giudicare in via preventiva della legittimità di leggi elettorali appena approvate – secondo quanto era previsto nella legge di riforma della seconda parte della Costituzione bocciata dal *referendum* dello scorso dicembre – finendo al centro di una contesa politica che lo avrebbe sottoposto a fortissime pressioni, potrebbe ritrovarsi in una situazione non troppo diversa. Frequentemente chiamato in causa su leggi ancora fresche di approvazione finirebbe per ritrovarsi ugualmente nel bel mezzo del conflitto politico e in una interlocuzione costante con il legislatore che, in materia tradizionalmente gravata da clausola di riservato dominio parlamentare, finirebbe per spingerlo in una condizione di indebita sovraesposizione.

Mi permetto, al riguardo, una considerazione conclusiva.

Per proporla prendo ancora una volta le mosse dalla sentenza madre del 2014. Non mi interessa qui la problematica relativa all'accesso al giudizio costituzionale – di cui s'è detto sino adesso – ma la questione della definizione degli effetti producibili. Si sa che su questo piano – quasi a compensare la scelta assai coraggiosa di pervenire alla prima declaratoria di illegittimità costituzionale di una legge elettorale politica nella storia repubblicana – la pronunzia si presenta estremamente prudente, soprattutto in merito ai possibili effetti c.d. riflessi, posto che a rimanere indenne dalle conseguenze dell'incostituzionalità non è soltanto l'attività pregressa dei Parlamenti eletti sulla scorta della legge impugnata, ivi compreso quello in carica al momento della decisione della Corte, ma anche quella futura sino al compimento – naturale o anticipato che sia – della legislatura. Il che, tra l'altro, reca con sé persino la perdurante applicazione diretta della normativa dichiarata incostituzionale, che risulta utilizzabile in ambito parlamentare, sia in sede di giudizio di convalida delle elezioni che in occasione dell'eventuale sostituzione di parlamentari cessati, in palese violazione del disposto dell'art. 136 della Costituzione.

Ora, comunque la si pensi sul punto, ciò che qui rileva è che una simile sterilizzazione possa portare a rimeditare sulla antica *querelle* concernente la possibilità che, nell'esercizio della c.d. verifica dei poteri, le giunte per le elezioni di Camera o Senato possano promuovere incidenti di costituzionalità aventi riguardo alla disciplina elettorale di cui esse sono chiamate a fare applicazione. Ebbene, a parte la controversa questione del riconoscimento a tali organi della

natura giurisdizionale – alla quale, al di là di tutto, potrebbe darsi una soluzione positiva ricorrendo alla nota teorica della giurisdizionalità “ai limitati fini” – ad escludere tale possibilità e a relegarla fra le ipotesi di scuola è sempre stato l’argomento (nella sua fattualità assai convincente) della carica “suicida” dell’iniziativa: quale parlamentare – ci si chiede – sarebbe disposto a mettere in discussione la legge nella quale si radica la legittimazione del suo mandato? Vorrebbe questi – per usare un linguaggio icastico assai diffuso – tagliare il ramo dell’albero su cui è seduto?

In definitiva, una eventualità abbastanza irrealistica.

Senonché, proprio quanto sopra ricordato in tema di regime degli effetti della pronuncia di incostituzionalità della legge elettorale definito dalla sentenza n. 1 del 2014 potrebbe indurre a rivedere questa conclusione. La sostanziale neutralizzazione delle conseguenze discendenti dalla dichiarazione di illegittimità che lì si registra finisce, infatti, per lasciar esenti le posizioni dei parlamentari in carica e l’attività svolta a valle di quella dichiarazione da qualsivoglia pregiudizio o riflesso negativo, come del resto proprio la legislatura in corso si incarica di mostrare.

Se così è, quello che è stato a lungo considerato come il principale ostacolo alla esperibilità in concreto di un giudizio di costituzionalità in via incidentale sulla legge elettorale sembrerebbe fortemente ridimensionarsi, se non proprio venir meno. A venir meno consequenzialmente sarebbe per quest’ultima anche quella condizione di “franchigia costituzionale” che – come s’è detto – ha spinto tre anni fa la Corte costituzionale ad allargare le maglie del meccanismo dell’incidentalità. Allargamento che, pertanto, potrebbe non esser più necessario.

3. Segue: il rifiuto opposto alla richiesta di autoremissione

Sempre sul piano processuale, il comunicato-stampa fornisce un’ulteriore informazione. Ci dice che la Corte «ha ritenuto inammissibile la richiesta delle parti di sollevare di fronte a se stessa la questione sulla costituzionalità del procedimento di formazione della legge elettorale».

Per quanto possiamo arguire dalle ordinanze di rimessione e da notizie di stampa si tratta del tentativo di riproporre la questione relativa alla conformità alla previsione dell’art. 72 Cost. ed, in specie, alla regola della c.d. riserva d’assemblea di cui al quarto comma dello stesso, asseritamente violata nel corso del procedimento approvativo della legge n. 52 del 2015 a seguito della posizione della questione di fiducia da parte del Governo. Motivo di incostituzionalità già avanzato dinanzi ai giudici *a quibus* e da essi ritenuto manifestamente infondato.

Al di là del merito della questione, di cui in questa sede non mi occupo, vale prestare un po’ di attenzione al problema della autosollevazione.

Sappiamo, innanzitutto, che ad una simile tecnica la Corte costituzionale ricorre non frequentemente e ancor meno laddove si tratti di giudizi di legittimità costituzionale.

Sappiamo, poi, che proprio con riferimento alla legge elettorale di Camera e Senato esistono un paio di precedenti negativi (sentt. n. 16 [e nn. 17 e 18] del 2008 e n. 13 del 2012), entrambi in occasione di giudizi sull’ammissibilità di richieste di *referendum* abrogativo sulla legge 270 del 2005, nei quali la Corte esclude la possibilità di conoscere in quella sede questioni di costituzionalità aventi riguardo alla normativa oggetto dei quesiti referendari, mercé il ricorso allo strumento dell’autorimessione. Esclusione che in quelle due occasioni, peraltro, esita in due robusti moniti

– quasi preannunci dell'incostituzionalità che arriverà nel 2014 – rivolti al legislatore perché intervenga sulla legge al fine di depurarla dagli identificati (ma non dichiarati) profili di illegittimità costituzionale.

Certo, quelli appena ricordati appaiono casi molto specifici e non possono assurgere a precedenti “in termini”.

In realtà, altre sono le ragioni che militano avverso la richiesta di autosollevazione in parola.

Da un verso, c'è l'impossibilità di scrutinare una simile questione che, facendo leva su di un vizio procedimentale della legge elettorale impugnata, ove accolta avrebbe determinato un annullamento dell'intera legge, in violazione del principio di continuità della legislazione in materia, il quale impone alla Corte di assumere pronunzie di incostituzionalità solo parziali e, comunque, su norme la cui caducazione non impedisca al sistema elettorale di funzionare, per far sì che – per usare la fraseologia del comunicato-stampa in esame – all'«esito della sentenza, la legge elettorale [... sia] suscettibile di immediata applicazione».

Dall'altro, oltre alla speciale frizione con il principio di corrispondenza fra chiesto e pronunciato dovuta all'ampliamento del parametro costituzionale, c'è soprattutto il fatto che una identica censura di costituzionalità era stata già avanzata dinanzi ai giudici *a quibus*, senza tuttavia superare il vaglio del giudizio di non manifesta infondatezza. È sin troppo evidente che, in tale situazione, l'accoglimento della richiesta di autorimessione avrebbe sostanzialmente dato corpo ad un'operazione di vero e proprio aggiramento del *decisum* dei giudici dei giudizi principali, facendo assumere alla Corte le indebite vesti di giudice di appello avverso la decisione di diniego dei giudici rimettenti.

Pertanto, bene ha fatto, a mio avviso, il giudice costituzionale a respingere la richiesta di parte.

4. I profili di merito

Giungo, a questo punto, ai profili di merito della decisione della Corte.

A questo proposito, il comunicato-stampa ci informa innanzitutto che è stata rigettata «la questione di costituzionalità relativa alla previsione del premio di maggioranza al primo turno, sollevata dal Tribunale di Genova». La Corte evidentemente ha condiviso l'opinione avanzata da taluni in dottrina e accolta da alcuni dei giudici *a quibus* – che hanno, pertanto, ritenuto la questione non in grado di superare il vaglio di non manifesta infondatezza – circa la non irragionevolezza (*id est* non eccessiva distorsività) della soglia del 40% dei voti validamente espressi prevista dalla legge n. 52 per l'ottenimento del premio di maggioranza al primo turno alla lista che l'avesse raggiunta.

Qui mi limito a notare che ad essere richiamata è soltanto l'ordinanza del tribunale di Genova, nonostante analoga questione risultasse sollevata anche dal Tribunale di Messina. Il mancato riferimento a quest'ultimo potrebbe, forse, interpretarsi come indicativo del fatto che l'iniziativa del giudice siciliano sia incappata in una pronunzia di inammissibilità per l'essere stata promossa – come s'è già avuto modo di rilevare – prima che fosse scaduto il termine iniziale di applicazione della legge – 1° luglio 2016.

Vengo, ora, alle questioni accolte dalla Corte costituzionale.

Nel comunicato si legge che vi rientrano quelle, «sollevate dai Tribunali di Torino, Perugia, Trieste e Genova, relative al turno di ballottaggio [... nonché quella], sollevata dagli stessi

Tribunali, relativa alla disposizione che consentiva al capolista eletto in più collegi di scegliere a sua discrezione il proprio collegio d'elezione».

Cosa si può osservare a riguardo?

Primieramente, si può asserire che la Corte non ha ritenuto convincente l'orientamento espresso dall'Avvocatura di Stato e da una parte della dottrina circa il rispetto del principio del "minor sacrificio possibile" della esigenza rappresentativa – di cui alla sentenza n. 1 del 2014 – da parte della disciplina impugnata, in forza del fatto di aver fissato, in sede di ballottaggio, una soglia del 50% più uno dei voti validamente espressi per l'ottenimento del premio maggioritario; trasformando così il premio *di* (o *per*) la maggioranza in premio *alla* maggioranza.

Quanto alle ragioni che hanno invece portato la Corte a sposare la tesi avversa della disproporzionalità del premio, ad evitare eccessi costruttivistici, bisognerà attendere la pubblicazione della sentenza.

Quel che qui si può fare è tracciare assai schematicamente e per passaggi essenziali l'impianto motivazionale delle ordinanze dei giudici remittenti, immaginandolo come possibile canovaccio su cui i giudici costituzionali possono essersi basati:

a) il premio di maggioranza deve la sua legittimità, come ci ha insegnato la stessa giurisprudenza costituzionale, al fatto che esso risulti fondato su un ragionevole bilanciamento fra l'esigenza della governabilità (cui esso è ordinato) e quella della rappresentatività;

b) la previsione ad opera della normativa impugnata di una soglia pari al 50% più 1 dei voti per l'ottenimento del premio di maggioranza da parte di una delle due liste andate al turno di ballottaggio si contrappone, in quel medesimo bilanciamento, alla riduzione dell'offerta politica prodotta dal ballottaggio medesimo;

c) a questo punto, la scelta del divieto di apparentamento in sede di turno di ballottaggio finisce per scompensare la ponderazione fra governabilità e rappresentatività a tutto vantaggio della prima (della quale quel divieto è espressione); effetto che avrebbe potuto essere evitato introducendo un ulteriore fattore pro-rappresentanza come, ad esempio, l'ancoraggio della soglia ad una quota non di votanti, ma di aventi diritto al voto.

Decisamente più ostica, a mio parere, la decifrazione della seconda declaratoria di illegittimità costituzionale, non già in sé, ma per l'esito cui essa conduce. Si legge, infatti, nel comunicato che ad essa consegue l'effetto per cui l'opzione del candidato capolista plurieletto dovrà essere effettuata sulla base del «criterio residuale del sorteggio previsto dall'ultimo periodo, non censurato nelle ordinanze di rimessione, dell'art. 85 del d.p.r. n. 361 del 1957».

Invero, vedendo come è fraseggiata la normativa in parola – il «deputato eletto in più collegi plurinominali deve dichiarare alla Presidenza della Camera dei deputati, entro otto giorni dalla data dell'ultima proclamazione, quale collegio plurinominali prescelga. Mancando l'opzione, si procede al sorteggio» – c'è da chiedersi quale tipo di pronuncia abbia adottato la Corte sul punto.

Non una declaratoria di illegittimità parziale, giacché ottenere il risultato di fare del sorteggio il criterio unico che residua per la scelta del collegio non sembra possibile attraverso un'operazione di semplice ritaglio della disciplina in oggetto.

Non è chiaro neppure come al prefigurato risultato la Corte possa pervenire mediante tecniche decisorie di tipo manipolativo. Difatti, da un verso l'esistenza del criterio del sorteggio già all'interno della disciplina elettorale e, dall'altro, il fatto che proprio l'ultima parte dell'art. 85 – che, per l'appunto, lo prevede – non fosse impugnata dai giudici *a quibus* rappresentano altrettanti

ostacoli all'adozione, non solo – come è più evidente – per l'adozione di dispositivi di tipo additivo, ma anche per il ricorso ad una pronunzia sostitutiva.

Insomma, il timore che i giudici della Consulta debbano fare qualche acrobazia di troppo c'è.

Senza poi dire che una soluzione del tipo di quelle appena prefigurate richiederebbe una “rima obbligata” che, come è del tutto ovvio, in questo caso manca, quello dei vari meccanismi di scelta da utilizzare da parte del candidato pluri-eletto essendo un campo assolutamente dominato dalla discrezionalità legislativa. Salvo che il requisito della *soluzione costituzionalmente obbligata* non vada qui rideclinato (o derubricato) alla luce del canone della autoapplicatività della decisione come criterio della *unica soluzione a portata di mano*, in quanto già prevista dal legislatore.

Due notazioni a margine.

Se, come si evince dalle ordinanze dei giudici rimettenti, la violazione del diritto di voto andava in questo caso individuata nella sostanziale imprevedibilità della opzione del capolista eletto in più collegi da parte dell'elettore e nella conseguente sua impossibilità di effettuare qualsivoglia giudizio prognostico circa la utilità del proprio voto, allora la soluzione del sorteggio indicata dalla Corte non appare realmente soddisfattiva delle esigenze lese dalla normativa dichiarata incostituzionale.

A questo si aggiunge una seconda osservazione.

Mi chiedo se, in assenza della previsione di un criterio oggettivo per l'esercizio dell'opzione, la Corte non potesse far cadere del tutto la stessa possibilità delle pluri-candidature da parte dei capilista bloccati, aderendo ad una logica non troppo diversa da quella seguita a suo tempo nella sentenza n. 1 del 2014. Così come, in quella occasione, venne fatta cadere la previsione del premio di maggioranza, non già in quanto tale – come, del resto, conferma proprio la decisione qui in esame con cui il premio di maggioranza al primo turno è stato dichiarato non illegittimo – ma per mancata indicazione di una soglia minima di voti ottenuti cui ancorarlo, l'ipotesi delle pluri-candidature avrebbe potuto subire la stessa sorte, non perché in sé illegittima, ma solo in quanto non accompagnata da un criterio oggettivo nell'opzione per il collegio.

Senonché, tenute qui in disparte questioni di carattere tecnico in ordine alla modalità delle impugnative, ritengo che a spingere la Corte verso la soluzione più complessa e meno lineare sia stata una valutazione di impatto circa il concreto effetto della caducazione della possibilità della pluri-candidatura dei capilista. Ciò in quanto il venir meno di quest'ultima e con essa della eventualità di scelta in caso di elezione plurima si sarebbe risolto in una ulteriore compressione del voto di preferenza – che invece con le sollevate questioni si voleva presidiare – che proprio in seguito all'esercizio delle opzioni dei pluri-eletti vede riespandersi la sua capacità di incidenza sulla rappresentanza. E questo con maggior rilievo specialmente con riferimento alle liste non premiate.

Insomma, salvaguardare *in astratto* il diritto di voto attraverso la possibilità per l'elettore di esprimere preferenze producendone un pregiudizio *in concreto* non è, forse, sembrata alla Corte una soluzione accettabile.

5. Chiusura “eccedente”.

Per chiudere vorrei svolgere una rapida riflessione “eccedente”, ma non “estranea” alla vicenda relativa alla dichiarata illegittimità costituzionale della legge n. 52 del 2015.

Chi scrive, invero, auspicherebbe che la presente pronunzia della Corte costituzionale, oltre che a sanzionare l'incostituzionalità della normativa elettorale impugnata, potesse idealmente assolvere ad un ulteriore e più mediato compito: quello di por fine ad una stagione che in questi anni ha lasciato una traccia non poco significativa nella attività legislativa (e non solo).

La definirei come il tempo della *fascinazione della riforma costituzionale incombente*. Uso il termine fascinazione perché ritengo che, prima ancora che di una semplice prassi, si tratti di uno stato dell'animo che, in forma di suggestione fortemente attraente, ha da qualche tempo conquistato la mente ed il cuore del nostro legislatore (e non solo).

Di cosa si tratta? Si tratta dell'idea per cui risulta utile ed anzi proficuo *quodammodo* anticipare a livello di legislazione ordinaria contenuti e scelte da compiersi attraverso future operazioni di revisione costituzionale, facendo (incauto?) affidamento sul buon esito di quest'ultime.

Proprio la legge n. 52 del 2015, come è noto, costituisce esempio emblematico ed eclatante di questa categoria di leggi anticipatorie, avendo recato una disciplina elettorale per la sola Camera dei deputati in previsione della non diretta elettività del Senato prescritta nella legge di riforma costituzionale appena bocciata nel *referendum* del 4 dicembre.

Ma alla classe potrebbero ascrivere – che so – anche la legge n. 56 del 2014, nota come legge Del Rio, in tema di riforme delle autonomie territoriali, e tornando indietro alla fine dello scorso millennio le cc.dd. leggi “Bassanini”, di riforma, fra le alte cose, dell'assetto dei rapporti fra centro e periferia “a Costituzione invariata”; per non rammentare qualche altro isolato provvedimento legislativo, nel cui contenuto normativo si registra la presenza – spesso in esordio – di formule del tipo: «In attesa della revisione dell'art. x della Costituzione...».

Si dirà: cosa c'è di male?

Beh, per prima cosa va segnalata la singolare inversione del rapporto fra legge e Costituzione, non tanto (almeno a tutta prima; ma sul punto tornerò fra un attimo) sul piano formale della relazione di gerarchia, quanto soprattutto sul piano del nesso funzionale: non è più la Costituzione *ad esigere l'attuazione per via legislativa*, ma è la legge di attuazione anticipata *ad esigere una nuova Costituzione*. La legge sembra così atteggiarsi ad atto di pre-conformazione – per usare una fortunata espressione coniata con riferimento alla legislazione di recepimento previo del diritto comunitario sopravvenuto – dell'ordinamento alla modifica costituzionale incipiente.

Non solo, in ipotesi di rapporto di prossimità molto intensa fra legge anticipatrice e riforma costituzionale anticipata – come testimonia proprio il caso della legge n. 52 del 2015 – è la prima che finisce per condizionare la lettura della seconda, quasi a far sì che alla tradizionale interpretazione *costituzionalmente conforme della legge* si sostituisca l'interpretazione *legislativamente conforme della (futura) Costituzione*.

Ma anche sul piano strettamente formale non manca qualche problema.

Come accennato poco sopra, la fascinazione della riforma costituzionale incombente non ha esercitato il suo influsso solo sugli organi dell'indirizzo politico, ma – a testimonianza della sua capacità pervasiva – ha finito per varcare persino la soglia di Palazzo della Consulta. Nell'ultimo paio d'anni si registrano, infatti, due pronunzie della Corte costituzionale nella cui motivazione ricorre l'argomento della riforma costituzionale prossima ventura in funzione di orientamento del *decisum*: si tratta delle sentt. nn. 50 del 2015 e 143 del 2016 entrambe in tema di autonomia provinciale, l'una (non a caso) proprio sulla legge Del Rio, l'altra sulla legge di stabilità per il 2015.

Ebbene – senza qui poter troppo entrare nel merito – in ambo i casi il richiamo alla futura soppressione delle Province nel testo di riforma costituzionale *in itinere* risulta giocare un ruolo non secondario nella giustificazione delle norme impugnate, in una logica di tipo prospettico che, ove chiamata a svolgere un’effettiva funzione salvifica della disciplina impugnata, finisce per comportare una obiettiva attenuazione del rapporto di gerarchia fra legge e Costituzione (vigente).

Sulla scorta di queste considerazioni, viene da esprimere un ulteriore apprezzamento per la scelta, compiuta a suo tempo dal Presidente della Corte costituzionale, di posticipare l’udienza relativa al giudizio sulla legge n. 52 a dopo il *referendum* costituzionale, poiché in tal modo il giudice delle leggi, non solo si è sottratto alle pressioni e ai rischi di strumentalizzazione politica della propria decisione, ma ha impedito a se stesso – un po’ come Ulisse davanti all’isola delle Sirene – di poter restare vittima della fascinazione.

Non solo, come accade nelle ipotesi in cui la *bad practice* della anticipazione legislativa di modifiche costituzionali incipienti si incroci con l’esito infausto del processo riformatore della Carta, la Corte si è così trovata dinanzi la legge più politicamente significativa – come è la legge elettorale per il Parlamento – politicamente assai depotenziata, avvinta alla riforma costituzionale in un medesimo destino di insuccesso e oggetto repentino di un vero e proprio disconoscimento di paternità.

Ciò che ai giudici di Palazzo della Consulta ha, dal punto di vista del clima politico complessivo, non poco alleggerito il compito.

Prime riflessioni sul futuro della legislazione elettorale (in attesa delle motivazioni della sentenza costituzionale)*

di Giovanni Serges *

1.

«**A**ll'esito della sentenza la legge elettorale è suscettibile di immediata applicazione». È con questa secca affermazione che si conclude il comunicato stampa diffuso dalla Corte costituzionale nella giornata del 25 gennaio 2017, con il quale viene resa nota la decisione che travolge, con una declaratoria di incostituzionalità, una buona parte della legge n. 52 del 2015. Ad essere dichiarate incostituzionali sono, in particolare, la parte relativa al turno di ballottaggio nonché quella che consentiva al capolista eletto in più collegi di scegliere a sua discrezione il proprio collegio di elezione.

Nelle primissime reazioni “a caldo” seguite alla notizia non pochi sono stati coloro che hanno visto nella affermazione sopra richiamata una sorta di “via libera” verso elezioni immediate, un segnale di sostegno politico rivolto a chi intenderebbe avviare la legislatura verso la sua fine anticipata piuttosto che una conferma di quel principio, espresso chiaramente già nella sentenza n. 1 del 2014, in virtù del quale l'annullamento della legge elettorale in tanto è ammissibile in quanto consenta la sopravvivenza di una disciplina autoapplicativa.

Certo, ad indurre verso una simile lettura del comunicato potrebbe essere la constatazione che il principio secondo cui le leggi elettorali sono costituzionalmente necessarie, in quanto indispensabili per assicurare il funzionamento e la continuità degli organi costituzionali, è talmente radicato nell'ordinamento che, dopo il lungo e articolato richiamo contenuto nella sentenza 1/2014, sarebbe apparsa inutile ogni ulteriore precisazione. A tale argomentazione potrebbe poi aggiungersi l'ulteriore constatazione che, a differenza del comunicato emesso nel dicembre 2013, non si fa oggi alcun riferimento al potere del Parlamento di «*approvare nuove leggi elettorali, secondo le proprie scelte politiche*». Si potrebbe, dunque, essere portati a ritenere che il comunicato contenga davvero una impropria sollecitazione politica verso la soluzione dello scioglimento anticipato.

Credo, tuttavia, che sarebbe un grave errore desumere dai comunicati dell'organo di giustizia costituzionale elementi di interpretazione della posizione della Corte anche diversi e ulteriori rispetto a quelli desumibili dalle stesse sentenze. Ciò non tanto e non solo perché la Corte parla (e deve parlare) solo attraverso le sue decisioni, ma anche in virtù del fatto che la (criticabile) prassi dei comunicati risponde alla ragione pratica immediata di “alleggerire” la pressione sulla Corte in attesa della stesura collegiale della sentenza e sovente sfocia in un testo che, a sua volta,

* Relazione al Convegno *Il sistema elettorale per le Camere dopo la sentenza della Corte costituzionale*, Rettorato dell'Università degli Studi di Roma “La Sapienza”, Sala degli organi collegiali, 30 gennaio 2017. Contributo pubblicato previa accettazione del Comitato scientifico del Convegno.

* Professore ordinario Istituzioni di diritto pubblico – Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi Roma Tre

è frutto della pressione mediatica del momento e non sembra (e, verosimilmente, non vuole) essere espressione di una attenta riflessione in punto di coerenza con i precedenti.

Ciò detto, a me pare che dal richiamo alla esistenza di una legge elettorale di “immediata applicazione” altro elemento non si possa cogliere se non quello della piena conferma di una normativa di risulta che consente di rispettare il principio della legge elettorale come legge costituzionalmente necessaria, come legge, cioè, che non può mancare anche per un solo momento.

Fermo restando che, come è ovvio, una riflessione su questa seconda decisione della Corte in materia elettorale, fatalmente destinata ad assumere anch’essa una posizione “storica” nella evoluzione non solo del sistema di giustizia costituzionale ma anche della stessa forma di governo, potrà farsi solo quando se ne conoscerà per intero il contenuto, la lettura del comunicato consente tuttavia di cogliere elementi di rilevante interesse sul piano dei prevedibili sviluppi problematici, sui quali può svolgersi qualche sintetica considerazione.

1.

La decisione di incostituzionalità colpisce, in primo luogo, la questione del turno di ballottaggio facendo saltare uno degli elementi decisivi sui quali aveva puntato la maggioranza di governo nell’elaborare una legge modellata sulla riforma costituzionale poi respinta dal *referendum* popolare, ossia la introduzione di un meccanismo di torsione in senso maggioritario dei meccanismi di elezione della sola Camera. Insieme al ballottaggio salta anche la disposizione che prevedeva la facoltà del capolista eletto in più collegi di scegliere secondo una opzione del tutto discrezionale il proprio collegio facendo così rivivere il sistema del sorteggio contenuto in quel “nucleo duro” della vigente legislazione elettorale rappresentato dal d.P.R. 361 del 1957.

Ciò che allora residua all’esito della sentenza di illegittimità è un sistema sostanzialmente proporzionale per la sola Camera, sul quale si innesta però quella formidabile correzione in senso maggioritario costituita dall’attribuzione del premio di maggioranza alla lista che supera la soglia del 40%, una soglia certamente molto alta ma che non appare del tutto irraggiungibile, tanto che tra le prime reazioni politiche alla decisione vi è stata proprio quella del lancio (poco importa se meditato o improvvisato) di una sfida elettorale che abbia come obiettivo quello del raggiungimento di questa elevata soglia.

Che la Corte abbia, per così dire, “salvato” il premio di maggioranza attribuito alla lista che supera il 40% è circostanza che non meraviglia più di tanto. È vero che, sul punto, le argomentazioni sviluppate nelle ordinanze di rimessione apparivano non prive di spunti di grande interesse, ma è anche vero che la questione della ragionevolezza di un premio attribuito ad una forza politica che avesse conseguito una percentuale robusta, quale è certamente quella del 40%, aveva indotto a riflessioni nel senso di una piena compatibilità tra quella soglia e i principi in tema di “distorsione maggioritaria” contenuti nella sentenza n. 1/2014. Si era osservato, ad esempio (G. SCACCIA, *La legge elettorale “Italicum” fra vincoli sistemici ed equilibri costituzionali*, in *Quest. Giustiz.*, 1/2015, p. 17), che proprio alla luce della sentenza n. 1/14 dovessero ritenersi illegittimi meccanismi distorsivi che avessero consentito il conferimento alla coalizione vincente di una valenza del voto in uscita più che doppia rispetto ai voti attribuiti agli altri competitori politici, mentre il premio di maggioranza previsto dalla legge n. 52/2015 non avrebbe raggiunto quella

soglia di alterazione del voto in uscita e sarebbe rimasto pertanto entro i limiti di una deviazione maggioritaria costituzionalmente accettabile.

2.

Quale è il possibile scenario che oggi, prima che siano rese note le motivazioni della Corte, può sommariamente profilarsi?

È di tutta evidenza che la situazione che oggi si viene a determinare assume i caratteri di assoluta eccezionalità. Essa configura un assetto dell'intera legislazione elettorale che discende non già da una precisa scelta parlamentare bensì dall'esito di due decisioni della Corte costituzionale le quali, a distanza di tre anni l'una dall'altra, hanno decapitato due diverse leggi per molti versi ispirate ad una logica profondamente diversa ed oggi destinate, nella parte che residua dopo la dichiarazione di illegittimità, a convivere in un regime di incoerenza forzata. Due leggi – è utile ricordarlo – frutto di una visione miope e contingente, la prima ispirata dall'esigenza di ostacolare, a suo tempo, la vittoria della coalizione di centro-sinistra e la seconda dettata dall'esigenza di adeguare la legge elettorale ad una riforma costituzionale *in itinere* (e su quest'ultima interamente modellata) che ha finito per essere compromessa, prima ancora della dichiarazione di illegittimità costituzionale, dall'esito negativo del voto popolare sulla revisione della Costituzione.

Quest'ultimo aspetto appare particolarmente rilevante perché muta decisamente il quadro entro il quale si innesta la decisione della Corte.

Il rapporto strettissimo con la revisione costituzionale (poi bocciata) che era stato impresso dal legislatore alla legge n. 52 si rifletteva, infatti, in larga misura sulla stessa configurazione della questione di legittimità costituzionale, tanto che alcune ordinanze avevano prospettato una difficile coesistenza tra la “*nuova costituzione*” ed i principi della legislazione elettorale, specie sul punto della soglia del 40% per l'attribuzione del premio di maggioranza. Le motivazioni della sentenza chiariranno se il rigetto di questa parte delle questioni sia frutto del venir meno del contesto di riferimento, ossia la legge di revisione approvata dalle Camere, o se nella considerazione della Corte abbiano prevalso ragioni di segno diverso.

Ciò che allora muta decisamente è il quadro di contorno affermatosi in ragione del venir meno della legge di revisione. Quest'ultima avrebbe configurato un bicameralismo del tutto diverso ed avrebbe consentito alla legge elettorale concepita per la sola Camera di poggiare forse su basi più solide. Una volta che questo panorama si è dissolto il vero problema che, dunque, si pone è quello della coesistenza di due leggi elettorali concepite in momenti diversi, con scopi diversi e soprattutto entrambe oggetto di una declaratoria di incostituzionalità che ne ha certamente alterato l'originario disegno.

Ora, se in linea di principio le due Camere possono certamente essere disciplinate quanto alla loro formazione da due leggi diverse – sia perché, in fondo, la stessa Costituzione, sia pure con la tenue differenziazione della “base regionale” e della diversità di elettorato attivo, giustifica due discipline; sia perché in passato talvolta così è stato – è però difficile negare che questa differenziazione non possa spingersi fino al punto del rischio della paralisi. Così come esiste un limite di accettabilità della distorsione del voto in senso maggioritario, vale a dire del voto in uscita, un limite di accettabilità costituzionale mi pare si possa analogamente costruire per il tasso di differenziazione tra i sistemi elettorali delle due Camere.

3.

Sotto il profilo della coerenza tra le due leggi elettorali si è di recente osservato (cfr. G. Salerno, *Coerenza e differenziazione delle leggi elettorali: a proposito di alcune questioni di costituzionalità sollevate sull'Italicum*, in *Federalismi.it*, n. 2/2017) che proprio dalla decisione del 2014 possa ricavarsi il principio secondo cui una differenziazione risulta inaccettabile se essa incide sul corretto funzionamento dei poteri delle Camere rivelandosi contraria a quella esigenza di efficienza costituzionale implicitamente desumibile dal sistema costituzionale. In altri termini, una incoerenza anche rilevante tra sistemi elettorali non costituisce indice assoluto di contrarietà al sistema ma non può giungere al punto di dar vita a sistemi elettorali che incidano sul corretto svolgimento della forma di governo producendo la potenziale paralisi dei meccanismi di governabilità.

Se si guarda alla legislazione elettorale “residua” che dovrebbe oggi governare le elezioni delle due Camere ci si trova di fronte a meccanismi di correzione della proporzionalità che operano decisamente su piani diversi. Di là dalla questione, tutt’altro che marginale, della possibilità delle due leggi di operare senza interventi di “aggiustamento” in conseguenza delle due dichiarazioni di illegittimità costituzionale, i due sistemi si presentano fortemente differenziati perché l’uno (quello della Camera) continua ad essere caratterizzato dal possibile superamento della soglia del 40%, con la correlativa attribuzione del forte premio di maggioranza, mentre l’altro (quello del Senato) trova nelle elevate soglie di sbarramento il correttivo all’impostazione proporzionale. Due direzioni diverse che appaiono, ad un primo esame, potenzialmente idonee a produrre risultati con un tasso di differenziazione elevato, specie nell’ipotesi – remota ma non impossibile – di superamento della percentuale elevata con conseguente raggiungimento del premio.

Difficile dire se un simile assetto produca quella incoerenza inaccettabile in virtù della quale il sistema elettorale “prodotto” dalle due decisioni costituzionali debba ritenersi in contrasto con quel principio di efficienza del sistema e sia pertanto suscettibile, a sua volta, di determinare una nuova illegittimità costituzionale.

Su questo punto è probabile (o, quanto meno, auspicabile) che dalla motivazione della decisione possa cogliersi qualche elemento più significativo, specie se essa conterrà un “monito” in direzione della omogeneità dei due sistemi e della necessaria conciliabilità dei risultati a garanzia della possibilità della formazione di maggioranze di governo.

D’altra parte se, come è assai probabile, il diritto di voto come situazione giuridica soggettiva uscirà dalla decisione della Corte verosimilmente rafforzato, specie nel suo collegamento con l’interesse ad agire, l’ombra di una nuovo profilo di incostituzionalità, in ragione di una inaccettabile incoerenza dei sistemi elettorali, continuerebbe ad aleggiare rischiando di esporre il sistema ad una rinnovata, pericolosissima tensione con la proposizione di nuove questioni.

Spetta alle forze politiche comprendere che il sistema elettorale, ganglio vitale dell’ordinamento democratico, non può tollerare di continuare a vivere in una situazione precaria ed eccezionale.

STORIA COSTITUZIONALE

La magistratura tra fascismo e Repubblica: continuità o rottura rispetto al passato?

Introduzione al convegno ‘Le istituzioni nella storia costituzionale repubblicana: continuità o rottura rispetto al passato?’*

di Augusto Cerri*

L'incontro di studio che vengo ad introdurre presenta profili di continuità con quello, sempre organizzato dall'Anppia, che ebbe a svolgersi nella “Casa della memoria” nell'aprile 2014.

In quell'occasione ci occupammo dell'opera della magistratura (intendendo il termine come comprensivo dei giudici ordinari e speciali) durante il fascismo. Nella presente sede intendiamo analizzare la vita e lo sviluppo delle istituzioni nel vigore della “costituzione repubblicana”. Il tema è più ampio, perché comprende anche la considerazione di strutture che non sono giurisdizionali, ma, come vedremo, il ruolo della magistratura è stato di non poco rilievo anche in questo secondo dopoguerra.

Ricordo un famoso saggio di Barrington Moore, sulle basi sociali della democrazia e della dittatura. L'illustre sociologo americano muove dall'ipotesi per cui sono particolarmente esposti a ritorni autoritari quegli ordinamenti nei quali la “rivoluzione liberale” non ha davvero estirpato le radici assolutistiche o feudali, consegnate dalla tradizione pregressa. Certo, l'assolutismo, osserva detto autore (come già Machiavelli aveva visto, in un lucido luogo dei Discorsi sulla prima deca di Tito Livio), in qualche modo, erode le radici del feudalesimo, trasformando i feudatari in dignitari di Corte e, comunque, commutandone il potere in privilegi, creando, d'altra parte, un mercato retto

* Relazione al Convegno *Le istituzioni nella storia costituzionale repubblicana: continuità o rottura rispetto al passato?*, Facoltà di Scienze Politiche, Sociologia e Comunicazione dell'Università degli Studi di Roma “La Sapienza”, Sala delle Lauree, 5 aprile 2017. Contributo pubblicato previa accettazione del Comitato scientifico del Convegno.

* Professore emerito di Istituzioni di diritto pubblico, Sapienza, Università di Roma.

da regole uniformi, razionali ed imparziali sull'intero territorio di una nazione e consentendo così lo sviluppo delle attività produttive, etc. Ma, infine, sia il feudalesimo, sia l'assolutismo in alcuni contesti (Inghilterra, Francia, Stati Uniti d'America) sono radicalmente superati proprio ad opera delle forze produttive che hanno favorito (in alleanza precaria con le masse popolari), in altri (Germania, Giappone) giungono a compromessi con il nascente liberalismo. In questo secondo caso, nascono regimi "duali" che conservano un seme di autoritarismo estremamente rischioso quando la tensione sociale supera certi limiti. Le forze della conservazione sociale possono, allora, trovare un appoggio, fatale per la democrazia, nei residui autoritari degli apparati.

Il saggio mi sembra estremamente realistico, pur se l'ipotesi di un fondamento della democrazia solo in un sistema produttivo fondato sull'impresa, la concorrenza, il benessere collettivo ed il "permissivismo" che vi si accompagna, è, forse, troppo ristretta. In altri contesti la democrazia ha trovato fondamento in un'economia agricola e artigianale (come nella Svizzera delle origini, prima che in fattore finanziario prendesse il sopravvento) e fin anche in strutture di carattere militare. Ricordo, appunto, la democrazia militare di Engels, che rispecchia gli antichi popoli guerrieri e, segnatamente, i popoli germanici, come descritti da Cesare e Tacito; dalle "assemblee degli armati", tipiche di questi popoli, hanno origine, del resto, per comune consenso, i parlamenti moderni. Ciò vale anche per altri popoli primitivi, come gli cheyennes, di cui ci parla Hoebel. E, del resto, la primitiva struttura della "comunità romana" era fondata sul patto federativo ed eguale fra *gentes*, secondo un insegnamento di Pietro Bonfante, largamente condiviso, che si rispecchiava nel Senato, mentre i comizi esprimevano in modo trasversale la popolazione. Forse le riflessioni più complete sulle basi sociali di una democrazia sono, ancora, quelle di Rousseau. Resta vero, comunque, che il saggio di Barrington Moore scava in profondità su vicende politiche e sociali del sec. XIX° e XX° e sulle dinamiche da cui sono scaturite.

L'A. tace dell'Italia. Si afferma sovente che il nostro Risorgimento ha presentato una vivacità maggiore di quello tedesco sia nel pensiero liberale sia in quello democratico che ha affiancato, in un concorso talvolta quasi conflittuale, il primo. Ricordo il saggio di Francesco De Sanctis, testimone (e protagonista) della storia di quegli anni, sulla "scuola" (letteraria) mazziniana.

Certo è che l'Italia liberale si fonda su una "costituzione concessa" (lo Statuto albertino) che, come è naturale, conserva intatte le basi del potere burocratico e militare della tradizione.

Cavour cercò di superare questi limiti (sul punto richiamo Ettore Rotelli, *Carlo Cattaneo e gli ordinamenti locali lombardi*, in *L'eredità e l'opera di Carlo Cattaneo*, (a cura di Carlo G. Lacaita), Bologna (Il Mulino), 1975, p. 283) quando sollecitava la formazione di un sistema amministrativo che andasse oltre il modello piemontese, traendo esempio da quanto di più progredito ci fosse in Europa ed anche in Italia (nel granducato di Toscana, ad es.). Ancor più netta è l'opposizione di Carlo Cattaneo: una delle ragioni (non l'unica) del suo

“federalismo” è il timore di una pura e semplice estensione di un apparato di origine assolutistica al nuovo Regno d’Italia. Richiamo ancora Rotelli, ma anche un mio scritto, pubblicato sotto pseudonimo (Simplicius, *Gli scritti militari di Carlo Cattaneo*, in *Critica sociale* anno 64, n. 2 del 20 gennaio 1972, pubblicato anche in *Libera stampa* di Lugano). La via delle “leggi di unificazione amministrativa del Regno”, successivamente intrapresa sotto la guida di Bettino Ricasoli, fu diversa e meno soddisfacente, anche senza negare l’imponenza ed il valore dell’opera.

In questo contesto significativa è stata la “lunga marcia” della magistratura per una sempre più piena indipendenza, su cui ricordo i contributi di D’Addio (menzionato di Lachester), storico che ha insegnato in questa facoltà, ma anche dell’amico Massimo Daga, magistrato, venuto meno in circostanze non chiarite, di Gustapane, di Ghisalberti, etc.). Agli inizi del novecento, viene introdotto ad opera del Guardasigilli, Orlando, il Consiglio Superiore della Magistratura, sull’esempio francese. Si tratta di una normativa equilibrata e saggia, da cui ancor oggi si potrebbe trarre qualche insegnamento (con riguardo, ad es., all’elettorato passivo esteso ai magistrati a riposo) che segna un vero “salto di qualità” rispetto alla pur innegabile evoluzione pregressa. Resta, però, il limite della soggezione del Pubblico Ministero rispetto al Ministro della Giustizia ed al P. M. resta affidata l’azione disciplinare.

Dopo alterne vicende, il C.S. M., come organo elettivo, viene abolito dal regime fascista ed in questo contesto si verificano anche “epurazioni”.

Nel convegno dell’aprile 2014 (cui ho fatto cenno) è emersa, tuttavia, la tenacia con cui la magistratura ha preservato la sua anima garantista, nascosta nelle pieghe del tecnicismo giuridico, del principio di legalità, nella ricostruzione dei fatti, sotto il principio dell’onere della prova, nella valutazione di essi, sempre legata alle esigenze profonde e permanenti della società, al di là delle contingenti vicende politiche. Nelle sedi ufficiali di apertura dell’anno giudiziario ed in alcune decisioni su questioni meno vitali, la magistratura può aver presentato segni di cedimento. Ma sulle questioni vitali, di piena dialettica processuale, di libertà della persona, di eguaglianza razziale, ad es., nessun cedimento si è riscontrato. Certo, i singoli magistrati possono avere avuto diverse appartenenze politiche, ma la cultura profonda dell’istituzione risiede nel processo, nella dialettica quotidiana delle opinioni, alla ricerca di una qualche verità (di fatto e di diritto). Ricordo Calamandrei.

Le “leggi fascistissime” aboliscono, dunque, il C.S.M., aboliscono la democrazia e le libertà che vi si connettono, instaurano il regime corporativo, etc. Non possono abolire la magistratura, portatrice di un sapere tecnico indispensabile per il funzionamento della “macchina sociale” e per la sua stessa legittimazione. Ricordo anche quanto emerso nel precedente convegno circa una estrema attenzione del regime fascista, a differenza di quello nazista, all’opinione pubblica internazionale. Affiancano ad essa il Tribunale Speciale per la Difesa dello Stato, che, in un certo ambito, opera con estrema pesantezza, pur in una dialettica che la classe forense, per sua intrinseca e quasi inestirpabile vocazione, continua a mantenere vivace, pur dopo varie riforme che tendono a edulcorarla.

Sopravviene, dopo lungo travaglio (che tutti conosciamo), la “costituzione repubblicana”. La democrazia sembra segnare un definitivo trionfo. Il C.S.M. viene ripristinato e consolidato con normativa di livello costituzionale. Le garanzie, in via di legge ordinaria, sono estese interamente anche al P. M. E, negli anni '80 del secolo scorso, sono estese garanzie analoghe anche ai giudici speciali, secondo un auspicio che Calamandrei aveva formulato in Assemblea costituente, “in via subordinata”, rispetto alla sua “domanda principale” di unità della giurisdizione.

Le strutture burocratiche, però, restano le medesime di prima e presentano vizi aggravati dall'esperienza dell'autoritarismo fascista.

Non vorrei attardarmi sulle insufficienze ed indulgenze della c. d. “epurazione”, anche perché non ho particolare fiducia in strumenti di questi tipo, anche se comprendo e ritengo importanti le ricorrenti perplessità che sono emerse ed emergono sul tema.

Vorrei ricordare la polemica, sul finire degli anni '60 e fino alla metà degli anni '70, sui c. d. “corpi separati”, su certe strutture burocratiche e militari che si palesarono di ostacolo ad una più piena democrazia. A questa polemica, che riprende alcuni motivi del “principe senza scettro” di Lelio Basso, ma anche della “rivolta sessantottina”, ho partecipato personalmente. Molte cose sono cambiate: la riforma dei tribunali militari, della disciplina militare, la riforma del segreto di stato, anche in seguito a conflitto di attribuzione promosso dalla magistratura, l'ordinamento della polizia, dei carabinieri, la stessa formula del giuramento militare, tanto per fare alcuni esempi. Non so se e quanto tutto ciò abbia modificato la “fibra profonda” del complessivo apparato pubblico del nostro paese. Certo è che, ad un certo punto, l'illuministica e solitaria battaglia per la riforma dello Stato cede il posto ad una lotta diffusa e vasta per la sua difesa, di fronte alle aggressioni dell'eversione politica e malavitosa.

La magistratura, portatrice di una cultura garantista e resa forte da strutture di garanzia della sua indipendenza ormai irreversibili, è in prima linea in questa difesa, cui paga un tributo anche di sangue non indifferente. Ma è anche un centro che coagula resistenze più vaste. Ricordo l'impegno senza limiti ed il sacrificio, talvolta eroico, delle forze dell'ordine, di sindacalisti, di imprenditori, di giornalisti, di avvocati.

Certo, la Costituzione impone di essere fedeli alla Repubblica (art. 54) ma, prima ancora di questa norma positiva, che vale perché, a sua volta, ci si sente ad essa fedeli, è l'obbligo politico che ciascuno avverte dentro di sé, è il diffuso consenso su questo obbligo, è, in una parola, la legittimazione di istituzioni, nate a loro volta, da una storia di lotte e di sacrifici che parla dentro prima di imporsi dal di fuori.

La Costituzione ci parla ancora dentro, pur dopo le trasformazioni dell'europesismo, della mondializzazione, la trasformazione delle strutture sociali, la “terziarizzazione”, le trasformazioni dei partiti politici che furono protagonisti nella sua elaborazione, trasformazioni che investono, in qualche modo, anche la “costituzione materiale”, nel senso *mortatiano* del termine, i problemi che pongono nuove scoperte scientifiche e che confluiscono, ad es., nella c.d. bioetica?

Questo è un primo problema.

Omar Chessa ritiene permanente ed irreversibile l'*acquis* di una giurisprudenza nata all'ombra dei valori costituzionali. Alessandro Pizzorusso parla di "costituzione ferita", ma non uccisa, ricordando modi di riforma incongrui e delegittimanti, non seguiti, però, da una riforma effettiva, quasi movimenti che si sono arrestati per effetto degli attriti, piuttosto che per effetto di contropunte orientate in senso contrario. Di più: a mio sommo avviso, non sussistono principi, valori alternativi che possano legittimare un nuovo ordinamento ed un "vuoto di valori" non può sostenere i sacrifici (pochi o molti che siano) e le lotte per instaurarlo. Mentre, invece, l'uropeismo e gli sviluppi ulteriori di apertura dei mercati, pur da valutare con la opportuna prudenza, possono rientrare in questi valori di solidarietà e di pace, come ci hanno insegnato, anche con il loro esempio, Altiero Spinelli ed Ernesto Rossi, due dei tre firmatari del Manifesto di Ventotene, e come ci avrebbe sicuramente insegnato anche Eugenio Coloni (il terzo firmatario), se fosse sopravvissuto ai "terribili anni" della transizione.

La Costituzione, a mio sommo avviso, può essere ancora un punto di riferimento per la comunità che si raccoglie in questo paese, per gli immigrati che intendono accedervi, per l'aspro confronto tra forze politiche, che richiede un quadro di regole condivise, nonostante tutte le trasformazioni cui abbiamo assistito, per i sacrifici che ancora occorrerà sostenere a difesa del quadro istituzionale. Ma, in una vicenda sempre complessa e tempestosa, si è registrato un progresso dei valori costituzionali, un regresso, una situazione sostanzialmente invariata?

Ho dato una qualche risposta al primo problema, ma non pretendo di aver detto una parola definitiva. Mi auguro un dibattito vivace sul punto.

Sul secondo problema non saprei davvero che cosa rispondere. Ancora una volta mi auguro un dibattito impegnato e vivace.

La Magistratura nella storia costituzionale repubblicana*

Continuità e rottura nella magistratura come problema storico-istituzionale

di Antonella Meniconi**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'epurazione. – 3. La continuità nel corpo giudiziario. – 4. La continuità nella giurisprudenza e nel mondo giudiziario. – 5. I vertici della Corte di cassazione. – 6. Conclusioni

1. Premessa

Il mio intervento si concentrerà su quattro aspetti in cui si realizza, a mio avviso, la continuità, nella magistratura, tra regime fascista ed età repubblicana. O meglio, come sosteneva Claudio Pavone (cui questo saggio è dedicato), la continuità “attraverso” il fascismo¹³²¹.

La tesi è che esista una persistenza e persino una vischiosità di stilemi, prassi, comportamenti e, più in alto, di modelli normativi e amministrativi che si perpetua pressoché inalterata lungo tutta la storia istituzionale italiana.

Il primo aspetto è quello dell'epurazione: la tesi, ormai fatta propria dalla storiografia, è quella di una mancata epurazione, ma forse sarebbe più corretto affermare che fu tentata un'eliminazione più radicale dal corpo dello Stato di coloro che si erano compromessi maggiormente con il regime, ma che questo tentativo fallì per molteplici ragioni. Come dimostrò Pietro Saraceno, all'inizio degli anni Novanta, vi fu infatti “*un numero non del tutto trascurabile di magistrati, almeno nei gradi più alti della gerarchia giudiziaria*” sottoposto ai procedimenti di epurazione.

* Relazione al Convegno *Le istituzioni nella storia costituzionale repubblicana: continuità o rottura rispetto al passato?*, Facoltà di Scienze Politiche, Sociologia e Comunicazione dell'Università degli studi di Roma “La Sapienza”, Sala delle Lauree, 5 aprile 2017. Contributo pubblicato previa accettazione del Comitato scientifico del Convegno.

** Professore associato di Storia delle istituzioni politiche, Dipartimento di Scienze documentarie, linguistico-filologiche e geografiche, Facoltà di Lettere e filosofia, Università di Roma La Sapienza.

¹³²¹ C. PAVONE, *Alle origini della Repubblica. Scritti su fascismo, antifascismo e continuità dello Stato*, Torino, Bollati Boringhieri, 1995, 74 s.

Il secondo aspetto attiene alla continuità dell'apparato giudiziario in materia di carriera, promozioni e modalità di scelta dei responsabili degli uffici.

Il terzo aspetto riguarda la continuità nella giurisprudenza e nel mondo giudiziario in riferimento alla vita stessa dei tribunali e delle corti durante gli anni della transizione.

Il quarto aspetto riguarda il ruolo dell'organo supremo della giurisdizione, la Corte di cassazione, che vide senza dubbio accrescere in quegli anni il proprio peso specifico.

Infine, come conclusione si accennerà al cambiamento imposto dalla Costituzione e alla sua lenta attuazione.

2. L'epurazione

“*Epurare la magistratura*”¹³²² era il motto scandito dai giornali più legati alla Resistenza all'indomani della Liberazione.

Nella realtà politica la vicenda dell'epurazione, che iniziò già dal dicembre 1943, fu caratterizzata essenzialmente – come ha sottolineato Guido Melis – da una fase iniziale, “*ascendente*” (tra l'estate del 1944 alla prima metà del 1945), e da una seconda fase “*discendente o di ripiegamento*”, iniziata con la crisi del governo Parri e la sostituzione con l'esecutivo De Gasperi (dal 10 dicembre 1945), e culminata con l'amnistia Togliatti del 1946¹³²³. La normativa, che si concretizzò in alcuni decreti (non leggi, per l'ovvio motivo che non esisteva ancora un parlamento), fu in progress, con gradualità aggiustamenti: prevedeva sanzioni penali per i casi più gravi; negli altri, specie per la generalità delle pubbliche amministrazioni, si faceva ricorso specialmente allo strumento della dispensa dal servizio.

Rispetto all'epurazione nei ministeri, il corpo giudiziario non fu ovviamente esentato, anzi fu chiarito esplicitamente che non si poteva applicare ai magistrati alcuna garanzia di inamovibilità¹³²⁴. Peraltro, occorre qui sottolineare la partecipazione dei magistrati nelle commissioni di epurazione delle diverse amministrazioni, prevista da apposite norme: il che creò

¹³²² “L'intransigente. Settimanale politico”, 12 maggio 1945.

¹³²³ Il prologo fu rappresentato dal r.d.l. n. 29/b del 28 dicembre 1943 (modificato dal r.d.l. n. 101 del 12 aprile 1944) e, nel giugno del 1944, dalla commissione degli alleati per il territorio di Roma; l'epilogo dalle pronunce in merito del Consiglio di Stato fino al 1950. Le citazioni sono da G. MELIS, *Note sull'epurazione dei ministeri, 1944-1946*, in “Ventunesimo secolo”, n. 4, 2003, 17-52 ss, p. 17 s. Per un'attenta ricostruzione della normativa in materia cfr. M. GIANNETTO, *Defascistizzazione: legislazione e prassi della liquidazione del sistema fascista e dei suoi responsabili (1943-1945)*, ivi, 53-90 ss.

¹³²⁴ Art. 11 del r.d.l. del 1943.

una sorta di doppio ruolo di difficile interpretazione, ma che conferì al corpo giudiziario una indubbia centralità¹³²⁵.

La dispensa dal servizio (in particolare per gli alti gradi) fu stabilita per chi avesse partecipato “attivamente alla vita politica del fascismo”, dimostrandosi, anche con manifestazioni “ripetute di apologia fascista o di faziosità fascista”, indegno di “servire lo Stato”; nonché per chi avesse “collaborato con il governo repubblicano dopo l’8 settembre”¹³²⁶. Si decise, da parte degli organi dell’epurazione, che sarebbero state punite soprattutto “quelle forme intenzionali, proprie delle persone colte e mature, quali la diffusione delle teorie razziali [...] in genere tutto ciò che dimostrava l’intenzione di asservire alla tirannide la scienza, l’arte e la vita sociale”, tenendo conto della personalità del suo autore, del suo grado gerarchico e della sua posizione personale¹³²⁷.

La magistratura nelle sue diverse componenti, anche generazionali (sotto giudizio erano sia i giovani, promossi in pieno fascismo, ma soprattutto, la generazione più matura proveniente all’origine dall’esperienza liberale), si trovò quindi a dover fare i conti con il proprio atteggiamento nei confronti della dittatura¹³²⁸.

La commissione per i dipendenti del Ministero della giustizia fu presieduta dal primo presidente della Corte di cassazione Giuseppe Pagano e composta dal consigliere di cassazione

¹³²⁵ Si soffermano su questo aspetto G. FOCARDI, *Le sfumature del nero: sulla defascistizzazione dei magistrati*, in “Passato e presente”, n. 64, 2005, 61-87, 63 ss.; M. CARDIA, *L’epurazione della magistratura alla caduta del fascismo. Il Consiglio di Stato*, Cagliari, Aips, 2009, 11 s. Per una testimonianza (di parte) del ruolo dei magistrati nell’applicazione delle sanzioni contro i fascisti, cfr. N. TRIPODI, *Io, imputato*, in “Gli oratori del giorno”, n. 1958, 43-46 ss.

¹³²⁶ Per i gradi più bassi si teneva conto delle nomine o avanzamenti ottenute per il “favore del partito o dei gerarchi fascisti”: art. 12 (anche i successivi) del d.lgt. n. 159 del 1944. Seguirono poi le norme del d.lgt. n. 285 del 23 ottobre 1944.

¹³²⁷ Relazione Scoccimarro, 1 genn.-15 luglio 1945, Archivio centrale dello Stato (d’ora in poi AcS), *Presidenza del Consiglio dei ministri, Alto commissariato per le sanzioni contro il fascismo*, III, 3, vol. 1., 15 s.

¹³²⁸ Sul tema esiste una vasta letteratura coeva e contemporanea, tra cui ci si limita a citare i diversi saggi contenuti in *L’ordine giudiziario*, Milano, Giuffrè, 1946; M. FLORES, *L’epurazione, in L’Italia dalla liberazione alla Repubblica. Atti del Convegno internazionale organizzato a Firenze il 26-28 marzo 1976*, Milano, Feltrinelli, 1977, pp. 413-467; A. GALANTE GARRONE, *La magistratura tra fascismo e Resistenza, in I giudici dalla Resistenza allo Stato democratico. Atti del Convegno di Cuneo del 26 ottobre 1985*, Savigliano, L’artistica, 1986, pp. 29-43; G. NEPPI MODONA, *Il problema della continuità dell’amministrazione della giustizia durante il fascismo*, in L. BERNARDI.- G. NEPPI MODONA.- S. TESTORI (a cura di), *Giustizia penale e guerra di liberazione*, Milano, Franco Angeli, 1986; Id., *La Magistratura dalla Liberazione agli anni Cinquanta. Il difficile cammino verso l’indipendenza*, in F. BARBAGALLO (a cura di), *Storia dell’Italia repubblicana*, vol. III, 2, Torino, Einaudi, 1997, 83-137 ss.; C. GUARNIERI, *Magistratura e politica in Italia. Pesi senza contrappesi*, Bologna, Il Mulino, 1992, 88 ss.; P. SARACENO, *Le «epurazioni» della magistratura in Italia. Dal Regno di Sardegna alla repubblica: 1848-1951*, in “Clio”, XXIX, 1993, 505-523 ss.; Id., *I magistrati italiani tra fascismo e Repubblica. Brevi considerazioni su un’epurazione necessaria ma impossibile*, in “Clio”, n. 1, 1999, 65-110 ss.; P. SODDU, *La transizione dal fascismo alla democrazia nella “memoria” della magistratura italiana*; F. SCALAMBRINO, *I guardasigilli comunisti Togliatti e Gullo: le sanzioni contro il fascismo e il processo alla Resistenza*, in G. MICCOLI.- G. NEPPI MODONA.- P. POMBENI (a cura di), *La grande cesura. La memoria della guerra e della Resistenza nella vita europea del dopoguerra*, Bologna, Il Mulino, 2001, rispettivamente 309-326 ss. e 327-353 ss.; G. FOCARDI, *I magistrati tra la RSI e l’epurazione*, in Istituto per la storia del movimento di liberazione nelle Marche Alto Piceno-Fermo, S. BUGIARDINI (a cura di), *Violenza, tragedia e memoria della Repubblica Sociale Italiana, Atti del Convegno nazionale di studi di Fermo, 3-5 marzo 2005*, Roma, Carocci, 2006, 309-325 ss.; M. CARDIA, *L’epurazione dei magistrati del Consiglio Superiore della Magistratura alla caduta del fascismo*, in P. AIMO.- E. COLOMBO.- F. RUGGE (a cura di), *Autonomia, forme di governo e democrazia nell’età moderna e contemporanea. Scritti in onore di Ettore Rotelli*, 65-78 ss. In generale, R.P. DOMENICO, *Processo ai fascisti*, Milano, Rizzoli, 1996.

Ferrante Ferranti e dall'avvocato Tino Sinibaldo¹³²⁹. Circa 400 magistrati furono sottoposti a procedimento di epurazione¹³³⁰, su un complesso più ampio di 1.000 casi esaminati: il che equivaleva a circa il 10 per cento dell'intero corpo giudiziario¹³³¹.

A leggere le carte colpisce che i comportamenti sanzionati fossero (anche per osservare la lettera della norma), soprattutto, gli scritti dei magistrati (gli articoli nelle riviste fasciste o giuridiche o quelli che riproducevano i loro discorsi), piuttosto che non le loro sentenze o gli atti che essi avessero eventualmente redatto in specifici processi nell'esercizio delle loro funzioni. Il motivo era da individuarsi naturalmente anche nella maggior facilità con cui questo materiale, per così dire pubblicistico, era reperibile (e interpretabile), il che scatenò una vera e propria caccia agli scritti più compromettenti (con relativo tentativo di distruzione delle prove da parte degli interessati)¹³³². Ma certamente bisognava anche mettere nel conto la difficoltà intrinseca di entrare nel merito dei singoli processi, ripercorrendone l'iter, in pratica rifacendo il processo. Ciò era impossibile, sia per la vastità del materiale che si sarebbe dovuto scrutinare, sia per la problematicità della valutazione tecnica che una simile operazione avrebbe comportato. Vi si rinunciò dunque. Ma ciò che ne derivò fu il paradosso che il giudizio verté piuttosto su “atti esteriori”, marginali, che non sulla attività professionale in senso proprio¹³³³.

Prevalse da subito un certo senso di prudenza, anche nei casi di evidente compromissione con il governo repubblicano, nei quali la richiesta dell'Alto commissariato di dispensa dal servizio veniva in genere accolta, ma accompagnata dalla concessione “almeno” della pensione¹³³⁴. Per il resto, soprattutto nei confronti degli alti gradi della magistratura, non si può parlare di una severa repressione¹³³⁵. I criteri seguiti dalla commissione tendevano a interpretare le norme restrittivamente (ad esempio scusando anche “*l'apologia fascista*”, quando non ripetuta) o

¹³²⁹ Membro supplente Arturo Erra, consigliere di cassazione. AcS, *Ministero di grazia e giustizia* (d'ora in poi *Min.giust.*), *Direzione generale dell'organizzazione giudiziaria, Epurazione*, b. 5.

¹³³⁰ FOCARDI, *Le sfumature del nero: sulla defascistizzazione dei magistrati*, cit., 64 ss.

¹³³¹ Il numero più ampio comprende anche cancellieri e fascicoli doppi. Al 25 marzo 1946 per tutto il dicastero risultavano: casi esaminati 4.052; giudizi iniziati 589; conclusi 575; dispense 56; sanzioni minori 147; proscioglimenti 372; collocati a riposo dall'amministrazione 55; ricorsi 174; ricorsi conclusi 56. Per l'ordine giudiziario dell'Alta Italia, sottocommissioni di Milano: casi esaminati 1.248; giudizi iniziati 412; conclusi 235; dispense 24; sanzioni minori nessuna; proscioglimenti 211; collocati a riposo dall'amministrazione nessuno; ricorsi 7. Cfr. AcS, *Presidenza del Consiglio dei ministri, Alto commissariato per le sanzioni contro il fascismo*, III, 3, vol. 1.

¹³³² *Per la storia del costume fascista*, in “Il Ponte”, n. 10, 1952, 1337 ss., 1344. A riprova di questo atteggiamento, si veda il caso di un magistrato R.T., che, nel dicembre del 1944 fu accusato di aver strappato un lembo di un suo libro, dove aveva fatto considerazioni a favore della “tanto calunniata violenza fascista”, temendo l'epurazione (che poi non subì); egli fu poi ammonito per il fatto dalla Suprema corte disciplinare. Cfr. AcS, *Min. giust., Suprema Corte disciplinare, Verbalì 1945-1946*, verbale del 19 gennaio 1946.

¹³³³ Mi permetto di rinviare ad A. MENICONI, *Storia della magistratura italiana*, Bologna, Il Mulino, 2012, 250 ss.

¹³³⁴ AcS, *Min. giust., Direzione generale dell'organizzazione giudiziaria, Epurazione*, b. 5, fasc. 451.

¹³³⁵ SARACENO, *Le epurazioni della magistratura in Italia*, cit., 521 ss.

riconoscendo alcune attenuanti (in conformità del resto con gli orientamenti della Commissione centrale per l'epurazione), come il fatto che l'attività sotto la Repubblica sociale si fosse “*svolta in un'atmosfera di incertezza, intimidazione e pericoli che attenuavano la responsabilità di quanti non ebbero il coraggio di opporsi alle autorità fasciste*”¹³³⁶. Anche in presenza di una partecipazione a organi particolarmente delicati e importanti per l'attuazione delle politiche del regime (come era ad esempio la Commissione per il sequestro dei beni degli ebrei), si preferì prosciogliere il magistrato accusato, pronunciando talora anche parole di apprezzamento per la sua “*integrità di vita*”¹³³⁷.

In generale i giudici rivendicarono, nelle loro lunghe memorie difensive, la natura tecnica delle funzioni svolte, anche quando ciò aveva comportato il percorrere “a braccetto” con i responsabili politici (in “*intimità di lavoro*”) lunghi tratti della loro vita professionale, e aveva implicato non sottrarsi a nessun compito (anche a quelli non strettamente giuridici). In alcuni casi (essenzialmente per alcuni alti funzionari del Ministero come Dino Mandrioli), la commissione ritenne quasi impossibile tracciare i confini tra expertise giuridica e partecipazione all'attività politica fascista e alla sua realizzazione (come ad esempio nella codificazione civile, magnificata a suo tempo come “*opera del Regime*”, ma al tempo stesso ricca di aspetti tecnici e specialistici) e concluse per la semplice dispensa dal servizio¹³³⁸. In altri casi, come quello di Adolfo Giaquinto, docente di diritto amministrativo, che aveva collaborato alla rivista “Diritto razzista” (e alla redazione del codice civile) si procedette senz'altro all'assoluzione, con reintegro nei ruoli della magistratura come presidente di sezione della Corte di cassazione; egli, collocato a riposo nel 1949, sarebbe rimasto fino al 1956 presidente della Commissione centrale delle imposte¹³³⁹.

¹³³⁶ AcS, *Min. giust., Direzione generale dell'organizzazione giudiziaria, Epurazione*, b. 13, fasc. 57.

¹³³⁷ Fu il caso, ad esempio, di Michele Delle Donne, componente appunto della Commissione per il sequestro dei beni degli ebrei (vale a dire l'Egeli) e di quella di disciplina federale dei Pnf dell'Urbe (cui furono assegnati per breve tempo anche i magistrati); il magistrato andò poi in pensione per limiti d'età il 4 ottobre 1945 (cfr. AcS, *Min. giust., Direzione generale dell'organizzazione giudiziaria, Epurazione*, b. 13, fasc. 57); o di Giuseppe Lampis, capo di gabinetto del Tribunale della razza (cfr. FOCARDI, *Le sfumature del nero: sulla defascistizzazione dei magistrati*, cit., 75-76).

¹³³⁸ Come riconobbe la stessa commissione per i dipendenti del Ministero della giustizia a proposito del capo di Gabinetto Mandrioli in rapporto con Grandi. Cfr. AcS, *Min. giust., Direzione generale dell'organizzazione giudiziaria, Epurazione*, b. 5, fasc. 39.

¹³³⁹ AcS, *Min. giust., Fascicoli personali magistrati, III versamento*, b. 345, fasc. 65678; ivi, *Direzione generale dell'organizzazione giudiziaria, Epurazione*, b. 6, fasc. 342; A. MENICONI, *Giaquinto, Adolfo*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, I, diretto da I. BIROCCHI, E. CORTESE, A. MATTONE, M.N. MILETTI, Bologna, Il Mulino, 994-995.

Alcuni alti magistrati più compromessi di altri preferirono dimettersi per non sottoporsi al giudizio di epurazione¹³⁴⁰, anche se solo pochi alla fine sarebbero stati definitivamente dispensati¹³⁴¹: secondo i calcoli di Pietro Saraceno appena 5 su 37¹³⁴².

Per quanto riguarda i componenti del Csm, cioè una categoria particolare di alti magistrati, quasi un “*campione ridotto, ma significativo*” della Cassazione, recenti studi hanno evidenziato come la maggior parte potesse contare su un collocamento a riposo, in seguito per alcuni persino revocato con successiva reintegrazione nel ruolo e comunque riuscisse a evitare la perdita del diritto alla pensione¹³⁴³.

Nuove norme del novembre 1945 restrinsero poi ulteriormente l’area della colpevolezza solo a chi non fosse ritenuto “*compatibile con lo Stato democratico*”, ovvero si fosse macchiato di “*malcostume e faziosità fascista*” e di collaborazionismo (vale a dire avesse aderito ufficialmente alla Rsi)¹³⁴⁴. La mera partecipazione alla Cassazione della Rsi, per esempio, fu derubricata ad attività non politica¹³⁴⁵.

In base al decreto del novembre 1945, l’alto commissario, il magistrato, Domenico Peretti Griva (allora alto commissario per l’epurazione) aveva peraltro predisposto una lista di 340 nomi sulla base delle indicazioni delle amministrazioni (che ammontarono a 380 o 700 secondo i giornali)¹³⁴⁶. Lo stesso giudice avrebbe “*scremato*” tale lista con “*la coscienza di un uomo che al fuori e al di sopra dei partiti*” (furono le sue parole secondo il “*Corriere della Sera*” del 19 dicembre 1945).

¹³⁴⁰ Di 4 tra i 37 primi presidenti e procuratori generali della Cassazione e delle Corti d’appello, come Cosentino e Saltelli, riferisce SARACENO, *Le epurazioni della magistratura in Italia*, cit., 519-520 ss. Ci fu anche Conforti, che non impugnò il provvedimento di dispensa e uscì dall’ordine giudiziario, cfr. T. CARNACINI, *Ricordo di tre magistrati (Giuseppe Azzeriti, Dino Mandrioli, Leopoldo Conforti)*, in “*Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*”, XVII, 1963, 1275 ss.; F. CIPRIANI, *Il codice di procedura civile tra gerarchi e professionisti*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1992, 20 ss. e 30 ss.

¹³⁴¹ Inizialmente vennero collocati a riposo d’ufficio (con decreti del 29 gennaio 1945) almeno una decina di alti magistrati, di cui alcuni però chiesero e ottennero in seguito la revisione dei procedimenti. Furono collocati a riposo d’ufficio, tra gli altri, il procuratore generale di Messina Luigi Barone, condannato il 26 ottobre 1944 soprattutto per avere ottenuto, grazie ai suoi appoggi politici, la promozione al grado terzo (che non gli sarebbe spettata) e poi collocato a riposo il 29 gennaio del 1945. Cfr. (AcS, *Direzione generale dell’organizzazione giudiziaria, Epurazione*, b. 13, fasc. *ad nomen*); o Arturo Cantelli, andato a Brescia per ricoprire l’incarico di presidente di sezione, cui fu riconosciuto dalla Commissione centrale il diritto alla pensione di consigliere di cassazione il 31 ottobre del 1945 (cfr. CARDIA, *L’epurazione dei magistrati del Consiglio Superiore della Magistratura alla caduta del fascismo*, cit.).

¹³⁴² SARACENO, *Le epurazioni della magistratura in Italia*, cit., p. 521.

¹³⁴³ CARDIA, *L’epurazione dei magistrati del Consiglio Superiore della Magistratura alla caduta del fascismo*, cit.

¹³⁴⁴ Come Alfonso Alibrandi, aggiunto giudiziario, accusato di aver fatto parte, dopo l’8 settembre, della sezione regionale del Tribunale speciale dello Stato (nel maggio del 1944) e di aver collaborato con il governo repubblicano, che fu prosciolto il 9 maggio 1945 dalla Commissione centrale, in quanto aveva obbedito a un ordine del primo presidente della Corte d’appello di Roma, trovandosi sotto l’autorità dell’occupante tedesco. AcS, *Min. giust., Direzione generale dell’organizzazione giudiziaria, Epurazione*, b. 9, fasc. 36.

¹³⁴⁵ BARAVELLI, FOCARDI, *La Corte d’appello di Brescia durante la dittatura fascista*, cit., 150.

¹³⁴⁶ Archivio centrale dello Stato, *Verbalì del Consiglio dei ministri, luglio 1943-maggio 1948*, edizione critica, a cura di A.G. RICCI, *Governo De Gasperi 10 dicembre 1945- 13 luglio 1946*, VI, 1, Roma, Presidenza del Consiglio dei ministri, Dipartimento per l’informazione e per l’editoria, 1996, 176, 181, p. 193 ss.

Ebbene, tra il 18 e il 20 gennaio 1946 il Consiglio dei ministri ne avrebbe dispensato (fonte Presidenza del Consiglio dei ministri) 173. De Gasperi specificò, inoltre, che “*l'intento del governo non è epurativo ma si fonda sull'incompatibilità alla permanenza in servizio di detti funzionari*”¹³⁴⁷. Per questo motivo Peretti Griva si sarebbe poi dimesso dalla sua carica¹³⁴⁸.

Nel 1945 del resto il clima era già mutato. Il bilancio dell'epurazione sul periodo fino al 15 luglio 1945 evidenziò che, mentre dal 15 agosto al 31 dicembre 1944, ci si era concentrati soprattutto sui primi quattro gradi della gerarchia statale, nei successivi sei mesi (fino al 15 luglio 1945) l'attività si era viceversa diretta verso i gradi medi e inferiori. Ma il processo era stato in realtà ostacolato dai cambiamenti di governo (ben quattro) e dalle oscillazioni di impostazione in una questione “*così politica*” come la defascistizzazione¹³⁴⁹. Come in generale per la pubblica amministrazione, la macchina dell'epurazione dei magistrati avrebbe prodotto alla fine una grande quantità di pratiche ma pochissime decisioni di condanna¹³⁵⁰. Verso la fine dell'anno la spinta di cambiamento si era definitivamente affievolita¹³⁵¹. Nel novembre del 1945 fu emanato il decreto di modifica delle norme esistenti sulle “*sanzioni contro il fascismo*”¹³⁵², che avrebbe dovuto rispondere a una generalizzata esigenza di pacificazione¹³⁵³. In seguito fu emanato un ulteriore complesso di norme che progressivamente “*annacquarono*” il processo di epurazione, fino al sopraggiungere dell'amnistia e dell'indulto per i reati comuni, politici e militari dopo il referendum del 2 giugno 1946¹³⁵⁴. Nel 1948 norme per “*l'estinzione dei giudizi di epurazione e per la revisione dei provvedimenti epurativi già adottati*” avrebbero in pratica archiviato l'intera macchina della defascistizzazione¹³⁵⁵.

¹³⁴⁷ Ivi, 175.

¹³⁴⁸ D.R. PERETTI GRIVA, *Il fallimento dell'epurazione*, in “Il Ponte”, fasc. 11-12, 1947, 1075-1081 ss.

¹³⁴⁹ Acs, *Presidenza del Consiglio dei ministri, Alto commissariato per le sanzioni contro il fascismo*, V, b. 2.1., Alto commissario aggiunto per l'epurazione, *Relazione sull'attività svolta dall'Alto commissario aggiunto per l'epurazione nel periodo dal 1° gennaio al 15 luglio 1945*. Nel giugno del 1945 Pietro Nenni diventò l'alto commissario per le sanzioni contro il fascismo al posto di Sforza (dimessosi il 27 dicembre 1944).

¹³⁵⁰ Cfr. per i dati: G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana 1861-1993*, Bologna, Il Mulino, 1996, 427. Si veda anche R. ROMANELLI, *Apparati statali, ceti burocratici e modo di governo*, in V. CASTRONOVO (a cura di), *L'Italia contemporanea, 1945-1975*, Torino, Einaudi, 1976, 145-190, spec. 155.

¹³⁵¹ Cfr. C. PAVONE, *Alle origini della Repubblica*, cit.

¹³⁵² Nel novembre del 1945 si stabilì la dispensa dal servizio per i funzionari (superiori all'8° grado) che, per “*attività svolta come fascisti o per le manifestazioni di carattere fascista compiute in ufficio o fuori d'ufficio o per aver data prova di faziosità fascista o perché nominati all'impiego per soli titoli fascisti*”, si trovasse “*in condizioni di incompatibilità con la permanenza in servizio*” (art. 1 del decreto legislativo luogotenenziale n. 702 del 9 novembre 1945).

¹³⁵³ Ci si riferisce alle parole di Nenni del 19 giugno 1945. Cfr. GIANNETTO, *Defascistizzazione*, cit., p. 80.

¹³⁵⁴ Con decreto presidenziale n. 4 del 22 giugno 1946. Sull'amnistia cfr. M. FRANZINELLI, *L'amnistia Togliatti. 22 giugno 1946. Colpo di spugna sui crimini fascisti*, Milano, Mondadori, 2006.

¹³⁵⁵ Decreto legislativo n. 48 del 7 febbraio 1948. Per la revoca dei procedimenti era competente una sezione speciale del Consiglio di Stato. D'altronde l'organo di giustizia aveva già rivendicato la propria competenza in materia, affermando che le commissioni di epurazione erano da intendersi come organi amministrativi e quindi le loro pronunce erano impugnabili davanti al giudice amministrativo (Consiglio, Sez. IV, 15 gennaio 1946).

3. La continuità nel corpo giudiziario

Saldamente alla guida degli organi di vertice rimase, per lo più, il personale già anziano, quello che era stato maggiormente segnato dallo stretto rapporto con il fascismo.

Togliatti, guardasigilli nei governi Parri e De Gasperi (dal 21 giugno 1945 al 1° luglio 1946), a cui non fu concesso da De Gasperi di collocare a riposo d'ufficio un magistrato compromesso con il regime come Ernesto Eula (futuro presidente della Corte di cassazione), si lamentò con queste parole: “*adottando tali criteri si avranno negli alti gradi della magistratura persone non democratiche*” (20 gennaio 1946)¹³⁵⁶.

In effetti, questo tipo di magistratura non aveva mai discusso il regime nel suo fondamento autoritario, avendo, invece, messo a disposizione le proprie competenze tecnico-giuridiche. Impegnati nel difendere sé stessi dalle accuse che venivano loro mosse, i vertici rifiutarono ovviamente di aprire i conti con il passato (sia il proprio, sia quello del Paese)¹³⁵⁷. Le scelte (le sentenze, o il linguaggio esibito senza pudore in centinaia di occasioni pubbliche) furono giustificate per lo più con lo stato di necessità e accompagnate dalla rivendicazione di una non compromissione diretta con la politica, che se pure spesso era davvero avvenuta, non aveva però impedito che l'amministrazione quotidiana della giustizia si svolgesse nelle linee della dittatura, senza mai contrastarne gli equilibri. In realtà – come affermò una delle poche decisioni di dispensa dal servizio della commissione ministeriale – non era possibile scindere l'apporto tecnico da quello politico, almeno ad altissimo livello, persino quando si era collaborato all'edificazione delle “*opere del regime*” in cambio di promozioni non dovute o di altre prebende¹³⁵⁸.

Chi aveva scelto la “scorciatoia” per fare carriera (andare al Ministero – magari per lavorare ai codici – e poi da lì direttamente in Cassazione), era stato inevitabilmente più incline a farsi strumento del governo. Ed anche in periferia era prevalso l'istinto a guardare “*più che alla norma*”

¹³⁵⁶ Archivio centrale dello Stato, *Verbalì del Consiglio dei ministri, luglio 1943-maggio 1948*, edizione critica, a cura di A.G. RICCI, *Governo Parri 21 giugno 1945- 10 dicembre 1945*, V, 1, 178, cit.

¹³⁵⁷ NEPPI MODONA, *La Magistratura dalla Liberazione agli anni Cinquanta*, cit., 97 ss.

¹³⁵⁸ AcS, *Min. giust., Direzione generale dell'organizzazione giudiziaria, Epurazione*, b. 5, fasc. 39. Evidenzia i forti guadagni, percepiti da alti magistrati (Azzariti, Cosentino, Mandrioli e altri) per la collaborazione ai lavori dei codici, FOCARDI, *Le sfumature del nero: sulla defascistizzazione dei magistrati*, cit., p. 75. Si ritrova prova delle dazioni di denaro anche nell'ordine dato da Mussolini il 14 ottobre 1939 di “*mandare 1 milione a Ministro Grandi per riforma dei codici sui fondi discrezionali della direzione generale di P.S.*” e reiterato in due occasioni (31 luglio e 12 agosto 1941, rispettivamente 400.000 e 500.000 per la riforma dei codici, sullo stesso fondo). La fonte è in AcS, *Segreteria particolare del duce, Carteggio ordinario, 1922-1943*, b. 817, F.50012/I-50012/II, 500.012, vol. I, 1942.

scritta ai desideri del governo, agli scopi politico-sociali che questo [voleva fossero] raggiunti?”, sforzandosi di “andarvi incontro”¹³⁵⁹.

Pertanto la considerazione che prevalse da parte dei nuovi governanti, anche della sinistra, fu che fosse impossibile, date le condizioni del Paese, un radicale rinnovamento dello “*Stato maggiore della magistratura*”¹³⁶⁰, perché anche nei quadri medi (più giovani e formati durante il regime) allignava comunque la compromissione con modalità, stili e comportamenti tipici del regime autoritario. Si preferì allora affidarsi a vertici di provata esperienza e capacità, anche se di non altrettanto sicura fede democratica.

Per un paradosso dipendente da queste scelte, gli stessi uomini, sopravvissuti al regime e scampati all'epurazione, avrebbero guidato il passaggio della magistratura nella nuova Repubblica.

Né si ebbe rinnovamento quanto all'ordinamento giudiziario, che rimase, sia pure con alcune importanti modifiche “chirurgiche”, quello voluto dal guardasigilli Grandi del 1941. La legge sulle guarentigie di Togliatti del 1946 eliminò tutte o quasi le disposizioni più repressive dell'ordinamento precedente, ma mantenne inalterate le norme in materia di carriera, promozioni e modalità di scelta dei responsabili degli uffici: tutti nodi salienti per la vita giudiziaria¹³⁶¹. Sopravvissero, inoltre, altri due elementi di continuità con gli ordinamenti precedenti: la rigidità della struttura gerarchica, riconfermata dai poteri di sorveglianza attribuiti ai dirigenti degli uffici sui loro subordinati; e la titolarità dell'azione disciplinare, che rimaneva in capo al guardasigilli (cui era ora affiancato il procuratore generale della Cassazione)¹³⁶², mentre il giudizio era affidato alla Corte disciplinare (già prevista negli ordinamenti precedenti) e ai tribunali disciplinari (che venivano adesso istituiti)¹³⁶³. La differenza sostanziale consisteva nel riconoscimento di una giurisdizione piena ed esclusiva a questi organi, nel senso che le decisioni definitivamente adottate (con forma ed efficacia di sentenza) non erano soggette ad alcun atto di controllo del ministro né ad alcun gravame (a parte la revisione in alcuni, limitati, casi)¹³⁶⁴.

¹³⁵⁹ A.C. JEMOLO, *La magistratura: constatazioni e proposte*, in *Per l'ordine giudiziario. Osservazioni e proposte di Ammatuna L., Calamandrei P., Candian A., Carmelutti F., Danzi E., Gorla G., Longo M., Jemolo A.C., Peretti Griva R.D., Pilotti M., Polistina F., Raffaelli G.A., Redenti E.*, “Quaderni di Temi”, Milano, Giuffrè, 1946, 29-36, 30.

¹³⁶⁰ La definizione “guerresca” è di Dino Grandi: cfr. *La nuova legge sull'ordinamento giudiziario. Relazione del Guardasigilli al Duce 1° marzo 1940*, Roma, 1940, p. 20.

¹³⁶¹ Con decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato n. 264 del 13 settembre 1946, furono dettate norme per le elezioni dei Consigli giudiziari, del Csm e della Corte disciplinare.

¹³⁶² Artt. 14 e 27 del decreto del 1946.

¹³⁶³ La composizione della Corte disciplinare era di 8 magistrati, di cui 4 primi presidenti di Corte d'appello o presidenti di sezione di Cassazione, 2 procuratori generali di Corte d'appello o avvocati generali di Cassazione, e 2 consiglieri di Cassazione o magistrati di grado equiparato (uno nella carriera giudicante e uno nella requirente), eletti ogni due anni con lo stesso sistema previsto dal Csm (art. 24 del testo del 1946).

¹³⁶⁴ A. GUSTAPANE, *L'autonomia e l'indipendenza della Magistratura ordinaria alla Costituente nel sistema costituzionale italiano. Dagli albori dello Statuto albertino al crepuscolo della Bicamerale*, Milano, Giuffrè, 1999, 107.

Del resto, lo stesso Togliatti, nel suo saluto augurale a tutto il corpo giudiziario del 28 giugno 1945, oltre a sottolineare l'importanza di una magistratura indipendente in uno Stato democratico, fece riferimento alla “*grande tradizione*” di cui i giudici si dovevano sentire eredi e che probabilmente egli stesso intendeva rispettare per primo, usando grande cautela e prudenza nel trattare il problema della riforma della giustizia. Avrebbe comunque (e non fu poco) realizzato aperture significative, e rivelatrici di uno spirito nuovo nei rapporti tra giudici e politica, in particolare rispetto al diritto dei magistrati di partecipare alla vita pubblica – ritenuto un dovere civico per tutti –, purché mantenuto nei “*limiti di serenità, elevatezza e senso di responsabilità*”¹³⁶⁵.

Togliatti si circondò di uomini di grande esperienza giuridica e ministeriale, ma non di altrettanta fede antifascista: per questo – teorizzava – bastavano i giovani magistrati che componevano l'ufficio di gabinetto. Oltre al capo di gabinetto Alfredo Spallanzani, “*riservato, deferente senza piaggeria, equilibrato senza adulazione*”¹³⁶⁶, nella descrizione di Maurizio Ferrara (segretario all'epoca di Togliatti) furono infatti nominati capi dell'Ufficio legislativo Gaetano Azzariti e del Personale Antonio Manca. Una scelta che appariva (ed era) nel solco del passato: Azzariti, capo del Legislativo ininterrottamente dal 1928, prezioso collaboratore del ministro Grandi nell'elaborazione dei codici civile e di procedura civile, infine ministro badogliano dopo il 25 luglio; Manca, nominato a quell'incarico già nel novembre 1944, dopo essere stato tra i collaboratori più fidati del primo presidente della Corte di cassazione, Mariano D'Amelio. Ambedue gli alti magistrati avevano fatto parte del Tribunale della razza, il primo presidente, l'altro come componente. Ed ambedue sarebbero stati in seguito nominati giudici della futura Corte costituzionale nel 1955 (Azzariti ne divenne anche il presidente)¹³⁶⁷.

Il guardasigilli – preso forse dalla preoccupazione di farsi accettare e rispettare da un corpo giudiziario sospettoso nei confronti di un comunista alla guida del dicastero – non si curò, insomma, del passato dei suoi più stretti collaboratori, pur non ignorandolo. A Italo De Feo, che lo interrogò, rispose alquanto sbrigativamente (proprio in riferimento a Manca) che non gli serviva un magistrato antifascista, ché a questo bastava lui, il ministro: gli “*occorre[va] un magistrato che [sapesse] le leggi e [sapesse] fare il suo mestiere*”, “*come tutti i sardi [sic] [era] tenace e [sapeva] farsi ubbidire*”¹³⁶⁸.

¹³⁶⁵ NEPPI MODONA, *La magistratura e il fascismo*, cit., 174-175.

¹³⁶⁶ M. CAPRARA, *Quando le Botteghe erano oscure. 1944-1969, uomini e storie del comunismo italiano*, Milano, Il Saggiatore, 1997, 74.

¹³⁶⁷ Su Azzariti mi permetto di rinviare ad A. MENICONI, *La magistratura e la politica della giustizia durante il fascismo attraverso le strutture del ministero della Giustizia*, in L. LACCHÉ, (a cura di), *Il diritto del duce. Giustizia e repressione nell'Italia fascista*, Roma, Donzelli, 2015, 79-95, in part. 89 ss e la bibliografia ivi richiamata.

¹³⁶⁸ I. DE FEO, *Diario politico*, Milano, Rusconi, 1973, 206.

Avrebbe commentato Arturo Carlo Jemolo:

Era possibile che le cose andassero diversamente? L'ideale sarebbe stato un completo, radicale rinnovamento della classe dirigente: uomini nuovi, dappertutto. Purtroppo non era possibile. Il carcere e l'esilio ci hanno restituito uomini elettissimi, ma non i quadri per questo completo rinnovamento. [...] Non c'era alcun modo di rinnovare l'amministrazione, sia pure soltanto nei primi quattro gradi, la magistratura, le forze armate, l'università, senza rischiare di distruggere l'ossatura del paese. E nessun uomo politico si ssumerebbe la tremenda responsabilità di terminare di distruggere un paese già così rovinato, per attuare la giustizia¹³⁶⁹.

Eppure, a guardare più a fondo, forse una scelta diversa, più “giacobina”, sarebbe stata possibile¹³⁷⁰. “Giacobino”, per usare le parole del segretario Caprara, fu ad esempio Domenico Riccardo Peretti Griva, all'epoca commissario aggiunto dell'epurazione, di lì a poco (dicembre 1945) dimissionario per protesta contro la “normalizzazione”. Posto a confronto con gli altri colleghi citati, ad esempio con Antonio Manca, il giudice torinese rappresentò quell'alternativa possibile che la classe politica dell'epoca mancò di cogliere: un'alternativa che non si poneva in senso rivoluzionario – lo si precisa – ma nel solco della tradizione giudiziaria e del rispetto delle istituzioni¹³⁷¹.

Si seguano per un attimo le due carriere, di Peretti Griva e di Manca. Più o meno coetanei (il primo nato nel 1882 a Coassolo in provincia di Torino, il secondo a Macomer in provincia di Sassari, nel 1886), erano entrati in magistratura negli anni Dieci del Novecento. Entrambi erano stati giudici militari nella I guerra mondiale. Poi, nel fascismo, con tessera del Pnf e addetto alla presidenza della Corte di cassazione con il grado di giudice, Manca, mentre l'altro, Peretti Griva, “tesserato” d'ufficio (ma solo nel 1941), nominato presidente del Tribunale di Piacenza. Caduto il fascismo, durante la Rsi, Manca rimase a Roma come consigliere della Corte di cassazione e Peretti Griva in carica come presidente di sezione della Corte d'appello di Torino, promotore coraggioso della resistenza dei giudici del Nord Italia, finendo anche arrestato dai repubblicani. Infine, dopo l'esperienza come commissario dell'epurazione, il magistrato piemontese tornò nella sua Torino, come presidente della Corte di appello (III grado gerarchico), non risultando gradito a Roma per le sue posizioni autonome rispetto agli orientamenti giurisprudenziali della Corte di

¹³⁶⁹ A.C. JEMOLO, *Le sanzioni contro il fascismo e la legalità*, “Il Ponte”, 1, n. 4, 1945, 284 (e ivi, la postilla di Calamandrei). Cit. da FOCARDI, *Le sfumature del nero*, cit., 62.

¹³⁷⁰ M. CAPRARA, *Quando le Botteghe erano oscure*, cit., 75.

¹³⁷¹ Si veda D.R. PERETTI GRIVA, *Esperienze di un magistrato*, Torino, Einaudi, 1956.

cassazione. Peretti avrebbe concluso la sua carriera nel 1952 con il collocamento a riposo. Manca sarebbe stato nominato procuratore generale della Corte di cassazione (II grado gerarchico) nell'ottobre del 1954 e collocato a riposo nel 1956, non senza aver ricevuto una lettera di grande apprezzamento del guardasigilli Moro (per le sue capacità direttive “*elevatissime*” e la “*dedizione assoluta*” al dovere). Sarebbe stato anche “ricompensato” con l’elezione all’unanimità da parte dei suoi colleghi della Suprema corte a giudice della Corte costituzionale. Parole più sobrie, quasi burocratiche, avevano invece accompagnato il congedo di Peretti Griva da parte dell’allora ministro della Giustizia, Adone Zoli¹³⁷².

Due “vite parallele” più che emblematiche, insomma, dell’evoluzione, o piuttosto dell’involuzione della magistratura del dopoguerra.

4. La continuità nella giurisprudenza e nel mondo giudiziario

Sulla continuità nella giurisprudenza e nella vita giudiziaria ci si limiterà ad alcuni accenni poiché il tema è assai vasto¹³⁷³.

Per quanto riguardava l’applicazione delle sanzioni antifasciste, la magistratura fu chiamata a operare dapprima nelle Corti d’assise speciali, appositamente ricostituite, e anche, come elemento togato, accanto a giudici popolari, nelle Corti d’assise straordinarie, sorte per giudicare il reato di collaborazionismo con i tedeschi¹³⁷⁴. Nel suo complesso, però il corpo giudiziario manifestò fin da subito poco entusiasmo per il nuovo ruolo repressivo assegnatogli nei confronti del recente passato¹³⁷⁵; ruolo che, peraltro, si andava a sommare ai processi ordinari, accrescendo la mole di lavoro.

¹³⁷² AcS, *Min. giust., Fascicoli personali magistrati*, IV versamento, rispettivamente b. 388, fasc. 81222 (A. Manca); b. 188, fasc. 70641 (D.R. Peretti Griva).

¹³⁷³ Si veda NEPPI MODONA, *Il problema della continuità dell’amministrazione della giustizia durante il fascismo*, cit. pp. 11-40.

¹³⁷⁴ Le Corti d’assise (decreto legislativo luogotenenziale n. 170 del 6 agosto 1944, poi modificato dal decreto legislativo luogotenenziale n. 290 del 6 ottobre 1944) erano composte da due magistrati e cinque giudici popolari che non avessero mai svolto attività fascista. Con decreto legislativo luogotenenziale n. 142 del 22 aprile 1945 furono poi costituite le Corti d’assise straordinarie per il reato di collaborazionismo con i tedeschi nei territori dell’Italia settentrionale. Cfr. Archivio centrale dello Stato, *Verbalì del Consiglio dei ministri, luglio 1943-maggio 1948*, edizione critica, a cura di A.G. RICCI, *Governo Badoglio 22 aprile 1944-18 giugno 1944*, II, cit., *ad indicem*; ivi, *Governo Bonomi 18 giugno 1944-12 dicembre 1944*, III, cit., *ad indicem*; ivi, *Governo Bonomi 12 dicembre 1944-21 giugno 1945*, IV, cit., *ad indicem*. Sulle Corti d’assise straordinarie cfr. NEPPI MODONA, *Il problema della continuità dell’amministrazione della giustizia durante il fascismo*, cit., 19 ss.; R. CANOSA, *Storia dell’epurazione in Italia. Le sanzioni contro il fascismo, 1943-1948*, Milano, Baldini & Castoldi, 1999, 181 ss.

¹³⁷⁵ Risorse il fenomeno delle c.d. sentenze suicide per ottenere l’annullamento della Cassazione. G. FIORUCCI, *Cronache della magistratura italiana. Dall’ordinamento giudiziario del 1941 alla istituzione del Consiglio superiore della magistratura*, in “Studi parlamentari, politici e costituzionali”, n. 15, 1972, 67-87, 74.

Molto presto (già nel 1945) la giurisprudenza inclinò in senso favorevole agli imputati, richiedendosi per l'incriminazione condizioni assai difficili da dimostrare (con il nesso causale tra comportamenti del singolo e mantenimento al potere del regime, ad esempio)¹³⁷⁶. Con la soppressione, dapprima, nel 1945 della sezione speciale della Corte di cassazione a Milano, e, poi, nel 1947, delle sezioni speciali delle Corti d'assise (che avevano sostituito nel 1946 le Corti d'assise straordinarie), prevalse poi l'unità di indirizzo della Cassazione (la seconda sezione presieduta da Vincenzo De Ficchy), che provvide – sono le parole di Romano Canosa – a “*mettere nel nulla il maggior numero di possibile di sentenze di condanna emanati dalle corti di merito*”¹³⁷⁷. Infine, l'amnistia del 1946 fu estesa a tal punto da esentare anche chi avesse ricoperto “*alte funzioni di direzione civile o militare di comando militare*”, nonostante la norma disponesse il contrario¹³⁷⁸. La suprema Corte svolse in quei mesi una funzione decisiva, contribuendo a fermare qualunque processo innovativo e di giustizia sostanziale. Occorre aggiungere: avendo ricevuto in questo senso un ampio potere discrezionale da chi aveva redatto (in modo così impreciso) il testo legislativo¹³⁷⁹.

Le aspre critiche che ne seguirono, ebbero eco anche nell'Assemblea costituente. In quella sede, a una specifica interrogazione di Sandro Pertini, il ministro comunista Fausto Gullo¹³⁸⁰ rispose (nel miglior stile dei suoi predecessori liberali) che aveva già provveduto con circolare ai procuratori generali, chiedendo loro di procedere ad applicare l'amnistia ai partigiani in misura maggiore di quanto fosse accaduto e di vigilare affinché non si estendesse troppo l'esenzione per i reati compiuti dai fascisti. Pertini avrebbe poi obiettato che, per indirizzare l'azione della magistratura in un regime democratico, sarebbe stata necessaria una norma interpretativa¹³⁸¹. Che non fu mai emanata. Risultava più consono il vecchio strumentario delle circolari¹³⁸².

¹³⁷⁶ BATTAGLIA, *I giudici e la politica*, cit., 79 ss.

¹³⁷⁷ R. CANOSA, *Storia dell'epurazione in Italia. Le sanzioni contro il fascismo, 1943-1948*, cit., p. 146. Si veda, inoltre, G. VASSALLI, *La collaborazione col tedesco invasore nella giurisprudenza della Sezione speciale della Cassazione*, in “Giustizia penale”, 1945, coll. 1 ss.

¹³⁷⁸ BATTAGLIA, *I giudici e la politica*, cit., p. 81. Allo stesso modo si disquisì sulla nozione di “*sevizie particolarmente efferate*”, quali dovevano essere per escludere l'applicazione dell'amnistia.

¹³⁷⁹ Sottolinea la “*superlativa imperizia tecnica*” dei “*legislatori usciti dalla lotta clandestina*”, P. CALAMANDREI, *Restaurazione clandestina*, in “Il Ponte”, nn. 11-12, 1947, 959-968, in particolare 965 ss. Cfr. NEPPI MODONA, *La Magistratura dalla Liberazione agli anni Cinquanta*, cit., 130 ss.; V. ZAGREBELSKY, *La magistratura ordinaria dalla Costituzione ad oggi*, in L. VIOLANTE, (a cura di), *Storia d'Italia. Annali 14. Legge, diritto, giustizia*, Torino, Einaudi, 1998, 713-790, 721; H. WOLLER, *I conti con il fascismo. L'epurazione in Italia, 1943-1948*, Bologna, Il Mulino, 2004, p. 539; FRANZINELLI, *L'amnistia Togliatti*, cit., 236 ss. Su processi importanti ai fascisti: Z. ALGARDI, *Processi ai fascisti*, Firenze, Parenti, 1948. Una ricerca sulle sentenze emesse dalle undici Corti d'assise straordinarie del Piemonte e le nove Corti d'assise ordinarie (per i reati compiuti da partigiani) e le correlative decisioni della Cassazione ha evidenziato una forte disparità di trattamento contro gli antifascisti. Cfr. G. NEPPI MODONA, *Il problema della continuità dell'amministrazione della giustizia dopo la caduta del fascismo*, in *Giustizia penale e guerra di liberazione*, Milano, Franco Angeli, 1984, pp. 11-39.

¹³⁸⁰ Subentrato a Togliatti nel nuovo governo De Gasperi il 14 luglio 1946.

¹³⁸¹ Atti parlamentari, Assemblea costituente, seduta del 22 luglio 1946, 207 ss.

¹³⁸² Sul proliferare delle circolari anche nei confronti della magistratura giudicante, cfr. NEPPI MODONA, *La magistratura e il fascismo*, cit., 175 ss.

Il 21 ottobre 1945 nasceva frattanto l'Associazione nazionale magistrati – presieduta da Emanuele Piga¹³⁸³ – e riprendeva le pubblicazioni “La Magistratura”, sotto la direzione di Ernesto Battaglini, futuro membro della Corte costituzionale e con il fondamentale apporto di Vincenzo Chieppa (riammesso in magistratura dopo l'epurazione fascista che lo aveva colpito nel '26) e vicepresidente dal 1949 al 1952)¹³⁸⁴. L'Anm si dichiarò fin da subito ispirata a criteri di “apoliticità” e “asindacalità”¹³⁸⁵, confermati a grandissima maggioranza degli iscritti in un referendum promosso alla fine del 1946¹³⁸⁶. Come ha sottolineato Giancarlo Scarpari, forti del consenso referendario, “*i vertici dell'ANM – inizialmente un'associazione di magistrati “romani” cresciuti all'ombra del Ministero e della Corte di cassazione – elaborarono una riforma ordinamentale che vedeva i principi di indipendenza e apoliticità declinati in senso autoreferenziale e corporativo: il progetto prevedeva infatti una Corte di cassazione sovraordinata gerarchicamente agli altri giudici, dotata del potere di sindacare la costituzionalità delle leggi e nella quale il Presidente, eletto dai magistrati, aveva anche la funzione di Guardasigilli, a conferma dell'autonomia assoluta rivendicata dal potere giudiziario nei confronti di tutti gli altri poteri dello Stato*”¹³⁸⁷.

Intanto, la difficile crisi economica del dopoguerra sembrava favorire un certo cambiamento. Negli uffici giudiziari si avvertivano le ristrettezze imposte dalle condizioni materiali ed economiche: affollamento delle cause civili e penali, carenza degli organici per il blocco dei concorsi, stipendi falcidiati nel loro potere d'acquisto dalla inflazione post-bellica.

Mancavano dall'organico oltre 1.000 magistrati sui 4.967 previsti¹³⁸⁸. Tra il 31 dicembre del 1946 e il 7 dicembre del 1947 furono immessi senza concorso dapprima 200 tra vicepretori onorari e laureati in giurisprudenza (scelti tra quelli con alte votazioni) e poi altri 262, i cosiddetti

¹³⁸³ Nell'agosto del 1944 Piga era stato l'animatore di un Comitato per la ricostituzione dell'Anm ad opera di un gruppo di magistrati romani. Cfr. G. MAMMONE, *1945-1969. Magistrati, Associazione e correnti nelle pagine de La Magistratura*, in E. BRUTI LIBERATI- L. PALAMARA, (a cura di), *Cento anni di Associazione magistrati*, Milanofiori, Assago, IPSOA, 2009, pp. 27-53, p. 28. Su Piga, R. QUATTROCIOCCHI, *Emanuele Piga: biografia di un magistrato*, in “Le Carte e la Storia”, n. 1, 2009, 153-166.

¹³⁸⁴ Battaglini, che sarebbe diventato presidente dal 1948 al 1952, fu nominato avvocato generale della Cassazione nel 1948, nel 1955 fu eletto dalla componente della magistratura nella Corte costituzionale (AcS, *Min. giust., Fascicoli personali magistrati*, IV versamento, fasc. 81341). Per le cariche dell'Anm, *Cento anni di Associazione magistrati*, cit., 303.

¹³⁸⁵ E. BRUTI LIBERATI, *L'Associazione dei magistrati italiani*, in *Cento anni di Associazione magistrati*, cit., 3-26, p. 6.

¹³⁸⁶ ZAGREBELSKY, *La magistratura ordinaria dalla Costituzione ad oggi*, cit., 719; E. MORIONDO, *L'ideologia della magistratura italiana*, Bari, Laterza, 1967, 114-115. Sottolinea l'inevitabilità di questa scelta in quel momento, ma anche i suoi limiti, S. SENESE, *La magistratura e l'unità nazionale*, in L. PAGGI, (a cura di), *Un'altra Italia in un'un'altra Europa. Mercato e interesse nazionale*, Roma, Carocci, 2011, 251-264, 257.

¹³⁸⁷ G. SCARPARI, *Obiettivo. Tra fede e politica: giuristi e magistrati nel passaggio dal fascismo alla Repubblica*, in “Questione Giustizia”, n. 3, 2010, 89-133, 101.

¹³⁸⁸ FOCARDI, *Le sfumature del nero: sulla defascistizzazione dei magistrati*, cit., 82-83. Furono richiamati in servizio già nel 1944 i magistrati collocati a riposo (con diversi provvedimenti) e semplificate le norme per il concorso per consiglieri di Cassazione. Cfr. Camera dei deputati, *L'Assemblea costituente (2 giugno 1946-31 gennaio 1948). La legislazione italiana dal 25 luglio 1943 al 18 aprile 1948*, Roma, Segretariato generale della Camera dei deputati, Ufficio studi legislativi, 1949, 514 ss.

“togliattini”, dal nome del guardasigilli che firmò il decreto¹³⁸⁹. Si intese in questo modo coprire la metà delle vacanze nei rispettivi ruoli di pretore, giudice e sostituto procuratore, in attesa dei 335 uditori che presero servizio successivamente nei primi concorsi banditi nel dopoguerra¹³⁹⁰.

Per gli stipendi si cercò di provvedere con diversi atti d’urgenza¹³⁹¹, ma la situazione rimaneva veramente miserevole¹³⁹². Nel marzo del 1947 la spinta delle rivendicazioni economiche (ma anche, e fu significativo, la richiesta di maggior autonomia del potere giudiziario) furono all’origine del primo sciopero nell’età repubblicana¹³⁹³. Condivideva pubblicamente i motivi della protesta anche Peretti Griva, in una posizione delicata vista la sua veste di primo presidente della Corte d’appello di Torino. L’alto magistrato fu anche intervistato alla radio; sulle condizioni economiche in cui versavano i giudici non entrò nel merito “*per un senso del pudore, onde non ridurre ulteriormente il pubblico prestigio dei sacerdoti di Temi*”.

Le proteste iniziarono con una serie di richieste, presentate in assemblee (convocate e gestite in modo autonomo rispetto all’Anm) nelle diverse sedi giudiziarie, per poi sfociare in un crescendo che il Gabinetto del Ministero della giustizia e i vertici della magistratura cercarono (con promesse e anche con minacce) di arginare¹³⁹⁴. Ma inutilmente. L’agitazione durò circa un mese (fino ad aprile), in varie forme nei singoli distretti (in alcuni lo sciopero fu “nominale”, nel senso che si tenevano le udienze e gli affari urgenti), ma con partecipazione abbastanza nutrita¹³⁹⁵. Alcuni primi presidenti sembrarono effettivamente spiazzati (lo si avvertì dal tono delle loro allarmate missive al dicastero). Per irrefrenabile riflesso autoritario, alcuni giunsero a stilare quasi

¹³⁸⁹ Con decreto legislativo luogotenenziale n. 352 del 30 aprile 1946 e con decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato n. 1601 del 23 dicembre 1947. Cfr. NEPPI MODONA, *La Magistratura dalla Liberazione agli anni Cinquanta*, cit., 91.

¹³⁹⁰ L’immissione in ruolo di questo personale avvenne poi con la legge n. 210 del 29 aprile 1950, dopo un esame teorico-pratico, simile a quello per il passaggio da uditore ad aggiunto giudiziario. Peraltro il presidente della Repubblica Luigi Einaudi rinviò il provvedimento alle Camere per violazione del principio del concorso stabilito dalla Costituzione per l’accesso in magistratura; l’atto, con qualche modifica, divenne poi definitivo. Atti della Camera dei deputati, Leg. I, *Documenti*, C. n. 627-B e Doc. VI, n. 3-A.

¹³⁹¹ *L’Assemblea costituente (2 giugno 1946-31 gennaio 1948). La legislazione italiana dal 25 luglio 1943 al 18 aprile 1948*, cit., 515-516.

¹³⁹² Secondo i calcoli del Ministero un magistrato entrato in carriera nel 1910 con uno stipendio di 200 lire, si trovava da consiglieri di Cassazione con uno stipendio di 33.009, che equivaleva a una capacità d’acquisto di 150 lire del 1910. Ciò chiaramente provocò un esodo spontaneo per ragioni economiche. Cfr. F. SCALAMBRINO, *Lo sciopero dei magistrati del 1947*, in “*Questione Giustizia*”, n. 1, 1984, 219 ss., 213.

¹³⁹³ SCALAMBRINO, *Lo sciopero dei magistrati del 1947*, cit.; MORIONDO, *L’ideologia della magistratura italiana*, cit., 204 ss. e 138 ss.

¹³⁹⁴ AcS, *Min. giust., Gabinetto*, b. 12, fasc. 55, Intervista radiofonica Peretti Griva, 2 aprile 1947.

¹³⁹⁵ Ivi, diversi elenchi. A Torino un ordine del giorno a favore dello sciopero era stato promosso dall’Associazione per la critica e la difesa del diritto il 4 aprile 1947.

delle “pagelle” o “schede” sui comportamenti dei singoli¹³⁹⁶. La protesta sarebbe stata poi revocata, dopo le promesse del Governo, peraltro non pienamente mantenute¹³⁹⁷.

Ma quel primo sciopero, non solo non ebbe il sostegno dei vertici dell’Associazione, ma fu criticato o minimizzato anche sulle pagine della rivista di categoria “La Magistratura”¹³⁹⁸. Era il segnale delle divisioni interne e forse anche di una spaccatura generazionale che si sarebbe fatta sentire nei decenni successivi. Eppure, al di là di quello che fu l’esito, si trattò di un segnale importante, per quanto limitate e caute fossero le forme in cui si espresse.

5. I vertici della Corte di cassazione

Il 4 gennaio 1945 il procuratore generale della Cassazione Massimo Pilotti vantò che la Suprema Corte non solo avesse rifiutato di prestare giuramento al governo illegittimo di Salò, ma che avesse “*rappresentato la continuità dello Stato e della giustizia*” in un momento di così profonda crisi, “*quasi a segnare – sottolineò con orgoglio – la saldezza della coscienza etica della nostra magistratura*”¹³⁹⁹. Pur nell’ambito di una “*circospetta revisione*” della legislazione fascista, l’organo si era assunto (sempre secondo il procuratore generale, ma nel 1946) il compito di «esprimere dalla sperimentabilità dei casi singoli le tendenze della nuova coscienza giuridica democratica»¹⁴⁰⁰.

Il 5 settembre di quello stesso anno fu nominato, dal governo Parri, primo presidente della Corte Giuseppe Pagano¹⁴⁰¹. Egli era stato riammesso in magistratura a sua domanda il 7 settembre 1944. Si era dimesso nel 1939, da consigliere di cassazione dopo quarant’anni di servizio (era entrato nel 1899), ritenendo che la non iscrizione al Pnf l’avesse penalizzato in

¹³⁹⁶ Come il primo presidente della Corte di Brescia, che, nella lettera del 19 aprile 1947 al Gabinetto e all’Ufficio del Personale, si “*dispiaceva*” di dover comunicare il protrarsi dell’astensione nonostante le “*minacce di provvedimenti disciplinari*” e indicava i nomi dei principali “*agitatori*”, tra cui il presidente della seconda sezione del Tribunale Mario Berruti, futuro presidente dell’Anm nel 1964 (AcS, *Min. giust., Gabinetto*, b. 12, fasc. 55).

¹³⁹⁷ Il 3 maggio 1947 il Consiglio dei ministri approvò un aumento del 15 per cento dello stipendio (e del 20 per cento dell’indennità carovita) a tutti gli impiegati, e estese anche ai magistrati del Consiglio di Stato e della Corte dei conti la cosiddetta “*indennità di toga*” senza precisarne l’entità. Cfr. SCALAMBRINO, *Lo sciopero dei magistrati del 1947*, cit., p. 420.

¹³⁹⁸ Anche a livello locale l’Anm non aderì all’agitazione. AcS, *Min. giust., Gabinetto*, b. 12, fasc. 55, ordine del giorno del comitato distrettuale di Catania, 13 aprile 1947. Per una minimizzazione dell’agitazione, ma non delle rivendicazioni, si veda ancora D.R. PERETTI GRIVA, *Più fiducia nell’Associazione*, in “*La Magistratura*”, n. 2, 1947, 2. Le altre riviste giuridiche non ne parlarono, a parte “*La voce della giustizia*”, stampata a Torino dal 1945 al 1947, mentre sui giornali ebbe molto risalto, con l’appoggio di quelli di sinistra. Cfr. SCALAMBRINO, *Lo sciopero dei magistrati del 1947*, cit., 420 ss.; si veda anche cfr. F. RIGANO, *Costituzione e potere giudiziario*, Padova, Cedam, 1982, 67.

¹³⁹⁹ *La giustizia e la ricostruzione nazionale. Discorso per l’inaugurazione dell’anno giudiziario 1945 di Massimo Pilotti procuratore generale della Corte di cassazione*, Roma, 1945, 10.

¹⁴⁰⁰ M. PILOTTI, *La giustizia e la ricostruzione nazionale (Discorso per l’inaugurazione dell’anno giudiziario 1946)*, Roma, 1946, 2 (da notare lo stesso titolo del 1945).

¹⁴⁰¹ Pagano era nato a Palermo l’11 novembre 1877: AcS, *Min. giust., Fascicoli personali magistrati, III versamento*, b. 204, fasc. 65524.

carriera ed escluso da qualunque onorificenza (al contrario dei suoi colleghi della stessa anzianità). Apparteneva a una famiglia di magistrati: il padre, Giovanni Battista Pagano Guarnaschelli, era stato, a lungo, il rispettato presidente della Corte di cassazione di Roma in età liberale¹⁴⁰².

È interessante notare qui come la continuità dell'impegno giudiziario delle diverse generazioni sia un tratto distintivo nella storia della magistratura, dove spesso si tramandavano stili e abitudini nel servizio giudiziario, visto come prosecuzione di una tradizione familiare¹⁴⁰³. Qualche anno più tardi, Giuseppe Maranini avrebbe rilevato il fenomeno della “*casta dell'alta magistratura*” come un dato di fatto, sostenendo che si trattava di un'eredità storica deteriorata delle “*antiche tradizioni assolutiste*” e del centralismo francese, per cui i poteri dei vertici giudiziari (insieme a quelli della burocrazia ministeriale) erano determinanti per la carriera fino a creare uno “*Stato nello Stato*”¹⁴⁰⁴.

Nel caso di Pagano l'origine familiare (nonché ovviamente il rifiuto della tessera del Pnf) avrebbe avuto un peso anche nella discussione avvenuta, nel settembre del 1945, in seno al governo Parri sulla proposta della sua nomina da parte di Togliatti, proposta non apprezzata ugualmente da tutti i ministri. Pagano non era, infatti, ritenuto un “*uomo di energia*”, in grado di imprimere un nuovo indirizzo alla giurisprudenza, “*imponendosi anche alle diverse sezioni*” (così il ragionamento di Mario Cevolotto, avvocato, ministro dell'Aeronautica). Per dirimere le perplessità, il guardasigilli comunista aveva ricorso appunto all'argomento della tradizione, sostenendo che Pagano era “*veramente un ottimo magistrato: figlio di magistrati, giudicato da Mortara come il futuro Presidente*”¹⁴⁰⁵.

Al momento di questa nomina fu vagliata anche la candidatura del procuratore generale Pilotti (designato alla sua carica nell'agosto del 1944)¹⁴⁰⁶: “*uomo d'eccezione e giurista di fama internazionale*”, secondo De Gasperi¹⁴⁰⁷. In effetti, il procuratore aveva svolto la maggior parte della sua carriera

¹⁴⁰² A. MENICONI, *Storia della magistratura italiana*, cit., 121 ss.

¹⁴⁰³ Ad esempio Ernesto Eula, anch'egli poi presidente della Cassazione (e prima procuratore generale dal 1953 al 1954), figlio di Luigi (consigliere di Cassazione), era il nipote di Lorenzo Eula (1820-1893), alto magistrato dell'Italia liberale, segretario generale del dicastero della Giustizia dal 1863 al 1865, primo presidente della Cassazione di Torino (1879-1891) e poi di Roma (1891-1893), per breve tempo guardasigilli nel 1893. Su Lorenzo Eula, cfr. il ricordo amicale di A. RAIMONDI, *Mezzo secolo di magistratura. Trent'anni di vita giudiziaria milanese*, Bergamo, S.E.S.A., 1951, pp. 30-31; nonché V. FANNINI, *Eula, Lorenzo*, in *Dizionario biografico degli Italiani*, 43, Roma, Istituto dell'Enciclopedia italiana, 1993, *ad vocem*. Sul ruolo di Ernesto Eula come presidente della Corte e come giurista (il magistrato aveva anche collaborato con l'Ufficio legislativo del Pnf), cfr. M.L. D'AUTILIA, *Eula, Ernesto*, *ivi*, *ad vocem*.

¹⁴⁰⁴ G. MARANINI, *Carriera dei giudici, casta giudiziaria e potere politico*, in G. MARANINI, (a cura di), *Magistrati o funzionari? Atti del Symposium Ordinamento giudiziario e indipendenza della magistratura*, Milano, Edizioni di Comunità, 1962, 56-62, 58 ss.

¹⁴⁰⁵ Archivio centrale dello Stato, *Governo Parri 21 giugno 1944-10 dicembre 1945*, cit., vol. V, 1, 460 ss., verbale del 5 settembre 1945.

¹⁴⁰⁶ Sulla vicenda, mi permetto di rinviare ad A. MENICONI, *Pilotti, Massimo*, in *Dizionario biografico degli Italiani*, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, vol. 83, 2015, *ad vocem*.

¹⁴⁰⁷ Archivio centrale dello Stato, *Governo Parri 21 giugno 1944-10 dicembre 1945*, cit., vol. V, 1, pp. 460 ss., verbale del 5 settembre 1945, p. 461.

fuori d'Italia, inviati per conto del Ministero degli affari esteri dal 1923 per svolgervi la funzione di segretario aggiunto della Società delle nazioni¹⁴⁰⁸; ma era stato – secondo le stesse parole del guardasigilli – “*uomo di fiducia del Governo fascista al momento per la conquista dell’Etiopia e per lo scardinamento dell’organismo ginevrino*”¹⁴⁰⁹. Insieme, i due magistrati, imprimevano comunque alla Corte un segno evidentemente conservatore.

Sarebbe impossibile tracciare in poche pagine un quadro esauriente dell’attività della Corte in anni così decisivi, densi, come furono, di mutamenti istituzionali, in cui – è stato rilevato – il Paese era governato da una “*costituzione provvisoria*”¹⁴¹⁰. Ci si limiterà a segnalare alcuni nodi della vita pubblica in cui la Cassazione e i suoi vertici ebbero un ruolo importante.

Il primo punto è già stato in parte analizzato ed è relativo alla giurisprudenza nei processi di epurazione.

Altro nodo centrale fu la vicenda del referendum costituzionale del 2 giugno 1946 tra monarchia e repubblica¹⁴¹¹. La Corte, chiamata a proclamare i risultati del voto, il 10 giugno 1946, tradì gravi incertezze sull’interpretazione da dare, rinviando la proclamazione (“*per i lunghi accertamenti da compiere*”) e lasciando il Paese in una drammatica e rischiosa incertezza. In realtà, il ritardo fu dovuto alla posizione di Pilotti, che aveva con forza sostenuto in camera di consiglio la tesi monarchica del conteggio totale¹⁴¹² e “*profittando della debolezza del primo presidente*” (Giuseppe Pagano) aveva inserito una formula dilatoria nella formula letta il 10 giugno¹⁴¹³. Per accelerare il

¹⁴⁰⁸ Di Pilotti tracciò un ricordo affettuoso G. COLLI, *Pagine di una storia privata*, Roma, 1989, 18 ss.

¹⁴⁰⁹ Archivio centrale dello Stato, *Verbalì del Consiglio dei ministri, luglio 1943-maggio 1948*, cit., *Governo Parri 21 giugno 1945- 10 dicembre 1945*, V, 1, 460.

¹⁴¹⁰ Dettata dai decreti legislativi luogotenenziale n. 11 del 25 giugno 1944 e n. 48 del 16 marzo 1946, che disciplinavano l’attività legislativa dello Stato, attribuendo al governo il potere di emanare decreti aventi forza di legge. Cfr. ZAGREBELSKY, *La magistratura ordinaria dalla Costituzione ad oggi*, cit., p. 718; N. PICARDI, *La storia della Cassazione, la Cassazione nella storia (1944-1956)*, in “*Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*”, n. 4, 1996, 1247-1265, 1249-1250.

¹⁴¹¹ Sull’accordo tra i partiti che precedette la scelta del referendum e della Costituente, cfr. E. RAGIONIERI, *Dall’Unità a oggi. La storia politica e sociale*, in *Storia d’Italia*, vol. IV, 3, Torino, Einaudi, 1985, pp. 2433 ss. Sulla difficile transizione: U. DE SIERVO, *La transizione costituzionale (1943-1946)*, in P. IUSO- A. PEPE, (a cura di), *La fondazione della Repubblica 1946-1996*, fasc. di “*Trimestre*”, 1999, pp. 109-138; A. RICCI, *Aspettando la Repubblica. I governi della transizione 1943-1946*, Roma, Donzelli, 1996.

¹⁴¹² La tesi era che venisse calcolata la maggioranza sui voti validi, non sul numero degli elettori votanti, ma in realtà la Repubblica aveva ottenuto la maggioranza secondo ambedue i modi di conteggio, anche se erano circolate voci opposte. Cfr. BATTAGLIA, *Giustizia e politica nella giurisprudenza*, cit., pp. 321 ss.; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. I, Padova, Cedam, 1969, p. 85. Contrario a questa impostazione: C. ESPOSITO, *La maggioranza nel referendum*, in “*Giurisprudenza italiana*”, I, 1946, coll. 385 ss. Si veda per un’esatta ricostruzione: L. PALADIN, *Per una storia costituzionale dell’Italia repubblicana*, Bologna, Il Mulino, 2004, 28 ss. Per i dati statistici dei risultati: C. GHISALBERTI, *Storia costituzionale d’Italia 1848-1994*, Roma-Bari, Laterza, 2012⁸, appendice.

¹⁴¹³ Vi fu forse anche una falsificazione del verbale della prima seduta del 10 giugno, tenuta nascosta fino al ritrovamento nelle carte del guardasigilli Togliatti (presso la Fondazione Istituto Gramsci) di una busta sigillata, intitolata “*Conservare in luogo sicuro non aprire*”, firmata il 12 giugno 1946 da Saverio Brigante, in cui nel massimo segreto si comunicava al ministro la manomissione del verbale, con l’aggiunta dei “*lunghi accertamenti da compiere*” e la mancata proclamazione, cosa che non era stata nelle intenzioni del consesso. Cfr. R. GUALTIERI, *Togliatti e la politica estera italiana. Dalla Resistenza al trattato di pace, 1943-1947*, Roma, Editori riuniti, 1995, 101-103 e 145-146.

passaggio dei poteri, il 12 giugno il governo decise che l'esercizio delle funzioni di capo dello Stato passasse senza aspettare oltre al presidente del Consiglio De Gasperi e, a quel punto, il giorno successivo Umberto di Savoia lasciò l'Italia¹⁴¹⁴. Solo dopo, il 18, sopravvenne la comunicazione ufficiale dei risultati a favore della Repubblica (con la maggioranza sia dei voti validi che dei votanti, che era stata oggetto di discussione), e la contestuale bocciatura dei ricorsi monarchici. La Cassazione aveva, infine, rigettato la proposta di Pilotti, ma ciò avrebbe innescato una sequela di polemiche, e serie lacerazioni all'interno dell'organo destinate a durare a lungo¹⁴¹⁵.

Il 28 marzo del 1947 Pagano e Pilotti – comunque – giurarono ufficialmente fedeltà alla Repubblica. Ma prima, nel gennaio, il procuratore, di simpatie monarchiche, si era reso protagonista di un altro episodio increscioso, che avrebbe causato il suo definitivo allontanamento dalla carica. Nel corso della prima solenne cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario, alla presenza del capo provvisorio dello Stato Enrico De Nicola e di tutte le autorità del governo, il suo discorso inaugurale era suonato totalmente privo di qualunque riferimento al nuovo ordinamento, comportando così un'offesa molto grave soprattutto nei confronti della massima carica dello Stato, che della Repubblica stessa era il massimo rappresentante e simbolo politico¹⁴¹⁶. Nella prima pagina si compiva un generico riferimento alla necessità di impegnarsi nel lavoro (che “*era concordia*”) e ad andare “*avanti per la Patria*”. Il testo sul referendum recitava: “*La Corte suprema ha intensificato assai la sua attività rispetto agli anni precedenti. Delicata e vasta attività, che ha anche avuto occasione di esplicarsi in un'opera di accertamento sulla manifestazione più alta della sovranità popolare*”. Addirittura la formula, usata negli anni precedenti, che chiedeva al primo presidente di dichiarare aperto l'anno giudiziario “in nome di Sua Altezza Reale Umberto di Savoia” non era aggiornata con il riferimento al presidente della Repubblica, ma eliminata.

Evidentemente il procuratore si sentiva ancora – come fu subito denunciato in Assemblea costituente da Ferdinando Targetti – il rappresentante del re¹⁴¹⁷. Ma – avrebbe aggiunto il

¹⁴¹⁴ M. BRACCI, *Storia di una settimana (7-12 giugno 1946)*, in “Il Ponte”, nn. 7-8, 1946, 3 ss.

¹⁴¹⁵ AcS, *Min. giust., Gabinetto*, b. 8, fasc. 33; ivi, *Corte suprema di Cassazione*, Referendum sulla forma istituzionale dello Stato, Verbale relativo alla proclamazione del referendum. Si veda anche S. BENVENUTI, *Magistrature. Preoccupazioni corporative e riforma della giustizia, tra aperta interlocuzione e influenze indirette*, in A. BURATTI - M. FIORAVANTI, (a cura di), *Costituenti ombra. Altri luoghi e altre figure della cultura politica italiana (1943-48)*, Roma, Carocci, 2010, 385-396, 393.

¹⁴¹⁶ M. PILOTTI, *L'amministrazione della giustizia e la riforma costituzionale. (Discorso per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 1947)*, Roma, 1947, pp. 1-2. Sull'episodio: PICARDI, *La storia della Cassazione, la Cassazione nella storia (1944-1956)*, cit., 1257; F. MORONI, *Soltanto alla legge. L'indipendenza della magistratura dal 1945 a oggi*, Monte Porzio Catone, Effepi, 2005, 39; BENVENUTI, *Magistrature. Preoccupazioni corporative e riforma della giustizia, tra aperta interlocuzione e influenze indirette*, cit., 393-394. Da notare che il procuratore riferì dell'istituzione del Massimario per le cause penali, che si affiancava a quello per le decisioni in materia civile, esistente da diversi decenni (p. 16).

¹⁴¹⁷ La vicenda ebbe una vasta risonanza in Assemblea costituente, dove vi fu anche un ordine del giorno di censura della seconda sezione della II Sottocommissione, cfr. Assemblea costituente, II Sottocommissione, seduta dell'8 gennaio 1947, p. 79.

parlamentare socialista – Pilotti si doveva persuadere “*anche contro la sua volontà, che, per rimanere al suo posto, occorreva sentirsi procuratori*” della nuova Repubblica¹⁴¹⁸. Nel 1948 il governo lo avrebbe rimosso, nominandolo però (con il suo accordo) presidente del Tribunale delle acque (carica elevata appositamente al secondo grado, pari a quella di procuratore generale)¹⁴¹⁹.

La Corte si trovava, ora, in una posizione di estremo predominio rispetto a tutto l'ordine giudiziario, ancor più che in passato essendo venuto meno l'autoritarismo fascista e la sua compressione dell'autonomia “dall'alto”, ovvero da parte della politica¹⁴²⁰. Come in passato, l'organo non solo poteva continuare a orientare la giurisprudenza delle istanze inferiori, ma conservava anche il controllo sul Csm e sulla Suprema corte disciplinare. Si trattava di vedere come sarebbero mutati gli equilibri con i nuovi governanti e con la base del corpo giudiziario di fronte al cambiamento rappresentato dall'approvazione della nuova Costituzione.

6. Conclusioni

Nel 1946 la rivista “*Temì*” chiamò professori universitari, avvocati e alti magistrati di diverso orientamento culturale¹⁴²¹ a commentare il progetto che Piero Calamandrei aveva depositato in Assemblea costituente “*sul potere giudiziario e sulla Suprema Corte costituzionale*”¹⁴²². Ne scaturì un primo, interessante, dibattito, in cui emersero posizioni spiccatamente differenti. Vi fu chi avrebbe voluto mantenere lo *status quo* o, al massimo, riconoscere l'indipendenza alla magistratura solo se essa fosse stata “*composta da uomini distinti per ingegno e dottrina e carattere*” (come Pilotti)¹⁴²³; o chi (Peretti Griva) puntò l'attenzione sul vero problema “*del collocamento istituzionale della Magistratura in seno agli organi dello Stato*”, sostenendo che essa doveva essere sovrana “*nell'esercizio delle sue funzioni giurisdizionali*”, e che pertanto in “*un moderno Stato civile democratico*” i giudici

¹⁴¹⁸ Assemblea costituente, seduta del 21 febbraio 1947, 1495 ss.

¹⁴¹⁹ In seguito, già collocato a riposo, Pilotti (Roma, 1879-1962), grazie alla sua esperienza internazionale, sarebbe tornato alla Società per le nazioni, per poi diventare il primo presidente della Corte di giustizia della Comunità europea del carbone e dell'acciaio (antesignana della Corte europea di Lussemburgo) dal 1952 al 1958. Cfr. MENICONI, *Pilotti, Massimo*, cit.

¹⁴²⁰ FIORUCCI, *Cronache della magistratura italiana. Dall'ordinamento giudiziario del 1941 alla istituzione del Consiglio superiore della magistratura*, cit., 72.

¹⁴²¹ *Per l'ordine giudiziario. Osservazioni e proposte di Ammatuna L., Calamandrei P., Candian A., Carnelutti F., Danzi E., Gorla G., Longo M., Jemolo A.C., Peretti Griva R.D., Pilotti M., Polistina F., Raffaelli G.A., Redenti E.*, cit.

¹⁴²² Assemblea costituente, Commissione per la costituzione, II sottocommissione, II sezione, resoconto del 5 dicembre 1946. Furono presentati anche i progetti di Giovanni Leone (per la Democrazia cristiana) e di Gennaro Patricolo (per il gruppo misto, ma eletto nelle fila dell'Uomo qualunque). Sui lavori della Costituente ci si limita a segnalare: *Commentario della Costituzione, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso*, Bologna-Roma, Zanichelli-Ed. «Il Foro italiano», 1975-2006, in cui soprattutto i volumi 2, 3 e 4 dedicati alla magistratura; S.M. CICCONEITTI, (a cura di), *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente*, Roma, Camera dei deputati, Segretariato generale, 1970-1971, 8 voll., VIII, 1900 ss.; *La costituzione della Repubblica italiana, illustrata con i lavori preparatori e corredata da note e riferimenti*, Milano, Mondadori, 1979³.

¹⁴²³ M. PILOTTI, *Osservazioni sulla riforma dell'ordinamento giudiziario*, in *Per l'ordine giudiziario*, cit., 17-20, 18.

avrebbero dovuto esercitare “*il loro mandato jure proprio per virtù diretta della legge costituzionale e non quali comuni dipendenti dell'apparato burocratico dello Stato*”. Anche Arturo Carlo Jemolo concordava con il progetto Calamandrei, soprattutto per il concetto di autogoverno, che comprendeva – nell’accezione del giurista fiorentino – anche il potere di assumere tutti i provvedimenti amministrativi sullo stato giuridico dei magistrati, la piena giurisdizione disciplinare e il potere di deliberare le spese (sia pure nei limiti del bilancio dello Stato)¹⁴²⁴.

In generale, il dibattito di quegli anni si focalizzò sulla preoccupazione di saldare insieme autonomia e indipendenza della magistratura con l'imparzialità della funzione giurisdizionale¹⁴²⁵. La giurisdizione doveva – nella convinzione dell’Assemblea costituente – diventare un potere al pari degli altri, e lo strumento con cui ci si prefiggeva di realizzare il complesso equilibrio sarebbe poi stato il Consiglio superiore della magistratura¹⁴²⁶. Le idee su come coniugare i principi di autonomia e indipendenza non furono però così concordi: in sintesi, nei lavori della Costituente si fronteggiarono due tendenze. La prima riprendeva la tradizionale teoria della separazione dei poteri e prospettava quindi una struttura rigidamente chiusa dell’organo proprio per accentuarne l'autonomia, con la presidenza attribuita al primo presidente della Cassazione. La seconda prospettava invece l'unità dell'ordinamento statale, evidenziando la preminenza della sovranità popolare intesa come “*fonte dell'esercizio di ogni potere*”.

In definitiva, il testo costituzionale introdusse una forte garanzia dell'indipendenza “esterna” della magistratura dagli altri poteri sulla base di un modello non burocratico di giudice, cioè svincolato dall'esecutivo e dotato di un proprio organo di autogoverno¹⁴²⁷. Ma ancora lasciò molto da fare sul fronte dell'indipendenza “interna”, sul quale persistevano due grossi freni: il vincolo gerarchico in rapporto all'esercizio del potere giurisdizionale e il condizionamento implicito della carriera da parte dei superiori, in parte conservato dall'ordinamento del 1941. Contro quelle due resistenze si sarebbe dovuto fare i conti (difficili e talvolta dolorosi) negli anni successivi¹⁴²⁸.

Non era un caso che il modello “sacerdotale” del magistrato, “*decoroso funzionario*”, tecnocrate e burocrate, rimanesse, nella pubblicistica solo di pochi anni precedente alla Costituzione (*Il*

¹⁴²⁴ JEMOLO, *La magistratura: constatazioni e proposte*, cit., 34.

¹⁴²⁵ RIGANO, *Costituzione e potere giudiziario: ricerca sulla formazione delle norme costituzionali*, cit., 30. Si veda, inoltre, A. GUSTAPANE, *L'autonomia e l'indipendenza della Magistratura ordinaria alla Costituente*, in *La Costituzione “vivente” nel cinquantesimo anniversario della sua formazione*, Milano, Franco Angeli, 1999, 191-282.

¹⁴²⁶ BONIFACIO, GIACOBBE, *Art. 104-107. La magistratura*, in *Commentario della Costituzione*, cit., 2, 1986, 9.

¹⁴²⁷ P. CALAMANDREI, *Governo e Magistratura* [1921], in Id., *Opere giuridiche*, vol. II, Napoli, Morano, 1966, 195-221, 199 ss.

¹⁴²⁸ Tra gli altri, G. PENNELLO, *L'indipendenza dei magistrati in relazione alla loro carriera ed al sistema delle promozioni*, in *Magistrati o funzionari?*, cit., 63-66.

sacerdote di Temi del magistrato Guido Raffaelli), l'archetipo asettico e ormai un po' démodé del buon giudice italiano¹⁴²⁹.

Come ha sottolineato Mario Sbriccoli a proposito dei giuristi in generale (ma il discorso vale anche per i magistrati):

*“formatisi nell’esperienza del fascismo, senza più le ragioni che potevano essere invocate durante il ventennio, sembravano mantenere il vecchio costume tecnicista. Ossequio alle norme vigenti, applicazione della legge com’è, critica dogmatica e non politica dell’ordinamento esistente. Ancora per molto tempo [essi] avrebbero intessuto un fitto dialogo entre eux, incuranti del rinnovato orizzonte costituzionale, come se lo Stato non avesse mutato la sua natura fosse ancora lo Stato integrato e onnipotente al quale tutti gli interessi dovevano fare capo. Sarebbero rimasti dentro il loro recinto culturale, usando il metodo dogmatico e il paradigma civilistico alla stregua di codici di comunicazione riservati, in un contesto perfettamente autoreferenziale”*¹⁴³⁰.

¹⁴²⁹ M. LUMINATI, *Linguaggi e stili della magistratura italiana nel secondo dopoguerra*, in A. VARNI, G. MELIS, (a cura di), *L’impiegato allo specchio*, Torino, Rosenberg&Sellier, 2002, 297-326, 299. Si veda sull’autorappresentazione della magistratura: Id., *Priester der Themis. Richterliches Selbstverständnis in Italien nach 1945*, Frankfurt am Main, V. Klostermann, 2007.

¹⁴³⁰ M. SBRICCOLI, *Il problema penale*, in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, I, Milano, Giuffrè, 2009, 671-721., 699.

I rapporti tra la giurisdizione costituzionale e le giurisdizioni comuni nella storia repubblicana (ovvero dei problemi e delle prospettive del sindacato di legittimità costituzionale in via incidentale come sineddoche)*

di Marco Benvenuti*

Pochi temi della riflessione scientifica intorno al sistema italiano di giustizia costituzionale sono stati scavati e dissodati come quello che mi è stato cortesemente assegnato dagli organizzatori di questo convegno – che ringrazio – da parte tanto dei cultori degli studi costituzionalistici, quanto di quelli di altre discipline giuridiche, in primo luogo i processualisti civili e penali. Non dovrebbe essere facile, pertanto, riuscire a dire qualcosa di nuovo sui rapporti tra la giurisdizione costituzionale e le giurisdizioni comuni nella storia repubblicana. Certamente, proprio il carattere congenitamente dialettico e per ciò stesso necessariamente dinamico di tale relazione ne esalta la dimensione evolutiva; e per questo non posso che plaudere a un’iniziativa, qual è quella odierna, che assume la Costituzione repubblicana tra continuità e rottura e, dunque, tra diritto e storia, perché solo nella dimensione storica è possibile fondare una compiuta e auspicabilmente convincente ricostruzione giuridica anche dell’argomento che sono chiamato a trattare. Al contempo, però, non posso esimermi dal manifestare preliminarmente – ché questa considerazione costituirà, per così dire, il filo di tutto il mio discorso – un senso di scarso appagamento, se non di vera e propria insoddisfazione, per le alterne e talora incerte soluzioni con cui il giudice costituzionale e i giudici comuni sono pervenuti a configurare, nel corso di ormai più di sessant’anni, i loro rapporti vicendevoli;

* Relazione presentata al convegno *Le istituzioni nella storia costituzionale repubblicana: continuità o rottura rispetto al passato?* svoltosi il 5 aprile 2017 presso la Facoltà di Scienze politiche, Sociologia e Comunicazione dell’Università degli studi di Roma “La Sapienza”. Contributo pubblicato previa accettazione del Comitato scientifico del Convegno.

Vorrei ringraziare il prof. Augusto Cerri e il prof. Fulco Lanchester per il gradito invito a tenere il presente intervento, nonché quest’ultimo e il dott. Roberto D’Orazio per avermi consentito la consultazione dell’Archivio Mortati, presso la Fondazione Paolo Galizia - Storia e Libertà. Vorrei altresì ringraziare l’Archivio storico della Camera dei deputati per l’autorizzazione alla pubblicazione dei documenti allegati al presente scritto e, in particolare, il dott. Paolo Evangelisti per l’ausilio nella loro ricerca e consultazione. Dedico questo lavoro alla memoria del prof. Nicola La Marca, recentemente scomparso, che ho avuto il privilegio da studente di frequentare all’interno della (allora) Facoltà di Scienze politiche e di apprezzare per l’eccezionale cultura e l’altissimo senso di umanità.

** Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico presso l’Università degli studi di Roma “La Sapienza”.

un'insoddisfazione, peraltro, imputabile non a quei giudici, ma alla stessa configurazione complessiva del sistema italiano di giustizia costituzionale.

La mia esposizione si svilupperà in tre parti. In un primo tempo, procederò all'individuazione delle diverse situazioni in cui le giurisdizioni comuni incontrano la giurisdizione costituzionale. Come proverò a dire tra un momento, infatti, i cordoni ombelicali – per riprendere qui una nota immagine di Vezio Crisafulli (Crisafulli, 1984, 292); ma sul tema delle metafore tornerò ancora in seguito – tra i due soggetti della relazione qui affrontata sono molteplici e variegati. Essi, a ben vedere, investono sia la composizione che le attribuzioni del sistema italiano di giustizia costituzionale; sia la dimensione personale, dunque, che quella funzionale. Si tratta, pertanto, di provare a tracciare una mappa concettuale di queste plurime e reciproche interrelazioni.

In un secondo tempo, tornerò alle radici del sistema italiano di giustizia costituzionale e, in particolare, alle discussioni svoltesi sul punto in seno all'Assemblea costituente, per provare a verificare in che modo il giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale è sedimentato nel tessuto normativo repubblicano. Tale ricostruzione di ordine genealogico, lungi dal voler assumere una connotazione archeologica o erudita, appare centrale ai fini del discorso che si intende qui sviluppare, in quanto farà emergere, proprio dall'intreccio di diritto e storia che fa da sfondo a questo nostro incontro, un profilo di parzialità e, dunque, di congenita insufficienza di tale sistema, per come costituzionalmente configurato a partire dal 1948.

In un terzo tempo, centerò alcuni momenti topici per i rapporti tra la giurisdizione costituzionale e le giurisdizioni comuni nello svolgersi dell'esperienza costituzionale italiana, sempre nel solco tracciato dal giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale. A giustificazione di tale scelta, occorre preliminarmente dare rilievo a un dato quantitativo: secondo i risultati estraibili dal motore di ricerca del sito istituzionale della Corte costituzionale, su poco meno di 20 mila pronunce adottate dal 1956 ad oggi, poco più di 15 mila (e dunque i tre quarti) hanno riguardato tale tipologia di giudizio; di queste, peraltro, il numero di ordinanze supera significativamente il numero di sentenze, a dimostrazione, forse, di una relazione non sempre fisiologica tra organi *a quibus* e organo *ad quem*. Su questa osservazione tornerò in seguito; per ora, è sufficiente anticipare che si tratta di una prospettiva di indagine assunta come centrale da parte sia della dottrina – la quale ha enfatizzato, ancor prima della sua entrata in funzione, la caratterizzazione della Corte costituzionale quale “giurisdizione costituzionale delle libertà” (Cappelletti, 1955, *passim*) – che della stessa giurisprudenza costituzionale, la quale ha riconosciuto in una sua importante sentenza che il “nostro sistema di garanzia costituzionale... per quanto concerne la legge (e gli atti equiparati), è incentrato nel sindacato incidentale” (sent. n. 406/1989). Anche a tale proposito, però, proprio questa chiave di lettura in qualche modo obbligata farà emergere, in conclusione, una sorta di libera disponibilità dei termini di quella

relazione, che merita di essere attentamente considerata in tutti i suoi risvolti problematici e prospettivi.

2. In primo luogo, se si torna con la memoria alla discussione costituente, il tema vivamente controverso che ha agitato le forze politiche nella seconda metà del mese di novembre del 1947 e nei primissimi giorni di quello successivo – al punto di pregiudicare in quella sede la definizione delle funzioni del novello organo di giustizia costituzionale, come si dirà in seguito – concerne anzitutto la formazione di un canale genetico tra la giurisdizione costituzionale e le giurisdizioni comuni, dato dalle modalità di composizione della Corte costituzionale, alla quale concorrono, secondo l'art. 135, co. 1, Cost., nella quota di un terzo le “supreme magistrature ordinaria ed amministrative”; espressione che si ritrova all'art. 135, co. 2, Cost. con riferimento ai requisiti di elettorato passivo, posto che i giudici costituzionali “sono scelti fra i magistrati anche a riposo delle giurisdizioni superiori ordinaria ed amministrative”.

I termini del dibattito sono noti (Rigano, 1982, 241 ss.) e, ciò nondimeno, meritano per la loro rilevanza di essere qui almeno richiamati: maggiore (sostenuta dalle sinistre) o minore (sollecitata dal centro dello schieramento politico) intensità del legame tra l'organo parlamentare e il giudice costituzionale; critica da parte delle prime di un assetto in cui “i due terzi della Corte costituzionale non hanno se non una indiretta e lontanissima derivazione popolare: un terzo, anzi, non ne ha affatto, è avulso completamente dalla vita del Paese e rimesso alla scelta di un organo, come il Consiglio Superiore della Magistratura, che non risente in alcun modo della volontà popolare” (Renzo Laconi, in *Assemblea costituente, seduta antimeridiana del 29 novembre 1947, in Camera dei deputati, 1970, V, 4254*); accettazione da parte dei componenti della Commissione per la Costituzione Paolo Rossi e Meuccio Ruini di un emendamento presentato da Aldo Bozzi e Giovanni Persico, curiosamente ritenuto “di natura formale” (*Assemblea costituente, seduta antimeridiana del 29 novembre 1947, in Camera dei deputati, 1970, V, 4257*), volto a sostituire all'uopo il Consiglio superiore della magistratura con le supreme magistrature ordinaria e amministrative; approvazione di tale formula con il vivo dissenso delle sinistre (*Assemblea costituente, seduta del 2 dicembre 1947, in Camera dei deputati, 1970, V, 4282*).

Se si escludono gli anni che intercorrono tra l'entrata in vigore della Costituzione e l'entrata in funzione della Corte costituzionale – in cui, com'è noto, la questione dell'elezione parlamentare di cinque giudici costituzionali ha attirato la più viva attenzione da parte degli osservatori, in quanto ritenuta manifestazione eminente, a ragione o a torto (De Siervo, 2008, 53 ss.), dell’“ostruzionismo di maggioranza” (Calamandrei, 1953, 559 ss.) – le modalità effettive di composizione della Corte costituzionale, *a fortiori* con riferimento alle elezioni di un terzo dei suoi componenti

dai e tra i magistrati, hanno sempre raccolto uno scarso interesse negli studi sia storico-istituzionali sia giuridico-costituzionali (con la notevole eccezione, a partire dalla fine degli anni Ottanta del secolo scorso, dei nove volumi degli *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*, curati da Roberto Romboli e contenenti i capitoli di Saulle Panizza sull'organizzazione e il funzionamento, a cui si aggiunge a partire dal 1996 la composizione, della Corte costituzionale); ciò tanto dal punto di vista dell'inquadramento generale del tema, quanto a proposito della sua realizzazione effettiva nel corso della storia repubblicana. Verrebbe da dire, anzi, che tra tutti i giudici costituzionali quelli che provengono dalle supreme magistrature ordinaria e amministrative sono i meno conosciuti (se non auspicabilmente da chi li ha eletti o nominati e, nel caso si siano distinti per i loro studi, dalla comunità scientifica di riferimento), ancorché proprio ad essi siano, tra tutti, riconducibili almeno due aspetti fondamentali del sistema italiano di giustizia costituzionale: *a*) una *manière de voir* più strettamente giurisdizionale (Rossi-Vuoto, 1997, 367) e, con essa, uno “stile argomentativo del tutto tradizionale, direi, ‘civilistico’”, di cui ha parlato Augusto Cerri (Cerri, 2001, 1334); *b*) una capacità organizzativo-burocratica che deriva, probabilmente, dall'espletamento nella propria precedente esperienza professionale di incarichi direttivi. Penso, in particolare, a due figure paradigmatiche, quali sono quella del Presidente onorario della Corte di cassazione Gaetano Azzariti, relatore nel primo giudizio della Corte costituzionale (sent. n. 1/1956) e poi suo secondo Presidente dal 1957 al 1961 – il quale, si noti, è stato nominato dal Presidente della Repubblica nel 1955 e non, invece, eletto dai suoi pari in due votazioni nel 1953 (Ferrari, 1990, 93 ss.; Bonini, 1996, 99 ss.) – e quella dell'Avvocato generale di Cassazione Francesco Saja, Presidente della Corte costituzionale dal 1987 al 1990 e protagonista, com'è noto, del “miracolo” (Cappelletti, 1990, 35) dello smaltimento dell'arretrato (Saja, 1990, 43 ss.), con oltre cinquecento pronunce all'anno rese nel quadriennio e un massimo di 1165 pronunce nel 1988 (a fronte delle poche centinaia all'anno del decennio precedente).

In secondo luogo, la trama personale che lega le giurisdizioni comuni alla giurisdizione costituzionale assume dei tratti più sottili, ma non per questo meno persistenti. Vengono, infatti, dalla magistratura, in virtù di una tradizione risalente, i vertici dell'apparato amministrativo della Corte costituzionale, a partire dal suo attuale Segretario generale Carlo Visconti. Anche in questo caso, scarseggiano studi specifici in ordine all'amministrazione interna della Corte costituzionale (sulla dirigenza della Corte costituzionale, Garella-Intreccialagli-Marcelli-Stancanelli, 1997, 252 ss.), com'è altresì emerso, da ultimo, in più di un intervento in occasione del convegno organizzato in memoria di Giustino D'Orazio nel febbraio 2017 (penso, in particolare, a quello di Emanuele Rossi: Rossi, 2017, 1). Tale limitata attenzione potrebbe forse derivare anche dalla singolare assenza di un archivio di tale istituzione, pur previsto legislativamente (art. 42, co. 3, d.lgs. n. 42/2004; Lodolini, 2014, 218-219), sulla quale si sono appuntate le giuste (almeno sotto questo profilo) critiche di Sabino Cassese

(Cassese, 2015, 15-16 e 111-112) nel suo efficace libro-diario che abbiamo presentato proprio in questa sala due anni fa (Lanchester-Benvenuti-Giorgi-Melis-Fabbrini-Ferrarese-Ceccanti-Zeno Zencovich-Cassese, 2015, 1 ss.).

In terzo luogo, vengono dalla magistratura molti di quei veri e propri custodi della “memoria storica” della giurisprudenza costituzionale” (Lamarque, 2011, 1082), che sono gli assistenti di studio dei giudici costituzionali, ai quali, almeno, sono state dedicate da quanti hanno avuto l’occasione di vivere in prima persona quell’esperienza (immagino) fecondissima alcune considerazioni retrospettive (mi riferisco, in particolare, ad alcuni studi di Adele Anzon, Barbara Randazzo, Elisabetta Lamarque e Teresa Grieco: Anzon, 1996, 215 ss.; Randazzo, 2006, 163 ss.; Lamarque, 2011, 1065 ss.; Grieco, 2016, 91 ss.). Proprio da parte di queste ultime due è stato sottolineato in anni recenti il contributo degli assistenti di studio allo sviluppo della giurisprudenza costituzionale. Essi, infatti, rispetto alle questioni di volta in volta trattate, “express their own convictions; at times, they may even convey the proposals of the judge rapporteur” (Grieco, 2016, 98). Quelli indicati dal Presidente Della Corte costituzionale, inoltre, svolgono anche il compito “of identifying any irregularities, omissions, gaps in reasoning or contradictions with principles established in other judgments” (Grieco, 2016, 99). Degli assistenti di studio provenienti dalla magistratura è stata segnalata, in particolare, non solo la numerosità, ma anche la lunghezza della durata dell’incarico, con l’effetto che costoro incarnano, a volte più dei giudici costituzionali stessi, la *traditio* di tale istituzione (Lamarque, 2011, 1082). A ciò deve aggiungersi che, a partire dal 1986, possono essere nominati a tale ufficio anche magistrati delle supreme magistrature ordinaria e amministrative, peraltro abilitati a rimanere in servizio nella propria giurisdizione di appartenenza; ne consegue che le medesime persone possono ben trovarsi a lavorare presso la Corte costituzionale e, contestualmente, ad operare all’interno di giurisdizioni incaricate di una funzione nomofilattica (Lamarque, 2011, 1078-1079).

In quarto luogo – e passando ora dai profili personali a quelli funzionali della relazione – un canale particolarmente espressivo dei rapporti tra la giurisdizione costituzionale e le giurisdizioni comuni è dato dai conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato, in cui sono parte, dal lato ora attivo ed ora passivo, giudici comuni, quand’anche svolgenti attività non rientranti nella funzione giurisdizionale oggettivamente intesa (penso, in particolare, all’Ufficio centrale per il referendum costituito presso la Corte di cassazione, che la giurisprudenza amministrativa ha, seppur non condivisibilmente, qualificato come “organo rigorosamente neutrale”: C. St., sez. IV, sent. n. 5369/2015; TAR Lazio-Roma, sez. II-*bis*, sent. n. 11662/2016). Poiché nei casi di conflitto di attribuzione giunge allo scrutinio della Corte costituzionale direttamente e immediatamente un atto o un’attività svolti da un potere dello Stato (tra cui, per quel che qui rileva, l’autorità giudiziaria), si tratta probabilmente delle ipotesi in cui la consonanza o la dissonanza tra quest’ultima e il

giudice costituzionale è suscettibile di raggiungere il massimo grado di intensità. Per ragioni di tempo, tra i numerosi possibili esempi che hanno riguardato, a partire dalla metà degli anni Settanta del secolo scorso, i conflitti tra esponenti dell'ordine giudiziario e di altri organi costituzionali – dall'insindacabilità dei parlamentari *ex art. 68, co. 1, Cost.*, ai cosiddetti reati ministeriali o alla disciplina del segreto di Stato, solo a voler ricordare alcuni fiorenti filoni di contenzioso – mi limiterò a citare due *grandes décisions*, una favorevole ed una sfavorevole ai giudici comuni. La prima concerne la positiva valutazione della sent. n. 21748/2007 della sezione I della Corte di cassazione (e del decreto del 25 giugno 2008 della sezione I civile della Corte di appello di Milano) sul noto (e tragico) caso Englaro, rispetto alla quale la Corte costituzionale “non rileva la sussistenza di indici atti a dimostrare che i giudici abbiano utilizzato i provvedimenti censurati – aventi tutte le caratteristiche di atti giurisdizionali loro proprie e, pertanto, spieganti efficacia solo per il caso di specie – come meri schermi formali per esercitare, invece, funzioni di produzione normativa o per menomare l'esercizio del potere legislativo da parte del Parlamento, che ne è sempre e comunque il titolare” (ord. n. 334/2008). La seconda riguarda l'attività di intercettazione telefonica e dunque di captazione di conversazioni del Presidente della Repubblica, svolta dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale ordinario di Palermo, oggetto di un ricorso dello stesso Presidente della Repubblica (Giorgio Napolitano) e folgorata da un severo giudizio, questa volta, di non spettanza (sent. n. 1/2013).

Talora, i conflitti tra poteri dello Stato in cui è parte un giudice comune riguardano vicende più minute, ma non per questo scevre di singolarità. Spigolando tra la giurisprudenza costituzionale più recente, potrei citare, per la sua eccentricità e però, al tempo stesso, per l'attitudine a fare emergere una situazione di conflittualità acuta e, direi anche, di reciproca e franca incomprensione, un conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato sollevato nel 2013 dalla Procura regionale presso la Sezione giurisdizionale della Corte dei conti per il Trentino Alto Adige/Südtirol, sede di Bolzano. La ricostruzione dei fatti è la seguente: ad avviso della Procura ricorrente, nel corso di una visita ufficiale al Quirinale svoltasi nel 2012, il Presidente della Provincia autonoma di Bolzano, secondo quanto da questi riferito nel corso di una successiva conferenza stampa, avrebbe consegnato al Presidente della Repubblica un promemoria in forma privata, volto a lamentare l'eccessivo interventismo della Procura in questione in merito a due procedimenti di responsabilità amministrativa. Sempre ad avviso della Procura ricorrente, le sollecitazioni del Presidente della Provincia autonoma di Bolzano avrebbero determinato un successivo interessamento del Presidente della Repubblica, il quale attraverso suoi consiglieri avrebbe preso informalmente contatto con i vertici della Corte dei conti, nella persona del Procuratore generale, il quale avrebbe a sua volta richiesto al Procuratore regionale elementi di informazione circa l'attività della Procura in questione. Tale circostanza è stata, tuttavia, smentita dal Presidente della Repubblica con una nota ufficiale,

determinando la rinuncia al ricorso e la conseguente estinzione del processo (ord. n. 323/2013), nonché, soprattutto, precludendo qualunque “accertamento che comunque sarebbe risultato poco edificante per le nostre istituzioni” (Romboli, 2014, 1384).

Nel 2016 (e, dunque, tre anni dopo), la stessa Procura regionale, evidentemente inappagata del contenuto di tale ordinanza, torna alla carica: essa prima presenta un’istanza di correzione di “due evidenti errori materiali” e poi solleva un nuovo conflitto di attribuzione, ma questa volta contro la Corte costituzionale medesima, per avere il suo Presidente disposto nel 2015 l’archiviazione di detta istanza. Il *punctum dolens* sta in ciò: che la smentita del Quirinale, collocata nella prima parte dell’ord. n. 323/2013 – nella quale, com’è noto, il giudice riporta i fatti e le argomentazioni adottate dalle parti – avrebbe avuto ad oggetto l’interessamento del Presidente della Repubblica sulla vicenda controversa, ma non la circostanza dell’illustrazione a costui di un promemoria da parte del Presidente della Provincia autonoma. Nell’ultima ord. n. 261/2016, il conflitto viene tuttavia seccamente dichiarato “irricevibile” (*scilicet* inammissibile), in quanto ritenuto attinente non ad errori materiali, ma alla ricostruzione del fatto operata dallo stesso giudice costituzionale, ancorché poco o per nulla condivisa dal ricorrente.

3. Vengo ora – e siamo giunti al quinto e ultimo possibile ambito di intersezione, il quale costituisce altresì la seconda parte della mia relazione – al profilo in cui massimamente si sviluppano i relativi e vicendevoli rapporti tra il giudice costituzionale e i giudici comuni. Tale profilo, come ho già anticipato, attiene al giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale e, dunque, alla circostanza che la Corte costituzionale giudica sulle leggi e sugli atti, aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni, sulla scorta di una “questione di legittimità costituzionale... rilevata d’ufficio o sollevata da una delle parti nel corso di un giudizio e non ritenuta dal giudice manifestamente infondata” (art. 1 l. cost. n. 1/1948).

Non può essere certamente questa l’occasione per riannodare le fila della genesi del sistema italiano di giustizia costituzionale, che affonda certamente nelle dense ma talora laboriose riflessioni svolte anche su questo argomento nell’Assemblea costituente, a partire dai progetti di Piero Calamandrei, Giovanni Leone e Gennaro Patricolo (Assemblea costituente, 1946, 204 ss., 217 ss. e 223 ss.), e ancor prima, se si vuole, nei lavori in materia della Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato (Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato, 1946, 58 ss.). Proprio quel primigenio dibattito costituente, però, merita tutt’oggi una qualche attenzione, perché ci propone alcuni punti di luce in ordine al futuro assetto del sistema italiano di giustizia costituzionale, ma non minori zone d’ombra, destinate

irrimediabilmente a riverberarsi in alcune incertezze di ordine tipologico emergenti da sessant'anni di giurisprudenza costituzionale e comune.

Gli aspetti incontrovertibili sono, ad avviso pressoché unanime degli studiosi, due: per un verso, la previsione di forme di controllo giurisdizionale sulla legge, con la precipua finalità di vestire o, per meglio dire, di armare la rigidità costituzionale (D'Orazio, 1981, 144 ss.); e, per un altro, la volontà di sottrarre tale funzione – ammesso e non concesso che in precedenza spettasse loro, vista l'ambigua e allusiva formulazione della VII, co. 2, disp. trans. fin. – ai giudici comuni (Mezzanotte, 1979, 99 ss.). Si dà vita, pertanto, “non [a] un nuovo giudice, ma [a] un giudice nuovo” (Pugiotto, 2016, 153), se non forse ad un organo che giudice proprio non è, secondo un'impostazione di volta in volta corroborata da elementi ora funzionali (Sandulli, 1960, 407 ss.) ed ora strutturali (Silvestri, 1998, 963) e alimentata dall'autonarrazione della stessa Corte costituzionale. Si potrebbe citare, in proposito, un'importante conversazione con la stampa del Presidente Gaetano Azzariti del 1957, in cui questi dichiara che, “siccome noi esercitiamo le nostre funzioni in forma giurisdizionale, potrebbe apparire che siamo un alto organo giurisdizionale. Non è vero. Non facciamo parte del quadro dell'organizzazione giudiziaria dello Stato... noi non facciamo parte di questo potere” (Azzariti, 1957, 4-5); oppure, si potrebbe parimenti ricordare la nota sent. n. 13/1960, dove si ritiene “da respingere l'opinione che la Corte possa essere inclusa fra gli organi giudiziari, ordinari o speciali che siano, tante sono, e tanto profonde, le differenze tra il compito affidato alla prima, senza precedenti nell'ordinamento italiano, e quelli ben noti e storicamente consolidati propri degli organi giurisdizionali”.

Le questioni oscure attengono, invece, alla determinazione delle condizioni, delle forme e dei termini di proponibilità dei giudizi di legittimità costituzionale, riprendendo la lettera dell'art. 137, co. 1, Cost.; materia che viene affrontata dall'Assemblea costituente con un approccio guardingo e a tratti anche aggressivo, segnato da un continuo mescolamento di argomenti incidenti tanto sulla composizione (il tema ritenuto di vero significato politico), quanto sulle attribuzioni (un profilo considerato invece ancillare) dell'organo e, paradossalmente, caratterizzato da un procedimento approvativo per sottrazione rispetto a quanto già predisposto nei mesi precedenti dalla Commissione per la Costituzione.

Da quel dibattito emerge, in verità, una costante, data per l'appunto dalla presenza in tutte le formulazioni sino ad allora prospettate del giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale – e, dunque, dell'istituto principale, come si è già innanzi detto, in cui sono destinati ad esplicarsi e ad esprimersi i rapporti tra la giurisdizione costituzionale e le giurisdizioni comuni nella storia repubblicana – il quale attraversa indenne almeno fino al mese di dicembre del 1947 la discussione costituente e riguarda oltre questa, come dirò tra un momento, nella l. cost. n. 1/1948 (Silvestri, 2012, 102). Tuttavia, va parimenti ricordato che tale meccanismo risulta sempre parte di un più ampio, ricco e variegato strumentario finalizzato a far sì che la

Corte costituzionale possa svolgere effettivamente, seppur in potenza, un controllo generale su tutta la legislazione ordinaria, assumendosi dunque, almeno per implicito, che la prospettazione di quell'unico strumento non sarebbe risultata bastevole.

Così, per rimaner al testo allora di riferimento, l'art. 128, co. 2, del Progetto di Costituzione approvato dalla Commissione per la Costituzione prevedeva un corposo canale di accesso diretto ad opera del Governo, di cinquanta deputati, di un Consiglio regionale, di non meno di diecimila elettori o di altro ente ed organo a ciò autorizzato dalla legge sulla Corte costituzionale. Poi, come si sa, in una notte che immaginiamo buia e tempestosa, il 2 dicembre 1947, intorno alle 21.45, viene posto in votazione un emendamento presentato da Giuseppe Arata e volto a sostituire i primi due commi del predetto art. 128 con la formula “la legge stabilirà i modi e i termini per i giudizi di incostituzionalità delle leggi” (Camera dei deputati, 1970, V, 4301). L'emendamento, “dopo prova e controprova”, è approvato (Camera dei deputati, 1970, V, 4302), ma – è dato ritenere – in un'aula non propriamente affollata e con incertezze sul numero legale, al punto che il Presidente dell'Assemblea costituente Umberto Terracini esprime a seguito di tale circostanza “la più viva ed amara deplorazione contro tutti gli assenti in corpo e verso ciascuno di essi individualmente, per lo spettacolo veramente spiacevole ed umiliante al quale questa sera, per fortuna, non assistono troppi spettatori” (Camera dei deputati, 1970, V, 4303).

Nuovamente, nella seduta antimeridiana del 22 dicembre 1947 Meuccio Ruini, in qualità di Presidente della Commissione per la Costituzione, torna a prospettare una triplice modalità di accesso alla Corte costituzionale (in via incidentale, in via principale da parte della “persona pubblica o privata che sia lesa in modo diretto ed attuale in un diritto o interesse legittimo” e attraverso un'azione popolare: Camera dei deputati, 1970, V, 4586). Tuttavia, per non riaprire una questione che aveva incontrato qualche settimana prima il “maggior dissenso” (Camera dei deputati, 1970, V, 4586) e sul quale un emendamento, seppur “votato un po' improvvisamente” (Camera dei deputati, 1970, V, 4586), era stato comunque approvato, propone di “ripiegare” – sono sempre le parole di Ruini (Camera dei deputati, 1970, V, 4586) – almeno su un *upgrade* dell'atto normativo a cui la Costituzione rinvia, da legge (ordinaria) a legge costituzionale. Ciò effettivamente si verifica con l'approvazione definitiva dell'art. 137, co. 1, Cost., il quale prospetta quest'ultima tipologia di legge per stabilire, per l'appunto, “le condizioni, le forme, i termini di proponibilità dei giudizi di legittimità costituzionale, e le garanzie di indipendenza dei giudici della Corte” (Fontana, 2009, 274 ss.).

L'auspicio formulato da Ruini in tale circostanza è che la legge costituzionale in questione “potrebbe e dovrebbe essere approvata (come consentono le norme transitorie per la *prorogatio* della Costituente) entro gennaio [1948]” (Camera dei deputati, 1970, V, 4586). Sennonché, di tale aggiunta ci si dimentica in sede di coordinamento finale e, pertanto, la legge costituzionale *de qua* non compare tra quelle

elencate nella XVII, co. 1, disp. trans. fin., come fin da allora non si è mancato di rimarcare (Lavagna, 1951, 431-432). In ogni caso, il tema viene ripreso in *extremis* dall'Assemblea costituente alla fine del mese di gennaio del 1948, allorquando nella sola seduta pomeridiana del 31 gennaio 1948, tra le 16.00 e le 22.00, si discute del e si approva il testo destinato a diventare la l. cost. n. 1/1948, recante “norme sui giudizi di legittimità costituzionale e sulle garanzie d'indipendenza della Corte Costituzionale”.

In termini generali, l'esistenza di una “scissione logica e temporale” (Zagrebelsky-Marcenò, 2012, 264) tra un *prius* e un *posterius* rispetto alla data del 1° gennaio 1948 è una questione storico-costituzionale che, seppure trova un qualche cenno negli scritti dei primi commentatori (Calamandrei, 1950, 371-372; Esposito, 1950, 269-270), riceve una scarsa considerazione nella manualistica più accreditata (Cerri, 2012, 31; Zagrebelsky-Marcenò, 2012, 264; Ruggeri-Spadaro, 2014, 34; Malfatti-Panizza-Romboli, 2016, 29-30). In realtà, Pasquale Pasquino ha fatto nel trascorso decennio un'importante scoperta, sul punto, che è rimasta però poco valorizzata nella successiva riflessione scientifica (Pasquino, 2004, 41-42). Presso l'Archivio storico della Camera dei deputati sono infatti depositate le bozze sia della relazione che dell'articolato predisposte in quella circostanza, nelle quali si prospettano, nuovamente, non una ma due modalità di accesso alla Corte costituzionale: una prima in via incidentale, che ben conosciamo, ed una seconda, invece, da promuoversi “entro due anni dalla pubblicazione della legge o dell'atto avente forza di legge... nell'interesse pubblico dal Governo o da un quinto dei componenti delle Camere”. Tali bozze – che per gentile concessione dell'Archivio storico della Camera dei deputati pubblica in allegato a questo scritto – recano una scritta a matita, sulla prima pagina della relazione, con cui è indicato “3° testo concretato con il Consigliere Leone della Presidenza del Consiglio dei Ministri il 27 gennaio 1948” e, soprattutto, contengono la cancellazione a penna delle parti relative al “secondo” canale di accesso alla Corte costituzionale. Da una prima e sommaria comparazione con altri testi autografi consultati presso la Fondazione Paolo Galizia - Storia e Libertà dov'è raccolto l'Archivio Mortati (D'Orazio, 2017, 243 ss.), emergerebbe che la scritta in questione, unitamente alle modifiche apposte a penna all'articolato, non sarebbe di Costantino Mortati, relatore nell'Assemblea costituente del relativo disegno di legge costituzionale, a differenza, invece, delle scarse modifiche testuali apportate alla bozza di relazione. In ogni caso, appare degno di menzione come, nel corso dell'illustrazione del disegno di legge costituzionale innanzi all'Assemblea costituente, lo stesso Mortati, nonostante la sua qualità di relatore, rinunci a svolgere l'esposizione generale del testo, “a scopo di brevità, data l'ora tarda” (Assemblea costituente, seduta pomeridiana del 31 gennaio 1947, 4330), e, successivamente, nel suo breve intervento pronunci per tre volte la parola “imbarazzo” (Assemblea costituente, seduta pomeridiana del 31 gennaio 1947, 4337).

A parte questo, non abbiamo allo stato elementi documentali che forniscano indicazioni più eloquenti in merito alla scaturigine di tale soppressione, ma proprio quel riferimento a matita, unitamente ad una più complessiva considerazione del contesto dell'epoca, potrebbe indurre a ritenere che l'espunzione di un canale di accesso diretto alla Corte costituzionale, specialmente da parte di un quinto dei componenti delle Camere – formula che ricorre altresì, com'è noto, all'art. 138, co. 2, Cost. per la richiesta di un *referendum* costituzionale – sia stata perorata da ambienti governativi (si tratta, naturalmente, del Governo De Gasperi IV), non troppo allietati dall'idea di avere minoranze parlamentari abilitate ad adire direttamente il giudice costituzionale. In questo senso, sembra deporre altresì quanto affermato in quella circostanza, seppur in maniera sibillina, dal Ministro di grazia e giustizia Giuseppe Grassi, il quale dichiara “non sia il caso di trasferire ancora dinanzi alla Corte questioni che sono già risolte nel campo parlamentare” (Assemblea costituente, seduta pomeridiana del 31 gennaio 1947, 4334).

Tale ipotesi di lettura, peraltro già a suo tempo formulata da Nicola Tranfaglia (Tranfaglia, 1973, 206-207) e poi ripresa dallo stesso Pasquino (Pasquino, 2006, 313), sarebbe oltremodo coerente con quanto messo in luce dalla storiografia più recente – penso, da ultimo, a Paolo Pombeni (Pombeni, 2016, 171 ss.) – in merito al ruolo cruciale di Alcide De Gasperi anche nella vicenda costituente, *a fortiori* in un momento, qual è quello relativo all'approvazione della l. cost. n. 1/1948, di poco precedente alla ruvida campagna elettorale per le elezioni politiche del 18 aprile 1948. Conseguentemente, anche per asserite ragioni di tempo, le quali pure in quell'estremo frangente potrebbero essersi rivelate infine determinanti – si veda, in particolare, il destino dell'emendamento presentato da Lodovico Benvenuti (Assemblea costituente, seduta pomeridiana del 31 gennaio 1947, 4336 ss.) – viene discusso e quindi approvato unicamente quello che, sino a quel momento, è solo uno dei due pilastri del sistema italiano di giustizia costituzionale, il sindacato di legittimità costituzionale in via incidentale, lasciando in disparte ogni altra forma di accesso diretto, che non sia quello vicendevole ma non sovrapponibile dello Stato e delle Regioni (ai sensi e per gli effetti allora dell'art. 127, co. 4, Cost. e dell'art. 2 l. cost. n. 1/1948, oggi dell'art. 127 Cost., come modificato dall'art. 8 l. cost. n. 3/2001).

Possiamo registrare già a quel tempo il vivo disappunto manifestato dallo stesso Mortati in un suo lavoro scritto piuttosto “a caldo” (cioè nel 1949) e significativamente intitolato *La Corte costituzionale e i presupposti per la sua vitalità*. Secondo l'illustre studioso – e relatore, come si è detto, del testo divenuto la l. cost. n. 1/1948 – tale organo sarebbe la “cenerentola della Carta repubblicana. Giunta ultima, per ragioni di collocamento, al traguardo della discussione, tanto nelle commissioni che in assemblea, essa venne sottoposta ad esame affrettato e superficiale, sotto l'assillo della scadenza dei termini fissati per i lavori, e poté ricevere un'elaborazione che doveva risultare tanto meno soddisfacente quanto più la materia

si presentava nuova ed estranea alla nostra tradizione” (Mortati, 1949, 681). In buona sostanza, vi era allora (come e più di ora) la consapevolezza che “la soluzione che venne adottata... non corrisponde in realtà ad alcuna proposta dotata di una sua compiutezza, ma rappresenta invece il frutto della combinazione di frammenti separati di proposte ispirate ad orientamenti fondamentalmente diversi” (Pizzorusso, 1981, 75) e che, per quel che qui più rileva, la scelta per il giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale “finì per prevalere quasi casualmente” (Pizzorusso, 1981, 75). Tale conclusione merita, però, di essere ulteriormente sviluppata e esplicitata *quoad effecta*: infatti, una volta venuta meno una delle due “gambe” del sistema italiano di giustizia costituzionale, quest’ultimo avrebbe assunto una postura purtroppo zoppicante o, per usare un’immagine meno prosaica, un assetto in cui il giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale si atteggia a sineddoche, cioè a parte di un tutto non complessivamente né coerentemente realizzato.

4. Se al momento dell’entrata in funzione della Corte costituzionale e negli anni immediatamente successivi appare piuttosto diffusa tra i commentatori più autorevoli la convinzione che, per ragioni di ordine tipologico, il suo sindacato funziona “*a scacchiera*, se non *a singhiozzo*” (Jaeger, 1964, 1774), e determina pertanto una “tutela del cittadino contro la illegittimità costituzionale... imperfetta e lacunosa” (Calamandrei, 1956, 619), occorre passare a vedere se e in quale misura questo timore risulti confermato o smentito alla luce di oltre sessant’anni di giurisprudenza costituzionale e comune. Le opinioni, sul punto, non appaiono concordi: per un verso, è stato sostenuto, proseguendo nell’icastica similitudine mortatiana della Corte costituzionale “Cenerentola della Carta repubblicana”, che i giudici comuni avrebbero salvificamente rappresentato l’“immane principe azzurro che arriva a salvarla prima che sia troppo tardi” (Lamarque, 2012, 4); per un altro, i rapporti tra la giurisdizione costituzionale e le giurisdizioni comuni sono stati descritti in termini tutt’altro che favolosi e, anzi, di essi è stata enfatizzata la cifra polemica (e non irenica) dello sviluppo storico delle rispettive interrelazioni (Luciani, 2007, 817-818).

Certo è che, almeno in origine, “l’apparizione sulla scena della Corte costituzionale è stata appresa un po’ come l’introduzione di un ‘terzo incomodo’ tra Potere legislativo e Potere giudiziario: il primo avvertendo che qualcosa gli era tolto; il secondo che qualcosa non gli era stato dato” (Crisafulli, 1978, 74). Per tale ragione, i rapporti tra la Corte costituzionale e la Corte di cassazione si sono rivelati sin dal principio oltremodo tormentati, a discapito di quanto pur auspicato, con *esprit de géométrie*, dal Presidente della prima, Enrico De Nicola, in occasione dell’udienza inaugurale del 23 aprile 1956 – alla quale è lecito presumere abbiano preso parte anche i vertici delle supreme magistrature ordinaria e amministrative – con l’espressione della nota massima “la Corte, vestale della Costituzione; la Magistratura, vestale della

Legge” (De Nicola, 1956, 4). Tuttavia, quell’abbozzo schematico e primigenio di “regolare il traffico” tra le due giurisdizioni si infrange con un duplice ordine di problemi, destinato ad emergere e ad amplificarsi nel corso dei decenni successivi.

Per un verso, dopo nemmeno una settimana dal suevato discorso, il Primo Presidente della Corte di cassazione Ernesto Eula, in occasione di un altro incontro pubblico, fissa una serie di coordinate rigidissime per i rapporti che la magistratura avrebbe dovuto intrattenere con il giovane organo costituzionale: “procedimento di *gradualità* nella attuazione della Costituzione” (Eula, 1956, 43); distinzione tra norme precettive e norme programmatiche (queste ultime “astratte direttive e quasi... aspirazioni”: Eula, 1956, 43); e, soprattutto, in presenza di esse, “delibazione di manifesta infondatezza” (Eula, 1956, 51). Si tratta di un’impostazione che, rispetto all’oggi, ci appare come ribaltata: centralità, quanto meno operativa, dei giudici comuni in merito all’interpretazione della Costituzione, a fronte di quella che sarà, invece, la pretesa del giudice costituzionale di esercitare il proprio magistero in merito all’interpretazione della legge.

Per un altro verso, la Corte costituzionale correda sin dall’inizio le proprie pronunce con dispositivi flessibili e modulari, quali quelli propri delle sentenze interpretative di rigetto, in cui, cioè, enuclea una certa norma dalla disposizione impugnata e, in quanto conforme alla Costituzione, la “suggerisce” ai giudici comuni. Le incomprensioni, però, se non espressamente ricercate, sono da subito in agguato. Si può ricordare, a tale proposito, la controversa natura del potere di ordinanza prefettizio, di cui all’art. 2 t.u.l.p.s. (oggetto della sent. n. 8/1956), che nel seguito dei giudici comuni, immediatamente refrattari a riconoscere un’“automatica acquiescenza all’*ipse dixit* della Corte costituzionale” (Agrò, 2004, 3346), si presta alle “applicazioni anche le più aberranti” (Mortati, 1959, 552). Nel caso in questione, infatti, tali ordinanze, sì qualificate quali (meri) provvedimenti amministrativi secondo l’indicazione della Corte costituzionale, vengono però ritenute inopinatamente suscettibili di degradare qualunque diritto costituzionale – ad esempio, la libertà di stampa – ad interesse legittimo (Cass., sez. un., sent. n. 2068/1958).

Pertanto, se il giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale appare sin dal allora tipologicamente “troppo vuoto” quanto alle forme di accesso alla Corte costituzionale, esso si appalesa, invece, funzionalmente “troppo pieno” quanto al perseguimento di una *duplex interpretatio*, del giudice costituzionale e dei giudici comuni, della Costituzione e della legge. Il suo carattere “meticcio” (Cartabia, 2016, 481), infatti, impone in capo ad entrambi i soggetti della relazione uno sforzo incessante e laborioso nel perseguire una “vera e propria *collaborazione attiva*” (Calamandrei, 1956, 611), la quale, tuttavia, non può essere assunta una volta per tutte come un dato, quasi che il sistema italiano di giustizia costituzionale fosse per sua natura “accentrato-collaborativo” (Lamarque, 2012, 109; sulla scia di Cappelletti, 1990, 34) e non invece solcato – non troppo diversamente da quel che accade tra il

giudice costituzionale e il giudice sovranazionale (Benvenuti, 2016a, 140) – da una certa competizione istituzionale in ordine alla parola finale sulla spettanza del complessivo *ius dicere* nell'ordinamento repubblicano.

Della congenita difficoltà di descrivere in termini definitivi, o talora anche solo sufficientemente stabili, i rapporti tra la giurisdizione costituzionale e le giurisdizioni comuni è prova, in ormai più di sessant'anni di osservazione giurisprudenziale, la ricorsività di certune metafore, a cui i giuristi hanno di volta in volta acceduto nelle loro molteplici elaborazioni dottrinarie. Ma le metafore – giova ricordarlo con le parole di Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca – non sono altro che un “mezzo per rimediare all'indigenza del linguaggio” (Perelman-Olbrechts-Tyteca, 1958, 439), che pare però tradire, in questo caso, anche un'indigenza del ragionamento, a sua volta determinata, come si è già anticipato, dalla stessa configurazione complessiva del sistema italiano di giustizia costituzionale. Tra tali metafore, due notissime meritano un'attenzione particolare, in quanto formano una sorta di dipolo oppositivo: quella della guerra e quella del dialogo.

La metafora della guerra si diffonde, com'è noto, intorno alla metà degli anni sessanta del secolo scorso, a proposito della diversa lettura fornita rispettivamente dalla Corte di cassazione e dalla Corte costituzionale circa le garanzie dell'istruzione sommaria rispetto a quelle dell'istruzione formale. Questa espressione, curiosamente attribuita da Nicola Assini (Assini, 1973, VII, nt. *) ad Arturo Carlo Jemolo – il quale, tuttavia, non vi fa mai esplicito riferimento (Jemolo, 1965, 27) – investe tanto il valore delle sentenze interpretative di rigetto, quanto gli effetti di quelle di accoglimento. Sono dure le parole della Corte costituzionale che, nella sent. n. 52/1965 (di accoglimento, successiva alla precedente sent. n. 11/1965 interpretativa di rigetto), sostiene che la Corte di cassazione avrebbe fornito un'interpretazione suscettibile di far “vivere [la disposizione attaccata] nella realtà concreta in modo incompatibile con la Costituzione”. Altrettanto dura è, però, la motivazione delle sezioni unite penali della Corte di cassazione nella sent. dell'11 dicembre 1965, *Tarantini*, dove si sostiene che, accogliendo la tesi dell'efficacia *ex tunc* della pronuncia del giudice costituzionale, si giungerebbe a delle “gravi ingiustizie, e non già alla soluzione che, per tutte le ragioni esposte, è la sola che il Costituente ed il legislatore possono avere voluto: quella soluzione, cioè, che senza nessun dubbio sarebbe stata enunciata se, in aderenza con i principî generali e con le regole generali dettate, si fosse per avventura stabilita la disciplina specifica della fattispecie particolare”.

Si tratta di un'ipotesi di contrasto di cui è possibile parlare ormai unicamente al passato, perché superata e sopita? Pare difficile sostenerlo, a discapito dei progressivi affinamenti di cui sono espressione tecniche decisorie sempre più sottili e variegate. La Corte costituzionale, infatti, prima con la dottrina del cosiddetto diritto vivente (espressamente evocato a partire dalla sent. n. 276/1974) e poi con la dottrina della cosiddetta interpretazione conforme o adeguatrice – per cui, “in linea di principio, le

leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali... ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali” (sent. n. 356/1996) – prospetta ai giudici comuni una serie di aggiustamenti in ordine al compito di ciascuno (e dunque di entrambi) di interpretare ora la Costituzione ed ora la legge. Ciò nondimeno, i ricorrenti contrasti che investono le due parti della relazione inducono a ritenere che si tratti di aggiustamenti sempre provvisori e, pertanto, di soluzioni solo apparenti.

Così, è nuovamente il campo della procedura penale a fornire, a più di trent’anni di distanza, ampia materia per il contenzioso. Con riferimento, questa volta, ai termini di durata massima della custodia cautelare, la Corte costituzionale, nella sent. n. 292/1998, individua tramite una pronuncia di infondatezza quella che qualifica “l’unica soluzione ermeneutica enucleabile dal sistema e che si appalesa in linea con i valori della Carta fondamentale”. Conseguentemente, a fronte di ulteriori questioni di legittimità costituzionale ripetutamente sollevate da giudici *a quibus* non persuasi o comunque non soddisfatti dalla soluzione ermeneutica loro prospettata, procede con ordinanze di manifesta inammissibilità. Tra i giudici rimettenti, però, vi sono anche le sezioni unite penali della Corte di cassazione, il cui atto di promovimento viene oltremodo stigmatizzato dal giudice costituzionale, in quanto “si chiude con l’esplicito invito al ‘rispetto delle reciproche attribuzioni’, come se a questa Corte fosse consentito affermare i principî costituzionali soltanto attraverso sentenze caducatorie e le fosse negato, in altri tipi di pronunce, interpretare le leggi alla luce della Costituzione” (ord. n. 243/2003). A tale dichiarazione di manifesta inammissibilità rispondono per le rime, nel giro di un anno, le stesse sezioni unite penali della Corte di cassazione con la sent. del 17 maggio 2004, *Pezzella*, le quali accusano la Corte costituzionale, senza mezzi termini, di emettere decisioni “contrassegnate da assiomatica autoreferenzialità, distinguendosi per il rifiuto del confronto dialettico e per il diniego di valutare il merito degli argomenti sviluppati nelle ordinanze di rimessione”, e per tale via di voler imporre ai giudici comuni l’adesione ad un’“interpretazione totalmente innovativa, asimmetrica, rispetto ad uno *ius receptum* saldamente radicato sull’uniforme giurisprudenza, di legittimità e di merito, e sulle posizioni unanimi della dottrina”; laddove, di contro, all’interpretazione fornita dal giudice costituzionale nelle sentenze interpretative di rigetto “può attribuirsi soltanto il valore proprio di un precedente autorevole, sempreché, ovviamente, questo sia sorretto da argomentazioni persuasive, tali da indurre i giudici, nell’esercizio delle loro autonome funzioni, a condividerlo e a farlo proprio”. Insomma – sembra dire la Corte di cassazione – altro è l’*auctoritas* e altro è la *potestas*; la prima si guadagna sempre e solo sul campo (cioè sul piano dell’argomentazione) e, comunque, non fa accedere di per sé alla seconda.

Poiché solamente le sentenze di accoglimento (“quando la Corte dichiara l’illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge”: art.

136, co. 1, Cost.) producono effetti giuridici costituzionalmente implicati (“la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione”: art. 136, co. 1, Cost.), in entrambe le vicende qui sommariamente riportate, è la Corte costituzionale e non la Corte di cassazione ad operare, alla fine, un *revirement* sostanziale e/o processuale: nel primo caso, attraverso il ricorso ad una sentenza interpretativa di accoglimento (sentenza n. 52/1965), ma al tempo stesso con il riconoscimento dell’operatività del principio *tempus regit actum* (sent. n. 49/1970); e, nel secondo, una volta “preso atto che si è formato un diritto vivente incompatibile con l’interpretazione sinora sostenuta”, attraverso una definitiva sentenza di accoglimento (sent. n. 299/2005). Tutto ciò starebbe a testimoniare, dunque, lo svolgersi, più che di una guerra propriamente detta, di una controversia in cui si respira una certa “aria di famiglia” – prodotta anche dalle molteplici legature personali e funzionali tra la giurisdizione costituzionale e le giurisdizioni comuni, di cui si è già parlato – a cui poi consegue una “tacita intesa già intercorsa fra parenti, tutti d’accordo nello stendere la coltre del silenzio” (Elia, 1970, 946), in nome di progressivi, ancorché pur sempre precari adattamenti.

Alla luce di quanto si è sin qui detto, altrettanto poco conferente appare, nell’illustrazione dei termini propri della relazione qui osservata, il ricorso alla seconda metafora, quella del dialogo. Quest’ultima sopravanza l’immagine dell’“alleanza” tra la Corte costituzionale e i giudici comuni (almeno quelli ritenuti e qualificati “progressisti”: Onida, 1977, 548 ss.), formulata alla metà degli anni Settanta del secolo scorso e, in anni recenti, ben più della prima (la guerra) prospera e si diffonde in tutte le sue propaggini infra- e interordinamentali, al punto di essere assunta dalla stessa Corte costituzionale come un elemento qualificante del sistema italiano di giustizia costituzionale. Nella recente sent. n. 119/2015 si legge, infatti, che “l’incidentalità [del giudizio di legittimità costituzionale]... realizza l’interesse generale dell’ordinamento alla legalità costituzionale attraverso l’incontro ed il dialogo di due giurisdizioni che concorrono sempre – e ancor più in questo caso – alla definizione del diritto oggettivo”. E, in termini ancor più evocativi e ambiziosi, il Presidente della Corte costituzionale Paolo Grossi, nella sua relazione sulla giurisprudenza del 2016 presentata a Palazzo della Consulta il 9 marzo 2017, ha dichiarato che il “giudizio... incidentale continua a configurarsi, nell’esperienza, pur faticosa, che ne abbiamo, come l’occasione privilegiata di un permanente dialogo tra la Corte e i giudici comuni, nella ricerca e nella ‘invenzione’, se si può dire, e nei previsti limiti, del ‘miglior diritto possibile’ ” (Grossi, 2017, 15).

Tuttavia, proprio i dati presentati e pubblicati nel corso dell’ultima relazione annuale sulla giurisprudenza costituzionale, e dunque relativi al 2016, fanno emergere non episodiche difficoltà di interlocuzione tra giudici *a quibus* e giudice *ad quem* “in entrata”, posto che, a fronte di 158 decisioni scaturite da giudizi di legittimità costituzionale in via incidentale, in ben 77 casi (cioè in quasi la metà del totale) il giudice costituzionale

non è pervenuto a pronunciarsi nel merito (Corte costituzionale - Servizio studi, 2017, 17). Quanto poi agli effetti delle decisioni della Corte costituzionale “in uscita”, una ricerca pionieristica sulla giurisprudenza costituzionale degli anni 2000-2005, compiuta nell’ambito del Servizio studi della Corte costituzionale, ha documentato che solo il 70 per cento circa delle decisioni costituzionali cosiddette interpretative presenta un seguito “pacificamente conforme”, con l’effetto, pertanto, che quasi in un caso su tre i giudici comuni non aderiscono all’interpretazione proposta dal giudice costituzionale (Lamarque, 2007, 21) e, conseguentemente, nei giudizi comuni ricorrono ad una diversa soluzione ermeneutica, oppure emettono un nuovo atto di promovimento. Non v’è chi non veda, in proposito, quanto tutto questo determini una pernicioso “insicurezza dei rapporti giuridici che caratterizza la fase intermedia tra la pronuncia della Corte [costituzionale] e il suo proficuo e generalizzato innesto nella giurisprudenza comune ad opera della Cassazione” (Sorrenti, 2010, 68), nonché un evidente rallentamento delle vicende degli stessi giudizi *a quibus*, già di per sé, com’è noto, tutt’altro che di breve durata.

5. Il quadro che si è sin qui sommariamente tratteggiato fa emergere un elemento fisionomico, ma non per questo edificante del sistema italiano di giustizia costituzionale: quello per cui la convivenza tra il giudice costituzionale e i giudici comuni “non è il frutto casuale di una miracolosa armonia ordinamentale, ma è il risultato della messa in campo di complessi e raffinati strumenti di coordinamento tra le due sfere della legalità” (Luciani, 2016, 464-465), sempre in bilico nella ricerca di un proprio equilibrio. In altre parole, gli incerti e alterni confini tra la giurisdizione costituzionale e le giurisdizioni comuni non sono tracciati *a priori* e una volta per tutte, ma sono, per così dire, nella disponibilità delle parti (cioè dei soggetti istituzionali di volta in volta coinvolti), i quali incessantemente li definiscono e li ridefiniscono, in maniera talora configgente e talaltra consensuale – da cui il ricorso alle opposte metafore della “guerra” e del “dialogo” – attraverso continue e controverse “*actiones finium regundorum*” (Bin, 2015, 32). I termini di tale relazione rimangono dunque aperti, sì da sostanziare quelli che Enzo Cheli ha qualificato come il “pragmatismo” (Cheli, 1999, 19) e l’“elasticità” (Cheli, 1999, 47) del sistema italiano di giustizia costituzionale.

Tale conclusione sarebbe, tuttavia, ben lungi dal risultare appagante. L’elasticità – ha teorizzato Luigi Rossi in un suo risalente ma importante contributo – consiste nella capacità di un documento costituzionale di “adatt[ars]i alle variabili necessità dei tempi e delle circostanze, perché le sue formule, sintetiche e generiche, lasciano largo margine al loro sviluppo e alla loro integrazione mediante leggi costituzionali particolari, consuetudini e interpretazioni varie” (Rossi, 1940, 27-28). L’elasticità – ci dice oggi Fulco Lanchester a proposito della stagione attuale dell’ordinamento

costituzionale italiano – può determinare financo delle torsioni della Costituzione intesa in senso documentale, ma sempre sulla scorta di “rapporti di forza reali, accettati o subiti dai soggetti politicamente rilevanti all’interno dell’ordinamento e... supportati da una interpretazione conforme degli organi di giustizia costituzionale” (Lanchester, 2011, 11). Qui, tuttavia, si darebbe il caso in cui l’elasticità fosse determinata dallo stesso organo di giustizia costituzionale e, più o meno *obtorto collo*, supportata dai soggetti politicamente rilevanti, con un’evidente inversione, rispetto al modello teorico di riferimento, tra *legis latio* e *legis executio* (o, se si preferisce, tra *gubernaculum* e *iurisdictio*).

Da un punto di vista descrittivo, resta dunque vero oggi quanto osservato da Carlo Mezzanotte ormai quasi trent’anni fa, in ordine al fatto che “categorie e istituti appartengono al diritto processuale, ma il tipo di razionalità che li sorregge è ad esso estraneo poiché non obbedisce ad istanze di astratta coerenza logica ma alla concretezza ed oggettività di un sistema che impone alla Corte un ruolo commisurato all’effettività e alla funzionalità della forma di governo” (Mezzanotte, 1990, 66). Contrariamente alle aspirazioni e forse agli auspici di tale studioso, però, non sembra lecito potersi assumere tale conclusione – per cui, in buona sostanza, tanto il giudice costituzionale quanto i giudici comuni sarebbero legittimati a modellare autonomamente le reciproche relazioni in base a situazioni contingenti e a muoversi, conseguentemente, all’interno di un perimetro di regole non compiutamente definito – a cuor leggero.

In proposito, non posso non fare almeno un cenno alla vicenda, che tutti conosciamo e che tante aspettative ha ingenerato tra i soggetti istituzionali e gli attori politici, relativa alla ripetuta declaratoria di illegittimità costituzionale delle leggi elettorali, ad opera prima della “storica” sent. n. 1/2014 e poi, da ultimo, della sent. n. 35/2017. Rispetto ad entrambe le decisioni, desta una qualche preoccupazione non tanto l’esito di ciascun giudizio, che pure meriterebbe una riflessione ponderata e approfondita, quanto un certo occasionalismo derivante ora dagli sfuggenti percorsi argomentativi della prima pronuncia in ordine all’ammissibilità della questione di legittimità costituzionale relativa alla l. n. 270/2005 (sent. n. 1/2014); ora, all’opposto, dalle declaratorie di inammissibilità con riferimento alla l. n. 18/1979 nella sua versione vigente, in tema di elezioni dei membri del Parlamento europeo (sent. n. 110/2015 e ord. n. 165/2016; Polese, 2016, 14 ss.); ora, infine, dalla conferma dell’ammissibilità in merito alla l. n. 52/2015 (sent. n. 35/2017). In tale ultima circostanza, il giudice costituzionale ha così confermato di intendere in maniera differenziata l’ambito del proprio scrutinio a seconda della tipologia di leggi di volta in volta impugnate (elettorali o meno) e della circostanza per cui il diritto di voto potrebbe o non potrebbe trovare altrimenti tutela giurisdizionale. Ricorrendo a un’argomentazione decisamente consequenziale (cioè orientata alle conseguenze: Benvenuti, 2016b, 71 ss.) e intestandosi la garanzia di un pervasivo e onnicomprensivo

“principio di legittimità costituzionale” (Modugno, 1970, I, 69), la Corte costituzionale giunge così a configurare il proprio sindacato come se fosse a geometria variabile, rimodulando contestualmente e di volta in volta anche la funzione delle giurisdizioni comuni.

A fronte di tali considerazioni di ordine analitico, per quanto il giudice costituzionale, nei rapporti intercorrenti con i giudici comuni, possa fare un uso più responsabile e meditato di quella che Leopoldo Elia ha chiamato in anni recenti la propria “segnalatica giurisprudenziale” (Elia, 2002, 3688 ss.), sul piano ricostruttivo la “resilienza” (Conti, 2012, 33) del sistema italiano di giustizia costituzionale non può considerarsi come una proprietà congenitamente illimitata. La Corte costituzionale, oggi, è certamente “più libera” (Bartole, 2014, 510) che in passato, ma non può mai né considerarsi né essere considerata “libera” *tout court*, pena la caduta in una *contradictio in adiecto* rispetto alla propria suprema funzione di custode (della rigidità) della Costituzione (Kelsen, 1930-1931, 231 ss.), che deve svolgersi pur sempre secondo le condizioni, le forme e i termini di proponibilità dei giudizi, normativamente prestabiliti. Piuttosto, alle manchevolezze di ordine tipologico a cui si è fatto sin qui cenno “può porsi rimedio... modificando (ovviamente in via di revisione costituzionale) il sistema con l'introduzione di nuove impugnazioni in via principale (eventualmente ad opera di dati soggetti od organi e contro leggi ed atti equiparati aventi dati oggetti e/o per dati vizi)”. Ciò è stato riconosciuto *apertis verbis* dallo stesso giudice costituzionale nella sent. n. 406/1989, da cui è tratto il brano poc'anzi riportato; e vale la pena ripeterlo oggi, ricordando qui – da osservatore non certo benevolo di quel progetto – che una delle innovazioni meno controverse del recente disegno di legge costituzionale rigettato con il *referendum* costituzionale del 4 dicembre 2016 concerneva l'introduzione di un giudizio preventivo di legittimità costituzionale, ancorché timidamente limitato alle leggi relative alla disciplina dell'elezione dei membri della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica (art. 13). Chissà che quella prospettiva non possa costituire *pro futuro* un tassello per un sano percorso di manutenzione costituzionale (Croce, 2014, 294 ss.), posto che le rare e non sempre preziose attenzioni riservate dal legislatore al sistema italiano di giustizia costituzionale “potrebbero ascrivere ad una generale buona tenuta della Corte costituzionale nel complessivo sistema istituzionale... ma potrebbero costituire, anche, un segno di quella indifferenza nei confronti della Corte che ha tradizionalmente contrassegnato l'atteggiamento del Parlamento” (Spagnoli, 1996, 100).

Di converso, manifesterei personalmente una certa circospezione in ordine alle capacità autocorrettive del giudice costituzionale rispetto alla “parziale autogestione” (Spadaro, 2017, 3) delle proprie relazioni con i giudici comuni. Una Corte costituzionale che plasmasse essa stessa e non fosse piuttosto plasmata dalle regole processuali; che, operando “a monte”, stabilisse occasionalmente chi è giudice e chi no, al fine di sollevare una questione di legittimità costituzionale, e aprisse o chiudesse

le porte del proprio scrutinio secondo valutazioni circostanziali; che, operando “a valle”, determinasse di volta in volta e *motu proprio* gli effetti delle proprie pronunce; che, in buona sostanza, collocasse i profili procedurali all’interno dell’attività di bilanciamento; tutto questo, ebbene, non farebbe certo emergere la forza del sistema italiano di giustizia costituzionale, quanto, in assenza di reazioni da parte degli altri organi costituzionali (*in primis*, del Parlamento), la precipua debolezza di questi e, con essa, quella dello stesso ordinamento complessivamente considerato. È stato detto, da ultimo, da Antonio Ruggeri che, allorché “sia pure ad un nobile fine... i garanti si fanno decisori politici” (Ruggeri, 2017, 15), il risultato è solo quello di una “confusione di ruoli istituzionali” (Ruggeri, 2017, 14), non altro.

Costantino Mortati – mi piace evocarlo ancora, in conclusione, vista la sede in cui ci troviamo – preconizzava, poco tempo dopo l’entrata in vigore della Carta repubblicana, che la Corte costituzionale avrebbe dovuto temere “tre nemici... l’ostilità, l’indifferenza, la cieca fiducia” (Mortati, 1949, 691); tra di essi, ad avviso dell’illustre studioso, proprio “quest’ultimo appare il più pericoloso. È infatti radicato nello spirito italiano, poco affezionato ai valori della libertà, non educato all’esercizio della democrazia, non disposto ad alcun sacrificio per la difesa delle istituzioni popolari, l’inclinazione a cercare in presidi esterni, la monarchia ieri, la Corte costituzionale oggi, quelle difese che invece devono trovare il loro vero fondamento nel cuore di ogni cittadino” (Mortati, 1949, 691). Se tali erano già allora i termini dei problemi e, con essi, delle prospettive, la questione dei rapporti tra la giurisdizione costituzionale e le giurisdizioni comuni nella storia repubblicana sembra far emergere una propria proiezione in qualche modo generale: quella per cui anche questa storia particolare è parte della storia generale del Paese e, pertanto, dei caratteri di quest’ultima partecipa con tutte le sue nobiltà e le sue virtù, ma anche con tutte le sue debolezze e le sue asperità.

6. Bibliografia citata nel testo

Aggiornamenti in tema di processo costituzionale, a cura di R. Romboli, Torino, 1990, 1993, 1996, 1999, 2002, 2005, 2008, 2011 e 2014.

AGRÒ A.S., *Note storiche sui rapporti tra l’interpretazione del giudice comune e quella della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2004, pp. 3341-3355.

ANZON A., *Gli assistenti di studio dei giudici costituzionali*, in *L’organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, a cura di P. Costanzo, Torino, 1996, pp. 215-227.

ASSEMBLEA COSTITUENTE, *Atti della Commissione per la Costituzione*, s.d. [ma 1946], vol. II.

ASSINI N., *L'oggetto del giudizio di costituzionalità e la "guerra delle due corti"*, Milano, 1973.

AZZARITI G., *Dichiarazioni del Presidente della Corte costituzionale nel corso di una conversazione con i rappresentanti della stampa*, [1957], su www.cortecostituzionale.it, pp. 1-7.

BARTOLE S., *Giustizia costituzionale (linee evolutive)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 2014, annali VII, pp. 477-511.

BENVENUTI M., *Libertà senza liberazione*, Napoli, 2016 (a).

BENVENUTI M., *Zone franche che si chiudono e zone d'ombra che si aprono nella sent. n. 1/2014 della Corte costituzionale*, in *Liber Amicorum in onore di Augusto Cerri*, Napoli, 2016, pp. 51-75 (b).

BIN R., *L'interpretazione conforme*, in *Studi in onore di Maurizio Pedrazza Gorlero*, Napoli, 2015, vol. II, pp. 19-32.

BONINI F., *Storia della Corte costituzionale*, Roma, 1996.

CALAMANDREI P., *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, [1950], rist. in ID., *Opere giuridiche*, Napoli, 1968, vol. III, pp. 337-412.

CALAMANDREI P., *L'ostruzionismo di maggioranza*, [1953], rist. in ID., *Scritti e discorsi politici*, Firenze, 1966, vol. I.1, pp. 546-595.

CALAMANDREI P., *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, [1956], rist. in ID., *Opere giuridiche*, Napoli, 1968, vol. III, pp. 609-654.

CAMERA DEI DEPUTATI, *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente*, Roma, 1970, vol. V.

CAPPELLETTI M., *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano, 1955.

CAPPELLETTI M., *Questioni nuove (e vecchie) sulla giustizia costituzionale*, in *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale*, Milano, 1990, pp. 31-42.

CARTABIA M., *La fortuna del giudizio di costituzionalità in via incidentale*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Torino, 2016, vol. I, pp. 481-500.

CASSESE S., *Dentro la Corte*, Bologna, 2015.

CERRI A., *La giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2001, pp. 1325-1362.

CERRI A., *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Milano, 2012.

CHELI E., *Il giudice delle leggi*, n. ed., Bologna, 1999.

COMMISSIONE PER STUDI ATTINENTI ALLA RIORGANIZZAZIONE DELLO STATO, *Relazione della Prima Sottocommissione*, in *Relazione all'Assemblea costituente*, Roma, 1946, vol. I, pp. 1-273.

CONTI G.L., *Mantenere nel tempo il valore del giudizio incidentale di legittimità costituzionale*, in *La "manutenzione" della giustizia costituzionale*, a cura di C. Decaro et al., Torino, 2012, pp. 31-61.

CORTE COSTITUZIONALE - SERVIZIO STUDI, *Giurisprudenza costituzionale dell'anno 2016*, [2017], su www.cortecostituzionale.it, pp. 1-61.

CRISAFULLI V., *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, a cura di N. Occhicupo, Bologna, 1978, pp. 69-86.

CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale*, V ed., Padova, 1984, vol. II.2.

CROCE M., *Sull'opportunità dell'introduzione di un ricorso diretto di costituzionalità sulla legge elettorale*, in *Le proposte di riforma della Costituzione*, a cura di A. Cardone, Napoli, 2014, pp. 289-299.

DE NICOLA E., *Discorso pronunciato dal Presidente Enrico De Nicola alla presenza del Presidente della Repubblica Giovanni Gronchi nella udienza inaugurale del 23 aprile 1956*, [1956], su www.cortecostituzionale.it, pp. 1-7.

DE SIERVO U., *L'istituzione della Corte costituzionale in Italia*, in *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettive*, a cura di P. Carnevale e C. Colapietro, Torino, 2008, pp. 49-78.

D'ORAZIO G., *La genesi della Corte costituzionale*, Milano, 1981.

D'ORAZIO R., *L'Archivio Mortati*, in *Costantino Mortati*, a cura di F. Lanchester, Milanofiori Assago, 2017, pp. 243-279.

ELIA L., *La Corte ha chiuso un occhio*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1970, pp. 946-953.

ELIA L., *Modeste proposte di segnaletica giurisprudenziale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2002, pp. 3688-3690.

ESPOSITO C., *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia*, [1950], rist. in ID., *La Costituzione italiana*, Padova, 1954, pp. 263-281.

EULA E., *Magistratura e Costituzione*, in *Il foro padano*, 1956, pt. IV, cc. 41-54.

FERRARI G., *La travagliata gestazione della Corte costituzionale ed i problemi dei termini in Costituzione rigida e della compatibilità fra le cariche di giudice costituzionale e senatore vitalizio*, in *Scritti in memoria di Antonino De Stefano*, Milano, 1990, pp. 85-109.

FONTANA G., *Le garanzie costituzionali*, in *Il coordinamento finale della Costituzione*, a cura di A. Celotto, Napoli, 2009, pp. 265-294.

GARELLA F., INTRECCIALAGLI P., MARCELLI F. e STANCANELLI A., *Il personale*, in *Le amministrazioni degli organi costituzionali*, a cura di C. D'Orta e F. Garella, Roma-Bari, 1997, pp. 218-302.

GRIECO T., *The Role of Judicial Assistants within the Italian Constitutional Court*, in *The Role of Assistant-Magistrates in the Jurisdiction of Constitutional Courts*, București, 2016, pp. 91-101.

GROSSI P., *Relazione del Presidente Paolo Grossi sulla giurisprudenza costituzionale del 2016*, [2017], su www.cortecostituzionale.it, pp. 1-15.

JAEGER N., *Rilievi suggeriti da otto anni di esperienza della Corte costituzionale*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 1964, pp. 1769-1777.

JEMOLO A.C., *La legge sulla istruttoria sommaria*, in *Astrolabio*, 1965, fasc. X, p. 27.

KELSEN H., *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, [1930-1931], trad. it. *Chi dev'essere il custode della costituzione?*, in ID., *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981, pp. 229-291.

LAMARQUE E., *Relazione illustrativa*, in CORTE COSTITUZIONALE - SERVIZIO STUDI, *Il seguito delle decisioni interpretative e additive di principio della Corte costituzionale presso le autorità giurisdizionali*, [2007], su www.cortecostituzionale.it, pp. 1-57.

LAMARQUE E., *Chi sono gli assistenti di studio dei giudici costituzionali*, in *Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, pp. 1065-1085.

LAMARQUE E., *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, 2012.

LANCHESTER F., *La Costituzione tra elasticità e rottura*, Milano, 2011.

LANCHESTER F., BENVENUTI M., GIORGI C., MELIS G., FABBRINI S., FERRARRESE M.R., CECCANTI S., ZENO ZENCOVICH V. e CASSESE S., *Pensare la Corte costituzionale*, in *Nomos*, 2015, fasc. II, su www.nomos-leattualitaneldiritto.it, pp. 1-46.

LAVAGNA C., *Atti ed eventi costituzionali in Italia dal 1° gennaio 1948 al 31 dicembre 1950*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1951, pp. 429-452.

LODOLINI E., *Una Corte senza archivio*, in *Rassegna degli Archivi di Stato*, 2014, pp. 217-224.

LUCIANI M., *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, 2007, pp. 795-820.

LUCIANI M., *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enciclopedia del diritto*, annali IX, Milano, 2016, pp. 391-476.

MALFATTI E., PANIZZA S. e ROMBOLI R., *Giustizia costituzionale*, V ed., Torino, 2016.

MEZZANOTTE C., *Il giudizio sulle leggi*, [1979], rist. Napoli, 2014.

MEZZANOTTE C., *Processo costituzionale e forma di governo*, in *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale*, Milano, 1990, pp. 63-69.

MODUGNO F., *L'invalidità della legge*, Milano, 1970, vol. I.

MORTATI C., *La Corte costituzionale e i presupposti per la sua vitalità*, [1949], rist. in ID., *Raccolta di scritti*, Milano, 1972, vol. III, pp. 679-702.

MORTATI C., *Effetti pratici delle sentenze interpretative della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1959, pp. 551-553.

ONIDA V., *L'attuazione della Costituzione fra magistratura e Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, 1977, vol. IV, pp. 501-595.

PASQUINO P., *Controllo di costituzionalità e democrazia rappresentativa*, in *Diritto e culture della politica*, a cura di S. Rodotà, Roma, 2004, pp. 39-65.

PASQUINO P., *Controllo di costituzionalità e forma di governo in Italia*, in *Giornale di storia costituzionale*, 2006, fasc. XI, pp. 309-320.

PERELMAN C. e OLBRECHTS-TYTECA L., *Traité de l'argumentation*, [1958], trad. it. *Trattato dell'argomentazione*, Torino, 2013.

PIZZORUSSO A., *Art. 134-136, 137 (prima e seconda parte)*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1981, pp. 1-312.

POLESE M., *L'eccezione e la regola*, in *Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, 2016, fasc. III, su www.rivistaaic.it, pp. 1-28.

POMBENI P., *La questione costituzionale in Italia*, Bologna, 2016.

PUGIOTTO A., *Dalla "porta stretta" alla "fuga" dalla giustizia costituzionale?*, in *Quaderni costituzionali*, 2016, pp. 149-169.

RANDAZZO B., *Dietro le quinte della Corte costituzionale*, in *La giustizia costituzionale ed i suoi utenti*, a cura di P. Pasquino e B. Randazzo, Milano, 2006, pp. 163-168.

RIGANO F., *Costituzione e potere giudiziario*, Padova, 1982.

ROMBOLI R., *Nota a Corte costituzionale, ordinanza 19 dicembre 2013, n. 323*, in *Il foro italiano*, 2014, pt. I, cc. 1383-1384.

ROSSI E., *Le vicende e le attività del Servizio studi della Corte costituzionale*, in *Nomos*, 2017, fasc. I, su www.nomos-leattualitaneldiritto.it, pp. 1-18.

ROSSI E. e VUOTO S., *I giudici della Corte costituzionale di nomina delle supreme magistrature*, in *Giudici e giurisdizioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, a cura di P. Ciarlo *et al.*, Torino, 1997, pp. 343-368.

ROSSI L., *La "elasticità" dello Statuto italiano*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, 1940, vol. I, pp. 25-43.

RUGGERI A., *Appunti per uno studio delle più salienti vicende della giustizia costituzionale in Italia*, in *Nomos*, 2017, fasc. I, su www.nomos-leattualitaneldiritto.it, pp. 1-15.

RUGGERI A. e SPADARO A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*, V ed., Torino, 2014.

SAJA F., *Risposta al professor Mauro Cappelletti*, in *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale*, Milano, 1990, pp. 43-45.

SANDULLI A.M., *Sulla "posizione" della Corte costituzionale nel sistema degli organi supremi dello Stato*, [1960], rist. in ID., *Scritti giuridici*, Napoli, 1990, vol. I, pp. 399-423.

SILVESTRI G., *La Corte costituzionale nella svolta di fine secolo*, in *Storia d'Italia. Annali 14*, a cura di L. Violante, Torino, 1998, pp. 941-1002.

SILVESTRI G., *Alle origini del modello italiano di giurisdizione costituzionale*, in *Genesis ed evoluzione dei sistemi di giustizia costituzionale*, Napoli, 2012, pp. 95-113.

SORRENTI G., *La Costituzione "sottintesa"*, in *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*, Milano, 2010, pp. 3-96.

SPADARO A., *Sulla intrinseca "politicalità" delle decisioni "giudiziarie" dei tribunali costituzionali contemporanei*, in *Federalismi.it*, 2017, fasc. V, in www.federalismi.it, pp. 1-16.

- SPAGNOLI U., *I problemi della Corte*, Torino, 1996.
- TRANFAGLIA N., *Per una storia politica della corte costituzionale*, [1973], rist. in ID., *Dallo Stato liberale al regime fascista*, Milano, 1981, pp. 185-280.
- ZAGREBELSKY G., e MARCENÒ V., *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012.

Si riportano di seguito le bozze della relazione e dell'articolato relative al d.d.l. cost. n. 68, discusso dall'Assemblea costituente nella seduta pomeridiana del 31 gennaio 1948 e destinato a diventare la l. cost. n. 1/1948.

Fonte: Archivio storico della Camera dei deputati, Fondo archivistico dell'Assemblea costituente, fascicolo legislativo n. 68, busta n. 95.

ASSEMBLEA COSTITUENTE N. 68

DISEGNO DI LEGGE COSTITUZIONALE

PRESENTATO DAL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI (DE GASPERI)

dal Ministro di Giustizia e Giurisdizione

Norme per la responsabilità dei giudici e per la garanzia d'indipendenza della Corte Costituzionale

Seduta del 28 gennaio 1948

DISEGNO DI LEGGE

ART. 1.

La questione di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente valore di legge rilevata d'ufficio nel corso di un giudizio o sollevata da una delle parti non ritenuta dal giudice manifestamente infondata, è rimessa alla Corte costituzionale per la sua decisione.

1 a dello Stato o della Regione,

La questione di legittimità costituzionale può essere entro due anni dalla pubblicazione della legge o dell'atto avente valore di legge promossa nell'interesse pubblico dal Governo o da un quinto dei componenti delle Camere. Quando una Regione ritenga che una legge od un atto avente valore di legge della Repubblica invada la sfera della competenza normativa ad essa assegnata dalla Costituzione, può, con deliberazione della Giunta regionale, promuovere l'azione di illegittimità costituzionale davanti alla Corte, nel termine di trenta giorni dalla pubblicazione della legge o dell'atto avente valore di legge.

forza nel corso di un giudizio

ART. 2.

La Corte costituzionale è la sola competente a giudicare della validità dei titoli e dell'elezione dei membri della Corte stessa. I membri della Corte costituzionale non possono essere rimossi né sospesi dal loro

giudici

ufficio se non con decisione della Corte per sopravvenuta incapacità fisica o civile o per gravi mancanze nell'esercizio delle loro funzioni.

Finché durano in carica, i membri della Corte costituzionale godono della immunità accordata dall'articolo 67 della Costituzione ai membri delle due Camere e non possono, senza autorizzazione della Corte stessa, essere arrestati e sottoposti a giudizio.

La Corte costituzionale ha una dotazione propria con stanziamento speciale nel bilancio del Tesoro e provvede in forma autonoma alla sua gestione. Le indennità dei membri della Corte sono stabilite per legge.

Fin nel secondo comma

Le
L'

Il trattamento

L,

giudici
1468

X

ivi prevista e' data dalla Corte costituzionale

e *o*

No 68

33
 3° testo concretato con
 il Consigliere Leone della
 Presidenza del Consiglio dei Mini-
 stri il 24 gennaio 1948

Relazione al disegno di legge costituzionale in applicazione
 dell'art. 137 della Costituzione per il funzionamento della
 Corte Costituzionale.

L'art. 137 della Costituzione prevede che: "una legge costi-
 tuzionale stabilisce le condizioni, le forme e i termini di pro-
 ponibilità dei giudizi di legittimità costituzionale, e le garan-
 zie di indipendenza dei giudici della Corte".

Non occorre rilevare l'urgenza e la necessità che la legge
 costituzionale così prevista sia emanata dall'Assemblea Costituente,
 a ciò autorizzata anche dal numero XVII delle disposizioni
 transitorie finali. E' chiaro che, se l'emanazione della legge
 costituzionale fosse rimandata alle due future Camere Legisla-
 tive, occorrerebbe così almeno un anno di tempo prima che la Cor-
 te costituzionale potesse entrare in funzione.

Le norme da inserirsi nella legge costituzionale prevista dal-
 l'articolo 137 devono essere sobrie e di stile costituzionale;
 quasi articoli addiattivi da inserirsi nella stessa costituzione.

Un primo articolo contempla, secondo la dizione dell'articolo
 137, le condizioni, le forme ed i termini di proponibilità dei
 giudizi di legittimità costituzionale, adottando la formulazione
 che fu ~~presentata nell'Assemblea Costituente ed elaborata ed ap-
 provata dal Comitato di Redazione della Costituzione.~~

Vi ~~sono~~ ^e in sostanza ^{una} due categorie di ricorsi, che danno luogo
 al giudizio di costituzionalità di una legge o di un atto avente
 forza di legge; ^{ossia} la prima è dei ricorsi da parte di un soggetto
 di diritto - persona fisica o ente - per lesione diretta ed at-
 tuale di un suo diritto o interesse legittimo. Questa prima ca-
 tegoria di ricorsi presuppone che la questione di legittimità
 costituzionale sia rilavata di ufficio o sollevata da una delle

./.

App.

34

parti nel corso di un giudizio e non sia ritenuta dal giudice ordinario o amministrativo davanti al quale si svolge il giudizio manifestamente infondata. La questione è in tali casi rimessa alla Corte costituzionale per la sua decisione.

La seconda categoria dei possibili ricorsi è rappresentata da quelli che, all'infuori di ogni lesione di diritto o di interesse sono sollevati nell'interesse pubblico e generale, quasi con carattere di azione popolare, dal Governo o da un quorum di componenti di ciascuna Camera. Se si risale alle esigenze fondamentali che hanno determinato l'istituzione d'una Corte Costituzionale, per garantire che le leggi ordinarie non possano violare le norme della costituzione, ben s'intende la ragion d'essere di questa categoria di ricorsi, di cui l'Assemblea Costituente ha già riconosciuta la necessità, respingendo le proposte di una sua soppressione. Mentre si può comprendere che, dove il sindacato di costituzionalità è affidato ad un organo di struttura puramente giudiziaria, come negli Stati Uniti America e nella Svizzera il sindacato stesso ai limiti alla lesione concreta di diritti singoli, non si comprende che dove, come avviene in più recenti costituzioni, il sindacato è demandato ad organi di speciale formazione, appunto per la speciale natura costituzionale delle questioni, possa escludersi la possibilità dell'organo governativo o di correnti di minoranza nelle Camere, di contestare la validità di leggi ritenute incostituzionali.

L'articolo 137 della Costituzione pone, tra i compiti della legge costituzionale, i termini per i ricorsi di incostituzionalità. Potrebbe apparire opportuno che per non protrarre troppo a lungo l'incertezza sulla validità della legge, si apponesse un termine ad ogni e qualunque ricorso di costituzionalità. Ma tenuta presente anche la natura del ricorso incidentale, non sarebbe ammissibile sottomettere a limiti di tempo l'esercizio del diritto.

- 3 -

to di opporre l'invalidità e cioè l'insussistenza di una legge che lede completamente i propri diritti ed interessi legittimi. L'apposizione del termine - che si propone in due anni dalla pubblicazione della legge - può concepirsi soltanto per i ricorsi nel pubblico interesse, tenendo ad ogni modo presente che, decorso i due anni, restano le possibilità generali di modifica e revocazione di una legge da parte del Parlamento e di abrogazioni della legge stessa per mezzo di referendum popolare, in base all'articolo 75 della Costituzione.

Una seconda parte (art. 2) del disegno di legge contiene le garanzie di indipendenza dei membri della Corte Costituzionale.

1) E' anzitutto da stabilire che la Corte stessa sia la sola competente a verificare la validità dei titoli dei suoi membri.

2) E' poi da provvedere alla inamovibilità dei membri della Corte stabilendo che non possano essere rimossi nè sospesi dal loro ufficio se non con decisione della Corte.

3) Appare altresì giusto e necessario accordare ai Membri della Corte costituzionale per quanto riguarda i giudizi penali le immunità stabilite nel secondo comma dell'art. 68 della Costituzione per i membri del Parlamento. Tali immunità che l'Assemblea Costituente non ha accettato per tutti i giudici ordinari di qualunque ramo, trovano una particolare giustificazione per i compiti affidati alla Corte di fronte alla Magistratura ed ai più alti Organi dello Stato.

4) Per assicurare più pienamente la sua indipendenza, viene assegnata alla Corte costituzionale una dotazione propria con stanziamento speciale nel bilancio del Tesoro, così che possa provve-

./.

- 4 -

dere in forma autonoma alla relativa gestione. Una simile proposta non è nuova; è stata avanzata anche per la Corte dei Conti; e merita attuazione per un Organo come la Corte costituzionale che, dovendo giudicare della validità delle leggi, ha una funzione ed un rilievo tale che giustifica un sistema di gestione, con fondi propri, quale hanno le due Camere, senza assoggettamento a controlli contabili ordinari. Gli assegni e le indennità dei giudici della Corte sono fissati con legge.

Disegno di legge costituzionale in applicazione dell'art.137 della Costituzione per il funzionamento della Corte costituzionale.

Art. 1.

La questione di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge dello Stato o della regione rilevata di ufficio o sollevata da una delle parti nel corso di un giudizio e non ritenuta dal Giudice manifestamente infondata, è rimessa alla Corte costituzionale per la sua decisione.

~~La questione di legittimità costituzionale può essere, entro due anni dalla pubblicazione della legge o atto avente forza di legge, promossa nell'interesse pubblico dal Governo in seguito a deliberazione del Consiglio dei Ministri o da un quinto dei componenti delle Camere.~~

Art. 2.

La Corte costituzionale è la sola competente a giudicare della validità dei titoli dei membri della corte stessa.

I giudici della Corte costituzionale non possono essere rimossi nè sospesi dal loro ufficio se non con decisione della Corte, per sopravvenuta incapacità fisica o civile o per gravi mancanze nell'esercizio delle loro funzioni.

Finchè durano in carica i giudici della Corte costituzionale godono della immunità accordata nel 2° comma dell'art. 68 della Costituzione ai Membri delle due Camere. L'autorizzazione ivi prevista è data dalla Corte costituzionale.

La Corte costituzionale ha una dotazione propria con stanziamento speciale nel bilancio del Tesoro e provvede in forma autonoma alla relativa gestione. Il trattamento dei membri della Corte è stabilito per legge.

L'indépendance de la fonction parlementaire, la separation des pouvoirs et l'affaire « Fillon »*

di Maria Rosaria Donnarumma*

Sommaire : 1. Introduction. – 2. Les questions de compétence et de pertinence de la règle de droit pénal applicable, y compris le droit international - 3. Les questions de droit constitutionnel : l'indépendance de la fonction parlementaire, la séparation des pouvoirs. - 4. Considérations conclusives.

1. Introduction

L'affaire « Fillon », qui a éclaté dans la presse française à la suite de l'information judiciaire pour détournement de fonds publics¹⁴³¹, ouverte le 24 février 2017, après un mois d'enquête préliminaire, par le Parquet national financier¹⁴³² contre le candidat du parti « Les républicains » à l'élection présidentielle de 2017, soulève plusieurs questions relevant, selon certains commentateurs, non seulement du droit pénal, mais aussi du droit constitutionnel.

En effet, les avocats de Fillon, ainsi que d'autres juristes, ont non seulement contesté la compétence du Parquet et l'application de l'article 432-15 du code pénal, mais aussi invoqué la violation de principes du droit constitutionnel, tels que l'indépendance de la fonction parlementaire et la séparation des pouvoirs.

* Contributo sottoposto a double blind peer review

**Professeur des Institutions de droit public et de Droit public avancé.

¹⁴³¹ Exactement pour « détournement de fonds publics, abus de biens sociaux et recel, trafic d'influence et manquements aux obligations de la déclaration à la Haute Autorité sur la transparence de la vie publique ».

¹⁴³² Le communiqué du Parquet précise textuellement : « Dans le prolongement de l'enquête préliminaire ouverte le 25 janvier 2017 concernant, notamment, monsieur et madame Fillon, le Parquet national financier a décidé d'ouvrir, dès ce jour, une information judiciaire en raison de l'ancienneté d'une partie des faits concernés et de l'exigence de la mise en œuvre de l'action publique résultant de l'article 4 de la loi adoptée définitivement le 16 février 2017 ». On fait référence au risque de prescription prévue par la loi n° 2017-242 sur la prescription en droit pénal, qui en exempte, d'après son article 4, les infractions ayant « valablement donné lieu à la mise en mouvement ou à l'exercice de l'action publique » au moment de son entrée en vigueur, et non entachées par la prescription selon la loi jusqu'alors applicable..

Ils sont allés jusqu'à dénoncer un « coup d'État institutionnel » (!), tandis que François Fillon, lors d'une émission sur la chaîne télévisée France 2 le 23 mars dernier, a accusé même le président de la République d'être à la tête d'un « cabinet noir »¹⁴³³. Cela a provoqué l'immédiate réaction de François Hollande, qui a condamné « avec la plus grande fermeté les allégations mensongères de François Fillon », en ajoutant que celui-ci a dépassé tout respect à la dignité liée aux fonctions à remplir¹⁴³⁴.

C'est le spectacle peu édifiant, auquel on est confronté au cours de cette campagne pour l'élection présidentielle de 2017.

2. Les questions de compétence et de pertinence de la règle de droit pénal applicable, y compris le droit international

Les avocats de François Fillon, ainsi que treize juristes, ayant signé un appel, publié le 18 février 2017 sur le site *Atlantico.fr*¹⁴³⁵, pour dénoncer un « coup d'État institutionnel », ont contesté l'enquête ouverte le 25 janvier 2017 par le Parquet national financier, en faisant appel à plusieurs arguments, parmi lesquels la compétence du Parquet et la pertinence de la règle de droit pénal applicable.

Le Parquet national financier a été créé en décembre 2013¹⁴³⁶ et installé en mars 2014, pour centraliser et rendre plus efficaces les procédures contre la fraude fiscale et la délinquance économique et financière, alors que le pays faisait face à un des plus grands scandales sous la présidence Hollande : l'affaire « Cahuzac », mettant en cause, pour fraude fiscale et blanchiment d'argent, l'ancien ministre du budget.

Les compétences du Parquet sont définies aux articles 705 et 705-1 du code de procédure pénale. D'après l'article 705, le Parquet a compétence pour les fraudes fiscales, les fraudes électorales et les délits d'atteinte à la probité (ex. : corruption, trafic d'influence, prise illégale

¹⁴³³ Par l'expression « cabinet noir » on fait référence à la pratique du non respect du secret de la correspondance, qui en France prit de l'importance sous Richelieu, en poursuivant jusqu'au Second Empire.

¹⁴³⁴ Le Parquet national financier, saisi par des membres du parti « Les républicains » au sujet des soupçons d'un « cabinet noir », a décidé, le 6 avril, de ne pas ouvrir d'enquête, car les affirmations contenues dans le livre « Bienvenue place Beauvau », sur lesquelles s'appuyait l'accusation portée par Fillon, « sont trop imprécises et manquent trop d'étai pour pouvoir justifier l'ouverture d'une enquête préliminaire ».

¹⁴³⁵ Il s'agit d'un site d'information sur internet, créé en 2011.

¹⁴³⁶ Cf. la loi organique n° 2013-1115 du 6 décembre 2013 relative au procureur de la République financier et la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière.

d'intérêts, détournement de fonds publics), à la condition qu'il s'agisse d'« affaires qui sont ou apparaîtraient d'une grande complexité ». C'est justement cet aspect qui est contesté par la défense de Fillon, puisque, à première vue, l'allégation d'emplois fictifs, fournis par Fillon à son épouse et à ses enfants, ne semble pas impliquer une enquête de grande complexité.

Étant donné, toutefois, la souplesse de la notion d'« affaire de grande complexité », il n'est pas aisé de prouver que la condition n'est pas remplie dans l'affaire Fillon, d'autant plus que le délit de détournement de fonds publics ne figure pas expressément à l'article 705 et l'application de l'article 432-15 du code pénal est contestée en l'espèce. Cela pourrait justifier la complexité de l'affaire.

Il faut aussi souligner que la compétence en cause du Parquet n'est pas exclusive, mais concurrente avec celle des juridictions interrégionales spécialisées et des tribunaux de grande instance de droit commun. Ce qui a amené le Parquet à préciser, dans un communiqué du 6 février 2017, qu'avant l'ouverture de l'enquête préliminaire il y a eu concertation avec le Parquet de Paris, comme le prévoit la circulaire du ministère de la justice du 31 janvier 2014¹⁴³⁷.

Une autre objection, avancée par la défense de Fillon, concerne la règle de droit pénal applicable, soit l'article 432-15, qui récite textuellement :

« - Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, un comptable public, un dépositaire public ou l'un de ses subordonnés, de détruire, détourner ou soustraire un acte ou un titre, ou des fonds publics ou privés, ou effets, pièces ou titres en tenant lieu, ou tout autre objet qui lui a été remis en raison de ses fonctions ou de sa mission, est puni de dix ans d'emprisonnement et d'une amende de 1 000 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit de l'infraction. – La tentative du délit prévu à l'alinéa qui précède est punie des mêmes peines ».

La querelle porte sur les personnes visées, puisque cet article, à la différence d'autres articles (article 432.12 et article 432-14), ne mentionne pas les personnes « investies d'un mandat électif public ». D'où découlerait, selon les avocats de Fillon, la loi étant « d'interprétation stricte », l'exclusion des parlementaires.

Mais peut-on vraiment affirmer qu'un membre du parlement, qui représente la Nation ou bien les collectivités locales, qui participe à l'exercice de la souveraineté nationale et vote la loi, n'est

¹⁴³⁷ Visant à préciser la nouvelle architecture des juridictions spécialisées en matière économique et financière, induite par la création du procureur de la République financier.

pas dépositaire de l'autorité publique, ni chargé d'une mission de service public ? Il s'agit d'une interprétation biaisée de la loi, et non « stricte ».

Par ailleurs - comme le juriste Guillaume Beaussonie le souligne sur son blog - même si on conteste l'application de l'article 432-15, on peut toujours faire référence au délit d'abus de confiance (article 341-1 du code pénal¹⁴³⁸), pour lequel aucune qualité particulière de l'agent n'est requise.

Cela d'après le droit interne. À l'appui de la thèse, selon laquelle le parlementaire est un agent public, il y a aussi le droit international. La convention de Merida contre la corruption¹⁴³⁹, ratifiée par la France¹⁴⁴⁰ et ayant, donc, « une autorité supérieure à celle des lois » (article 55 de la constitution), définit ainsi l'agent public dans son article 2, *sub a*) i :

« Aux fins de la présente Convention : a) On entend par “agent public” : i) toute personne qui détient un mandat législatif, exécutif, administratif ou judiciaire d'un État Partie, qu'elle ait été nommée ou élue, à titre permanent ou temporaire, qu'elle soit rémunérée ou non rémunérée, et quel que soit son niveau hiérarchique ».

En outre la convention, en prévoyant le délit de détournement ou autre usage illicite de biens par un agent public (article 17)¹⁴⁴¹ et le délit d'abus de fonctions (article 19)¹⁴⁴², engage chaque État Partie à adopter « les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale » aux délits visés.

Peut-on arguer valablement que les membres du parlement ne peuvent être poursuivis pour détournement de fonds publics ?

¹⁴³⁸ Article 341-1 c. p. : « - L'abus de confiance est le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé. - L'abus de confiance est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende ».

¹⁴³⁹ Adoptée par l'Assemblée des Nations Unies le 31 octobre 2003.

¹⁴⁴⁰ Cf. la loi n° 2005-743 du 4 juillet 2005 autorisant la ratification.

¹⁴⁴¹ Article 17, *Soustraction, détournement ou autre usage illicite de biens par un agent public* : « Chaque État Partie adopte les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale, lorsque les actes ont été commis intentionnellement, à la soustraction, au détournement ou à un autre usage illicite, par un agent public, à son profit ou au profit d'une autre personne ou entité, de tous biens, de tous fonds ou valeurs publics ou privés ou de toute autre chose de valeur qui lui ont été remis à raison de ses fonctions ».

¹⁴⁴² Article 19, *Abus de fonctions* : « Chaque État Partie envisage d'adopter les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale, lorsque l'acte a été commis intentionnellement, au fait pour un agent public d'abuser de ses fonctions ou de son poste, c'est-à-dire d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir, dans l'exercice de ses fonctions, un acte en violation des lois afin d'obtenir un avantage indu pour lui-même ou pour une autre personne ou entité ».

3. Les questions de droit constitutionnel : l'indépendance de la fonction parlementaire, la séparation des pouvoirs

Dans l'affaire « Fillon » on n'a pas seulement soulevé des questions de compétence et de droit pénal, mais aussi mis en cause des principes fondamentaux du droit constitutionnel.

On stigmatise¹⁴⁴³ l'enquête ouverte contre un député candidat à l'élection présidentielle, car en violation de l'indépendance de la fonction parlementaire, qui engloberait, selon les défenseurs de cette thèse, aussi le statut d'un assistant parlementaire, en excluant tout contrôle sur son activité et sur l'utilisation correcte des fonds mis à la disposition du parlementaire¹⁴⁴⁴. « Le contrat conclut par un député est un acte non détachable de ses fonctions »¹⁴⁴⁵.

Il s'agit d'une interprétation tout à fait fautive du principe cité et des règles de la constitution, notamment de son article 26.

Tout d'abord, il faut préciser que la reconnaissance d'un statut spécifique aux membres du parlement, comme au président de la République, est strictement finalisée, dans un État de droit, à l'accomplissement des fonctions, et elle trouve justement en cette finalité ses limites, empêchant que ce statut se traduise dans un privilège en violation du principe d'égalité de tous les citoyens devant la loi.

D'après l'article 26 de la constitution un membre du parlement bénéficie de deux catégories d'immunités : l'irresponsabilité (alinéa 1^{er}) et l'inviolabilité (alinéa 2).

Selon l'alinéa 1^{er}, il « ne peut être poursuivi, recherché, arrêté, détenu ou jugé à l'occasion des opinions ou votes émis... dans l'exercice de ses fonctions ». L'immunité prévue est absolue, contre toute action judiciaire, civile ou pénale, elle subsiste après la fin du mandat, et n'est pas passible de renonciation par le titulaire, s'agissant d'un moyen d'ordre public. Évidemment cette immunité n'exempte pas le parlementaire d'être soumis au régime disciplinaire fixé par le règlement de l'assemblée concernée.

L'inviolabilité au sens de l'alinéa 2 est, au contraire, limitée à la durée du mandat et non absolue.

¹⁴⁴³ L'accusation d'un « coup d'État institutionnel », « préalable à un "coup d'État permanent" », d'après les treize juristes ayant signé l'appel, est exprimée par des mots et des phrases d'une extrême virulence. Voici quelques exemples : le parquet national financier qualifié de « bras armé du pouvoir » ; « collusion » ; « acharnement » ; « machination » ; « tentative de déstabilisation... sans précédent » ; « jamais le pouvoir en place n'avait orchestré la campagne avec une pareille impudence » ; « ce sont tous les principes essentiels d'un État démocratique qui sont bafoués ».

¹⁴⁴⁴ Cf. P. Avril et J. Gicquel, « Collaborateurs parlementaires : respectons le droit », *Le Figaro*, 9 février 2017.

¹⁴⁴⁵ Cf. D. Chagnollaude, « Cette procédure piétine plusieurs principes constitutionnels », *Le Figaro magazine*, 3 mars 2017.

Depuis la révision constitutionnelle du 4 août 1995¹⁴⁴⁶ l'inviolabilité ne protège plus le parlementaire contre l'engagement de poursuites pénales, mais seulement contre l'arrestation ou toute autre mesure privative ou restrictive de liberté, en conditionnant ces mesures, sauf crime ou délit flagrant ou condamnation définitive, à l'autorisation de l'assemblée concernée, et cela dans le seul but de ne pas entraver l'exercice du mandat parlementaire.

Comme il ressort de la lettre de l'article 26, alinéa premier, excluant tout doute d'interprétation pour sa clarté, l'« irresponsabilité » couvre un membre du parlement pour les « *opinions ou votes émis par lui dans l'exercice de ses fonctions* », et non le collaborateur d'un parlementaire.

Par ailleurs, cela est confirmé par la jurisprudence de la Cour de cassation, bien que relative aux collaborateurs du président de la République. Dans l'arrêt du 19 décembre 2012¹⁴⁴⁷ la Cour, chambre criminelle, affirme textuellement, en examinant le statut juridictionnel du chef de l'État aux termes de l'article 67 de la constitution :

- « la protection... du chef de l'État ne peut pas s'étendre à l'ensemble des actes et faits commis par les services et personnels de la Présidence de la République » ;

- « en ce qu'il pose une exception aux principes à valeur constitutionnelle de responsabilité et d'égalité devant la loi, l'article 67 de la Constitution qui confère une immunité au Président de la République ne peut être mis en œuvre au bénéfice d'autres personnes » ;

- « aucune disposition constitutionnelle, légale ou conventionnelle ne prévoit l'immunité ou l'irresponsabilité pénale des membres du cabinet du Président de la République ».

On peut aussi citer l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, du 29 septembre 2010¹⁴⁴⁸ sur les emplois fictifs et la liberté d'expression. Par cette décision le juge rejette le pourvoi formé par un député contre l'arrêt de la Cour d'appel de Colmar, ayant jugé dépourvu de cause réelle et sérieuse le licenciement par le député d'une femme, qui avait dénoncé au procureur de la République le caractère fictif de l'emploi de la fille du député par son père dans la permanence parlementaire.

La Cour précise tout d'abord que :

¹⁴⁴⁶ Cf. la loi constitutionnelle n° 95-880 portant extension du champ d'application du référendum, instituant une session parlementaire ordinaire unique, modifiant le régime de l'inviolabilité parlementaire et abrogeant les dispositions relatives à la Communauté et les dispositions transitoires.

¹⁴⁴⁷ Cf. Cour de cassation, chambre criminelle, 19 décembre 2012, 12-81.043.

¹⁴⁴⁸ Cf. Cour de cassation, chambre sociale, 29 septembre 2010, 09-41.543.

- « le fait pour un salarié de porter à la connaissance du procureur de la République des faits concernant l'entreprise qui lui paraissent anormaux, qu'ils soient ou non susceptibles de qualification pénale, ne constitue pas en soi une faute » ;

- « la cour d'appel a constaté que la salariée avait informé le procureur de la République de ce que M. X... avait établi une attestation destinée à l'Assedic mentionnant inexactement qu'il employait sa fille, et relevé qu'il résultait des procès-verbaux d'enquête que celle-ci n'avait exercé aucune activité au profit de son père, que les sommes payées à titre de salaire pour cette prétendue activité, d'abord versées sur son compte bancaire, avaient été transférées sur celui de M. X... et que les bulletins de paie correspondants avaient été envoyés à une adresse à laquelle seul ce dernier pouvait accéder ; ... ayant ainsi fait ressortir que les faits dénoncés par la salariée n'étaient pas mensongers, elle a exactement décidé que, peu importe la décision de classement sans suite prise par le procureur de la République au motif que l'infraction était insuffisamment caractérisée, la salariée n'avait commis aucune faute en les lui révélant ».

Enfin la Cour réitère la faculté pleine, sauf abus, d'exercice par le salarié de sa liberté d'expression, « à laquelle seules des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché peuvent être apportées ».

Il y a lieu de souligner que les fonds alloués au parlementaire, tirés du budget de l'assemblée, ne sont pas des fonds privés, mais ils sont bien des fonds publics, dont il est tout à fait légal d'en contrôler l'utilisation contre un éventuel détournement.

Le principe de la séparation des pouvoirs¹⁴⁴⁹, dont l'indépendance de la fonction parlementaire est l'une des expressions, a été aussi mis en cause.

Les avocats de Fillon ont dénoncé « une grave atteinte au... fondement même de [la] démocratie ». Ce principe – ont-ils ajouté – « a été constitué pour protéger les citoyens afin que leurs représentants, les législateurs, ne puissent pas être victimes de l'ingérence du juge ».

¹⁴⁴⁹ Cf. sur le principe A. Pariente (dir.), *La séparation des pouvoirs – Théorie contestée et pratique renouvelée*, Paris, Dalloz, 2006 ; Michel Troper, *La Séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, LGDJ, 2014 (1^{er} éd. 1973) ; Id., « La V^e République et la séparation des pouvoirs », *Droits*, 2006/1, n° 43, p.33.

D'autres juristes sont allés jusqu'à affirmer que « l'on a donné aux juges le pouvoir de faire ou défaire une carrière politique, au mépris du principe de séparation des pouvoirs », en souhaitant que « le temps de la justice et celui de la politique cessent d'interférer l'un sur l'autre »¹⁴⁵⁰.

Encore une fois, il y a une fausse interprétation d'un principe qui est à la base de l'État de droit, ou – ce qui est plus grave – on assiste à son instrumentalisation dans un but étranger à son véritable contenu.

Historiquement la séparation des pouvoirs a ses origines dans la *Magna Carta* anglaise de 1215¹⁴⁵¹ et, notamment, dans la clause n° 61, dénommée « clause de garantie ». Cette Charte constitue en Angleterre une des premières tentatives¹⁴⁵² de limiter les pouvoirs du roi et de garantir, par un collège de vingt-cinq barons du royaume, les libertés accordées contre tout abus. Elle contient trois règles essentielles pour le développement futur de l'État de droit : la *rule of law*, la séparation des pouvoirs par le biais du lien entre la levée des impôts et le parlement (pas de levée des impôts par le roi sans le consentement du parlement et sans signature par le roi, à partir de 1295, des *bills* du parlement), la garantie des libertés et droits de l'homme, dont nul ne peut être privé sans « un jugement légal de ses pairs » (clause 39).

Les principes énoncés à la clause 38, interdisant les arrestations arbitraires, et à la clause 39 de la *Magna Carta* constitueront le noyau des règles sur la justice, proclamées par l'*Habeas Corpus Act* de 1679, un des piliers dans la lutte pour la garantie des libertés individuelles.

Ces précédents posent les jalons du moderne constitutionnalisme, alimenté par les théories politiques de deux grands penseurs : Locke¹⁴⁵³ en Angleterre et Montesquieu¹⁴⁵⁴ en France.

L'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 affirme solennellement le principe de la séparation des pouvoirs, jusqu'à déclarer que : « Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».

Montesquieu soutient que : « Tout serait perdu, si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçaient ces trois pouvoirs : celui de faire les lois, celui

¹⁴⁵⁰ Cf. B. Mathieu et H. Bonnard, « Il faut séparer le temps de la campagne et le temps de la justice », *Le Figaro*, 1^{er} février 2017.

¹⁴⁵¹ Signée par le roi Jean sans Terre pour mettre fin à la révolte de ses barons, lui imposant des mesures pour freiner l'arbitraire royal.

¹⁴⁵² Venant après d'autres tentatives pour limiter les pouvoirs du roi et mettre un frein aux abus.

¹⁴⁵³ Cf. J. Locke, *Two treatises of Government*, London, Awnsham Churchill by Amen-Corner, 1690.

¹⁴⁵⁴ Cf. Ch. Montesquieu de Secondat, *De l'esprit des lois*, Genève, Barillot et Fils, [1748].

d'exécuter les résolutions publiques et celui de juger les crimes ou les différends entre particuliers »¹⁴⁵⁵.

La séparation des pouvoirs implique, quand même, leur balance et contrôle réciproque. « Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir », c'est la célèbre affirmation de Montesquieu¹⁴⁵⁶.

Quel État de droit aurait-on si le judiciaire dû s'arrêter devant la politique, si des immunités fonctionnelles dussent se traduire en privilèges et impunité ?

4. Considérations conclusives

L'affaire « Fillon » est très instructive, car elle montre le risque auquel sont confrontées les démocraties contemporaines, par l'instrumentalisation de concepts, qu'on croyait acquis à l'État de droit, et par la confusion entre le domaine politique et le juridique, même par ceux qui devraient être les gardiens de la loi et de sa correcte interprétation.

« Coup d'État institutionnel ». Il s'agit d'une accusation d'une extrême gravité, qui est reprochable et devrait susciter la réaction de l'opinion publique même si prononcée par les avocats de la personne poursuivie. Mais, qu'elle soit lancée par des professeurs de droit, c'est choquant.

« Précipitation » dans l'ouverture de la procédure. La loi n° 2017-242 portant réforme de la prescription en matière pénale et, en particulier, son article 4¹⁴⁵⁷ ont aussi joué un rôle dans l'ouverture de l'information judiciaire, car - comme le Parquet national financier l'a souligné dans son communiqué du 24 février - il y avait le risque d'une prescription des infractions contestées.

Un dernier mot sur le « népotisme »¹⁴⁵⁸. L'emploi des proches par les parlementaires dans leur permanence, et la rémunération par des fonds tirés du budget de l'assemblée et alloués pour l'exercice du mandat, est une pratique - semble-t-il - très répandue en France. Aucune loi ne l'interdit, c'est l'observation récurrente de ceux qui sont favorables. Mais il ne faut pas oublier

¹⁴⁵⁵ Cf. Montesquieu, *De l'esprit...* cité, livre XI, chapitre IV.

¹⁴⁵⁶ *Ibid.*, livre XI, chapitre IV.

¹⁴⁵⁷ Cf. *supra* note 2.

¹⁴⁵⁸ Des papes aux élus de la République, il s'agit d'un phénomène enraciné dans la vie politique, qui a contaminé aussi l'Union européenne. Celle-ci, après le premier rapport du comité d'experts indépendants du 15 mars 1999 et le scandale amenant la commission à démissionner pour son incapacité à prévenir et sanctionner les déviances au sein de ses propres services, a réagi en créant, en 1999, l'Office européen de lutte anti-fraude (OLAF). En outre, depuis 2009, le parlement européen a interdit à ses membres d'embaucher des proches dans leur cabinet.

que, dans un régime démocratique, on doit privilégier l'égal accès de tous les individus aux emplois sur la base de la compétence et du mérite, et non par l'« ascenseur familial ». De plus, il y a une éthique et une déontologie qui devraient primer en politique et induire à condamner une telle pratique. Si on ajoute que souvent les emplois sont fictifs, il devrait être une priorité d'adopter une règle, qui interdise une pratique blâmable dans un État de droit.

La crisi dell'ordine costituzionale in Polonia negli anni 2015 e 2016 con le sue conseguenze politiche*

di Maciej Mizejewski**

La situazione in Polonia ha attirato l'attenzione del Parlamento europeo che nella sua risoluzione afferma che il Tribunale costituzionale è stato istituito quale uno degli elementi fondamentali a garanzia del bilanciamento dei poteri della democrazia costituzionale e dello Stato di diritto in Polonia. I recenti avvenimenti in Polonia, in particolare la controversia politica e giuridica sulla composizione del Tribunale costituzionale e alle nuove norme che ne disciplinano il funzionamento, hanno destato inquietudine riguardo alla capacità del Tribunale costituzionale di difendere la Costituzione e di garantire la legalità¹⁴⁵⁹.

Il suo parere in questa materia ha espresso inoltre la commissione di Venezia che ha affermato chiaramente che il Tribunale costituzionale non può svolgere il proprio ruolo di garante della supremazia della Costituzione polacca, in ragione della mancata pubblicazione dei verdetti del Tribunale che non possono pertanto entrare in vigore, il che compromette lo Stato di diritto, la democrazia e i diritti umani¹⁴⁶⁰.

Dalla risoluzione del Parlamento europeo risulta che le misure adottate dal governo polacco e dal Presidente della Repubblica di Polonia riguardo al Tribunale costituzionale rappresentano un rischio per la democrazia costituzionale. In conseguenza, la Commissione europea ha deciso di avviare il dialogo strutturato nell'ambito del quadro per lo Stato di diritto, dibattendo col governo polacco al fine di chiarire la situazione nel paese. La Commissione è del parere che nell'attuale situazione sussista una minaccia sistemica allo Stato di diritto in Polonia. Il fatto che al Tribunale costituzionale venga impedito di assicurare pienamente un efficace controllo di costituzionalità ne influenza negativamente l'integrità, la stabilità e il corretto funzionamento, che costituiscono una delle garanzie essenziali dello Stato di diritto in Polonia. Laddove sia stato istituito un sistema di giustizia costituzionale, la sua efficacia è un fattore chiave dello Stato di diritto.¹⁴⁶¹

* Contributo sottoposto a double blind peer review

** Ricercatore presso la Facoltà di Scienze Politiche e Relazioni Internazionali dell'Università Jagellonica di Cracovia

¹⁴⁵⁹ Risoluzione del Parlamento europeo del 13 aprile 2016 sulla situazione in Polonia, 2015/3031(RSP) [online]: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2016-0123+0+DOC+XML+V0//IT> (accesso 16.01.2017). Vedi anche: J. Sawicki, *La cronicizzazione dello scontro sullo Stato di diritto costituzionale*, Nomos: le attualità nel diritto, n. 1, Roma 2016. [online]: <http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/nomos/polonia-jan-sawicki-la-cronicizzazione-dello-scontro-sullo-stato-di-diritto-costituzionale/> (accesso 16.01.2017); J. Sawicki, *La funzione normativa nell'esperienza della Polonia*, Milano Giuffrè, 2012.

¹⁴⁶⁰ Parere sulle modifiche alla legge del 25 giugno 2015 sulla Corte Costituzionale della Polonia adottato dalla Commissione di Venezia alla sua 106 sessione plenaria (Venezia, 11-12 March 2016), opinion no. 833/2015 [online]: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2016\)001-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2016)001-e) (accesso 16.01.2016)

¹⁴⁶¹ Raccomandazione UE 2016/1374 della Commissione del 27 luglio 2016 relativa allo Stato di diritto in Polonia, [online]: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A32016H1374> (accesso 16.01.2017)

Secondo la Commissione europea, Il rispetto dello Stato di diritto non è solo un prerequisito per la protezione di tutti i valori fondamentali di cui all'articolo 2 del trattato sull'Unione europea. È anche un prerequisito per il rispetto di tutti i diritti e gli obblighi derivanti dai trattati e dal diritto internazionale, e per stabilire la fiducia reciproca dei cittadini, delle imprese e delle autorità nazionali negli ordinamenti giuridici di tutti gli altri Stati membri.

In particolare, la Commissione raccomanda alle autorità polacche di: pubblicare e attuare pienamente le sentenze del Tribunale costituzionale e provvedere a che la pubblicazione delle sentenze future sia automatica e non dipenda da una decisione del potere esecutivo o di quello legislativo. Esorta il governo polacco a garantire che qualsiasi riforma della legge sul Tribunale costituzionale rispetti le sentenze del Tribunale costituzionale e ad astenersi da azioni e dichiarazioni pubbliche che possano minare la legittimità e l'efficienza del Tribunale costituzionale¹⁴⁶².

Il governo polacco, rispondendo alle raccomandazioni della Commissione europea ignora la preoccupazione delle istituzioni europee per la condizione della democrazia in Polonia. Mette in rilievo che Bruxelles non conosce la situazione, muove accuse ingiustificate e trae le conclusioni scorrette. Afferma che la Polonia è uno Stato sovrano e democratico. Il ministro della giustizia, a nome del governo polacco sottolinea che la stabilità e il buon funzionamento della Corte costituzionale sono stati guastati in modo drastico dal precedente governo che siccome stava perdendo terreno politico, ha approvato una risoluzione per rimpiazzare un terzo della composizione della Corte, prima della fine del proprio mandato così da assicurare che 14 dei 15 giudici fossero nominati dai partiti allora al governo. Insomma la coalizione di governo allora contravvenne al principio del pluralismo delle corti costituzionali che è fondamentale per gli Stati democratici privò il nuovo Parlamento democraticamente eletto del suo diritto¹⁴⁶³.

Le conseguenze politiche della crisi dell'ordine costituzionale in Polonia

Ad aprile del 2016, è apparso l'appello di tre ex presidenti polacchi Lech Wałęsa, Bronisław Komorowski e Aleksander Kwaśniewski a mobilitarsi per salvare la democrazia. Un appello di tre capi dello Stato polacchi, tra cui Lech Wałęsa il padre della rivoluzione democratica del 1989 e premio Nobel per la Pace invita i cittadini del più grande Paese orientale membro Unione europea e Nato a mobilitarsi per proteggere i valori costituzionali, fondamentali per lo stato democratico, perchè il governo del partito nazionalconservatore PiS (Diritto e Giustizia) salito al potere con la maggioranza assoluta sta distruggendo l'ordine costituzionale¹⁴⁶⁴.

L'appello firmato dai ex presidenti polacchi appare una sfida aperta al Diritto e Giustizia, il quale, dopo le azioni contro la libertà della Corte costituzionale e dei media, vuole proseguire con altre attività che mirano a distruggere l'ordine costituzionale, ponendo ostacoli al lavoro della Corte suprema e bloccando l'intero sistema giudiziario. I tre presidenti denunciano "l'usurpazione del potere, azioni antieuropee e xenofobe che minano la coesione della Ue e fanno il gioco della Russia imperialista". E ammoniscono che la maggioranza „sta approntando” nuove misure

¹⁴⁶² Ibidem.

¹⁴⁶³ <http://www.eunews.it/2016/01/12/polonia-ue-timmermans-lettera/47964> (accesso 16.01.2017)

¹⁴⁶⁴ http://www.repubblica.it/esteri/2016/04/26/news/polonia_-138483678/ (accesso 16.01.2017)

draconiane. Per cui occorre che i cittadini si mobilitino per difendere la democrazia coraggiosamente conquistata.¹⁴⁶⁵

A cavallo degli anni 2016/2017, lo scontro politico tra il governo e opposizioni è stato ulteriormente approfondito. Gli eventi di questo periodo venivano persino definiti dalle forze filogovernative con un termine “colpo di stato”. Le proteste davanti al parlamento polacco dal dicembre 2016 contro il piano per la censura dei media sono un grave segnale nel confronto tra governo e opposizioni. Il governo autocratico voleva limitare l'accesso dei giornalisti alla Camera bassa dal 1 gennaio 2017. I deputati d'opposizione protestavano contro la nuova legge preparata dal governo di Prawo i Sprawiedliwość (Diritto e giustizia) di maggioranza assoluta nazionalconservatore ed euroscettico che avrebbe dovuto limitare duramente l'accesso dei giornalisti al parlamento. Secondo l'opposizione tale legge è contraria all'art. 61 della Costituzione il quale garantisce ad ogni cittadino il diritto ad ottenere informazioni sulle attività degli organi di potere pubblico nonché sulle persone adempienti funzioni pubbliche. Inoltre, l'art. 61 prevede che il diritto a ottenere informazioni comprende l'accesso ai documenti nonché alle sedute collegiali degli organi di potere pubblico legittimati da elezioni generali, con la possibilità di riprodurre i suoni o le immagini. Il piano del governo polacco di limitare l'accesso dei giornalisti al parlamento violava anche l'art. 14 che assicura la libertà di stampa e delle altre forme di comunicazione e l'art. 54 che garantisce ad ognuno la libertà di espressione delle proprie opinioni nonché di acquisizione e divulgazione di informazioni. Queste garanzie costituzionali sono fondamentali per lo stato democratico di diritto. In conseguenza ci troviamo di fronte alla grave crisi dell'ordine costituzionale in Polonia.

Le nuove regolazioni proposte del attuale governo polacco prevedevano di limitare significativamente ai giornalisti il diritto di entrare nel parlamento, seguirne i lavori, condurre interviste. Per le opposizioni si tratta di una legge-bavaglio e di un nuovo passo nella graduale svolta autoritaria che il partito al potere vuole imporre alla Polonia. L'accusa di svolta autoritaria è stata pronunciata verso Varsavia anche dal Parlamento europeo. Il governo polacco replica di agire in piena legalità, disponendo della maggioranza assoluta e di voler solo rendere più ordinato lo svolgimento dei lavori parlamentari. I deputati dei tre partiti d'opposizione avevano ritardato la discussione e votazione delle leggi sul bilancio esponendo manifesti contro la censura sui mezzi d'informazione e in favore della libertà di stampa¹⁴⁶⁶.

L'attuale stato del mercato della stampa e dei media elettronici in Polonia è il risultato dei cambiamenti avvenuti sulla scena politica nel 1989. Questo periodo ha segnato in Polonia una grande svolta nel campo della legislazione concernente i mezzi di comunicazione di massa¹⁴⁶⁷. La caduta del sistema comunista ha dato terreno legale all'istituzione delle emittenti pubbliche, alla nascita del settore delle emittenti commerciali e alla formazione del mercato della stampa indipendente¹⁴⁶⁸.

¹⁴⁶⁵ http://www.corriere.it/opinioni/16_aprile_27/tre-presidenti-salvare-polonia-se-l-europa-perde-pilastro-dell-est-fdba8c60-0bda-11e6-a8d3-4c904844517f.shtml (accesso 16.01.2017)

¹⁴⁶⁶ http://www.repubblica.it/esteri/2016/12/17/news/varsavia_scontri-154283479/ (accesso 14.01.2017)

¹⁴⁶⁷ M. Miżejewski, *Il sistema radiotelevisivo polacco sullo sfondo delle trasformazioni politiche*, Nomos : le attualità nel diritto, n. 2, Roma 2004; M. Miżejewski, *Politicization of the media in the first decade of Polish membership in the European Union*, Nomos : le attualità nel diritto, n.1, Roma 2015, [online]: http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2015/06/Mizejewski_Nomos-1_2015.pdf (accesso 14.01.2015)

¹⁴⁶⁸ I. Dobosz, *Prawne aspekty transformacji w mediach* [Gli aspetti giuridici della trasformazione nei media], in: I. Dobosz, B. Zając (a cura di), *Polskie media w jednoczącej się Europie* [I media polacchi in Europa in fase dell'unificazione], Kraków 2006, pp. 7-16.,

Nel 1990 sono state eliminate due principali barriere che ostacolavano i cambiamenti democratici nel sistema mediale polacco – la censura e il monopolio dello stato nell'etere¹⁴⁶⁹. Dunque è cambiata sostanzialmente la funzione dei media nel sistema politico dello stato. D'allora in poi la loro attività prioritaria non doveva consistere nel rafforzamento dell'apparato al potere ma soprattutto nell'informare sulla politica ed anche nel controllare l'esercizio del potere¹⁴⁷⁰.

La libertà di stampa e di altri mezzi della comunicazione sociale, iscritta nell' art. 14 della Costituzione della Repubblica di Polonia del 1997 è diventata una delle garanzie fondamentali dello sviluppo della democrazia. La Costituzione nell'art. 54 assicura a ogni cittadino la libertà di esprimere le proprie opinioni e di accedere alle informazioni e divulgarle. La censura preventiva e l'esigenza di concessioni per la stampa sono vietate. La pubblicazione di giornali e riviste richiede la registrazione presso il tribunale¹⁴⁷¹.

Nella Costituzione polacca , che viene approvata nel 1997, la libertà dei mass - media costituisce un principio fondamentale del sistema di organizzazione statale. Dichiarazioni in tal senso sono contenute già nel primo capitolo della Costituzione , comprendente norme di principio, inerenti le caratteristiche generali dello stato. L'art. 14 della Costituzione sancisce a tal riguardo che „La Repubblica Polacca garantisce libertà alla stampa e agli altri mezzi di comunicazione sociale.” Ai sensi della costituzione i mass media liberi devono essere al servizio non solo dei cittadini , bensì anche delle organizzazioni e dello stesso stato al fine di favorire il libero orientamento dell'opinione pubblica sull'attività politica della Repubblica di Polonia¹⁴⁷².

La libertà dei mezzi di comunicazione di massa attesta la particolare attenzione alla necessità di organizzare l'assetto dei mass -media in conformità con i requisiti di uno stato di diritto democratico. L'art. 54 della Costituzione polacca garantisce dunque la libertà di esprimere le proprie opinioni, vietando allo stesso tempo la censura preventiva e la concessione di apposite licenze alla stampa. Viene sancita anche la libertà di ricercare e diffondere informazioni.

La libertà dei mezzi di comunicazione sociale ovviamente è collegata con quella di espressione delle proprie opinioni (ai sensi dell'art.54 della Costituzione). D'altronde, un sistema di mass-media liberi che non fosse in grado di presentare in maniera esaustiva le opinioni dei

vedi anche: M. Miżejewski, *Transformacja telewizji w Polsce po roku 1989 na tle zmian politycznych* [La trasformazione della televisione polacca dopo il 1989 sullo sfondo delle trasformazioni politiche], Przemysł 2004.

¹⁴⁶⁹ Ustawa z dnia 11 kwietnia 1990 r. o uchyleniu ustawy o kontroli publikacji i widowisk, zniesieniu organów tej kontroli oraz o zmianie ustawy Prawo prasowe [Legge del 11 aprile 1990 sull'abrogazione della legge sul controllo degli spettacoli, sull'abrogazione degli organi di questo controllo e sulla modifica della legge sulla stampa] (Dz.U. z 1990 r., Nr 29, poz. 173); ustawa z dnia 23 listopada 1990 r. o łączności [Legge del 23 novembre 1990 sulle comunicazioni] (Dz.U. z 1990 r., Nr 7, poz. 504).

¹⁴⁷⁰ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 23 marca 2006 r. [La sentenza della Corte Costituzionale del 23 marzo 2006, rif. akt K4/06], sygn. akt K4/06 (OTK ZU nr 3/A/2006, poz. 32.), Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 października 2006 r. [La sentenza della Corte Costituzionale del 11 ottobre 2006, rif. akt P3/06], sygn. akt P3/06 (OTK ZU nr 9/A/2006, poz. 121)., vedi anche: M. Miżejewski, *Wolność mediów a odpowiedzialność za słowo w debacie publicznej* [La libertà dei media e responsabilità per parola nel dibattito pubblico], *Studia Socialia Cracoviensia* 6 (2014) nr 1 (10) p. 181, [online]: <http://czasopisma.upjp2.edu.pl/studiasocialiacracoviensia/article/viewFile/764/640> (accesso 14.01.2017)

¹⁴⁷¹ *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997* [La Costituzione della Repubblica di Polonia del 2 aprile 1997], (Dz.U. 1997 nr 78 poz. 483), [online]: <http://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/polski/kon1.htm> , [online]: <http://www.consiglioveneto.it/crvportal/BancheDati/costituzioni/pl/polonia.pdf> (accesso 14.01.2017)

¹⁴⁷² P. Sarnecki, *Regulacja problematyki środków społecznego przekazu w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej* [I problemi di regolazione dei media nella Costituzione della Repubblica di Polonia], in: *Prawo mediów* [La legge sui media] (a cura di) J. Barta, R. Markiewicz, A. Matlak, Warszawa 2005, pp. 17-27.

cittadini e si limitasse solo a trasmettere contenuti atti ad adulare i gusti dei ricettori di un dato messaggio sarebbe contrario alla sua natura.

La Costituzione include nel concetto della libertà di parola anche l'accesso dei cittadini alle informazioni concernenti l'operato delle pubbliche autorità. La problematica della libertà di parola e

anche oggetto di accordi internazionali ratificati dalla Polonia, fra cui va ricordata la Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, stipulata nel 1950 sotto l'egida del Consiglio d'Europa e sottoscritta dalla Polonia il 19 gennaio 1993¹⁴⁷³. L'art. 10 della suddetta Convenzione sancisce che ognuno ha il diritto di esprimere le proprie opinioni. Tale diritto comprende la libertà di avere opinioni e di ottenere e trasmettere informazioni e idee senza ingerenze da parte delle pubbliche autorità e senza tener conto dei confini statali.

Tale menzione costituisce un completamento dell'art.9 che introduce il principio della libertà di pubblica presa di posizione in rapporto con la politica. Essa inoltre autorizza ad esprimere opinioni critiche circa la politica statale attuata dalle autorità stesse¹⁴⁷⁴. La Costituzione permette ai suoi cittadini di trarre pienamente utilità dalla libertà dei mass media e contemporaneamente richiede da parte dello stato garanzie per la libertà degli stessi ; tali utilità non possono essere realizzate senza un attivo coinvolgimento delle autorità¹⁴⁷⁵.

La libertà d'azione dei mass-media non dipende solo dalla mancanza di ingerenze del potere pubblico. Il suo intervento, infatti talvolta è volto a difendere altri principi e valori costituzionali , con i quali il principio di libertà dei mass-media può trovarsi in conflitto. Ci si riferisce soprattutto ai valori indicati nell'art. 31 della Costituzione: sicurezza , ordine pubblico, ambiente naturale, salute, moralità pubblica, nonché libertà e diritti del singolo individuo. L'ingerenza dello stato può dunque aver luogo in situazioni eccezionali, soprattutto allo scopo di eliminare gli abusi di libertà da parte dei mass-media e per prevenire atti vietati dal diritto e in particolare dal diritto penale¹⁴⁷⁶.

Il Consiglio Nazionale come organo costituzionale per garantire la libertà dei media

Allo scopo di garantire le libertà costituzionali dei media è stato istituito nel 1993 il Consiglio Nazionale per la Radiofonia e la Televisione, il quale in conformità con gli art. 213-215 della Costituzione „vigila sulla libertà di parola, sul diritto all'informazione e sull'interesse

¹⁴⁷³ Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, [online]: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ITA.pdf (accesso 14.01.2017)

¹⁴⁷⁴ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 października 2006 r., str. 12, p. 5, sygn. akt P 3/06 [La sentenza della Corte Costituzionale del 11 ottobre 2006, p. 12, paragrafo 5, rif, akt P 3/06], [online]: isip.sejm.gov.pl/Download?id=WDU2006190140901&type=1 (accesso 21.01.2017)

¹⁴⁷⁵ I. Dobosz, *Pravo prasowe* [La legge sulla stampa], Warszawa 2011, pp. 49-53, vedi anche: M. Miżejewski, *Ochrona pluralizmu w polityce medialnej Włoch* [Tutela del pluralismo nella politica dei media dell'Italia], Kraków 2013, pp. 37-44; M. Miżejewski, *Wolność mediów a odpowiedzialność za słowo w debacie publicznej* [La libertà dei media e responsabilità per parola nel dibattito pubblico], *Studia Socialia Cracoviensia* 6 (2014) nr 1 (10) pp. 181-183, [online]: <http://czasopisma.upjp2.edu.pl/studiasocialiacracoviensia/article/viewFile/764/640> (accesso 14.01.2017)

¹⁴⁷⁶ P. Sarnecki, *op. cit.*, pp. 21-22.

pubblico nel settore radiotelevisivo”¹⁴⁷⁷. Il Consiglio Nazionale viene posto nella Costituzione nel capitolo IX tra gli organi di controllo statale e di tutela della legge¹⁴⁷⁸.

Dunque, il Consiglio Nazionale dovrebbe garantire il carattere aperto e pluralistico della radiodiffusione e televisione. I suoi compiti sono molto vasti: svolge attività consultiva per i progetti di legge preparati dal governo, definisce le condizioni in cui le emittenti svolgeranno la loro attività, prende decisioni inerenti le concessioni di trasmissione e diffusione di programmi, controlla l'attività delle emittenti; stabilisce l'ammontare del canone di abbonamento e valuta progetti di atti legislativi e contratti internazionali riguardanti la radiodiffusione e televisione¹⁴⁷⁹.

Il Consiglio Nazionale è composto attualmente da cinque consiglieri eletti nel 2016, di cui due nominati dal Parlamento, uno dal Senato e due dal Presidente della Repubblica scegliendoli tra persone di spicco per la conoscenza e l'esperienza nel campo dei mezzi di comunicazione di massa. Dura 6 anni il mandato dei membri del Consiglio Nazionale. I consiglieri eleggono tra di loro il presidente del Consiglio e possono anche rimuoverlo con la maggioranza di 2/3 dei membri. Fino al 1995 il presidente del Consiglio Nazionale veniva designato tra i membri del Consiglio dal Presidente della Repubblica.

Nel corso del mandato dei membri del Consiglio Nazionale viene sospeso il loro status di membro di partiti politici, delle autorità sindacali, di associazioni, unioni di datori di lavoro, organizzazioni ecclesiastiche o unioni religiose. È vietato eseguire l'incarico di membro del Consiglio Nazionale e, al tempo stesso svolgere l'attività di emittente o produttore radiofonico o televisivo, essere dipendenti di un'emittente o produttore, detenere quote o azioni di una società emittente o produttrice né essere impiegati dell'amministrazione statale o locale.

Il Consiglio Nazionale per la Radiodiffusione e Televisione presenta al Parlamento, al Senato e al Presidente una relazione annuale della sua attività e l'informazione sui problemi fondamentali della radiodiffusione e televisione. Nel caso in cui il Parlamento ed il Senato respingano la relazione, il mandato di tutti i membri del Consiglio scade entro 14 giorni a condizione che ciò venga confermato dal Presidente della Repubblica¹⁴⁸⁰.

Quando nel 1993 è entrata in vigore la legge sulla radiofonia e televisione, l'istituzione del Consiglio Nazionale era finalizzata a porre barriere per impedire una diretta pressione dei politici sulla televisione. Il Consiglio ha tuttavia presto perso la proprietà isolante in quanto a esso si è applicato il principio di parità politica. Coerentemente col nuovo indirizzo liberalizzante, il Consiglio Nazionale dovrebbe essere un organo indipendente, privo di influenze e pressioni politiche, composto da persone di spicco per la conoscenza e l'esperienza nel campo dei media audiovisivi. Tuttavia, ben presto, il Consiglio Nazionale perse la sua indipendenza e divenne un ente rappresentativo dei più forti gruppi politici ed oggetto di lotta continua per l'influenza tra i

¹⁴⁷⁷ Art. 213 - 215 *Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997* [Art. 213 - 215 Costituzione della Repubblica di Polonia del 2 aprile 1997], (Dz.U. 1997 nr 78 poz. 483) [online]: <http://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/polski/kon1.htm> [online]: <http://www.consiglioveneto.it/crvportal/BancheDati/costituzioni/pl/polonia.pdf> (accesso 14.01.2017)

¹⁴⁷⁸ A. Matlak, *Radiofonia i telewizja* [Radiofonia e televisione] in: *Prawo mediów* [Legge sui media] (a cura di) J. Barta, R. Markiewicz, A. Matlak, Warszawa 2005, pp. 137-141; vedi anche: I. Dobosz, *Prawo prasowe* [Legge sulla stampa], Warszawa 2011, pp. 123-127.

¹⁴⁷⁹ *Ustawa z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji* [Legge del 29 dicembre 1992 del sistema radiotelevisivo] (Dz.U. z 2015r. poz. 1531), capitolo 2, [online]: http://www.krit.gov.pl/Data/Files/_public/Portals/0/prawo/ustawa-o-radiofonii-i-telewizji-t.j..pdf (accesso 14.01.2017)

¹⁴⁸⁰ M. Miżejewski, *Il sistema radiotelevisivo polacco sullo sfondo delle trasformazioni politiche*, Nomos : le attualità nel diritto, n. 2, Roma 2004, pp. 58-59.

più importanti centri di potere in Polonia: La Camera dei deputati, Il Senato e Il Presidente della Repubblica¹⁴⁸¹.

La nuova legge sui media e le sue conseguenze politiche

Nonostante le proteste interne ed internazionali ed i richiami dell' UE, il presidente polacco Andrzej Duda il 13 di gennaio del 2016 ha firmato controversa legge sui media.¹⁴⁸² Così, il partito al governo Diritto e giustizia si è assicurato un controllo politico quasi totale sull'informazione pubblica.

In una lettera aperta al Commissario europeo Gunter Oettinger, la Federazione dei giornalisti europei ha denunciato che la legge „è un enorme passo indietro ed è incompatibile con il pluralismo dei media e con lo spirito critico e autonomo delle emittenti pubbliche ed è una minaccia alla libertà in Europa. Questa legge apre un conflitto durissimo tra le iniziative della destra al potere in Polonia e i principi e valori costitutivi europei sulla libertà dei media”¹⁴⁸³.

La legge sui media ha previsto l'immediata sospensione di tutti i membri delle direzioni nonché dei consigli d'amministrazione dei media pubblici. Sarà il ministro del tesoro a nominare i nuovi responsabili. Mentre l'opposizione denuncia il „giovedì nero” dei media polacchi, il capo dello Stato ribadisce di contare molto sulla „credibilità, serietà e obiettività di tv e radio gestiti sulla base del nuovo regolamento”¹⁴⁸⁴.

La legge che ha previsto lo scioglimento immediato di tutti i vertici della televisione pubblica TVP (Telewizja Polska) e della mittente pubblica Polskie Radio, ha ridotto anche numerica dei consigli d'amministrazione a tre persone. Inoltre, ha sfidato al ministro del tesoro la possibilità di nominare i nuovi responsabili, senza il consueto concorso. Secondo l'opposizione, i media pubblici sono adesso al servizio di unico partito al potere cioè Diritto e giustizia. Grazie al pieno controllo sui media pubblici, Jarosław Kaczyński, leader del PiS ha esortato la maggioranza al potere ad accelerare le misure di cambiamento politico , morale, istituzionale del Paese. Ancora una volta il Presidente della Repubblica Andrzej Duda risulta ostaggio del PiS¹⁴⁸⁵.

La nuova legge sui media ha avuto un iter parlamentare record per i tempi brevissimi di approvazione : presentata dal PiS per la prima lettura nella Camera bassa il 28 dicembre del 2015 è stata accolta nonostante le forte proteste della opposizione il 30 dicembre e poi riconfermata senza nessuna variazione dal Senato (sempre con la maggioranza assoluta del PiS) che l'ha votata nella giornata di San Silvestro 2015¹⁴⁸⁶.

¹⁴⁸¹ M. Mizejewski, *Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji organem politycznej kontroli nadawców w Polsce* [Il consiglio nazionale per i servizi radiotelevisivi come organo del controllo politico dei emittenti in Polonia], *Politeja* n. 6 (32) 2014, pp. 219-221.

¹⁴⁸² *Ustawa z dnia 30 grudnia 2015 r. o zmianie ustawy o radiofonii i telewizji* [Legge del 30 dicembre 2015 sulle modifiche della legge del sistema radiotelevisivo] (Dz.U. 2016 poz. 25), [online]: <http://isap.sejm.gov.pl/DownloadPid=WDU20160000025&type=3> (accesso 21.01.2017)

¹⁴⁸³ <http://europeanjournalists.org/blog/2016/01/07/letter-to-commissioner-oettinger-on-polish-media-law/> (accesso 21.01.2017), vedi anche: http://www.repubblica.it/esteri/2016/01/07/news/polonia_legge_sui_media-130801406/ (accesso 21.01.2017)

¹⁴⁸⁴ http://www.ilmessaggero.it/primopiano/esteri/polonia_presidente_duda_firma_legge_media_ue-1467396.html (accesso 21.01.2017)

¹⁴⁸⁵ http://www.ilsecoloxix.it/p/mondo/2016/01/07/ASFToe5-promulga_controversa_presidente.shtml (accesso 21.01.2017)

¹⁴⁸⁶ <http://www.rainews.it/dl/rainews/articoli/Polonia-Capo-dello-Stato-firma-controversa-legge-sui-media-Oggetto-di-forte-tensioni-con-l-Unione-europea-486555d6-f236-452c-8308-481006284ba6.html> (accesso 21.01.2017)

Nonostante inviti e richiami europei non vi è stata nessuna consultazione sociale sulla proposta. Dal primo gennaio del 2016 si sono già dimessi i direttori di vari canali della televisione e della radio pubblica polacca. Quel giorno nell'atto di protesta, la radio polacca ha cominciato a trasmettere ogni due ore per segnalare la forte preoccupazione agli utenti l'inno europeo alternato a quello polacco come l'inno alla gioia. Un chiaro gesto di sfida e protesta contro la legge-bavaglio di Kaczyński¹⁴⁸⁷.

Secondo il partito al governo, i media da „pubblici” fra poco dovrebbero diventare „nazionali” e dipendere direttamente dal governo il quale garantirà loro un nuovo sistema di finanziamento. La riforma dei media pubblici è cominciata dalla grande purga. Diritto e giustizia ha sostituito giornalisti di grido e capistruttura con persone a loro fedeli, senza curarsi della professionalità. Il partito al governo ha raccomandato ai media pubblici di “trasmettere più patriottismo”.¹⁴⁸⁸

Oltre alla nuova legge sugli organi di informazione si prepara anche la nazionalizzazione di quelli a partecipazione straniera. In conseguenza, il controllo del potere su radio e televisione pubblica potrà essere molto più ampio e condizionante di prima. E non è finita. Il partito al potere prepara anche la nazionalizzazione dei media nel cui azionariato sono presenti editoriali tedesche o svizzere. Nonostante le diverse manifestazioni in piazza contro l'attacco ai media e alla libertà il potere prosegue duro sulla sua strada¹⁴⁸⁹.

Le varie manifestazioni organizzate dal Comitato di difesa della democrazia, seguendo quelle in difesa dell'autonomia della Corte costituzionale e anche il dibattito sulla Polonia nel Parlamento Europeo fin ora non hanno portato nessun risultato. Diritto e giustizia sta realizzando la sua strategia politica con piena determinazione e conseguenza. La nuova legge rafforza il controllo sui mezzi di comunicazione e per questo motivo ha spinto la Commissione europea ad aprire il dossier sulle condizioni dello stato di diritto a Varsavia per avviare la procedura di infrazione. La Commissione rileva ad esempio che la nuova legislazione (in particolare la legislazione sui media suscita preoccupazioni in materia di libertà e pluralismo dei mezzi di comunicazione. Più in particolare, essa modifica le regole per la nomina dei consigli di amministrazione e di vigilanza delle emittenti di servizio pubblico, mettendoli sotto il controllo del governo (ministro del Tesoro), anziché di un organo indipendente. La nuova legislazione prevede altresì la destituzione immediata degli esistenti consigli di amministrazione e di vigilanza.¹⁴⁹⁰

Il governo polacco ha respinto le raccomandazioni dell'Unione europea sulla tutela dello stato di diritto in Polonia perché non vedeva la possibilità legale di metterle in atto. Nella risposta si sostiene che le raccomandazioni della Commissione "sono basate sull'infondata tesi" del ruolo preminente della "Corte costituzionale nell'assicurare lo Stato di diritto"¹⁴⁹¹.

¹⁴⁸⁷ http://www.ilmessaggero.it/primopiano/esteri/polonia_presidente_duda_firma_legge_media_ue-1467396.html (accesso 21.01.2017)

¹⁴⁸⁸ Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o Radzie Mediów Narodowych [Legge del 22 giugno 2016 del Consiglio dei Media Nazionali] (Dz.U. 2016 poz. 929), <http://isap.sejm.gov.pl/DetailsServlet?id=WDU20160000929> [online: 23.02.2017]

¹⁴⁸⁹ http://www.repubblica.it/esteri/2016/01/07/news/polonia_legge_sui_media-130801406 (accesso 21.01.2017)

¹⁴⁹⁰ Raccomandazione UE 2016/1374 della Commissione del 27 luglio 2016 relativa allo Stato di diritto in Polonia, [online]: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A32016H1374> (accesso 16.01.2017), vedi anche: <http://www.eunews.it/2016/01/12/polonia-ue-timmermans-lettera/47964> (accesso 21.01.2017)

¹⁴⁹¹ http://www.ansa.it/sito/notizie/mondo/2016/10/28/polonia-respinge-raccomandazioni-ue_c6d74521-5113-4466-bfb3-ae7e8aaa1768.html (accesso 21.01.2017)

La Polonia è stata il primo paese contro cui è stata attivata la procedura di controllo della Unione europea sullo stato di diritto. Varsavia non ha introdotto nessuna modifica significativa all'ordinamento che possa fare cambiare idea alla Commissione e nemmeno pare intenzionata a farlo. Se dovesse continuare, la procedura inedita aperta dalla Commissione sul rispetto dello Stato di diritto si potrebbe ricorrere alla procedura prevista dall'articolo 7 del Trattato sull'Unione europea, che può portare a sanzioni, inclusa la sospensione del diritto di voto del Paese in Consiglio.

Una riflessione sul biodiritto a partire dal dibattito italiano sulla diagnosi genetica preimpianto

di Rosanna Fattibene*

La materia oggetto del biodiritto¹⁴⁹² si presta a tendere, fino all'estenuazione, le principali *cinghie di tenuta* del sistema giuridico, facendo emergere, di questo, contraddizioni e fragilità. Si tratta, per lo più, di problematicità risalenti, forse strutturali, che, all'oggi, si caricano, però, di una tale "novità problematica" da rendere particolarmente ardua, per organi ed apparati (di livello statale, infra-statale ed ultra-statale), l'individuazione di soluzioni adeguate, in tempi coerenti con il rapido mutarsi degli eventi. Fatalmente, la velocità esponenziale del progredire di scienza e tecnologia rende improbabile il normare in tempo utile e rapida, invece, l'obsolescenza della regola che pure intervenisse senza ritardi. Il biodiritto viene a trovarsi, infatti, «di fronte ad una trasformazione dell'oggetto stesso dell'attività giuridica, la vita, forse addirittura ad un salto antropologico». Non, dunque, la «permanente tensione tra la regola giuridica e il mutamento sociale, economico, culturale»¹⁴⁹³, che pur legittima ed impone il costante rinnovarsi dell'ordinamento giuridico, bensì la radicale riformulazione dell'idea che l'umanità, in questo momento della sua storia evolutiva, intende assumere di sé e rimettere ai posteri.

È per tale ragione - la cui "enormità" difficilmente può rendersi appieno con i termini propri del linguaggio giuridico ed, invero, di qualsiasi linguaggio disciplinare, poiché solo lo "stupore" è atto a rappresentarla - che il biodiritto diventa osservatorio privilegiato della metamorfosi che i sistemi giuridici vanno attraversando, nel compimento dell'opera definitoria e regolamentatrice di così nuovi fenomeni dell'umano. Coglie bene il punto chi ravvisa nel «mutamento del paradigma giuridico» la conseguenza «dell'avanzamento delle tecniche e delle scienze biomediche»¹⁴⁹⁴ e chi, similmente, rileva come l'evoluzione scientifica abbia investito appieno le

* Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico - Dipartimento di Scienze Politiche, Sociali e della Comunicazione, Università degli Studi di Salerno.

¹⁴⁹² Che qui si assume nella definizione datane da C. PICIOCCHI, *Biodiritto, un ponte tra scienza, etica e legge*, in www.ingenerere.it: «Il "biodiritto" è il nuovo ambito disciplinare che si occupa dell'intreccio tra diritto, scienza e bioetica secondo una prospettiva metodologica che pone a fondamento l'interdisciplinarietà e la comparazione giuridica». Maggiormente preoccupati delle «distorsioni» che «lo sforzo di far corrispondere alla parola "biodiritto" una specifica disciplina giuridica può determinare», S. RODOTÀ e M. TALLACCHINI, nella loro *Introduzione ad Ambito e fonti del biodiritto*, nel vol. I, curato dagli stessi, del *Trattato di biodiritto*, diretto da Stefano Rodotà e Paolo Zatti, Milano, Giuffrè Editore, 2010, XLIII, nel biodiritto individuano, piuttosto, «un campo di problemi legati alla vita e alle sue vicende».

¹⁴⁹³ Secondo S. RODOTÀ - M. TALLACCHINI, *Introduzione*, cit., XLIII.

¹⁴⁹⁴ C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, Giappichelli Editore, 2012, III ed., 19.

stesse «categorie tradizionali» del diritto. Sicché queste «subiscono un effetto di spiazzamento e di riformulazione, che sembra quasi richiedere un “nuovo” diritto», «basi e modelli inediti», secondo i quali ricostruire e “rigenerare” «il rapporto tra ordinamento giuridico, persone fisiche, idee di vita»¹⁴⁹⁵.

Il biodiritto, in effetti, richiama gli *assets* fondamentali del diritto costituzionale¹⁴⁹⁶ ed i principi attorno ai quali la nostra Carta e, con essa, l'intero ordinamento repubblicano ruota¹⁴⁹⁷, ma anche gli sviluppi della scienza nel settore della vita e della salute, nonché l'attenzione sociale che vi si è coagulata attorno. È comprensibile, dunque, che le questioni di cui esso si occupa, «nonostante la loro apparente distanza dalla “cultura” dei costituenti», abbiano «“pressato” il diritto e l'interpretazione costituzionale»¹⁴⁹⁸, al punto che la stessa concezione di Costituzione attualmente accolta¹⁴⁹⁹ potrebbe essere individuata (pur nella non necessaria univocità del

¹⁴⁹⁵ A. D'ALOIA, *Norme, giustizia, diritti, nel tempo delle bio-tecnologie: note introduttive a ID.* (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Atti del seminario di Parma, svoltosi il 19 marzo 2004, Torino, Giappichelli Editore, 2005, XI, XII.

¹⁴⁹⁶ Come osserva C. CASONATO, *Introduzione*, cit., 3.

¹⁴⁹⁷ C. CASONATO, *Bioetica e pluralismo nello Stato costituzionale*, in C. CASONATO - C. PICIOCCHI (a cura di), *Biodiritto in dialogo*, Padova, Cedam, 2006, 15, 16, li individua, quasi esaustivamente, nei «diritti inviolabili dell'uomo e della libertà personale (artt. 2 e 13), di eguaglianza e di sviluppo della persona umana (art. 3), di pari dignità sociale e di dignità umana come limite all'iniziativa economica privata (artt. 3 e 41), di libertà religiosa e di eguale libertà delle confessioni religiose (artt. 19 e 8) ma anche di indipendenza e sovranità, nei rispettivi ordini, di Stato e Chiesa cattolica (art. 7), di promozione della ricerca scientifica e tecnica, e della libertà della scienza (artt. 9 e 33), di tutela del paesaggio e, si è dedotto, dell'ambiente (art. 9) della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio (art. 29), del diritto-dovere di mantenimento ed educazione dei figli e della protezione della maternità e dell'infanzia (artt. 30 e 31), della salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività e della generale volontarietà dei trattamenti sanitari (art. 32), di soggezione dei giudici soltanto alla legge e di autonomia e indipendenza della magistratura da ogni altro potere (art. 101)». L'A. ricorda anche che, «nella ripartizione di competenze fra stato e regioni, [...] l'art. 117 dispone che lo stato abbia legislazione esclusiva sullo stato civile, sulla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali e sulla tutela dell'ambiente», mentre stabilisce che «siano comprese fra le materie di legislazione concorrente la ricerca scientifica e tecnologica, la tutela della salute e la valorizzazione dei beni ambientali». In ragione di una così ampia ricognizione, lo studioso giunge alla conclusione che «non mancano certo i riferimenti per una disciplina costituzionale delle tematiche bioetiche». P. VERONESI, *Uno statuto costituzionale del corpo*, in S. CANESTRARI - G. FERRANDO - C. M. MAZZONI - S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, tomo I, in *Trattato*, cit., vol. II, 140, 141, aggiunge, all'elenco dei principi richiamati dal biodiritto, l'art. 23, per la riserva di legge ivi contemplata, gli artt. 4 e 35 ss., in riferimento alla disciplina costituzionale del diritto al lavoro, l'art. 25 Cost., nell'ambito del diritto penale, la più parte, infine, delle libertà ed, in particolare, quella garantita dall'art. 21 Cost., che - ricorda l'A. - determinò un giudizio d'illegittimità costituzionale, con la sentenza della Corte costituzionale del 10 marzo 1971, n. 49, relativa al divieto di propaganda di pratiche contraccettive previsto dal codice penale del '30.

¹⁴⁹⁸ P. VERONESI, *Uno statuto*, cit., 139.

¹⁴⁹⁹ G. PINO, *Tre concezioni della costituzione*, in *TCRS*, 2015, 31, individua tre concezioni di Costituzione, tutte «variamente rintracciabili nella cultura giuridica italiana recente», vale a dire «la costituzione come limite: il modello delle regole» (ivi, 34 ss.), «la costituzione come fondamento: il modello dei principi» (ivi, 38 ss.) e «la costituzione come assiologia: il modello dei valori» (ivi, 44 ss.).

modello di riferimento¹⁵⁰⁰) in ragione del tipo di soluzioni complessivamente fornite alle questioni biomediche¹⁵⁰¹.

Tra queste, il tema della diagnosi genetica preimpianto si presta particolarmente a rendere la tensione e la difficoltà dei tradizionali istituti giuridici e poteri pubblici nel “maneggiare” la materia biomedica. Collocato, com'è, nel già problematico quadro etico e giuridico della procreazione medicalmente assistita, esso anima da tempo, in dottrina, un dibattito plurale ed interdisciplinare. Molteplici e diversi sono, in effetti, gli aspetti e gli interessi coinvolti, ma tutti afferenti al nucleo duro dei principi e delle libertà; esigono, pertanto, soluzioni condivise, pur di difficile individuazione, ove il confronto disveli nette contrapposizioni¹⁵⁰².

Costantemente, il raffronto va svolto tra scienza, etica e diritto, parimenti legittimati dalla natura stessa dell'oggetto, quale tecnica medica che implica scelte sulla vita e tocca, pertanto, interessi e diritti che richiedono di essere riconosciuti (ove già non lo siano), tutelati e bilanciati.

La “scienza accorta”, conscia dei pericoli come dei vantaggi per l'umanità insiti nel suo progredire esponenziale, gli uni e gli altri illustra nel partecipare al confronto etico (*rectius*: di etica pubblica¹⁵⁰³) e giuridico, chiedendo, di ritorno, una chiara individuazione dei *limiti* e delle

¹⁵⁰⁰ Può verificarsi - chiarisce G. PINO, *ivi*, 50 - «che uno stesso giurista adotti un modello per guardare ad alcune norme della costituzione, e un altro modello per guardare ad altre norme della costituzione. O che alcune tecniche interpretative o decisionali si trovino per così dire a metà strada tra due modelli (che non sia chiaro, cioè, se siano espressive dell'uno o dell'altro modello)».

¹⁵⁰¹ G. PINO, *ivi*, 43, nota n. 39, richiama varie pronunce giudiziali relative alla legge n. 40/2004, quale esempio di una concezione della *costituzione come fondamento*, la quale «attribuisce un ruolo decisamente attivo, interventista, alle corti (Corte costituzionale e giudici comuni), e in capo ai giuristi in generale», dimodoché «le corti assumono [...] un ruolo di attuazione della costituzione, ponendosi quasi in una posizione di concorrenza rispetto al legislatore - concorrenza che può arrivare anche al punto di vere e proprie disapplicazioni della legge ritenuta in contrasto con la costituzione, dietro l'apparenza di interpretazioni conformi a costituzione» (*ivi*, 43). D'altro canto, è un tipico delle “vicende biogiuridiche” - e di quelle della procreazione medicalmente assistita e della diagnosi genetica preimpianto, in particolare - anche la significativa funzione assunta dal bilanciamento e dalla comparazione, entrambi elementi fondamentali di una concezione della *costituzione come assiologia*. «Siccome la costituzione racchiude più valori (la costituzione è pluralista), valori tutti in cerca di realizzazione, essi dovranno essere applicati con una logica “flessibile” e compromissoria, la logica della ragionevolezza e del bilanciamento: andrà cercato, per ogni caso concreto, il migliore (il più giusto) equilibrio tra i valori in gioco». In siffatto modello, dunque, la ragionevolezza non è solamente «un criterio di valutazione del bilanciamento tra principi o valori confliggenti, ma un *canone generale di interpretazione costituzionale*» (*ivi*, 46). Anche la comparazione - intesa soprattutto come «maggiore predisposizione da parte delle corti a “dialogare” con altre corti di altri ordinamenti (il ricorso al c.d. argomento comparatistico nell'argomentazione giuridica e anche costituzionale)» -, secondo l'A., è tipico aspetto di questa concezione di costituzione: «se la costituzione (la costituzione di un singolo paese) è a ben vedere il riflesso di un ordine di valori, e se come è altamente probabile altre costituzioni riflettono il medesimo ordine di valori, o comunque incorporano gli stessi valori (la dignità, l'eguaglianza, la libertà, l'autonomia, ecc.), allora è scontato che corti di diversi ordinamenti interagiscano tra loro, visto che concepiranno sé stesse come impegnate a concretizzare in sede giudiziaria valori del tutto omogenei» (*ivi*, 49).

¹⁵⁰² In una contrapposizione prospettica, F. MEOLA, *La diagnosi genetica preimpianto nell'evoluzione dell'ordinamento italiano: gli argomenti a favore*, e chi scrive, *La diagnosi genetica preimpianto nell'evoluzione dell'ordinamento italiano: gli argomenti contrari*, entrambi in R. FATTIBENE (a cura di), *La diagnosi genetica preimpianto tra normativa e giurisprudenza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, rispettivamente 115 ss., e 163 ss., ripercorrono gli (stessi) argomenti usati, in dottrina ed in giurisprudenza, ora a favore ora a sfavore della diagnosi genetica preimpianto.

¹⁵⁰³ Come tale si propone la bioetica, quale «area di discussione pubblica in quanto vi si indaga il rapporto tra individui e istituzioni, nonché le decisioni collettive in materia di salute, di malattia, di vita e di morte. Intesa come etica pubblica, dunque, la bioetica si occupa di questioni pubbliche, le cui soluzioni sono trovate o dovrebbero essere trovate nell'interesse di tutti i cittadini. Include perciò una riflessione sui modi della scelta pubblica nonché sui suoi prevedibili esiti, rinviando così alla sfera di competenza del diritto»: R. SALA, *Etica pubblica e biodiritto*, in S. RODOTÀ - M. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito*, cit., 125. A riguardo, P. GIUSTINIANI, *La selezione genetica pre-impiantatoria. Profili di etica pubblica nel recente Magistero cattolico*, in R. FATTIBENE

possibilità. Dalla biomedicina gemmano, insomma, quesiti per la bioetica¹⁵⁰⁴ e per il biodiritto e la prima, nel mentre li pone, propone, contribuendo alle più opportune soluzioni. Non può tacersi, però, che per il diritto, in particolare, sia sempre risultato «oltremodo arduo [...] il compito di maneggiare con appropriatezza il materiale scientifico» e per «numerose [...] ragioni»¹⁵⁰⁵. Nessuna di queste potrà essere superata se non passando attraverso una pregiudiziale volontà di dialogo e d'intesa tra le scienze giuridiche e la scienza della vita, al fine – che *deve* essere condiviso – di tutelare dignità, diritti e libertà del cittadino, ad esso subordinando ogni conquista della ricerca.

Questione preliminare da affrontare, quando si tratti di diagnosi genetica preimpianto, così come di ogni altra possibilità d'intervento (sul pre-embrione¹⁵⁰⁶ e) sull'embrione, consiste nella natura di questo. Preliminare ed ardua: individuare il «*punto*¹⁵⁰⁷ temporale» dell'inizio della vita e,

(a cura di), *La diagnosi*, cit., 75, 76, ricorda com'anche il Papa apra «oggi un vero e proprio interessante terreno di confronto di *etica pubblica generale*, ovvero una discussione che, sul piano teoretico, cerca di ritrovare i criteri fondamentali e universali in ordine a nodi pubblici di tipo etico-sociale, che dividono le convinzioni morali condivise su fronti opposti o rivali e che domandano traduzione normativa (esiti relativi al biodiritto e alla biopolitica) [...], per esempio nella progettazione e gestione dei futuri nati», ma non solo. Anche sulle tematiche ambientali, infatti, Papa Francesco si propone «di entrare in dialogo con tutti riguardo alla *nostra casa comune*, nella consapevolezza che», su questi temi, «anche al di fuori della Chiesa Cattolica, altre Chiese e Comunità cristiane - come pure altre religioni - hanno frattanto sviluppato una profonda preoccupazione e una preziosa riflessione». La valutazione religiosa si propone, in effetti, come un contributo imprescindibile all'area di discussione propria dell'etica pubblica, considerato «che la stragrande maggioranza della popolazione mondiale si riconosce in una qualche religione» e che la bioetica «parla di vita e morte, di salute e malattia, di sofferenza, dignità della persona umana», vale a dire di «tematiche che interessano anche in modo diretto la religione e le religioni»: così G. MIRANDA, *Bioetica e religioni*, 22 gennaio 2012, in <https://lit.zenit.org>, a proposito dell'andamento dei lavori per l'elaborazione della *Dichiarazione Universale su Bioetica e Diritti Umani*, approvata dalla Conferenza Generale dell'Unesco il 19 ottobre 2005, che ha dedicato una sessione all'ascolto dei rappresentanti delle più importanti religioni nel mondo. Né può ignorarsi il monito di E. SEVERINO, nell'*Avvertenza* a ID., *Sull'embrione*, Milano, Rizzoli, 2005, 7, su quanto «la tragica tensione tra terrorismo islamico e valori dell'Occidente» renda «ancora più urgente la comprensione del significato autentico dell'atteggiamento religioso e dei suoi rapporti con le leggi dello Stato».

¹⁵⁰⁴ Quale «parte dell'etica che si occupa di giustificare i confini tra lecito e illecito di fronte alle nuove possibilità di intervento dischiuse dall'avanzamento delle conoscenze scientifiche e dalle applicazioni tecnologiche in ambito biomedico e sociosanitario sulla vita, umana e non umana»: L. PALAZZANI, *Biodiritto. Valori e diritto ai confini della vita umana*, in www.filosofionline.com.

¹⁵⁰⁵ Come osserva L. CHIEFFI, *Introduzione. Prospettive di dialogo tra Scienza e Diritto*, in ID. (a cura di), *La medicina nei Tribunali*, Bari, Cacucci Editore, 2016, 10, che le individua, in maniera puntuale, nella «difficoltà», per il diritto, «di assecondare la naturale dinamicità della conoscenza in continua evoluzione»; nell'«impatto provocato dalla trasfigurazione di tradizionali categorie giuridiche, [...] a causa di innovative applicazioni tecnologiche, la cui portata non è sempre comprensibile»; nella capacità di «condizionare l'azione della politica e del diritto», da parte «di chi ha la capacità di comprendere e di controllare l'impiego della tecnica»; ancora, in «antichi pregiudizi verso la scienza, per effetto di vischiosità storiche risalenti all'idealismo crociano», che vanno ad acuire la forte diffidenza indotta dalla «*biologizzazione* del diritto e conseguente politicizzazione e giuridicizzazione della medicina», affermatesi nei primi decenni del Novecento; in «un generale disinteresse», infine, «della politica per la promozione della ricerca scientifica», aggravato «dall'impiego strumentale» della materia scientifica, «soprattutto se eticamente sensibile, a fini di lotta politica interna, di contrapposizione tra formazioni partitiche concorrenti» (*ivi*, 10-12).

¹⁵⁰⁶ Vale a dire lo zigote nello stadio iniziale, fino al quattordicesimo giorno. In merito, però, le concezioni sono diversificate: se è vero, infatti, che questa «soglia» temporale «è divenuta [...] l'interfaccia "ontologica" tra le due entità del pre-embrione e dell'embrione, in quanto destinatari di un trattamento morale diverso come entità distinta all'interno di un processo di sviluppo continuo», com'affermano M. TALLACCHINI - F. TERRAGNI, *Le biotecnologie. Aspetti etici, sociali e ambientali*, Milano, Bruno Mondadori Editore, 2004, 105, è anche vero - come gli stessi A.A. non mancano di riportare - che «l'ipostatizzazione del pre-embrione come entità distinta all'interno di un processo di sviluppo continuo sia ancora considerata da molti (scienziati ed eticisti) strumentale e priva di vere basi scientifiche».

¹⁵⁰⁷ Corsivo nostro.

dunque, del riconoscimento all'embrione della «piena dignità umana» è impresa che s'imbatta di continuo in «paradossi e trappole logiche come quelle che da sempre si legano alla tensione tra continuità dei processi e qualificazione di stati»¹⁵⁰⁸. Anche a quest'interrogativo preliminare sono chiamati, con pari nobiltà di voce, la scienza, come l'etica, come il diritto¹⁵⁰⁹; l'insita pregiudizialità della questione lo radica, anzi, prima di ogni altro, nelle riflessioni, nelle teorizzazioni e nelle pratiche dell'uomo, fissandone le risposte via via maturate nel “patrimonio dinamico” della cultura e della coscienza dell'umanità.

«Il vero è che l'embrione è, filosoficamente e in sede di analisi da parte dei biologi, fatto “soggetto di narrazioni” plurime»¹⁵¹⁰, prim'ancora – potremmo aggiungere – di diventarlo nella riflessione giuridica di carattere teorico-generale. Duplice e dicotomica è l'ontologia stessa dell'embrione, a cui, pertanto, ben si attaglia il *dixit* di Aristotele «“ciò che è in potenza è in potenza gli opposti”. Questo vuol dire che, se l'embrione *può* diventare un *uomo in atto*, allora, proprio perché “lo può” (e non lo diventa ineluttabilmente), proprio per questo, *può* anche diventare *non-uomo*, cioè qualcosa che uomo non è»¹⁵¹¹. Ogni discorso intorno all'embrione – diagnosi genetica preimpianto compresa – vive, dunque, di questa “ambiguità”, mettendo in scena, al contempo, le potenzialità della scienza e le perplessità dell'etica, nonché le regole ora possibiliste ora limitatrici del diritto.

Ad aggravare la difficoltà d'individuare soluzioni univoche e condivise, quel bilanciamento d'interessi, che, di norma, è «tecnica di risoluzione dei conflitti fra posizioni parimenti protette a livello costituzionale», nelle questioni biomediche – com'è stato acutamente notato – risulta, invece, nient'affatto risolutivo e solo parzialmente utile, «non essendo legato, aldilà dell'altrettanto

¹⁵⁰⁸ V. IVONE, *Vulnerabilità del corpo e diritto al consenso. Note sull'inizio della vita*, Napoli, 2013, 84.

¹⁵⁰⁹ Come nel dialogo che hanno impostato, tra di loro, R. PRODOMO, *La contesa sull'embrione*, P. GIUSTINIANI, *op. cit.*, e S. PRISCO, *L'embrione come soggetto di narrazioni*, in R. FATTIBENE (a cura di), *La diagnosi*, cit., rispettivamente 39 ss., 65 ss., 85 ss., nella Sezione ivi, appunto, dedicata alla riflessione scientifica e teorico-generale.

¹⁵¹⁰ Così S. PRISCO, *L'embrione*, cit., 86, mentre R. PRODOMO, *La contesa*, cit., 42, mostra come anche «le malattie» siano «esito [...] di una narrazione». La scienza stessa, invero, non ha una voce univoca sul “momento” d'inizio della vita, presentando, piuttosto, tre diversi convincimenti, che lo collocano a circa trenta ore, sei o quattordici giorni dal concepimento (rispettivamente, la teoria dell'ootide, delle strie primitive, del pre-embrione). Di esse può leggersi, alquanto estesamente, in F. DE GREGORIO, *La vita nascente e il suo futuro. Bilanciamenti ragionevoli tra diritto, scienza e coscienza*, Torino, Giappichelli Editore, 2011, 44 ss. In sintesi, l'A. nota come queste teorie portino tutte «a far sì che l'embrione nella fase pre-impianto non abbia alcuna tutela e che, nella sua primissima fase, non sia considerato un individuo, ciò equivalendo a potere ritenere come legittima la ricerca sugli embrioni prima dell'impianto» (ivi, 50). A queste elaborazioni si contrappone un'altra teoria, anch'essa basata su dati scientifici, sostenuta dal «pensiero cattolico», per la quale «il concetto di persona, a prescindere da ogni considerazione filosofica, s'identifica con l'unità genetica presente fin dalla nascita» (ivi, 52). Ne è conseguenza che «l'embrione è “persona” fin dal momento della fecondazione, in quanto con la fecondazione si costituisce un unico genoma, quello dello zigote, il quale ha già in sé l'intero progetto-programma che, attraverso fasi biologiche successive non indipendenti tra loro, in un *continuum* evolutivo, è capace, se non intervengono fattori esterni, di dar luogo ad un nuovo individuo» (ivi, 51). Su questo versante della riflessione intorno all'inizio vita, si rinvia a P. GIUSTINIANI, *op. cit.*, 65 ss., che riflette, propriamente, sulla posizione assunta dal Magistero cattolico in ordine alla diagnosi genetica preimpianto. Sullo statuto etico-giuridico dell'embrione, cfr. anche R. PRODOMO, *La contesa*, cit., 39.

¹⁵¹¹ E. SEVERINO, *op. cit.*, 45, 46.

vago principio di ragionevolezza, a criteri che non siano anch'essi ampiamente discrezionali». Talché, «orientamenti laici e cattolici, dottrine *pro-life* e *pro-choice* [...] possono partire dagli stessi riferimenti costituzionali non messi in discussione (valore della persona, rispetto della dignità, diritto alla propria individualità, principio di autodeterminazione e così via) per giungere a risultati diametralmente opposti»¹⁵¹². Per la medesima ragione, «anche la dottrina costituzionalistica [...] si trova ad essere divisa sulla direzione da dare all'interpretazione di norme e principi costituzionali in relazione a fatti concreti riferibili alle tematiche di bioetica»¹⁵¹³.

«Bioetica e biodiritto, insomma, o sono narrativi, o non sono»¹⁵¹⁴.

Duplici e dicotomiche paiono, allora, anche le linee della “narrazione giuridica” della diagnosi genetica preimpianto, collocantesi l'una sul piano legislativo (comprensivo dello svolgimento dei *referendum* abrogativi del giugno 2005¹⁵¹⁵), l'altra su quello giudiziario. Si rinvengono, ovviamente, entrambe anche nel relativo dibattito, costantemente animato dalle vicende convulse della legge n. 40 del 19 febbraio 2004, recante «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita», che, all'indomani della sua entrata in vigore, avevano già

¹⁵¹² C. CASONATO, *Bioetica*, cit., 16, 17. L'A. opportunamente richiama, a riguardo, l'analoga osservazione di V. BALDINI, *Introduzione. Il politeismo dei valori e la partenogenesi dei diritti costituzionali: tra ermeneutica storicistica ed ermeneutica ontologica*, in ID. (a cura di), *Diritti della persona e problematiche fondamentali. Dalla bioetica al diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli Editore, 2004, 10, per il quale, nel «suo compiersi dinamico secondo il “verso” pluralista e nell'impatto con l'esperienza, la Costituzione si mostra generalmente responsiva agli interpreti che la interrogano, ma in grado di offrire un supporto ad un ventaglio di soluzioni anche eticamente, oltre che giuridicamente, molto differenti l'una dall'altra quantunque tutte in qualche modo riconducibili al contesto dei principi e valori ivi sanciti [...]». In tal modo, la Carta costituzionale figura come sostegno fondamentale di ipotesi regolative anche molto distanti tra loro, soprattutto nella soluzione dei problemi connessi ai cd. diritti della vita».

¹⁵¹³ C. CASONATO, *Bioetica*, cit., 17.

¹⁵¹⁴ Come osserva S. PRISCO, *L'embrione*, cit.

¹⁵¹⁵ Quattro quesiti referendari sulla legge n. 40/2004, alcuni dei quali strettamente connessi alle possibilità di utilizzo della diagnosi genetica preimpianto e dei suoi risultati, furono sottoposti al corpo elettorale, che rispose con atteggiamento decisamente astensionistico. La richiesta referendaria, volta a sottoporre a *referendum* abrogativo l'intera legge n. 40/2004, era stata, invece, dichiarata inammissibile, con sentenza della Corte costituzionale del 13 gennaio 2005, n. 45, in quanto coinvolgente una normativa costituzionalmente necessaria. Con la richiesta referendaria dal titolo “Procreazione medicalmente assistita - limite alla ricerca clinica e sperimentale sugli embrioni - Abrogazione parziale”, si mirava, piuttosto, ad ampliare la possibilità di ricerca clinica e sperimentale sugli embrioni con finalità terapeutiche e diagnostiche, attraverso l'eliminazione di vari limiti e divieti. Il quesito dal titolo “Procreazione medicalmente assistita - norme sui limiti all'accesso - Abrogazione parziale” si presentava più articolato nelle finalità, che la sentenza della Corte costituzionale del 13 gennaio 2005, n. 47, nel dichiararne l'ammissibilità, individuava nel «consentire l'accesso alla procreazione medicalmente assistita anche per finalità diverse dalla soluzione di problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o infertilità, ad escludere dai principi che regolano l'applicazione delle relative tecniche quello della gradualità; a consentire la revoca del consenso da parte dei soggetti che vi accedono, anche dopo la fecondazione dell'ovulo; a consentire interventi sull'embrione aventi finalità diagnostiche anche diverse da quelle previste dall'art. 13, comma 2, della legge; a consentire la creazione di un numero di embrioni superiore a quello necessario ad un unico e contemporaneo impianto e comunque superiore a tre; a consentire la crioconservazione degli embrioni in ogni caso in cui non risulti possibile il trasferimento degli embrioni stessi nell'ovulo» (punto 2 del *Considerato in diritto* della sent. Corte cost. n. 47/2005). Un ulteriore quesito referendario si diversificava da questo appena ricordato per la sola richiesta d'integrale abrogazione dell'art. 1 della legge n. 40/2004, che avrebbe eliminato, così, anche l'enunciazione della finalità di tutela dei diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito, meritando, per questo, anche un titolo parzialmente differente (quello di “Procreazione medicalmente assistita - norme sulle finalità -, sui diritti dei soggetti coinvolti e sui limiti all'accesso - Abrogazione parziale”). Infine, un ultimo quesito referendario, riguardava la richiesta di abrogazione delle norme della legge 40 concernenti il divieto di ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologa e la relativa sanzione.

reso manifesta la grave difficoltà di gestione delle questioni bioetiche da parte del “sistema italiano”.

Ne rimane intaccata, infatti, la stessa forma di governo, nel rapporto tra il Legislativo ed il Giudiziario, estenuato da una sovraesposizione del secondo rispetto al primo¹⁵¹⁶, che, di contro, esita, ritarda, arretra o, altrimenti, eccede, comunque non riuscendo a trovare tempismo e consenso nella regolamentazione¹⁵¹⁷. Sembra quasi essere giunti al punto d’«evoluzione della scienza costituzionale verso nuovi orizzonti esegetici che tendono a riprodurre dinamiche tipiche dei sistemi di *common law* oggi particolarmente care alle più avanzate espressioni delle teorie *neocostituzionalistiche*»¹⁵¹⁸.

Dinamiche essenzialmente giurisprudenziali, dunque. Ovviamente, in Italia, Paese pur sempre di *civil law*, il suggello della giurisprudenza sul disciplinamento delle questioni biogiuridiche è posto non da quella di merito, bensì dal Giudice delle leggi, che di queste può dichiarare l’illegittimità; lo fa, però (è quanto avvenuto, in particolare, con la diagnosi genetica preimpianto¹⁵¹⁹), ricorrendo a quella ragionevolezza che si è detta principio «vago»¹⁵²⁰ e, ad ogni

¹⁵¹⁶ Basti riandare al cd. caso Englaro ed al relativo conflitto di attribuzione che, corredato dall’esplicita accusa di mettere a rischio la stessa tenuta della separazione dei poteri, ha reso drammaticamente evidente la crisi dei rapporti tra il Legislativo ed il Giudiziario. Sulla vicenda richiamata, v., *ex plurimis*, R. ROMBOLI, *Il conflitto tra poteri dello Stato sulla vicenda E.: un caso di evidente inammissibilità*, 11 dicembre 2008, in <http://archivio.rivistaaic.it>, e A. SPADARO, *Può il Presidente della Repubblica rifiutarsi di emanare un decreto-legge? Le “ragioni” di Napolitano*, 10 febbraio 2009, in *forum Quad. cost.*, www.forumcostituzionale.it, 1 ss.

¹⁵¹⁷ M. VILLONE, *Scientific issues: quando il giudice è costretto a trasformarsi in legislatore*, in L. CHIEFFI (a cura di), *La medicina*, cit., 24, individua una causa che, pur avendo carattere generale, incide sensibilmente sulla possibilità di ben disciplinare le tematiche biogiuridiche. Nota, infatti, l’A. che «se un’assemblea elettiva non è adeguatamente rappresentativa e non esprime il paese nel suo complesso non abbiamo solo la violazione di fondamentali principi costituzionali, come ha chiarito la Corte costituzionale nella sentenza 1/2004. È anche molto probabile che il legislatore non riesca ad affrontare mediazioni complesse, o le concluda con soluzioni per alcuni inaccettabili», come mostrano, tra l’altro, le difficoltà palesatesi nell’addivenire ad una legge sul testamento biologico.

¹⁵¹⁸ Così L. CHIEFFI, *Introduzione*, cit., 13.

¹⁵¹⁹ Al canone della ragionevolezza è ricorso la Corte costituzionale, in particolare con la sentenza del 14 maggio 2015, n. 96, sulla base di un raffronto/parificazione tra la procreazione medicalmente assistita, con diagnosi genetica preimpianto e conseguente selezione degli embrioni non portatori della malattia geneticamente trasmissibile, e la gravidanza naturale, con diagnosi prenatale e conseguente interruzione volontaria della stessa, quando permessa dagli esiti delle indagini: tanto premesso, appare “ragionevole” consentire alle coppie di ricorrere alla selezione degli embrioni *in vitro* anziché all’aborto in una fase successiva. Sul ricorso a questo canone nelle questioni di inizio vita ed, in particolare, nella sentenza in parola, v. A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in *Rivista AIC*, 2015, www.rivistaaic.it, 1 ss.; con specifico riferimento a questa sentenza, v. S. PENASA, *La sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale: l’insostenibile debolezza della legge 40*, in *Quad. cost.*, 2015, 755 ss., mentre, sulla ragionevolezza nella sentenza della Corte costituzionale del 9 aprile 2014, n. 162, v. L. VIOLINI, *La Corte e l’eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti addotti a sostegno della decisione*, in *Osservatorio costituzionale*, luglio 2014, 1 ss., part. 8 ss. In ragione della suddetta parificazione operata dalla Consulta con la sent. n. 96/2015, una panoramica completa sull’ordinamento interno, in tema di diagnosi genetica, non può prescindere dal tema della diagnosi prenatale. È quanto evidenzia G. SALITO, *La “non” diagnosi genetica prenatale ovvero la sua inesatta o errata esecuzione: a proposito di wrongful life e wrongful birth*, in R. FATTIBENE (a cura di), *La diagnosi*, cit., 203 ss., indagando l’ipotesi in cui non sia stato possibile ricorrere alla diagnosi genetica preimpianto o sia comunque intervenuta, poi, una gravidanza naturale, sicché è in fase prenatale che si verifica quella scoperta di malformazioni e patologie del feto tale da «incidere sulla serenità della donna e costituire la ragione del ricorso alla pratica abortiva» (*ivi*, 204). Correlativamente, P. GIUSTINIANI, *op. cit.*, 80, riporta un passo dell’*Istruzione Dignitas personae su alcune questioni di bioetica* (8 settembre 2008), della Congregazione per la dottrina della fede, che configura la diagnosi pre-impiantatoria come «una forma di diagnosi prenatale, legata alle tecniche di fecondazione artificiale, che prevede la diagnosi genetica degli embrioni formati *in vitro*, prima del loro trasferimento nel grembo materno», addivenendo, infine, una volta effettuata la selezione degli embrioni, ad una «pratica abortiva precoce» (corsivi nostri).

¹⁵²⁰ Si cita nuovamente C. CASONATO, *Bioetica*, cit., 16.

modo, «tutt'altro che espressione di “logica” (anche se va perseguita logicamente, a pena di non trovare consenso alla soluzione cui si approda), sibbene e semmai il più “politico” dei valori-principi»¹⁵²¹.

Nella ricerca della migliore disciplina possibile, oramai “spartita” tra Legislativo e Giudiziario, il biodiritto va a complicare anche l'opera d'individuazione e d'interpretazione della fonte d'applicare al caso, in un contesto, invero, già gradualmente “scivolato” verso la coesistenza di «tanti diversi sistemi (o microsistemi), in relazione alle singole materie che vengono in osservazione o in ordine alle quali l'ordinamento offre, a volta a volta, un diverso panorama quantitativo e qualitativo di norme primarie»¹⁵²².

La necessità e l'urgenza di dare soluzione ai singoli casi, informati alla «dinamicità della materia scientifica», ha conferito, infatti, ad una, «talvolta, scomposta giurisprudenza cautelare e di merito» una funzione di «definizione degli spazi di autonomia e di garanzia delle libertà riconosciute al singolo»¹⁵²³, secondo un andamento proprio, come si è detto, dei sistemi di *common law*, eppure manchevole del “collante” che, in questi, è assicurato soprattutto dal vincolo del precedente. Conseguenza ne è stata una disciplina – nemmeno propriamente tale, in quanto di provenienza giurisprudenziale – frammentaria, diversificata e di non immediata rintracciabilità.

Non solo: anche «la codificazione deontologica» – quella medica in massimo grado e, non di rado, in relazione a tematiche biomedico/biogiuridiche –, «in un quadro istituzionale in cui la legge tende a ritrarsi per lasciare sempre più spazio a normazioni di origine diversa», va ad assumere un ruolo attivo e partecipativo nel quadro delle fonti, fino «a concorrere con la stessa legislazione statale nella disciplina dei diversi settori della vita sociale»¹⁵²⁴. Quanto meno, al livello

¹⁵²¹ S. PRISCO, “Rigore è quando arbitro fischia”? Spunti di ‘ragionevole’ scetticismo su legislatore, Corti e interpretazione, in AA.VV., *Liber Amicorum in onore di Augusto Cerri. Costituzionalismo e democrazia*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, 654.

¹⁵²² F. MODUGNO, *Le fonti del diritto*, in ID. (a cura di), *Diritto pubblico*, Torino, Giappichelli Editore, 2012, 108. A riguardo, v. anche ID., *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, 2008, in <http://archivio.rivistaaic.it>, 1 ss., part. 33. Diversamente, A. RUGGERI, *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Milano, Giuffrè Editore, 1977, 317, ritiene pur sempre possibile la “tenuta del sistema”, in quanto, «all'interno di fonti formalmente pariordinate (costituzionali o legislative che siano) e competenzialmente tipizzate», è rinvenibile «la preminenza delle norme di certe fonti sulle norme di altre fonti», ma non «a causa di una (insussistente) superiorità gerarchica formale delle prime sulle seconde, bensì in vista di una loro diversa (e, in questo senso, graduata) capacità di espressione e realizzazione assiologica, quale risulta oggettivamente dal raffronto con i valori-base dell'ordinamento (principi costituzionali fondamentali)». Sulle «gerarchie assiologiche», cfr. anche R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè Editore, 2011, 169 ss.

¹⁵²³ L. CHIEFFI, *Introduzione*, cit., 14.

¹⁵²⁴ E. QUADRI, *Codice di deontologia medica*, in G. ALPA, P. ZATTI (a cura di), *Codici deontologici e autonomia privata*, Milano, Giuffrè Editore, 2006, 69, 70. Per un'attenta ricostruzione delle diverse ipotesi avanzate nel dibattito dottrinale, nonché degli orientamenti giurisprudenziali, in merito alla natura dei codici deontologici e di quelli medici in particolar modo, si rinvia a P. LAONIGRO, *Le norme deontologiche tra teoria e prassi giurisprudenziale: notazioni sul codice deontologico medico*, 8 maggio 2010, in *Amministrazione In Cammino*, www.amministrazioneincammino.it, 1 ss.

deontologico vengono riconosciuti incrementali «profili di rilevanza giuridica [...] in relazione alla valutazione della disciplina giuridica di riferimento»¹⁵²⁵, soprattutto nel senso che i relativi codici si prestano ad essere di ausilio all'opera dell'interprete. Ancor prima, però – prim'ancora che subentri una disciplina giuridica –, essi, spesso, si dotano di regole di comportamento per i sanitari atte a sussidiare il legislatore nella fase, successiva (ed eventuale, comunque tardiva), di elaborazione della norma¹⁵²⁶; così è avvenuto, ad esempio, proprio nel caso della procreazione medicalmente assistita¹⁵²⁷.

Bisogna interrogarsi, infine – rimanendo sul rapporto tra biodiritto e sistema delle fonti e, più precisamente, ragionando di sedi, soggetti e metodi dell'elaborazione della norma –, sulla necessità di provvedere all'«istituzione di canali possibilmente stabili (come ad esempio organi a composizione indipendente e interdisciplinare) che permettano che il sapere scientifico e tecnologico sia veicolato all'interno delle sedi della riflessione politica e della decisione normativa»¹⁵²⁸. Le soluzioni, con buoni esiti già in tal senso adottate in altri ordinamenti – sotto forma di organismi tecnici che, in ragione della loro particolare competenza in materia, svolgano funzioni di studio, consultive e/o autorizzatorie e di controllo¹⁵²⁹ –, sembrano confortare l'adozione di una siffatta soluzione.

¹⁵²⁵ E. PULICE, *Autonomia e responsabilità del medico: il ruolo della deontologia nella prospettiva giurisprudenziale*, in L. CHIEFFI (a cura di), *La medicina*, cit., 305. L'A. fa risalire «i profili di intrinseca giuridicità della norma deontologica [...] a un'evoluzione che ha profondamente caratterizzato il CDM [n.d.r.: il Codice di Deontologia Medica]», vale a dire «la progressiva estensione dei suoi ambiti di intervento, attraverso la quale il codice si è fatto carico delle nuove esigenze di tutela della persona sollevate dal progresso tecnico-scientifico e dai mutamenti sociali, culturali e giuridici, ponendosi così come uno strumento volto non solo alla protezione della categoria rappresentata, ma anche alla garanzia e alla promozione dei diritti delle persone destinatarie dell'attività professionale» (*ivi*, 304, 305).

¹⁵²⁶ C. CASONATO, *Introduzione*, cit., 173, reputa i codici deontologici atti «a svolgere una funzione complementare o di consulenza importante ma non esclusiva a monte della decisione legislativa o a fianco del giudizio civile o penale».

¹⁵²⁷ Come ricorda E. QUADRI, *op. cit.*, 72, alcuni criteri di comportamento per i sanitari, a riguardo, erano stati introdotti, prima, nel Codice di deontologia medica del 1995, all'art. 14, poi, in quello del 1998, all'art. 42; in ogni caso, evidentemente, con significativo anticipo rispetto alla legge n. 40 del 2004.

¹⁵²⁸ C. CASONATO, *Evidence Based Law. Spunti di riflessione sul diritto comparato delle scienze della vita*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2014, www.biodiritto.org, 197, che, invero, individua questa svolta come approdo ad una «forma di governo “science conscious”», nella consapevolezza, però, del «rapporto che in ogni ordinamento collega il sistema delle fonti del diritto con la forma di governo» (*ivi*, 194); l'A. ne tratta, infatti, «in collegamento con gli organi cui la forma di governo affida l'attività regolativa e legislativa in particolare» (*ivi*, 197).

¹⁵²⁹ S. PENASA, *Modelli biogiuridici a confronto sulla diagnosi genetica preimpianto: riflessioni comparate de iure condendo*, in R. FATTIBENE, *La diagnosi*, cit., 305 ss., nello svolgere un'analisi comparata dei modelli biogiuridici adottati, in diversi ordinamenti, sulla diagnosi genetica preimpianto, mette in luce i più significativi organismi tecnici a cui siano state attribuite tali funzioni. Si segnalano, dunque, con l'A., la *Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in vitro y la Inseminación Artificial Humana* (c.d. *Comisión Palacios*), quale commissione consultiva, istituita dal Parlamento spagnolo, il cui operato, in particolare sotto forma di raccomandazioni, ha costituito la base per la redazione della legge spagnola n. 35 del 22 novembre 1988, *sobre Técnicas de reproducción asistida*; la Commissione Nazionale per la Riproduzione Umana Assistita, già prevista dalla predetta legge, che, ai sensi della successiva legge n. 14 del 26 maggio 2006, *sobre Técnicas de reproducción humana asistida* (abrogatrice di quella dell'88), svolge funzioni consultive e di parere rispetto alle autorizzazioni, per singoli casi concreti, ad accedere a tecniche di diagnosi preimpianto, in ipotesi non previste dalla legge; lo *Human Fertilization and Embryology Authority*, organismo pubblico, con alto grado di competenze specifiche e di autonomia istituzionale e funzionale, a cui lo *Human Fertilisation and Embryology Act 1990*, dell'ordinamento britannico, attribuisce funzioni di natura consultiva, attuativa e di autorizzazione delle attività disciplinate dalla legge; gli organismi tecnici a cui la legge portoghese n. 32 del 26 luglio 2006, *Da procriação meicamente assistida*, attribuisce funzione di accertamento del valore scientifico delle tecniche diagnostiche praticate e del loro svolgimento secondo le *best practices*; infine, l'Agenzia per la Biomedicina, organismo pubblico indipendente, a cui è rimessa, dalla legge francese n. 2011-

Maggiore complessità del sistema delle fonti e maggiore difficoltà nell'individuazione, interpretazione ed applicazione delle norme da esse prodotte in ambito bioetico deriva anche dal primo comma dell'art. 117 Cost. – inserito in Costituzione dalla novella del 2001 –, in relazione alle fonti del diritto internazionale e del diritto dell'Unione europea. L'incisività del biodiritto sull'ordinamento giuridico vira, per questa ipotesi, verso l'area dei rapporti interordinamentali.

Invero, sebbene il diritto dell'Unione europea non sia certo del tutto estraneo alle questioni *de quibus*¹⁵³⁰, ne rimane indubbiamente più interessata la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Tant'è per la forte afferenza di alcune sue norme – in particolare l'art. 8, sul «Diritto al rispetto della vita privata e familiare» – alle materie cd. eticamente sensibili; per l'uso, talvolta opinabile, che la Corte della Convenzione ha fatto della *combine* sussidiarietà/margine di apprezzamento¹⁵³¹; per l'«azzardo» di alcuni nostri giudici di merito che, eludendo il ricorso alla

814 del 7 luglio 2011, *relative à la bioéthique* (art. 21, che modifica l'art. L 2131- 4 del *Code de la santé publique*), l'autorizzazione all'esecuzione della diagnosi preimpianto, accertata la sussistenza di predeterminate circostanze. Per un approfondimento sulla disciplina della diagnosi genetica preimpianto nell'ordinamento spagnolo, in particolare, v. A. EMALDI CIRIÒN, *Legal aspects of preimplantation genetic diagnosis within the Spanish regulatory context*, in R. FATTIBENE, *La diagnosi*, cit.

¹⁵³⁰ Basti considerare la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che, all'art. 3, dopo aver sancito il diritto di ogni individuo all'integrità fisica e psichica, elenca diritti e divieti (questi ultimi soprattutto) che «nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati», compreso «il divieto delle pratiche eugenetiche, in particolare di quelle aventi come scopo la selezione delle persone». Con riguardo al diritto derivato, la direttiva 98/44/CE, «Sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche», ha previsto le utilizzazioni di «embrioni umani» (art. 6, n. 2), di cui un noto arresto della Corte di Giustizia dell'Unione europea, la sentenza dell'11 ottobre 2011, causa C-34/10, *Oliver Brüstle v. Greenpeace e V.*, ha fornito la nozione, accché la formula testuale sia «interpretata in modo uniforme sul territorio» dell'Unione (punto 26), così da non arrecare «lesione al buon funzionamento del mercato interno, che costituisce lo scopo della direttiva di cui trattasi» (punto 28). Diversamente, infatti, si correrebbe «il rischio che gli autori di alcune invenzioni biotecnologiche siano tentati di chiedere la brevettabilità di queste ultime negli Stati membri che concepiscono nel modo più restrittivo la nozione di embrione umano e, quindi, più permissivi per quanto riguarda le possibilità di brevettare le invenzioni di cui trattasi, a motivo del fatto che la brevettabilità delle stesse sarebbe esclusa negli altri Stati membri» (punto 28). La stessa Corte, successivamente, con la sentenza del 18 dicembre 2014, causa C 364/13, *International Stem Cell Corporation v. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*, ha colto l'occasione di «specificare il contenuto e l'ambito applicativo della definizione» precedentemente fornita, «riducendone significativamente [...] il campo di applicazione», come evidenzia A. DI STASI, *Alla ricerca di una nozione giuridica di "embrione umano": il contributo del judicial dialogue tra Corti internazionali, in federalismi.it. Focus Human rights, n. 1/2015, www.federalismi.it, 5. Nonostante la natura commerciale della questione, non sfugge la centralità della stessa per l'individuazione dei limiti alla procreazione medicalmente assistita e, più ancora, alla diagnosi genetica preimpianto, da quando l'accesso alla prima è stato finalizzato all'esecuzione della seconda.*

¹⁵³¹ Sussidiarietà e margine di apprezzamento sono entrambi «corollari» del principio di prossimità, dal quale «si dipartono» ed al quale «si riconducono», così come li intende M. R. MORELLI, *Principio di sussidiarietà delle giurisdizioni sovranazionali e margine di apprezzamento degli Stati nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, intervento all'incontro di studio del 20 settembre 2013 presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, su *Sussidiarietà e margine di apprezzamento nella giurisprudenza delle Corti europee e della Corte costituzionale*, in www.cortecostituzionale.it, 2. Essi si calibrano, pertanto, a vicenda, agendo, il primo, come «regola di precedenza» dell'intervento dello Stato nazionale rispetto all'autorità europea ed il secondo come «criterio di limite» rispetto ad un'area, «all'interno della quale è riconosciuta allo Stato una non sindacabile», da parte della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, «discrezionalità di scelte» (*ibidem*). Ne consegue che un malaccorto uso anche di uno solo dei due comporta uno sbilanciamento del delicato rapporto tra i due termini. In effetti, non sono mancate critiche rivolte, in particolare, ad un uso improprio del margine di apprezzamento, che ha ristretto lo spazio di «autonomia identitaria» delle scelte dei singoli Stati, rendendo, di contro, più invasivo od aggressivo l'approccio dell'autorità europea rispetto ad essi. Le lagnanze sono provenute soprattutto dal Regno Unito, ma non solo, ed anche una certa dottrina non ha lesinato disapprovazione: *ex ceteris*, v. J. A.

Consulta (indi, anche l'interpretazione dell'art. 117, co. 1, Cost., da essa elaborata), hanno dato diretta applicazione ai principi affermati dalle sentenze del giudice europeo; infine – ma è argomento primo per importanza –, per essere la Convenzione vocata alla tutela dei diritti e delle libertà a far tempo dalla sua entrata in vigore¹⁵³², contrariamente alla natura inizialmente solo “mercantile” dell'Unione, sicché la prima e non la seconda si è fatta carico, in maniera preponderante e permanente, dell'incrementale circolazione delle persone in Europa, con il loro bagaglio di diritti fondamentali da tutelare¹⁵³³.

L'ambito degli «obblighi internazionali» a cui l'articolo costituzionale in parola, tra l'altro, fa riferimento, non è certamente esaurito da quel solo obbligo contratto dall'Italia quale Alta Parte contraente della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. La lettura che la Consulta ha fornito di questa disposizione impone, però, al giudice – sia ordinario che costituzionale – di riconoscere, nell'ambito di quegli obblighi, una più significativa considerazione alle norme convenzionali rispetto alle altre (pure di diritto internazionale pattizio), nonché di attribuire valore quasi esclusivo all'interpretazione datane dal Giudice della Convenzione¹⁵³⁴. Di tutto questo, nulla

BRAUCH, *The margin of appreciation and the jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law*, in *Col. Jour. Eur. Law*, 2004-2005, per il quale, «unfortunately», la Corte EDU è ricorsa alla dottrina del margine di apprezzamento, nell'interpretare alcune norme della Convenzione, «to the exclusion of the text, of legal analysis, and indeed of the rule of law. It has taken on the role of supranational legislature making policy judgments for the nations of Europe, judgments that lack basic rule of law requirements of clarity, predictability, equality, and non-arbitrariness» (*ibidem*). Pertanto, l'A. conclude che la Corte «must return to the texts» (*ibidem*). O. POLLICINO, *Margine di apprezzamento, art 10, c.1, Cost. e bilanciamento “bidirezionale”: evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni nn. 311 e 317 del 2009 della Corte costituzionale?*, 16 dicembre 2009, in www.forumcostituzionale.it, 2, 3, sul fronte interno, evidenzia, invece, il richiamo al margine di apprezzamento presente, in particolare, nella sentenza della Corte costituzionale del 16 novembre 2009, n. 311, ma anche nella sentenza della Corte costituzionale del 30 novembre 2009, n. 327, che, per le modalità con cui viene operato dalla Consulta, è letto dall'A. «come una diretta risposta alla rinnovata aggressività caratteristica della nuova stagione giurisprudenziale della Corte di Strasburgo che sembra curarsi oggi [n.d.r.: così l'A., già nel 2009] molto meno di un tempo delle peculiarità proprie delle identità nazionali, anche costituzionali, degli Stati membri». Da queste e consimili lagnanze ed osservazioni, protrattesi nel tempo, è conseguita, infine, la previsione, con il Protocollo n. 15 di prossima entrata in vigore, dell'inserimento, nel Preambolo della CEDU, di un riferimento sia al principio di sussidiarietà sia alla dottrina del margine di apprezzamento, al fine di renderne più stringente l'osservanza da parte del giudice europeo. Cfr., in proposito, E. NALIN, *I protocolli n. 15 e 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. coop. giur. intern.*, 2014, 124, 125. C. ZANGHÌ, *I progetti di protocolli 15 e 16 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. coop. giur. intern.*, 2015, 24 ss., A. DI STASI, *I Protocolli XV e XVI alla CEDU. Il margine di apprezzamento degli Stati e la richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo*, in ID. (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, Padova, Cedam, 2016, 63 ss. Vi è da ritenere che questa novità avrà una certa incidenza sulle materie eticamente sensibili, in quanto strettamente afferenti al portato assiologico di ciascuno Stato, rispetto al quale il margine di apprezzamento dev'essere particolarmente ampio ed includente. Riguardo all'entrata in vigore del suddetto Protocollo, si rammenta che è possibile verificare lo stato dei Trattati del Consiglio d'Europa a partire dalla lista di cui all'indirizzo web www.coe.int/t/it/web/conventions/full-list.

¹⁵³² In quanto tale tutela è ritenuta strumento di realizzazione del fine proprio del Consiglio d'Europa, vale a dire il compimento di un'unione più stretta tra i suoi membri, i cui Governi sono, per l'appunto, i firmatari della Convenzione.

¹⁵³³ Così sarebbe stato anche quando l'Unione europea si sarebbe “aperta” non più alla sola circolazione di merci, capitali e servizi, ma anche delle persone, dotandosi, corrispondentemente, di norme a tutela di diritti e libertà originariamente inesistenti. Su questa evoluzione e sulle differenze tra i due sistemi europei di protezione dei diritti, v. A. D'ALOIA, *Europa e diritti: luci e ombre dello schema di protezione multilevel*, in *Dir. Un. Eur.*, 2014, 1 ss.

¹⁵³⁴ Questo vincolo ermeneutico è stato, invero, significativamente limitato dalla Corte costituzionale, rispetto a quanto la stessa aveva riconosciuto con le sentenze “gemelle”, con la successiva sentenza del 14 gennaio 2015, n. 49, nella quale essa afferma che è «solo un “diritto consolidato” generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo» (punto 7 del *Considerato in diritto*).

escluso, è testimonianza, in materia di diagnosi genetica preimpianto, la sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 28 agosto 2012, causa *Costa e Pavan c. Italia*¹⁵³⁵, ed il suo seguito nel diritto interno¹⁵³⁶.

Il vero è che la materia biomedica rimane pressata, da un lato, dai nuovi “bisogni” ingenerati dall'ampiezza delle possibilità scientifiche che chiedono la trasmutazione in “diritti”, dall'altro, dalla facilità e rapidità degli spostamenti delle persone da un territorio ad un altro (e, correlativamente, da un ordinamento ad un altro), pur sotto forme (anche giuridicamente) diverse: libertà di circolazione, immigrazione, turismo cd. bioetico. Cosicché, essa si trova a mettere a confronto, sempre più frequentemente e strettamente, molteplici assetti valoriali e

¹⁵³⁵ Con questa pronuncia, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha ritenuto violato l'art. 8 della CEDU da parte della legge n. 40/2004, in quanto questa non consente l'accesso alle tecniche di fecondazione *in vitro*, ai fini dell'effettuazione della diagnosi genetica preimpianto, alla coppia non infertile o sterile che sia portatrice di una malattia genetica trasmissibile. In particolare, il Giudice della Convenzione ha constatato «che, in materia, il sistema legislativo italiano manca di coerenza. Da un lato, esso vieta l'impianto limitato ai soli embrioni non affetti dalla malattia di cui i ricorrenti sono portatori sani; dall'altro, autorizza i ricorrenti ad abortire un feto affetto da quella stessa patologia». Indi, ha ritenuto che «stante l'incoerenza del sistema legislativo italiano in materia di diagnosi preimpianto [...] l'ingerenza nel diritto dei ricorrenti al rispetto della loro vita privata e familiare sia stata sproporzionata. Pertanto, l'articolo 8 della Convenzione è stato violato nel caso di specie»; conseguentemente, la Corte ha condannato lo Stato italiano a corrispondere alla coppia un risarcimento economico. Su questa pronuncia, v. F. VARI, *Considerazioni critiche a proposito della sentenza Costa et Pavan della II sezione della Corte EDU*, in *Rivista AIC*, 2013, www.rivistaaic.it, 1 ss., B. RANDAZZO, *La bulimia della Corte dei “desideri”*. (Corte EDU, *Costa e Pavan c. Italia*, sent. 28 agosto 2012-11 febbraio 2013), in *forum Quad. cost.*, 2013, www.forumcostituzionale.it, 1 ss., G. CATALDI, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di diagnosi genetica preimpianto*, in R. FATTIBENE (a cura di), *La diagnosi*, cit., 219 ss.

¹⁵³⁶ Il Tribunale di Roma (ordinanza del Tribunale di Roma del 23 settembre 2013), adito dagli stessi coniugi Costa e Pavan, ha dato attuazione alla sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sul caso che li ha riguardati e li ha visti vittoriosi, in disapplicazione della legge n. 40/2004, «senza neppure tentare di presentare la propria soluzione sub specie di interpretazione convenzionalmente conforme, magari facendo appello alla dottrina più audace al riguardo; o valorizzando profili del caso concreto che avrebbero, forse, reso sufficiente allo scopo l'interpretazione estensiva del concetto di infertilità» (così A. VALLINI, *Ardita la rotta o incerta la geografia? La disapplicazione della legge 40/2004 “in esecuzione” di un giudicato della Corte EDU in tema di diagnosi preimpianto*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, www.penalecontemporaneo.it, 259). Su quest'ordinanza del giudice capitolino, v. anche A. RUGGERI, *Spunti per una riflessione in tema di applicazione diretta della CEDU e di efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo (a margine di una pronuncia del Tribunale di Roma, I sezione Civile, che dà “seguito” a Corte EDU Costa e Pavan)*, 8 ottobre 2013, in *Diritti comparati*, www.diritticomparati.it. Successivamente, altre due coppie, venendosi a trovare nell'«omologo caso Costa e Pavan contro Italia» (sentenza della Corte costituzionale del 14 maggio 2015, n. 96, punto 4 del *Considerato in diritto*), hanno avviato due procedimenti civili, ex art. 700 c.p.c., dinanzi allo stesso Tribunale. Il giudice adito, questa volta, escluso che gli artt. 1, co. 1 e 2, e 4 della legge n. 40/2004, siano suscettibili d'interpretazione adeguatrice o di diretta “non applicazione”, per contrasto con le norme convenzionali, ha ritenuto di dover sollevare, con due ordinanze d'identico contenuto motivazionale (ordd. Tr. Roma, 15 e 28 febbraio 2014), questione di legittimità costituzionale della predetta normativa, per contrasto con gli artt. 2, 3 e 32 Cost., oltre che con l'art. 117, co. 1, Cost., in relazione agli artt. 8 e 14 CEDU. Per una riflessione comprensiva di tutte e tre le ordinanze del giudice romano qui richiamate, v. A. IANNUZZI, V. ZAMBRANO, *Sentenza Costa e Pavan: il giorno dopo. L'emersione del “desiderio” di concepire un figlio sano come paradigma delle interazioni tra diritto internazionale e diritto interno*, in *Costituzionalismo.it*, 2014, www.costituzionalismo.it. Invero, la sent. n. 96/2015, con la quale, riuniti i due giudizi, la Corte costituzionale si è pronunciata sulla questione di legittimità così sollevata, come osserva E. MALFATTI, *La Corte si pronuncia nuovamente sulla procreazione medicalmente assistita: una dichiarazione di incostituzionalità annunciata ma forse non “scontata” né (del tutto) condivisibile*, in *Consulta Online*, 2015, www.giurcost.com, 535, «con fraseggio stringato, [...] richiama la pronuncia Costa e Pavan c. Italia quasi *incidenter tantum*, e lo fa riferendosi al profilo di tale decisione che risultava [...] più debole». Il Giudice delle leggi, in questo modo, «non si misura con il fatto in sé che la Corte di Strasburgo sia intervenuta in un caso identico (“omologo”), dunque dovendosi chiarire quali spazi di intervento questo potesse aprire al giudice comune, e come ciò si riflettesse conseguentemente sui rapporti con il giudizio costituzionale; ma, piuttosto, rievocando la denunciata incoerenza del sistema legislativo italiano». Similmente, A. PATRONI GRIFFI, *op. cit.*, 13, osserva che «la Consulta non coglie, o forse - ed è sintomatico - lascia volutamente cadere, questa “preziosa occasione” di chiarire il da farsi», in siffatte evenienze di casi analoghi a quelli già definiti a Strasburgo; peraltro, neppure richiamando «la di poco precedente sentenza n. 49/2015, in cui la Corte [...] svolge, a partire dall'istituto della confisca urbanistica, più articolate e complesse argomentazioni in relazione al rapporto tra Cedu e ordinamento interno».

normativi più o meno differenti. Ne scaturisce, spesso, un contrasto che non è mai semplice da sciogliere, che è ancora affidato a soluzioni contingenti e non standardizzate né pacifiche e che, sempre, implica interrogativi sull'identità costituzionale degli Stati e delle organizzazioni internazionali (leggi: Unione europea) a vario titolo coinvolti, nonché, correlativamente, dei loro popoli (compreso il popolo europeo¹⁵³⁷).

D'altro canto, se è vero che anche gli spostamenti significativi riescono, oggi, molto agevoli, essi rimangono pur sempre dispendiosi o molto dispendiosi, soprattutto quando all'estero ci si rechi con l'intento di usufruire di servizi medici di alta specializzazione¹⁵³⁸. Per questo, doppiamente odioso ci appare il turismo bioetico (più propriamente "procreativo", in riferimento al tema della diagnosi genetica preimpianto). Nell'intento di superare una disuguaglianza nel godimento di sfere di libertà personalissime, esso, infatti, ne fonda una nuova, di censo¹⁵³⁹, essendo necessaria un'elevata disponibilità economica per riuscire, di fatto, ad ampliare quelle libertà; al contempo, consente agli stessi "privilegiati" di realizzare anche un'elusione delle regole statali, proprio quelle maggiormente identitarie sul piano assiologico¹⁵⁴⁰.

Il fenomeno, invero, non è valutabile solo in termini economici, ma anche sul versante delle "forme", vuoi degli Stati, vuoi dei territori.

¹⁵³⁷ Sulla sostanziale inesistenza di un popolo europeo, cfr. [E.-W. BÖCKENFÖRDE](#), *Il potere costituente del popolo. Un concetto limite del diritto costituzionale*, e D. GRIMM, *Una costituzione per l'Europa?*, entrambi in G. ZAGREBELSKY, P. PORTINARO, J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della Costituzione*, Torino, Giulio Einaudi editore, 1996, rispettivamente 231 ss., e 339 ss., nonché P. HÄBERLE, *Per una dottrina della Costituzione europea*, in *Quad. cost.*, 1999, 3 ss.

¹⁵³⁸ Sulla base d'indagini svolte tenendo conto di dati geografici, linguistici, economici, sociali e culturali, l'Osservatorio sul Turismo Procreativo opera un interessante distinguo tra diverse tipologie di turismo procreativo, giungendo ad individuare un turismo frontaliero, di massa, d'élite e di terza classe, come riportato da A. BORINI, *Turismo procreativo: il boom della fecondazione "eterologa"*, negli atti della Conferenza stampa su *Turismo procreativo: fotografia di una realtà*, svoltasi a Roma, il 2 maggio 2005, in [www.osservatorioturismoprocreativo.it](#).

¹⁵³⁹ È la «cittadinanza censitaria» di cui parla [S. RODOTÀ](#), *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, Feltrinelli Editore, 2006, 41, in analogia a quanto accadeva, in tempi lontani ed oscuri, allorché il diritto di voto era, per l'appunto, riconosciuto o meno in base al censo.

¹⁵⁴⁰ La sent. Corte cost. n. 162/2014, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale del divieto di ricorrere a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, di cui alla legge n. 40/2004, anche quando sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili, tiene conto, tra gli altri motivi, anche della disuguaglianza di trattamento delle coppie derivante dalla disciplina censurata, in ragione della loro diversa capacità economica. Al punto 13 del *Considerato in diritto*, leggiamo difatti: «La regolamentazione degli effetti della PMA di tipo eterologo praticata al di fuori del nostro Paese, benché sia correttamente ispirata allo scopo di offrire la dovuta tutela al nato, pone, infine, in evidenza un ulteriore elemento di irrazionalità della censurata disciplina. Questa realizza, infatti, un ingiustificato, diverso trattamento delle coppie affette dalla più grave patologia, in base alla capacità economica delle stesse, che assurge intollerabilmente a requisito dell'esercizio di un diritto fondamentale, negato solo a quelle prive delle risorse finanziarie necessarie per potere fare ricorso a tale tecnica recandosi in altri Paesi. Ed è questo non un mero inconveniente di fatto, bensì il diretto effetto delle disposizioni in esame, conseguente ad un bilanciamento degli interessi manifestamente irragionevole». A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, in *Consulta Online*, 2014, 2, [www.giurcost.it](#), osserva che si tratta di «un caso d'ingiustizia della legge, anche se derivante sostanzialmente da mere differenze di fatto»; si soffermano, su questo motivo della sentenza *de qua*, anche F. GIRELLI, *Bastano le garanzie interne per dichiarare l'incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa*, in *Ordine internaz. dir. umani*, 2014, [www.rivistaoidu.net](#), 601, e P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita perde un altro "pilastro": illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa*, in *Forum Quad. cost.*, n. 3/2015, [www.forumcostituzionale.it](#), 14, che lo considera «nulla più che l'espansione della disciplina più favorevole, predisposta per la fecondazione eterologa praticata all'estero, anche ai casi realizzati entro i nostri confini», dimodoché «la Corte ha così rispettato - anche su questo fronte - le coordinate adottate dal legislatore, superandone soltanto le più intime (e discriminanti) contraddizioni».

In una situazione di massima mobilità quale quella attuale, infatti, il rapporto autorità-libertà che insiste su di un determinato territorio va ad interessare anche altri, in particolare se contigui; ancor più se la circolazione delle persone, in questi ambiti, è facilitata non solo dalla posizione geografica e dai mezzi di comunicazione, ma anche da una disciplina favorevole, nonché da un sistema omogeneo ed almeno parzialmente unitario sul piano istituzionale, economico, monetario e normativo (è il caso, evidentemente, dell'Unione europea). In questa seconda ipotesi, infatti, gli individui non cercano solamente di rivolgere a proprio favore la facilità degli spostamenti, per nutrire, piuttosto, l'idea di un rapporto autorità-libertà uguale in ogni parte dell'ambito territoriale (ultra-statale) interessato, almeno relativamente ai diritti avvertiti come fondamentali (idea traducibile, infine, nell'adozione di un significativo grado di omogeneità normativa su di essi).

Non solo «shopping giuridico»¹⁵⁴¹, dunque, ma anche un problematico rapporto tra uguaglianza nel godimento dei diritti e delle prerogative dei cittadini ed articolazione territoriale del potere¹⁵⁴². Vi rimane compresa, ovviamente, anche la relazione tra la cittadinanza europea, che si aggiunge a quella nazionale, e l'articolazione dei poteri dell'Unione sui territori dei suoi Stati membri, carica delle ambiguità che da sempre accompagnano la forma di Stato di questa *sui generis* organizzazione internazionale¹⁵⁴³.

D'altro canto, anche il «diritto à la carte»¹⁵⁴⁴, quale possibilità di scelta del luogo ove soddisfare nella legalità i propri interessi, implica, inevitabilmente, il collegamento tra autorità di ciascuno Stato e libertà dei suoi cittadini, in quanto la prima, nel limitare la seconda in grado più o meno elevato, per questo solo fatto, entra in concorrenza con l'autorità di tutti gli altri Stati ed

¹⁵⁴¹ Mutuando l'espressione a cui ricorre [S. RODOTÀ](#), *ivi*, 58.

¹⁵⁴² In questo senso procede la riflessione svolta da M. OLIVETTI, *Uguaglianza*, in M. FLORES D'ARCAIS - T. GROPPI - R. PISILLO (a cura di), *Dizionario dei diritti umani*, vol. IV, Torino, UTET, 2007, 9 ss., pur relativamente alle forme di Stato classiche, quali lo Stato federale e quello regionale, e non anche alla forma di Stato dell'Unione europea. A. D'ALOIA, *La Corte Suprema USA e il matrimonio "same-sex"*, in www.diritto24.ilsole24ore.com, riguardo ad un caso in materia eticamente sensibile e con riferimento alla forma di Stato federale (quella degli Stati Uniti d'America, in specie, ma senza mancare di rilevarne la corrispondenza con il contesto europeo), osserva che «il potere degli Stati di decidere su questioni "sensibili" come quelle sulla famiglia e sul matrimonio continuerà a trovarsi in conflitto con i temi dell'eguaglianza, del diritto di sposarsi, con la stessa libertà di circolazione delle persone in tutto il territorio nazionale, altro pilastro del sistema federale, che potrebbe - secondo alcune interpretazioni - presupporre che chi si muove sul territorio nazionale possa farlo portando con sé i suoi diritti e libertà fondamentali protetti dalla legge dello Stato di "provenienza" (*profilo questo, che presenta una evidente assonanza anche con la situazione europea*)» (corsivo nostro).

¹⁵⁴³ Tema complesso ed annoso quello della forma di Stato dell'Unione europea, per il quale si rinvia, *ex plurimis*, al lavoro monografico di F. PALERMO, *La forma di Stato dell'Unione europea. Per una teoria costituzionale dell'integrazione sovranazionale*, Padova, Cedam, 2005, part. 75 ss., che si propone, infine, come un'«analisi delle forme del potere post-statale» (*ivi*, 12). M. VOLPI, *La distribuzione territoriale dei poteri: tipi di Stato e Unione europea*, in [G. MORBIDELLI - L. PEGORARO - A. RINELLA - M. VOLPI](#), *Diritto pubblico comparato*, Torino, Giappichelli Editore, 2016, V ed., 401, in particolare, qualifica quello dell'Unione europea «come un ordinamento federativo dotato di una struttura costituzionale propria e originale», dopo aver appurato la difficoltà d'inquadrare la natura giuridica dell'Unione nell'ambito delle «categorie tradizionali inquadrate dai giuristi per qualificare i processi di tipo federalistico» e quanto essa sia «accentuata» dal carattere «dinamico» del «fenomeno» in parola, che ne rende impossibile «prevedere gli sviluppi futuri».

¹⁵⁴⁴ Altra espressione, equivalente a «shopping giuridico» (v. *supra*), adoperata da [S. RODOTÀ](#), *op. cit.*, 58.

il livello di “contenimento” delle libertà civiche da ciascuno di essi prescelto¹⁵⁴⁵. Anche questa, dunque, è storia di rapporti tra forma di Stato e territorio/i.

Ma è anche storia di cittadinanza/e, ove interseca forma di Stato e territorio, anche il concetto di cittadinanza nazionale muta, per virare verso un’idea «svincolata dall’appartenenza territoriale», che si fonda (*rectius*: si rifonda) «sul rispetto integrale della persona attraverso il riconoscimento a ciascuno di un nucleo duro di diritti che gli appartengono appunto come persona e che, quindi, devono essergli riconosciuti indipendentemente dalla nascita in questo o in quello Stato»¹⁵⁴⁶.

È in ragione di siffatte dinamiche che la riflessione sull’apertura del nostro ordinamento alle norme ed alle sentenze del diritto internazionale (convenzionale, più precisamente, per quel che riguarda la diagnosi genetica preimpianto) gemma, contestualmente, sull’apertura dello stesso alle fonti di ordinamenti stranieri (nonché agli atti di autonomia privata), fino, almeno, al respingimento operato dall’“ordine pubblico”. Clausola, quest’ultima, nella quale ci piace rinvenire lo strumento di cui l’ordinamento giuridico si serve per reagire «alle questioni bioetiche più controverse diversamente regolate dagli Stati», quale limite capace di attivare «un principio di responsabilità *sui generis* finalizzato a preservare integrità e coerenza assiologica dei principi sui quali si fonda»¹⁵⁴⁷. Funzione, questa, che fa il paio con l’affermazione della Consulta (seppure in

¹⁵⁴⁵ Per meglio definire il concetto di concorrenza in questo contesto, possiamo dire, con [S. RODOTÀ](#), *ivi*, 55, che «il soggetto si trova a poter disporre di un “patrimonio di diritti” che può spendere, esercitare in luoghi diversi, ricercando proprio quelli dove non esistono divieti o limitazioni che ostacolano le libere scelte delle persone. E proprio la possibilità di agire in una dimensione che si dilata, fino a coincidere con il mondo, rende problematiche molte limitazioni dell’autonomia dei soggetti, poiché ormai ogni restrizione nazionale è destinata a entrare sempre più in concorrenza con le discipline meno rigide offerte da altri paesi» (corsivo nostro).

¹⁵⁴⁶ *Ivi*, 40. L’A. rinviene, nella Costituzione italiana - ed, in particolare, nell’«intreccio tra esistenza ed eguaglianza» in essa inscritto -, il fondamento della «nuova nozione di cittadinanza» che egli espone e «che ci porta al di là della storica dicotomia tra uomo e cittadino che compare nell’instaurazione della più celebre dichiarazione dei diritti» (*ibidem*). Analoghe le riflessioni di L. FERRAJOLI, *I fondamenti dei diritti fondamentali*, in *Teoria politica*, 2000, 68, che si spinge, invero, fino alla «prospettiva di una cittadinanza universale», in «superamento dei vincoli giuridici e di fatto che, in contrasto con l’art. 2 della Dichiarazione del 1948 e con le stesse Costituzioni statali, condizionano illegittimamente non solo i diritti del cittadino ma anche i diritti della persona all’“origine nazionale” dei loro titolari espressa appunto dalla cittadinanza». Sul tema, cfr. anche ID., *Diritti fondamentali*, in *Teoria politica*, n. 2/1998, riprodotto in ID., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. VITALE, Roma-Bari, Editori Laterza, 2001, 5 ss.

¹⁵⁴⁷ Così, F. ANGELINI, *La clausola dell’ordine pubblico rispetto alle decisioni delle corti nazionali e della Corte europea dei diritti dell’uomo in materia bioetica: il caso della maternità surrogata*, in R. FATTIBENE, *La diagnosi*, cit., 238, nel riflettere sull’aspetto della bioetica che attiene al problematico rapporto fra progresso scientifico, commercializzazione delle sue applicazioni e tutela dei diritti fondamentali. L’A. ritiene che ne rimangano ridefiniti i termini dello stesso rapporto autorità-libertà all’interno dei singoli ordinamenti giuridici, nel modo e nella misura in cui ciascuno di essi aziona la clausola dell’ordine pubblico. Questa, nel porre un limite alla libertà contrattuale dei privati o al riconoscimento di atti provenienti da ordinamenti stranieri, ove contrari ai principi ed ai valori fondamentali dell’ordinamento giuridico, svolge, infatti, una «funzione protettiva dei principi basilari dell’ordinamento» (*ivi*, 237). Tali considerazioni sono condotte dall’A. soprattutto attraverso l’esame di casi di maternità surrogata, poiché è su questa materia che il giudice interno è stato più volte adito, a fronte del rifiuto di trascrizione, nel registro dello stato civile italiano, di atti inerenti a nascite previste in contratti stipulati ed eseguiti all’estero; nonché di pronunce della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, a cui le coppie coinvolte in casi di maternità surrogata si sono rivolte, a seguito di decisioni del giudice nazionale che abbiano impedito la registrazione di un atto di nascita, per contrarietà con l’ordine pubblico.

altro ambito materiale) di preminenza del patrimonio assiologico “nostrano” sul diritto convenzionale (testualmente, «il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU»¹⁵⁴⁸), intervenuta con un *arret* che sembra davvero *arrestare* la precedente sintonia, sul punto, tra il nostro Giudice costituzionale e quello convenzionale¹⁵⁴⁹.

I percorsi, in effetti, non appaiono del tutto lineari, l'incedere è talvolta esitante e le decisioni sono frammentarie e diversificate. Rischiano di esserlo, in particolare, quelle dei giudici comuni, che, per loro natura, non possono che riguardare il caso di specie, sia nella valutazione delle sue caratteristiche – peraltro solamente quelle che si evidenzino nell'ambito processuale – sia negli effetti.

Così, in materia di diagnosi genetica preimpianto, mentre il Tribunale catanese, nel 2004¹⁵⁵⁰, respingeva la richiesta avanzata da una coppia di coniugi, portatrice sana di beta-talassemia, nel senso di procedere all'impianto dei soli embrioni che, all'esito della tecnica diagnostica *de qua*, non presentassero patologie genetiche, già nel 2007, il Tribunale di Cagliari¹⁵⁵¹, adito da una coppia di coniugi portatori sani della stessa patologia, concludeva, all'opposto, per l'accoglimento della medesima domanda. Nello stesso anno, il Tribunale di Firenze¹⁵⁵² riteneva «non solo» che la legge non prevedesse un divieto di diagnosi preimpianto, ma che «addirittura» lo sottintendesse; nel 2009, invece, il Tribunale di Bologna¹⁵⁵³ si pronunciava «alla luce della sentenza», nel frattempo «resa dalla Corte Costituzionale», del 1° aprile 2009, n. 151, ed aderendo «pienamente all'orientamento giurisprudenziale che, secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata della legge n. 40/2004, riconosce[va] il diritto di ottenere la diagnosi preimpianto sull'embrione»: in base a ciò, il giudice ammetteva a quest'indagine diagnostica una coppia in accertato stato

¹⁵⁴⁸ Dal punto 4 del *Considerato in diritto* della sentenza Corte cost. n. 49 del 2015.

¹⁵⁴⁹ D. TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, in *Quad. cost.*, 2015, 400, si chiede «cosa rimanga», dopo la sentenza in parola e l'enfasi in essa usata dalla Consulta, della stagione inaugurata dalle cd. sentenze gemelle del 2007.

¹⁵⁵⁰ Ordinanza del Tribunale di Catania del 3 maggio 2004, che, al punto 10, considerava non meritevole di tutela la volontà della coppia di avere un figlio «conforme ai propri desideri, sacrificando a questo obiettivo, per tentativi successivi, tutti i figli reali difformi che» fossero venuti «nel frattempo». A commento dell'ordinanza in parola, v. R. VILLANI, *Dal parlamento alle aule di giustizia: le nuove disposizioni in materia di procreazione medicalmente assistita al banco di prova del caso concreto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, 415 ss., L. D'AVACK, *L'ordinanza di Catania: una decisione motivata attraverso una lettura testuale della l. n. 40 del 2004*, in *Dir. fam.*, 2005, 550 ss., M. OLIVETTI, *Decisione coerente, ma gli interessi vanno bilanciati*, in *Guida dir.*, 2004, 58 ss. È pur vero, però, che questa pronuncia era destinata a rimanere un *unicum* e che essa leggeva la disciplina posta dalla legge n. 40/2004 alla luce dell'*intentio legislatoris* (rintracciabile nei suoi primi articoli e ricostruibile attraverso gli atti preparatori ed i resoconti dei lavori parlamentari). In questo modo, infatti, secondo il giudice che l'ha emessa, era doveroso procedere rispetto ad una legge da poco entrata in vigore, quale appunto era, al tempo, la legge sulla procreazione medicalmente assistita.

¹⁵⁵¹ Sentenza del Tribunale di Cagliari del 22 settembre 2007, sulla quale v. A. GORGONI, *Il diritto alla diagnosi preimpianto dell'embrione*, in *Persona e Mercato*, 2008, www.personaemercato.it. Anni dopo, lo stesso giudice sarebbe tornato sul tema, ribadendo questa decisione, con ordinanza del Tribunale di Cagliari del 9 novembre 2012, sulla quale v. A. VALLINI, *La diagnosi preimpianto è un diritto*, in *Il Corriere del merito*, 2013, 429 ss.

¹⁵⁵² Ordinanza del Tribunale di Firenze del 17 dicembre 2007, sulla quale v. G. BALDINI, *Procreazione assistita: legittimità della diagnosi preimpianto e crioconservazione*, in www.altalex.it.

¹⁵⁵³ Ordinanza del Tribunale di Bologna del 29 giugno 2009, su cui cfr. G. BALDINI, *Legittima la diagnosi pre-impianto sull'embrione a rischio*, 7 settembre 2009, in www.altalex.com.

d'infertilità *sine causa* ed affetta da patologia irreversibile ed incurabile, trasmissibile geneticamente, al fine di procedere all'impianto dei soli «embrioni creati» che non presentassero la specifica patologia di cui essa era portatrice. Infine, nel 2010, il Tribunale di Salerno¹⁵⁵⁴ riconosceva, per la prima volta, ad una coppia non infertile o sterile la possibilità di accedere alla procreazione medicalmente assistita, preceduta da diagnosi genetica preimpianto, per il trasferimento in utero dei soli embrioni sani.

Non è mancato, invero, neppure l'intervento della giustizia amministrativa, nella specie del TAR Lazio, che, nel 2008¹⁵⁵⁵, annullava, in quanto illegittima per eccesso di potere, la previsione delle «Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita»¹⁵⁵⁶ per la quale «ogni indagine relativa allo stato di salute degli embrioni creati in vitro, ai sensi dell'art. 14, comma 5, dovrà essere di tipo osservazionale»¹⁵⁵⁷.

Ed anche quando il Giudice delle leggi ha ritenuto di dover intervenire nel merito della questione – il che non è accaduto da subito¹⁵⁵⁸ – si è aperta «una prospettiva» che non è parsa «destinata ad esaurirsi al singolo intervento, proprio per le ragioni “generalì” di critica nei confronti della legge»¹⁵⁵⁹; in effetti, soltanto per “tessere” si sarebbe provveduto a smantellare il mosaico della l. n. 40/2004 ed in un arco temporale alquanto significativo¹⁵⁶⁰.

¹⁵⁵⁴ Ordinanza del Tribunale di Salerno del 9 gennaio 2010, sulla quale cfr. C. TRIPODINA, *Sul come scansare le briglie delle leggi. Ovvero, la legge sulla procreazione assistita secondo il giudice di Salerno*, in *Costituzionalismo.it*, 2010, www.costituzionalismo.it.

¹⁵⁵⁵ Sentenza del TAR del Lazio del 21 gennaio 2008.

¹⁵⁵⁶ Contenute nel decreto del Ministero della Salute del 21 luglio 2004.

¹⁵⁵⁷ Disposizione contenuta nel Capo relativo alle “Misure di Tutela dell’embrione. Sperimentazione sugli embrioni umani (Articolo 13, Legge 40/2004)” delle «Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita». L’art. 13, co. 2, della legge n. 40/2004, in applicazione del quale questa disposizione delle Linee guida è posta, contempla, però, una disposizione parzialmente diversa, in relazione alle finalità delle indagini. Esso, infatti, prevede che «La ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione umano è consentita a condizione che si perseguano *finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche* ad essa collegate volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell’embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative» (corsivo nostro). Ebbene, il Collegio ha ritenuto che, «per quanto riguarda l’ambito oggettivo di delimitazione della disciplina della procreazione medicalmente assistita, il potere relativo non possa che competere al legislatore, con la conseguenza che se quest’ultimo, nella sua ampia discrezionalità politica ha stabilito di consentire interventi diagnostici sull’embrione per le finalità prima espresse» (quelle terapeutiche e diagnostiche previste dall’art. 13, co. 2, della l. n. 40/2004), tali interventi, dunque, «non possono essere limitati» ad indagini di sola osservazione, «nel senso prospettato nella norma delle Linee Guida». Queste sono, infatti, «atto amministrativo di natura regolamentare», con le quali, per riconoscimento dell’art. 7 della stessa l. n. 40/2004, l’«Autorità amministrativa, ministeriale», esercita «il potere di adottare regole di alto contenuto tecnico e di natura eminentemente procedurale e non quello di intervenire, positivamente, sull’oggetto della procreazione medicalmente assistita che rimane consegnata alla legge» (dal *Ritenuto in diritto* della sent. TAR Lazio, 21 gennaio 2008).

¹⁵⁵⁸ Se il Tribunale di Cagliari, con l’ordinanza del 16 luglio 2005, in relazione agli artt. 2, 3 e 32 della Costituzione, sollevava questione di legittimità costituzionale dell’art. 13 della l. n. 40/2004, «nella parte in cui fa divieto di ottenere, su richiesta dei soggetti che hanno avuto accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, la diagnosi preimpianto sull’embrione ai fini dell’accertamento di eventuali patologie», la Corte costituzionale, con ordinanza del 24 ottobre 2006, n. 369, la dichiarava manifestamente inammissibile, senza entrare nel merito (sulla citata ordinanza del Tribunale di Cagliari, cfr. G. BALDINI, *Il caso Cagliari: aperta la prima breccia alla legge 2004 n.40, sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Rass. dir. civ.*, 2006, 792 ss., mentre, su quella della Consulta, v. A. CELOTTO, *La Corte costituzionale “decide di non decidere” sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Giur. cost.*, 2006, 3846 ss.)

¹⁵⁵⁹ A. D’ALOIA - P. TORRETTA, *La procreazione come diritto della persona*, in S. CANESTRARI - G. FERRANDO - C. M. MAZZONI - S. RODOTÀ - P. ZATTI (a cura di), *op. cit.*, 2010, 1359.

¹⁵⁶⁰ Che va dalla sent. Corte cost. n. 151/2009 [sulla quale, v., *ex plurimis*, L. TRUCCO, *Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide di (almeno in parte) decidere*, in *Giur. it.*, 2009, 281 ss.], che caducava i limiti al numero di embrioni da impiantare in utero, alla sent. Corte cost. n. 162/2014 [su cui v., *ex plurimis*, A. MORRONE, *op. cit.*, e G. SORRENTI, *Gli effetti del garantismo*

Frammentarietà e diversificazione, dunque – si diceva –, ed incertezza del diritto – ora si aggiunge –; ma questo stato è il precipitato, forse inevitabile, non solo di una difficoltà nostrana di rapporti con le Corti ultrastatali ed, ancor prima, tra i giudici interni, nonché tra la sfera giudiziaria e quella legislativa, ma anche di una problematicità globale ed epocale. Il momento storico è quanto mai complesso, precaria la convivenza pacifica e funambolica l'arte di mantenere l'ordinamento nazionale (ogni ordinamento nazionale, dell'Europa, in particolar modo) in equilibrio tra dimensioni identitarie diverse, talvolta divergenti¹⁵⁶¹.

È chiara, allora, la «scarsissima efficacia», nella materia di cui si sta trattando, «di uno studio che si limiti alla dimensione nazionale»¹⁵⁶² e la particolare valenza che, di contro, assumono la conoscenza del diritto straniero e la comparazione giuridica¹⁵⁶³, nonché la circolazione dei modelli quale «approccio più moderno»¹⁵⁶⁴ a quest'ultima. È un incedere che la stessa «natura transnazionale della rivoluzione bioetica e biotecnologica»¹⁵⁶⁵ reclama. Alla circolazione delle persone e dei saperi (in particolare di quelli scientifici, che non conoscono barriere geografiche od ordinamentali) si correla, dunque, quella dei modelli giuridici: essa corre lungo il cd. dialogo tra le Corti, a voler intendere non solo il circuito che s'instaura tra quelle costituzionali, ma anche tra queste e le due Corti europee, nonché i rapporti, sempre più frequenti e rispondenti, che sia il Giudice dell'Unione europea sia il Giudice della Convenzione, a loro volta, intessono con le giurisdizioni nazionali dei vari Stati d'Europa¹⁵⁶⁶.

*competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte cost., sent. n. 162/2014), entrambi in Consulta Online, 2014, www.giurcost.org, entrambi 1 ss.], che censurava il divieto di fecondazione eterologa, fino alla sent. Corte cost. n. 96/2015 [su cui v., *ex plurimis*, E. MALFATTI, [La Corte si pronuncia nuovamente sulla procreazione medicalmente assistita: una dichiarazione di incostituzionalità annunciata ma forse non "scontata" né \(del tutto\) condivisibile](#), in *Consulta Online*, 2015, www.giurcost.org, 533 ss., e A. PATRONI GRIFFI, *op. cit.*, 1 ss.], con la quale, infine, la Consulta censurava i limiti di accesso alla procreazione medicalmente assistita per le coppie non sterili o infertili, che siano portatrici sane di patologie genetiche trasmissibili.*

¹⁵⁶¹ È stato giustamente osservato da **C. CAMPIGLIO - F. MOSCONI**, voce, *Diritto internazionale privato*, *Treccani, la cultura italiana. Diritto*, in www.treccani.it, che «il nostro ordinamento giuridico si trova in una situazione assai delicata, dovendosi confrontare per un verso con le legislazioni di altri Stati, soprattutto europei, fortemente impregnate di concezioni individualistiche che accolgono soluzioni innovative in materia di famiglia (unioni non matrimoniali registrate, matrimoni omosessuali, filiazione assistita e surrogata); per altro verso, con il diritto di Stati che risentono dell'influenza della religione islamica o addirittura fanno proprio il diritto islamico in materia di famiglia ed accolgono soluzioni quali la limitazione della capacità matrimoniale della donna, la poligamia e il ripudio».

¹⁵⁶² C. CASONATO, *Introduzione*, cit., 4.

¹⁵⁶³ Al diritto straniero ed alla comparazione, in materia di diagnosi genetica preimpianto, sono dedicati i saggi di A. EMALDI CIRIÒN, *op. cit.*, 277 ss., che insiste propriamente sull'ordinamento spagnolo, ma accede anche ad un'indagine comparatistica, e di S. PENASA, *Modelli*, cit., 297 ss., che coinvolge, nella sua analisi comparata, ordinamenti giuridici del contesto europeo appartenenti a famiglie giuridiche diverse (di *civil* e *common law*), in particolare gli ordinamenti della Spagna, della Germania, della Francia e del Regno Unito.

¹⁵⁶⁴ P. GIUGGIOLI, *Appunti dalle lezioni di Diritto Comparato*, in www.docenti.unina.it, 2. L'A. reputa «lo sviluppo del metodo giuscomparatistico [...] una diretta conseguenza del crescente sviluppo degli scambi e dei rapporti internazionali, in definitiva dell'accelerazione della storia sotto ogni profilo (anche grazie ai progressi tecnologici, che hanno fatto crescere i viaggi da un Paese all'altro)»; vi è correlata, dunque, l'«accelerazione della circolazione dei modelli, in seguito all'uniformazione delle culture e dei modi di vita» (*ivi*, 3).

¹⁵⁶⁵ C. CASONATO, *Introduzione*, cit., 4.

¹⁵⁶⁶ Si ricorda, a riguardo, come la prossima entrata in vigore del Protocollo n. 16 alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, prevedendo la possibilità di «presentare alla Corte delle richieste di pareri consultivi su questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi protocolli», realizzerà

La diagnosi genetica preimpianto e la sua regolamentazione sono state sicuramente al centro di questi “plurimi circuiti”, come, d’altro canto, già accaduto per tanti casi e normative afferenti alla materia biogiuridica, col risultato di reciproci condizionamenti e di sostanziale evoluzione¹⁵⁶⁷.

Tra le funzioni della comparazione – tutte attivate dalle materie biogiuridiche, da quella primaria della conoscenza a quella di armonizzazione e di unificazione di normative¹⁵⁶⁸, compreso il processo di uniformizzazione giuridica dell’(attuale) Unione europea¹⁵⁶⁹ –, la diagnosi genetica preimpianto rimane interessata soprattutto da quella di ausilio all’elaborazione della normativa, che si attua attraverso la conoscenza critica di modelli e scelte adottate in altri ordinamenti. Appare manifesta la preziosità di siffatto contributo per la rielaborazione, non ulteriormente rinviabile, della disciplina della materia *de qua*¹⁵⁷⁰: basti porre mente ai ritardi ed alle difficoltà in cui è incorso il nostro legislatore ed agli incisivi interventi della giurisprudenza sul pur tardivo ed anelastico prodotto normativo del 2004 (soprattutto riguardo alla diagnosi genetica preimpianto e correlate questioni), per avvedersene.

questa *liason* tra giudici europei e giudici nazionali anche sul versante convenzionale, pur limitatamente alle «più alte giurisdizioni» delle Alte Parti contraenti. Questa innovazione, infatti, attribuisce alla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo una funzione «di “nomofilachia” *preventiva*», attraverso pareri che acquisiranno, con elevata probabilità, «un’efficacia potenzialmente *erga omnes*», come prevede P. DE SENA, *Caratteri e prospettive del Protocollo 16 nel prisma dell’esperienza del sistema interamericano di protezione dei diritti dell’uomo*, in E. LAMARQUE (a cura di), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Torino, Giappichelli Editore, 2015, 13. La novità in parola non è affatto di poco conto; sembra corretto affermare, anzi, che, «se il *Protocollo del dialogo*», come significativamente lo appella G. ASTA, *Il protocollo n. 16 alla CEDU: chiave di volta del sistema europeo di tutela dei diritti umani?*, in *Com. internaz.*, 2013, 790, «dovesse trovare un positivo accoglimento tra gli Stati europei, esso potrebbe fungere da chiave di volta dell’intero sistema europeo di tutela dei diritti umani, e la Corte di Strasburgo potrebbe vedere ulteriormente rafforzati i suoi tratti “costituzionali”» (*ibidem*). Come già segnalato *retro*, riguardo al Protocollo n. 15, è possibile verificare lo stato dei Trattati del Consiglio d’Europa a partire dalla lista di cui all’indirizzo web www.coe.int/t/it/web/conventions/full-list.

¹⁵⁶⁷ Sia consentito rinviare a R. FATTIBENE, M. P. IADICICCO, *Il diritto alla vita del concepito e l’interruzione volontaria della gravidanza nella giurisprudenza costituzionale*, in R. PRODOMO (a cura di), *La nascita. I mille volti di un’idea*, Torino, Giappichelli Editore, 2006, 244 ss., part. 228-230, per considerazioni su di un’altra questione biogiuridica che, già in tempi alquanto risalenti, aveva attivato il circuito Corte costituzionale italiana/altra Corti costituzionali europee e stimolato l’appello a Carte ed organismi internazionali. Le argomentazioni addotte dal nostro Giudice delle leggi a supporto di una sua decisione - sulla questione, spinosissima, dell’interruzione volontaria della gravidanza - ne rimasero senz’altro influenzate.

¹⁵⁶⁸ Per le funzioni della comparazione nel diritto costituzionale, v. G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, Cedam, Torino, 2014, IX ed., 16 ss.

¹⁵⁶⁹ Per la funzione del diritto comparato nel processo di uniformizzazione giuridica nell’ambito del diritto comunitario e, più ampiamente, nell’elaborazione di un «diritto comune» sovranazionale europeo», v. A. REPOSO, *Diritto comparato, diritto comunitario e diritto internazionale-transnazionale*, in G. MORBIDELLI - L. PEGORARO - A. REPOSO - M. VOLPI, *Diritto pubblico comparato*, Torino, Giappichelli Editore, 2012, IV ed., 21 ss.

¹⁵⁷⁰ Ben se ne avvede S. PENASA, *Modelli*, cit., 300, 301, che, col suo contributo, «intende in un certo senso agevolare il compito del legislatore, attraverso un’analisi comparata della disciplina della diagnosi genetica preimpianto in una serie di ordinamenti nazionali, i quali», in ragione delle loro caratteristiche, «possono essere considerati come paradigmatici in termini di modelli concretamente adottabili in materia, anche alla luce della loro evoluzione legislativa e giurisprudenziale. Attraverso l’analisi comparata», precisa l’A., «si vuole individuare una serie di contenuti normativi che caratterizzano le legislazioni nazionali in materia, ipotizzandone un *eventuale utilizzo anche da parte del legislatore italiano in sede di riforma della legge 40*» (corsi nostri). Tra le funzioni pratiche della comparazione, anche L. PEGORARO - A. RINELLA, *Introduzione metodologica a G. MORBIDELLI, L. PEGORARO - A. RINELLA - M. VOLPI*, op. cit., 23, annoverano la «funzione di ausilio per la redazione di atti normativi»; a supporto, gli AA. registrano che «presso tutte le Assemblee parlamentari esistono uffici specializzati nello studio dei diritti stranieri, e molti progetti di legge vengono redatti tenendo da conto le esperienze maturate altrove».

Purtuttavia, se è vero che il momento è stringente, va anche considerato che «la pressione del contingente potrebbe influire molto sul livello di approfondimento cui sottomettere la materia», impedendo d'inquadrare il problema (e la sua soluzione) «nel contesto ordinamentale e culturale più ampio a cui esso appartiene»: in tali condizioni, nulla è «più pericoloso del richiamo al diritto straniero per sostenere ipotesi di riforma nell'ordinamento di riferimento»¹⁵⁷¹. Tanto più su tematiche – quale quella della diagnosi genetica e, com'essa, tutte le questioni biogiuriche – che evocano valori, identità, culture, sentimenti religiosi, convincimenti etici e morali, i quali, da Stato a Stato, possono conformare, nel loro complesso, “atmosfere” anche molto diverse. Esse vanno considerate attentamente nel valutare l'opportunità del “travaso” o dell'adattamento di un modello ovvero di un contenuto normativo da un ordinamento all'altro, onde evitarne il rigetto. Soprattutto, va tenuta “ferma la barra” sulla nostra Carta fondamentale, la sua storia e la sua evoluzione interpretativa, onde impedire che, nel tentativo di porre fine alla *fuga dalla legislazione*¹⁵⁷², si possa provocare una ben più grave *fuga dalla Costituzione*.

Su questi temi, in effetti, si gioca molta parte del patrimonio costituzionale e della tenuta assiologica dell'ordinamento, impegnando, a riguardo, una gravosa responsabilità non solo verso la generazione presente e le generazioni future, ma anche verso *la* generazione futura, ad intendere la “generazione umana”, la nostra stessa specie nella sua prossima e meno prossima evoluzione.

La selezione che consegue agli esiti della diagnosi genetica preimpianto (oramai del tutto coincidente con il motivo per cui si esegue quest'esame ed, anzi, in molti casi, con la ragione del ricorso alla stessa procreazione medicalmente assistita) è portatrice di buona parte di tale responsabilità, essendo finalizzata a realizzare la nascita d'individui non affetti da determinate patologie (allo stato, alcune gravi e diagnosticate malattie ereditarie). Nel mentre ne dibattiamo, però, altri progressi incalzano e sopravanzano le riflessioni che andiamo facendo, mettendo in campo decisioni che investono il genere umano. Basti pensare – per fermarsi soltanto ad alcune delle pratiche già ampiamente messe in atto – alla donazione del mitocondrio¹⁵⁷³ o anche

¹⁵⁷¹ L. VIOLINI (a cura di), *Temi e problemi di diritto pubblico comparato*, Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2014, 5. L'A., in questa trattazione di diritto pubblico comparato, ha ritenuto di accogliere, tra l'altro, casi e riflessioni di biodiritto, quali la regolamentazione dell'aborto ed il diritto a non nascere; dal suo canto, Carlo Casonato, nel volume *Introduzione*, cit., ha affrontato la materia, dichiaratamente, con metodo e taglio propri del diritto costituzionale comparato (*ivi*, 2-4). Queste scelte prospettiche sono testimonianza dello stretto intreccio tra la scienza comparatistica ed il biodiritto, dimodoché ciascuna delle due discipline, per un'efficace perseguimento delle sue finalità, non può mai interamente privarsi del contributo dell'altra.

¹⁵⁷² C. CASONATO, *Evidence*, cit., 189.

¹⁵⁷³ Com'è oramai noto, la donazione del mitocondrio consente di sostituire, nell'ambito di una procedura di procreazione medicalmente assistita, il DNA mitocondriale di una donna sana a quello di una donna portatrice di una malattia genetica trasmissibile, nell'ovulo fornito da questa. Con questa manipolazione s'incide sulla linea germinale: si apportano, cioè, mutamenti che riguardano non solo l'embrione oggetto delle cure, ma tutta la sua eventuale, ventura discendenza. Inoltre, il materiale genetico del nato, attraverso questa tecnica, proverrà da tre persone, anziché dai soli due genitori. È di tutta evidenza la particolarità e la potenziale pericolosità della descritta manipolazione genetica, consistente nella sua «finalità propriamente eugenetica», come non manca di rilevare C. CASONATO, *Diritto, diritti ed eugenetica: prime considerazioni su un discorso giuridico*

all'ibernazione, che apre addirittura alla possibilità che individui della generazione attuale diventino, un giorno, dopo l'auspicato risveglio, membri di quella futura¹⁵⁷⁴.

Siamo veramente pronti a processare fenomeni tanto lontani dalla nostra concezione dell'uomo, dalla concezione che la nostra generazione ha maturato? Forse, come ogni popolo ha diritto alla propria costituzione¹⁵⁷⁵, similmente, ogni generazione ha diritto alla propria idea di umanità, al proprio atto di autocomprensione, quale capacità di determinazione delle caratteristiche della specie di appartenenza. La nostra è una *generazione di mezzo*, del passaggio da una concezione ad un'altra di umanità, e le nostre incertezze ed i nostri errori – come medico, scienziato, figlio, genitore, (bio)eticista, (bio)giurista, giudice e legislatore – si spiegano, in fondo, tutte con questa ragione.

E ad una generazione di mezzo non può che spettare un *compito di mezzo*, consistente, essenzialmente, nell'agevolare il passaggio, conducendolo con precauzione (intesa anche come principio¹⁵⁷⁶), nell'attesa della “rifondazione del *bios*” – anche giuridica – da parte di quella generazione che ne sarà pienamente capace, investita e legittimata dal tempo della sua esistenza. Piuttosto, il corretto viatico a questo (ben probabile) radicale rinnovamento dovrebbe essere, fin d'ora, l'evitamento di ogni ipocrisia, terminologica, concettuale e giuridico-istituzionale¹⁵⁷⁷. Ne va, altrimenti, della buona riuscita del confronto, nei termini e nei modi che la partecipazione ed il pluralismo democratici consentono e richiedono. Il dialogo tra scienza, etica e diritto, già difficile per molteplici e talvolta risalenti ragioni¹⁵⁷⁸, oltre che per la inevitabile diversità dei

altamente problematico, in *Humanitas*, 2004, 848. Ancora accesa ed aperta è, però, la riflessione etica e giuridica a riguardo: sull'argomento, v. S. A. M. MCLEAN, *Mitochondrial Dna Transfer. Some Reflections From The United Kingdom*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2015, www.biodiritto.org, 81 ss., e C. CASONATO, *Le 3 A di un diritto sostenibile ed efficace*, in V. BARSOTTI (a cura di), *Biotechologie e diritto. Quaderni del dottorato fiorentino in Scienze giuridiche*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2016, 39, il quale assume la «draft deregulation britannica» sulla donazione del mitocondrio, risalente al 2015, ad «esempio di apertura del processo legislativo a dimensioni scientifiche e complessivamente umanistiche».

¹⁵⁷⁴ Nonostante le difficoltà nel ricostruire statistiche ufficiali, sembra possa dirsi, come fa S. COSIMI, *Ibernazione sogno di vita eterna. Ma per adesso è solo fantascienza*, 18 novembre 2016, in www.repubblica.it, che, nel mondo, il numero dei corpi crioconservati si aggira sui trecento. V. anche, sul caso di recente alla ribalta delle “cronache biogiuridiche”, E. FRANCESCHINI, *Gb, giudici ordinano ibernazione post mortem di una 14enne*, 18 novembre 2016, in www.repubblica.it.

¹⁵⁷⁵ Ricordando la nota formulazione dell'art. 28 della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789.

¹⁵⁷⁶ Sul quale cfr. L. PALAZZANI, *Il potenziamento umano. Tecnoscienza, etica e diritto*, Torino, 2015, 59, C. CARICASOLE, *Il principio di precauzione nell'ordinamento giuridico nazionale e comunitario. Il caso degli organismi geneticamente modificati*, 28 febbraio 2015, in www.ildirittoamministrativo.it, cap. I, 6, e COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA - PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, *Il principio di precauzione: profili bioetici, filosofici, giuridici*, Roma, Dipartimento per l'informazione e l'editoria, 2004, 19.

¹⁵⁷⁷ Ben consapevole della conflittualità che, nel dibattito biogiuridico, può derivare dall'uso improprio di alcuni termini o dal fraintendimento su di essi, ma, al contempo, conscio della necessità di non evitarli allorché la verità e l'efficacia della comunicazione li richieda, sembra essere C. CASONATO, *Diritto*, cit., 841, che, in uno dei suoi scritti di biodiritto, così si propone al lettore: «Tenterò di trattare dell'eugenetica in termini neutri, intendendola, in senso molto ampio, come lo studio e la pratica avente come fine il miglioramento delle condizioni di vita dell'uomo per mezzo di interventi di selezione e modifica del patrimonio genetico. E cercherò di evitare ogni pre-giudizio di disapprovazione morale che pure il termine si porta con sé a ragione del suo impiego a partire dai primi anni del ventesimo secolo». Sull'incidenza del dibattito eugenetico, in particolare, sulla concezione e sulla regolamentazione dei test pre-natali, cfr., R. PRODOMO, *La contesa*, cit., 39 ss.

¹⁵⁷⁸ Già richiamate *supra*, nel testo, e, *retro*, nota n. 14.

linguaggi e delle codificazioni, si perderà, altrimenti, nell'aggravio d'incomprensione dovuto alla scelta di parole e significati non del tutto o affatto corrispondenti.

Quella *Torre di Babele* che da sempre è simbolo dell'anelito dell'uomo all'autosufficienza¹⁵⁷⁹, in questa nostra era si specifica come "innalzamento" fino alla conformazione di una specie non più dolente ed imperfetta nel corpo, sempre più longeva, forsanche più felice, così "determinata" fin dalla nascita, grazie alle conquiste della scienza della vita e della salute. Anche la costruzione di questa Torre rischia, però, di arrestarsi per la confusione dei linguaggi, compreso quello giuridico.

La pressoché indiscussa lungimiranza dei Costituenti e la terminologia con cui essi si sono espressi tenderanno presto la corda dinanzi ad eventi così innovativi ed imprevisi che rimettono in discussione il concetto di umanità. L'assoluta novità delle questioni, se non sussumibile in altrettanto nuove ed adeguate prescrizioni (e correlata terminologia), potrebbe indurre a delle improvvise estenuazioni delle formulazioni normative esistenti, tali da "tradire" la Carta, senza peraltro raggiungere lo scopo. Con l'aggravio – le vicende della diagnosi genetica preimpianto e, più ampiamente, della procreazione medicalmente assistita *docent* – di rimettere, di fatto, la decisione in mani non propriamente (o null'affatto) politiche, mentre è all'ampia partecipazione dei cittadini e delle loro rappresentanze che così epocali determinazioni spettano.

È forte, invero, il timore (e la percezione) di essersi incamminati lungo un piano inclinato. Perché, «anche quando si pongono alla tecnica limiti e controlli, se ne accetta nello stesso momento l'intrinseca logica, che essendo infinitamente espansiva, finirà prima o poi per travolgere ogni tentativo di disciplina e contenimento»; sicché, se la Costituzione è «narrazione» – «una grande e fondamentale narrazione legittimante la convivenza sociale» –, essa rischia di trasmutarsi in «favola nell'età della tecnica»¹⁵⁸⁰. Si corre il pericolo, altrimenti detto, che il modello di Costituzione, segnato nella Prima Parte dai principi (presenti in tutte le Costituzioni moderne),

¹⁵⁷⁹ Della Torre di Babele, M. RECALCATI, *La Torre di Babele simbolo eterno dell'antipolitica*, 12 giugno 2006, in *la Repubblica.it*, www.repubblica.it, dice che, costruirla, per i babelici, è «un modo per generarsi da sé inseguendo un miraggio di autosufficienza. Si tratta di una hybris che *viola ogni processo di filiazione*» (corsivo nostro).

¹⁵⁸⁰ Così G. VOLPE, *Il costituzionalismo del Novecento*, Bari, Editori Laterza, 2000, 258, che ravvisa la «favola» nella riduzione delle costituzioni a «generalì regole procedurali e organizzative, essenzialmente funzionali al dispiegarsi della tecnica e delle sue necessità». Questo "scadimento" della costituzione-«narrazione legittimante» dipende, secondo la lettura fornitane dall'A., dal fatto che, nel tempo in cui stiamo vivendo, «l'unica fondamentalità è la necessaria potenza della tecnica, in quanto l'unica in grado di garantire agli uomini la sopravvivenza e la migliore convivenza possibile». A questo stato di cose, le (tradizionali) costituzioni, dunque, nulla sono in grado di opporre, «alcuna propria fondamentalità, alcun proprio immutabile valore o scopo, perché nessuna di esse, in definitiva, è in grado di garantire agli uomini il benessere e la salvezza» (*ibidem*). Sembra opportuno precisare che l'A. riferisce queste riflessioni ad un concetto ampio e pervasivo di "tecnica", sebbene ne registri una maggiore penetrazione in quattro settori, tra i quali la biologia, sotto forma di «scienza della biotecnologia», che chiaramente comprende il nostro argomento (*ivi*, 249 ss.); per «età della tecnica», invece, l'A. intende, corrispondentemente, il «dominio degli apparati scientifici e tecnologici sulla massa degli uomini» (*ivi*, 246 ss.).

faccia solamente da fondale, dai colori pallidi e non performanti, mentre, sul proscenio, bisogni e pretese individuali recitano a voce stentorea i loro fatti ed antefatti. Giungeranno a rappresentarsi, infine, in veste di diritti: l'auspicio è che siano, per quel tempo, ottimamente armonizzati con la "scenografia costituzionale", magari rinnovata ed adeguata e non solo diversamente narrata.

LE ELEZIONI PRESIDENZIALI FRANCESI E “LES ENJEUX OUVERTS” DELLE ELEZIONI LEGISLATIVE. UN NUOVO TEST PER LA V REPUBBLICA?*

di Paola Piciacchia**

La Francia ha il suo nuovo Presidente, ed è Emmanuel Macron. L’“enfant prodige” della finanza e non solo. Il 7 maggio ha vinto al secondo turno delle elezioni presidenziali con il 66,1% di voti contro l’avversaria del Front National Marine Le Pen, confermando la consacrazione ottenuta già il 23 aprile al primo turno superato senza difficoltà con il 24,5% dei consensi, arrivando primo tra i candidati in corsa per l’Eliseo.

Con l’ampia affermazione di Macron, anche se con tasso di astensione pari a circa il 25%, i francesi sembrano così aver fatto una scelta di campo per la Francia e per l’Europa, contro le destre e i populismi.

E occorre partire da qui, da un dato ormai noto a tutti, per riflettere sugli ultimi quattro mesi che, con un’accelerazione di eventi senza precedenti, hanno riservato numerose sorprese nella campagna per l’elezione dell’inquilino del 55 Rue du Faubourg Saint-Honoré ma che, soprattutto, hanno aperto scenari e gettato luci, e qualche ombra, sul futuro delle istituzioni della V Repubblica.

Dopo quindici anni, dal 2002, anno in cui si votò per la prima volta per un Presidente che avrebbe, da allora in poi, ricoperto un mandato di cinque anni, - elezione che conteneva in sé l’incognita di un’evoluzione in senso marcatamente iperpresidenziale -, questo appuntamento elettorale ha avuto e continuerà ad avere più di un significato per la V Repubblica.

Numerose sono, infatti, le questioni destinate ad incidere sulle istituzioni francesi: la destrutturazione del sistema dei partiti e il ruolo delle elezioni primarie; la crisi interna del Partito Socialista e le difficoltà de *Les Républicains* dopo gli scandali che hanno travolto Fillon; la ristrutturazione del sistema politico intorno a soggetti nuovi come il Movimento

** Professore aggregato di Diritto pubblico comparato, Università degli Studi di Roma “La Sapienza”.

En Marche! fondato un anno fa da Macron. *Last but not the least* le questioni relative al modo in cui come tutti questi elementi incideranno sulle prospettive della forma di governo.

Ci si può ben chiedere, infatti, se le dinamiche apertesesi in questi ultimi quattro mesi si risolveranno in un nuovo test per la V Repubblica, come in passato è stato per l'alternanza nel 1981, per la prima coabitazione nel 1986, in qualche modo per l'*ouverture* nel 1988, per la terza coabitazione durata l'intera legislatura tra il 1997 e il 2002 e infine per il quinquennato nel 2002.

Per la prima volta in pochissimi mesi le elezioni presidenziali hanno, con una forza senza precedenti, dato la spinta ad un indebolimento del sistema dei partiti tradizionali (Ps e LR già UMP), in parte dovuta a fattori esterni (lo scandalo che ha travolto Fillon, candidato de Les Républicains) in parte dovuta alla scarsa coesione con la quale vecchi soggetti (il Partito Socialista) si sono apprestati ad affrontare l'appuntamento elettorale più importante.

Al di là dei risultati finali, a colpire nel comportamento elettorale del primo turno delle presidenziali sono state la mobilità dell'elettorato e la sua ricollocazione lungo un asse composito e frammentato, che, non solo, ha dato conferma alle indicazioni provenienti dai sondaggi antecedenti alla tornata elettorale, ma ha, anche, certificato la sconfitta dei tradizionali partiti della democrazia maggioritaria francese, i partiti dell'alternanza (Partito Socialista e Les Républicains) e la crescita di nuovi soggetti costruiti intorno a nuovi cleavages (*En Marche!*).

La prima scossa che ha favorito la rapida destrutturazione sembra essere partita dalle elezioni primarie del Partito Socialista di fine gennaio. La vittoria al secondo turno del 29 gennaio di Benoît Hamon con il 58,65% di voti contro l'ex Primo Ministro Manuel Valls ha, infatti, assunto più il carattere di una sorta di resa dei conti all'interno di un partito ormai diviso da anni di contrasti sui contenuti sulla politica presidenziale e governativa, più di uno scontro tra visioni diverse della sinistra, che di una contesa elettorale per la selezione del candidato presidenziale. D'altronde Hamon, uno dei maggiori "frondeur" del quinquennio di Hollande e fautore del reddito di cittadinanza, aveva sin dal primo turno, ricevuto l'appoggio di altri esponenti del partito come Montebourg e Martine Aubry mentre Valls, incarnazione della sinistra più moderata, era apparso sempre più isolato. Al

secondo turno delle primarie del Partito Socialista la visione più a sinistra del partito, in grado di intercettare l'elettorato deluso ha vinto. Un elettorato deluso che con questa scelta ha inteso sanzionare il Presidente uscente Hollande per non essere riuscito nell'intento di coniugare crescita economica e salvaguardia dei valori tradizionali della sinistra.

Hollande è probabilmente stato un Presidente migliore di quanto non sia stato in grado di comunicare e il suo Governo (di cui lo stesso Macron ha fatto parte) non si può certo dire che non abbia in questi anni prodotto riforme. Tuttavia la grave e dilaniante crisi interna al partito, unita alla grave crisi economica e occupazionale non lo hanno messo in condizione di dare risalto alle politiche portate avanti dal suo Governo. E questa volta, ripiegare sulla gestione della politica estera e di difesa, come era già successo in passato ad altri Presidenti, non ha certo giovato alla sua immagine. La grave crisi siriana e il terrorismo internazionale hanno fatto il resto.

Hollande inoltre ha maturato ritardi per tentare di risollevarne le sorti del partito. Ritardi come quello relativo alla fissazione della data delle elezioni primarie giunta solo a giugno 2016 dopo mesi di insistenti richieste e quello, assai più grave, relativo all'annuncio del suo ritiro dalla contesa elettorale arrivato solo a dicembre.

Questi ritardi non hanno giovato al Partito Socialista che è stato così travolto da una voglia di cambiamento la quale, tuttavia, non si è tradotta in forza necessaria per attrarre il suo tradizionale elettorato, il quale ha preferito volgere lo sguardo ad altre formazioni in corsa per l'Eliseo.

Le primarie del Partito socialista sembrano ormai lontanissime e se, da un lato, sembrano aver incarnato la volontà di dare un volto alla politica diverso da quello che aveva dominato il quinquennio di Hollande (e l'esclusione di Valls ne è la prova), dall'altro, hanno dimostrato quanto insanabile ormai fosse la rottura avvenuta tra il Partito socialista e il suo elettorato tradizionale, ma, soprattutto, hanno dimostrato che tale strumento democratico di selezione delle candidature, da solo, non permette al partito di esprimere una vera e propria leadership presidenziale.

Le elezioni primarie avevano certamente avuto più fortuna in autunno per *Les Republicains* che le avevano preparate per un anno e mezzo. E sicuramente Fillon avrebbe avuto qualche *chance* in più se non fosse stato travolto dallo scandalo "Penelope" che ne

ha ridotto la credibilità e le possibilità di vincere. Tuttavia in questo caso *Les Republicains* non sono stati spazzati via dalle nuove dinamiche emerse con l'elezione presidenziale e il tutto sommato buon risultato del 20,01% di voti ottenuto da Fillon, al netto delle sue vicende giudiziarie, dimostra che alle elezioni legislative di giugno il partito è ancora in grado di giocare le sue carte. E non è un caso che, proprio in tale prospettiva, Fillon abbia dopo il primo turno immediatamente invitato i suoi elettori a votare compatti per Macron. Indicazione lungimirante dal momento che appare del tutto evidente che la vera partita è destinata a giocarsi sulle elezioni legislative.

In linea generale, i partiti che hanno selezionato i loro candidati con le primarie siano usciti più indeboliti mentre quelli che hanno giocato la loro partita direttamente con l'elettorato sembrano aver avuto l'arma vincente.

Così è stato per Marine Le Pen e il Front National. Non può certo dirsi che Marine Le Pen sia espressione di una politica nuova, tuttavia ha sicuramente saputo intercettare le spinte populiste ed antieuropeiste in maniera tale da risultare dirompente e aggregante, imponente al punto giusto da superare senza difficoltà il primo turno. Ha perso al secondo turno, come era del tutto prevedibile, uscendone tuttavia, se non vincente, in qualche modo non del tutto perdente, essendo riuscita ad essere “dédiabolisée” con la prospettiva dichiarata di un'evoluzione della natura del suo stesso partito, pronto infatti a cambiare nome.

Quanto a Macron, egli ha sicuramente incarnato il nuovo che avanza, l'ottimismo europeista, il trionfo della ragione contro il pericolo populista e ha vinto. Ha vinto partendo non da lontano. È partito, infatti, dalla creazione, appena un anno fa, del Movimento *En Marche!*. Un movimento intorno al quale ha costruito, in pochi mesi, il consenso dopo essersi dimesso, nell'agosto scorso, dal Governo Valls. Proprio di quel Governo, Macron era stato uno dei maggiori esponenti e tra i padri delle riforme più contestate degli ultimi due anni, quella sulla crescita del 2015 e quella sul lavoro del 2016, per l'approvazione delle quali, a più riprese, Valls era stato costretto, a ricorrere all'utilizzo dell'art. 49, 3° c. Cost.

Il nuovo che avanza è stato dunque non tanto nei contenuti di un programma che aveva provato a sperimentare già nel Governo socialista ma nel perfetto modo di incarnare la

“democrazia del pubblico” e di mettersi in diretto collegamento con l’elettorato intercettandone, meglio di altri, i bisogni, attraverso un partito “leggero”, dinamico aperto alle istanze della democrazia del terzo millennio.

Sarà sufficiente questo? Macron è stato eletto da un elettorato molto eterogeneo, che contempla al suo interno anche un forte fronte antilepenista. L’alto tasso di astensione e l’opposizione netta della sinistra radicale rappresentata da Mélanchon, altro protagonista di rilievo della campagna elettorale del primo turno che ha raccolto il non insignificante risultato del 19,58% dei voti, permetterà a Macron di riunire intorno a sé e al suo partito il consenso necessario a costruire una maggioranza per governare?

Le difficoltà che si celano dietro a questo interrogativo sembrano, tuttavia, essere ben conosciute dal nuovo Presidente, pienamente consapevole che la vera partita si giocherà sulle elezioni legislative, un appuntamento che diventa ora fondamentale per assicurare al Presidente una maggioranza con la quale poter governare.

Le virtualità multiple insite nel testo costituzionale del 1958 che può dar luogo a diverse letture (una in senso presidenziale e una in senso più propriamente parlamentare) e suoi meccanismi istituzionali permettono. Infatti, al Presidente di poter portare avanti l’indirizzo politico solo se in grado di poter controllare la maggioranza parlamentare. Come è noto, in assenza di una maggioranza parlamentare coincidente con quella presidenziale all’Assemblea Nazionale tutti i poteri del Presidente (tranne, in verità, quello relativo allo scioglimento) finiscono per affievolirsi e allora è il Primo Ministro (e il Governo) a vedersi costituzionalmente riconosciuti tutti i poteri per tracciare l’indirizzo politico, come già successo nelle tre coabitazioni (1986-1988, 1993-1995, 1997-2002).

La “souplesse” e la flessibilità del testo costituzionale della V Repubblica – mai voluta rimettere in discussione neanche quando nel 2007 il Comitato Balladur, con l’intento di “costituzionalizzare” la pratica presidenzialistica e la Costituzione materiale della V Repubblica, propose, senza esito, la modifica dell’art. 5 Cost. con l’attribuzione al Presidente della Repubblica della direzione della politica nazionale e la sua sottrazione al Governo (art. 20 Cost.) - hanno in verità permesso all’ordinamento francese di evolversi nella continuità, senza particolari problemi, superando quelli che alla dottrina e ai commentatori politici erano apparsi veri e propri test sulla tenuta del sistema.

Tutti questi profili sono bene evidenti al nuovo Presidente e la lungimiranza con cui egli ha proceduto alla nomina del Governo presieduto da Édouard Philippe (esponente LR e fedelissimo di Juppé), formato da una compagine ministeriale che apre alla società civile e che cerca di rappresentare tutti i partiti non anti-sistema usciti con percentuali alte dal primo turno delle elezioni presidenziali, lo dimostrano. Dimostrano che il nuovo Presidente avrà tanta più forza per governare il Paese quanto più grande sarà la sua capacità di integrare intorno alla sua visione le istanze degli altri partiti, di saper guardare, appunto, tanto a sinistra quanto a destra, mantenendosi al centro.

In tal senso, duplice appare il compito di Macron. Da un lato, l'integrazione con gli altri partiti in vista di un possibile esito elettorale alle elezioni legislative di giugno che indirizzi verso un governo di "larghe intese". Dall'altro, far crescere il nuovo soggetto politico da lui creato, *En Marche!* e renderlo capace di immettersi nella logica presidenziale, come è tradizione per i partiti della V Repubblica, e nella logica della democrazia maggioritaria e dell'alternanza. Entrambe le sfide sembrano fondamentali, la prima nel futuro immediato, la seconda per un futuro che sembra più prossimo.

In modo ricorrente Macron viene paragonato a de Gaulle soprattutto per il richiamo ad una certa idea di Francia e per il modo in cui ha cercato di sdoganarsi dai partiti tradizionali della V Repubblica. Ma è bene sottolineare le differenze.

La forte carica antipartitica e l'ostilità teorica contro l'invadenza dei partiti - ritenuti la causa prima della degenerazione della IV Repubblica - con cui nasceva, ad opera di de Gaulle, nel 1958 la V Repubblica non impedirono a de Gaulle di fondare un partito e di rendersi lucidamente conto che il ruolo dei partiti, sebbene da ridimensionare, fosse comunque ineliminabile per avere una forte maggioranza parlamentare organizzata di supporto alla politica presidenziale.

I partiti relegati dall'art. 4 della Costituzione a svolgere una funzione meramente elettorale ne uscirono ben presto per assumere via via una funzione più importante, attraverso una logica di ristrutturazione interna. Questo, com'è noto, comportò una certa evoluzione del sistema dei partiti che ben presto, grazie agli input istituzionali e alle regole elettorali, si costruì intorno alla logica bipolare e maggioritaria sospinta dal "processo di presidenzializzazione" dei partiti stessi.

Oggi la situazione di fronte alla quale si trova Macron, in un mutato contesto di circostanze, ripropone lo schema della destrutturazione/ristrutturazione del sistema dei partiti. Tuttavia, la crisi oggi non è solo crisi dei partiti francesi ma crisi generale della politica e della rappresentanza che necessita, in tutti i Paesi, di nuovi paradigmi di funzionamento.

La proposta di Macron si colloca oggi in una consolidata cornice istituzionale a differenza di quella di de Gaulle che aveva l'esigenza prioritaria di porre le basi di un nuovo ordinamento. Macron ha creato un nuovo soggetto politico che sembra offrire le risposte che i partiti tradizionali non hanno dimostrato di saper dare, ma per avere voce all'interno di un ben definito quadro istituzionale, tale soggetto ha bisogno, almeno in questa fase, dell'apertura verso gli tutti gli altri partiti che hanno raccolto al primo turno percentuali non trascurabili. Questo evidenzia una dinamica aperta e non una chiusura verso i partiti tradizionali, da cui peraltro, come è noto, egli stesso proviene (a differenza di de Gaulle) essendo stato non solo militante del Partito Socialista dal 2006 al 2009, ma avendo costruito la sua carriera politica prima come vicesegretario alla presidenza della Repubblica tra il 2012 e il 2014 e poi, dal 2014, come Ministro dell'Economia del secondo Governo Valls.

Che ricadute avrà questo scenario sulle prossime elezioni legislative? Alla luce delle dinamiche politiche in atto, sembra lecito affermare che per la prima volta dall'introduzione del quinquennato l'elezione presidenziale sarà difficile che abbia quell'"effetto trascinamento" (obiettivo dichiarato della riforma del 2001 sull'inversione del calendario elettorale) sulle elezioni legislative come puntualmente accaduto nel 2002, nel 2007 e nel 2012.

L'attuale divisione delle forze politiche che si contenderanno i seggi all'Assemblea Nazionale, confermata dai sondaggi, lascia presagire una connotazione frammentata della Camera bassa da cui emergerà l'esigenza di riunire una maggioranza "di larghe intese" pronta a sostenere il Presidente Macron.

È questa la grande sfida: ma non solo per il nuovo Presidente, che sembra preparato a raccogliercela a giudicare dalla nomina del Governo Philippe; ma soprattutto per le

istituzioni della V Repubblica che dovranno dimostrare ancora una volta la loro capacità di tenuta.

La V Repubblica ha sicuramente sperimentato maggioranze plurali all'interno dei due schieramenti costruiti intorno all'asse destra-sinistra, ma la formazione di governi di "larghe intese" sostenuti da maggioranze eterogenee, potrebbe essere un inedito nella storia della V Repubblica che si troverebbe ancora una volta a dover sperimentare.

Tuttavia le istituzioni francesi sono passate negli ultimi (quasi) quarant'anni attraverso l'alternanza nel 1981, (il vero primo test sulla tenuta democratica della V Repubblica), la prima coabitazione nel 1986, (secondo importante test per la capacità di funzionamento del sistema), la fase di *ouverture* dal 1988 al 1993, la lunga terza coabitazione durata l'intera legislatura tra il 1997 e il 2002, e attraverso tutte le sfide del quinquennato senza che i suoi capisaldi siano mai stati rimessi in discussione.

Proprio la meno nota fase di *ouverture*, iniziata immediatamente dopo la prima coabitazione, durante la quale il Partito Socialista con soli 276 seggi fu costretto ad allungare una mano all'area moderata dando vita ai governi Rocard (1988-1991), Cresson (1991-1992) e Bérégovoy (1992-1993), spesso costretti all'utilizzo dell'art. 49, 3° c. Cost. per far passare le leggi in assenza di una maggioranza assoluta.

Molti videro in quella fase la fine della stabilità per la V Repubblica che era stata la caratteristica fondamentale dal 1958 e l'inizio di una fase d'incertezza. Tali pericoli furono tuttavia scongiurati grazie alle caratteristiche delle istituzioni francesi. Da un lato, il ruolo unificante e *regalienn*e del Capo dello Stato, e dall'altro, i meccanismi del parlamentarismo razionalizzato fecero la loro parte evitando il pericolo del ritorno all'instabilità. In più da quell'esperienza i caratteri della Presidenza ebbero modo di uscirne in funzione più democratica, meno assoluta e più equilibratrice.

Alla luce di tutto ciò, è quindi possibile immaginare che le istituzioni della V Repubblica saranno in grado di raccogliere, anche se in un contesto profondamente mutato, le sfide attuali. Al nuovo Presidente, Emmanuel Macron è affidato il decisivo compito di intercettare le dinamiche in atto e tradurle in modo equilibrato in un indirizzo istituzionalmente percorribile.

ELEZIONI

ADEMPIMENTI PER LE ELEZIONI PRESIDENZIALI

Il **24 febbraio** è stato pubblicato il decreto di convocazione degli elettori per l'elezione presidenziale del 23 aprile e del 7 maggio.

Il **18 marzo** il Consiglio Costituzionale ha pubblicato le « parrinages » e la lista dei candidati per le elezioni presidenziali. Undici i candidati ammessi alla competizione elettorale : Nicolas Dupont-Aignan, Marine Le Pen, Emmanuel Macron, Benoît Hamon, Nathalie Arthaud, Philippe Poutou, Jacques Cheminade, Jean Lassalle, Jean-Luc Mélançon, François Asselineau, François Fillon. Nel 2012 i candidati erano stati dieci mentre nel 2007 dodici.

Il **22 marzo** l'Alta Autorità per la trasparenza della vita pubblica ha pubblicato le dichiarazioni patrimoniali dei candidati presidenziali.

CAMPAGNA ELETTORALE PER IL PRIMO TURNO DELLE ELEZIONI PRESIDENZIALI

Il **9 aprile** si è aperta ufficialmente la campagna elettorale per il primo turno delle elezioni presidenziali che ha avuto termine il **20 aprile**. Durante questo periodo i candidati e i loro sostenitori hanno potuto beneficiare di un ugual tempo nelle trasmissioni televisive.

Il **20 marzo** ha avuto luogo il primo dibattito televisivo su TF 1, in diretta anche su LCI e France24, a cui hanno partecipato François Fillon, Marine Le Pen, Emmanuel Macron e Jean-Luc Mélançon e durante il quale i candidati hanno illustrato il loro programma e si sono confrontati sui temi della società quali sicurezza, immigrazione, identità e ambiente ; sui temi economici e sul ruolo della Francia e livello internazionale.

Il secondo dibattito televisivo si è invece svolto il **4 aprile** in diretta su BFM TV, Cnews, RMC, Dailymotion ed ad esso hanno partecipato tutti e gli undici candidati che si sono confrontati sui temi dell'occupazione, del modello sociale francese e della sicurezza.

Il terzo dibattito televisivo previsto per il **20 aprile** non ha avuto luogo per una serie di problemi sorti intorno all'organizzazione. France2 ha perciò trasmesso un serie di interviste di quindici minuti l'una intitolate *15 minutes pour convaincre* alle quali hanno, alla fine, partecipato tutti i candidati. Gli undici candidati hanno espresso le loro idee su potere di acquisto, occupazione, politica internazionale, Europa e ciascuno ha potuto scegliere un argomento relativo propria campagna elettorale su cui soffermarsi più ampiamente.

Tale dibattito televisivo è stato turbato alle 21 dall'attentato terroristico sugli i Champs-Élysées.

PRIMO TURNO DELLE ELEZIONI PRESIDENZIALI

Il **23 aprile**, in un clima di attesa, si è svolto il primo turno delle elezioni presidenziali con un tasso di partecipazione del 77,77% di quasi due punti inferiore rispetto al 2012 e un conseguente tasso di astensione del 22,23%.

A superare il turno sono stati Emmanuel Macron con il 24,01% e Marine Le Pen con il 21,30%.

Immediatamente dopo si è posizionato con il 20,01% dei voti il candidato de *Les Républicains*, François Fillon che ha manifestato un buon livello di resilienza nonostante gli scandali da cui è stato travolto durante la campagna elettorale e che ne hanno sicuramente condizionato il raggiungimento del traguardo.

Una buona percentuale è stata raggiunta anche da Jean-Luc Mélançon il candidato dell'estrema sinistra che ha ottenuto il 19,58% dei voti.

Solo al quinto posto si è collocato il candidato ufficiale del PS Benoît Hamon che ha ottenuto solo il 6,36% dei voti manifestando largamente la crisi quasi irreversibile del Partito Socialista.

Appena il 4,70%, l'1,21, l'1% , lo 0,92%, lo 0,64% e lo 0,18% dei voti hanno infine ottenuto gli altri candidati presidenziali in corsa per l'Eliseo, rispettivamente Nicolas Dupont-Aignan, Jean Lassalle, Philippe Poutou, François Asselineau, Nathalie Arthaud, Jacques Cheminade.

Il primo turno delle elezioni presidenziali ha così confermato le indicazioni di voto raccolte dai sondaggi che nelle ultime settimane avevano evidenziato il ridotto scarto percentuale tra Macron, Le Pen, Fillon e Mélançon. Al tempo stesso ha anche confermato la grande crisi del Partito Socialista che ha visto crollare la percentuale di voti ottenuti.

CAMPAGNA ELETTORALE PER IL SECONDO TURNO DELLE ELEZIONI PRESIDENZIALI

Sin dalla sera del **23 aprile**, François Fillon e Benoît Hamon, i candidati usciti sconfitti dal primo turno hanno invitato gli elettori a votare per Emmanuel Macron contro Marine Le Pen. All'interno de *Les Républicains* la posizione di Fillon ha suscitato qualche divisione : sebbene, infatti, gran parte del partito si sia dichiarato pronto a votare per Macron, una parte di esso ha rifiutato di dare indicazioni di voto mentre alcuni membri hanno invitato a votare addirittura scheda bianca o contro Macron.

Il **28 aprile** Jean-Luc Mélançon invece si è limitato a dire che non avrebbe votato il FN senza dare alcuna consegna di voto. Nathalie Arthaud e Jean Lassalle hanno dichiarato che avrebbero votato scheda bianca ; Jacques Cheminade ha detto che non avrebbe votato Marine Le Pen mentre il **28 aprile** Nicolas Dupont-Aignan ha manifestato il proprio sostegno alla candidata del FN, la quale a sua volta ha dichiarato che in caso di vittoria avrebbe nominato Dupont-Aignan Primo Ministro.

Tra il primo e il secondo turno il sostegno nei confronti di Macron è diventato trasversale e il **27 aprile** Macron ha ottenuto il sostegno di centocinquanta politici di orientamenti diversi : tra questi il centrista Jean-Louis Borloo che il **30 aprile** ha dichiarato il suo completo *endorsement* a Macron**.

PARTITI

PRIMARIE PRESIDENZIALI DEL PARTITO SOCIALISTA

Si è svolto il **22 gennaio 2017** il primo turno delle elezioni primarie del Partito Socialista per la selezione del candidato alle elezioni presidenziali

In uno scrutinio caratterizzato da un'affluenza di elettori al di sotto dei due milioni (1 655 919, il 3,63% degli elettori iscritti), e, ancora una volta, a dispetto di ogni sondaggio, a sorpresa, ad arrivare in testa è stato Benoît Hamon, espressione dell'ala più a sinistra del PS che ha ottenuto il 36,51% dei voti superando l'ex Primo Ministro Manuel Valls che ha, invece, raggiunto il 31,90% dei voti. A seguire Arnaud Montebourg ha ottenuto il 17,75% dei voti, Vincent Peillon ha raggiunto il 6,90% di voti, François de Rugy il 3,88%, Sylvia Pinel il 2,02%, infine Jean-Luc Bennahmias ha avuto l'1,02% dei consensi. Pari all'1,32% è stato il numero delle schede bianche o nulle.

Hamon e Valls si sono contesi al ballottaggio del **29 gennaio** la candidatura alle prossime elezioni presidenziali. Circa due milioni di votanti hanno consacrato Hamon candidato ufficiale del Partito Socialista alle elezioni presidenziali con il 58,69% dei voti. Manuel Valls ha ottenuto il 41,31% dei voti, con una percentuale di schede bianche o nulle pari all'1,54%.

SCANDALI GIUDIZIARI DURANTE LA CAMPAGNA ELETTORALE

Dopo alcune settimane dallo scoppio, il **24 gennaio**, dello scandalo partito dalle rivelazioni del *Canard Enchaîné* su presunti illeciti commessi dal candidato presidenziale de *Les Républicains*, il **14 marzo** François Fillon viene incriminato per distrazione di fondi pubblici, complicità e uso improprio di beni sociali e violazione degli obblighi di dichiarazione all'Alta Autorità sulla trasparenza della vita pubblica.

** Nel momento in cui il n. 1/2017 di questa Rivista sta per chiudere, si sono verificati altri eventi, che saranno specificatamente analizzati sul prossimo numero, ma ai quali occorre, sia pur brevemente, fare cenno in questa sede per l'importanza che essi ricoprono.

In primo luogo la vittoria il 7 maggio con il 66,1% dei voti al ballottaggio per le elezioni presidenziali di Emmanuel Macron, il candidato indipendente di En Marche! Una vittoria sicuramente annunciata cui ha fatto seguito, dopo le dimissioni del Primo Ministro Cazeneuve, la nomina il 10 maggio del nuovo Primo Ministro Edouard Philippe, un conservatore fedelissimo Juppé. Un evento, questo al contrario del primo, per niente scontato che ha invece aperto la strada alla formazione di Governo che vede la presenza di esponenti di En Marche!, del Partito Socialista, de Les Républicains, del Mo.dem , del Partito Radicale di Sinistra e anche di molti indipendenti.

È così che uno dei candidati d' « allure présidentielle » più convincente si è trovato indebolito nella corsa all'Eliseo, travolto dall'accusa di aver attribuito incarichi fittizi alla moglie come assistente parlamentare.

Nello stesso periodo anche il Front National di Marine Le Pen viene travolto dallo scandalo di presunti impieghi fittizi degli assistenti parlamentari degli eurodeputati del FN tra il 2012 e il 2017.

OBBLIGHI CONTABILI DEI PARTITI POLITICI E DEI CANDIDATI

Il **6 marzo** viene promulgata la legge **n. 2017-286** relativa al rafforzamento degli obblighi contabili dei partiti politici e dei candidati. La proposta di legge era stata presentata al Senato il **15 dicembre 2016** ed ivi approvato in prima lettura il **1° febbraio 2017**. Trasmesso all'Assemblea Nazionale il testo era poi stato adottato senza modifiche il **22 febbraio**.

La legge prevede che i partiti politici e i raggruppamenti politici dovranno trasmettere alla Commissione Nazionale dei conti della campagna e dei finanziamenti pubblici – CNCCFP - tutte le informazioni sui finanziamenti che essi avranno contratto. Al momento della pubblicazione dei conti, la CNCCFP dovrà indicare l'ammontare dei finanziamenti per categoria di finanziatori, per tipo di prestito e per paese di origine del finanziatore, l'identità dei diversi finanziatori - siano essi persone fisiche o morali - nonché i flussi finanziari tra partiti e tra partiti e candidati.

PARLAMENTO

AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI

Dopo un prolungato iter parlamentare, il **20 gennaio** sono state promulgate la legge ordinaria **n. 2017-55** e la legge organica **n. 2017-54** relative allo statuto generale delle autorità amministrative indipendenti e della autorità pubbliche indipendenti.

Le proposte di legge organica e ordinaria erano state presentate il **7 dicembre 2015** al Senato ed ivi approvate in prima lettura il **4 febbraio 2016**. Trasmessi all'Assemblea Nazionale, i testi erano stati adottati con modifiche il **28 aprile 2016**. In seconda lettura, il Senato aveva ulteriormente modificato i testi approvandoli il **2 giugno 2016** e così aveva fatto l'Assemblea Nazionale in seconda lettura modificando ulteriormente le proposte l'**8 dicembre 2016**. Infine il Senato, in terza lettura, aveva approvato le due proposte senza modifiche il **10 gennaio** di quest'anno.

Le due leggi introducono uno statuto generale delle Autorità Amministrative Indipendenti e delle Autorità Pubbliche Indipendenti francesi (una lunga lista annessa al testo legislativo cui rinvia l'art. 1 della legge ordinaria) tendente a rendere omogeneo il panorama della AAI e API attraverso l'introduzione di regole di funzionamento ed organizzative comuni.

In linea generale, la legge organica ha ribadito che spetta al legislatore creare una AAI o una API e fissarne i principi fondamentali di funzionamento e di organizzazione, nonché le regole relative alla loro composizione e alle loro attribuzioni. In particolare, la legge organica ha posto il principio di incompatibilità tra la funzione di membro di una AAI o API e tutta una serie di cariche: quelle relative all'esercizio di un mandato elettivo nelle collettività d'oltremare e in Nuova Caledonia; quella relativa alla funzione di magistrato dell'ordine giudiziario e alla qualifica di membro del Consiglio economico sociale e dell'ambiente (salvo il caso in cui la nomina venga effettuata proprio in questa veste); e infine quella relativa alla funzione di membro del Consiglio Superiore della Magistratura.

Quanto ai contenuti della legge ordinaria, essa ha innanzitutto fissato la durata del mandato delle AAI e API dai tre ai sei anni, ha stabilito la sua irrevocabilità e la possibilità di rinnovo per una sola volta. La legge ordinaria ha inoltre specificato che l'esercizio del mandato è incompatibile con l'esercizio di un mandato elettivo locale e con presenza di interessi comuni con il settore di cui l'autorità assicura il controllo o la sorveglianza o la regolazione. La legge ha anche definito i caratteri morali dell'azione dei membri delle AAI e API che devono esercitare le loro funzioni con dignità, probità e integrità facendo in modo di prevenire o far cessare immediatamente ogni conflitto di interessi. La funzione di presidente o di membro a tempo pieno comporta l'incompatibilità con ogni altra attività professionale.

La legge ha anche imposto l'obbligo di presentare al Governo ogni anno, prima del 1° giugno, un rapporto sulla sua attività.

LEGGE SULL'EGUAGLIANZA E LA CITTADINANZA

Dopo un iter legislativo non privo di criticità, il **22 gennaio** è stata promulgata la legge **n. 2017-86** relativa all'uguaglianza e alla cittadinanza. Il progetto di legge era stato depositato – con dichiarazione da parte del Governo di ricorrere alla procedura accelerata – quasi un anno prima, il **13 aprile 2016** all'Assemblea Nazionale che lo aveva approvato in prima lettura il **6 luglio 2016**. Trasmesso al Senato, il testo era stato adottato, anch'esso in prima lettura, con modifiche il **18 ottobre**. Dopo la convocazione della Commissione Mista Paritetica e in assenza di accordo, in nuova lettura, il testo era stato adottato dall'Assemblea Nazionale il **23 novembre** ma rigettato dal Senato il **19 dicembre**. In via definitiva, era stato infine approvato dall'Assemblea Nazionale il **22 dicembre 2016**.

La legge si è mossa di diverse direzioni per garantire l'inserimento dei giovani nella società e per rafforzare l'uguaglianza reale. In primo luogo la legge prevede la generalizzazione della «riserva civica» (per la difesa, per la polizia nazionale, per l'educazione nazionale, per la sicurezza civile) nell'arco della vita che permetterà ad ogni cittadino di impegnarsi al servizio dell'interesse generale; inoltre viene creato un congedo di formazione di sei giorni non remunerati per ogni dirigente di associazione; viene anche previsto il riconoscimento,

con convalida, per gli studenti dei corsi superiori delle competenze e conoscenze acquisite in attività di beneficenza (tranne quelle acquisite all'estero che sono state censurate dal Consiglio Costituzionale in sede di controllo preventivo di costituzionalità della legge) e la realizzazione di un bilancio di salute e di un controllo a fini preventivi per tutti i giovani tra i 16 e i 23 anni.

Per quanto concerne l'uguaglianza delle chance sono state introdotte norme per il miglioramento della trasparenza nell'attribuzione degli alloggi sociali come l'obbligo di rendere pubblici i criteri soprattutto quelli che danno diritto alle priorità per persone disabili, male alloggiate o vittime di violenze familiari; è stato anche previsto che negli affitti sociali ci si preoccupi di garantire la mescolanza sociale; è stato inoltre introdotto l'obbligo per le collettività territoriali di attribuire il 25% degli alloggi sociali alle famiglie che ne hanno più bisogno e la possibilità per il prefetto di rilasciare autorizzazioni per l'urbanizzazione nei comuni che non rispettano i criteri legislativi in materia di alloggi sociali.

Tra le misure per garantire la reale uguaglianza sociale è stato previsto il rafforzamento della formazione alla padronanza della lingua francese per tutta la vita soprattutto nel quadro della formazione professionale; l'estensione dell'accesso al terzo concorso nelle tre funzioni pubbliche a tutti i candidati che hanno acquisito un'esperienza nel quadro di una attività professionale o associativa o di un mandato elettorale locale; l'inasprimento delle sanzioni per gli atti di razzismo o di discriminazione; l'incriminazione per negazionismo è stata estesa a tutti i crimini contro l'umanità.

PRESCRIZIONE IN MATERIA PENALE

Dopo oltre un anno e mezzo dall'inizio dell'iter legislativo, il **27 febbraio** è stata promulgata la legge **n. 2017-242** sulla prescrizione in materia penale. La proposta di legge era stata presentata all'Assemblea Nazionale il **1° luglio 2015** ed ivi adottata il **10 marzo 2016**. Trasmesso al Senato, il testo era stato approvato con modifiche il **13 ottobre**. In seconda lettura, l'Assemblea Nazionale aveva modificato ulteriormente il testo adottandolo il **12 gennaio** di quest'anno. Anche il Senato aveva fatto altrettanto in seconda lettura con l'adozione il **7 febbraio**. Dopo la convocazione della Commissione Mista Paritetica e in assenza di un accordo la proposta era poi tornata per una nuova lettura all'Assemblea Nazionale che aveva deliberato il **14 febbraio** e al Senato che aveva deliberato modificando nuovamente il testo dell'Assemblea Nazionale il **15 febbraio**. La legge era stata definitivamente approvata dall'Assemblea Nazionale il **16 febbraio**.

La legge raddoppia i termini di prescrizione per i crimini e i delitti. In materia criminale il termine di prescrizione è stato così allungato da dieci e venti anni mentre per i delitti di diritto comune il termine è passato da tre a sei anni. Il termine per le infrazioni nascoste o dissimulate parte dal giorno in cui l'infrazione viene contestata e non può eccedere i dodici

anni trascorsi per i delitti e i trenta per i crimini a partire dal giorno in cui l'infrazione è stata commessa.

LEGGE SULLA SICUREZZA PUBBLICA

Il **28 febbraio** è stata promulgata la legge **n. 2017-258** relativa alla sicurezza pubblica. Il progetto di legge era stato presentato al Senato il **21 dicembre 2016** ed ivi adottato in prima lettura, con ricorso da parte del Governo alla procedura accelerata, il **24 gennaio 2017**. Trasmesso all'Assemblea Nazionale, il testo era stato approvato con modifiche l'**8 febbraio**. Dopo la convocazione della Commissione Mista Paritetica, in presenza di accordo, il testo era stato approvato definitivamente dall'Assemblea Nazionale e dal Senato rispettivamente il **15 e il 16 febbraio**.

La legge rafforza il quadro giuridico relativo agli interventi delle forze dell'ordine unificando alcune norme come quelle relative all'uso delle armi da fuoco, applicabili alla polizia e ai gendarmi, alla polizia di frontiera e ai militari impiegati nel quadro dell'operazione Sentinelle.

GOVERNO

RIMPASTI DI GOVERNO

In questo periodo si procede a due rimpasti di Governo. Il primo è del **27 febbraio** avvenuto in seguito alle dimissioni di Axelle Lemaire, Segretario di Stato all'informatica e all'innovazione. Al suo posto viene nominato Christophe Sirugue, Segretario di Stato all'Industria.

Il secondo rimpasto di Governo è del **21 marzo** : in seguito alle dimissioni di Bruno Le Roux, Ministro dell'Interno viene nominato al suo posto Mathias Fekl, Segretario di Stato al Commercio estero, alla promozione del turismo e francesi all'estero.

IL PRIMO MINISTRO CAZENEUVE E LA CAMPAGNA ELETTORALE

Nel corso di un incontro con i giornalisti europei a Rue de Varenne, sede di Matignon, il Primo Ministro, Bernard Cazeneuve **l'8 marzo** ha espresso la sua convinzione che il migliore candidato all'elezione presidenziale sarebbe stato il Presidente uscente François Hollande ritenendo «bien mal inspirés» coloro che si sono adoperati per evitare che Capo dello Stato si ripresentasse. "Le président de la République – ha dichiarato Cazeneuve - aurait été à mes yeux le meilleur candidat. Je l'ai dit à plusieurs reprises et je n'ai pas changé d'avis". Cazeneuve ha, comunque al tempo stesso, ribadito il suo sostegno ad Hamon al quale ha riconosciuto lo svolgimento di una buona campagna elettorale, seppure non di

difesa delle scelte operate dall'esecutivo uscente : « Il va s'y mettre, car on ne peut pas gagner une élection si on ne rassemble pas tout son camp" », ha dichiarato.

CAPO DELLO STATO

HOLLANDE E LA CAMPAGNA ELETTORALE

Nel periodo di campagna elettorale il Presidente uscente Hollande ha deciso di percorrere al via della riservatezza senza particolari esternazioni mediatiche.

Gli organi di stampa hanno, comunque, riferito che durante il Consiglio dei Ministri dell'**8 marzo** il Presidente Hollande, ha criticato lo strumento delle primarie considerato un vero fallimento per la V Repubblica e per l'elezioni presidenziale perché indeboliscono i partiti. Ha poi denunciato i problemi di credibilità dei candidat dei due partiti maggiori PS e LR usciti dalle primarie, ovvero Hamon e Fillon, il primo per il programma, l'altro per la situazione personale.

In questa stessa occasione Hollande ha sottolineato la bassa qualità di una campagna elettorale inedita non ancora pienamente cominciata che lascia gli elettori spaesati.

Hollande ha così deciso di condurre una propria campagna elettorale parallela concentrando le sue energie contro quella che considerava la minaccia seria, il vero nemico, ovvero l'estrema destra del Front National, la cui forza negli anni del suo suo quinquennato è cresciuta esponenzialmente.

Preoccupato dall'ascesa del candidato Mélanchon, a una decina di giorni dal primo turno Hollande, il **12 aprile** ha rotto il silenzio che si era imposto durante la campagna elettorale per porre l'accendo sulla cattiva campagna elettorale foriera di falsità e populismi, sottolineando la necessità di cambiamento per la politica.

Intanto, ha continuato a difendere il bilancio del suo quinquennato contro i populismi.

Il **16 aprile** Hollande si è poi lamentato dell'abbassamento del livello della campagna nel programma « C Politique » su France 5 : « On parle de quoi dans cette campagne ? - ha detto - Des affaires, des mises en examen, des pseudo-cabinets noirs (...) mais où sont les comparaisons utiles ? ».

CORTI

STATO DI URGENZA E ASSIGNATION À RÉSIDENCE

Tra le pronunce del Conseil Constitutionnel si segnala in particolare la decisione **n. 2017-624 QPC** del **16 marzo** relativa al dispositivo dell'*assignation a résidence* prevista dell'art. 6 della legge del 3 aprile 1955 sullo stato di urgenza, così come modificato dalla legge del 19 dicembre 2016 che ha prorogato lo stato di urgenza fino al luglio 2017.

Con la modifica della legge *l'assignation a residence* poteva essere rinnovata oltre i dodici mesi previa autorizzazione del Consiglio Stato. Il Consiglio ha argomentato che l'attribuzione al giudice amministrativo d'urgenza del Consiglio di Stato del potere di autorizzare il prolungamento dello stato di urgenza appare inconciliabile con la sua qualità di giudice di ultimo grado in quanto il Consiglio di Stato potrebbe pronunciarsi ulteriormente, su ricorsi giurisdizionali, sullo stesso caso. Ciò è contrario al principio di imparzialità e al diritto di esercitare un ricorso giurisdizionale e con queste motivazioni il Consiglio ha censurato la disposizioni che attribuivano tale potere autorizzatorio al Consiglio di Stato.

Il Conseil inoltre per ammettere che la durata dell'*assignation à résidence* - che in linea teorica non dovrebbe eccedere i dodici mesi - possa essere prolungata per ulteriori tre mesi senza ledere la libertà di circolazione, ha espresso una serie di riserve di interpretazione. Innanzitutto il prolungamento può essere ammesso se il comportamento della persona in causa costituisce una minaccia di particolare gravità per la sicurezza e l'ordine pubblico; in secondo luogo, l'amministrazione deve essere in grado di produrre elementi nuovi o complementari tali da giustificare il prolungamento del domicilio coatto; infine nell'esame della situazione della persona coinvolta occorre tenere presente il periodo complessivo di durata del domicilio coatto, le condizioni di tale misure e degli obblighi complementari. A partire dal 16 marzo 2017 spetta dunque al Ministro dell'Interno pronunciarsi su un eventuale prolungamento dell'*assignation à résidence* oltre i limiti previsti tenendo conto delle riserve di interpretazione formulate dal Consiglio Costituzionale.

AUTONOMIE

STATUTO DI PARIGI E PIANIFICAZIONE TERRITORIO METROPOLITANO

Il **28 febbraio** viene promulgata la legge **n. 2017-257** relativa allo Statuto di Parigi e alla pianificazione del territorio. Il progetto di legge era stato presentato al Senato il **3 agosto 2016** ed, ivi approvato, con dichiarazione del Governo di ricorso alla procedura accelerata, in prima lettura il **9 novembre 2016**. Trasmesso all'Assemblea Nazionale, il testo era stato adottato con modifiche in prima lettura il **20 dicembre 2016**. Dopo la convocazione della Commissione Mista Paritetica e in assenza di un accordo, il testo era stato esaminato in nuova lettura all'Assemblea Nazionale che lo aveva adottato il **17 gennaio** di questo anno e al Senato che lo aveva invece rigettato il **7 febbraio**. Sul testo in via definitiva si era infine pronunciata l'Assemblea Nazionale il **16 febbraio**.

La legge ha creato una collettività unica a statuto speciale, la Ville de Paris, che a decorrere dal 1° gennaio 2019 prenderà il posto del Comune e del Dipartimento di Parigi e che eserciterà sia le competenze del Comune che quelle di Dipartimento. Tale riforma comporterà la modifica delle regole di funzionamento del Consiglio di Parigi. Infatti la

legge ha creato un settore che raggruppa i primi quattro *arrondissements* di Parigi, il quale conterà 8 seggi di consigliere di Parigi ogni 101764 abitanti, poi un seggio ogni 12720 abitanti diminuendo lo scarto in rapporto alla media parigina.

La legge ha inoltre modificato le condizioni di costituzione di un'area metropolitana permettendo così a sette nuove città - Saint-Etienne, Toulon, Dijon, Orléans, Tours, Clermont-Ferrand e Metz – di ottenere tale Statuto.

Prima dell'1 settembre 2017 il Governo dovrà presentare in Parlamento un rapporto che valuterà l'opportunità di unire il Consiglio dipartimentale di Bouches-du-Rhône con la metropoli d'Aix-Marseille-Provence.

Riguardo specificatamente a Parigi, la legge ha poi cercato di avvicinare la ripartizione delle competenze tra il prefetto di polizia e il sindaco di Parigi alle ripartizioni di diritto comune. Sono state inoltre introdotte numerose norme in materia di sicurezza.

LEGGI DI PROGRAMMAZIONE RELATIVE ALL'UGUAGLIANZA REALE NEI PAESI D'OLTREMARE

Sempre il **28 febbraio** è stata promulgata la legge **n. 2017-256** relativa alla programmazione dell'uguaglianza reale nei territori d'oltremare e contenente disposizioni in materia sociale ed economica.

Il progetto di legge era stato presentato all'Assemblea Nazionale il **3 agosto 2016** ed ivi approvato l'**11 ottobre 2016**. Trasmesso al Senato, era stato approvato con modifiche il **19 gennaio 2017**. Dopo la convocazione della Commissione Mista Paritetica, trovato l'accordo, il testo era stato adottato da Assemblea Nazionale e Senato rispettivamente il **9** e il **14 febbraio**. La legge ha introdotto dispositivi volti a ridurre le disuguaglianze di sviluppo tra i territori d'oltremare e quelli metropolitani.

LA NUOVA GIURISPRUDENZA DEL BUNDESVERFASSUNGSGERICHT SULL'INCOSTITUZIONALITÀ DEI PARTITI POLITICI: A VOLTE LA DEMOCRAZIA NON SI DIFENDE*

di Astrid Zei**

Il **17 gennaio 2017** il Tribunale costituzionale federale si è pronunciato in via definitiva sulla costituzionalità del Partito nazionaldemocratico di Germania (NPD) respingendo il ricorso presentato dal Bundesrat ai sensi dell'art.21, secondo co., della Legge Fondamentale [[2 BvB 1/13](#)].

L'istanza era stata depositata il 3 dicembre 2013: un testo corposo, di circa 250 pagine, redatto dai costituzionalisti Christoph Möllers e Christian Waldhoff, dell'Università von Humboldt di Berlino, in cui si argomentava il carattere antisemita, razzista e xenofobo del partito.

Un altro procedimento nei confronti del NPD era già stato avviato nel 2001, su istanza del Bundestag, del Bundesrat e del Governo federale, ma fu archiviato nel 2003 senza una pronuncia nel merito, giacché molti degli elementi di prova e delle testimonianze richiamate nel corso dell'istruttoria furono considerate inammissibili. Il procedimento subì, infatti, un primo arresto quando, da uno *scoop* pubblicato sul settimanale “*Der Spiegel*” emerse che due dei principali testimoni erano, al contempo, membri del Partito nazionaldemocratico di Germania e funzionari dei servizi segreti (dell'Ufficio per la tutela costituzionale: *Bundesamt für Verfassungsschutz*). Ulteriori indagini permisero di accertare una massiccia attività di infiltrazione nelle file del partito, e soprattutto tra i suoi dirigenti. Nell'estate del 2002 il Tribunale costituzionale chiese al Governo federale e al Bundesrat di chiarire formalmente il ruolo dell'Ente federale per la tutela costituzionale nella formulazione dell'ideologia del partito e nelle scelte relative al suo operato, e di trasmettere ai giudici l'elenco dei funzionari dei Servizi che vi lavoravano sotto copertura. Ciò sarebbe stato necessario per verificare preventivamente “sino a che punto le fattispecie sottoposte al giudizio del Tribunale (*fossero*) imputabili ad un processo spontaneo nell'ambito di una

** Professore Associato di Diritto pubblico comparato, Università degli Studi di Roma “La Sapienza”.

società aperta”, ovvero se non fosse piuttosto dimostrabile che l'intervento degli Enti per la tutela costituzionale, per il tramite degli agenti infiltrati, era stato almeno parzialmente determinante quanto all'enunciazione degli obiettivi del partito e al comportamento dei suoi iscritti. Nel frattempo i governi dei Länder Brandeburg e Berlino si trovarono a dover rispondere, almeno sul piano politico, per analoghe forme di commistione che erano emerse in sede giurisdizionale. Alcuni funzionari dei Länder furono infatti condannati per aver organizzato azioni estremiste, anche con il sostegno finanziario e logistico dei rispettivi Enti di appartenenza.

Il Governo federale, d'intesa con i Länder, si limitò a fornire il numero assoluto dei funzionari sotto copertura. Dai dati si evinceva che tra i funzionari dell'NPD ben uno su sette agiva, o aveva agito, come agente infiltrato, anche se non risultò dimostrabile l'utilizzo delle informazioni acquisite con il fine di inquinare le strategie processuali adottate dal Partito. Sebbene quattro degli otto giudici del Secondo Senato si fossero pronunciati a favore di una prosecuzione del procedimento, lo stesso fu archiviato, non essendosi raggiunta la maggioranza qualificata dei due terzi del collegio richiesta dall' [art. 15, quarto co, prima frase, della Legge sul Tribunale costituzionale federale \[BVerfG, decisione del 18 marzo 2003\]](#).

Questo secondo ricorso, depositato il 3 dicembre 2013, era stato corredato di un corposo dossier di documentazione, assemblato anche con l'obiettivo di scongiurare il sospetto di una commistione tra le attività del partito e quelle di *intelligence* coordinate dagli Enti per la tutela costituzionale della Federazione e dei Länder.

Riguardo al ruolo dei Servizi, il Bundesrat aveva allegato al ricorso le [conclusioni della Conferenza straordinaria dei Ministri degli Interni dei Länder del 22 marzo 2012](#), con cui si disponeva la cessazione delle attività degli informatori che occupavano posizioni di vertice nell'ambito del partito a partire dal successivo 2 aprile, e si avviava la raccolta del materiale necessario per il ricorso ai sensi dell'art. 21 LF, escludendo i documenti anteriori al 1 gennaio 2008. Nel ricorso si affermava, inoltre, che a partire dal 6 dicembre 2012 era stato interrotto ogni rapporto con le fonti su indicate.

Ciò nonostante, il Tribunale costituzionale il 19 marzo 2015 aveva chiesto al Bundesrat di documentare entro il 15 maggio 2015 in che modo la Federazione e i singoli Länder

avessero dato seguito a quella decisione e dimostrare che i rapporti erano effettivamente cessati [BVerfG 2 BvB 1/13]. La [documentazione presentata dal Bundesrat](#) entro i termini indicati era stata considerata sufficiente, e così nella sentenza del **17 gennaio 2017**, attraverso un imponente impianto argomentativo— 262 pagine articolate in 1010 paragrafi - il Tribunale costituzionale federale è pervenuto ad una duplice conclusione: da un lato, si acclara che il Partito nazionaldemocratico di Germania (NPD) “non rispetta i principi fondamentali che sono irrinunciabili per uno Stato costituzionale liberale e democratico”, posto che “i suoi obiettivi e il comportamento dei suoi aderenti violano la dignità dell’uomo e il nucleo essenziale del principio democratico e attestano elementi di contiguità ideale con il nazionalsocialismo storico” e che, il programma politico del partito “mira a sovvertire l’ordinamento fondamentale liberale e democratico” (par. 634 della sentenza).

Al contempo, però, non vi sarebbero “elementi concreti di qualche peso, che inducano a ritenere che questo agire diretto contro l’ordinamento fondamentale democratico ovvero contro l’esistenza della Repubblica federale tedesca possa avere successo” (par. 570 e 845 della sentenza).

Per questa ragione non risulterebbero soddisfatte le condizioni iscritte nell’art. 21, secondo comma, LF che affida al Tribunale costituzionale federale il potere di disporre lo scioglimento dei partiti politici che “alla luce delle loro finalità o del comportamento dei loro aderenti, tendono a pregiudicare o a sovvertire l’ordinamento fondato sui principi di libertà e democrazia, o a porre in pericolo la stabilità della Repubblica federale tedesca”.

Questo “tendere verso” (“*darauf ausgehen*”) un fine illegittimo nei Commentari viene spiegato quasi sempre come una “intenzione”, una “pianificazione”, uno “scopo” (ad es. T. MAUNZ – G. DÜRIG, *Art. 21*, GG Kommentar, par. 525; W. STREINZ, *Art. 21 Abs. 2*, in H. V. MANGOLDT – F. KLEIN – C. STARK (Eds.), *Kommentar zum Grundgesetz*, 1999, par. 232), corredato, però, come aveva già chiarito il Tribunale costituzionale nella sentenza del 1956 sullo scioglimento del Partito Comunista di Germania (KPD) [BVerfGE 5, 85 (141)], da un “atteggiamento attivamente combattivo, aggressivo”.

Nella pronuncia del 17 gennaio 2017 si argomenta invece che “la fattispecie del «tendere verso» («*darauf Ausgehen*») presuppone un’azione pianificata nel senso di una attività

preparatoria funzionale alla compromissione ovvero alla sovversione dell'ordinamento fondamentale liberale e democratico, ovvero a mettere in pericolo l'esistenza della Repubblica federale tedesca" (par. 575). Anche se non è necessario che un partito politico costituisca anche un "pericolo concreto" affinché lo stesso possa configurarsi come incostituzionale (par. 581) bisogna che sussista però almeno una "potenzialità", nel senso che dovrebbero esservi "elementi concreti di un certo peso che inducano a ritenere perlomeno possibile che l'azione di un partito (...) possa avere successo" (par. 585).

Per quanto concerne il Partito nazionaldemocratico mancherebbe questa potenzialità (par. 1010), e ciò sia perché si esclude la possibilità che questi riesca ad "attuare i suoi obiettivi partecipando al processo decisionale politico", sia perché non si prevede che il partito, nel tentativo di raggiungerli, possa davvero "pregiudicare in modo apprezzabile la libertà del processo decisionale politico" (par. 896).

Nei primi anni della Repubblica federale tedesca il Tribunale costituzionale si è pronunciato due volte sull'incostituzionalità dei partiti, accogliendo i ricorsi presentati nei confronti del Partito socialista del Reich (SRP) [[BVerfGE 2, 1](#), sentenza 23 ottobre 1952] e del Partito comunista di Germania (KPD) [[BVerfGE 5, 85](#), sentenza del 17 agosto 1956].

Il *Bundesverfassungsgericht* aveva spiegato bene il significato dell'espressione "*darauf ausgehen*" in quella seconda pronuncia, respingendo l'idea che occorresse accertare anche l'azione, oltre all'intenzione, precisando che l'incostituzionalità sanziona quei partiti che manifestino una "intenzionalità" tesa "fondamentalmente e stabilmente a combattere l'ordinamento fondamentale liberale e democratico", "espressa nei comportamenti (tali sono, tra l'altro, anche i discorsi programmatici delle personalità responsabili)", che impone di condannare l'"azione politica perseguita in modo pianificato dal partito" [[BVerfGE 5, 85](#) (142)]. Di conseguenza, l'illegalità di un partito non sarebbe subordinata ad una previa verifica circa le sue concrete potenzialità di successo, ed esso potrebbe essere colpito da una sentenza di incostituzionalità "anche qualora, secondo una valutazione ragionevole, non sussista alcuna probabilità che lo stesso possa riuscire a realizzare il suo intento incostituzionale in un futuro prevedibile" [[BVerfGE 5, 85](#) (143)].

Da allora, va detto, una parte della dottrina ha continuato ad insistere sul requisito dell'intenzionalità, pretendendo almeno la prova di una attività preparatoria (M. Morlok,

Art. 21, in H. DREIER (Ed.), *Grundgesetz-Kommentar*, I, 1996, par. 142, W. STREINZ, *Art. 21*, in H. v. MANGOLDT – F. KLEIN – C. STARK (Eds.), *Kommentar zum Grundgesetz*, 1999, par. 232) se non proprio una qualche concreta attività a ciò finalizzata (W. HENKE, *Art. 21*, in R. DOLZER – K. VOGEL – K. GRABHOF (Eds.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, 2001, par. 356), e nel tempo era stata autorevolmente argomentata anche la necessità di accertare un pericolo concreto per l'ordinamento liberale e democratico (v. ad es. K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 20. ed, 1995, par. 717; H. MAURER, *Das Verbot Politischen Parteien*, in *Archiv für Öffentliches Rechts*, 1971, p. 229; U.K. PREUB, *Art. 21 Abs. 1.3*, in R. BÄUMLIN – A. AZZOLA (Eds.), *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschlands*, I, 2. ed., 1989, par. 58).

Nei decenni successivi il Tribunale costituzionale è stato chiamato a pronunciarsi sull'incostituzionalità dei partiti politici altre due volte.

Nel 1994 i procedimenti avviati nei confronti del partito Lista Nazionale (NL) [[BVerfGE 91, 262](#)] e del Partito liberale tedesco dei Lavoratori (FDA) [[BVerfGE 91, 276](#)] si erano conclusi con due ordinanze di inammissibilità, e ciò in quanto i giudici di Karlsruhe semplicemente non avevano riconosciuto a tali organizzazioni lo status di partiti politici.

Quanto alla Lista Nazionale, che contava una trentina di iscritti, tale status era già stato negato del resto dalla Commissione federale per le elezioni (*Bundeswahlprüfungskommission*) nel 1990, precludendo la presentazione di candidature nelle elezioni politiche. Anche a livello locale la Lista Nazionale non aveva mai ottenuto risultati significativi, e sebbene fosse responsabile di un giornale di partito stampato 8-10 volte l'anno con una tiratura di 800-1000 copie, le sue "attività interne" si limitavano ad una serie di riunioni presso due abitazioni private, con un numero di partecipanti variabile tra 9 e 16.

La seconda decisione, che riguardava il Partito liberale tedesco dei Lavoratori, era stata motivata adducendo una serie di circostanze che in parte sembrerebbero richiamare alcuni passaggi della sentenza del 17 gennaio 2017: i giudici avevano difatti invocato una serie di elementi quali: „carente densità organizzativa, non sufficiente capacità di agire e lavorare come organizzazione partitica, basso numero di iscritti, mancanza di una manifestazione

nel dibattito pubblico caratterizzata dalla continuità e carenza di qualsivoglia risonanza nella popolazione” (v. l’ultimo periodo della pronuncia).

Se dunque il Tribunale costituzionale aveva argomentato l’insussistenza di una “minaccia sufficiente” in quanto le finalità politiche, per le ragioni ricordate, non risultavano plausibili [BVerfGE 91, 276 (294)], i giudici avevano pure concluso che quei soggetti semplicemente non erano da considerarsi partiti politici, e dunque, venendo meno il “privilegio” del sindacato esclusivo del Tribunale costituzionale federale iscritto nell’art. 21, secondo co., LF, restavano soggetti alla legislazione sul divieto delle associazioni che agiscono in violazione delle leggi penali, che si indirizzano contro l’ordinamento fondamentale costituzionale, ovvero contro l’idea della comprensione tra i popoli, ai sensi dell’art. 9, secondo co., LF [BVerfGE 91, 276 (283); 91, 262 (266)].

In entrambi i casi si trattava di movimenti politici, che non solo avevano conquistato fino a quel momento una percentuale di consenso elettorale in alcuni Länder compresa tra lo 0 e lo 0,07 per cento dei voti validi, ma che, salvo sporadiche eccezioni, da tempo non partecipavano neppure alle consultazioni elettorali.

La situazione del Partito nazionaldemocratico di Germania è diversa e l’interpretazione accolta dal Tribunale costituzionale federale nella sentenza del **17 gennaio 2017** segna dunque una vera e propria evoluzione giurisprudenziale.

Essa in parte può essere spiegata alla luce del concreto contesto politico-istituzionale, che negli anni Cinquanta era quello di una giovane repubblica ancora in fase di consolidamento, con alle spalle l’esperienza della rivoluzione legale del nazionalsocialismo, e che oggi risulta saldamente ancorato ad una tradizione democratica nazionale ed europea. Soprattutto, la pronuncia va riletta nel quadro dei complessi rapporti tra i giudici nazionali e la Corte europea dei Diritti dell’Uomo, vale a dire nella prospettiva di un probabile ricorso del NPD alla CEDU avverso un’eventuale sentenza di incostituzionalità del Tribunale costituzionale federale. Difatti questa nuova interpretazione restrittiva del *Bundesverfassungsgericht* risulta coerente con i parametri sviluppati dalla CEDU nell’esercizio del suo sindacato circa il rispetto dell’art. 11, secondo co., della Convenzione, con riguardo, cioè, ad una verifica circa la sussistenza di un “bisogno sociale pressante” atto a giustificare lo scioglimento di un partito politico. La Corte di Strasburgo, infatti, sia quando

ha considerato conforme alla Convenzione lo scioglimento del 16 gennaio 1998 del partito islamico “*Refah Partisi*” da parte della Corte Costituzionale turca [*Refah Partisi (The Welfare Party) and Others v. Turkey* del 12 febbraio 2003], sia quando ha accolto il ricorso del partito bulgaro “Organizzazione Unita Macedone Ilinden” – Partito per lo sviluppo economico e l’integrazione della popolazione [*The United Macedonian Organisation Ilinden and Others v. Bulgaria* del 30 ottobre 2005], già dichiarato incostituzionale dalla Corte Costituzionale di Sofia il 29 febbraio 2000, ha difatti costruito un sindacato sulla proporzionalità dei provvedimenti adottati [v. anche *Socialist Party and Others v. Turkey*, punto 49] che pretende la sussistenza di un pericolo concreto per le istituzioni democratiche quale presupposto per un’eventuale deroga al principio della libertà di associazione, nel rispetto delle condizioni sancite dall’art. 11, secondo co., della Convenzione europea dei diritti dell’uomo.

La CEDU si è pertanto riservata uno scrutinio atto ad accertare non soltanto “se gli atti ed i discorsi imputabili al partito formino un insieme che offre un quadro chiaro del modello di società concepito e perseguito dal partito e risulta incompatibile con il concetto di una «società democratica»”, ma anche se vi siano “evidenze attendibili che attestino che il rischio per la democrazia, purché dimostrato, sia sufficientemente imminente” (*Refah Partisi and Others v. Turkey*, punto 104).

Nel caso del movimento secessionista “*The United Macedonian Organisation Ilinden*” la CEDU aveva considerato decisiva la sua “influenza trascurabile nella vita pubblica”, concludendo per l’assenza di una “necessità sociale pressante” tale da giustificare il divieto sancito dalla Corte Costituzionale bulgara (punto 61 della pronuncia).

Il Tribunale costituzionale federale ha dedicato alla Convenzione dei diritti dell’Uomo diversi paragrafi della sentenza (soprattutto i par. 606-625), argomentando anzitutto la conformità dell’istituto del sindacato sui partiti politici rispetto al divieto di abuso di diritti sancito dall’art. 17 della Convenzione e alle deroghe al principio della libertà di associazione iscritte nell’art. 11, secondo comma, della Convenzione.

Attraverso una serie di richiami giurisprudenziali il Tribunale costituzionale ha inteso inoltre sottolineare una piena compatibilità dei parametri accolti dalle due Corti, in particolare riguardo al carattere preventivo della sanzione, che, una volta accertato un

pericolo “concreto” ed “immediato”, non potrebbe attendere che “un partito conquisti il potere e adotti dei provvedimenti concreti per attuare il suo programma antidemocratico” (par. 613), salvo affermare che, contrariamente a quanto sostenuto nella dottrina tedesca, la CEDU non pretenderebbe la sussistenza di un pericolo concreto per l’ordinamento democratico liberale, né un imminente successo nella realizzazione di propositi in contrasto con la costituzione (par. 619) per legittimare la decisione di uno scioglimento, o almeno non sempre, posto che nei giudizi sui ricorsi di “*Herri Batasuna*” e “*Acción Nacionalista Vasca*” le azioni terroristiche organizzate dagli stessi soggetti sarebbero state più decisive del seguito elettorale conquistato nel frattempo (par. 620) (anche se risulta difficile negare che l’organizzazione di attentati possa configurare un pericolo concreto per la stabilità di un ordinamento liberale e democratico).

In ogni modo, il Tribunale costituzionale federale, richiamando la sentenza del 4 maggio 2011 [[BVerfGE 128, 326](#) (366 ss.)] si è limitato a confermare un generale *favor* nei confronti del diritto internazionale (“*Völkerrechtsfreundliche Auslegung*”), attribuendo alla giurisprudenza CEDU il valore di mero ausilio interpretativo (par. 607). Le motivazioni dei giudici di Karlsruhe piuttosto fanno leva su una particolare interpretazione letterale della norma iscritta nell’art. 21 LF, che nel sanzionare i partiti politici che “tendono” a pregiudicare o sovvertire l’ordinamento democratico e liberale reca una parola che nella lingua tedesca introduce anche una idea di moto da e verso qualcosa (“*ausgehen*”), che si aggiunge dunque al mero “mirare”, “prefiggersi”.

Per spiegare la ricostruzione del Tribunale costituzionale federale, che ha valutato severamente le intenzioni, senza però ravvedervi anche un pericolo, potrebbe essere utile tradurre l’espressione utilizzata come “andare verso”, “andare a parare”, spiegando che secondo il Tribunale costituzionale federale risulta decisivo il fatto che il Partito nazionale tedesco, soprattutto per il suo scarso seguito elettorale, semplicemente “non va”: almeno per il momento esso non ha alcuna concreta prospettiva di governo, né attitudine, sul piano tattico e programmatico, alla formazione di un gruppo maggioritario assieme ad altri partiti politici.

A partire dal 2004 il Partito nazionale tedesco aveva conquistato un certo numero di seggi nelle assemblee legislative del Sachsen (Sassonia) e del Mecklenburg-Vorpommern

(Mecklenburgo-Pomerania Anteriore), dove si concentrano le sue attività e la sua propaganda, e va detto che a dicembre del 2012, quando il Bundesrat votò a favore dell'introduzione di un ricorso al Tribunale costituzionale federale (ricorso che fu depositato materialmente un anno dopo), lo scenario politico, almeno in alcuni Länder, era diverso rispetto a quello attuale: all'epoca l'NPD aveva da poco conquistato il 6% dei voti validi nel Mecklenburg-Vorpommern, il 5,6% nel Sachsen, il 4,6% nel Sachsen-Anhalt (Sassonia-Palatinato), e il 4,3% in Thüringen (Turingia). Oggi però esso è rappresentato solamente a livello comunale, con 350 consiglieri eletti in quattordici Länder; una cifra, questa, che va raffrontata con il numero totale dei consiglieri eletti nei Comuni tedeschi, che sono più di 200mila. Con l'1% dei voti validi nelle ultime elezioni europee l'NPD ha eletto un eurodeputato, posta l'assenza di una soglia di sbarramento per la ripartizione proporzionale dei seggi tedeschi. Nelle elezioni politiche da cinquant'anni a questa parte non ha mai superato l'1,6% dei voti (1,3% nelle ultime consultazioni del 2013), risultato, questo, che si colloca molto al di sotto della soglia di sbarramento del 5% imposta per le elezioni del Bundestag.

Sulla base di questi presupposti i giudici hanno dunque concluso che ad oggi niente suggerisce che il Partito nazionalemocratico di Germania possa avvalersi di mezzi democratici, agendo nelle aule delle assemblee parlamentari, per realizzare i suoi scopi (par. 910 della sentenza).

Per il Tribunale costituzionale federale non risultano decisive neppure le attività extraparlamentari del Partito, considerando la sua “scarsa densità organizzativa”, le “limitate potenzialità di propaganda”, con “scarsa efficacia nella società”, ed inoltre l'assenza di elementi che inducano a ritenere che l'NPD possa “compensare questi deficit con la costituzione di reti estremistiche di destra o in altro modo” (*ibidem*).

Non risultando pienamente realizzati i presupposti cui la Legge Fondamentale subordina la sanzione dello scioglimento del partito da parte del Tribunale costituzionale federale, pure accertata l'incostituzionalità dei fini che il partito si prefigge e delle sue attività, viene meno per il momento la possibilità di adottare qualsiasi provvedimento nei confronti del NPD (par. 625), compresa naturalmente la cessazione del finanziamento pubblico, previsto dalla Legge sui Partiti politici [[Parteiengesetz](#)] solamente nei confronti dei

partiti che siano stati vietati dal Tribunale costituzionale federale, a partire dalla data dello scioglimento (art. 18, VII comma della Legge).

Il Tribunale costituzionale federale, al riguardo, non ha escluso un intervento del legislatore costituzionale atto ad introdurre ulteriori, più lievi sanzioni, nei confronti dei partiti politici sulla base di presupposti diversi (par. 527 della sentenza).

Con questo obiettivo all'indomani della pronuncia sono state presentate diverse proposte di revisione costituzionale atte a legittimare l'esclusione dal beneficio del finanziamento pubblico dei partiti politici che, conformemente all'interpretazione resa dal Tribunale costituzionale federale, pur non costituendo un pericolo potenziale per l'ordinamento, perseguano comunque le finalità enunciate nell'art. 21, secondo comma, LF. Già il **31 gennaio 2017** i governi dei Lander Rheinland-Pfalz [[BR Drs. 99/17](#)] e Saarland [[BR Drs. 95/17](#)] avevano presentato due mozioni con cui sollecitavano una discussione circa la possibilità di modificare il quadro normativo vigente, anche con una revisione costituzionale, al fine di negare qualsiasi forma di contribuzione pubblica a favore dei partiti politici che perseguono finalità incostituzionali.

Da anni, a varie riprese, in Germania si torna a discutere dell'esclusione del Partito nazionaldemocratico tedesco dal finanziamento pubblico – che per il 2015 ammontava a [1,32 milioni](#) di euro - anche se le proposte formulate, ad esempio, nell'ambito della Conferenza dei Governatori del Länder del 7 dicembre 2007, non sono mai state formalizzate, e ciò non solo per una scelta di opportunità politica, ma soprattutto perché, nel quadro costituzionale vigente, tale vistosa lesione del principio della parità delle *chances* tra i partiti risulterebbe in palese contrasto con le norme iscritte nell'art. 21 LF, che, formulato il modello della “democrazia che si difende”, lo affidano alla custodia esclusiva del Tribunale costituzionale federale: “*Parteienprivileg*”.

L'ipotesi di una revisione costituzionale presenta comunque diversi aspetti problematici. Anche ammettendo – e non è così facile – che siffatta deroga costituzionale al principio della parità delle *chances* tra i partiti politici non contrasti con il principio democratico, che l'art. 79, terzo co., LF, qualifica quale limite assoluto alla revisione costituzionale, il maggiore snodo problematico sta nelle modalità di tale accertamento, e

soprattutto nell'individuazione del soggetto legittimato ad esercitare tale potere di apprezzamento.

Già nel 2010 al Servizio Studi del Bundestag era stato commissionato un Dossier al riguardo, subito aggiornato all'indomani della sentenza. Il [documento](#), sulla scorta della dottrina, si sofferma soprattutto sulle garanzie a corredo di questo eventuale nuovo istituto, argomentando a favore dell'affidamento al giudice della decisione, con la garanzia di un eventuale ricorso al Tribunale costituzionale federale da parte del partito cui fosse interdetto l'accesso al finanziamento pubblico.

La proposta presentata dal Land Niedersachsen il **2 febbraio 2017** [[BR Drs. 113/17](#)] si limita ad offrire alla legge ordinaria un fondamento costituzionale, rimettendo al legislatore il compito di disciplinare l'eventuale esclusione dal finanziamento pubblico dei partiti politici che perseguano le finalità enunciate nell'art. 21 secondo co., LF.

Il sistema delle garanzie risulterebbe limitato al sindacato del Tribunale amministrativo federale, competente a pronunciarsi sulla legittimità di una decisione sulla cessazione del finanziamento pubblico, su istanza del partito escluso; decisione che nella relazione illustrativa si immagina rimessa all'esecutivo (p. 5), ma che, in assenza di ulteriori modifiche normative, sembrerebbe doversi affidare allo stesso soggetto cui oggi spetta deliberare circa l'assegnazione dei contributi pubblici ai partiti, vale a dire al Presidente del Bundestag, che è espressione della maggioranza politica.

Una seconda proposta del Bundesrat [[BR Drs. 18/12100](#)], depositata il **26 aprile 2017**, rimette invece al Tribunale costituzionale federale la competenza a decidere circa l'eventuale esclusione del finanziamento pubblico nel quadro del procedimento disciplinato dall'art. 21, secondo co., LF, potendo comminare tale sanzione una volta accertate le finalità perseguite dal partito politico, vale a dire ove non risultino pienamente soddisfatte le altre condizioni che i giudici di Karlsruhe considerano altrimenti determinanti per procedere ad uno scioglimento del partito, ma si accerti comunque uno sforzo teso a realizzare un'aspirazione (*“Bestrebungen verfolgen”*). Si tratta di una soluzione maggiormente apprezzabile, non solamente perché non inficia il principio del *“Parteiprivileg”* che resta ad oggi uno dei pilastri su cui è costruito il modello della *“streitbare Demokratie”*, ma anche perché scongiura le gravi conseguenze che si determinerebbero nel

caso in cui il giudice amministrativo - ovvero, in seconda istanza, lo stesso *Bundesverfassungsgericht* - acclarassero a posteriori l'illegittimità di una decisione che con ogni probabilità comporterebbe nel frattempo un pregiudizio irreparabile per il partito, inficiando la libertà del processo democratico.

Il testo alternativo presentato dal Governo federale [[BT Drs. 18/12357](#)] accoglie, sul piano procedurale, identica soluzione, ma si differenzia nella definizione della fattispecie che legittima l'esclusione del finanziamento pubblico da parte del Tribunale costituzionale federale, riferendosi al riguardo ai "partiti che sono schierati" verso gli obiettivi enunciati nell'art. 21, secondo co. LF; un'espressione, questa - in tedesco, "*darauf ausgerichtet*" - che - si legge nella Relazione illustrativa - richiama gli "obiettivi politici di un partito" e un "agire attivamente e procedere secondo un piano, nel senso di una attività preparatoria qualificata che si riflette nella compromissione dei beni menzionati e pertanto supera un limite nella lotta contro l'ordinamento fondamentale liberale e democratico".

Nella scelta di tale formulazione, l'intento è pertanto quello di parafrasare i passaggi cruciali della pronuncia del **17 gennaio 2017**, introducendo un sistema diversificato di sanzioni, applicabili a seconda che sussistano o meno anche elementi concreti che consentano di ravvedere in un partito politico un potenziale pericolo per l'ordinamento.

ELEZIONI

LE ELEZIONI REGIONALI NELLA SAARLAND

Non sorprende l'esito delle votazioni nella Saarland tenutesi il 26 marzo 2017: il partito cristiano democratico (CDU) si conferma quale primo partito del Land conquistando 5 seggi in più rispetto alle precedenti consultazioni (+5,48% dei voti) e il partito *Alternativ für Deutschland* si dimostra ancora una volta una forza politica in ascesa, convincendo il 6,17% dell'elettorato e conquistando tre seggi nel Landtag. Successi e conferme, queste, cui fa capo la crescente disaffezione dei cittadini chiamati alle urne nei confronti degli altri partiti: il partito della Sinistra (*Die Linke*) elegge due deputati in meno rispetto al 2012 (12,85%; 16,13% nel 2012), i Verdi non riescono a superare la soglia di sbarramento del 5% imposta dalla legge elettorale vigente (4,01%; 5,04% nel 2012), e il partito dei Pirati, che nelle precedenti consultazioni aveva registrato il 7,41 dei consensi, risulta annichilito, avendo raccolto solamente lo 0,75% dei voti validi.

PARLAMENTO

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO FEDERALE SI PRONUNCIA SULLE MODALITÀ DI PUBBLICAZIONE DELLE PETIZIONI PARLAMENTARI

Il diritto di petizione è disciplinato dall'art. 17 della Legge Fondamentale, che lo attribuisce a “chiunque” senza corredare tuttavia tale istituto di ulteriori garanzie circa la pubblicità delle singole iniziative, nonché riguardo ai tempi e ai modi del relativo esame da parte delle autorità competenti.

Le petizioni indirizzate al Bundestag sono affidate ad una apposita Commissione per le petizioni, secondo quanto prescritto dall'art. 45c LF, le cui competenze sono disciplinate nel dettaglio da un'apposita legge, cui rinvia lo stesso articolo.

Né la [Legge federale sulle competenze della Commissione per le petizioni del Bundestag](#) del 19 luglio 1975, né il regolamento del Bundestag ([artt. 108-112](#)) prescrivono alcuna forma di pubblicità per le petizioni raccolte, salvo l'obbligo di informare i proponenti circa le modalità della trattazione e riguardo all'esito delle iniziative ([art. 112, terzo comma, del Regolamento del Bundestag](#), abbr. GO-BT) su cui si era già espresso il Tribunale costituzionale federale in una [sentenza del 22 aprile 1953](#).

Il regolamento del Bundestag rimette inoltre alla Commissione per le Petizioni il compito di formalizzare preventivamente un corpus di regole cui informare l'esame delle istanze pervenute (art.110, primo comma, GO-BT). Questo regolamento interno [[Grundsätze des Petitionsausschusses über die Behandlung von Bitten und Beschwerden \(Verfahrensgrundsätze\)](#)], approvato nel 1989 e da allora modificato più volte, distingue dalle petizioni individuali quelle “di massa” e altre ancora che hanno un carattere “pubblico”, senza ulteriori precisazioni riguardo a quest'ultima categoria, per la quale il regolamento interno rinvia invece ad una apposita direttiva. Quest'ultima [[Richtlinie für die Behandlung von öffentlichen Petitionen \(öP\)](#)] disciplina la pubblicazione *on-line*, nel sito web del Bundestag, delle petizioni “pubbliche”, per un periodo di quattro settimane, nell'ambito di un apposito forum che consente lo svolgimento di una „discussione nel merito di questioni importanti e generali, che dia conto della pluralità dei diversi punti di vista, valutazioni ed esperienze”.

La pubblicazione consente dunque di “conoscere sotto diversi punti di vista le questioni sollevate e le raccomandazioni indirizzate al legislatore, così come le lamentele” e di contribuire al dibattito con la propria opinione (primo periodo della Direttiva), e infine essa comporta anche la divulgazione, nella stessa pagina, dell'esito della trattazione parlamentare (punto 12 della Direttiva).

Questa particolare forma di pubblicità non è legata a particolari presupposti di carattere formale o procedurale, fatto salvo l'obbligo di inoltrare la petizione in formato elettronico, utilizzando l'apposito format (punto 1 della Direttiva). Qualsiasi petizione, anche se individuale, può beneficiare di questa modalità di pubblicazione qualora “abbia ad oggetto una questione di interesse generale” e nel caso in cui “tale questione e la sua esposizione siano idonee per una discussione pubblica” (punto 2.1 della Direttiva).

Tutto ciò presuppone una valutazione che la Direttiva affida espressamente ai Servizi della Commissione; decisione di cui verranno informati i Capigruppo (punto 5 della Direttiva). Al contempo si esclude espressamente qualsiasi pretesa da parte dei proponenti (punto 1 della Direttiva).

A questo riguardo si è pronunciato il 15 marzo 2017 il Tribunale amministrativo federale [[BVerwG C 16,16](#)], il quale era stato adito in seconda istanza dai proponenti di una petizione che non era stata pubblicata nel forum del Bundestag, della quale era stata decisa altresì l'archiviazione, dopo aver interpellato due Ministri interessati.

Respingendo il ricorso, i giudici federali hanno chiarito la ratio sottesa a questa forma di pubblicità, spiegando che essa non costituirebbe il corredo di un nuovo istituto, bensì solamente una particolare forma di aggravamento di istruttoria, atta a raccogliere ulteriori informazioni sulla questione della petizione, e non a supportare le argomentazioni dei proponenti. Di conseguenza risulterebbe sempre esclusa una verifica circa le scelte compiute.

Tra i motivi del ricorso vi era anche l'inidoneità della fonte – una direttiva adottata dalla Commissione per le Petizioni sulla base di una norma del suo regolamento interno – a disciplinare un istituto previsto dalla Legge Fondamentale – mentre non si dice nulla riguardo alla discrezionalità assegnata ai Servizi della Commissione -, che rinvia invece ad una apposita legge. Accogliendo questo rilievo i giudici avrebbero dovuto disporre la chiusura del forum sino all'approvazione della legge, ed è con questa motivazione che l'argomento è stato laconicamente respinto.

CAPO DELLO STATO

ELEZIONE DEL PRESIDENTE FEDERALE FRANK-WALTER STEINMEIER (SPD)

Il 12 febbraio 2017 si è riunita l'assemblea federale per eleggere a grande maggioranza (quasi l'80% dei voti) il nuovo Presidente Federale Frank-Walter Steinmeier (SPD). Il Presidente uscente Joachim Gauck, in carica dal 2012, aveva chiarito sin dal 2015 che non si sarebbe candidato per un secondo mandato in ragione della sua età avanzata (77 anni

compiuti a gennaio) e l'elezione di Steinmeier è frutto di una intesa raggiunta preventivamente dai due partiti della coalizione (SPD e CDU), sostenuta anche dal partito liberale (FDP). Steinmeier era già stato candidato alla Cancelleria nelle elezioni politiche del 2009, già capogruppo dei socialdemocratici nel Bundestag dal 2009, e Ministro degli Esteri uscente in questo terzo governo Merkel, questi aveva lasciato il dicastero lo scorso 27 gennaio in vista delle elezioni presidenziali.

L'assemblea federale è formata da tutti i deputati del Bundestag e da un eguale numero di delegati delle assemblee dei Länder. L'elezione da parte delle assemblee si informa alla proporzionalità, secondo quanto stabilito dall'art. 54, comma 3, della Legge Fondamentale, ma i Landtagen possono applicare formule e procedure diverse. Talune assemblee procedono ad una votazione che consente ai singoli deputati di esprimersi a favore di una delle diverse liste di candidati predisposte dai singoli gruppi, così che, se tutti i deputati sono presenti in aula, i voti risultano ripartiti tra le liste in ragione della consistenza dei gruppi; in alternativa, spesso due o più gruppi si accordano preventivamente sulla costituzione di una lista comune, con cui concorrono assieme all'elezione dei delegati del Land, ovvero si procede preventivamente alla costituzione di un listone unico che riunisce tutti i delegati da eleggere, designati in base alla consistenza numerica dei gruppi.

Quest'ultima soluzione consente di aggirare eventuali impasse legate all'indivisibilità degli ultimi seggi da assegnare – in genere uno o due – che non tanto di rado comporta la necessità di procedere all'assegnazione tramite sorteggio tra i gruppi aventi pari titolo, così come è avvenuto questa volta a Berlino e come sarebbe avvenuto nello Schleswig-Holstein, in Rheinland Westphalen e a Brema, dove, appunto, la sottoscrizione di liste comuni da parte di due gruppi ha evitato la necessità di procedere ad uno spareggio tirando a sorte.

DALLA SENTENZA MILLER ALLO SCIoglimento DELLA CAMERA DEI COMUNI*

di Giulia Caravale^{1581**}

Nel Regno Unito il quadrimestre preso in esame è stato particolarmente denso di avvenimenti di rilevanza costituzionale. Senza dubbio la nostra analisi deve prendere le mosse dalla sentenza [R \(on the application of Miller and another\) \(Respondents\) v Secretary of State for Exiting the European Union \(Appellant\) REFERENCE by the Attorney General for Northern Ireland - In the matter of an application by Agnew and others for Judicial Review REFERENCE by the Court of Appeal \(Northern Ireland\) – In the matter of an application by Raymond McCord for Judicial Review](#) emanata il **24 gennaio** dalla Corte suprema a seguito del ricorso presentato dal Governo contro il giudizio della *High Court* di Londra (*Administrative Court*) espresso nel caso *R (Miller) -v- Secretary of State for Exiting the European Union*¹⁵⁸². Come noto, infatti, il 3 novembre 2016 la *High Court* aveva imposto l'intervento del Parlamento per l'attivazione della procedura di recesso dall'Unione europea. La Corte suprema ha confermato quanto deciso dalla *High Court*, respingendo l'interpretazione del Governo secondo cui l'attivazione della procedura fissata dall'articolo 50 del Trattato di Lisbona, rientrando nel potere estero, era da considerare rientrante nella prerogativa regia, di fatto esercitata dall'esecutivo. Secondo la Corte suprema, l'ingresso del Regno Unito nella Comunità europea, avvenuto a seguito dell'approvazione dell'*European Communities Act 1972*, ha comportato una modifica delle fonti del diritto interno e dell'assetto costituzionale del Paese, assetto che può essere alterato solo da una legge del Parlamento e non attraverso l'esercizio della prerogativa regia. Il giudizio della Corte non è stato unanime, dato che l'opinione di maggioranza, condivisa da otto giudici, è stata seguita da tre *dissenting opinions* dei giudici Reed, Carnwath e Hughes.

** Professore associato di Diritto Costituzionale Italiano e Comparato, Università degli studi di Roma "La Sapienza"

¹⁵⁸¹ Sul punto si rinvia a G. Caravale, [Sovranità sovranità' parlamentare vs sovranità popolare: nel Regno Unito si discute "the Constitutional case of the century"](#), Nomos 3-2016.

¹⁵⁸² Sul punto si rinvia a G. Caravale, [Sovranità sovranità' parlamentare vs sovranità popolare: nel Regno Unito si discute "the Constitutional case of the century"](#), Nomos 3-2016.

Mentre la sentenza di novembre non aveva visto il coinvolgimento delle amministrazioni devolute, la Corte suprema ha invece deciso di accogliere la richiesta dei governi scozzese e gallese di partecipare alle sue udienze. Contestualmente ha, poi, esaminato anche due casi relativi alla *Brexit* presentati dall'Irlanda del Nord (*Re McCord's Application* [2016] NIQB 85 e *Agnew and others*). Il primo nasceva da una causa, già respinta in Nord Irlanda, nella quale il ricorrente riteneva che in forza del *Northern Ireland Act* 1998 ogni modifica all'assetto costituzionale del Nord Irlanda doveva essere approvato dai cittadini delle 6 Contee e quindi, non era possibile attivare l'articolo 50 senza il loro consenso. Il secondo caso si basava sulla richiesta, proveniente anche da alcuni deputati di Stormont, secondo la quale doveva essere considerato obbligatorio, invece, il voto dell'assemblea di Belfast in ossequio alla *legislative consent motion*, la prassi per cui le Assemblee devolute votano una mozione con la quale acconsentono a far approvare dal Parlamento di Westminster una legge che le riguardi.

La Corte suprema, questa volta con giudizio unanime, ha affermato che le amministrazioni devolute non hanno la possibilità di esprimersi sull'attivazione dell'articolo 50. Viene affermato così in primo luogo che la materia estera è riservata in via esclusiva a Londra; in secondo luogo che il Governo May non è obbligato a coinvolgere le Assemblee devolute nel processo di *Brexit* perché tale coinvolgimento non solo non era stato previsto dalla legge di indizione del referendum, ma non può essere nemmeno invocato in forza della convenzione della *legislative consent motion*, dato che questa, pur menzionata all'interno di un atto legislativo (in particolare lo *Scotland Act 2016* e il *Wales Act 2017*), rimane una convenzione e, in quanto tale, non può essere oggetto di esame da parte delle Corti.

Da questa sentenza si evince che il coinvolgimento delle amministrazioni devolute nel processo di *Brexit* può avvenire solo sul piano politico, per esempio attraverso il canale fornito dal *Joint Ministerial Committee (European Negotiations)* presieduto dal ministro per l'uscita dall'Unione europea, comitato che costituisce una sede di dibattito tra i Governi devoluti e quello di Londra in materia. Ma tale collocazione sul piano esclusivamente politico dei rapporti tra gli esecutivi devoluti e quello centrale crea alcuni problemi, stante il diverso orientamento politico delle singole amministrazioni. Una differenza che finisce

per incide negativamente sul peso che i Governi devoluti potranno esercitare nelle trattative.

In particolare appaiono complicate, per motivi diversi, le situazioni di Scozia e Nord Irlanda, nazioni che nel referendum di giugno 2016 avevano votato a maggioranza per il *Remain*. Per quanto riguarda il Nord Irlanda, infatti, a **gennaio** è caduto il Governo e a **marzo** si sono tenute le nuove elezioni per l'Assemblea di Stormont, elezioni che non sono però riuscite a risolvere la situazione di stallo e a dar vita ad un nuovo esecutivo. L'assenza di una stabilità di governo da un canto mina il delicato e precario equilibrio tra i due gruppi, nazionalisti e unionisti, e lo stesso processo di pace e dall'altro fa mancare l'indispensabile rappresentante delle ragioni nord irlandesi nel confronto con Londra.

La Scozia, dal canto suo, ha continuato a mantenere l'opposizione alla *Brexit*, votando il **7 febbraio** una mozione contraria all'avvio della procedura dell'articolo 50, e il **28 marzo** una ulteriore mozione per chiedere un nuovo referendum sull'indipendenza. Due mozioni simboliche, ma emblematiche delle forti tensioni con Londra. Ed emblematico delle divisioni presenti nel Regno è anche il voto che, sempre il **7 febbraio**, è stato espresso dalla Assemblea gallese la quale, al contrario della scozzese, si è espressa a favore della notifica.

Dopo la sentenza della Corte suprema l'unico ostacolo posto tra la May e la *Brexit* è stato quindi il voto parlamentare imposto dalla Corte. Un ostacolo facilmente superato dal Governo May. Bisogna precisare che la Premier, già prima dell'intervento della Corte e per rispondere alle critiche che da mesi provenivano da coloro che l'accusavano di non avere un progetto chiaro sulla *Brexit*, il **17 gennaio**, in un discorso a Lancaster House aveva illustrato il progetto di "hard Brexit" che aveva in mente per i nuovi rapporti tra il Regno e l'Europa. Un progetto che esclude la partecipazione al mercato comune europeo e che è stato precisato, poi, in maniera più dettagliata nel [*White paper The United Kingdom's exit from and new partnership with the European Union*](#) presentato dal Governo il **2 febbraio**. Il *white paper* ha specificato, come vedremo, le 12 priorità che il Paese si porrà nel corso dei negoziati. La stampa britannica, soprattutto quella favorevole all'Europa, ha affermato che con il suo discorso e con la presentazione del *white paper* la May ha preso per la prima volta

una posizione chiara sulla *Brexit* e chiarito in modo inequivocabile che il processo avviato con il referendum è ormai irreversibile.

Subito dopo la sentenza, il passo successivo del Governo nel percorso che porterà il Regno Unito fuori dell'Unione è stato quello di presentare in Parlamento l'*European Union (Notification of Withdrawal) Bill*, approvato il **16 marzo**, con il quale il legislativo ha autorizzato l'avvio della procedura di recesso dall'Unione. L'approvazione della legge, come vedremo meglio in seguito, ha visto la tiepida opposizione di alcuni laburisti ai Comuni e l'introduzione di due emendamenti da parte dei Lords, emendamenti che sono stati respinti dai Comuni.

Così il **29 marzo** la May ha recapitato al presidente del Consiglio dell'Unione europea Donald Tusk, attraverso l'ambasciatore Tim Barrow, la [lettera](#) con cui ha notificato la volontà del Regno di uscire dall'Unione, lettera che ha dato il via ai due anni di negoziati. Il **30 marzo**, poi, il *Secretary of State for Exiting the European Union* ha pubblicato il *white paper* [Legislating for the United Kingdom's withdrawal from the European Union](#) il quale specifica le modalità di presentazione del *Great Repeal Bill* da introdurre nella prossima sessione parlamentare.

Quando oramai la situazione sembrava stabilizzata, la May a sorpresa, il **18 aprile**, ha annunciato la decisione di chiedere lo scioglimento anticipato della Camera dei Comuni per indire nuove elezioni per il prossimo 8 giugno. La May ha giustificato la decisione affermando che, per garantire maggiore stabilità al Paese e rendere più forte la posizione del Regno Unito in questa fase di negoziati sulla *Brexit*, aveva bisogno di un ampio sostegno del Parlamento di Westminster, che nella composizione attuale si era mostrato diviso sul tema. Secondo i sondaggi, infatti, i *Tories* sarebbero in testa di 20 punti percentuale rispetto ai laburisti e tale risultato si potrebbe tradurre in una maggioranza di 130 seggi. Se tale previsione dovesse avverarsi, la May potrebbe contare, dunque, su una solidità governativa per i prossimi 5 anni, anni cruciali per completare la separazione dall'Unione europea. Una vittoria in tal senso potrebbe garantire alla May anche il rafforzamento della sua *leadership* e una investitura diretta da parte dell'elettorato, che nel 2015 aveva votato il partito conservatore sotto la guida di David Cameron.

Si deve rilevare che la procedura di scioglimento anticipato dei Comuni è quella dettata dal *Fixed-term Parliaments Act 2011*, legge introdotta dal Governo di coalizione per sottrarre al Premier il potere di sciogliere in modo arbitrario la Camera dei Comuni, scegliendo il momento più favorevole al suo partito per indire nuove elezioni. La legge ha stabilito le due ipotesi in cui può essere richiesto lo scioglimento: un voto a maggioranza qualificata dei 2/3 della Camera dei Comuni, oppure l'impossibilità di formare un Governo entro 14 giorni dalla caduta del precedente dimessosi a seguito di un voto di sfiducia. La May ha scelto la prima ipotesi e la mozione è stata votata il **19 aprile** con 522 a favore e 13 contrari. Le opposizioni, ad eccezione dello SNP che si è astenuto, si sono espresse a favore, temendo anche che un loro voto contrario potesse essere interpretato come timore di andare alle urne.

Infine possiamo affermare che la breve legislatura 2015-2017, conclusa con lo scioglimento anticipato dei Comuni, è stata senza dubbio dominata dal tema della *Brexit* e dalle sue conseguenze. Una legislatura che aveva preso il via dopo cinque anni di Governo di coalizione conservatore – liberal democratico e che è stata caratterizzata anche da una insolita composizione dell'Assemblea, dato che – riuscendo a conquistare 56 seggi – lo *Scottish National Party* era riuscito a diventare il terzo partito del Paese. Una legislatura segnata dalla presenza di due Premier: David Cameron, la cui carriera politica si è conclusa con il referendum del giugno 2016, e Theresa May che si è assunta il compito di traghettare il Regno fuori dall'Europa. Una legislatura interrotta forse troppo presto e che ha segnato uno spartiacque nella vita politica e costituzionale del Regno Unito.

ELEZIONI

BYELECTIONS

Il **23 febbraio** si sono tenute le elezioni suppletive nei collegi di Copeland e di Stoke-on-Trent Central. Il primo collegio, roccaforte laburista da più di 80 anni, ha visto la vittoria della candidata del partito conservatore, mentre il secondo del candidato laburista.

PARTITI

UKIP

Il **27 marzo** Douglas Carswell, unico deputato eletto nel maggio 2015 nelle fila dell'Ukip, ha lasciato il gruppo. Appare evidente la natura di “single-issue party” dell'Ukip il quale, avendo raggiunto con il risultato del referendum sulla *Brexit* il suo principale obiettivo, stenta a trovarne di nuovi e risulta in crisi di identità.

PARLAMENTO

EUROPEAN UNION (NOTIFICATION OF WITHDRAWAL) ACT

A seguito della sentenza Miller, come abbiamo detto, il **26 gennaio** il Governo ha presentato in Parlamento l'*European Union (Notification of Withdrawal) Bill*.

Durante l'esame del testo da parte della Camera dei Comuni vi sono stati alcuni tentativi, respinti dalla maggioranza, da parte di deputati laburisti di presentare emendamenti all'asciutto testo introdotto dal Governo. Il leader laburista Jeremy Corbyn ha imposto ai deputati del suo gruppo di votare a favore del *bill*, suscitando la “ribellione” di 53 deputati laburisti e le dimissioni di alcuni ministri ombra.

L'**8 febbraio** la Camera dei Comuni ha approvato il testo con un'ampia maggioranza (494 voti a favore e 122 contrari). Una maggioranza che ha sorpreso i commentatori politici soprattutto per il fatto che molti deputati si erano schierati a favore del *Remain*.

Il testo è poi passato all'esame dei Lords i quali hanno imposto due sconfitte al Governo: il **1 marzo**, infatti, con 358 voti a favore e 256 contrari i Lords hanno introdotto un emendamento per tutelare i diritti dei cittadini europei residenti nel Regno; l'**8 marzo**, invece, con 366 voti a favore e 268 contrari, hanno introdotto un emendamento che conferiva al Parlamento il potere di veto sul futuro accordo sulla *Brexit* a conclusione dei negoziati. Tali emendamenti, tuttavia, sono stati cancellati dai Comuni quando il testo è stato sottoposto nuovamente al loro scrutinio e i Lords hanno rispettato la volontà della Camera elettiva approvando il testo dell'*European Union (Notification of Withdrawal) Act* così come voluto dal Governo. Il disegno di legge ha ricevuto l'assenso reale il **16 marzo**.

Il voto ai Lords ha determinato comunque l'allontanamento di Lord Heseltine dal suo incarico di *government adviser on regional growth* dato che era stato uno dei 13 Lords conservatori che si erano opposti al *bill*.

Critiche alle modalità di approvazione del disegno di legge sono state espresse dal *Constitution Committee* dei Lords nel rapporto *European Union (Notification of Withdrawal) Bill: Report of House of Lords Constitution Committee* pubblicato il **23 febbraio**. Il rapporto si è soffermato soprattutto sulla rapidità con cui la May ha voluto far esaminare il testo dal Parlamento al fine di rispettare la scadenza da lei stessa fissata per la presentazione della notifica. Una scadenza che, nelle parole del comitato: “has no constitutional significance” e che poteva essere accettata solo a motivo della brevità del testo. Tuttavia il comitato ha

concluso che: “We note, however, that fasttracking a Bill of such constitutional significance is an exceptional procedure. This occurrence ought not to be used as a precedent in relation to future measures of constitutional significance, such as the ‘Great Repeal Bill’ and other Brexit-related legislation”.

RIFORMA DELLA HOUSE OF LORDS

A seguito del voto della Camera di Lords del 5 dicembre scorso, con il quale la Camera aveva approvato la mozione “that this House believes that its size should be reduced, and methods should be explored by which this could be achieved” il **27 gennaio** il Lord Speaker ha istituito un Comitato per esaminare la questione della riduzione del numero dei componenti della Camera alta. Il Comitato - presieduto da Lord Burns, già *civil servant* e composto da altri 5 membri (due conservatori, due laburisti e un liberal democratico) - ha aperto una consultazione pubblica sul tema che si è conclusa il **20 febbraio**. Tra i pareri pervenuti si ricorda quello dell’*Electoral Reform Society* che si è detta “disappointed” del fatto che l’indagine non fosse stata rivolta ad una riforma più ampia e completa della Camera dei Lords.

ELEZIONE DI UN LORD EREDITARIO

Il **27 marzo** Lord Colgrain è stato eletto Pari ereditario. Lord Colgrain ha vinto su 27 candidati i quali hanno dovuto presentare una breve biografia e una nota sintetica contenente le motivazioni della loro candidatura. L’elettorato passivo è stato esteso a tutti coloro in possesso di titoli ereditari, il cui elenco è tenuto aggiornato in Parlamento. L’elettorato attivo, invece, spettava a tutta la Camera dato che il posto vacante riguardava uno dei 15 pari ereditari che erano stati eletti dall’intera Assemblea nel 1999.

WESTMINSTER VS TRUMP

Più di 200 deputati hanno sottoscritto una *Early Day Motion*, introdotta il **31 gennaio** ai Comuni, diretta ad opporsi ad una visita di Trump al Parlamento (il testo della mozione è stato il seguente: “That this House deplores recent actions taken by US President Donald J Trump, including his Executive Order on Immigration and Refugees, and notably his comments on torture and women; notes the historical significance and honour that comes with an invitation to address both Houses of Parliament in Westminster Hall or elsewhere in the Palace of Westminster; and calls on the Speaker, Lord Speaker, Black Rod and Serjeant at Arms to withhold permission from the Government for an address to be made in Westminster Hall, or elsewhere in the Palace of Westminster, by President Trump”).

Da segnalare l’inconsueta presa di posizione dello *Speaker* dei Comuni il quale, il **6 febbraio** si è opposto alla visita del Presidente degli Stati Uniti in Parlamento e ha affermato: “I must say to the honourable gentleman, to all who signed his early day motion and to others with strong views about this matter on either side of the argument, that

before the imposition of the migrant ban I would myself have been strongly opposed to an address by President Trump in Westminster Hall. After the imposition of the migrant ban by President Trump I am even more strongly opposed to an address by President Trump in Westminster Hall”.

Inoltre il **20 febbraio** la Camera dei Comuni ha discusso la *parliamentary petition* che ha raccolto più di 1 milione e 800mila firme diretta ad evitare l’invito al presidente Trump nel Regno Unito per una visita di Stato. Il Governo ha comunque difeso l’invito al presidente USA affermando che “HM Government believes the President of the United States should be extended the full courtesy of a State Visit. We look forward to welcoming President Trump once dates and arrangements are finalised”.

PRIVATE MEMBERS’ BILLS

Nel mese di **gennaio** il Governo ha respinto diverse proposte provenienti dall’*House of Commons Procedure Committee* tra cui quella di permettere al *Backbench Business Committee* di selezionare quattro disegni di legge in ogni sessione per consentirne un esame prioritario. L’esecutivo ha invece accolto la proposta di ribattezzare i “private members’ bills” come “backbench bills”.

SCIoglimento

Come abbiamo detto nell’introduzione il **19 aprile** la Camera dei Comuni, con 522 voti a favore e 13 contrari, ha votato la mozione “That there shall be an early parliamentary general election”. Lo scioglimento ha avuto luogo il 3 maggio.

La fine della legislatura interrompe, tra le altre, le attività dei diversi Comitati parlamentari che stavano lavorando sulle conseguenze della *Brexit*, arrecando – secondo molti commentatori politici – un danno al necessario processo di scrutinio sulla questione.

GOVERNO

BREXIT

Come ricordato nell’introduzione la Premier May il **17 gennaio** ha illustrato gli obiettivi che il Governo perseguirà nel negoziato con l’Unione europea, obiettivi confluiti nel [white paper](#) pubblicato il **2 febbraio**. Il piano dell’esecutivo delinea una “hard Brexit” che non si ispira a nessuno dei modelli attualmente adottati dall’Unione europea, ad esempio nei rapporti con la Svizzera, con la Norvegia o la Turchia, e che non prevede forme di parziale appartenenza all’Unione come la partecipazione al mercato comune. I 12 principi che guideranno il Governo sono i seguenti: “1. Providing certainty and clarity; 2. Taking control of our own laws; 3. Strengthening the Union; 4. Protecting our strong historic ties with Ireland and maintaining the Common Travel Area; 5. Controlling immigration; 6 The

United Kingdom's exit from and new partnership with the European Union; 6. Securing rights for EU nationals in the UK and UK nationals in the EU; 7. Protecting workers' rights; 8. Ensuring free trade with European markets; 9. Securing new trade agreements with other countries; 10. Ensuring the United Kingdom remains the best place for science and innovation; 11. Cooperating in the fight against crime and terrorism; and 12. Delivering a smooth, orderly exit from the EU”.

CORTI

Il **22 marzo**, di fronte all'*House of Lords Constitution Committee*, il *Lord Chief Justice* Lord Thomas ha espresso una dura [critica](#) nei confronti di Liz Truss *Lord Chancellor and Justice Secretary*, per non aver svolto in modo appropriato il suo ruolo costituzionale, previsto anche dal *Constitutional Reform Act 2005* di garante dell'indipendenza della magistratura. A giudizio di Lord Thomas il comportamento del Lord Cancelliere era da considerare 'completely and utterly wrong' perché non aveva difeso in modo adeguato la magistratura dagli attacchi della stampa a seguito della sentenza Miller.

AUTONOMIE

SCOZIA

Il **7 febbraio** il Parlamento scozzese ha votato, in modo simbolico, con 90 voti a favore e 34 contrari una mozione con cui si è opposta all'attivazione della procedura prevista dall'articolo 50 da parte del governo. Anche se – come abbiamo detto - la sentenza della Corte suprema non ha riconosciuto alle amministrazioni devolute nessun ruolo nell'attivazione del processo, il voto dell'Assemblea secondo il *Brexit minister* scozzese Michael Russell “is more than symbolic. It is a key test of whether Scotland's voice is being listened to, and whether our wishes can be accommodated within the UK process”.

La Premier May, comunque, il **3 marzo**, durante la conferenza dei conservatori scozzesi a Glasgow ha evidenziato il suo impegno per mantenere salda la “precious Union” del Regno.

In tutta risposta il **13 marzo**, in un discorso presso *Bute House*, la residenza del *first minister* scozzese, la Sturgeon ha annunciato di voler chiedere un secondo referendum sull'indipendenza da tenere tra la fine del 2018 e i primi mesi del 2019, prima della scadenza dei due anni di trattative sulla *Brexit*. La *first minister* ha affermato “If Scotland can be ignored on an issue as important as the EU and the single market then it is clear that our voice can be ignored at any time and on any issue”. Così, il **28 marzo**, il Parlamento di

Holyrood ha votato, con 69 voti a favore e 59 contrari, una mozione con cui ha chiesto a Westminster l'autorizzazione a tenere un nuovo referendum¹⁵⁸³. La mozione ha avuto l'appoggio anche dei deputati dei Verdi. In questa occasione la Sturgeon ha affermato: "The people of Scotland should have the right to choose between Brexit—possibly a very hard Brexit—or becoming an independent country that is able to chart our own course and create a true partnership of equals across these islands. If we accept—as I hope we all do—that Scotland has the right to decide our own future, the question becomes one of timing. When is it best to make that choice? We all agree that now is not the time. In my view, the time to choose is when the terms of Brexit are clear and can be judged against the challenges and opportunities of becoming an independent country".

Il Governo May non appare in alcun modo propenso a concedere un secondo referendum dato che la Premier ritiene che "now is not the time" per discutere la questione.

Si ricorda in proposito che il Parlamento scozzese non ha l'autorità di indire in modo autonomo da Westminster un referendum, ancorché *advisory*, anche se la dottrina non ha espresso unanimità di giudizio in materia in occasione della consultazione del 2014. In ogni caso bisogna sottolineare che il Governo scozzese non ha proposto di indire autonomamente un referendum, ma di seguire la procedura del "c.d. Section 30 order" vale a dire di ottenere da Londra l'autorizzazione temporanea all'indizione del referendum.

GALLES

Il Parlamento di Westminster ha approvato il **31 gennaio** il [Wales Act 2017](#). La legge – che ha ottenuto anche il voto favorevole alla *legislative consent motion* da parte dell'assemblea di Cardiff il **17 gennaio** - ha avuto un *iter* molto articolato dato che, nell'ottobre del 2015, il Governo conservatore aveva presentato un *Draft Wales Bill*, il quale però era stato profondamente criticato tra gli altri dal *Welsh Affairs Committee* dei Comuni, dal *Constitutional and Legislative Affairs Committee* dell'assemblea di Cardiff e dal Governo gallese, il quale nel marzo 2016 aveva pubblicato anche un suo progetto alternativo di *draft bill*. Le numerose critiche avevano spinto il Governo britannico a ritirare il progetto e a presentarne uno nuovo.

¹⁵⁸³ Il testo della mozione è il seguente: "That the Parliament acknowledges the sovereign right of the Scottish people to determine the form of government best suited to their needs and therefore mandates the Scottish Government to take forward discussions with the UK Government on the details of an order under section 30 of the Scotland Act 1998 to ensure that the Scottish Parliament can legislate for a referendum to be held that will give the people of Scotland a choice over the future direction and governance of their country at a time, and with a question and franchise, determined by the Scottish Parliament, which would most appropriately be between the autumn of 2018, when there is clarity over the outcome of the Brexit negotiations, and around the point at which the UK leaves the EU in spring 2019; believes that this gives people in Scotland a choice at a time when there is both the most information and most opportunity to act; further believes that 16 and 17-year-olds and EU citizens, who were excluded from the EU referendum, should be entitled to vote, and considers that this referendum is necessary given the Prime Minister's decision to negotiate a hard exit from the EU, including leaving the single market, which conflicts with assurances given by the UK Government and prominent Leave campaigners, and which takes no account of the overwhelming Remain vote in Scotland".

Molte le novità introdotte con questa legge: innanzi tutto essa ha introdotto anche per il Galles un modello di poteri residui analogo a quello previsto per la Scozia. In secondo luogo, sempre seguendo il modello scozzese, ha stabilito la “permanenza” delle istituzioni gallesi e l’esistenza della *legislative consent convention*. Anche nel caso del Galles tale disposizione deve essere intesa come il riconoscimento dell’esistenza di una convenzione e non come la formalizzazione della convenzione stessa.

Inoltre sono stati attribuiti al Galles sia l’autorità di deliberare in materia elettorale, sia nuovi poteri e iniziative in campo economico, sia – cosa particolarmente significativa – la possibilità di decidere in merito all’imposta sul reddito attraverso una legge del Parlamento di Cardiff, senza ricorrere ad un preventivo voto referendario come era stato previsto dal *Wales Act 2014*.

Infine, la legge ha anche riconosciuto l’esistenza di un “diritto gallese”, composto dalle leggi approvate dall’Assemblea di Cardiff e che contribuisce a completare il diritto di Inghilterra e Galles, senza tuttavia accogliere la richiesta di quanti volevano l’introduzione di una “Welsh jurisdiction” separata da quella inglese.

Molte le critiche al testo che erano state avanzate nel corso dell’esame parlamentare, in particolare in relazione da un canto alla ripartizione delle competenze giudicata non soddisfacente, dall’altro al fatto che il Galles continua a rimanere un passo indietro rispetto alla Scozia dato che la legge non è riuscita a colmare l’asimmetria presente tra le nazioni del Regno.

IRLANDA DEL NORD

Il **10 gennaio** Martin McGuinness si è dimesso da vice Primo ministro nord irlandese per protestare contro il rifiuto della *First Minister* Foster di sospendersi temporaneamente dall’incarico a seguito di una inchiesta sulla malgestione del programma di incentivi all’energia rinnovabile da parte del Governo, di cui lei era responsabile. Stante le regole del *power sharing* vigenti in Nord Irlanda le sue dimissioni hanno portato alla caduta del Governo. Nell’impossibilità di trovare un accordo, dato che il Sinn Féin non ha nominato nessun nuovo vice Primo ministro nei sette giorni di tempo previsti dalla legge, nuove elezioni sono state indette per il **2 marzo**.

Il **23 gennaio** Michelle O’Neill ha sostituito Martin McGuinness come *leader* parlamentare del Sinn Féin. Già Ministro della salute la Tyrone è la prima donna a rivestire il ruolo di leader parlamentare del partito cattolico nord irlandese. La Tyrone ha affermato che “no-one can replace Martin”, ma che avrebbe proseguito il lavoro da questo iniziato. Martin McGuinness, ex-comandante dell’Ira e uno dei protagonisti del processo di pace e degli accordi del 1998 e del 2006 è venuto, poi, a mancare il **21 marzo**.

Diversi sono i temi che continuano a dividere le due comunità, dalla gestione dell’eredità dei *Troubles* (ed in proposito si ricorda che il **29 gennaio** il *Northern Ireland secretary* James Brokenshire ha dichiarato al *Sunday Telegraph* che l’inchiesta sul periodo dei

Troubles non stava funzionando) a quello della *Brexit*. Su quest'ultimo punto, infatti, sono molte le differenze esistenti tra i due principali partiti dato che il Dup è a favore dell'uscita dall'Unione, mentre il Sinn Féin è contrario. A seguito della caduta del Governo nord irlandese, Gerry Adams, presidente dello Sinn Féin, ha affermato che la *Brexit* rischia di mettere in pericolo gli accordi di pace del 1998 e ha dichiarato che l'uscita dall'Unione è un "atto ostile" della May.

Come molti commentatori avevano previsto, il risultato delle elezioni del **2 marzo** non ha risolto la situazione. I dati relativi al numero dei seggi non sono paragonabili a quelle dell'anno precedente perché in queste ultime votazioni è stato applicato per la prima volta il disposto dell'*Assembly Members (Reduction of Numbers) Act 2016* che ha ridotto i componenti dell'Assemblea da 108 a 90. Questi i risultati: il Dup ha ottenuto 28 seggi (ne aveva 38, ma su 108) il Sinn Féin 27 seggi (ne aveva 28 su 108); l'SDLP 12 seggi (ne aveva lo stesso numero nel 2016), l'UUP 10 (ne aveva 16), l'APNI 8 (aveva lo stesso numero nel 2016). In termini percentuali il Dup è passato dal 35% a poco più del 31%, mentre il Sinn Féin dal 25 al 30%. Un altro dato rilevante riguarda l'affluenza alle urne che è stata molto alta rispetto alla media del Nord Irlanda (il 64,8%, rispetto al 54,9% delle elezioni del 2016).

Raggiunta la data ultima prevista per la formazione dell'esecutivo, il **18 aprile** *Secretary of State* James Brokenshire ha annunciato che i partiti nord irlandesi non erano riusciti a trovare un accordo per la formazione di un nuovo Governo e che le alternative che si prospettavano erano tre: nuove elezioni, una proroga delle trattative o la *direct rule* di Londra.

A seguito, poi, della decisione di sciogliere anticipatamente i Comuni, lo stesso James Brokenshire, il **21 aprile**, ha presentato in Parlamento il [*Northern Ireland \(Ministerial Appointments and Regional Rates\) Bill*](#) che, approvato in pochi giorni, ha permesso di protrarre le discussioni per la formazione del nuovo esecutivo fino al **29 giugno**.

INGHILTERRA

Nell'autunno 2015 la Camera dei Comuni aveva approvato una riforma dei suoi regolamenti che ha conferito ai deputati eletti nelle circoscrizioni inglesi (o in quelle inglesi e gallesi) il potere di veto sui disegni di legge relativi alla sola Inghilterra o all'Inghilterra e al Galles (*English Votes for English Laws*.) Dopo un anno dalla sua introduzione, nel novembre scorso, un rapporto del *Constitution Committee* della *House of Lords* e uno del *House of Commons Procedure Committee* avevano invitato il Governo ad introdurre alcune modifiche¹⁵⁸⁴.

Il Governo nel mese di **marzo** ha pubblicato le sue considerazioni sul funzionamento della nuova procedura *English Votes for English Laws* nel documento [*Technical Review of the*](#)

¹⁵⁸⁴ Sul punto si rinvia a G. Caravale, [Sovranità sovranità' parlamentare vs sovranità popolare: nel Regno Unito si discute "the Constitutional case of the century"](#), Nomos 3-2016.

Standing Orders Related to English Votes for English Laws and the Procedures they Introduced, nel quale ha affermato di non voler apportare ‘any substantive changes’ alle procedure.

Si rileva, comunque, che i disegni di legge oggetto della nuova procedura sono stati pochi dato che, tra novembre 2015 e gennaio 2017, il nuovo meccanismo è stato applicato a 15 disegni di legge e 50 *statutory instruments*.

Il prossimo **5 maggio** si terranno le elezioni per diversi ‘metro-mayors’ delle nuove *combined authorities* secondo il disposto del *Cities and Local Government Devolution Act 2016*. A seguito di un ricorso, le elezioni del sindaco per l’area di Sheffield sono state annullate, mentre, nel novembre 2016, sono saltati i “devolution deals” relativi al Norfolk/Suffolk e al Greater Lincolnshire. Le elezioni si terranno a Greater Manchester, Liverpool, Tees Valley, Cambridgeshire, West Midlands and West of England.

GOVERNARE IN MINORANZA. I COMPLESSI NEGOZIATI CON I GRUPPI PARLAMENTARI E LE AUTONOMIE TERRITORIALI*

di Laura Frosina**

Governare in minoranza rappresenta per Mariano Rajoy la sfida più complessa della XII legislatura, che si è aperta -come noto- dopo due elezioni legislative e una lunga fase di stallo istituzionale sconosciuta all'esperienza democratica spagnola contemporanea. La più complessa sfida, sia pur non l'unica, come dimostrano i primi avvenimenti di questa legislatura che hanno già messo a dura prova la stabilità politica del Governo Rajoy. In questi mesi il Premier è stato chiamato a comparire dinanzi alle Camere per rispondere alle opposizioni parlamentari sul *caso Lezo*; a negoziare l'approvazione del progetto di legge di bilancio 2017 e rispettare, così, gli impegni assunti con l'Unione europea; a scongiurare il rischio di un'eventuale mozione di sfiducia proposta da *Podemos* nei suoi confronti; ad avviare un dialogo e un processo di riforme con le autonomie territoriali; e infine, a rispondere alle rivendicazioni avanzate con sempre maggiore insistenza dal fronte independentista catalano.

In un contesto simile, segnato da forti tensioni politiche, economiche e sociali, Mariano Rajoy ha dovuto non soltanto tener fede agli accordi di investitura siglati con *Ciudadanos* e *Coalición Canaria*, ma anche avviare negoziati con altri partiti politici. In particolare, ha dovuto negoziare con il gruppo parlamentare del nazionalismo basco (Pnv) per superare il primo grande scoglio della legislatura, ovvero la approvazione della legge di bilancio per il 2017, nonostante il bilancio dell'anno precedente fosse stato già prorogato. Negoziazione lunga e complessa, che ha portato alla conclusione di un accordo molto vantaggioso per il Pnv, in base al quale ha ottenuto un ampio sconto sull'importo del *cupo* da versare allo Stato,

*Contributo sottoposto a *peer review*

** Dottore di ricerca in Teoria dello Stato e Istituzioni Politiche Comparete, Università degli studi di Roma "La Sapienza"

un piano completo di investimenti nelle infrastrutture e nell'alta velocità, la introduzione di una tariffa elettrica unificata e il rafforzamento del corpo di polizia regionale. In cambio di tali concessioni, il partito si è impegnato a votare contro gli emendamenti sul bilancio presentati dalle opposizioni parlamentari nell'ambito del c.d. *debate de totalidad* e a sostenere il progetto di bilancio in tutti i passaggi parlamentari successivi, compresa la fase degli emendamenti parziali. Il sostegno parlamentare del nazionalismo basco consentirà quindi -con ogni probabilità- di avere la maggioranza numerica necessaria per portare a termine il processo di approvazione della legge di bilancio 2017, che mira a rafforzare la coesione sociale, l'occupazione, la crescita economica e la competitività dell'economia spagnola. A questa legge seguirà la manovra finanziaria per il 2018 che dovrà essere approvata in autunno e richiederà un'analogia maggioranza numerica.

In questi mesi il Premier Rajoy ha dimostrato non soltanto una spiccata- quanto obbligata- propensione alla negoziazione con i partiti politici, ma anche una maggiore apertura nei confronti delle autonomie territoriali, con cui ha riaperto un importante canale di dialogo mediante la convocazione al Senato della VI Conferenza dei Presidenti, non più riunita dal 2012. Nell'ambito della Conferenza, a cui hanno partecipato i Presidenti di tutte le Comunità autonome salvo quelli della Catalogna e del Paese Basco, si sono conclusi e (per la prima volta) formalizzati accordi di grande rilevanza politica che concorreranno a definire l'indirizzo politico in questa legislatura. Particolarmente rilevante risulta l'accordo sulla riforma del finanziamento autonomico e locale, in base al quale è stato rapidamente avviato un processo di riforma che dovrà condurre alla definizione di un nuovo modello ispirato ai principi di solidarietà, sufficienza, equità, trasparenza, e corresponsabilità fiscale, atto a superare le principali criticità del sistema attualmente vigente. Nondimeno significativi risultano anche gli altri accordi raggiunti in tale sede riguardanti l'assistenza sociale, la crescita demografica, la violenza di genere, la protezione civile, la povertà energetica, la protezione dei rifugiati, le politiche occupazionali, il regolamento della Conferenza, a cui si è deciso di dare attuazione in tempi rapidi. In particolare, con la riforma del

regolamento si aspira a convertire la Conferenza nel massimo organo di cooperazione interistituzionale nei rapporti centro-periferia, assegnando cadenza annuale alle sue riunioni e maggiore stabilità ed efficienza alla sua azione. I traguardi raggiunti in questa Conferenza evidenziano un cambio di attitudine del Governo di Mariano Rajoy nei confronti delle autonomie territoriali, con le quali ha avviato nuove forme di dialogo e collaborazione. Questa attitudine maggiormente collaborativa non ha consentito, tuttavia, di affrontare il problema dell'indipendentismo in Catalogna, ove la proposta generica del Governo Puigdemont di negoziare con il Governo statale le modalità di convocazione del referendum non ha avuto finora alcun seguito.

Governare in netta minoranza con i soli 137 deputati del suo partito, l'appoggio esterno -ma strettamente condizionato all'attuazione degli accordi- di *Ciudadanos* e *Coalición Canaria*, e una strategia di alleanze da definire di volta in volta in base al provvedimento da adottare, non è un'impresa semplice per il II Governo di Mariano Rajoy. A suo favore sembrano giocare per adesso soltanto il fattore della ripresa economica del Paese e la crisi interna al *Partido socialista obrero español* (Psoe), che si appresta a compiere il suo processo di ristrutturazione con lo svolgimento delle primarie e l'elezione del nuovo segretario generale il 21 maggio. In questo contesto, le negoziazioni con i gruppi parlamentari e le autonomie territoriali assumono maggiore importanza rispetto al passato per garantire la governabilità e spingono verso un dinamismo riformista che non va soltanto nella direzione della bilateralità e dell'asimmetria ma anche in quella del multilateralismo e della cooperazione.

PARTITI

CANDIDATURE PRIMARIE PSOE

In questi mesi sono state presentate le candidature per le primarie interne al Psoe che si svolgeranno il **21 maggio** e porteranno all'elezione del nuovo segretario generale del partito. Il nuovo segretario dovrà assumere la guida del partito e risollevarlo dalla situazione di crisi in cui verte da mesi dopo la frattura

interna, le dimissioni obbligate di Pedro Sánchez, e l'avvio della gestione transitoria, c.d. *Gestora*, presieduta da parte del presidente del governo asturiano, Javier Fernández.

Il **17 aprile** gli aspiranti hanno depositato presso la sede di Madrid le precandidature che sono state proclamate definitivamente il **9 maggio** dalla *Commissione federale di etica e garanzie*. I candidati ufficiali sono i seguenti: in prima posizione, la presidente della Comunità autonoma dell'Andalusia, Susana Díaz, segretaria generale del Psoe andaluso, considerata già da mesi la superfavorita e candidata con 60.231 firme; l'exsegretario generale del partito, Pedro Sánchez, che ha accresciuto i suoi consensi negli ultimi mesi aggiudicandosi per la sua candidatura 53.692 firme; e infine, in terza posizione, Paxti López, ex presidente del Paese Basco ed ex segretario del socialismo basco che ha ottenuto 10.866 firme.

Il dibattito ufficiale tra i candidati si svolgerà il **15 maggio** presso la sede del partito a Madrid e la campagna elettorale si chiuderà ufficialmente il **20 maggio**, il giorno prima dell'elezione del nuovo segretario.

PARLAMENTO

COMMISSIONI DI INCHIESTA

Il **22 febbraio** il Congresso dei Deputati in sessione plenaria ha approvato le richieste avanzate da diversi gruppi parlamentari per l'attivazione di due Commissioni di inchiesta riguardanti -rispettivamente- la crisi finanziaria spagnola e il presunto finanziamento illegale del Partito popolare. La prima Commissione, la cui richiesta di istituzione è stata avanzata da vari gruppi parlamentari, si prefigge l'obiettivo di conoscere, analizzare e valutare in maniera approfondita le cause che hanno dato origine alla crisi economica e finanziaria in Spagna, così come analizzare le politiche di ristrutturazione e risanamento del settore finanziario. La seconda Commissione, la cui richiesta di attivazione è stata avanzata dai socialisti, *Podemos* e *Ciudadanos*, intende indagare sul presunto finanziamento illegale del Pp, individuare l'esistenza di differenti reti di donazioni irregolari e definire le distinte responsabilità politiche.

La durata dei lavori delle Commissioni sarà di sei mesi e potrà essere prorogata con accordo del *Pleno* della Camera. I *dictamen* elaborati dalle Commissioni saranno discussi e votati in sessione plenaria e, conformemente all'art. 76, 1 della Costituzione, potranno essere trasmessi al Pubblico Ministero affinché eserciti-ove necessario- le opportune azioni.

La decisione di istituire la seconda Commissione ha creato una forte tensione nei rapporti tra Pp e *Ciudadanos*, con il rischio di provocare una rottura dell'accordo

di investitura e dell'alleanza tra i due partiti. Il Pp ha accusato *Ciudadanos* di aver compiuto un gesto di grande ostilità e slealtà. Ha presentato, inoltre, sia al Senato che al Congresso, richieste per istituire una Commissione di inchiesta incaricata di indagare sui finanziamenti di tutti i partiti politici. *Ciudadanos*, dal canto suo, ha risposto a tale accusa affermando che la costituzione di tale Commissione rientra tra i punti dell'accordo di investitura siglato con il Pp.

PROCEDURA DI BILANCIO E ALLEANZE PARLAMENTARI

Il **4 aprile** il Governo ha trasmesso il progetto di legge di bilancio 2017 al Congresso dei Deputati, che è stato rimesso per il suo esame alla Commissione Bilancio.

Al fine di ammettere ad esame tale progetto e superare gli emendamenti c.d. *de totalidad* presentati dalle opposizioni parlamentari, il Governo ha portato avanti negoziazioni e accordi con alcune forze politiche, che gli sono valsi, in particolare, la rinuncia al veto sul bilancio da parte del *Partido Nacionalista Vasco*. La decisione di non presentare emendamenti *de totalidad* da parte dei deputati del nazionalismo basco, considerata da Rajoy una scelta di alto valore politico, è stata formalizzata il **28 aprile** e dovrebbe consentire al Governo -salvo sorprese dell'ultima ora- di chiudere il dibattito *de totalidad* senza l'approvazione degli emendamenti e di iniziare, così, l'iter parlamentare del progetto di bilancio. Il Governo conta di ottenere l'appoggio di *Ciudadanos*, Cc e Pnv, per un totale complessivo di 175 voti. Con i primi due partiti Rajoy ha stipulato accordi di natura programmatica prima dell'investitura, che li ha convertiti in alleati esterni di governo. Con i nazionalisti baschi, invece, l'accordo è stato concluso dopo mesi di negoziazioni e non è stato ancora reso formale. Secondo quanto reso noto dai media, l'accordo soddisfa ampiamente le pretese del nazionalismo basco articolandosi in tre punti fondamentali: un aumento degli investimenti nel Paese Basco, soprattutto nelle infrastrutture e nell'alta velocità; un aggiornamento del cupo annuale che comporta uno sconto di circa 1.400 milioni di euro per gli ultimi due quinquenni e la fissazione del *cupo* a 956 milioni di euro per il prossimo quinquennio 2017-2021; un rafforzamento del corpo di polizia regionale. Il sostegno di tale partito sembra rivelarsi fondamentale anche per respingere la eventuale mozione di sfiducia che *Podemos* minaccia di usare contro il Governo di Rajoy, coinvolto in scandali di corruzione finanziaria che ne minacciano la stabilità politica.

SESSIONE DI CONTROLLO DEL GOVERNO

Il **25 aprile** nel corso della sessione di controllo del Governo al Senato il senatore Antonio Rodriguez Esquerdo del Psoe ha chiesto le dimissioni del Ministro di Giustizia, Rafaell Catalá, accusandolo di ingerenze e abusi nell'esercizio delle sue funzioni in riferimento agli ultimi polemici avvenimenti legati al *caso Lezo*. In particolare il Psoe ha avanzato accuse contro il procuratore anticorruzione, Manuel Moix, richiedendone la destituzione. Il Ministro di Giustizia si è difeso accusando, *in primis*, i socialisti di assumere

posizioni antisistema e ha giustificato, poi, l'operato del procuratore, ritenendolo perfettamente in linea con l'ordinario funzionamento della istituzione. Ha difeso soprattutto la professionalità del procuratore anticorruzione, che ha gestito efficacemente la risoluzione del caso di corruzione del Canal Isabel II, acquedotto della capitale.

GOVERNO

RELAZIONI INTERNAZIONALI

Il **20 febbraio** si è svolta a Malaga la XXV Conferenza Bilaterale ispano-francese a cui hanno partecipato i vertici istituzionali e alcuni rappresentanti dell'esecutivo francese e spagnolo. Nel corso dell'incontro si è discusso molto di Europa e delle relazioni bilaterali tra i due Paesi, e si sono svolte, inoltre, riunioni settoriali. In particolare si è discusso delle grandi priorità dell'Unione europea, quali, l'immigrazione, la lotta al terrorismo, la sicurezza e la difesa europea, l'occupazione e lo Stato del benessere. Si è fatto ampiamente riferimento alle sfide future, evidenziando come il Mercato unico dell'energia e il Mercato unico digitale rappresentino due priorità fondamentali in grado di incrementare la competitività e contribuire alla crescita economica nazionale ed europea.

Sul piano delle relazioni bilaterali, sono stati firmati nove accordi tra i due Paesi riguardanti la sicurezza, la lotta al terrorismo, le infrastrutture energetiche, la cultura e l'educazione. Tra gli accordi siglati assumono particolare rilevanza: l'accordo relativo alla cooperazione giudiziaria, in base al quale si è concordato di trasmettere alla Spagna tutta la documentazione raccolta dai tribunali francesi contro l'ETA; l'accordo relativo alle interconnessioni energetiche in forza del quale si è deciso di presentare diversi progetti per ottenere i finanziamenti europei; e infine, un accordo relativo alle reti transeuropee di trasporto.

In questi mesi il Presidente Rajoy ha cercato di rinsaldare i legami con gli Stati Uniti. In particolare, nell'ambito di una conversazione telefonica svoltasi il **7 febbraio**, Rajoy ha proposto al Presidente statunitense, Donald Trump, di considerare la Spagna come interlocutore privilegiato degli Stati Uniti nei rapporti con l'Unione europea, l'America Latina, il Nord Africa e il Medio Oriente. Nel corso della conversazione sono stati affrontati i temi della sicurezza, dell'economia e delle relazioni bilaterali tra i due Paesi, sui quali sono stati trovati alcuni punti di intesa ed è stata esplicitata la volontà di collaborare da entrambe le parti.

RAPPORTI CON L'UNIONE EUROPEA

Il **25 marzo** il Presidente Mariano Rajoy ha partecipato, insieme agli altri capi di stato e di governo dei 27 Stati membri e ai vertici delle istituzioni europee, alla solenne cerimonia svoltasi a Roma per celebrare il 60° anniversario dei Trattati di

Roma. In quest'occasione è stata firmata la [Dichiarazione di Roma](#), dichiarazione congiunta dei 27 Stati membri, del Consiglio europeo, del Parlamento europeo e della Commissione europea, ove sono stati riaffermati i valori fondativi e fondamentali dell'Europa, come la libertà, la democrazia, i diritti umani e lo Stato di Diritto, e sono stati fissati i principali obiettivi per il suo futuro, che corrispondono, sostanzialmente, alla sicurezza, alla prosperità, alla crescita economica, all'occupazione, e alla costruzione di un'Europa sociale e di un'Europa più forte nel mondo. Il Premier Rajoy, nel corso di una conferenza stampa, ha affermato la completa condivisione di tali obiettivi da parte della Spagna, ricordando la profonda vocazione europeista del suo Paese e l'ampio consenso delle forze politiche sulla necessità di proseguire il percorso di integrazione europea.

Il **28 aprile** il Consiglio dei Ministri ha approvato l'aggiornamento [del Programma di Stabilità per il 2017-2020](#) e [il Programma Nazionale delle Riforme 2017](#) ai fini della loro trasmissione alla Commissione europea. Il primo documento contiene –come noto– le proiezioni macroeconomiche del Paese per i prossimi quattro anni e i compromessi assunti in materia di bilancio, mentre nel secondo vengono enunciate le riforme strutturali per raggiungere gli obiettivi economici e finanziari nel 2017.

Il programma di stabilità, partendo da previsioni economiche molto prudenti, stima una crescita media annuale del 2,5% tra il 2017 e il 2020 e un abbassamento del *deficit* sotto il 3% nel 2018, che dovrebbe consentire alla Spagna di abbandonare la procedura per deficit eccessivo e raggiungere il pareggio di bilancio nel 2020. Per quanto concerne il debito pubblico, si prevede invece una riduzione di quasi sette punti, mentre per la spesa si stima una riduzione dal 41,5% del 2017 al 39,2% nel 2020. Infine si prevede una contrazione del tasso di disoccupazione che dovrebbe attestarsi all'11, 2% entro la fine del 2020, determinando, così, una riduzione di sei punti percentuale rispetto al tasso registrato nel peggior momento di crisi.

Il programma nazionale di riforme, in linea con le priorità definite dal Presidente del Governo in sede di investitura, articola le riforme in tre grandi blocchi: riforme strutturali a livello nazionale, consolidamento fiscale e agenda europea. La prima tipologia include una serie di riforme rivolte ad aumentare l'occupazione e l'inclusione sociale, a rafforzare il mercato di beni e servizi, a sostenere l'iniziativa e lo sviluppo imprenditoriale, a favorire una crescita sostenibile, e infine, a promuovere una maggiore efficienza dell'amministrazione pubblica. Il secondo gruppo di riforme mira a facilitare il raggiungimento degli obiettivi di consolidamento fiscale e, quindi, ad avanzare nella riduzione del deficit e nella lotta contro le frodi e le evasioni fiscali. L'ultimo gruppo include tutte le riforme necessarie a conseguire gli obiettivi dell'Agenda europea identificati a Bratislava e confermati nella Dichiarazione di Roma.

Il Ministro dell'Economia, Industria e Competitività, Luis de Guindos, ha commentato molto positivamente le previsioni macroeconomiche parlando dell'inizio di un nuovo ciclo economico.

Il **29 aprile** il Presidente del Governo Rajoy ha partecipato al Consiglio europeo straordinario, celebratosi in seguito alla notifica sul recesso trasmessa dal Regno Unito ai sensi dell'articolo 50 del TUE, in cui sono stati definiti gli orientamenti per i negoziati sulla Brexit. Il Presidente Rajoy, nel corso di una conferenza stampa, si è detto pienamente soddisfatto dell'accordo raggiunto in seno al Consiglio, sottolineando l'importanza di alcuni aspetti, quali, in particolare, l'unità dell'Unione europea nelle negoziazioni, la protezione dei diritti e degli interessi dei cittadini e dell'interesse nazionale, la garanzia di un recesso ordinato del Regno Unito dall'Unione che offra stabilità e certezza a tutti, e la necessità di definire la migliore relazione possibile con il Regno Unito, socio fondamentale dell'Europa nella sua interezza.

VI CONFERENZA DEI PRESIDENTI

Il **17 gennaio** si è svolta al Senato la VI Conferenza dei Presidenti dopo 5 anni di interruzione dei suoi lavori. La Conferenza, che non si celebrava più dal 2012, è stata convocata dal *Premier* Mariano Rajoy al fine di discutere su dieci importanti temi concordati con il Psoe nel corso dei lavori preparatori e posti all'ordine del giorno della riunione. Nell'ambito della Conferenza, che è stata inaugurata dal Re Felipe VI, sono stati conclusi [dieci importanti accordi](#) riguardanti, nello specifico, il finanziamento autonomico, la crescita demografica, l'educazione e la violenza maschile, la cooperazione nella protezione civile, l'unità del mercato, la tessera sociale, la povertà energetica, la protezione dei rifugiati, le politiche di occupazione, il regolamento della Conferenza. Tra questi assume particolare importanza l'accordo sulla riforma del sistema di finanziamento autonomico e locale, in base al quale si è deciso di istituire una Commissione di esperti per introdurre un nuovo modello ispirato ai principi di solidarietà, sufficienza, equità, trasparenza, corresponsabilità fiscale e garanzia dell'accesso dei cittadini ai servizi pubblici. Particolarmente significativo risulta anche l'accordo relativo alla messa in opera della c.d. "tarjeta social", che si prefigge di creare un gruppo di lavoro trasversale per attivare una chiave di accesso al Registro delle prestazioni sociali pubbliche. Nondimeno significativi risultano anche gli accordi conclusi sugli altri aspetti che mirano a: definire una strategia nazionale contro il calo demografico e l'invecchiamento della popolazione; promuovere un dibattito monografico sulla violenza di genere e sull'educazione in seno alla Commissione Generale delle Comunità autonome del Senato; costituire un Consiglio Nazionale di Protezione Civile per definire azioni amministrative concertate; rafforzare la cooperazione interamministrativa per garantire l'unità del mercato; coordinare meccanismi di

comunicazione tra amministrazioni e imprese del settore elettrico per individuare la categoria di consumatori più vulnerabili e promuovere l'intervento dei servizi sociali; delineare un piano di emergenza e cooperazione allo sviluppo per far fronte "alla drammatica situazione dei rifugiati"; modernizzare i servizi pubblici e gli strumenti di coordinamento per favorire le politiche di occupazione e la protezione delle categorie di lavoratori più svantaggiati; modificare il regolamento della Conferenza per svolgere le sue riunioni con cadenza regolare annuale e consentire al comitato preparatorio di svolgere funzioni di impulso, controllo, valutazione ed esecuzione degli accordi adottati ogni sei mesi.

Alla Conferenza hanno partecipato i Presidenti di tutte le Comunità autonome, salvo quelli del Paese Basco e della Catalogna, Carles Puigdemont e Iñigo Urkullu, nonostante le sollecitazioni del Presidente Rajoy. Questi ha invitato il Presidente catalano a prendere almeno parte ai lavori della commissione di esperti incaricata di redigere la proposta di riforma del sistema di finanziamento autonomico, ma ha ottenuto un ulteriore diniego.

Il *Premier* Rajoy ha chiarito di voler convertire la Conferenza nel massimo organo di cooperazione nel cui ambito raggiungere accordi specifici, superando, così, le sue principali criticità riguardanti, in particolare, la sporadicità delle sue riunioni e la genericità delle sue conclusioni. Al termine della riunione Mariano Rajoy ha dichiarato, infatti, che la Conferenza è un foro utile e un esempio di collaborazione interistituzionale.

Il **10 febbraio** il Consiglio dei Ministri ha autorizzato la creazione di due commissioni di esperti con l'incarico di redigere proposte di riforma del sistema di finanziamento autonomico e locale. La prima Commissione, presieduta dal Professor Manuel González Sánchez, dovrà redigere un *informe* nel termine di sei mesi e inviarlo al Comitato tecnico permanente di valutazione e al Consiglio di politica fiscale e finanziaria. La seconda, presieduta dalla Professoressa Ana Muñoz Merino, dovrà -entro lo stesso termine - inviare la propria proposta di riforma alla Commissione Nazionale dell'Amministrazione locale.

Nella stessa riunione il Consiglio dei Ministri ha deciso di istituire una commissione incaricata di analizzare il sistema per l'autonomia e l'attenzione alla dipendenza, al fine di redigere -entro tre mesi- un *informe* da inviare al Consiglio Territoriale del sistema per l'autonomia e l'attenzione alla dipendenza.

Sono state approvate inoltre altre iniziative importanti sempre al fine di dare attuazione a quanto concordato in seno alla Conferenza. Il **14 febbraio** è stata costituita la Sottocommissione al Congresso dei Deputati per un Patto sullo Stato Sociale e Politico per l'Educazione; il **28 marzo** la Commissione Generale delle Comunità autonome al Senato ha approvato una proposta di mozione a favore di un Accordo contro la violenza di genere; il **29 marzo**, infine, si è svolta la riunione costitutiva del Consiglio Nazionale di Protezione Civile, organo incaricato di

promuovere un'azione efficace, coerente e coordinata delle amministrazioni competenti di fronte alle emergenze.

PROGETTO DI LEGGE DI BILANCIO 2017

Il **31 marzo** il Governo ha approvato il [progetto di legge di bilancio dello Stato per il 2017](#), che si prefigge come obiettivi principali il rafforzamento della crescita economica e la sostenibilità delle finanze pubbliche. Nello specifico -secondo quanto dichiarato da Cristóbal Montoro, Ministro delle Finanze e della Funzione Pubblica- il progetto di bilancio contiene previsioni per il consolidamento della crescita economica e l'incremento della spesa sociale. Per quanto riguarda la spesa sociale, si assegnano 5.387 milioni di euro in più alle Comunità autonome, si aumentano del 7,6% le risorse impegnate nel settore giustizia, si stanziavano 100 milioni di euro per la dipendenza, si incrementano del 7,5% le risorse destinate alle borse di studio e ai programmi scolastici e del 5,5% quelle destinate alle politiche attive di occupazione. Il Ministro Montoro ha affermato che, secondo le previsioni contenute nella legge, il PIL dovrebbe aumentare del 2,5% e dovrebbero crearsi 506.000 posti di lavoro, con la conseguente riduzione del tasso di disoccupazione.

Il **4 aprile** il progetto di legge è stato trasmesso al Congresso dei Deputati e rimesso per il suo esame alla Commissione Bilancio.

CAPO DELLO STATO

Dal **3 al 7 aprile** il Re Felipe VI e la Regina Letizia, accompagnati da una ampia delegazione di Ministri e Segretari, hanno svolto una visita istituzionale a Tokio per consolidare le relazioni ispano-giapponesi. Nel corso dell'incontro con gli imperatori giapponesi, il Re Felipe ha affermato che la Spagna e il Giappone condividono i medesimi obiettivi di pace, crescita e innovazione, e sono pronti a rinsaldare le relazioni bilaterali e i rapporti di collaborazione in ambito multilaterale, specie nel quadro della Unione europea.

Il **21 aprile** il Ministro degli affari esteri, Alfonso Dastis, ha affermato che i Re di Spagna posticiperanno al 12 luglio la loro visita istituzionale nel Regno Unito, per via delle elezioni, e che in tale riunione si rifletterà sul modello di relazioni bilaterali da instaurare tra Spagna e Regno Unito in vista della Brexit, al fine di garantire la maggiore stabilità possibile ai cittadini di ambedue i Paesi.

TRIBUNALE COSTITUZIONALE

Il **14 febbraio** il Tribunale costituzionale ha annullato la risoluzione n. 306/XI, *sobre la orientación política general del Gobierno*, già sospesa ai sensi dell'art. 161, c. 2 Cost, in cui si riconosce il diritto inalienabile e imprescrittibile della Catalogna all'autodeterminazione e si richiede al Governo di celebrare un referendum vincolante sull'indipendenza, al più tardi entro il mese di settembre 2017, anche senza il raggiungimento di un previo accordo con lo Stato. Il Tribunale, che è intervenuto prima ancora dello scadere del termine dei cinque mesi previsti dall'art. 161, c. 2 Cost., ha annullato la parte della risoluzione relativa alla celebrazione del referendum independentista, affermando che la volontà del Parlamento catalano di eludere i procedimenti di revisione costituzionale per portare avanti il suo progetto politico di disconnessione dallo Stato spagnolo suppone “intentar una inaceptable vía de hecho” per riformare la Costituzione, incompatibile con lo Stato sociale e democratico di diritto proclamato dalla Costituzione spagnola.

Il **23 marzo** il Tribunale costituzionale ha rinnovato un terzo dei suoi membri con la nomina dei quattro magistrati proposti dal Senato, Ricardo Enriquez, Alfredo Montoya, Candido Conde-Pumpido e Maria Luisa Balaguer. Il *Pleno* del Tribunale ha eletto alla presidenza il magistrato di stampo conservatore, Juan José González Rivas, e alla vicepresidenza, la catalana Encarnación Roca.

Il Tribunale nella sua rinnovata composizione è stato chiamato, *in primis*, a dare una risposta alle diverse questioni pendenti legate alla questione independentista catalana. Il **4 aprile** ha ammesso a esame il ricorso del Governo statale (n. 1638-2017) contro la 40° disposizione aggiuntiva, commi 1 e 2, della legge di bilancio catalana, n. 4/ 2017, che prevede lo stanziamento dei fondi per la celebrazione del referendum independentista preannunciato dal Governo Puigdemont. [La decisione del Tribunale costituzionale \(BOE n. 81, del 5 aprile 2017\)](#), che si fonda su una presunta violazione della competenza esclusiva dello Stato nella convocazione del referendum e delle previsioni costituzionali concernenti la sovranità e la revisione costituzionale, comporta la sospensione in via cautelare delle disposizioni impugnate per cinque mesi. Il Tribunale, su richiesta dell'Avvocatura di Stato, ha notificato la decisione al presidente della Generalità, ai membri dell'esecutivo catalano, e ad alti funzionari, avvertendoli del “dovere di impedire o bloccare qualsiasi iniziativa che supponga eludere o ignorare la sospensione decisa”. Ha informato loro anche delle eventuali responsabilità, inclusa quella penale, in cui rischiano di incorrere se si asterranno dal dare attuazione a tale decisione.

AUTONOMIE

CONFLITTO INDIPENDENTISTA CATALANO

Il **13 marzo** il Tribunale Superiore di Giustizia della Catalogna ha condannato Artur Mas a due anni di interdizione all'esercizio delle cariche pubbliche (tanto a livello nazionale, che autonomico e locale), giudicandolo colpevole per aver organizzato la consultazione indipendentista del 9 novembre 2014 nonostante il divieto posto dal Tribunale Costituzionale. La condanna è stata inflitta proprio in ragione dell'infrazione commessa da Mas nel violare quanto disposto dal Tribunale. Una condanna di interdizione analoga, anche se più ridotta temporalmente, è stata inflitta anche alla vicepresidente, Joana Ortega, per un anno e nove mesi, e alla consigliera Irene Rigau, invece, per un anno e mezzo. Il Tribunale ha condannato gli ex componenti del Governo anche al pagamento di multe di importo pari a 36.500 euro per Mas, a 30.000 per Ortega e a 24.000 euro per Rigau. Il Tribunale ha giudicato inesistente il reato di prevaricazione respingendo il capo di accusa avanzato dalla *fiscalía* che aveva richiesto complessivamente una pena di 10 anni per reati di disobbedienza e prevaricazione.

Il **14 marzo**, il giorno successivo alla sentenza di condanna nei confronti di Mas, la presidenza del Parlamento catalano ha deciso di convocare una *ponencia* congiunta al fine di modificare l'articolo 135, comma 2 del Regolamento, per consentire a un solo gruppo parlamentare di presentare una proposta di legge e approvarla con il procedimento di urgenza e lettura unica. Ciò al fine di accelerare l'approvazione del progetto di legge di Transitorietà giuridica, conosciuta anche come legge di rottura, il cui contenuto non è ancora noto ma che dovrebbe contenere indicazioni sui passaggi necessari per compiere quel processo di disconnessione dall'ordinamento giuridico spagnolo.

Il **20 marzo** il Presidente della Generalità, Carles Puigdemont, e il vicepresidente, Oriol Junqueras, hanno chiesto al Governo di Mariano Rajoy di aprire una negoziazione per concordare le condizioni del referendum indipendentista, prendendo come esempio l'accordo raggiunto tra Regno Unito e Scozia. Si tratta dell'ultima offerta avanzata dagli indipendentisti per risolvere in forma consensuale la questione catalana. Il Presidente del Governo Mariano Rajoy ha già dichiarato di essere aperto a una discussione sulle problematiche denunciate dalla Catalogna e a formulare un'offerta in materia di investimenti e competenze, ma non ad aprire il dialogo sulla celebrazione di una consultazione indipendentista.

Il **24 marzo** il Pubblico Ministero ha avviato un'inchiesta sui preparativi per la convocazione del referendum indipendentista, in seguito alla divulgazione di informazioni da parte dei mezzi di comunicazione e allo stanziamento di alcuni fondi della legge di bilancio catalana del 2017 per la celebrazione del referendum. La *Fiscalía* effettuerà le indagini su qualsiasi atto amministrativo rivolto a preparare il referendum, al fine di evitare la celebrazione di una consultazione illegale.

Il **18 aprile** il vicepresidente catalano, Oriol Junqueras, ha difeso l'opzione di una dichiarazione di indipendenza unilaterale qualora il Governo spagnolo dovesse

continuare ad impedire la celebrazione del referendum sulla secessione, che dovrà svolgersi –secondo gli accordi presi- entro settembre 2017. Il vicepresidente ha ricordato che nel programma di *Junts pel Sí* (JxSi) si prevedono -dopo la creazione delle c.d. strutture dello Stato- una serie di tappe che coincidono, sostanzialmente, con la dichiarazione unilaterale di indipendenza, un processo di disconnessione graduale dall'ordinamento giuridico spagnolo, l'approvazione di una legge di transitorietà giuridica, e, infine, le elezioni costituenti e l'approvazione di una costituzione votata mediante referendum. Nel programma non si prevede la celebrazione del referendum di indipendenza, anche se Carles Puigdemont si è impegnato con i partiti indipendentisti a celebrarlo entro la fine di settembre. Il Tribunale si è pronunciato più volte sull'incostituzionalità di questo referendum e il Governo Rajoy ha confermato che si opporrà alla sua celebrazione in ogni modo.

Il **29 aprile** l'Assemblea Nazionale Catalana, nel corso di una riunione dei suoi soci, ha avallato un programma, c.d. *hoja de ruta*, che contempla l'approvazione di una dichiarazione di indipendenza nel caso in cui lo Stato dovesse impedire la celebrazione del referendum indipendentista. Nello specifico l'ANC prevede di attivare, come *extrema ratio*, l'Assemblea degli Eletti di Catalogna, un organismo formato da deputati, sindaci e consiglieri sovranisti incaricato di proclamare l'indipendenza e assumere “la massima rappresentanza legittima, sovrana e istituzionale della Catalogna”. La riunione è stata chiusa dal Presidente della Generalità, Carles Puigdemont, che ha insistito sulla necessità di negoziare il referendum con il Governo centrale per risolvere civilmente il conflitto. Il Presidente del Governo ha confermato la sua irremovibilità sull'impossibilità di sottomettere ai catalani una decisione riguardante l'unità del Paese.

[America ‘great again?’ i primi mesi della presidenza Trump. Dalla campagna elettorale alla Casa Bianca*](#)

di Giulia Aravantinou Leonidi**

Il quadrimestre preso in esame è stato segnato dall’insediamento di Donald Trump alla Casa Bianca come quarantacinquesimo Presidente degli Stati Uniti e dalle prime iniziative in linea con i temi affrontati dal magnate americano nel corso della lunga campagna elettorale che lo ha visto trionfare su Hillary Clinton.

A poche ore dal tradizionale discorso di insediamento, Trump ha firmato una serie di *executive orders*. Oggetto degli ordini esecutivi sono l’immigrazione, la sicurezza nazionale, il clima e la riforma sanitaria. Il contenuto altamente divisivo dei provvedimenti ha suscitato polemiche e proteste in un Paese già attraversato da tensioni per l’inaspettata vittoria di un candidato in viso allo stesso *establishment* repubblicano. In particolare, uno dei provvedimenti maggiormente contestati, è quello che vieta l’ingresso negli Stati Uniti ai cittadini di alcuni Paesi a maggioranza musulmana, il cd. *Muslim Ban*. Il provvedimento è stato inizialmente sospeso in seguito all’intervento delle Corti su ricorso di alcuni Stati che guidano l’opposizione all’amministrazione Trump, tra cui spicca la California. Nel *Golden State* in questi mesi si è affermato e diffuso il movimento per la conquista dell’indipendenza dello Stato, *Yes California*.

La California è nel mirino dell’amministrazione Trump anche perché i suoi vertici politici si sono apertamente schierati a favore delle cd. *Sanctuary cities*, città e contee, accusate di avere legislazioni e prassi poco collaborative nei confronti delle autorità federali dell’immigrazione, oggetto anch’esse di un ordine esecutivo presidenziale bloccato a fine aprile dalla Corte distrettuale di San Francisco. La questione delle città santuario si lega al tema dell’immigrazione e ai costanti

* Contributo sottoposto a *peer review*.

** Dottore di ricerca in Teoria dello Stato e Istituzioni Politiche Comparete, Università degli studi di Roma “La Sapienza”

richiami, fatti da Trump nel corso della campagna elettorale, alla necessità di erigere un muro al confine con il Messico per impedire l'accesso di immigrati clandestini nel Paese. Le promesse della campagna elettorale sono confluite in un ordine presidenziale e nella proposta, giunta in marzo, di dare inizio alla costruzione della barriera con il Messico, grazie ad un'iniezione di fondi che il Presidente intende chiedere in bilancio per l'anno fiscale 2018.

Le sorti dell'agenda legislativa di Trump sono legate essenzialmente all'approvazione di due provvedimenti: la mastodontica riforma del *Tax Code* e l'abrogazione dell'*Affordable Care Act*, il cd. *Obamacare*. Entrambi i provvedimenti si trovano attualmente bloccati al Congresso, dove permane, nonostante la salda maggioranza repubblicana in entrambi i rami, un profondo immobilismo, aggravato dall'assenza di dialogo by-partisan e dall'incapacità del Gop di reagire e ricompattare le fila dopo la conclusione della campagna elettorale.

I primi cento giorni della nuova amministrazione sono segnati da un unico rilevante successo: la conferma da parte del Senato della nomina di Neil Gorsuch alla Corte Suprema, dove prenderà il posto del defunto Antonin Scalia, assicurando ad una maggioranza conservatrice il controllo del massimo organo della piramide giudiziaria statunitense.

Ma il successo riportato con la nomina di Gorsuch non è destinato ad inaugurare una stagione serena per la Presidenza Trump su cui si addensano le nubi dell'*impeachment* in seguito al dirompere sulla scena del cd. *Russiagate*, scandalo relativo a supposte interferenze russe nel procedimento di elezione del Presidente degli Stati Uniti, che coinvolge funzionari ed esponenti politici appartenenti alla stretta cerchia del Presidente, sulle quali al momento sono state avviate inchieste da parte della Camera dei Rappresentanti, del Senato e dell'FBI.

La questione solleva numerosi interrogativi e impegna costituzionalisti e politologi d'oltreoceano. A stimolare il dibattito sono in particolare la possibilità di incorrere in una crisi costituzionale e l'opportunità di avviare la procedura di *impeachment* a carico di Trump, soluzione quest'ultima ritenuta un rimedio

momentaneo, carico di importanti conseguenze sul piano politico e istituzionale, e un'ipotesi ancora remota.

ELEZIONI

DOPO L'ELEZIONE DI NOVEMBRE

La conclusione della prima fase del procedimento di elezione del Presidente degli Stati Uniti determina l'inizio della fase disciplinata dal testo costituzionale che assegna al Collegio elettorale il compito di eleggere direttamente il Presidente. All'una del **6 gennaio** dell'anno che segue le elezioni, i voti vengono conteggiati dal Congresso in seduta comune, presieduto per l'occasione dal Presidente del Senato. Due settimane dopo, il **20 gennaio**, ha luogo la cerimonia di insediamento del Presidente e del Vicepresidente neo-eletti. Il XX emendamento indica il **20 gennaio** come la data di insediamento del nuovo presidente. Nessuna disposizione costituzionale è, invece, dedicata alla delicata fase del trasferimento di poteri dal presidente uscente a quello che si insedierà alla Casa Bianca nota come *presidential transition*. Il periodo interessato dalla transizione è specificatamente quello che va dal giorno dell'elezione (novembre) all'*inauguration day* (il **20 gennaio**). In questo lasso di tempo il Presidente uscente rimane in carica fin quando il suo successore non si insedia al termine della cerimonia di inaugurazione.

PARTITI

LA CRISI DEL GOP E LA RESISTENZA DEI DEMOCRATICI

L'elezione di Donald Trump, alla cui base si trovano motivazioni eterogenee, riflette la profonda crisi nella quale versano i partiti politici statunitensi. Gli scandali che hanno investito l'amministrazione sin dal suo insediamento hanno spinto anche alcuni esponenti dello stesso partito repubblicano a timide esternazioni a favore di una eventuale rimozione di Trump dalla carica presidenziale, palesando la difficoltosa gestione da parte del Gop del "suo" Presidente. Ma sarebbe in ogni caso riduttivo attribuire esclusivamente a Trump la scompaginazione dell'*establishment* del partito, segnato da tempo da profonde divisioni che

rischiano di compromettere anche l'agenda legislativa della nuova amministrazione. Il partito democratico ha ingaggiato una strenua battaglia contro il neo-Presidente, invocando l'istituzione di una commissione di inchiesta alla Camera che acclari le vicende relative ad interferenze russe nel procedimento elettorale presidenziale. Ma le accuse dei democratici investono vaste aree della politica trumpista dalla riforma sanitari alla lotta al terrorismo.

CONGRESSO

L'ATTIVITÀ LEGISLATIVA DI UN CONGRESSO IMMOBILE

L'attività del Congresso è stata segnata in questi mesi da frenesia e scarsa incisività. Importanti nomine governative, la conferma della nomina di Gorsuch alla Corte Suprema e una vasta gamma di misure di deregolamentazione sono state tutte passate senza il requisito dei 60 voti. Guidato dalla fretta e dalla partigianeria il Congresso si è incagliato sul *tax code* e sulla riforma sanitaria, due delle priorità dell'agenda legislativa della nuova amministrazione Trump. Alla Camera, la maggioranza repubblicana non gode di buona salute, come dimostra l'incapacità a convogliare i voti dei propri membri per il passaggio dell' *American Health Care Act*, lasciando alcuni nel partito politicamente esposti. Le commissioni del Senato, attraversate da aspre divisioni relativamente alle nomine governative proposte dal Presidente, hanno faticato a progredire nell'esame dei progetti di legge presentati. La maggior parte dei provvedimenti adottati hanno seguito un iter inusuale che consente al Congresso di ribaltare precedenti ordini presidenziali con esiguo controllo e sostegno. L'assenza di qualsiasi forma di dialogo *by-partisan* sui progetti di legge, inoltre, aggrava lo stato di immobilismo nel quale versa da alcuni anni il Congresso, condizione che non vanta analoghi precedenti nella storia costituzionale del Paese. Sono stati trenta in totale i provvedimenti normativi adottati dal 115esimo Congresso in questo quadrimestre, segnato dal rinnovamento dei membri del legislativo in seguito alle elezioni del 6 novembre e dai nuovi equilibri con l'esecutivo. Tra i provvedimenti di maggior rilievo si segnala la [Pub.L. 115–30](#) *Making further continuing appropriations for fiscal year 2017, and for other purposes* approvata il **28 aprile**.

IL CONGRESSO CERTIFICA L'ELEZIONE DI DONALD TRUMP

Il **6 gennaio** il Congresso, riunito per l'occasione in seduta comune, ha certificato il voto dell' *Electoral College* che ha assegnato in dicembre a Donald Trump la vittoria nelle elezioni del novembre 2016. La seduta si è contraddistinta per i tentativi da parte democratica di condizionare il risultato della verifica del voto. In dicembre Trump ha ricevuto il voto di 304 grandi elettori contro i 227 ottenuti dalla sua rivale democratica, Hillary Clinton. Lo spoglio è avvenuto prima

della seduta comune del Congresso nell'ambito di quella che viene comunemente ritenuta un'operazione puramente formale. Il conteggio in alcuni Stati, tra cui Alabama, Florida, Michigan, Texas, Mississippi, Carolina del Nord e del Sud è stato contestato dai membri della Camera dei Rappresentanti, a maggioranza repubblicana, in una mossa simbolica che ha espresso biasimo e preoccupazione per quella che è destinata ad essere ricordata per essere stata la più controversa campagna elettorale della storia del Paese.

IL PRIMO DISCORSO DEL PRESIDENTE AL CONGRESSO

Il **27 febbraio** Donald Trump ha tenuto il suo primo discorso al Congresso, per l'occasione riunito in seduta comune. Dopo aver fatto massiccio ricorso agli *executive orders* nel corso del suo primo mese di presidenza, Trump sembra aver compreso l'importanza del Congresso e la necessità di guadagnarsene l'appoggio. È un'istituzione del cui appoggio il nuovo Presidente degli Stati Uniti avrà sempre più bisogno, passato il primo mese dall'insediamento durante il quale ha fatto ampio uso di ordini esecutivi. Ma oggi è anche un'istituzione inevitabilmente polarizzata: da una parte il partito repubblicano, che dispone della maggioranza nei due rami ma che sembra essere ancora in cerca di un *modus vivendi* con un presidente formalmente appartenente ai propri ranghi ma di fatto portatore di visioni in certi casi opposte. Dall'altra, il partito democratico, in minoranza ma fortemente agguerrito e intenzionato ad utilizzare l'arma dell'ostruzionismo nei confronti del presidente e del partito rivale.

LA “CONTRORIFORMA” SANITARIA DI TRUMP: L' *AMERICAN HEALTH CARE REFORM ACT 2017*

Il **4 gennaio** il deputato repubblicano David Roe ha presentato alla Camera dei rappresentanti l'[*American Health Care Reform Act of 2017*](#) per abrogare il [*Patient Protection and Affordable Care Act*](#), pietra miliare della legislazione approvata nel corso dell'amministrazione Obama. E' dunque ai primi di **gennaio**, nei giorni che hanno preceduto l'insediamento ufficiale di Trump alla Casa Bianca, che risale l'inizio dell'agonia dei repubblicani al Congresso in relazione alla controriforma sanitaria, annunciata dal neo Presidente nei mesi della sua campagna elettorale. Dal 2010, anno di approvazione dell'*Obamacare*, il partito repubblicano ha costantemente attaccato la legislazione sanitaria supportata dall'amministrazione democratica. Ma la posizione di minoranza del partito al Congresso ha impedito che alle critiche corrispondesse una effettiva responsabilità degli esponenti repubblicani ad agire per apportare delle modifiche alla legislazione tanto osteggiata.

Il risultato delle elezioni del 2016 ha profondamente modificato il quadro politico di riferimento, assegnando al partito repubblicano il controllo unificato dell'indirizzo politico. Il dibattito seguito alla presentazione del progetto di legge in **gennaio** ha evidenziato le criticità del provvedimento e la stretta interrelazione tra il superamento delle diverse fasi del complesso procedimento legislativo e le sorti dell'agenda legislativa del Presidente Trump. Nel quadrimestre preso in esame si è consumato il primo tentativo dell'amministrazione repubblicana di abrogare l'*Obamacare*, è ipotizzabile che nei mesi a venire nuove versioni del progetto di legge si susseguiranno, facendo eco alle intenzioni del partito di incassare un successo in tempi brevi.

L'obiettivo principale della "controriforma" sanitaria voluta da Trump lascia in piedi le previsioni cardine dell'*Obamacare*, abrogando l'*individual mandate* sul quale anche la Corte Suprema federale ha avuto modo di pronunciarsi in tempi recenti. La partita al Congresso si è preannunciata ardua sin dalle prime mosse del provvedimento alla Camera e si fa sempre più probabile, in ragione della mancata compattezza del fronte dei repubblicani sulla riforma, che il compromesso con i democratici e con la frangia più conservatrice del GOP, favorevole all'abrogazione in blocco dell'*Obamacare* e che si scaglia contro la timida portata del provvedimento, segnerà la stagione legislativa almeno fino alle elezioni di medio termine del 2018 quando i repubblicani sperano di poter contare su una maggioranza più ampia di quella attuale al Senato.

Il progetto di legge presentato in gennaio è molto distante dalle promesse fatte agli elettori nel corso della campagna elettorale e rischia di approfondire le divisioni che già da tempo attraversano il partito repubblicano.

Il **23 marzo** è giunto in Aula alla Camera dei Rappresentanti il disegno di legge annunciato il **6 marzo**. Il [disegno di legge](#) ha lo scopo "To provide for reconciliation pursuant to title II of the concurrent resolution on the budget for fiscal year 2017". La tempistica è simbolica poiché l'appuntamento cade nel giorno del settimo anniversario in cui il 44esimo inquilino della Casa Bianca firmò la riforma sanitaria. A poche ore dal voto in aula è emersa la fragilità del fronte dei repubblicani che avevano bisogno di 216 voti favorevoli per incassare questa importante vittoria legislativa.

Ma lo scontro all'interno del Gop in queste settimane si è fatto particolarmente duro. L'ala più conservatrice, il *Freedom Caucus* capeggiato da Mark Meadows, un repubblicano della North Carolina, è rimasta contraria alla proposta di legge nonostante le minacce di Trump di non candidare i ribelli alle elezioni di mid-term del 2018. La strategia dei democratici è stata chiara sin dall'inizio, lasciare che gli avversari siano i soli e principali responsabili di questa pesante sconfitta per il neopresidente. La proposta, ribattezzata "Ryanare" per via del cognome dello speaker alla Camera, Ryan, rischia di lasciare 24 milioni di americani in più senza un'assicurazione medica, secondo le stime del *Congressional Budget Office*, ed è stata pesantemente criticata dai democratici. Il **24 marzo**, la proposta di legge è stata ritirata poco prima del voto alla Camera, vista la mancanza dei voti necessari per garantire la sua approvazione. A suonare al ritirata, lo stesso Trump, che ha chiamato

lo *Speaker* della Camera, Paul Ryan, per chiedergli di ritirare la riforma sanitaria pensata per abrogare e sostituire l'*Obamacare*.

La proposta di legge prevedeva 100 miliardi di dollari da distribuire agli Stati per aiutare le persone a pagare l'assicurazione sanitaria tra il 2018 e il 2026; in seguito, per aiutare i malati, sono stati aggiunti 15 miliardi. A queste cifre vanno aggiunti gli otto miliardi introdotti grazie all'emendamento proposto da Fred Upton e Billy Long, inizialmente contrari alla riforma voluta da Trump. Almeno per il momento resta dunque in vigore l'*Affordable Care Act*, la legge fortemente voluta da Obama e approvata nel 2010.

La Camera dei Rappresentanti, a maggioranza repubblicana, ha lavorato incessantemente per cercare di far approvare al più presto la riforma, così come richiesto dal Presidente. L'ultima versione, con le modifiche necessarie per ottenere la maggioranza dei voti, non è stata nemmeno sottoposta al vaglio del *Congressional Budget Office* (Cbo), l'agenzia che fornisce dati economici al Congresso, che in una prima analisi aveva segnalato che il passaggio della riforma avrebbe costretto 24 milioni di persone a rinunciare all'assicurazione sanitaria.

Il **27 aprile** l'amministrazione Trump e i *leader* dei repubblicani hanno annunciato di essere prossimi a siglare un'intesa che assicuri i voti necessari al passaggio indenne del provvedimento. Gli sforzi messi in campo dai repubblicani sono notevoli sebbene la calendarizzazione del voto dell'aula sembra al momento ancora lontana da venire. La situazione rimane pertanto molto fluida. Per venire incontro alle obiezioni sollevate dall'ala conservatrice del GOP, numerosi sono stati i cambiamenti apportati alla prima versione del provvedimento anche sulla base dell'emendamento proposto da Tom MacArthur. Ma la nuova versione scontenta i moderati mettendo a rischio le sorti della riforma sanitaria di Trump. Mentre si attende la composizione delle differenti anime del partito repubblicano, il *Congressional Budget Office* ha reso noto che non avrà il tempo sufficiente per svolgere una nuova valutazione del progetto di legge.

LA CONFERMA DELLA NOMINA DI DAN COATS DIRETTORE DELLA NATIONAL INTELLIGENCE

Dan Coats è il nuovo direttore della *National Intelligence*. Lo ha deciso il Senato il **15 marzo** approvando la sua nomina con 85 voti favorevoli e 12 contrari. L'ex senatore dell'Indiana subentra al Generale James Clapper nominato da Obama nel 2010. La carica è stata istituita dall'[*Intelligence Reform and Terrorism Prevention Act*](#) del 2004 su raccomandazione della *9/11 Commission*.

LA CONFERMA DELLA NOMINA DI NEIL GORSUCH ALLA CORTE SUPREMA

Il potere di nomina dei funzionari dell'amministrazione, conferito dalla Costituzione del 1787 al Presidente degli Stati Uniti, conosce la partecipazione

degli organi del potere legislativo. Tale partecipazione si realizza nel momento in cui al Senato è affidato il compito di approvare le nomine. Sebbene la Costituzione preveda espressamente l' "advice and consent" del Senato sulle nomine di funzionari, all'art. II §2 prevede anche la *recess appointment clause* in base alla quale " Il Presidente avrà il potere di assegnare le cariche che si rendessero vacanti nell'intervallo tra una sessione e l'altra del Senato, mediante nomine provvisorie che avranno validità fino alla fine della sessione successiva". Tale clausola introduce un'eccezione che altera il tradizionale ruolo riconosciuto dalla Costituzione al Senato di bilanciamento nei confronti del potere esecutivo. Il **31 gennaio** il Presidente Trump ha reso nota la sua intenzione di nominare Neil Gorsuch alla Corte Suprema per colmare il seggio rimasto vacante in seguito alla scomparsa del giudice Scalia. L' *American Bar Association* (ABA) ha rilasciato il suo parere il **3 marzo**, valutando in modo positivo la candidatura di Gorsuch. Tale parere è stato in seguito inoltrato al *White House Counsel* e al Presidente del *Judiciary Committee* del Senato, i due organi coinvolti nella procedura di nomina dei giudici della Corte Suprema. Nel corso dell'ultimo anno del suo secondo mandato Obama aveva proposto la candidatura di Merrick Garland, *Chief Judge* alla Corte di Appello di Washington D.C. La proposta di nomina del Presidente uscente si era scontrata con l'opposizione del Senato a maggioranza repubblicana che non aveva dato seguito alle fasi successive del procedimento, in linea con un orientamento prevalente nella dottrina statunitense che vuole

Dopo oltre un mese di istruttoria il procedimento è stato avviato il **20 marzo** con un'audizione nel corso della quale l'attività giudiziaria del candidato è stata sottoposta ad un accurato esame. L'audizione si è conclusa con il parere favorevole del *Judiciary Committee* del Senato sulla candidatura di Gorsuch. Il parere, reso il **3 aprile**, è stato trasmesso all'aula per il voto sulla nomina presidenziale. La maggioranza repubblicana per limitare le pratiche ostruzionistiche, *filibustering*, messe in atto dai democratici, contrari ad uno sbilanciamento in senso conservatore della composizione della Corte, hanno proposto il **6 aprile** un ordine del giorno per cambiare l'interpretazione della *Rule XXII* del regolamento del Senato. Si tratta di una modifica di grande importanza poiché introduce la possibilità di approvare le nomine presidenziali con la sola maggioranza semplice. L'ordine del giorno è stato approvato con 55 voti contro 45. Il **7 aprile** il Senato, presieduto dal vice presidente, Mike Pence, ha approvato con 54 voti favorevoli e 45 contrari la nomina di Neil Gorsuch alla Corte Suprema. Il nuovo giudice ha prestato giuramento il **10 aprile**.

Con la conferma della nomina di Gorsuch il neopresidente Trump incassa un primo importante successo della sua amministrazione, assicurando una maggioranza conservatrice alla Corte Suprema.

IL SENATO HA CONFERMATO LA NOMINA DI ACOSTA

Il **27 aprile** il Senato ha confermato la nomina di Alexander Acosta a *Labor Secretary*. Con la nomina di Acosta si chiude il procedimento di nomina dei membri del Cabinet. Il voto del Senato è giunto appena due giorni prima del raggiungimento del traguardo dei primi cento giorni di governo del Presidente Trump. Sono stati otto i senatori democratici che hanno appoggiato la nomina di Acosta. Nel corso del *confirmation hearing* i democratici hanno criticato Acosta per aver politicizzato l'assunzione dei funzionari di carriera quando era alla guida della sezione per i diritti civili del Dipartimento di Giustizia sotto la Presidenza di George W. Bush. Acosta si è difeso sostenendo che all'epoca non era a conoscenza delle modalità di assunzione adottate in violazione della normativa sulla pubblica amministrazione. Nel mirino dei democratici anche alcune decisioni adottate nel periodo in cui ricopriva la carica di procuratore generale in Florida. Trump aveva nominato Acosta in febbraio, dopo che Andrew Putzer, su cui era ricaduta inizialmente la scelta del Presidente, era stato costretto a rinunciare a causa delle accuse di abuso e maltrattamenti avanzate dalla sua ex-moglie in una nota trasmissione televisiva.

PRESIDENTE E ESECUTIVO

TRUMP GIURA COME 45ESIMO PRESIDENTE DEGLI STATI UNITI

Il **20 gennaio** Donald Trump ha prestato giuramento come quarantacinquesimo Presidente degli Stati Uniti, nella cerimonia a Capitol Hill a Washington, mentre a pochi metri dalla Casa Bianca infiammavano gli scontri tra i manifestanti e la polizia. Il discorso di insediamento è stato segnato dalla conferma che la nuova amministrazione sarà improntata allo slogan "America First", in patria e all'estero.

IL DISCORSO DI INSEDIAMENTO DEL PRESIDENTE TRUMP

Il Presidente ha pronunciato il tradizionale discorso di insediamento alla Casa Bianca il **20 gennaio**. Si è trattato sostanzialmente di una conferma di quanto già affermato da Trump nel corso della lunga campagna elettorale che lo ha proclamato quarantacinquesimo Presidente degli Stati Uniti. Al centro del discorso sono stati ribaditi i temi dell'economia, del rapporto con l'Islam radicale e del rilancio dei settori industriali, nonché del lavoro per milioni di americani in sofferenza. Un discorso duro e aggressivo che rompe con la tradizione che voleva, fino a quel momento, la pronuncia di un discorso conciliante e un appello all'unità. In quello che è stato definito come un discorso da campagna elettorale più che uno speech presidenziale, Trump ha approfittato per regolare i conti con l'Establishment americano e con i nemici interni, pronunciando le direttive di

quello che è apparso essere un manifesto populista. Nessuna sorpresa, dunque, rispetto alla strategia già adottata in campagna elettorale e ulteriori preoccupazioni per i repubblicani che dovranno verificare nei prossimi mesi i margini di trattativa con un outsider ribelle, poco incline al compromesso e ad aderire all'assunzione di comportamenti consoni al ruolo istituzionale ricoperto.

IL MURO DELLA DISCORDIA

La questione dei muri sintetizza l'urgenza rimasta immutata nel tempo di tutelare la sicurezza dello Stato. I muri eretti in epoca contemporanea rispondono ad una duplice esigenza quella tradizionale della garanzia della sicurezza sul territorio nazionale e quella di controllare e contenere l'immigrazione clandestina e le incursioni terroristiche. Erigere i muri può essere considerata una soluzione rapida ed efficace per accrescere la percezione della sicurezza e limitare gli ingressi irregolari nel Paese. Tuttavia, si tratta sempre di una soluzione parziale che in nessun caso può dirsi risolutiva. La campagna elettorale di Donald Trump è stata segnata dai costanti richiami alla necessità di erigere un muro al confine con il Messico per impedire l'accesso di immigrati clandestini nel Paese. Le promesse fatte in campagna elettorale non hanno trovato seguito nei primi mesi dell'amministrazione Trump, nonostante l'emanazione di un ordine esecutivo, il [*Border Security and Immigration Enforcement Improvements*](#), il **25 gennaio**. Nell'ordine esecutivo Trump si è limitato a spostare nella progettazione del muro alcuni fondi già stanziati in passato per il Dipartimento della sicurezza nazionale. Il Presidente ha firmato l'ordine esecutivo nel corso di una visita al Dipartimento della sicurezza nazionale, durante la quale ha firmato un altro ordine esecutivo per tagliare i fondi alle cosiddette "sanctuary cities", cioè le città che scelgono di non considerare come reato l'immigrazione clandestina. Si tratta del [*Executive Order: Enhancing Public Safety in the Interior of the United States*](#) la cui efficacia è stata sospesa il **26 aprile** per abuso di potere. Il **16 marzo** è infine giunta la proposta di dare inizio alla costruzione della barriera con il Messico. In realtà una sorta di barriera che divide Stati Uniti e Messico c'è già e da molto tempo, ma il progetto di Trump presuppone ingenti risorse per un'opera imponente ritenuta da molti irrealizzabile sia per i costi sia per l'opposizione del partito repubblicano che ha la maggioranza al Congresso. L'amministrazione ha chiesto \$4.1 miliardi di dollari per dare inizio ai lavori. Il *White House Office of Management and Budget* ha annunciato che il Presidente intende chiedere nel bilancio per l'anno fiscale 2018 \$1.5 miliardi e \$2.6 miliardi per la costruzione del muro al confine con il Messico. Si tratta di un'iniziativa che rientra nell'ottica di quella che il portavoce dell'ufficio presidenziale ha definito l' "America First budget". Qualora ricevesse l'approvazione del Congresso si tratterebbe di un primo importante investimento per la sicurezza nazionale, di ben dieci volte superiore a quello richiesto da Obama per l'acquisizione e la manutenzione della tecnologia e dell'infrastruttura tattica lungo i confini statunitensi nell'attuale anno fiscale. La richiesta al Congresso dello stanziamento di una

somma così ingente per mettere in sicurezza i confini del Paese potrebbe condurre ad un nuovo scontro con la minoranza democratica che ha definito l'iniziativa dell'amministrazione Trump una "poison pill" che potrebbe portare ad un *government shutdown*.

I PRIMI CENTO GIORNI DI TRUMP

In occasione del discorso pronunciato il **30 aprile** ad Harrisburg in Pennsylvania, per i cento giorni dal suo insediamento alla Casa Bianca, Donald Trump ha rivendicato numerosi successi tra i quali l'elevato numero di provvedimenti approvati.

Il principale risultato raggiunto dall'amministrazione Trump nel corso dei suoi primi cento giorni di attività è stato senza dubbio la conferma da parte del Senato della nomina di Neil Gorsuch alla Corte Suprema, dove prenderà il posto del defunto Antonin Scalia. Si tratta di un magistrato di aperta fede conservatrice, sostenuto dalle correnti religiose e radicali del partito repubblicano, per la cui conferma è stata necessaria la forzatura delle procedure congressuali da parte dei repubblicani, che hanno di fatto cancellato l'ostruzionismo in Aula con la cosiddetta "*nuclear option*".

EXECUTIVE ORDERS

Il **6 marzo** il Presidente Trump ha firmato un nuovo ordine esecutivo che vieta l'ingresso negli Stati Uniti ai cittadini di alcuni Paesi a maggioranza musulmana, oltre a sospendere l'ingresso di richiedenti asilo nel paese per 120 giorni. Il nuovo ordine esecutivo, il [*Protecting The Nation From Foreign Terrorist Entry Into The United States*](#), sostituisce quello emanato il **27 gennaio** che ha causato disagi e polemiche in tutto il paese, ed è stato bloccato per via di una decisione di un tribunale di Washington. Il nuovo ordine impedisce per 90 giorni l'ingresso negli Stati Uniti ai cittadini di Sudan, Siria, Iran, Libia, Somalia e Yemen che non abbiano un permesso valido. Rispetto alla lista precedente è stato rimosso dalla lista l'Iraq. I possessori di *green card* – cioè il permesso di residenza permanente negli Stati Uniti – e di altre forme di permesso potranno invece entrare negli Stati Uniti, anche se sono cittadini dei sei paesi interessati. Il nuovo ordine esecutivo inoltre non contiene un riferimento alle minoranze religiose, riferimento che era invece presente nella precedente versione. Invariato è il tetto massimo di rifugiati da accogliere nel 2017, stabili a cinquantamila contro i centodiecimila previsti dall'amministrazione Obama.

Il **28 marzo**, Trump ha firmato l'*executive order* on [*Promoting Energy Independence and Economic Growth*](#) con cui il nuovo presidente intende riscrivere le linee guida che regolano le emissioni di carbonio negli Stati Uniti e che, secondo il presidente, hanno causato l'emorragia di posti di lavoro. Obiettivo è anche raggiungere la desiderata autonomia in termini di energia. Il Presidente ha scelto di firmare

l'ordine esecutivo nella sede dell'*Agenzia di difesa ambientale*, l'Epa, organo chiave per le politiche ambientali di Obama e diretto ora da Scott Pruitt, di posizioni molto scettiche sui cambiamenti climatici.

RUSSIAGATE

Il Presidente della commissione di *intelligence* della Camera, Devin Nunes, ha ammesso di aver incontrato alla Casa Bianca la fonte delle sue rivelazioni sulle intercettazioni nel transition team di Donald Trump. I democratici hanno chiesto che Nunes si astenga dalle indagini. A chiederlo è stato soprattutto la leader dei democratici alla Camera, Nancy Pelosi, mentre il leader dei democratici in Senato, Chuck Schumer, ne ha chiesto le dimissioni da capo della commissione di *intelligence*. Nunes si è difeso dagli attacchi, spiegando che l'incontro alla Casa Bianca non è stato orchestrato con l'aiuto dell'amministrazione Trump. Il **6 aprile** David Nunes, presidente della commissione di inchiesta bipartisan sulle intromissioni russe alla Camera dei Rappresentanti, si è dimesso ricevendo l'appoggio del leader della Camera, Paul Ryan. Il comitato etico della Camera ha aperto un'indagine sul suo comportamento, in particolare sul fatto che senza autorizzazione avrebbe rivelato informazioni riservate in violazione delle regole della Camera, della legge e dei vigenti codici di condotta. L'inchiesta è stata aperta in seguito alle pressanti richieste dei democratici che già da marzo, attraverso il deputato del Maryland, Elijah Cummings, chiedevano di sottoporre il Presidente della commissione intelligence della Camera dei Rappresentanti ad indagine approfondita.

Nunes è il terzo ad aver rimesso il proprio incarico dall'inizio del Russiagate. Il primo ad essere colpito è stato Mike Flynn, consigliere per la sicurezza, costretto alle dimissioni per contatti impropri con l'ambasciatore russo a Washington quando era privato cittadino. Poi è stata la volta di Steve Bannon, lo stratega vicino all'estrema destra. Il **25 gennaio** il Presidente della Commissione intelligence della Camera ha annunciato l'avvio di una seconda inchiesta per verificare la possibilità di ingerenze russe nell'elezione presidenziale del novembre 2016. Anche la Judiciary subcommittee del Senato ha avviato un'inchiesta il **15 marzo** sotto la guida di un inedito duo bipartisan, costituito dal senatore repubblicano della Sud Carolina, Lindsey Graham, e il senatore democratico del Rhode Island, Sheldon Whitehouse. L'obiettivo: far sì che l'FBI chiarisca l'affermazione di Trump in base alla quale l'ex presidente Barack Obama abbia intercettato la Trump Tower al termine delle elezioni del 2016. Hanno inviato una lettera al Dipartimento della Giustizia chiedendogli di trasmettere informazioni che confermano o confutano l'accusa di Trump, incluse le domande di warrant e gli ordini di tribunale. Il **20 marzo** il direttore dell'FBI James Comey ha testimoniato di fronte alla commissione

bipartisan della Camera dei rappresentanti. Comey ha confermato l'esistenza di un'inchiesta attiva sull'interferenza della Russia nelle elezioni presidenziali e sull'ipotesi di un coordinamento con la squadra dell'attuale presidente Donald Trump.

La rivelazione, resa nel corso dell'audizione, ha trascinato ancora una volta l'amministrazione Trump al centro delle polemiche proprio mentre aveva inizio il procedimento di conferma della nomina di Neil Gorsuch alla Corte Suprema.

L'INDAGINE DEL PENTAGONO SU MICHAEL FLYNN

Il **27 aprile** il Pentagono ha aperto un'indagine interna volta a verificare possibili violazioni della legge da parte di Michael Flynn, l'ex consigliere per la Sicurezza nazionale di Donald Trump. Nel mirino ci sono pagamenti ricevuti per le sue attività di consulenza e lobbying in Russia e in Turchia svolte dopo aver lasciato l'esercito. Ai funzionari del governo Usa, membri dell'esercito in pensione inclusi, non è infatti consentito accettare pagamenti diretti o indiretti da parte di un governo straniero. L'ipotesi di una violazione della legge da parte di Flynn è stata comunicata il **25 aprile** dalla Commissione sorveglianza della Camera dei Rappresentanti, la principale commissione d'inchiesta del Congresso Usa. La commissione ha fatto specifico riferimento a documenti classificati come "estremamente compromettenti". La commissione ha contestato anche l'assenza di dettagli su quei pagamenti nella documentazione che Flynn aveva presentato per la sua nomina nell'amministrazione Trump. Dai documenti risulta anche come Flynn fosse stato avvisato dalle autorità di non poter accettare alcun pagamento in mancanza di un'approvazione preventiva da parte degli ufficiali dell'esercito. Flynn è stato costretto a dimettersi dal suo ruolo di consigliere per la Sicurezza nazionale dopo meno di un mese dal suo giuramento per aver ingannato il vicepresidente Pence sugli incontri avuti con l'ambasciatore russo negli Stati Uniti, Sergey Kislyak, con il quale aveva discusso delle sanzioni americane imposte dall'amministrazione Obama per la presunta interferenza nelle elezioni presidenziali Usa del 2016.

DACA

Il **19 aprile** il Presidente Donald Trump si è impegnato durante la campagna per eliminare il [DACA](#), anche se dal momento che è entrato nella Casa Bianca, ha lasciato incerto il futuro del programma. Il Segretario alla Sicurezza Nazionale John Kelly ha dichiarato alla fine di marzo che il governo e gli *enrollees* avevano l'obbligo di rispettare i termini del programma. In una conversazione con i senatori democratici, Kelly ha annunciato che ha offerto garanzie che il programma rimarrà in vigore.

CORTI

MUSLIM BAN

Il **9 febbraio** con la decisione [State of Washington v. Donald Trump](#) la Corte di appello ha rigettato la tesi che gli executive orders in materia di immigrazione e sicurezza nazionale siano insindacabili dai giudici. Inoltre, non ritiene che il Governo abbia sufficientemente dimostrato il pericolo di un danno irreparabile, ossia di un attacco terroristico proveniente da stranieri provenienti dai paesi messi al bando, derivante dalla sospensione del suo provvedimento, mentre il danno che deriverebbe dalla violazione delle sue prerogative non sarebbe affatto “irreparabile”: lo sarebbero invece i gravi danni causati alle persone e ai loro diritti. Quindi l’appello di Trump viene respinto all’unanimità. L’executive order era stato già sospeso dalla District Court del Western District di Washington su ricorso dello Stato di Washington, a cui si è aggiunto quello del Minnesota. Il Governo ricorreva subito in appello, chiedendo di bloccare la sospensiva. La Corte d’appello del 9° Circuito ha rigettato il ricorso di Trump, quindi il provvedimento resta sospeso in attesa di un giudizio di merito (o forse di un ricorso di Trump alla Corte suprema). La seconda versione del 'muslim ban' è stata bloccata a livello nazionale da un giudice federale delle Hawaii. Il provvedimento è temporaneo ma rappresenta un colpo duro per l'amministrazione Trump. La decisione del giudice delle Hawaii è stata definita dal Presidente Trump un “abuso di potere senza precedenti” nei confronti del quale intende portare il caso fino alla Corte Suprema, possibilità che la nomina di Neil Gorsuch rende probabile. L'ordine esecutivo del **6 marzo** scorso con cui la Casa Bianca ha detto di volere garantire la sicurezza nazionale è stato bocciato per gli stessi motivi con cui anche la sua prima versione, quella del **27 gennaio**, era stata sospesa da un giudice di Seattle dando il via ad una battaglia legale giunta alla Corte d'Appello di San Francisco che confermò temporaneamente quella decisione.

LIBERTA' DI RELIGIONE

Il **19 aprile** la Corte Suprema ha esaminato il caso [Trinity Lutheran Church of Columbia, Inc. v. Comer](#). La corte è stata chiamata a decidere se l'esclusione delle chiese da un programma di aiuto altrimenti neutrale e secolare viola la *Free Exercise* e la *Equal Protection Clause* quando lo Stato non un interesse valido in base alla *Establishment Clause*.

SANCTUARY CITIES

Il **26 aprile** William Orrick, giudice federale nominato da Obama, della corte distrettuale di San Francisco, ha bloccato l' [ordine esecutivo](#) che l'amministrazione aveva indirizzato ad oltre quattrocento diverse giurisdizioni tra città e contee, accusate di avere legislazioni e prassi poco collaborative nei confronti delle autorità federali dell'immigrazione, le cd. *sanctuary cities*. Per il Presidente Trump questa decisione, così come quella della corte d'appello che bloccò l'ordine esecutivo che prevedeva l'ingresso negli Usa a migranti e cittadini di vari Paesi a maggioranza musulmana, costituiscono entrambe sentenze ridicole. Ancora una volta si acquiscono i toni dello scontro tra Esecutivo e Corti.

FEDERALISMO

ABORTO

Il **17 aprile** il Senato del Texas ha approvato due proposte di legge contro il diritto all'aborto sancito dalla sentenza *Roe v. Wade*. La prima consente ai medici di non dare informazioni su eventuali anomalie fetali o malattie genetiche alle donne incinte qualora quegli stessi medici sospettino che la donna possa scegliere di abortire in conseguenza di quelle informazioni. La seconda proposta vuole vietare l'uso di una comune procedura durante le interruzioni di gravidanza, considerata però come uno dei metodi più sicuri. La prima proposta, il [Bill 25](#), consente dunque “un atto di omissione” da parte del medico. Il disegno di legge è stato presentato dal senatore repubblicano Brandon Creighton che ha esplicitamente presentato il progetto come norma “pro-life”, cioè contro l'aborto. L'altro disegno di legge, il [Bill 415](#), vuole vietare la cosiddetta “dilatazione ed evacuazione” (D&E), metodo di rimozione del feto comunemente usato nel secondo trimestre di gravidanza che prevede un trattamento preliminare e poi un raschiamento del feto e delle sue parti. Entrambi i disegni di legge sono stati approvati dal Senato a larga maggioranza (25 sì contro 9 no) e hanno suscitato le reazioni e le proteste delle femministe e delle più importanti associazioni per i diritti delle donne degli Stati Uniti. L'approvazione dei due progetti di legge è giunta a pochi giorni dalle dichiarazioni del ministro della Giustizia, Jeff Sessions, che definiscono la storica sentenza della Corte Suprema [Roe v. Wade](#) come incostituzionale.

UN REFERENDUM PER LA SECESSIONE DELLA CALIFORNIA

Lo Stato della federazione che più di ogni altro si sente distante dal nuovo inquilino della Casa Bianca ha assistito alla nascita e alla diffusione del movimento per la conquista della sua indipendenza, *Yes California*. Da **febbraio** il movimento sta cercando di raccogliere le firme necessarie per inserire nella scheda elettorale del 2018 un quesito sulla secessione. L'obiettivo è trasformare la California in una nazione vera e propria, separata

dagli Stati Uniti. E' la California a guidare l'opposizione degli Stati all'amministrazione Trump. Il legislativo dello Stato ha assunto il **4 gennaio** Eric H. Holder Jr., ex Attorney General di Obama, per opporsi all'amministrazione Trump su questioni come l'immigrazione. Jerry Brown, il governatore Democratico della California, ha promesso inoltre che lo stato continuerà a promuovere misure per combattere il cambiamento climatico e garantire la copertura sanitaria dei californiani, indipendentemente dal successo dell'amministrazione Trump nell'abrogare l'Obamacare. Infine, San Francisco ha fatto causa all'amministrazione Trump per le cosiddette *sanctuary cities*.

Prosegue il deterioramento dello Stato di diritto, mentre il governo subisce una prima sconfitta ad opera dell'Unione Europea*

di Jan Sawicki**

Il quadrimestre preso in esame evidenzia per un verso l'avanzamento dell'opera di edificazione di una democrazia illiberale, da realizzarsi con nuovi progetti di logoramento o conquista delle istituzioni di garanzia e controllo, ma per l'altro lascia scorgere il profilarsi di alcuni indizi di resistenza, con qualche efficacia, da parte delle opposizioni. L'Europa, da parte sua, non potendo per ora dare efficacia alla propria azione volta a garantire i principi sui quali essa è fondata, è riuscita però ad assicurarsi un successo di prestigio inatteso, quasi nella forma di una rivalse. Con la conferma di Donald Tusk alla carica di presidente del Consiglio, si è verificato l'evento senza precedenti che ha visto l'ex premier di uno Stato membro scelto per un'altissima carica istituzionale per volontà di tutti gli Stati membri e con la sola, strenua contrarietà del Governo del suo paese, del quale peraltro è stato premier per sette anni.

L'anno comincia con una crisi parlamentare senza precedenti, di cui si è dato conto nelle precedenti *Cronache* (*Nomos* n. 3/2016). Il seguito di questa crisi si è concretizzato in alcune settimane di occupazione dell'aula plenaria della Dieta da parte delle opposizioni, senza che nessuna delle due parti contrapposte abbia ottenuto niente (il partito di governo "Diritto e giustizia" sotto forma di sanzioni, sia regolamentari e persino penali, nei confronti degli occupanti, le opposizioni sul piano di una direzione più pluralista e democratica dei lavori parlamentari). A parziale compensazione della violazione di ogni minimo standard di legalità che si è consumata sul finire del 2016 – secondo quanto riportato nelle precedenti *Cronache* – si prende nota almeno del fatto che sono state rinviate *sine die* le misure restrittive nei confronti dei diritti dei mezzi d'informazione – e soprattutto dell'opinione pubblica – che furono la causa occasionale del conflitto.

* Contributo sottoposto a *peer review*.

** Dottore di ricerca in Teoria dello Stato e istituzioni politiche comparate; docente a contratto nelle Università Statale e Cattolica di Milano.

Per quanto riguarda il conflitto sul Tribunale costituzionale, i primi mesi del 2017 ne segnano un mutamento di qualità, nel senso che il ‘perfezionamento’ della sua opera di addomesticazione coincide con la raccolta concreta dei primi frutti cui tale opera era predestinata, come riscontrato a partire dalla sentenza Kp 1/17 sulla (compressione della) libertà di riunione in luogo pubblico. Di ciò si dirà in seguito, ma lo stesso incasso dei primi risultati ad opera di chi ha investito nella neutralizzazione dell’istituzione non ha impedito di procedere oltre su una strada che ormai appare chiaramente rivolta all’umiliazione della ‘vecchia guardia’ nel Tribunale, come dimostrato dalla sospensione di tre suoi giudici dall’esercizio delle funzioni in base a una pretestuosa verifica della legittimità dei loro titoli di elezione e dall’obbligo di un quarto giudice, il vicepresidente Biernat, a fruire di ferie arretrate fino alla data di scadenza del suo mandato (giugno 2017). Nel caso dei tre sopra menzionati, poiché essi furono eletti nel lontano 2010, l’eventuale pronuncia favorevole agli orientamenti del ricorso potrebbe produrre ulteriori effetti perniciosi su oltre sei anni di giurisprudenza costituzionale. In seno all’alto collegio, si percepisce ormai un’assenza di comunicazione e un’incompatibilità radicale, ai limiti del sabotaggio, tra i giudici eletti prima della cesura drammatica di fine 2015 e quelli che, più o meno legittimamente, hanno cominciato a svolgere le medesime funzioni dopo quel momento. Di fatto si rilevano due Corti costituzionali in una, l’una contro l’altra armata. Se anche i giudici della ‘vecchia guardia’ dovessero riportare qualche episodico successo, questo non potrà andare oltre una paralisi dell’istituto attraverso il blocco delle capacità manipolative della maggioranza costituita dai neoeletti, ma difficilmente assumerà le apparenze di un orientamento prevalente e capace di ripristinare l’equilibrio tra poteri. Quale che sia l’esito di questa lacerazione nell’immediato futuro, dunque, l’impressione è che essa si concluderà con una vittoria della maggioranza politica attuale, che infatti non aveva altro obiettivo all’infuori di quello volto a discreditarla la giustizia costituzionale in quanto tale, allo scopo di sbarazzarsene e portare a compimento il proprio disegno politico – e *de facto* costituzionale – senza l’impaccio di inutili orpelli legalitari.

La maggioranza di governo ha proseguito con determinazione il proprio indirizzo di ‘riforme’, rivolgendo l’attenzione in particolare al sistema dell’istruzione pubblica, alle autonomie territoriali, alla magistratura giudicante. Per quanto attiene al primo argomento,

la riforma governativa ripristina in gran parte l'ordinamento scolastico che risaliva ancora al socialismo e che fu sostituito nel 1999. E' previsto dunque un ciclo di scuole elementari della durata di otto anni, seguito da un ginnasio differenziato di quattro anni o un ciclo quinquennale di scuola tecnica (in luogo dei tre cicli entrati a regime dal 2000). Le autonomie locali sono interessate soprattutto dalla capitale, per la quale il Governo prevede la creazione di una grande area metropolitana mediante l'unificazione del comune di Varsavia con una trentina circa di municipalità confinanti. Anche se il progetto non è ancora compiuto – essendo sottoposto a una serie di consultazioni – il sospetto diffuso è che si tratti di un'operazione di *gerrymandering*, spiegata con il fatto che la capitale, da sempre bastione e roccaforte di partiti progressisti e liberali, potrebbe essere conquistata da “Diritto e giustizia” (PiS) alle prossime elezioni amministrative solo a condizione di incorporare numerosi comuni confinanti, più favorevoli alle posizioni della destra politica.

Ma l'argomento più scottante è quello della giustizia. L'attivismo del ministro della giustizia, Zbigniew Ziobro, non conosce sosta. Dopo la riconquista delle procure e dei pubblici ministeri, all'inizio dello scorso anno, il Governo mette mano a una revisione radicale della parte di ordinamento giudiziario che riguarda la magistratura giudicante. In sintesi, l'innovazione dovrebbe concretizzarsi su due direttrici, prendendo di mira l'organo di autogoverno e i presidenti dei tribunali. Il Consiglio nazionale della magistratura (un organo provvisto di copertura costituzionale negli artt. 186 e 187, e in parte modellato sull'esperienza del CSM italiano) dovrà essere soggetto a mutazioni della propria struttura e competenze, per incrementare il peso dei politici elettivi nel processo di selezione dei giudici (si segnala che il progetto è già stato oggetto di un parere critico da parte dell'OSCE). Per quanto attiene al funzionamento dei tribunali, la nomina dei loro presidenti spetterà al ministro della giustizia ma senza il necessario assenso del Consiglio nazionale della magistratura (acronimo KRS). E' prevista inoltre l'estrazione a sorte come metodo generale, salvo eccezioni, di assegnazione delle cause.

PARLAMENTO

L'EPILOGO DELLA CRISI PARLAMENTARE DI FINE 2016 E IL PREZZO PER RISOLVERLA

Il **9 gennaio**, con la fine delle festività, si avvicina la conclusione della crisi parlamentare apertasi nel dicembre 2016. Dopo settimane di occupazione dell'aula plenaria della Dieta da parte delle opposizioni, queste ultime desistono dal proprio ostruzionismo in cambio della possibilità di mettere ai voti gli emendamenti al bilancio 2017 che non poterono essere votati lo scorso dicembre a causa del contesto proibitivo in cui il bilancio fu discusso e votato. La Piattaforma civica, principale forza di opposizione, canta vittoria per il fatto che il presidente della Dieta Marek Kuchciński ha dovuto, almeno per il momento, desistere dal provvedimento interno che diede origine alla protesta, quello fortemente restrittivo dell'accesso dei mezzi di informazione ai lavori parlamentari. Resta il fatto che reiterate violazioni gravissime della legalità regolamentare, occorse nelle ultime settimane, sono il prezzo pagato per questa 'vittoria'.

IL TENTATIVO GOVERNATIVO DI 'CONQUISTARE' VARSAVIA TRAMITE UN ACCORPAMENTO DAL SAPORE DI GERRYMANDERING

Il **31 gennaio** viene depositata presso la Dieta una *proposta* di legge per incorporare in una grande area metropolitana 33 comuni confinanti con la capitale Varsavia. La proposta è formalmente del gruppo di maggioranza "Diritto e giustizia" (PiS), ma è in realtà voluta dal Governo, che spera in questo modo di superare le formali audizioni e consultazioni che sono imposte dai regolamenti parlamentari ai disegni di legge governativi. Mentre i comuni interessati protestano, o si mostrano almeno scettici nei riguardi dell'iniziativa – considerando che gli interessi delle rispettive comunità siano penalizzati dall'aggregazione nella capitale – l'opposizione parla di un esclusivo e tipico obiettivo di *gerrymandering* da parte del partito di maggioranza, che solo così potrebbe sperare di competere per conquistare il sindaco di Varsavia nelle elezioni amministrative previste per l'autunno 2018.

RESPINTA UNA MOZIONE DI SFIDUCIA COSTRUTTIVA AL GOVERNO

Il **6 aprile** la Dieta respinge (238 contrari, 174 favorevoli, 4 astenuti) un voto di sfiducia costruttivo nei confronti del governo di Beata Szydło, presentato dal gruppo del principale partito di opposizione, Piattaforma civica (PO), con la candidatura alternativa del suo leader, Grzegorz Schetyna. In quasi un'ora di discorso per la presentazione della propria candidatura, quest'ultimo, oltre a denunciare analiticamente gli assalti allo stato di diritto da parte della maggioranza, annuncia che dopo essere tornata al governo, la Piattaforma civica farà approvare una legge unica di sistema per ripristinare la legalità ora violata sul Tribunale costituzionale, sulla Banca centrale, sul Consiglio nazionale della radiofonia e televisione, sul Consiglio nazionale della magistratura, sui magistrati della pubblica accusa.

GOVERNO

UN RICORSO GOVERNATIVO CHE RISCHIA DI PARALIZZARE E ALTERARE ULTERIORMENTE LA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE

Il ministro della giustizia Zbigniew Ziobro presenta il **12 gennaio** un ricorso presso il Tribunale costituzionale contro l'elezione di tre componenti dello stesso alto collegio. Si tratta dei giudici Stanisław Rymar, Piotr Tuleja e Marek Zubik, che furono eletti dalla Dieta il lontano 26 novembre 2010. La motivazione formale del ricorso presentato sta nel fatto che l'elezione dei tre candidati fu formalizzata con una delibera unica del *Sejm*, dato che coincideva anche la scadenza del mandato dei predecessori come la data in cui avrebbero preso funzione i tre successori (il che rende non indispensabile chiarire chi concretamente ciascuno dei neoletti sarebbe andato a sostituire), mentre l'art. 194 dispone che l'elezione dei giudici costituzionali avvenga con votazione individuale. Risulta peraltro ancora dal resoconto stenografico della Dieta, e dalla sua versione elettronica tuttora disponibile sul suo sito istituzionale (www.sejm.gov.pl), che riporta il voto individuale di ogni deputato, che le tre votazioni furono in effetti individuali, con 203 voti per Rymar, 200 per Zubik e ben 348 per Tuleja (che fu votato anche dal gruppo allora di opposizione Diritto e giustizia, da cui proviene il ministro ricorrente Ziobro), con il *quorum* funzionale fissato a 191 (la maggioranza assoluta dei votanti in presenza del numero legale). A parte la natura del ricorso presentato, che appare a molti pretestuosa, vi è da rilevare che una consolidata giurisprudenza costituzionale in Polonia – ancorché non sempre univoca e non del tutto condivisibile – afferma che il Tribunale è competente unicamente a pronunciarsi su atti normativi, mentre non potrebbe giudicare su deliberazioni individuali degli organi costituzionali, tra le quali rientrano quelle elettive. Ciò è corroborato dalla sent. K 34/15, del 3 dicembre 2015, (v. le *cronache* su Nomos, n. 1/2016), resa nella assai più recente crisi del Tribunale costituzionale, in cui l'organo rifiutò – come confermato con la successiva ordinanza U 8/15 del 4 dicembre 2015 – di pronunciarsi direttamente sulla legittimità di atti elettivi o di presunta revoca, in quanto atto contrario, di avvenute elezioni di giudici costituzionali, limitandosi a giudicare la legittimità delle norme generali, legislative o di regolamento parlamentare, sulla cui base tali atti sono stati compiuti.

LA POLITICA ESTERA ED EUROPEA DEL GOVERNO, TRA TENTATIVI DI RIANNODARE UN DIALOGO CON L'EUROPA E LA DISASTROSA SCONFITTA SU DONALD TUSK

Il **7 febbraio** la Cancelliera tedesca Angela Merkel compie una visita di un giorno a Varsavia, per fare il punto sulla situazione delle relazioni bilaterali e dei sempre più difficili rapporti della Polonia con l'Europa. Più che l'incontro con il premier Beata Szydło, però,

i media nazionali ed europei sono interessati al colloquio che la Merkel intrattiene con il leader informale del paese, il deputato e presidente del partito “Diritto e giustizia” Jarosław Kaczyński. Il viaggio della Merkel appare volto a prevenire un temuto collasso politico dell’Unione europea, mentre Kaczyński cerca di allentare l’isolamento crescente di Varsavia, pur avendo reso alla stampa tedesca alcune interviste in cui si pronuncia a favore di un’accentuazione dei tratti di sovranismo nei rapporti tra Stati membri e UE. La Cancelliera tedesca è anche interessata a sondare gli umori dell’establishment polacco nei confronti della conferma di Donald Tusk a presidente del Consiglio europeo, e la risposta è nettamente negativa.

Il **9 febbraio** il ministro degli esteri Witold Waszczykowski enuncia le linee guida della politica estera polacca con un discorso alla Dieta. Per fugare i sospetti e rimproveri di euroscetticismo che gli sono rivolti, il ministro si sforza di presentare una linea più propensa ad approfondire i rapporti con Francia e Germania, nell’ambito del c.d. Triangolo di Weimar – rapporti che da oltre un anno erano stati trascurati per favorire altre alleanze più ‘esotiche’ –, anche se traspare una visione del funzionamento dell’UE non disposta a distaccarsi dal metodo intergovernativo.

Il governo di Beata Szydło, con il pieno sostegno del partito maggioritario “Diritto e giustizia”, si oppone ostinatamente alla conferma di Donald Tusk, già premier della Polonia dal 2007 al 2014, alla carica di presidente del Consiglio europeo. All’antica rivalità tra Tusk e Kaczyński, che ormai ha segnato un quarto di secolo di storia democratica del paese, si aggiungono i sospetti riversati sul primo in merito a sue presunte responsabilità nell’incidente aereo del 2010, in cui perì Lech Kaczyński, il capo dello Stato e gemello dell’attuale leader polacco, insieme all’irritazione per il fatto che Tusk ha pur cautamente espresso preoccupazione per le condizioni attuali dello stato di diritto in Polonia. Il Governo ha intrapreso una strategia diplomatica per impedire la rielezione di Tusk, presentando la candidatura alternativa di un eurodeputato della Piattaforma civica. Ma il **9 marzo**, a Bruxelles, l’esecutivo polacco ottiene la misura del totale isolamento cui si è ridotto, poiché Tusk viene riconfermato all’unanimità dei restanti governi, compreso quello ungherese e quello britannico alle prese con Brexit e nonostante questi venissero considerati come stretti alleati, con il voto contrario della sola Polonia.

CAPO DELLO STATO

ATTIVITA’ LEGISLATIVA

Il presidente della Repubblica Andrzej Duda promulga il **9 gennaio** due leggi di riforma dell’ordinamento scolastico, che modificano tra l’altro i cicli da tre a due in gran parte ripristinando lo *status quo* precedente al 1999, e risalente al socialismo. La legge viene

promulgata all'ultimo momento costituzionalmente possibile, dato che lo stesso Duda esprime dubbi in merito alla riforma.

PRIMI CONFLITTI CON IL GOVERNO, SPECIE SULLA DIFESA

Il presidente Duda riceve il **31 marzo** il ministro della difesa Antoni Macierewicz, personaggio discusso e assai influente sia nel partito sia nel Governo. L'incontro fa seguito a uno scambio epistolare riservato tra i due, reso noto dalla stampa. Duda, in quanto capo delle Forze armate, è preoccupato per alcune controverse scelte di politica militare, tra cui la sostituzione – quasi una purga – di alcune decine di alti ufficiali, di cui non si nascondono motivazioni politiche ma che lascia dubbi in merito alle reali competenze dei nuovi nominati. Più in generale, entra in rilievo un conflitto di natura sia politica – entro il partito al potere – sia di natura costituzionale, in merito a quale organo sia competente a definire in la politica militare, se il Governo forte della fiducia parlamentare o il capo dello Stato, che – nell'ambito di un debole semipresidenzialismo – sembra però conservare almeno qualche prerogativa sotto questo aspetto.

CORTI

UNA NUOVA CONTROVERSIA SU TRE GIUDICI COSTITUZIONALI, IN CARICA FIN DAL 2010

Il **14 gennaio** la neopresidente del Tribunale costituzionale, Julia Przyłębska, stabilisce la composizione ristretta del collegio di tre giudici che dovrà pronunciarsi in merito al ricorso del ministro Ziobro (v. “Governo”). Oltre alla stessa presidente, vi figura uno dei c.d. ‘doppioni’, in quanto eletti a fine 2015 in forza di una disposizione incostituzionale secondo la sent. K 34/15, e chiamati a prestare giuramento dal presidente Duda in luogo di tre giudici eletti legittimamente sul finire della precedente legislatura. Alla data di conclusione di queste cronache, terminato un quadrimestre, il Tribunale non si è ancora pronunciato sulla questione, né risulta calendarizzata una camera di consiglio al riguardo. Permane dunque una sospensione cautelare di tre giudici in carica, cui si aggiunge la forzata inattività del vicepresidente Stanisław Biernat, imposta dalla stessa presidente Przyłębska a causa della maturazione di ferie arretrate: una situazione, quest'ultima, che pare destinata a durare fino alla scadenza del mandato dello stesso giudice Biernat, alla fine del prossimo giugno. Con quattro giudici della ‘vecchia guardia’ impediti a vario titolo dall'esercizio delle proprie funzioni, e con le dimissioni di Andrzej Wróbel, tornato a giudicare alla Corte suprema in protesta contro l'atteggiamento del partito di maggioranza nei confronti del Tribunale costituzionale, appare ormai compiuto il ribaltamento degli equilibri interni all'organo, in senso favorevole al nuovo indirizzo politico di maggioranza.

Con l'elezione di Grzegorz Jędrejek, in luogo del dimissionario Andrzej Wróbel, avvenuta al *Sejm* il **26 febbraio** con i soli voti del PiS, si rafforza ulteriormente la posizione di esecutivo e maggioranza parlamentare nei confronti del Tribunale costituzionale.

LA CRESCENTE CRISI DI FIDUCIA DI DIVERSE ISTITUZIONI STATALI VERSO LA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE

Il Consiglio nazionale della magistratura (KRS) ritira il **12 marzo** quattro ricorsi presentati in via diretta presso il Tribunale costituzionale – secondo quanto consentito dall'art. 186.2 Cost. – in merito a tre leggi e un regolamento sulla giustizia adottati nel corso del 2016 in materia di magistratura requirente e giudicante e di procedura penale. La motivazione ufficiale per il ritiro è legata all'attuale composizione *de facto* del Tribunale costituzionale, con tre giudici illegittimi, composizione che potrebbe portare all'adozione di sentenze invalide o inesistenti.

LA SENTENZA SULLA LIBERTÀ DI RIUNIONE

Il **16 marzo** viene emessa la prima sentenza di grande importanza del Tribunale costituzionale dal momento in cui – dicembre 2016 – è mutata la sua presidenza, si è ribaltata la maggioranza interna e di conseguenza, prevedibilmente, la linea giurisprudenziale. Con undici giudici presenti e quattro opinioni dissenzianti, la sentenza Kp 1/17 – su ricorso in via d'azione promosso dal presidente della Repubblica - muove dal riconoscimento generale che la libertà di riunione e manifestazione in luogo pubblico è uno degli standard essenziali di uno stato democratico di diritto. Tuttavia possono essere introdotte dal legislature delle misure restrittive che restano legittime finché non sia superato un limite tale da ledere l'essenzialità del diritto. Secondo il Tribunale, proprio tale limite non è stato superato nel caso di specie, con la previsione di manifestazioni 'cicliche', introdotte da una recente legge, che sono tali se promosse sempre da uno stesso soggetto e si tengano sullo stesso luogo almeno quattro volte all'anno per un periodo complessivo non superiore ai tre anni (per maggiori dettagli v. *cronache* n. 3/2016). E' in questi casi che il sindaco della città interessata dovrà negare l'autorizzazione ad altre manifestazioni che si svolgano a una distanza inferiore ai cento metri. L'esigenza della legge nasceva dalle riunioni che, il 10 di ogni mese, si svolgono nel centro di Varsavia per commemorare la strage aerea del 10 aprile 2010, in cui morì il presidente Lech Kaczyński insieme alla moglie e altre 94 persone. Tali commemorazioni sono ormai diventate abitudinale occasione in cui Jarosław Kaczyński lancia i suoi proclami politici accusando e velatamente minacciando gli avversari di severi provvedimenti giudiziari; ma sono state sempre più spesso accompagnate da contromanifestazioni di contestazione, organizzate soprattutto dal movimento radicale "Cittadini per la Repubblica" (è stato così che, il successivo **10 aprile**, i sostenitori di tale movimento, vistisi rifiutare l'autorizzazione a contromanifestare, si sono mischiati entro la folla della riunione 'ciclica', dando luogo a

tafferugli e fermi di polizia). E' legittima anche la disposizione che consente al voivoda – rappresentante dell'esecutivo nelle regioni – di annullare con potere sostitutivo la decisione di sindaci che, in simili situazioni, consentano lo svolgimento di contromanifestazioni. In conclusione, il Tribunale costituzionale sostiene che la sua decisione si richiama ed è pienamente conforme alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, dove questa si è sempre preoccupata di salvaguardare i diritti dei manifestanti a non essere intimiditi da contromanifestazioni.

AUTONOMIE

L'AVVIO DI UNA SERIE DI CONSULTAZIONI SULLO STATUS DELLA CAPITALE

Il **26 marzo**, un referendum consultivo locale nel comune di Legionowo, cittadina di circa 50.000 abitanti nei pressi di Varsavia, respinge con il 94,2% di voti contro il progetto governativo di aggregare il suddetto comune, insieme ad altri 32, ad una nuova area metropolitana. Mentre si annunciano nuove analoghe consultazioni in altri comuni, che potrebbero dare simili risultati, il partito “Diritto e giustizia” pare determinato per il momento a perseguire il proprio disegno.

[Ad un anno dalle presidenziali: la Russia entra in una fase di turbolenza politica?*](#)

di Ilmira Galimova**

Manca solo un anno alle prossime elezioni presidenziali russe, ma le questioni aperte sono ancora tante¹⁵⁸⁵. Innanzitutto, non sono state chiarite le intenzioni del Presidente in carica circa la sua partecipazione alla corsa presidenziale. Tra i *leader* dei partiti politici soltanto due – Zhirinovskiy e Yavlinski – hanno già annunciato la loro candidatura.

Le incertezze, tipiche per i regimi autoritari “di tipo elettorale”¹⁵⁸⁶, non sono, ovviamente, connesse alla definizione del favorito. Esse riguardano soprattutto le modalità secondo le quali si svolgeranno le elezioni (il regolamento ed il “trattamento” dei candidati dell’opposizione) e le conseguenze politiche post-elettorali in caso di conferma dell’ipotesi più attesa – la rielezione di Vladimir Putin (quale sarebbe l’agenda del Cremlino per il futuro del Paese?).

Per quanto concerne le modalità incerte della campagna, in effetti, nei prossimi mesi si attende un cambiamento della disciplina legislativa che regola le elezioni presidenziali. Si tratta di proposte per modificare la legge federale “Sulle elezioni presidenziali”, incluse anche quelle che consentono di spostare la data delle elezioni al 18 marzo, data che coincide con la *Giornata della riunificazione della Crimea con la Russia*. Non deve sorprendere l’atteggiamento dei legislatori russi, considerando la regolarità con cui la legislazione

* Contributo sottoposto a *peer review*.

** Dottoranda in Diritto pubblico, comparato ed internazionale, *curriculum* Teoria dello Stato ed Istituzioni Politiche Comparate, Università degli studi di Roma “La Sapienza”.

¹⁵⁸⁵ Interessante notare, che per la prima volta l’intervallo di tempo tra le elezioni parlamentari e quelli presidenziali è di diciotto mesi (mentre in precedenza era di circa tre mesi). Questa novità impone alle autorità russe di elaborare un nuovo approccio per l’organizzazione della campagna elettorale, considerata non come parte dell’unica agenda politica strettamente legata alle elezioni della Duma, ma come un evento indipendente.

¹⁵⁸⁶ Per la definizione del regime di autoritarismo elettorale (*Electoral Authoritarianism*) v. L. DIAMOND, *Thinking About Hybrid Regimes*, in *Journal of Democracy*, Volume 13, n. 2, 2002, pp. 21-35. Per l’analisi del problema dell’incertezza nei regimi autoritari elettorali v. A. SCHEDLER, *The Politics of Uncertainty: Sustaining and Subverting Electoral Authoritarianism*, Oxford University Press, 2013.

elettorale viene “ritoccata”¹⁵⁸⁷, tanto che è divenuta quasi un’abitudine svolgere secondo regole nuove ogni successiva elezione.

Nonostante tutte le incertezze, resta chiaro che per ottenere una legittimazione forte del Presidente neo-eletto, il Cremlino ha bisogno di un’elevata percentuale di affluenza alle urne, una circostanza che è stata messa in discussione dalle elezioni parlamentari svolte nel settembre del 2016¹⁵⁸⁸. Gli esperti parlano della strategia “70x70” del Cremlino che presuppone la vittoria del “principale candidato” con un tasso di affluenza di circa 70% (la percentuale eccessivamente alta¹⁵⁸⁹) e con un risultato superiore al 70% dei consensi. Se l’ultima ipotesi sembra essere la più probabile, considerando i precedenti successi elettorali dei due Presidenti – candidati “ufficiali” (71.31%, 70.28%, e 63.6% dei consensi rispettivamente nel 2004, nel 2008, e nel 2012¹⁵⁹⁰), il compito di assicurare l’altissima partecipazione dei cittadini nelle prossime elezioni comporta una serie di problemi, ad iniziare dagli accorgimenti tecnici che facilitano la procedura di voto e finendo con le strategie di persuasione che dovrebbero aumentare l’interesse per le elezioni, per esempio, l’ammissione alle elezioni di nuovi candidati per aumentare la competizione.

Parlando di quest’ultima possibilità non si può che ricordare il caso di Navalny. Il paradosso risiede nel fatto che Alexej Navalny pur essendo ad oggi l’unico candidato¹⁵⁹¹ alle presidenziali che ha già iniziato la sua campagna elettorale, probabilmente non potrà prendere parte alle elezioni a causa della sua ineleggibilità dovuta alla condanna per un reato grave (il caso “Kirovles”). Si tratta del cd. “filtro penale” al diritto di elettorato passivo introdotto dopo le modifiche alla Legge federale n. 67 “Sulle garanzie di base dei diritti elettorali e del diritto di partecipare a referendum dei cittadini russi” del 2012. In

¹⁵⁸⁷ Le tre versioni di Legge “Sulle elezioni presidenziali” sono state adottate periodicamente un anno prima dalle rispettive elezioni, nel 1995, 1999 e il 2003. Quest’ultimo documento, ancora in vigore, è stato in seguito modificato quasi ogni anno, tranne il 2004 e il 2008 – due anni in cui sono state tenute le elezioni.

¹⁵⁸⁸ A proposito delle elezioni della Duma di Stato del 2016 v. I. GALIMOVA, *Dalle elezioni della nuova дума al messaggio annuale del presidente: una nazione unita? – Russia. Cronache costituzionali dall’estero (settembre-dicembre 2016)*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 3, 2016: <http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2017/01/Galimova-Russia-32016.pdf>.

¹⁵⁸⁹ Sebbene l’affluenza alle urne nelle elezioni presidenziali è sempre stata più alta che quella delle elezioni parlamentari, però, non ha mai superato il 69%. V. Commissione elettorale centrale. Informazioni sulle elezioni e sui referendum: <http://www.izbirkom.ru/region/izbirkom>.

¹⁵⁹⁰ V. Commissione elettorale centrale: <http://www.vybory.izbirkom.ru/region/izbirkom>.

¹⁵⁹¹ Navalny ha intenzione di presentarsi alle elezioni presidenziali come il candidato indipendente, per cui è tenuto all’obbligo di raccogliere 300.000 firme degli elettori.

seguito alla richiesta della Corte Costituzionale [[Sentenza della Corte Costituzionale n. 20 del 10 ottobre 2013](#)] di “differenziare” la durata di tale restrizione a seconda della gravità del reato ai sensi del Codice penale russo, la versione originale è stata modificata dalla Duma ed oggi il [comma 3 dell’articolo 4 della legge](#) prevede che “le persone condannate alla reclusione per aver commesso reati gravi e (o) molto gravi non hanno diritto ad essere eletti” (dopo aver scontato la pena il cittadino sarà sottoposto a tale restrizione anche per i prossimi 10 anni)¹⁵⁹². Disposizioni analoghe sono contenute nella Legge federale “Sulla elezione del Presidente della Federazione Russa”. Per il momento il processo contro Alexej Navalny – la cui revisione è stata ordinata dalla Corte Suprema russa nel novembre scorso alla luce della [Sentenza della Corte EDU](#) – non ha dato nessun esito. Tantoché, l’**8 febbraio** il Tribunale del distretto Leninsky di Kirov [ha condannato](#) Navalny, ai sensi dell’art 160 del Codice penale, a 5 anni di carcere con una sospensione condizionale, praticamente confermando la [Sentenza del 2013](#). Come nel 2013, Navalny è stato accusato in appropriazione indebita per un importo di circa 16 milioni di rubli. Il *blogger* ha affermato di essere intenzionato a portare avanti la sua causa, alla Corte d’appello, e se sarà necessario ricorrerà nuovamente alla Corte EDU.

Nonostante il fatto che Navalny non possa candidarsi in base alle leggi russe in vigore, la sua figura come politico si è rafforzata nell’arco degli ultimi mesi. Il suo appello di organizzare le proteste contro la corruzione è stato accolto da oltre 80 città russe, trasformando Navalny da *blogger* a vero *leader* dell’opposizione con una popolarità che potrebbe solidificarsi anche al di là dei confini della capitale. La protesta, avvenuta il **26 marzo**, è stata una risposta da parte dei cittadini al silenzio del Governo in merito all’indagine svolta dal “Fondo per la lotta alla corruzione” (*FBK*, a cui capo fa Alexej Navalny) sul Primo ministro Dmitrij Medvedev, accusato di controllare un vero e proprio “impero” di beni di lusso per un valore totale di 1,2 miliardi di dollari attraverso varie

¹⁵⁹² Bisogna anche notare, che la Costituzione russa nell’art. 32, comma 3 prevede che i cittadini detenuti in luoghi di “privazione della libertà” in base alla sentenza giudiziaria non godono del diritto di voto attivo e passivo. Proprio questa disposizione, ritenuta dalla Corte Costituzionale “imperativa” e difficilmente modificabile (se non con la revisione totale della Costituzione ai sensi del art.135 Cost.) nella [Decisione del 19 aprile 2016](#), è stata oggetto di conflitto tra le due Corti, la Corte EDU e la Corte Costituzionale russa. Per l’analisi della vicenda v. A. DI GREGORIO, *Russia. Il confronto tra la Corte costituzionale russa e la Corte EDU*, in *federalismi.it*, n.2, 2016: <http://www.federalismi.it/ApiOpenFilePDF.cfm?artid=32308&dpath=document&dfile=27072016111233.pdf&content=Il+confronto+tra+la+Corte+costituzionale+russa+e+la+Corte+EDU++stato++dottrina++>.

società non a scopo di lucro. Probabilmente, il punto debole delle autorità russe, che ha provocato l'indignazione della gente, non è stata l'“accusa” stessa, ma piuttosto la mancata risposta chiara e puntuale da parte del Cremlino.

Una reazione più decisa (e, probabilmente, poco originale) è stata invece dimostrata dalle autorità rispetto all'idea di organizzare manifestazioni anticorruzione. Nella maggior parte delle città, inclusa Mosca, le autorità locali hanno negato il permesso oppure non hanno concordato per diversi motivi il tema, il luogo, il giorno, o l'ora della riunione. E, nonostante questo fatto, la protesta si è rivelata la più massiccia dal 2012 (si ricorda le proteste dopo le elezioni parlamentari del 2011-2012 tenute in piazza *Bolotnaya*)¹⁵⁹³. Molti dei partecipanti sono stati arrestati dalla polizia – solo a Mosca si parla di più di mille persone, tra cui molti giovani. Lo stesso Navalny nel corso della manifestazione a Mosca è stato fermato dalla polizia, e in seguito il Tribunale Tverskoj di Mosca ha condannato l'attivista a una multa di 20 mila rubli (pari a circa 325 euro) ai sensi dell'[articolo 20.2.2 del Codice amministrativo](#) per aver organizzato la “presenza e(o) la circolazione simultanea di massa” nel centro della capitale russa “che ha causato problemi di ordine pubblico”. In più, egli è stato sottoposto ad arresto amministrativo per quindici giorni ai sensi dell'[articolo 19.3 del Codice amministrativo](#): “la disobbedienza all'ordine legittimo di un agente appartenente alle forze di polizia”.

Riguardo alle manifestazioni del 26 marzo, bisogna notare il fatto che, nonostante queste avessero nella maggior parte dei casi uno *status* di “non autorizzate” (o “non concordate” secondo la terminologia russa), sono riuscite a ottenere una partecipazione sufficiente che ha dato impulso alle successive riunioni, come quelle che si sono svolte la settimana successiva e, poi, il **29 aprile**¹⁵⁹⁴.

Le autorità russe hanno continuato di ribadire l'obbligo per gli organizzatori e i partecipanti alle manifestazioni da un canto di rispettare le leggi e l'ordine pubblico, dall'altro, soprattutto, la regola di previa “autorizzazione” delle riunioni, contestando anche le reazioni internazionali espresse in difesa dei manifestanti pacifici. In realtà, questo

¹⁵⁹³ Secondo le cifre del Ministero degli Affari Interni i manifestanti a Mosca erano tra 7.000 e 8.000 persone.

¹⁵⁹⁴ L'evento è stato organizzato dagli attivisti dell'organizzazione “*Open Russia*” (di Khodorkovsky). In diverse città i partecipanti hanno portato alla sede dell'Amministrazione del Presidente petizioni, dove chiedevano di “non candidarsi per il quarto mandato”.

è un problema già noto, che riguarda, *in primis*, l'articolo 31 della Costituzione russa che sancisce la libertà di riunione¹⁵⁹⁵, e, poi, la Legge federale n. 54 “Sulle riunioni, raduni, manifestazioni, marce e picchetti” e le sue varie modifiche¹⁵⁹⁶ (avvenute a seguito delle proteste del 2011-2012 e volte ad imporre ulteriori restrizioni all'esercizio del diritto di riunirsi pacificamente).

La Corte Costituzionale russa diverse volte¹⁵⁹⁷ è stata chiamata a pronunciarsi sulla costituzionalità o meno delle norme che disciplinano questa materia e ha confermato, in linea generale, l'impostazione della disciplina elaborata dal legislatore. Probabilmente, la

¹⁵⁹⁵ La materia costituzionale sulle riunioni prevede che “i cittadini della Federazione Russa hanno diritto di riunirsi pacificamente, senza armi, di tenere riunioni, comizi e manifestazioni, cortei e picchettaggi” (art.31). Tuttavia, “i diritti e le libertà della persona e del cittadino possono essere limitati da una legge federale soltanto nella misura in cui ciò sia necessario al fine di difendere le basi dell'ordinamento costituzionale, la moralità, la salute, i diritti e gli interessi legittimi di altri soggetti, di difendere il Paese e la sicurezza dello Stato” (art. 55, comma 3, cd. *general clause*).

¹⁵⁹⁶ Le maggiori modifiche riguardavano l'eccessivo aumento della sanzione pecuniaria per gli organizzatori e partecipanti delle manifestazioni “non autorizzate”. Nel 2012 la multa per la “violazione delle procedure dell'organizzazione della riunione” (articolo 20.2 del Codice Amministrativo) è stata portata da 10 a 600 mila rubli, e per le persone giuridiche – ad un milione di rubli. Nella nuova versione vengono introdotte i lavori obbligatori come sanzioni. Le altre novelle riguardano: il divieto di campagna promozionale sulla riunione il cui luogo e(o) l'ora non sono state ancora “concordate”, e la competenza del giudice di dichiarare i picchetti separati (svolte a distanza di non meno di 50 metri uno dall'altro) ma uniti con tema simile come unica manifestazione richiedente autorizzazione. Interessante notare, che la versione finale del disegno di legge n. 65 del 2012 è stata approvata in tempi *record* di due giorni (5 giugno 2012 – dalla Duma, con il sostegno soltanto di “Russia Unita”, 6 giugno – dal Consiglio della Federazione, con un solo voto contrario). Il Presidente Putin, che ha fermato la legge due giorni dopo la sua approvazione, si è espresso di essere d'accordo con le modifiche, in quanto, secondo lui, la normativa russa in materia non è più ristretta che quella degli altri paesi democratici europei. Inoltre, Putin ha detto: “La società, garantendo ai cittadini i diritti di esprimere la propria opinione, anche attraverso le azioni di strada, nello stesso tempo deve proteggere gli altri cittadini della società dal radicalismo” [v. <http://echo.msk.ru/news/897136-echo.html>].

La più grande conquista delle proteste del 2011-2012 è stata l'introduzione nell'art. 8 della Legge n.54 delle disposizioni che riguardano la possibilità dei soggetti di federazione a stabilire i “luoghi speciali uniformi” (i cd. *hyde parks*, come è stato definito dai media, o “le riserve per le proteste”) adatti per le riunioni di massa con la procedura semplificata di autorizzazione.

Nell'ottobre del 2014 è stata di nuovo modificata la legislazione in materia delle manifestazioni e riunioni, che andava sempre in senso restrittivo. Oltre la proibizione delle manifestazioni notturne, la legislazione è stata integrata da un articolo (articolo 212.1 del Codice penale), che prevede come sanzione la reclusione fino a cinque anni di carcere, se entro 180 giorni il cittadino commette più di due atti illeciti amministrativi in relazione alla procedura delle riunioni.

Nel 2016 il legislatore ha equiparato la *rally* alla dimostrazione, e al picchetto. Di recente, il **5 aprile** la Duma di Stato ha adottato in prima lettura un disegno di legge che equipara l'incontro dei deputati con gli elettori a una riunione pubblica ai sensi della Legge “Sulle riunioni...”.

Tuttavia, bisogna notare che la Legge n. 54 del 2004 “Sulle riunioni...”, anche nella sua prima versione originale, cioè prima dell'introduzione di due serie di modifiche importanti (con la Legge federale del 08.06.2012 n. 65 e con la Legge federale del 21.07.2014 n. 258) che limitavano notevolmente i diritti dei cittadini è stata già criticata dalla Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto (Commissione di Venezia) nel parere n. 658/2011 del 20 marzo 2012 [[Opinion on the Federal Law No. 54-FZ of 19 June 2004](#)].

¹⁵⁹⁷ Si tratta delle sette pronunce aventi ad oggetto le norme della Legge n.54: la Deliberazione del 2 aprile 2009, la Sentenza del 18 maggio 2012, [la Sentenza del 14 febbraio 2013](#), [la Sentenza del 13 maggio 2014](#), la Deliberazione del 23 dicembre 2014, la Deliberazione del 7 giugno 2016, e la Sentenza del 10 febbraio 2017 (su questa ultima sarà detto nelle prossime pagine, v. sezione *Corti*).

maggior criticità della legge è rappresentata da una norma imperativa che pone l'obbligo di raggiungere un accordo (*soglasovanie*) tra le parti – gli organizzatori dell'evento da un lato, e le autorità pubbliche dall'altro – in relazione al luogo, alla data e all'ora della riunione, pena l'illegalità dell'evento. Nella prassi tale provvedimento rende gli organizzatori della riunione dipendenti dalle autorità le quali, ai sensi dell'[articolo 5 comma 5 della Legge “Sulle riunioni”](#), possono, in modo discrezionale, presentare “proposte motivate” per cambiare il luogo della manifestazione (e i motivi sono definiti in maniera estremamente generica¹⁵⁹⁸), trasformando così il regime di esercizio di libertà di riunione fondato principalmente sull'obbligo di preavviso in un vero e proprio «regime di autorizzazione»¹⁵⁹⁹. Le autorità locali del potere esecutivo, in questo modo, sono state autorizzate non solo a modificare la tipologia dell'evento pubblico (per esempio, trasformando il corteo in una riunione *stand-up*, al fine di garantire il corretto funzionamento del trasporto pubblico, oppure costringendo i manifestanti a riunirsi nelle

¹⁵⁹⁸ Si vede l'art. 8 della legge n. 54 che riguarda le restrizioni per i luoghi di riunioni: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_48103/73f9f932acd4bf46359959801b4a363640b35928/. Si tratta, di norme che prevedono, *in primis*, la possibilità delle autorità regionali di stabilire i territori con diversi regimi di restrizione: da quelli in cui è vietato lo svolgimento delle manifestazioni (per esempio, le aree adiacenti ai edifici dei Tribunali), ai territori dove si trovano i monumenti storici e culturali e che sono chiusi per i manifestanti nei momenti di restauro o di alti lavori, e, infine, ai “luoghi speciali” per le riunioni con la procedura di organizzazione semplificata ma con la previsione della loro capienza massima (per esempio, *Sokol'niki* a Mosca). In secondo luogo, nel caso dello svolgimento delle riunioni sui territori che non rientrano in questi tipi – cioè la maggior parte dei luoghi pubblici – le autorità locali possono richiamare le ragioni dell'ordine pubblico, fino alla necessità di “garantire la sicurezza dei trasporti e la sicurezza stradale”. Infatti, queste sono state le ragioni ufficiali per la critica dell'evento del 26 marzo citate dal portavoce del Presidente Peskov, il quale sosteneva che – oltre il fatto di aver organizzato un'azione “illegale” senza concordarla con le autorità pubbliche – i manifestanti “sono andati nel centro” di Mosca “bloccando il traffico e mettendo a repentaglio la sicurezza dei numerosissimi pedoni».

¹⁵⁹⁹ L'espressione “procedura di autorizzazione *de facto*” è stata utilizzata dal giudice Kononov nell'Opinione dissenziente in relazione alla [Sentenza n. 484-O-P del 2 aprile 2009 della Corte Costituzionale](#) (il cd. “caso Lashmakin”) che aveva ad oggetto le disposizioni dell'articolo 5 comma 5 della Legge federale sulle riunioni. La stessa conclusione è stata raggiunta anche dai membri della Commissione di Venezia: “*The Venice Commission stresses that, while the Assembly Law formally does not empower the executive authorities not to accept a notification or to prohibit a public event, it does empower them to alter the format originally envisaged by the organiser for aims which go far beyond the legitimate aims required by the ECHR. One of these aims is the “need to maintain a normal and smooth operation of vital utilities and transport infrastructures”: which is practically impossible in case of large or moving demonstrations. It has further been conceded and is indeed explicitly set out in Article 5.5 of the Assembly Law that if the organisers disagree with the local authorities’ motivated proposal to change the format of the public event, the latter is de facto prohibited. Therefore, in the Venice Commission’s view, since the permission is rarely given, the notification or notice, in substance, amounts to a substitute for a request of a previous permission*”. V. il punto 21 del parere n. 658/2011 del 20 marzo 2012 della Commissione [[Opinion on the Federal Law No. 54-FZ of 19 June 2004](#)].

zone più remote della città o circoscrivendoli in “luoghi speciali”), ma anche a vietare *de facto* le riunioni “inconvenienti”, ritardando la procedura di riconciliazione, e lasciando, in tal modo, soltanto la via giudiziaria come strumento a disposizione dei manifestanti per appellarsi contro le decisioni degli organi esecutivi.

E' possibile dire che l'approccio dei legislatori russi alla definizione delle condizioni per il godimento della libertà di riunione è sostanzialmente conforme ai principi fondamentali universalmente riconosciuti e sanciti dalla Costituzione? O che il potere discrezionale delle autorità locali viene esercitato ragionevolmente, con attenzione e in buona fede, e non secondo le convenienze politiche? In ogni caso, con questa legislazione la Russia negli ultimi mesi è entrata in una fase di turbolenza politica¹⁶⁰⁰. Bisogna, allora, attendere l'arrivo di una “nuova” stabilità?

PARLAMENTO

UN DISEGNO DI LEGGE DI “QUALITÀ”

Nella Duma continuano le attività volte al “rafforzamento della disciplina” intraprese dal nuovo *speaker* Vyačeslav Volodin. Il **10 marzo** sono state introdotte [ulteriori modifiche al Regolamento della Duma di Stato](#), volte a migliorare la qualità della legislazione. L'innovazione più importante riguarda la procedura secondo la quale i disegni di leggi che non sono conformi alla Costituzione e alle norme del Regolamento sull'*iter* legislativo vengono restituiti direttamente ai loro autori senza una discussione all'interno del Consiglio della Duma (un organo organizzativo della Camera, che comprende il Presidente della Duma, i vice-Presidenti, e i *leader* dei gruppi parlamentari). Il rappresentante del Presidente nella Duma Harry Minh ha commentato la novella, sottolineando che “non si tratta di creazione di ‘filtri’ per la legislazione”, e che le modifiche mirano a “snellire il lavoro della Camera bassa del Parlamento”.

Il secondo emendamento chiarisce i casi in cui il Comitato con il consenso dell'autore decide che il disegno di legge presentato deve essere migliorato. Finora, i regolamenti non prevedevano i limiti temporali per la rielaborazione di tali disegni. Ora, per accelerare la procedura il legislatore ha previsto un periodo limitato di 30 giorni per apportare miglioramenti, dopo di che il progetto potrà essere reintrodotta alla Duma di Stato.

Tuttavia, nonostante la volontà del legislatore russo di migliorare la qualità delle leggi, resta però l'eventualità dell'approvazione dei disegni di legge controversi, come è successo

¹⁶⁰⁰ Il **12 aprile** Navalny ha annunciato l'intenzione di organizzare una nuova azione di protesta in diverse città russe per il 12 giugno, data che coincide con la *Giornata della Russia*.

ultimamente con la cd. [Legge “Sulla depenalizzazione delle violenze domestiche”](#), approvata dalla Duma il **27 gennaio**, che prevede modifiche nel Codice penale russo e declassa i «maltrattamenti in famiglia» (le percosse, in russo: *poboi*) a illecito amministrativo.

ANCORA MODIFICHE ALLA LEGISLAZIONE SULLE ELEZIONI

Le elezioni presidenziali si avvicinano, e come detto nell'introduzione, sono state presentate nuove modifiche nella materia delle elezioni. Così, il **12 aprile** la Duma di Stato ha approvato in prima lettura il [disegno di legge](#) che trasferisce la data delle elezioni presidenziali in Russia dal 11 al 18 Marzo del 2018. La Legge Federale “Sulle elezioni del Presidente” prevede il giorno di votazione per l'elezione del Presidente della Federazione Russa la seconda domenica del mese. L'emendamento, invece, stabilisce una regola aggiuntiva, nel caso in cui la seconda domenica coincida con giorni festivi (o “post-festivi”), la data delle elezioni viene spostata alla terza domenica del mese.

Inoltre, le modifiche approvate di recente escludono l'uso dei certificati speciali per la votazione dei cittadini al di fuori del seggio assegnato in base alla loro residenza. È una novità che permette agli elettori, che non potranno essere nel luogo di residenza il giorno delle elezioni, di essere iscritti nella lista di un altro seggio. Per fare questo, basterà mandare una richiesta alla Commissione Elettorale per telefono, Internet o per iscritto.

Un altro [disegno di legge](#), quasi contemporaneamente, è stato presentato da un gruppo di deputati del Partito Liberal-Democratico. Si tratta di proposte per concedere il diritto di presentare i candidati alla carica di Presidente della Federazione Russa solo ai partiti parlamentari (cioè, ai partiti di cui le liste federali sono state ammesse alla ripartizione dei seggi nel Parlamento). Per ora, tutti i partiti (anche extraparlamentari) hanno il diritto di proporre i suoi candidati alla presidenza ma a condizione che essi riescono ad raccogliere 100.000 firme dagli elettori. Inoltre, non è esclusa la possibilità di “auto-promozione” (in questo caso con l'obbligo di raccogliere 300 mila firme).

PRESIDENTE

“ESCLUSIVAMENTE PER RAGIONI UMANITARIE”

Il Presidente russo Vladimir Putin ha firmato un Decreto sul riconoscimento dei documenti rilasciati nelle autoproclamate “Repubbliche Popolari “di Donetsk e di Luhansk. Il Decreto pubblicato sul sito del Cremlino [[Ukaz del Presidente della Federazione Russa n. 74 del 18 aprile 2017](#)] il **18 aprile** più volte sottolinea che, sebbene la Russia riconosce i documenti di queste repubbliche separatiste, lo Stato russo continua a considerarli “territori delle regioni di Donetsk e di Lugansk dell'Ucraina”. I cittadini di Ucraina e apolidi che risiedono in modo permanente nei territori di queste zone saranno in grado di entrare in Russia senza visto, sulla base dei documenti di identità rilasciati dalle autorità che *de facto* controllano i territori. Nel testo viene sottolineato che le misure

introdotte sono di carattere provvisorio e vengono applicate soltanto per il periodo prima della “soluzione politica” della crisi nell’Ucraina orientale.

Il riconoscimento dei documenti è stato effettuato in conformità al diritto internazionale ed umanitario, e la decisione è stata presa “al fine di tutelare i diritti e le libertà delle persone”.

GOVERNO

LA RELAZIONE ANNUALE DEL GOVERNO

Con [la riforma costituzionale del 2008](#) le competenze di controllo del Parlamento sull’Esecutivo sono state integrate con la previsione della procedura di “ascolto delle relazioni annuali del Governo della Federazione Russa sui risultati della propria attività e sulle questioni sollevate dalla Duma di Stato” (art. 103 Cost.). Così, secondo la norma costituzionale, il **19 aprile** il Presidente del Governo russo Dmitrij Medvedev ha presentato una relazione davanti alla Duma sui risultati del lavoro annuale del Governo¹⁶⁰¹. Fra le frasi pronunciate da Medvedev nell’ambito dell’incontro con i deputati della Duma si può citare la seguente: “La lotta, come in ogni corsa presidenziale, sarà sicuramente seria. Vorrei sottolineare in modo particolare in questa aula, che noi non abbiamo mai trasformato questa lotta politica in guerra, e non abbiamo intenzione a fare tutto questo. Siamo ben consapevoli del fatto che abbiamo abbastanza problemi oggi, e se spenderemo il tempo anche sul populismo, sulla speculazione – questo andrà a beneficio di coloro che non si preoccupano della Russia e che vogliono soltanto indebolire il nostro Paese”.

CORTI

REVISIONE DEI CASI ECLATANTI: CORREZIONE DI ERRORI GIUDIZIARI O “DISGELO”?

Il primo quadrimestre dell’anno è stato segnato da una serie di pronunce importanti da parte dei Tribunali. Infatti, nell’arco di un mese sono state annullate le sentenze di due processi che avevano suscitato grande clamore, in più aggiunta una donna accusata di

¹⁶⁰¹ V. la traduzione ufficiale (in lingua inglese) del Discorso di Medvedev davanti alla Duma del 19 aprile 2017 sul sito istituzionale: <http://government.ru/en/news/27338/>.

tradimento è stata graziata dal Presidente¹⁶⁰². Una coincidenza che ha fatto parlare di una fase di “disgelo”, programmata dal Cremlino in vista della prossima campagna elettorale.

Tra i due processi, il primo riguardava l'attivista Čudnovets, condannata nel novembre 2016 a sei mesi di carcere per aver ripubblicato sui *social network* un video con un bambino, ritenuto dalla Corte di contenuto pornografico. Il **6 marzo**, dopo numerosi reclami delle ONG per la tutela dei diritti umani, il Tribunale regionale di Kurgan ha ribaltato il verdetto.

L'altro processo riguardava l'attivista Ildar Dadin, condannato a 2 anni e mezzo di reclusione a causa delle ripetute violazioni della legislazione sulle riunioni e dichiarato “prigioniero di coscienza” da *Amnesty International*. Egli è stato rilasciato, in seguito all'annullamento della sentenza del Tribunale di Basmanny, avvenuto il **22 febbraio**. La sua è stata la prima condanna ai sensi dell'[articolo 212.1 del Codice penale](#) introdotto nel 2014 che prevede la responsabilità penale per la ripetuta violazione delle modalità previste per l'organizzazione o lo svolgimento di una manifestazione pubblica. Nello specifico, Dadin si sarebbe reso colpevole in quanto organizzatore di tre eventi pubblici “illegali”, inclusi i picchetti “singoli”, nel giro di sei mesi. Gli attivisti per i diritti umani hanno notato l'incongruenza della norma, in particolare, essi ritenevano che la disposizione del Codice penale impugnata violasse il principio del *ne bis in idem*.

In seguito alla condanna, sulla questione è intervenuta la Corte Costituzionale russa, la quale nella [Sentenza n. 2-P/2017 del 10 febbraio](#) ha confermato la costituzionalità dell'articolo 212.1 del Codice penale, precisando il suo “significato costituzionale e giuridico”. Secondo la Corte, il compimento di illeciti amministrativi di per sé non può ricevere riconoscimento incondizionato nella giurisdizione penale, la sanzione penale deve essere giustificata dal reale grado di pericolosità sociale dell'azione. Inoltre, la Corte Costituzionale ha richiamato l'attenzione dei legislatori, invitandoli a rivedere il Codice penale russo. La Corte ha sottolineato che la sola ripetizione di una violazione non dovrebbe divenire fondamento per un'accusa penale, e che il compito di legislatore è quello di chiarire come tali atti possano divenire socialmente pericolosi.

Subito dopo tale pronuncia, un gruppo di deputati – rappresentanti del partito Liberal-Democratico ha presentato alla Duma un disegno di legge, che eliminava l'articolo in discussione. Il Governo russo non ha sostenuto tale disegno e nel suo Commento ufficiale ha specificato che i deputati non hanno riportato statistiche che possono convincere della necessità dell'abrogazione totale dell'articolo 212.1. Il Governo ha fatto anche riferimento alla sentenza della Corte Costituzionale, dove i giudici hanno confermato la costituzionalità della norma e hanno chiesto soltanto la sua precisazione. Contemporaneamente, il Ministero della giustizia nel mese di marzo ha formato un gruppo di lavoro per la modifica del Codice penale che va verso la depenalizzazione del reato per

¹⁶⁰² Si tratta del caso di Oxana Sevastidi, condannata a sette anni per tradimento dopo aver rivelato un “segreto di stato” mediante un messaggio *sms* i movimenti dei componenti militari russi verso la Georgia nel 2008. È stata liberata il **12 marzo**. La grazia di Putin era stata emessa il **7 marzo** per “principi di umanità”.

le violazioni delle norme sulle riunioni in caso l'autore del illecito non abbia commesso durante la manifestazione altri atti criminali. Quindi, l'articolo resta.

Va notato, che accanto a questo articolo il Codice penale russo contiene le disposizioni (art. 212) che puniscono i cittadini con pene severe (si ricorda il caso *Bolotnaya*¹⁶⁰³) per la partecipazione in disordini di massa (fino a otto anni di reclusione), e per il reato del “incitamento per disordini di massa”.

IL CASO YUKOS

Il confronto tra Mosca e Strasburgo sulla questione della tutela dei diritti umani negli ultimi anni ha assunto toni più aspri. Ora, per la seconda volta la Corte costituzionale russa si è pronunciata in maniera sfavorevole circa la possibilità di eseguire una sentenza di condanna della Corte di Strasburgo.

L'apertura da parte di Mosca ai meccanismi di tutela sovranazionale dei diritti fondamentali trova fondamento non soltanto nella ratifica della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nel marzo del 1998, ma soprattutto nella stessa Costituzione della Federazione Russa. L'articolo 15 comma 4 della Costituzione stabilisce: “I principi e le norme di diritto internazionale universalmente riconosciuti e i trattati internazionali della Federazione Russa sono parte integrante del suo sistema giuridico”¹⁶⁰⁴. Inoltre, viene riconosciuta la forza giuridica maggiore dei trattati internazionali rispetto alla legislazione nazionale russa.

Tuttavia, la primazia della Costituzione come legge fondamentale rispetto alle norme dei trattati internazionali non viene messa in dubbio né dalla legislazione vigente, né, soprattutto, dalla dottrina giuridica ufficiale. Lo stesso fatto che i trattati internazionali prima di essere ratificati devono aver passato il controllo sulla loro conformità alla Costituzione russa (tra l'altro, esso è l'unico caso in cui la Corte Costituzionale procede con il controllo preventivo sulla costituzionalità), presuppone che tutte le controversie devono essere eliminate in anticipo (ciò che, tra l'altro, non viene fatto, oppure viene ignorato, nel caso della Convenzione EDU, come mostra bene il contenzioso tra la Mosca e la Corte di Strasburgo sulla decisione “Anchugov e Gladkov c. Russia”¹⁶⁰⁵). E poiché si

¹⁶⁰³ In seguito alle proteste di Bolotnaya nel maggio 2012 più di 400 attivisti sono stati arrestati. La Commissione d'inchiesta della Federazione Russa ha aperto i procedimenti ai sensi della comma 3 dell'articolo 212 nei confronti di alcuni arrestati.

¹⁶⁰⁴ Importanti sono anche altre disposizioni della Costituzione del 1993. Per esempio, l'articolo 46 comma 3 stabilisce: “Ciascuno ha diritto, in conformità ai trattati internazionali della Federazione Russa, di rivolgersi agli organi internazionali per la difesa dei diritti e delle libertà della persona, dopo aver esperito tutti gli strumenti di tutela giuridica all'interno dello Stato”.

¹⁶⁰⁵ Questo caso rileva il problema dell'impossibilità di risolvere la contrapposizione tra la Corte Costituzionale e la Corte EDU sorta nel processo di interpretazione della norma costituzionale di cui articolo 32 comma 3: “Non hanno diritto all'elettorato attivo e passivo i cittadini ... detenuti in luoghi di reclusione in seguito a sentenza dell'autorità giudiziaria”. La posizione della Corte Costituzionale si basa principalmente su tre punti: 1) la prevalenza della Costituzione rispetto le norme dei trattati internazionali, 2) il carattere imperativo della norma (che rispecchia la volontà del Costituente russo), e 3) la procedura “super-aggravata” della modifica dell'articolo 32 posizionato nella Sezione II, che ai sensi dell'art. 135 Cost. richiede una “revisione totale” del testo costituzionale.

applica un approccio dualista, le disposizioni costituzionali il cui significato è in contrasto con le interpretazioni date dai giudici sovranazionali, possono essere “tutelate” dai giudici nazionali sotto la c.d. “clausola di salvaguardia dell’identità costituzionale nazionale”.

Ora, le ragioni del rispetto dell’identità costituzionale nazionale degli Stati-parti della Convenzione EDU sono state citate dalla Corte Costituzionale per la prima volta nella [Sentenza del 2015](#)¹⁶⁰⁶. Alla fine dello stesso anno sono state approvate [le modifiche](#) alla Legge costituzionale “Sulla Corte Costituzionale” che hanno concesso alla Corte il potere di *constitutional review* sulle decisioni della Corte EDU e che rappresentano un passo logico verso il perfezionamento della “dottrina dell’identità costituzionale russa”. Molti hanno visto in queste modifiche un tentativo del Governo russo di bloccare l’esecuzione della decisione della CEDU del 2014 sul caso *Yukos*. I dubbi sono scomparsi quando nell’ottobre dello scorso anno il Ministero della Giustizia della Federazione Russa ha espresso la sua posizione contraria alla decisione della Corte europea e, poi, nel dicembre la Corte Costituzionale ha accolto il ricorso del Ministero sulla possibilità di eseguire la sentenza. Il mese dopo, il **19 gennaio**, la Corte si è espressa sulla questione, ritenendo che il pagamento (agli azionisti della liquidata compagnia petrolifera *Yukos*) del risarcimento di oltre 1,8 miliardi di euro violerebbe il principio di uguaglianza, e, di conseguenza, l’esecuzione della sentenza europea entrerebbe in conflitto con le norme costituzionali

Anche se, da un punto di vista della Corte europea, il ragionamento della Corte Costituzionale russa può sembrare meramente formalista, non si può nemmeno negare il fatto che la norma contestata rappresenta, in un certo senso, il “peccato originale”. Le sue radici storiche possono essere ricercate nel passato socialista, quando già all’epoca viene riconosciuto e inserito nelle prime Costituzioni sovietiche (la Costituzione della RSFSR del 1918, art. 65; la Costituzione della RSFSR del 1925, art. 69) l’istituto della privazione dei diritti elettorali (si forma così la categoria dei cittadini – *lisentsy*). Le norme del Codice penale sulla soppressione dei diritti politici e di alcuni diritti civili individuali (lettera “d” dell’art. 20 del Codice penale della RSFSR del 1926) e sulla privazione dei diritti elettorali (lettera “e” dell’art. 31 del Codice penale della RSFSR del 1926) prevedevano che tali restrizioni possono essere applicate dai giudici come una “misura di protezione sociale contro i criminali” e sono rimasti in vigore per due decenni. Questa disposizione è stata abrogata dalla Legge dell’URSS “Sulla abolizione della privazione dei diritti civili” del 25 dicembre 1958 [v. il sito del *Centro russo per la formazione nelle tecnologie elettorali presso la CEC*: http://www.rcoit.ru/elect_history/1918-1990/17084/].

Al riguardo la norma analoga reintrodotta nella nuova Costituzione del 1993, la Corte EDU aveva condannato la Russia considerando illegittimo l’effetto automatico della negazione del diritto al elettorato attivo e passivo dei detenuti. La Corte di Strasburgo ha evidenziato la necessità di introdurre regole che possono garantire la proporzionalità di tale misura, poiché la legge (in questo caso Codice penale russo) non comporta una restrizione generale, automatica e indiscriminata del diritto di voto di tutti i carcerati. Da parte sua, l’argomentazione “in difesa” della Corte Costituzionale russa si ruota attorno all’idea di distinguere la limitazione della libertà in senso ampio e la reclusione. Così, nella prassi la disposizione dell’art. 32, comma 3 Cost. viene applicata in maniera “differenziata”, soltanto alle persone “incarcerati” ed isolate dalla società (cioè chi sconta una sentenza di una pena detentiva ai sensi degli artt. 56 e 57 del Codice penale della Federazione Russa) e non a tutte le persone private della libertà (per esempio, gli arrestati).

¹⁶⁰⁶ Nella Sentenza la Corte Costituzionale ha stabilito la procedura di attuazione nel diritto interno russo di posizioni giuridiche espresse nelle decisioni della Corte europea dei diritti dell’uomo. Più precisamente, dopo la decisione della CEDU, che ha stabilito che la norma specifica della legislazione russa applicata in questo caso viola i diritti del richiedente, e quest’ultimo deve presentarsi in Tribunale di primo grado per la revisione del suo caso. Il giudice deve sospendere il procedimento e deve chiedere alla Corte costituzionale di verificare la conformità alla Costituzione della Federazione Russa delle disposizioni della legislazione russa ritenute controverse. Se la Corte Costituzionale della Federazione Russa riconosce che l’interpretazione della CEDU contraddice la Costituzione russa, la decisione della CEDU non è applicabile.

russe [[la Sentenza della Corte costituzionale “Sulla soluzione della questione circa la possibilità di esecuzione in conformità alla Costituzione della Federazione Russa della sentenza della Corte europea per i diritti dell’Uomo del 31 luglio 2014 ‘OAO Compagnia petrolifera Yukos c. Russia’](#)].

Bisogna chiedersi allora se secondo la Corte Costituzionale russa un’equa soddisfazione alla parte lesa, cioè agli azionisti di *Yukos*, non sia possibile in quanto comporterebbe la violazione del principio di uguaglianza. Innanzitutto, ricordiamo che [la Sentenza della Corte EDU](#) aveva ritenuto che la Russia avesse violato l’articolo 1 “Protezione della proprietà” del primo Protocollo addizionale, e come conseguenza la società di *Yukos* avrebbe patito un danno materiale individuato con la cifra suddetta, che in realtà corrisponde all’importo delle multe, individuate dal Governo russo per il mancato pagamento delle tasse nel 2000 e nel 2001 nell’ambito dei processi del 2004-2005. Quindi, al centro del contenzioso vi è l’articolo 113 del Codice tributario approvato nel 1998, che nella sua versione originale prevedeva una regola generale del termine triennale di prescrizione del tributo.

Già, dal fine degli anni ’90 la Corte Costituzionale – in contrasto con le posizioni del Ministero fiscale e della Corte Suprema Arbitrale – ha elaborato la sua definizione per i tempi del pagamento delle imposte. In particolare, nonostante l’assenza di norma corrispondente nel Codice tributario, la Corte nelle sue interpretazioni ha fatto una distinzione tra i contribuenti buoni e dannosi (*princip dobrocovestnosti nalogoplatel’snikov*)¹⁶⁰⁷. Nella sua Sentenza del 2005 la Corte Costituzionale ha ritenuto che è necessario un approccio differenziato rispetto a queste due categorie comportamentali del contribuente. Per questa ragione la regola della prescrizione non deve essere applicata nei confronti dei contribuenti disonesti che utilizzano schemi di ottimizzazione fiscale, ottenendo “vantaggio ingiustificato”, e ostacolando i controlli. È un approccio che solleva, secondo alcuni giuristi, interrogativi circa la sua corrispondenza al principio di legalità inteso come una richiesta di giudizio imparziale.

L’interpretazione data dalla Corte nella Sentenza del 2005, considerata da essa una mera “concretizzazione” della norma (e non creazione della nuova norma, come sostiene il giudice Yaroslavtsev – uno dei tre giudici che hanno espresso [Opinioni dissenzienti](#) – che sarebbe un atto d’interferenza nel potere del legislatore), è stata un punto di svolta nel caso *Yukos*¹⁶⁰⁸. Essa ha determinato l’applicazione retroattiva da parte del Tribunale Arbitrale dell’articolo 113 del Codice tributario nei confronti della compagnia.

In questa stessa ottica, la Corte costituzionale russa ritiene che il danno lamentato sarebbe stato causato dalle azioni della stessa società che ha dimostrato di essere un

¹⁶⁰⁷ Su questo punto v. A. TROCHEV, *Judging Russia The Role of the Constitutional Court in Russian Politics 1990–2006*, Queen’s University, Ontario, 2008, pp. 235 ss.

¹⁶⁰⁸ Secondo il giudice della Corte Costituzionale russa Yaroslavtsev la Corte non poteva esprimersi sulla questione, perché in questo caso andava a giudicare sostanzialmente la propria decisione del 2005, ciò che violerebbe il principio *nemo iudex in propria causa*.

evasore fiscale lasciando un debito di grande dimensione e causando carenza di fondi nel bilancio dello Stato. Per questo, il pagamento del indennizzo sarebbe un atto irrispettoso nei confronti dei contribuenti di buona fede e, quindi, in contrasto con i principi di eguaglianza e di equità nei rapporti tributari. Ora, considerando la particolare attenzione della Corte Costituzionale russa alle problematiche sociali, il suo approccio “paternalista” nei casi che riguardano la violazione dei diritti dei strati sociali più deboli, e un atteggiamento “equalitarista” – per cui determinati interessi pubblici nell’interpretazione dei giudici spesso prevalevano su quelli privati – non bisogna meravigliarsi dell’esito del contenzioso. Inoltre, è stato un atteggiamento tipico della Corte russa di revocare la necessità di considerare le esigenze particolari della giustizia sociale (*spravedlivost*) legate al carattere transitorio del sistema socio-economico della Russia: da qui nelle decisioni della Corte si evince l’eccessivo garantismo, il risalto del principio di uguaglianza e l’enfasi sull’orientamento sociale del diritto di proprietà¹⁶⁰⁹.

LA CORTE SUPREMA BANDISCE I TESTIMONI DI GEOVA

Il processo, che è durato **dal 5 al 20 aprile**, si è concluso con la decisione della Corte Suprema russa sul divieto di attività sul territorio russo di gruppi religiosi “Testimoni di Geova”. L’organizzazione ombrello *Centro Amministrativo dei Testimoni di Geova in Russia* viene definita come “estremista”¹⁶¹⁰. Tutti i suoi beni sono stati confiscati. La Corte suprema ha accolto una richiesta del Ministero della Giustizia, dove si sosteneva che l’organizzazione dei “Testimoni di Geova” in Russia svolge la propria attività in violazione con i scopi statuari e con la legislazione russa in materia di contrasto all’estremismo. Così, i Testimoni di Geova vengono accusati di “estremismo religioso”, settarismo, “incitamento all’isolamento sociale”, e di importazione della letteratura estremista. Alcune delle loro pubblicazioni, ritenute “sediziose”, sono state inserite in una lista di letture bandite perché estremiste.

Il divieto di attività dell’organizzazione si applica a circa 400 sedi locali di “Testimoni”, e riguarda tutti i 2277 gruppi religiosi in tutto il paese che riunisce 175 mila persone.

¹⁶⁰⁹ Si ricorda che l’articolo 7 della Costituzione dichiara che “la Federazione Russa è uno Stato sociale”.

¹⁶¹⁰ La definizione legale di azioni che sono considerate estremiste in Russia si trova nell’articolo 1 della Legge federale n. 114 “Sulla lotta contro le attività estremiste” del 2002. In conformità con le modifiche del 2008 alla Legge, per le attività estremiste (estremismo) si intende, per esempio: il cambio forzato del sistema costituzionale e la violazione dell’integrità della Federazione Russa; giustificazione pubblica del terrorismo; incitamento all’odio razziale, nazionale, religioso o sociale, la propaganda di esclusività, di superiorità o di inferiorità di una persona a causa della sua appartenenza sociale, razziale, etnica, religiosa o linguistica; ostruzione dei cittadini nei loro diritti elettorali e nei diritti a partecipare al referendum o violazione della segretezza del voto, con violenza o minaccia di violenza; l’ostruzione delle attività legali degli organi statali, delle amministrazioni locali, delle commissioni elettorali, delle associazioni pubbliche e religiose o delle altre organizzazioni connesse con la violenza o la minaccia di violenza; la propaganda e la dimostrazione pubblica di accessori o simboli nazisti; inviti pubblici per l’attuazione di azioni estremiste o diffusione di massa di materiali estremisti, così come la loro produzione ai fini della distribuzione di massa; accusa deliberatamente falsa e fatta in pubblico di un funzionario pubblico della Federazione russa. Questa estesa definizione, insieme con le recenti modifiche alla Legge “Sulla lotta contro il terrorismo” (la cosiddetta “Legge Yarovaya”) mostrano una tendenza alla restrizione dei diritti dei cittadini da parte dello stato.

Bisogna notare che il "Centro Amministrativo dei Testimoni di Geova in Unione Sovietica" è stato registrato il 27 marzo 1991, e dopo decenni di persecuzione religiosa in Unione Sovietica è stato riabilitato con il decreto del Presidente della Repubblica "Sulle misure per la riabilitazione del clero e dei fedeli, che sono vittime della repressione ingiustificata" nel 1996.

I "Testimoni di Geova" non sono la prima organizzazione religiosa, la cui legalità è stata contestata dal Ministero della Giustizia. Nel 2015 il Tribunale di Mosca ha accolto il ricorso del Ministero e si è pronunciato sulla liquidazione della "Chiesa di *Scientology* di Mosca". Nonostante l'articolo 28 garantisce la libertà di coscienza e di culto, oggi continua una tendenza di distanziamento tra le quattro religioni, riconosciute nella [Legge Federale n. 125 "Sulla libertà di coscienza e di associazioni religiosi"](#) come "tradizionali", e tutti gli altri gruppi religiosi che spesso vengono chiamate con la nozione di "setta".

AUTONOMIE

LA CECENIA E LA QUESTIONE DEL VELO NELLE SCUOLE

Il **30 marzo** i deputati del Parlamento ceceno [hanno approvato gli emendamenti](#) alla Legge "Sull'istruzione nella Repubblica di Cecenia", che consentono l'uso di indumenti e simboli religiosi, come il velo, nelle scuole. In conformità con i nuovi emendamenti ora le scuole in Cecenia dovrebbero tener conto del diritto degli studenti di indossare abiti o simboli secondo le tradizioni nazionali e credenze religiose. Per la Russia, questa è stata la prima decisione, presa a livello regionale, su una questione molto dibattuta in Europa.

Poco prima, nel mese di gennaio, la Ministra di Istruzione Ol'ga Vasil'eva si è espressa contro "la dimostrazione persuasiva di appartenenza religiosa" e a favore *laïcité*, cioè della netta separazione tra la scuola e la religione.

Esiste anche la prassi giuridica riguardo al problema del velo nelle scuole. Dopo l'episodio del divieto di indossare il *hijab* a scuola nella Repubblica di Mordovia, la controversia è stata risolta nel 2014 dalla Corte Suprema regionale (e poi [confermata nel 2015 dalla Corte Suprema](#) russa) a sfavore del diritto delle studentesse di portare il velo nella scuola. Ai sensi dell'articolo 38 della Legge federale "Sulla istruzione nella Federazione Russa", ogni scuola pubblica stabilisce i requisiti per l'abbigliamento dei suoi studenti in conformità con i requisiti *standard* approvati dagli organi del potere statale dei soggetti della Federazione Russa. La Corte ha precisato che in Mordovia è in vigore la risoluzione del Governo che definisce i requisiti per le uniformi scolastiche. In particolare, tale atto vieta una "chiara dimostrazione dei simboli religiosi nelle scuole". I giornalisti hanno chiamato la decisione "il divieto di *hijab*".

Nel frattempo, il Cremlino ha espresso riluttanza a "entrare in una disputa circa l'uso del velo nelle scuole". È vero che la Russia è un Paese pluriconfessionale, ma è vero anche

che la “Federazione Russa è uno Stato laico” (art. 14 Cost.). Insomma, il Segretario di ufficio stampa del Presidente Dmitrij Peskov ha fatto capire, che il Cremlino non ha al momento una soluzione pronta per tale problema.

ELEZIONI ANTICIPATE? POSSIBILI SCENARI GOVERNATIVI E PARTITICI*

di Enrico Campelli**

Il quadrimestre preso in esame, è segnato in Israele dall'avanzata della prospettiva di elezioni anticipate e dai conseguenti movimenti partitici, con alcuni dei più importanti partiti israeliani smossi dall'effetto delle primarie.

Dal quando il Primo Ministro Benjamin Netanyahu ha scosso la politica israeliana lo scorso **18 marzo**, minacciando di indire elezioni anticipate, la maggior parte degli analisti politici israeliani ed internazionali hanno cercato di spiegare le ragioni di una simile mossa: perché un Primo Ministro con una coalizione stabile, un'economia in salute ed un Presidente americano a lui favorevole, voglia optare per elezioni anticipate due anni e mezzo prima della fine del suo mandato (le prossime elezioni dovrebbero infatti tenersi nel novembre 2019), specialmente quando la maggior parte dei sondaggi lo mostrano dietro al partito *Yesh Atid*, è un interrogativo di difficile risposta.

Fatta eccezione per pochi fedelissimi, in pochissimi credono che la crisi che sta ispirando l'attuale minaccia elettorale riguardi la sorte dell'Istituto Pubblico di Radiodiffusione di Israele, solo l'ultima delle molte polemiche interne alla politica israeliana.

Una spiegazione più plausibile all'incertezza politica del paese sono le tre indagini penali in cui Netanyahu è attualmente coinvolto. La prima riguarda costosi doni che lui e sua moglie avrebbero ricevuto nel corso degli anni da "amici" negli Stati Uniti ed in Australia. Il secondo procedimento riguarda i colloqui telefonici avuti con il proprietario di *Yediot Ahronot*, il più grande gruppo di notizie private di Israele, in cui Netanyahu discute su come potrebbe aiutare *Yediot* in cambio di un atteggiamento positivo del giornale nei confronti del partito del Primo Ministro.

** Dottorando in Diritto Pubblico, Comparato ed Internazionale, curriculum Teoria dello Stato e Istituzioni Politiche comparato, Università degli studi di Roma "La Sapienza"

Il terzo, potenzialmente il più sensibile, riguarda un dubbio accordo multimiliardario per l'acquisto di sottomarini tedeschi e navi da guerra in cui sono stati coinvolti alcuni dei collaboratori più vicini di Netanyahu. Tuttavia, tale indagine è al momento nelle sue fasi iniziali e Netanyahu stesso non è stato ufficialmente inserito tra gli imputati.

Netanyahu ha già dichiarato che, nel caso in cui venga accusato ufficialmente, non lascerà la sua posizione, poiché la legge israeliana non lo richiede. In una possibile elezione anticipata, Netanyahu potrebbe vestire i panni (già utilizzati in passato e ormai parte integrante della strategia comunicativa del Premier) del leader nazionalista, rappresentante dei sotto-privilegiati, perseguitato dalle vecchie elites giudiziarie e dai media.

Tuttavia, una spiegazione più completa della fase politica israeliana deve necessariamente essere cercata altrove, esternamente alla coalizione di centro-destra del Premier.

L'attuale crisi politica è iniziata a **metà marzo**, pochi giorni dopo che l'inviato personale di Trump, Jason Greenblatt, ha visitato Israele e la Cisgiordania, incontrando Netanyahu e il Presidente palestinese Mahmoud Abbas. *Haaretz* e altri giornali israeliani hanno riferito che Greenblatt ha chiesto che Netanyahu blocchi la costruzione di nuovi insediamenti al di fuori dei "blocchi di insediamenti" della Cisgiordania e che limiti la costruzione all'interno degli stessi "blocchi" e di Gerusalemme Est.

Netanyahu ha ovviamente già affrontato simili richieste americane in passato. Fu persino costretto a fermare completamente le costruzioni israeliane in Cisgiordania durante i primi mesi dell'amministrazione Obama. Questa volta però è diverso: il congelamento chiesto dall'amministrazione Obama arrivò quando i democratici controllavano entrambe le camere del Congresso, e Netanyahu ha ripetutamente utilizzato i suoi alleati repubblicani nel Parlamento Statunitense per cercare un bilanciamento della posizione americana.

Con Trump al potere invece, lo spazio di manovra di Netanyahu nella politica americana si è ridotto in modo significativo. I repubblicani nel Congresso sono

impegnati con il nuovo e inaspettato Presidente, e Netanyahu sembra al momento non avere altra scelta se non quella di assecondare il neo-eletto Trump.

Nessuno, ovviamente, sa veramente quali siano realmente le posizioni di Trump sul conflitto israelo-palestinese, ammesso che ne abbia. Ma i primi segnali sono molto meno positivi rispetto alle aspettative per Netanyahu ed i suoi alleati.

Se Trump dovesse effettivamente continuare in questa direzione, Netanyahu si troverà con le spalle al muro. Sarà infatti difficile per il premier destreggiarsi tra le posizioni americane e la sua stessa coalizione, dove soprattutto il partito alleato *Habayt Hayehudi* di Bennet inizia a scalpitare.

Nonostante l'opposizione aperta di Netanyahu, che non ha mancato di avvisare il suo alleato di come una simile legge potrebbe portare Israele davanti al Tribunale penale internazionale dell'Aia, Bennett ha infatti spinto la *Expropriation/Regulation Law*¹⁶¹¹ consentendo l'acquisizione israeliana di terre private palestinesi in Cisgiordania, acquisendo sempre di più l'immagine del vero Primo Ministro di un governo solo formalmente guidato da Netanyahu.

In tali circostanze politiche è facile capire perché Netanyahu abbia preferito trascorrere le ultime settimane in visita all'estero (Russia, Australia, Cina): Bennett e gli elementi più radicali del *Likud* rifiuteranno infatti quasi certamente ogni congelamento degli insediamenti chiesti dalla nuova amministrazione americana.

Un invito ad una eventuale conferenza di pace, alla quale Netanyahu dovrebbe probabilmente accettare - almeno formalmente - l'idea di uno Stato palestinese e un parziale ritiro israeliano dalla Cisgiordania, potrebbe significare un colpo mortale per la sua maggioranza di governo.

Le elezioni anticipate potrebbero sparigliare le carte e modificare questo futuro minaccioso. Potrebbero essere una giustificazione perfetta per allentare qualsiasi futura pressione americana sugli insediamenti, e, ancora di più, di una conferenza di pace.

Il nuovo esecutivo non sarebbe formato prima dell'inizio del 2018 e, in quel momento, Trump avrà certamente altre priorità in uno scacchiere mediorientale

¹⁶¹¹ Si veda a questo proposito <http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/nomos/israele-enrico-campelli-un-nuovo-equilibrio-tra-i-poteri-effetto-trump-e-legislazione-controversa/>

sempre più complesso. In una simile ottica, una tornata elettorale da tenersi prima di qualsiasi frattura con Trump e prima che Netanyahu sia spinto verso ciò che la destra vede come concessioni, è certamente un'opzione migliore per il Premier.

I sondaggi sono al momento di difficile interpretazione. Netanyahu non è certo che il suo blocco di destra abbia una maggioranza, certamente non se Kahlon, Ministro della maggioranza (e leader del partito *Kulanu*, con 10 seggi) e al centro di recenti scontri con il Premier, decidesse di considerare conclusa la sua esperienza di Governo.

Se Netanyahu optasse quindi per le elezioni anticipate, Israele si avvierebbe alla 5° campagna elettorale nel raggio di soli 11 anni.

La cronica frammentazione partitica israeliana, combinata da un sistema elettorale di tipo proporzionale puro, è il naturale contesto dentro cui le eventuali elezioni potrebbero sancire nuove alleanze e maggioranze inedite.

Infine, la “controrivoluzione costituzionale” dell’attuale esecutivo è un ulteriore elemento da tenere in considerazione per comprendere pienamente le singolarità politiche e giuridiche del sistema israeliano, perennemente alla ricerca di un equilibrio condiviso tra i suoi elementi democratici ed universali e quelli religiosi e specifici.

PARTITI

YESH ATID, SILENZIOSO ED IN CRESCITA

Il **24 marzo** la rivista [Politico dava già Yair Lapid, presidente del partito centrista Yesh Atid, come prossimo Primo Ministro di Israele](#). Secondo un [sondaggio](#) del **30 aprile** pubblicato da Channel 10, se le elezioni avessero luogo ora, *Yesh Atid* otterrebbe più voti del *Likud*, guidato da Netanyahu (25 seggi rispetto a 23).

Lapid, negli ultimi mesi, ha concesso solo caute e misurate apparizioni nei media, attuando una strategia volta ad evitare errori imprevisti e preservare lo status quo, che lo vede, più per demerito del mondo partitico israeliano che per merito proprio, come favorito nelle prossime elezioni. Il prezzo di tale comportamento, tuttavia, è l'immagine di un leader che cerca di ottenere preferenze tra il pubblico generalista a scapito di politiche chiare e posizioni significative.

Lapid ha fortemente evitato di assumere toni o sposare cause che potessero identificarlo con il blocco politico di sinistra, cercando altresì di attrarre gli elettori scontenti provenienti sia dal Campo Sionista¹⁶¹² di Herzog, che dal partito del Presidente Netanyahu.

Con un simile atteggiamento, dai risultati altalenanti, Lapid sta dunque silenziosamente cercando di assumere la guida di una sorta di unità nazionale, esperimento rischioso nella esasperata esperienza di divisione partitica israeliana.

Stando al sondaggio citato, se Lapid convincesse il ministro della Difesa Avigdor Liberman con i sei seggi che al suo partito di destra *Yisrael Beitenu* vengono attribuiti, così come anche la mezza dozzina di seggi attesi in quota del partito *Kulanu* del ministro delle Finanze Moshe Kahlon, e mobilitasse il sostegno de Il Campo Sionista di centro-sinistra, il partito di *Meretz* di sinistra e la Lista Congiunta araba (*Joint List*), sarebbe in grado di sbarrare la strada a Netanyahu per un quinto mandato come Primo Ministro.

Nonostante possa tuttavia essere plausibile avere un nuovo inquilino nella residenza ufficiale del Primo Ministro di Gerusalemme dopo le prossime elezioni, ad una analisi delle odierne istituzioni statali israeliane, appare difficile che il prossimo Premier (che sia nuovamente Netanyahu o Lapid) riesca a portare una trasformazione significativa della realtà politica in Israele - un obiettivo che sembra, allo stato attuale, impossibile per qualsiasi realistico Governo del breve termine.

AVODÀ E ZIONIST CAMP, TUTTI CONTRO TUTTI

Poco prima della visita ufficiale a Mosca di Herzog il **5 marzo**, svolta in qualità di capo delle opposizioni, è stata finalmente fissata una data per le primarie laburiste per la scelta del Presidente del partito: **3 luglio 2017**. Almeno teoricamente, un simile evento dovrebbe aiutare il Partito laburista a riavviarsi e prepararsi alle prossime elezioni generali. In linea di principio infatti, elezioni primarie con la partecipazione di decine di migliaia di militanti sono sempre una dimostrazione di forza ed una espressione della forza democratica del partito. In realtà, ancora prima di avvenire, queste primarie stanno già danneggiando il Partito Laburista israeliano.

A causa di una assoluta abbondanza di candidati - alcuni dei quali non sono nemmeno familiari al bacino di elettori laburisti - non è più chiaro chi sia realmente contro chi. Solo tra i nomi più noti, sono almeno sette i candidati da menzionare: il Presidente del partito Isaac Herzog; l'ex presidente del partito Amir Peretz; il parlamentare Amar Bar Lev; un altro membro della *Knesset* Erel Margalit; l'ex

¹⁶¹² Anche Zionist Camp o Machanè Sionì, coalizione di partiti di cui Avodà (Partito Laburista israeliano) è il partito principale

ministro Avi Gabai, che ha recentemente aderito al partito; l'attivista Eldad Yaniv ed il professor Avner Ben-Zaken. L'ex Generale Yom-Tov Samia sta ancora considerando la candidatura, così come Cabel, le cui posizioni sono tuttavia messe in discussione da gravissimi scontri interni con il leader del partito Herzog.

Le probabilità che l'elezione di un nuovo Presidente porti ad un aumento significativo dei consensi per *Avodà* nei sondaggi sembra minima. Chiunque venga scelto avrà difficoltà a riabilitare il partito dopo 2 anni e mezzo persi nell'opposizione, periodo che ha indiscutibilmente visto Yair Lapid mettere in ombra i laburisti e imporsi come alternativa principale a Netanyahu.

Mentre *Avodà* continua ad inciampare, Lapid studia da Premier e sfrutta i risultati di una strategia ben calibrata, convocando una conferenza stampa a Tel Aviv il **7 marzo** in cui ha presentato sette capi delle autorità regionali che hanno lasciato i Laburisti ed il *Likud* per *Yesh Atid*. Oltre all'incidenza sul morale del partito, una simile mossa ha conseguenze politiche reali. In Israele infatti, i capi delle autorità regionali sono solitamente il sismografo che prevede il decollo o il crollo politico di un partito, poiché cercano tradizionalmente di connettersi al partito di Governo e ai suoi fondi.

È certamente troppo presto per determinare chi sarà il candidato Labour a correre contro Lapid, o per sapere se il Primo Ministro Benjamin Netanyahu sopravvivrà alle indagini contro di lui e riotterrà una maggioranza nelle prossime elezioni, ma nonostante tutto, sembra che il leader di *Yesh Atid* sia pronto per la battaglia.

Rispetto a Lapid e al suo partito, la situazione di *Avodà* appare grigia. Una risposta comune, ma parziale, alle tendenze masochiste del partito laburista viene spesso fornita analizzandone il Dna. Nel corso degli anni, i leader sconfitti nelle varie elezioni parlamentari sono stati puntualmente destituiti con disonore: Shimon Peres, l'ex primo ministro Ehud Barak, Amram Mitzna, Amir Peretz, Shelly Yachimovich e ora anche Isaac Herzog.

Il confronto con il *Likud* dimostra che il partito al potere ha un DNA diverso, che lo porta a stringersi intorno al Presidente e proteggerlo in quasi tutte le circostanze, anche quando è coinvolto in indagini penali.

Qualunque sia la ragione, ricorrere al Dna del partito significa però perdere di vista il quadro più grande. Il Partito laburista è in evidente crisi di leadership dall'assassinio del primo ministro Yitzhak Rabin del 1995. Da allora, e ormai da due decenni, ha perso la capacità di offrire un'alternativa chiara e ragionata alle destre israeliane, ondeggiando tra l'essere membro di coalizioni di centro-destra guidate dal *Likud*, o partito d'opposizione senza reali proposte alternative.

Per formare un blocco politico stabile in grado di sbarrare la strada di Netanyahu e bloccare la fuoriuscita di elettori di *Avodà* verso Lapid, il prossimo leader del Campo Sionista (coalizione di cui *Avodà* è il membro principale) avrà bisogno di

capacità acrobatiche. Necessiterà infatti di presentare un progetto diplomatico e di sicurezza che gli elettori di *Meretz* possano sostenere e su cui gli elettori della *Joint List* araba non obiettino- e, d'altra parte, un progetto che possa non essere respinto dagli elettori pragmatici di centro-destra. In termini di politiche sociali la proposta dovrà essere sufficientemente socialista e attenta al tema dei diritti umani da convincere gli elettori di sinistra e gli strati più deboli della popolazione e allo stesso tempo capace di includere anche l'elettorato stabile di *Yesh Atid*.

Una vittoria nelle primarie laburiste dell'ex ministro della Difesa Amir Peretz o dell'ex ministro per la protezione dell'ambiente Avi Gabai renderebbe più facile i partiti che rivendicano la loro appartenenza alla sinistra allearsi con il *Machanè Sionì*. Peretz è infatti l'unico candidato del partito che ha presentato una piattaforma diplomatica dettagliata che comprende il riconoscimento immediato dei confini del 1967 come base per una soluzione a due Stati (inclusi alcuni scambi di territori). Le agende socioeconomiche dei due candidati non sono lontane dalle piattaforme di *Meretz* e *Hadash*¹⁶¹³. Ma, come sottolineano gli oppositori di un'alleanza simile, la cooperazione con partiti di sinistra potrebbe spaventare elettori del Campo Sionista, che si presenta come il blocco del centro.

MERETZ E LA BATTAGLIA PER LE PRIMARIE APERTE

“Se *Meretz* non si apre cesserà certamente di esistere”.

È questo il concetto, espresso il **14 marzo** dal segretario del partito Zehava Galon, in risposta alla decisione, presa lo stesso giorno dal comitato centrale del partito, di respingere la sua proposta di avere delle primarie aperte per l'individuazione del prossimo leader del partito.

Contro la proposta di Galon si è schierato il mk¹⁶¹⁴ Ilan Gilon, che ha anche annunciato la sua candidatura alla guida di *Meretz* nelle prossime elezioni (previste per l'inizio del 2019). Le reazioni alla sconfitta della proposta di Galon si sono inevitabilmente concentrate sul significato politico della lotta intestina di *Meretz*, ponendo purtroppo in secondo piano l'importante dibattito sulla possibilità di indire primarie aperte. La questione ha nel tempo acquisito molti sostenitori in un ampio spettro di forze parlamentari, includendo anche *Avodà* e *Hatnuà*, membri centrali del Campo Sionista.

La leader di *Hatnuà* Tzipi Livni, figura centrale nel panorama politico israeliano, sta spingendo da tempo perché l'intero blocco di centro-sinistra indichi delle primarie aperte, vedendo in tale soluzione una panacea di tutti i mali che ormai da molti anni affliggono le forze politiche di sinistra in Israele.

In qualità di presidente di un piccolo partito di sinistra con cinque seggi alla *Knesset*, Galon è ben consapevole che il futuro di *Meretz* dipende dalla capacità che il partito avrà

¹⁶¹³ Partito misto israelo-palestinese, ora parte della Joint List

¹⁶¹⁴ חבר הכנסת, *Chaver Knesset*, membro della Knesset

di espandere la propria base elettorale e di raggiungere un numero più ampio di giovani, di ebrei *Mizrahi* e più elettori dalle periferie. La testarda leader ha messo in gioco la sua leadership cercando di fare proprio questo, ed i suoi tentativi di ottenere primarie aperte mostrano quanto sia audace per due ragioni: in primo luogo, ammette che l'attuale dirigenza di *Meretz* non riesce ad andare oltre la sua fedele base della sinistra *Ashkenazi* di Tel Aviv; in secondo luogo, sta ponendo la propria posizione a rischio di propria iniziativa.

Dopo l'iniziale sconfitta, la leader presenterà, i primi di maggio, una ulteriore proposta per convincere il Comitato Centrale del partito, proponendo una serie di misure volte ad eliminare i dubbi circa la possibile affluenza di elettori di centro-destra¹⁶¹⁵ alle primarie, ed attende una risposta dal Comitato stesso che arriverà presumibilmente il **2 luglio**.

HABAYT HAYEHUDI, BENNET' COME POSSIBILE PROSSIMO PRIMO MINISTRO?

Il ministro dell'Istruzione Naftali Bennett ha vinto lo scorso **27 aprile** le primarie per la leadership del partito di destra *Habayt Hayehudi* e continuerà dunque a dirigere il partito nei prossimi anni.

In quello che appare con un risultato piuttosto prevedibile, il leader del partito ha vinto con una ampia maggioranza dell'80,3% delle preferenze, e con il 50.67% di iscritti al partito che hanno esercitato il loro diritto di voto in 68 centri elettorali organizzati in tutto il paese. (15.701 su 30.734).

Due i candidati avversari: Jonathan Baranski, un colonnello dell'esercito, residente e militante dell'insediamento di Eli, e Yitzchak Zaga, rabbino ed economista. Entrambi gli avversari sostenevano che Bennett abbia trasformato *Habayt HaYehudi* in un fenomeno momentaneo e "alla moda", oscurando la sua appartenenza al sionismo-religioso.

Mentre Bennett si vede come leader di tutta la destra dopo l'epoca di Benjamin Netanyahu, Baranski e Zaga avrebbero preferito mantenere *Habayt HaYehudi* come un partito prettamente settoriale, senza cercare di allargare la propria base elettorale con istanze neo-liberal che possano "ammorbidire" il volto del partito. Proprio prima dell'elezione, il **20 aprile**, Baranski [accusò](#) Bennett di "dissociarsi elegantemente dal vero cammino del sionismo religioso".

Soprattutto durante la parte finale della campagna, Baranski ha attaccato il suo rivale criticando la scarsa opposizione di Bennet alla creazione di uno spazio di preghiera separato gli ebrei riformati al Muro del Pianto e circa la questione dell'avamposto di Amona, evacuato il **2 febbraio** a seguito di una complessa decisione della Corte Suprema.¹⁶¹⁶

¹⁶¹⁵ Tra le altre, il pagamento di una quota e la necessità, per ogni candidato parlamentare, di essere previamente approvato da almeno 30 membri del Comitato Centrale del Partito.

¹⁶¹⁶ Si veda a questo proposito <http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/nomos/israele-enrico-campelli-un-nuovo-equilibrio-tra-i-poteri-effetto-trump-e-legislazione-controversa/>

Né i media né il sistema politico hanno tuttavia mostrato grande interesse per le primarie di *Habayt Hayehudi*. Non solo il risultato era del tutto prevedibile, ma il partito continua ad essere associato ad un particolare settore della popolazione, nonostante tutti gli sforzi di Bennett per allargare il bacino elettorale.

Per quanto il leader del partito voglia ambire al ruolo di prossimo Primo Ministro, le probabilità di arrivare ad un simile incarico come capo di un partito religioso ed identificato con i coloni, sono infatti, almeno al momento, estremamente esigue. Ciononostante, nessuno in Israele può negare come nel 2012 Bennett abbia preso la guida di un partito in aperto declino, con appena tre seggi nella *Knesset*, e lo abbia trasformato, nel giro di pochissimi anni, in una grande storia di successo. Sotto la sua guida infatti, il partito è arrivato a contare 12 seggi nel 2013 e 8 nel 2015, ricoprendo tuttavia incarichi governativi chiave ed ottenendo un peso specifico all'interno della coalizione di centro-destra senza precedenti.

HAMAS, NUOVA LEADERSHIP A GAZA

Il **18 febbraio** scorso è stata resa nota la scelta di Yahya Sinwar, come nuovo leader di *Hamas* a Gaza a seguito di una elezione segreta da parte delle alte sfere del movimento palestinese. Sinwar, liberato dopo più di 20 anni di carcere nel 2011 a seguito di una trattativa con Israele relativa alla liberazione del soldato rapito nel 2006 Gilad Shalit, sarà dunque d'ora in poi un importante attore degli equilibri israelo-palestinesi. Sinwar, in passato condannato a 4 ergastoli dai tribunali israeliani, sostituirà quindi Ismail Haniyeh, eletto nel 2012, e sarà chiamato ad affrontare una difficile fase di transizione dell'ala più radicale e violenta del mondo palestinese, affiancato da Khalil Al-Hayya, scelto come suo vice e consigliere politico.

PARLAMENTO

PETIZIONE IN RISPOSTA ALLA “REGULATION LAW”

ACRI, *Peace Now* e *Yesh Din* hanno presentato una [petizione](#) alla Corte Suprema di Giustizia il **5 marzo**, a nome di 27 consigli locali palestinesi e di 13 organizzazioni israeliane della società civile, nel tentativo di bloccare la *Regulation law*, mirata a legalizzare retroattivamente la costruzione illegale di insediamenti in terre private palestinesi.

I firmatari, rappresentati dagli avvocati Dan Yakir, Michael Sfard e Shlomy Zachary, Michal Ziv e Roni Pelli, hanno chiesto alla Corte Suprema di emettere un provvedimento provvisorio che impedisca l'attuazione dei processi di espropriazione della terra fino a quando la Corte non emetterà una sentenza definitiva. Secondo i dati delle Ong richiedenti, si stima che ci siano più di 8000 *dunami* di terre palestinesi private in Cisgiordania, in o nei pressi di insediamenti

su cui sono state istituiti insediamenti israeliani, illegali secondo il diritto internazionale.

La petizione chiarisce le modalità in cui la legge sull'esproprio viola i diritti umani fondamentali, contraddicendo la legge israeliana e la legislazione internazionale, nonché le disposizioni dello Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale, e riconoscendo nella legge dei meccanismi di “premio” per i contravventori, che avranno un impatto negativo sui diritti dei proprietari terrieri palestinesi e sul carattere democratico dello Stato di Israele.

TRAVEL BAN BILL

Così come il Presidente Donald Trump ha firmato il nuovo decreto circa divieto di ingresso negli Stati Uniti, Israele ha approvato il **6 marzo** la propria versione, formulando la possibilità, da parte delle frontiere o degli enti incaricati di fornire i visti, di proibire l'ingresso o negare il visto a coloro che sostengono le politiche di boicottaggio contro gli insediamenti in *West Bank* o che inneggiano alla distruzione dello Stato di Israele.

Già a febbraio Israele aveva negato un visto lavorativo ad Omar Shakir, direttore della sezione israelo-palestinese di *Human Rights Watch* (HRW), a causa di quello che il Ministero degli Affari Esteri ha definito "l'agenda ostile, estremista e anti-israeliana dell'organizzazione".

La legge, approvata in terza ed ultima lettura, è stata sostenuta dalla coalizione di centro-destra e l'opposizione compatta di tutti gli altri partiti, scatenando la reazione non solo degli attivisti di tutto il mondo, ma anche dell'*Israel Democracy Institute*, che ha espresso le sue perplessità nella persona di Mordechai Kremnitzer.

La legge, intesa come risposta diretta al movimento internazionale di boicottaggio (BDS), è stata fortemente voluta dal Premier Netanyahu, che ha fatto della battaglia contro il movimento BDS una priorità della sua amministrazione.

In risposta, i leader del movimento si sono detti certi del fatto che un simile provvedimento otterrà invece l'effetto opposto, aumentando il seguito internazionale dei sostenitori del BDS.

EMENDAMENTO ALLA BASIC LAW “THE KNESSET”

La Knesset ha approvato il **15 marzo** la seconda e la terza lettura dell'emendamento alla legge fondamentale “La Knesset”. Il disegno di legge è stato proposto dal Mks Oded Forer (*Yisrael Beitenu*) insieme ad un nutrito gruppo di mks. L'emendamento (n. 46) afferma all'articolo 7 bis che le liste elettorali, nonché i candidati individuali, saranno squalificati dalla competizione elettorale anche a causa di una retorica troppo aggressiva. I parlamentari saranno squalificati nei casi in cui mirino o operino, esplicitamente o implicitamente, a negare l'esistenza dello stato di Israele come uno stato ebraico e

democratico, facciano commenti razzisti o incitanti alla discriminazione, sostengano il terrorismo o la lotta armata contro lo stato di Israele. Il disegno di legge sottolinea che "le azioni di una persona" possano essere riconducibili anche alle sole dichiarazioni.

DIMISSIONI DEL MK GHATTAS

Basel Ghattas ha inviato il **19 marzo** le sue dimissioni allo Speaker della Knesset Yuli-Yoel Edelstein.

Ghattas, membro del partito arabo *Joint List*, ha firmato un accordo di patteggiamento in cui ha confessato di aver fornito dei cellulari di contrabbando ai prigionieri della prigione Ketziot nel Negev, accettando di scontare due anni di carcere e di dimettersi dal suo posto di membro della Knesset.

Ghattas sarà sostituito da Juma Azbarga, 59 anni, appartenente, come lui, al partito *Balad*, membro della coalizione *Joint List*.

CAPO DELLO STATO

RIVLIN E IL DISCORSO SUL RICORDO DELLA SHOAH

Nel suo [discorso ufficiale](#) al memoriale della Shoah del museo Yad Vashem lo scorso **23 aprile**, in occasione della giornata della Memoria israeliana, il Presidente israeliano Reuven Rivlin ha deciso di mettere in discussione, per la sorpresa di molti, l'idea che la Shoah debba essere "la lente attraverso cui vediamo il mondo."

Il discorso di Rivlin ha causato un vero e proprio terremoto nel paese, anche per l'audace affermazione che l'idea stessa che "qualsiasi critica dello Stato di Israele sia antisemitismo ... è fundamentalmente sbagliata ed è pericolosa per noi come Nazione e come popolo. Ancora di più, è pericolosa per la memoria della Shoah".

Sebbene le affermazioni del Presidente possano facilmente essere lette come un attacco diretto a Netanyahu, il cui approccio opposto alla questione è stato poi confermato nel suo intervento durante la stessa cerimonia; trascinare le affermazioni di Rivlin nell'arena politica sarebbe certamente riduttivo delle intenzioni del Presidente, chiaramente più interessato ad innescare una riflessione profonda all'interno della società israeliana circa la percezione del paese riguardo alla Shoah che a smentire l'approccio del Primo Ministro.

In quello che può essere stato inteso come un rimprovero al presidente americano Donald Trump per il suo rifiuto di menzionare specificamente gli ebrei nella sua dichiarazione per il Giorno Internazionale del ricordo delle vittime della *Shoah* del 27 gennaio scorso, Rivlin ha in primo luogo respinto la visione

"universale" della *Shoah*, che ignora l'unicità degli sforzi nazisti per sterminare la componente ebraica europea, descrivendo una tale posizione come "una perversione della storia" ed "un errore morale".

Il Presidente ha poi definitivamente abbandonato la retorica classica dei discorsi ufficiali per mettere in discussione anche la prospettiva opposta, in cui "la Shoah è diventata la lente attraverso cui guardiamo al mondo". È in questo passaggio che il Presidente, storico esponente del *Likud* e rivale di Netanyahu, ha sfidato le "lenti" attraverso cui molti israeliani, soprattutto orientati politicamente a destra, vedono il mondo e le molte sfide politiche e militari israeliane.

Secondo questo secondo approccio, identificato con Netanyahu, "la giustificazione per l'esistenza dello Stato di Israele è la prevenzione della prossima *Shoah*. Ogni minaccia è una minaccia per la sopravvivenza, ogni politico avversario alle politiche israeliane è Hitler. Secondo questo approccio, l'essenza della nostra identità ebraica collettiva è la fuga dal prossimo massacro. Il mondo è diviso in due: il "giusto tra le nazioni" da un lato e i nazisti antisemiti dall'altro. In ogni caso, qualunque critica dello Stato di Israele è antisemitismo. Questo approccio è fondamentalmente sbagliato ed è per noi pericoloso sia come Nazione come Popolo. Ancora di più, è pericoloso per il ricordo della Shoah".

Rivlin ha quindi proposto un terzo approccio, che rende possibile ricordare la Shoah come un crimine umano inconcepibile, diretto al popolo ebraico con un piano metodologico per lo sterminio, e contemporaneamente adottare un atteggiamento sano e maturo verso quello che è accaduto e verso le complesse sfide legislative e politiche che quotidianamente Israele affronta. "Baderemo sempre alla nostra difesa ... lo Stato di Israele non è un compenso per lo sterminio, ma quanto successo ci insegna invece che dobbiamo prendere il destino nelle nostre mani."

Nonostante, come detto, Rivlin sia uno storico esponente del *Likud* e un politico liberale di centro-destra, è evidente come le sue posizioni siano "filosoficamente" distanti da quelle di molti esponenti del "nuovo" *Likud*, formazione che sembra, negli ultimi anni, pagare un dazio altissimo, in termini di democraticità, per una alleanza vitale con le destre iper-nazionaliste e populiste. E' proprio questo spostamento ideologico del suo partito di appartenenza, che si traduce spesso in disegni di legge assai controversi, che sembra essere il vero obiettivo dell'importante discorso di Rivlin.

LA CONTRO-RIVOLUZIONE COSTITUZIONALE DI SHAKED

In una decisione che sposta gli equilibri di potere presso la Corte Suprema israeliana, il *Judicial Appointments Committee* ha annunciato il **22 febbraio**, dopo mesi di intensissima battaglia tra Shaked, Ministro della Giustizia e Miriam Naor, Presidente della Corte Suprema, la nomina di quattro nuovi giudici della Corte, tre dei quali sono considerati di orientamento conservatore.

I quattro sono il giudice del Tribunale distrettuale di Gerusalemme David Mintz, il presidente della Corte Distrettuale di Haifa Yosef Elron, il giudice del Tribunale distrettuale di Haifa Yael Willner e il giudice del Tribunale distrettuale di Tel Aviv George Karra. Tutti i nuovi giudici entreranno ufficialmente in servizio nel prossimo anno.

Dei quattro, Karra è l'unico la cui candidatura era stata sostenuta fin dall'inizio dai tre giudici della Corte Suprema membri del *Judicial Appointments Committee*: Tra gli altri tre, la cui nomina rappresenta una grande prova di forza per Shaked e il suo lavoro di “contro-rivoluzione” costituzionale, tutti considerati conservatori, due, Mintz e Willner, sono religiosi, ed Elron è di retaggio *mizrahi*.

Il ministro della Giustizia Ayelet Shaked, che presiede il *Committee*¹⁶¹⁷, ha lodato il risultato affermando come le nuove nomine riflettano la diversità umana e giuridica così necessaria nella società israeliana e che fino ad ora non è stata rispecchiata nella Corte più alta del paese.

La nomina di quattro nuovi giudici alla Corte Suprema è senza dubbio il risultato più importante della rivoluzione politica e sociale portata avanti dal governo attuale e appare come un traguardo destinato a modificare fortemente l'orientamento della Corte

Il ministro della Giustizia Ayelet Shaked ha ripetutamente promesso di mutare sensibilmente lo spirito del ramo giudiziario in Israele e ha, con una mossa che avrà impatto sulle decisioni giudiziarie e sulla democrazia israeliana per molti anni a venire, intrapreso un passo importante verso l'adempimento delle sue promesse.

Le posizioni di Shaked, eletta nelle file di *Habayt Hayehudi*, sono ormai note ai commentatori israeliani: tra le più costanti e chiare vi è infatti l'inversione della “rivoluzione costituzionale” iniziata dall'ex Presidente della Corte Suprema Aharon Barak, e simbolo di un periodo di grande attivismo giuridico dell'ordinamento israeliano.

A questo proposito, il Ministro vuole ridurre le possibilità di accesso alla Alta Corte di Giustizia, ed eliminare la possibilità di accesso alla Corte per soggetti giuridici pubblici come legislatori e Ong.

¹⁶¹⁷ Come stabilito dalla Basic Law *The Judiciary* art.4 comma b del 1984.

L'annuncio a sorpresa del **7 marzo** con cui il giudice Yoram Danziger annuncia il suo ritiro nel 2018 potrebbe intensificare la battaglia sulle nomine della Corte. Poiché anche il giudice Uri Shoham si ritirerà il prossimo anno, saranno due le posizioni che dovranno essere coperte nei prossimi mesi.

Dal momento che il Presidente della Corte Suprema, Miriam Naor, si ritirerà a settembre, i tre giudici supremi interni al *Committee* saranno guidati dal suo successore, il giudice Esther Hayut, la cui visione liberale e, in gran parte, attivista, peserà certamente nelle nuove nomine.

In un paese privo di una Costituzione scritta come Israele, è impossibile minimizzare l'importanza della Corte Suprema e dei suoi giudici. Le sentenze della Corte servono infatti come coscienza e bussola morale della società israeliana, costituendo la base valoriale del paese e cercando di mantenere saldi i principi della Dichiarazione di Indipendenza del 1948, in cui si auspicava l'istituzione di uno Stato ebraico e democratico. Tale formula, ad oggi, sembra ancora dover affrontare molte sfide prima di riuscire a concretizzarsi pienamente.

IL GIAPPONE DI ABE FRA LA CRISI NORDCOREANA ED IL NODO LEGISLATIVO DELL'ABDICAZIONE DELL'IMPERATORE AKIHITO*

di Michele Crisafi**

La politica estera e della difesa, essenzialmente attraverso i riflessi causati dalla crisi nordcoreana, è stata senza dubbio la *main issue* al centro del dibattito politico in Giappone nel primo quadrimestre del 2017. I test nucleari di Pyongyang sono stati infatti l'occasione non soltanto per propiziare un rafforzamento dell'alleanza Stati Uniti-Giappone – proprio all'indomani dell'insediamento di Donald Trump alla Casa Bianca – ma anche per saggiare le reazioni dell'opinione pubblica, domestica ed internazionale, circa la possibilità di modificare i parametri costituzionali di riferimento, incardinati, come noto, nell'art. 9, Cap. II¹⁶¹⁸. Mike Pence, Vice Presidente degli Stati Uniti in visita a Tokyo in aprile, durante una conferenza stampa congiunta con Asō Tarō, Ministro delle Finanze e *Deputy Prime Minister* del Governo Abe, ha ribadito come l'alleanza Stati Uniti-Giappone sia “la pietra angolare di pace, prosperità e libertà nella regione dell'Asia-Pacifico”.

Riprendono dunque momento le proposte finalizzate alla revisione della Costituzione del 1946-47, in concomitanza del 70° anniversario della sua entrata in vigore (promulgata il 3 novembre 1946 ed entrata in vigore il 3 maggio 1947), al termine di un controverso ed eccezionale processo di democratizzazione esogeno – monopolistico veicolato dagli USA¹⁶¹⁹.

Sul fronte politico interno, la maggioranza LDP – Nuovo Kōmeitō, rinforzatasi in termini parlamentari dopo le elezioni (luglio 2016) per il rinnovo parziale della Camera dei

* Contributo sottoposto a *peer review*.

** Dottorando di Diritto Pubblico, Comparato ed Internazionale, *curriculum* Teoria dello Stato ed Istituzioni politiche comparate, Dipartimento di Scienze Politiche, Università degli studi di Roma “La Sapienza”.

¹⁶¹⁸ “Rinuncia alla Guerra

Nella sincera aspirazione ad una pace internazionale basata sull'ordine e la giustizia, il popolo giapponese rinuncia per sempre alla guerra intesa come diritto sovrano della nazione, ed alla minaccia od all'uso della forza come strumenti di risoluzione delle controversie internazionali.

Per realizzare lo scopo del paragrafo precedente, non saranno mai mantenute forze di terra, di mare o di aria, così come altro potenziale bellico. Il diritto di belligeranza dello Stato non sarà riconosciuto”.

Cfr. http://japan.kantei.go.jp/constitution_and_government_of_japan/constitution_e.html. La traduzione è dell'autore, come altrove se non diversamente specificato.

¹⁶¹⁹ Cfr. in proposito F. Lanchester, *La rappresentanza in campo politico e le sue trasformazioni*, Milano, Giuffrè, 2006, p.143.

Consiglieri, deve affrontare il nodo legislativo della richiesta di abdicazione dell'Imperatore Akihito.

ELEZIONI

Nel mese di aprile il mondo imprenditoriale si è mosso in favore del mai dimenticato proposito del Primo Ministro Abe Shinzō di innovare la Costituzione. Il **27 aprile**, infatti, l'Associazione giapponese dei dirigenti d'azienda (*Keizai Dōyukai*) ha annunciato la rivivificazione di un comitato teso ad analizzare modifiche alla Costituzione. La medesima iniziativa aveva avuto luogo nel 2003, per poi cessare nel 2009. È significativo che al centro delle preoccupazioni del mondo affaristico giapponese vi sia la questione della sicurezza internazionale, che mette evidentemente in moto meccanismi economici di rilevante entità.

È possibile legare l'iniziativa all'eventualità di un prossimo scioglimento della Camera dei Rappresentanti sebbene, già nella conferenza stampa di Capodanno, il Primo Ministro abbia espressamente smentito l'ipotesi. La coalizione di governo detiene già i due terzi in entrambe le Camere della Dieta necessari all'approvazione di emendamenti alla Costituzione (salvo poi dover affrontare un referendum popolare dall'esito tutt'altro che scontato, malgrado il forte e crescente *approval rating* del Gabinetto Abe). Tuttavia, anche sulla scorta del perdurante *malapportionment* in entrambi i rami della Dieta – peraltro sanzionato dalla Corte Suprema con la [Sent. 2015 \(Gyo-Tsu\) 253, Minshū Vol. 69, No. 7, del 25 novembre 2015](#) – è imminente una proposta di ridisegno della demarcazione dei collegi elettorali per la Camera bassa. Una volta presentata la proposta, la Camera dei Rappresentanti potrà appropriarsene od apportarvi modifiche, procedendo in ogni caso ad una revisione della Legge sull'elezione ai pubblici uffici. Una dissoluzione anticipata della Camera bassa permetterebbe all'LDP ed all'alleato Nuovo Kōmeitō di andare a votare con la vecchia demarcazione dei collegi, con la quale ha già vinto, seppur censurata dalla Corte Suprema per la disparità in termini di peso dei voti, evitando al contempo la faida intrapartitica che conseguirebbe naturalmente la scelta di chi e dove candidare i propri membri con il nuovo disegno dei collegi elettorali. In terzo luogo, in estate avranno luogo le elezioni per l'Assemblea Municipale di Tokyo, obiettivo caro all'alleato Nuovo Kōmeitō: in quest'ottica un'elezione potrebbe fare da traino all'altra. Molto dipenderà dalle *performances* dell'economia giapponese: sul fronte domestico attraverso le misure della Abenomics e dell'approvazione del bilancio per l'anno fiscale 2017; nello scenario internazionale rimane la Trans-Pacific Partnership (TPP), orfana dal 23 gennaio degli Stati Uniti, prezioso ed insostituibile alleato sul piano della sicurezza, concorrente commerciale su quello economico. Il parametro politico più importante su cui verrà misurata la

resilienza del Primo Ministro giapponese sarà probabilmente il rendimento dell'economia del suo Paese.

DIETA

I PRIMI PASSI PARLAMENTARI DELLA LEGGE PER L'ABDICAZIONE DELL'IMPERATORE AKIHITO

Come è noto, l'8 agosto 2016 l'Imperatore Akihito ha trasmesso un eccezionale messaggio televisivo, nel quale ha affrontato il tema di “quale dovrebbe essere il ruolo desiderabile di un Imperatore quando anche l'Imperatore stesso diventa di età avanzata. [...] Ho già 80 anni, ed al momento godo fortunatamente di buona salute. Tuttavia, quando considero che la mia forma fisica sta gradualmente declinando, sono preoccupato che possa diventare difficile portare avanti con tutto me stesso, come ho fatto sinora, i miei doveri di simbolo dello Stato”.

Ricalcando fedelmente la lettera del testo costituzionale, che all'art.1 designa l'Imperatore come “simbolo dello Stato e dell'unità del popolo”, il messaggio imperiale si scontra tuttavia tanto con un dettato costituzionale che lo estromette dal circuito politico, quanto con una [Legge sulla Casa Imperiale](#) che non prevede (e quindi esclude) la facoltà di abdicare al Trono del Crisantemo. L'art. 4 della Legge afferma infatti che “al decesso dell'Imperatore, l'erede accede immediatamente al Trono”.

Ancora una volta, ed è una costante nella storia costituzionale giapponese, al centro del dibattito si pone la c.d. *kokutai*, una categoria del tutto nipponica che non ha controparti di tipo occidentale. Spesso declinata come *national polity* nella letteratura anglosassone sul tema, la *kokutai* affonda le proprie radici nel legame che nel corso dei secoli ha stretto la figura imperiale con il popolo giapponese, attingendo dunque più a considerazioni circa la forma di Stato che non alla forma di governo (*seitai*).

Sulle possibili angolazioni da cui affrontare la vicenda, da un lato si fronteggiano le posizioni ideologiche del bipolarismo giapponese, con la destra radicale del tutto contraria ad ogni forma di abdicazione e la sinistra progressista che spera in una revisione *tout court* della Legge sulla Casa Imperiale che preveda espressamente la facoltà di abdicare, magari aprendo alle donne la successione al trono. L'art. 5 della Legge sulla Casa Imperiale prevede infatti che “il Trono Imperiale si succede ad un maschio nella linea maschile appartenente al lignaggio imperiale”.

D'altro canto, la dinastia imperiale è da tempo considerata a rischio estinzione, vuoi per l'esclusione dalla stessa nel 1947 di 11 rami cadetti e collaterali, vuoi per l'art. 12 della Legge sulla Casa Imperiale, per il quale “perderà lo *status* di membro della famiglia imperiale una donna della famiglia imperiale che sposi una persona diversa dall'Imperatore o da un membro della famiglia imperiale”. D'altro canto è ragionevole sostenere che

l'aridità e la severità della Legge del 1947, entrata in vigore congiuntamente alla Costituzione, avessero lo scopo di blindare al contempo l'istituzione imperiale e l'Imperatore del tempo, quell'Hirohito in ogni caso protagonista del militarismo giapponese della Seconda Guerra mondiale. Vi è da aggiungere che la facoltà per le donne di succedere al trono era stata già analizzata e sostanzialmente caldeggiata (pp. 328-329) da uno [studio della Commissione di Ricerca sulla Costituzione della Camera dei Rappresentanti](#), all'opera nel quinquennio 2000-2005.

Se è comunque incontrovertibile che la storia imperiale giapponese abbia visto numerose abdicazioni, questo non è mai successo in regime costituzionale, e la coalizione LDP – Nuovo Kōmeitō ha all'uopo dato vita ad un *panel* di esperti per assicurare una continuità all'istituzione imperiale per molti versi senza precedenti.

Parallelamente a tale iniziativa governativa, nella 193esima sessione della Dieta (20 gennaio – 18 giugno) si avviavano i tentativi di conciliazione per raggiungere il consenso più ampio possibile circa l'abdicazione del “simbolo dello Stato e dell'unità del popolo”. Il risultato è una bozza di disegno di legge, dapprima presentata al Governo il 17 marzo, poi parzialmente modificata il 27 aprile. La strada tracciata è una legge *ad hoc* intitolata “misure speciali della Legge sulla Casa Imperiale concernenti l'abdicazione dell'Imperatore e questioni collegate”. In essa è previsto che la data esatta dell'abdicazione di Akihito sarà stabilita con un atto del Governo, entro un periodo di tre anni dalla promulgazione della legge. È presumibile che si intenda far coincidere l'abdicazione dell'Imperatore con il mese di dicembre del 2018, quando Akihito compirà 85 anni, nel 30° anno Heisei.

Resta tuttavia da decifrare una vasta gamma di previsioni accessorie, fermo restando che il Governo ha calendarizzato per il mese di maggio la stesura definitiva di un testo da sottoporre alla Dieta. La preoccupazione preminente concerne il pericolo della percezione di un doppio simbolo dello Stato, posto che il principe ereditario Naruhito ascenderà al trono immediatamente dopo che l'abdicazione avrà prodotto i propri effetti. Se da un lato la legislazione speciale apparentemente non muta il rigido protocollo prescritto dalla vigente Legge della Casa Imperiale, tuttavia l'abdicazione di Akihito costituirà giocoforza un precedente concreto per i suoi successori al Palazzo Imperiale, per di più in funzione del coinvolgimento nel processo del Consiglio della Casa Imperiale, che sovrintenderà le operazioni. Il Consiglio è disciplinato dal Cap. 5, artt. 28-37 della Legge sulla Casa Imperiale. È composto di dieci membri e presieduto dal Primo Ministro. Decide a maggioranza qualificata di due terzi dei suoi membri, ovvero con la medesima maggioranza che la Costituzione (art. 96) richiede per procedere ad una revisione costituzionale. In considerazione inoltre del bicameralismo paritario giapponese, non è affatto scontato che il testo licenziato dal Governo non subisca innovazioni, anche significative, in sede parlamentare.

Anche il titolo da conferire ad Akihito, nonché la sede presso cui ospitarlo, ad abdicazione avvenuta, sono al centro di attenta considerazione. La residenza identificata è con ogni probabilità quella di Akasaka, Tokyo, dove l'attuale coppia imperiale ha già

vissuto per circa 33 anni dal giugno 1960, fin quando i lavori per il rifacimento dell'attuale residenza imperiale terminarono nel 1993. Per quanto concerne il titolo, il *panel* di nomina governativa ha suggerito l'impiego del termine *joko*, abbreviazione di *daijo tenno*, conferito in era precostituzionale agli Imperatori che avevano abdicato. Per l'Imperatrice Michiko il *panel* ha proposto la creazione del nuovo termine *jokogo*, ovvero consorte di *joko*.

GOVERNO

LA GESTIONE DELLA CRISI NORDCOREANA

Il **29 aprile** un missile è partito dalla base di Pyeongannam-do, vicino a Pukchang, Corea del Nord. Pur esplodendo in aria, decretando sostanzialmente il fallimento di questo ennesimo test missilistico nordcoreano, si tratta del terzo lancio del mese di aprile, il nono da quando D. Trump ha assunto la presidenza degli Stati Uniti, il cinquantesimo da quando Kim Jong-un è succeduto al padre Kim Jong-il (2011).

Nel discorso di capodanno, la Guida Suprema della Repubblica Popolare Democratica di Corea ha annunciato che il Paese è entrato nella “fase finale di preparazione per il lancio di prova di un missile balistico intercontinentale”, perciò in grado non semplicemente di colpire le basi statunitensi dislocate nell'Asia-Pacifico, ma lo stesso territorio nordamericano. Lo stesso Segretario di Stato Rex Tillerson ha espressamente dichiarato che “la minaccia di un attacco nucleare nordcoreano su Seul, o su Tokyo, è reale. Ed è verosimilmente soltanto una questione di tempo prima che la Corea del Nord sviluppi la capacità di colpire il suolo statunitense”.

Il **20 gennaio** il Primo Ministro giapponese Abe Shinzō, nel discorso di apertura della 193esima sessione della Dieta, ha dichiarato che “è totalmente inaccettabile che la Corea del Nord lo scorso anno abbia effettuato due distinti test nucleari e dato luogo al lancio di più di 20 missili balistici. Oltre alle sanzioni basate sulle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza, il Giappone ha implementato le proprie misure in cooperazione con le altre nazioni interessate. Sulla scorta delle *policies* di «dialogo e pressione» e di «azione per azione», chiediamo fortemente che la Corea del Nord prenda misure specifiche per risolvere complessivamente le questioni legate ai suoi programmi nucleari e di missili balistici”.

La minaccia del programma nucleare di Pyongyang si inserisce infatti nella regione strategicamente più importante del globo. In Asia-Pacifico, anche in funzione dello spostamento verso ovest degli assi geopolitici planetari (dal Mediterraneo all'Atlantico sino al Pacifico del Nord), si scontrano gli interessi cinesi, russi e nippo-statunitensi; si pensi che nel 2015, nella classifica dei primi dieci porti con maggiore traffico commerciale, sette sono cinesi, uno è Singapore, un altro sudcoreano e soltanto il porto di Dubai è al di fuori della regione.

Non incidentalmente, gli incontri ed i colloqui al massimo livello fra Giappone e Stati Uniti non sono mai stati tanto frequenti: in conferenza stampa congiunta col Presidente Trump, Abe dichiara il **10 febbraio** alla Casa Bianca: “questa è la quarta volta in sei mesi che visito gli Stati Uniti. L’ultima volta è stata a Pearl Harbor, Hawaii, alla fine dello scorso anno”, a testimonianza di uno sforzo congiunto teso a mostrare all’opinione pubblica internazionale la comunanza di interessi dei due Paesi al di là delle atrocità della Seconda Guerra mondiale. E sempre non casualmente, il Governo di Tokyo coglie ogni occasione per porre l’accento sulle dispute territoriali in corso con la Cina, la Corea del Sud e la Russia.

Nell’incontro del 10 febbraio, i due capi di Governo hanno concordato sul fatto che le isole Senkaku-Diaoyutai, contestate sia con la Cina che con Taiwan, ricadono sotto l’ombrello dell’art.5 del Trattato di Sicurezza fra Stati Uniti e Giappone, nel testo del 1960. Segnatamente, “ciascuna Parte riconosce che un attacco armato contro una di loro compiuto nei territori sotto l’amministrazione del Giappone sarebbe pericoloso per la propria pace e sicurezza e dichiara che agirebbe, in accordo con le rispettive procedure e previsioni costituzionali, per contrastare il pericolo comune. Tale attacco armato ed ogni misura presa in conseguenza di questo saranno immediatamente riferiti al Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite in accordo con le previsioni dell’Articolo 51 della Carta”. Tali misure termineranno quando il Consiglio di Sicurezza avrà intrapreso le azioni necessarie a ripristinare e mantenere la sicurezza e la pace internazionali”.

Le isole, sostanzialmente disabitate, annesse all’Impero giapponese dopo la vittoria nella prima guerra sino-giapponese (1895), entrarono sotto amministrazione statunitense al termine del secondo conflitto mondiale. Nel 1968-1969, l’ECAFE, *United Nations Economic Commission for Asia and the Far East* – diventata ESCAP (*Economic and Social Commission for Asia and the Pacific*) nel 1974, sempre sotto l’egida delle Nazioni Unite – ha condotto un sondaggio che ha rivelato la possibile presenza di risorse petrolifere nell’area circostante, e la contesa vera e propria per la sovranità sulle Senkaku ha inizio nel 1971-72, con la restituzione all’amministrazione giapponese della Prefettura di Okinawa attraverso l’omonimo Trattato. In quest’ottica la dichiarazione del 10 febbraio può suonare come un avvertimento indirizzato tanto alla Corea del Nord quanto alla Cina, esattamente come le operazioni navali congiunte nippo-statunitensi nel Mar Cinese orientale, nominalmente in risposta alle provocazioni di Pyongyang.

Altro aspetto che lega Tokyo e Washington in ordine alle relazioni con la Corea del Nord concerne i casi di rapimenti. Il Governo giapponese, nella figura del Ministro Katō Katsunobu, titolare della delega sulla questione dei rapimenti, ha redatto un corposo [dossier](#) sui cittadini giapponesi sequestrati o comunque arrestati e scomparsi in Corea del Nord fra gli anni 70 ed 80 del XX secolo. Se finora sono 17 i cittadini giapponesi ufficialmente così codificati, il **22 aprile** stessa sorte è toccata a Tony Kim, di passaporto statunitense ed origine coreana (è infatti anche conosciuto come Kim Sang-duk). L’uomo ha trascorso un mese ad insegnare contabilità presso l’Università di Scienza e Tecnologia di Pyongyang,

e sarebbe stato arrestato, con accuse ancora poco chiare, subito prima di salire su un aereo che lo avrebbe portato fuori dal Paese.

LA DISPUTA TERRITORIALE CON LA ROK E LA VISITA IN RUSSIA

Il **21 gennaio** il Ministro degli Esteri giapponese Kishida Fumio ha sollevato una protesta diplomatica nei confronti della Corea del Sud a proposito delle isole contese Dodko-Takeshima. Il sito ufficiale delle Olimpiadi invernali di Pyeongchang 2018 fa riferimento alle isole impiegando il solo nome coreano Dodko (così come il Mar del Giappone è citato col toponimo Mare dell'Est). Inoltre il sito afferma che “le Dodko occupano un posto speciale nel cuore dei coreani, perché sono fieri di difendere la parte più ad est del territorio della Corea”.

Il **27 aprile** il Primo Ministro giapponese Abe Shinzō ha incontrato il Presidente della Federazione russa Vladimir Putin in occasione del 17° Summit russo-giapponese. Vale la pena ricordare che dal termine della Seconda Guerra mondiale Russia (già URSS) e Giappone non hanno mai concluso un trattato di pace, dopo la dichiarazione di guerra del 9 agosto 1945. In questo contesto, le forze sovietiche occuparono parte delle isole Kurili, dando luogo alla contesa per i “Territori del Nord”. Anche in questo caso il Governo giapponese, attraverso il Ministero per gli Affari Esteri, ha redatto uno specifico *dossier*. Il 19 ottobre 1956, tramite la Dichiarazione Congiunta URSS-Giappone, i due Paesi hanno messo fine allo stato di guerra e ripristinato le normali relazioni diplomatiche, rinviando la risoluzione della questione dei Territori del Nord ai negoziati per un trattato di pace vero e proprio. Come recita espressamente il punto 9 della Dichiarazione, “L’Unione delle Repubbliche Socialiste Sovietiche ed il Giappone concordano nel continuare i negoziati per la conclusione di un Trattato di Pace, dopo il ripristino delle normali relazioni diplomatiche fra gli stessi Paesi.

In connessione a questo, l’Unione delle Repubbliche Socialiste Sovietiche, intendendo venire incontro ai desideri del Giappone e prendendo in considerazione gli interessi dello Stato giapponese, concorda nel trasferire al Giappone le isole Habomai e l’isola di Shikotan, trasferendo effettivamente tali isole al Giappone dopo la conclusione di un Trattato di Pace fra l’URSS ed il Giappone”.

Nell’incontro del **27 aprile** i due *leaders* hanno convenuto di favorire agli *ex* residenti dei Territori del Nord delle visite speciali via aeroplano alle tombe di famiglia, esprimendo la convinzione che tali sforzi possano promuovere fra i cittadini delle isole contese la consapevolezza dell’importanza del processo teso alla conclusione di un formale trattato di pace.

LE DIMISSIONI DEL MINISTRO PER LA RICOSTRUZIONE

Il **26 aprile** Imamura Masahiro, membro del Partito Liberal Democratico e Ministro per la Ricostruzione, ha rassegnato le proprie dimissioni dal Gabinetto Abe in seguito alle

reazioni scatenatesi ad un suo commento sul Grande Terremoto del Kantō del 2011. Il Ministro era già riuscito a schivare il fuoco di fila nei suoi confronti quando, agli inizi di aprile, aveva avuto un acceso scambio di opinioni con un giornalista che gli domandava se il Governo avesse avuto intenzione di sostenere gli “evacuati volontari” della Prefettura di Fukushima, dopo che il 31 marzo era scaduto il programma di supporto economico per le case messo in campo dal Governo locale. Gli “evacuati volontari” sono i cittadini residenti in prossimità della centrale numero 1 di Fukushima, le cui zone di residenza non sono state tuttavia designate zone di evacuazione obbligatoria. Imamura, dopo aver cacciato il cronista dalla sala stampa, intimandogli di non tornare mai più, ha risposto che la responsabilità dell’eventuale ritorno alle loro case degli evacuati volontari dovrebbe ricadere sulle spalle degli stessi cittadini e delle proprie decisioni.

Il punto di rottura è stato raggiunto il **25 aprile**, quando, durante una festa, il Ministro ha sostenuto che “è stato piuttosto positivo che il terremoto-maremoto abbia colpito la regione di Tōhoku e non da qualche parte vicino Tokyo, perché altrimenti avrebbe causato un enorme danno economico al Paese”. Il commento, trasmesso in video dalla NHK, ha stimolato le opposizioni e più in generale l’opinione pubblica giapponese a chiedere ed ottenere a stretto giro di posta da Abe la rimozione del Ministro, malgrado le scuse ed i tentativi di chiarificazione di quest’ultimo sin dal giorno successivo. Ad ogni modo, si tratta del terzo Ministro dimissionario per il Governo Abe-*ter*, nato nel dicembre 2014: in precedenza si erano dimessi il Ministro dell’Agricoltura Nishikawa Kōya (febbraio 2015), a causa di uno scandalo circa i finanziamenti della sua campagna elettorale, ed il Ministro dell’Economia Amari Akira (gennaio 2016) per un presunto caso di corruzione.

IL RIENTRO DELLE SDF DAL SUDAN DEL SUD

Il **10 marzo** il Governo ha deciso di avviare gradualmente il rientro delle *Japanese Ground Self Defence Forces* (d’ora in avanti JGSDF) dal Sudan del Sud, dove dal 2012 un contingente di 350 effettivi agisce nella operazione di *peacekeeping* UNMISS sotto l’egida delle Nazioni Unite, in ottemperanza alla Risoluzione 1996 (2011). La decisione cade dopo solo quattro mesi dall’implementazione del cosiddetto *security bill*, che estendeva alle SDF la possibilità di partecipare a PKO che includessero il controverso aspetto del *kaketsuge keigo* (lett. “soccorrere unità geograficamente distanti o personale sotto attacco”), sino allo scorso anno espressamente proibito perché ritenuto in contrasto con la lettera dell’art. 9 della Costituzione. Una nuova evoluzione cronologica della legislazione sulla sicurezza giapponese insomma, che sostanzialmente attua una leggera modifica della quinta fra le c.d. “cinque condizioni” che devono essere soddisfatte affinché un contingente giapponese possa essere inviato al di fuori del territorio nazionale:

1. Deve sussistere un cessate il fuoco;
2. Le parti interessate nel conflitto devono aver dato il proprio assenso all’operazione;

3. Le attività devono essere condotte in maniera strettamente imparziale;
4. La partecipazione può essere sospesa o terminata qualora una qualsiasi delle precedenti condizioni non sia più soddisfatta;
5. L'uso delle armi sia limitato al minimo necessario a proteggere la vita delle persone o del personale.

Il Primo Ministro Abe è stato sottoposto ad una pressione severa per la perdurante partecipazione delle JGSDF alla missione UNMISS, al punto di dichiarare di essere pronto alle dimissioni se un effettivo delle SDF dovesse risultare ferito o ucciso nel Sudan del Sud. In quest'ottica, la decisione di far rientrare il contingente giapponese lascia presagire una recrudescenza delle attività militari nel Paese africano. Non mancano considerazioni giuridiche: ad esempio sarebbe controverso deferire ad una corte marziale il caso di un incidente mortale che coinvolgesse un membro delle SDF, perché la Costituzione non consente al Giappone di dichiarare la legge marziale. Trattandosi al momento dell'unico impiego all'estero delle SDF, resta problematico conciliare questa decisione con la teoria del "contributo proattivo alla pace", principio cardine della *policy* sulla sicurezza giapponese.

Un quadrimestre di attesa . Il sistema istituzionale italiano tra fallimenti costituzionali e tentativi di rilancio*

di Marco Mandato** e Giuliaserena Stegher***

Il [disegno di legge di revisione costituzionale](#) cd. “Renzi-Boschi” (approvato in via definitiva dalla Camera dei Deputati il 12 aprile 2016) si poneva l’obiettivo di introdurre modifiche sostanziali all’assetto istituzionale della Repubblica, attraverso il superamento del bicameralismo perfettamente paritario e una maggiore razionalizzazione del rapporto tra gli organi attivi. Il Senato sarebbe divenuto, come previsto dal Legislatore costituzionale, una Camera rappresentativa degli enti territoriali, con una posizione a volte paritaria a volte subordinata nel procedimento legislativo rispetto a quella della Camera dei Deputati, la sola ad essere eletta a suffragio diretto e titolare del rapporto fiduciario con il Governo. A ciò, si aggiunga che ulteriori propositi erano quelli di ridefinire il rapporto centro-periferia, favorendo l’eliminazione della competenza concorrente e la ricentralizzazione delle competenze in capo allo Stato. Le relazioni tra il Legislatore statale e quelli regionali, infatti, sono divenute altamente conflittuali, come dimostrato dal cospicuo numero di pronunce del Giudice delle leggi, a partire dall’entrata in vigore della riforma del Titolo V, unanimemente criticata dalla dottrina costituzionalistica.

Il referendum costituzionale si è caratterizzato per l’ampia – e per certi versi inaspettata – affluenza alle urne, a riprova di come il suddetto “appuntamento” sia stato percepito dal corpo elettorale come uno dei più importanti, significativi e decisivi momenti della vita repubblicana. Tra l’altro appare doveroso precisare che il referendum si è distinto per una notevole ‘densità’ politica, che ha visto non solo il mondo politico, ma anche quello accademico attestarsi su posizioni diametralmente opposte sul metodo, nonché sul merito.

*Contributo sottoposto a *peer review*

** Dottorando di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale – Teoria dello Stato e Istituzioni politiche comparate, "Sapienza" Università di Roma.

*** Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale – Teoria dello Stato e Istituzioni politiche comparate, "Sapienza" Università di Roma.

Per quanto riguarda il metodo, dubbi e perplessità sono state sollevate da una parte della dottrina sia sull'iniziativa legislativa governativa, sia sulla "legittimità" di presentare agli elettori un quesito ampio e articolato, potenzialmente suscettibile di non garantire un consapevole esercizio del diritto di voto.

Ulteriori profili evidenziati da una parte della dottrina italiana sono emersi in considerazione dell'immediata personalizzazione del referendum da parte di Matteo Renzi, il quale già nella [conferenza stampa](#) di fine anno, tenutasi il 29 dicembre 2015, aveva fatto emergere la propria personale intenzione di vincolare il mandato all'esito referendario. Tuttavia, l'allora Premier, nei mesi successivi, anche in considerazione della pletora di critiche pervenute, ha cercato di riportare l'attenzione degli elettori sull'opportunità e sui benefici derivanti dall'entrata in vigore della riforma sull'architettura istituzionale del Paese.

La campagna elettorale referendaria è stata caratterizzata da profonde tensioni *inter* e *infra* partitiche, emerse soprattutto all'interno del Partito di maggioranza relativa, dove alcuni dissidenti hanno pubblicamente espresso la propria posizione contraria rispetto a quella del Segretario nazionale, facendo venir meno il proprio sostegno alla riforma.

La consultazione si è celebrata il **4 dicembre 2016** ed ha visto i sostenitori del "No" attestarsi su un 59,1%, a differenza dei "Si" i quali non hanno oltrepassato la soglia del 40,9 %. Le conseguenze politiche sono state dirompenti ed immediate. Difatti, a poche ore dalla chiusura dei seggi e dalla pubblicazione dei parziali [risultati](#), l'allora Presidente del Consiglio Renzi annunciava in diretta televisiva la remissione dell'incarico, dopo due anni di mandato e, a poche settimane di distanza, anche quello di Segretario del Partito Democratico.

A seguito di tale annuncio e dal confronto avuto con il Capo dello Stato Sergio Mattarella, si è palesata l'opportunità politica ed istituzionale di aprire formalmente la crisi, solo dopo l'approvazione della legge di bilancio. Così è stato.

Il **7 dicembre** il Presidente della Repubblica Mattarella riceveva al Quirinale Matteo Renzi, il quale, essendosi concluso l'iter parlamentare della predetta legge (di particolare rilievo non solo per le tempistiche, ma soprattutto per il rispetto degli impegni assunti in sede europea ed internazionale), rassegnava le dimissioni del Governo.

Il giorno successivo si è aperta la fase delle [consultazioni](#), in ragione delle quali sono

stati acquisiti i pareri dei Presidenti delle Camere, del Presidente Emerito della Repubblica e Senatore a vita Giorgio Napolitano e di ben ventitré gruppi parlamentari, che attualmente animano le Camere.

A seguito della [nomina](#) di Paolo Gentiloni a Presidente del Consiglio, avvenuta il **12 dicembre**, il nuovo Governo prestava giuramento nelle mani del Capo dello Stato. Nei giorni successivi (**13 e 14 dicembre**) chiedeva e otteneva la fiducia delle Camere giacché è ‘sopravvissuto’ il bicameralismo perfettamente paritario. Si rileva come nelle dichiarazioni delle principali forze politiche, il nuovo Esecutivo aveva il precipuo compito di ‘accompagnare’ il lavoro delle Camere nella modifica della legislazione elettorale in senso stretto.

L’attenzione mediatica è perdurata nelle settimane successive, in ragione del fatto che oggetto del confronto politico è stato il destino della legge elettorale, sottoposta a sindacato di costituzionalità.

Infatti, nel mese di gennaio, in un clima di profonda attesa, la Corte Costituzionale, riunitasi nel Palazzo della Consulta, si è pronunciata sui ricorsi presentati da cinque tribunali italiani sulla legge elettorale [n. 52 del 2015](#) - cd. *Italicum* -. È opportuno rammentare che l’udienza *de qua* era stata oggetto di rinvio, in quanto avrebbe dovuto tenersi nel mese di novembre 2016 (a ridosso della data indicata per il referendum), al fine di preservare il proprio ruolo da eventuali strumentalizzazioni politiche, in virtù della sua funzione di organo di controllo e di garanzia esterno al sistema. Peraltro, la delicatezza della questione non deve essere limitata solo alle contingenze del momento, ma estendersi sia alla natura della legge elettorale questionata (che si ricorda essere quella "più politica" che esista), sia considerata in relazione al fatto che nel giro di tre anni ben due sistemi elettorali sono stati oggetto di censura.

Si badi, inoltre, che la decisione della Corte potrebbe essere interpretata come un *assist* alle forze politiche, nell’ipotesi di esito negativo del referendum, di sfruttare un intervallo temporale tra il risultato referendario e la sentenza, per apporre modifiche unanimemente manifestate come necessarie e urgenti dai soggetti politicamente rilevanti.

PARTITO DEMOCRATICO

A seguito della sconfitta referendaria, si è aperta una fase particolarmente turbolenta all'interno del Partito Democratico. Il **19 febbraio** Renzi ha rassegnato le dimissioni da Segretario nazionale, aprendo così l'iter congressuale. A fronte delle tensioni che si sono accumulate con la minoranza interna, esponenti di rilievo del partito hanno promosso la scissione. La ragione di questo atto ha trovato giustificazione in una divergenza di vedute e di prospettive politiche.

Il **25 febbraio** i dissidenti hanno fondato il Partito "Articolo 1 - Movimento Democratico e Progressista" e, contestualmente, si è formata la corrispondente proiezione parlamentare all'interno di entrambe le Camere, che ha visto tra i fautori personalità come Pier Luigi Bersani, Massimo D'Alema, Guglielmo Epifani, Enrico Rossi, Roberto Speranza.

Le primarie interne al partito democratico, in cui si sono affrontati Matteo Renzi, Andrea Orlando (Ministro della Giustizia) e Michele Emiliano (Presidente della Regione Puglia), si sono articolate in tre fasi. La prima a livello dei circoli, cui hanno potuto partecipare solamente gli iscritti, ha visto la vittoria di Matteo Renzi con 176.743 voti (66,73%) rispetto ad Andrea Orlando che ha conseguito 66.917 voti (25,2%) e Michele Emiliano che ha ottenuto 21.219 voti (8,01%). I risultati sono stati ufficializzati il **4 aprile** dalla Commissione nazionale del Partito democratico.

Nella seconda fase si sono celebrate le primarie aperte, cui hanno potuto partecipare i cittadini. Il **30 aprile** Matteo Renzi ha ottenuto una ulteriore conferma.

L'ultima fase si è tenuta il **7 maggio** con lo svolgimento della Assemblea Nazionale del Partito, durante i cui lavori è stato proclamato Renzi come Segretario Nazionale.

MOVIMENTO 5 STELLE

A seguito dell'inchiesta condotta dalla Procura della Repubblica di Palermo sulle "firme ricopiate" depositate per la presentazione della lista per le elezioni comunali palermitane e la mancata autosospensione (secondo le regole interne previste del Movimento 5 Stelle), i parlamentari Riccardo Nuti, Giulia Di Vita e Claudia Mannino sono stati destinatari di un provvedimento di sospensione dal Movimento. A seguito di tale accadimento, i Deputati hanno deciso di autosospendersi dal Gruppo parlamentare.

SINISTRA ITALIANA

Dal **17 al 19 febbraio** a Rimini si è svolto il congresso fondativo di un nuovo partito, Sinistra italiana, risultante dalla fusione di formazioni politiche minori (Sinistra ecologia e libertà e Futuro a sinistra) a cui hanno aderito alcuni parlamentari precedentemente appartenenti al Movimento 5 Stelle. Il congresso ha eletto a Segretario nazionale Nicola Fratoianni, il quale ha sconfitto lo sfidante Arturo Scotto che, profondamente contrario al

progetto politico definito dai nuovi vertici, ha abbandonato la neonata formazione partitica aderendo ad "Articolo 1 - Movimento Democratico e Progressista".

NUOVO CENTRO DESTRA, ALTERNATIVA POPOLARE, AREA POPOLARE, UNIONE DI CENTRO

Il Gruppo parlamentare di Area popolare, composto dal Nuovo centro destra e dall'Unione di centro, ha assunto posizioni diametralmente contrapposte sul progetto di riforma costituzionale: Ncd favorevole, Udc contrario. La frattura ha causato la fuoriuscita dell'Unione di centro dalla coalizione parlamentare di Area popolare.

Da ciò sono scaturiti ulteriori e significativi episodi politici: il **18 marzo** il leader Angelino Alfano scioglieva ufficialmente il Nuovo centro destra, fondando una nuova formazione politica denominata Alternativa popolare.

Sul fronte opposto, esponenti di rilievo dell'Unione di centro come Pier Ferdinando Casini e Gianpiero D'Alia hanno abbandonato l'Udc, dando vita a una nuova forza di centro destra denominata Centristi per l'Europa.

PARLAMENTO

L'INVERNO DELLA LEGISLAZIONE

Il fallimento della riforma costituzionale e la formazione del nuovo Esecutivo hanno riversato i propri effetti sulla legislazione statale. Difatti, parrebbe profilarsi una sorta di torpore, dal momento che le leggi – in materia di Affari costituzionali – approvate in via definitiva risultano marginali, fatta eccezione per quelle di conversione dei decreti-legge e per la ratifica ed esecuzione di alcuni Accordi internazionali.

L'APPUNTAMENTO OBBLIGATO DEL DOCUMENTO DI ECONOMIA E FINANZA

Punto di svolta negli appuntamenti prefissati è rappresentato dal DEF, documento di economia e finanza (presentato come di consueto entro il 10 aprile di ogni anno) contenente tre elementi essenziali: lo schema del programma di stabilità sulla base delle richieste dell'Unione Europea; previsioni approssimative delle grandezze di finanza pubblica a legislazione vigente e invariata; il programma nazionale di riforme per il riequilibrio del sistema economico. Pertanto l'11 aprile il Consiglio dei Ministri ha approvato il [DEF 2017](#) e, a seguito di ciò, è stato trasmesso alle Camere nella medesima data.

AUDIZIONI IN MATERIA DI LEGGE ELETTORALE

Il dibattito sulla necessaria modifica della legge elettorale è stata concretamente avviata

nella seduta del **9 febbraio** della I Commissione Affari costituzionali della Camera dei Deputati, ove è iniziato l'esame delle proposte di legge ([C. 2352 e abb.](#)).

Il **28 febbraio** la stessa Commissione ha deliberato l'avvio della istruttoria legislativa e, a tal ragione, ha convocato esperti di diritto costituzionale italiano e comparato, provenienti da diversi poli universitari nazionali, per acquisirne i pareri. Le audizioni si sono tenute nelle sedute di [giovedì 2](#) e di [venerdì 3 marzo](#).¹⁶²⁰

I SINGOLI PROGETTI DI RIFORMA DELLA LEGGE ELETTORALE

Nel corso di questi mesi, è stato presentato un cospicuo numero di progetti di legge. [A quelli depositati alla data del 30 gennaio](#), si sono aggiunti i seguenti: [C. 4262](#), [C. 4265](#), [C. 4272](#), [C. 4273](#), [C. 4281](#), [C. 4284](#), [C. 4287](#), [C. 4309](#), [C. 4318](#), [C. 4323](#), [C. 4326](#), [C. 4327](#), [C. 4330](#), [C. 4331](#), [C. 4333](#), [C. 4363](#).

LA ROTAZIONE NELLA PRESIDENZA DELLA COMMISSIONE AFFARI COSTITUZIONALI DEL SENATO

A seguito della nomina di Anna Finocchiaro a Ministro dei Rapporti con il Parlamento, si è deciso di eleggere il Presidente della I Commissione Affari Costituzionali del Senato. Dopo una serie di contrasti e tensioni nella maggioranza, nella seduta del **5 aprile** è stato eletto il Senatore Salvatore Torrisi, con 16 voti a favore.

VERIFICA DEI POTERI

Si rileva che il **16 marzo** il Senato ha discusso la proposta di decadenza, deliberata dalla Giunta delle Elezioni e delle Immunità parlamentari, a proposito del Sen. Augusto Minzolini, condannato in via definitiva e sopravvenuto incandidabile, ex art. 3 d.lgs. n. 235/2012. Con 137 voti favorevoli, 94 contrari e 20 astenuti l'Assemblea ha approvato un ordine del giorno presentato da Forza Italia che proponeva di respingere la delibera di decadenza. Il **28 marzo** Augusto Minzolini ha presentato all'Ufficio di Presidenza la lettera formale di dimissioni, discusse ed accolte dell'Emiciclo nella seduta del **20 aprile** con 142 voti a favore, 105 contrari e 4 astenuti.

Nella medesima seduta, l'Assemblea del Senato ha respinto per la quinta volta consecutiva le dimissioni presentate dal Senatore del Movimento 5 Stelle Giuseppe Vacciano (con 90 voti a favore, 129 contrari e 7 astenuti), sconfessando la prassi fino a quel momento vigente, in base alla quale dopo la seconda votazione le dimissioni sono accettate dal *Plenum*.

GOVERNO

¹⁶²⁰ Una volta acquisiti i pareri, nel corso della seduta dell'11 maggio 2017, il Presidente della Commissione (nonché relatore) ha presentato una proposta di **testo base**.

DIMISSIONI DEL GOVERNO RENZI

Il **7 dicembre 2016** il Presidente del Consiglio Renzi rimetteva il mandato nelle mani del Capo dello Stato, rimanendo in carica per il disbrigo degli "affari correnti".

NOMINA E FORMAZIONE DEL GOVERNO GENTILONI

L'**11 dicembre 2016**, una volta conclusasi la prodromica fase delle consultazioni del Presidente della Repubblica, veniva affidato l'incarico all'On. Paolo Gentiloni Silveri di formare il nuovo Esecutivo.

Sciolta la riserva, il **12 dicembre** la nuova compagine governativa prestava giuramento nelle mani del Capo dello Stato, ponendosi in linea di continuità con il Governo precedente, come confermato dalla gran parte dei Ministri, fatta eccezione per alcuni determinati casi.

Il **13 dicembre** il Governo si presentava alla Camera dei deputati, ottenendo la fiducia con 368 voti favorevoli e 105 contrari; mentre, il **14 dicembre** si recava al Senato, incassando il voto favorevole di 169 senatori.

PROVVEDIMENTI ADOTTATI

Per quanto concerne i principali provvedimenti governativi approvati dal Governo Gentiloni nel primo quadrimestre di attività, si pone la giusta e doverosa attenzione su quelli di seguito riportati:

Il [D.lgs. n. 5/2017 del 19 gennaio 2017](#) recante l'adeguamento delle disposizioni dell'ordinamento dello stato civile in materia di iscrizioni, trascrizioni e annotazioni, nonché modificazioni ed integrazioni normative per la regolamentazione delle unioni civili, ai sensi dell'articolo 1, comma 28, lettere a) e c), della legge 20 maggio 2016, n. 76;

Il [D.lgs. n. 6/2017 del 19 gennaio 2017](#) recante modificazioni ed integrazioni normative in materia penale per il necessario coordinamento con la disciplina delle unioni civili, ai sensi dell'articolo 1, comma 28, lettera c), della legge 20 maggio 2016, n. 76;

La [legge n. 45/2017 del 7 aprile 2017](#) di conversione del decreto legge n. 8 del 2017 recante "Nuovi interventi urgenti in favore delle popolazioni e delle attività produttive colpite dagli eventi sismici del 2016 e del 2017";

Il [Decreto legge n. 50/2017 del 24 aprile 2017](#) recante disposizioni urgenti in materia finanziaria, iniziative a favore degli enti territoriali, ulteriori interventi in favore delle zone colpite da eventi sismici e misure per lo sviluppo.

CAPO DELLO STATO

L'ARMONIZZAZIONE DELL'ARCHITETTURA ELETTORALE

Nell'ultimo quadrimestre sono state frequenti le sollecitazioni espresse dal Capo dello Stato sulla urgente e prorogabile necessità di armonizzare la legislazione elettorale.

Si ricorda innanzitutto il [messaggio](#) del **10 dicembre 2016**, a conclusione delle consultazioni per l'individuazione della personalità più idonea alla formazione del nuovo Governo.

Sull'argomento il Presidente Sergio Mattarella è tornato nuovamente, dapprima il **20 dicembre**, in occasione della [cerimonia per lo scambio di auguri](#) con i rappresentanti delle istituzioni, delle forze politiche e della società civile; e successivamente nel [messaggio di fine anno](#), trasmesso a reti unificate il **31 dicembre**.

Più recentemente, il **26 aprile**, il Presidente della Repubblica ha incontrato i Presidenti del Senato e della Camera, Pietro Grasso e Laura Boldrini, [sollecitandoli](#) a manifestare alle forze politiche presenti in Parlamento la necessità di procedere alla modifica dei sistemi elettorali delle Assemblee, nell'ottica di una reciproca armonica coerenza.

CORTI

LA CORTE E L'ITALICUM, SENT. N. 35/2017

A fronte delle [questioni di costituzionalità](#) sollevate da cinque tribunali italiani (Milano, Torino, Perugia, Trieste, Genova), la Consulta si è focalizzata su due punti, censurandone la legittimità costituzionale. Preliminarmente, il Consesso ha ritenuto incostituzionali le disposizioni relative al ballottaggio, osservando che la normativa sottoposta al sindacato fosse pregiudizievole.

Conformemente a quanto già statuito con la [sent. n. 1/2014](#), il Giudice delle leggi non si esprime contrariamente alla previsione di un premio di maggioranza, potenzialmente atto a garantire una qualche forma di governabilità, purché non si verifichi una sproporzionata sovra-rappresentazione della lista ovvero coalizione uscite vincitrici dal *certamen* elettorale, dal momento che "il ballottaggio non è che una prosecuzione del primo turno di votazione, il premio conseguentemente attribuito resta un premio di maggioranza, e non diventa un premio di governabilità". In tal senso, la Corte ritiene che le suddette disposizioni siano intrinsecamente limitate poiché di primaria importanza sono la rappresentatività dell'Assemblea e l'eguaglianza del voto. Per di più, rileva la Corte, i predetti principi non sono salvaguardati dalle disposizioni cassate, in quanto una lista, laddove avesse ottenuto un numero non sufficientemente rappresentativo di consensi, oltre ad aver accesso al secondo turno di ballottaggio, avrebbe potuto ottenere il premio di maggioranza che le avrebbe consentito di poter contare su una quota di Deputati "maggiorata". In tal modo si sarebbero sacrificati e distorti i principi costituzionali richiamati.

L'altro punto questionato ha riguardato i capilista bloccati e in particolar modo le

pluricandidature che, ad opinione della Corte, inficiano il principio di eguaglianza del voto, anche in considerazione del fatto che assicurano al capolista un potere discrezionale. Non solo quello di optare per il collegio personale di elezione, ma altresì, di condizionare quello degli altri candidati verso i quali il corpo elettorale aveva espresso la propria preferenza. Successivamente, la Corte elenca i possibili parametri - oggettivi - per mezzo dei quali si potrebbe scegliere il collegio di elezione laddove il capolista ottenesse voti sufficienti in plurime circoscrizioni. Tra questi, il Consesso dei Giudici ricorda la reviviscenza del sorteggio, criterio residuale già previsto nell'art. 85 del D.p.r. n. 361/1957, pur sottolineando che spetta al Legislatore individuare una soluzione confacente e rispettosa delle preferenze degli elettori.

ULTERIORI SENTENZE DEGNE DI NOTA

La Corte costituzionale, nel periodo *ivi* considerato, si è pronunciata su una serie di temi particolarmente rilevanti, oggetto del dibattito politico.

Con [sentenza n. 284/2016](#), il Giudice delle leggi ha dichiarato illegittime le disposizioni della legge n. 107/2015 che prevedevano, al comma 153, la costruzione di scuole innovative, in quanto si sarebbero dovute consultare le Regioni attraverso la Conferenza Stato-Regioni. Parimenti viziate da incostituzionalità sono le disposizioni cui al comma 181, lett. e), n. 1.3 che delega il Governo a determinare gli “standard strutturali, organizzativi e qualitativi dei servizi educativi per l’infanzia e della scuola dell’infanzia”, giacché contrastanti con la competenza esclusiva riservata alle Regioni per l’individuazione degli standard suddetti in materia di istruzione.

Con [sentenza n. 286/2016](#), la Consulta ha dichiarato costituzionalmente illegittime le norme di legge che prevedono l’attribuzione del cognome paterno al nascituro nato in costanza di matrimonio. Tali disposizioni lederebbero il diritto alla identità personale del nascituro, che comprende quello di mantenere il cognome originario e del corrispondente diritto di conoscere le proprie origini. Sotto altra prospettiva, le suddette norme non rispettano il trattamento paritario fra coniugi, determinando la violazione del principio di uguaglianza morale e giuridica e, di riflesso, mettendo in pericolo l’unità familiare.

Con [sentenza n. 42/2017](#), il Giudice delle leggi ha riconosciuto il primato della lingua italiana, la cui centralità si individua nelle scuole e nelle università, senza che i fenomeni dell’internazionalizzazione e della globalizzazione possano relegare la medesima in una posizione marginale. La lingua italiana gode di un primato costituzionalmente indefettibile per favorire la diffusione del patrimonio storico e identitario della Repubblica, nonché per tutelare e promuovere l’idioma italiano come bene culturale proprio, che come tale non può essere sacrificato.

Con [sentenza n. 28/2017](#)¹⁶²¹, la Corte ha dichiarato ammissibile la richiesta di

¹⁶²¹ Con riferimento all’argomento suddetto, la Corte si è pronunciata precedentemente con decisione n. 16/2017, ha dichiarato non inammissibile il quesito referendario sui voucher, statuendo la possibilità per il Sottosegretario alla Presidenza del Consiglio dei Ministri di intervenire in caso di difesa erariale.

referendum per i *voucher* mettendo in evidenza che il quesito non rientra tra le materie rispetto alle quali l'articolo 75 Cost. esclude il ricorso allo strumento referendario. Il quesito, inoltre, non concerne disposizioni costituzionalmente rilevanti in quanto un criterio siffatto non si configura come un'attività che deve obbligatoriamente trovare copertura normativa, né tale criterio si pone come valore discriminante per vagliare l'ammissibilità del quesito referendario. Infine, la Consulta rileva che il quesito medesimo rispetta i requisiti della chiarezza, omogeneità e univocità desumibili dalla finalità obiettivamente ricavabile dalla sua formulazione.

AUTONOMIE

DEF E FINANZA LOCALE

Il disegno di legge di stabilità relativo alle amministrazioni territoriali per il 2017 fissa diverse tipologie di intervento. A tal proposito si ricordano le principali indicazioni, coerenti con i principi costituzionali in materia di equilibrio di bilancio, che sono finalizzate a disciplinare le risorse finanziarie degli enti locali e delle Regioni, ad incentivare gli investimenti dei predetti enti. Infine, si prevedono misure tali da regolare i rapporti di natura finanziaria con le Regioni a Statuto speciale.

GIUDIZI DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE: LA REGIONE MOLISE E L'EQUILIBRIO DI BILANCIO

Con la [sentenza n. 279/2016](#), la Corte costituzionale si è pronunciata sull'art. 9 della [legge regionale n. 6/2016 del Molise](#), in materia di bilancio. È stata dichiarata incostituzionale la suddetta disposizione dal momento che violava gli artt. 81 e 117 co. 2 lett. a) Cost.

In particolare si rileva che, richiamando il [d.lgs. n. 118/2011](#) concernente l'armonizzazione dei conti pubblici, la Corte ha evidenziato come la normativa regionale *de qua* fosse elusiva del monitoraggio degli equilibri del bilancio regionale ex art. 81 Cost., giacché avrebbe comportato una spesa sproporzionata rispetto alla liquidità finanziaria disponibile.

L'elezione di Salvatore Torrìsi alla presidenza della I Commissione Affari Costituzionali del Senato*

di Giuliaserena Stegher**

Lo scorso 5 aprile, la I Commissione Affari costituzionali del Senato è nuovamente tornata sotto i riflettori della cronaca politico-parlamentare. Dopo mesi di gestione *ad interim* da parte dei Senatori Fazzone (Forza Italia) e Torrìsi (Alternativa popolare), si è deciso di procedere all'elezione di un sostituto della Senatrice Finocchiaro. La stessa era stata infatti nominata Ministro per i Rapporti con il Parlamento, a seguito della crisi-lampo inauguratasi nella turbolenta fase post referendaria e risolta in un breve lasso di tempo con la formazione del Governo Gentiloni.

L'elezione del Presidente di Commissione permanente, disciplinata dall'art. 20 comma 2 Reg. Cam. e dal combinato disposto degli artt. 27 comma 2 e 4 comma 2 Reg. Sen., assume rilevanza nell'ottica dell'equilibrio dei rapporti tra Parlamento e Governo per un doppio ordine di motivi tra loro differenti: da un lato, per una sorta di compensazione per le personalità di spicco che, non ottenendo una agognata carica di governo rilevante (ad es. il ruolo di Ministri e/o Viceministri), sono chiamate a rivestire il ruolo di vertice del collegio. Dall'altro perché si cerca di evitare che il Presidente della Commissione e il Ministro della corrispondente area di interesse sottoposto a regime di "controllo" appartengano alla stessa forza politica, al fine di mantenere una sorta di equilibrio tra le parti coinvolte, in particolar modo quando si tratta di governi di coalizione.¹⁶²²

Peraltro, il "peso" di questi collegi minori non deve essere sottovalutato, non solo per l'attività istruttoria, preparatoria e di decentramento¹⁶²³ che, in linea generale, tali sedi sono chiamate a svolgere, ma anche in relazione alle contingenze politiche attuali per quanto attiene alla Commissione Affari Costituzionali. È qui infatti che, prossimamente, verrà trasmessa la legge elettorale se approvata dalla Camera dei deputati, ove attualmente sono in discussione – proprio in Commissione – ben 30 proposte di riforma.

Inoltre, l'importanza della carica di Presidente di Commissione non è esclusivamente connessa alla materia di competenza della Commissione di cui, per ovvie ragioni, si

* Contributo sottoposto a *double peer review*.

** Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale, *curriculum* Teoria dello Stato e istituzioni politiche comparate, Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

¹⁶²² Gianniti L., Lupo, N., *Corso di diritto Parlamentare*, Bologna, Il Mulino, 2014, pp. 124 e ss.

¹⁶²³ Ciaurro G.F., *Gli organi della Camera*, in Longi, V., Stramacci, M. et. al., *Il Regolamento della Camera dei deputati*. Storia, istituti e procedure, Milano, Giuffrè, 1968, pp. 183 e ss.

comprende la rilevanza ancor più in materia di affari costituzionali (un discorso analogo varrebbe peraltro anche per la Presidenza della Commissione Bilancio); ma dipende altresì dai poteri ad essa spettanti, in particolar modo per quanto attiene all'organizzazione e all'andamento dei lavori, e dall'incardinamento del ruolo rispetto alla definizione dell'indirizzo politico e al rapporto intessuto con il Governo.

Già l'avvio della XVII legislatura era stato decisamente traumatico. A seguito dell'uscita di Pdl-Forza Italia era venuto meno l'accordo di coalizione (formato da Pd-Pdl-Scelta Civica-Udc) che sosteneva l'Esecutivo guidato da Letta. Nonostante ciò, la Presidenza della Commissione Affari Costituzionali – nonché quelle di altre 5 Commissioni di Camera e Senato –, affidata in un periodo antecedente alla formazione del Governo, è rimasta invariata fino allo scadere naturale del biennio.

Ciò testimonia come non sia necessario tenere in considerazione i rapporti tra maggioranza e opposizione, anche perché, se così fosse, si sarebbe scelto di cristallizzare l'adeguamento al variare degli equilibri politici tramite un'apposita disposizione di natura regolamentare. (Si ricorda che negli anni Ottanta i gruppi di opposizione avanzarono critiche in occasione del rinnovo dei predetti organi, evidenziando la prassi di eleggere alla Presidenza di Commissione esclusivamente membri afferenti ai gruppi di maggioranza).¹⁶²⁴

Tra l'altro, per quanto attiene alla durata del mandato presidenziale sussiste altresì una differenza testuale tra i regolamenti delle due assemblee, da cui può derivare una vera e propria sfasatura temporale: se nel Regolamento della Camera il rinnovo è chiaramente biennale rispetto alla data di costituzione (ex art. 20, co. 5), in quello del Senato il rinnovo avviene dopo il primo biennio della legislatura (ex art. 21, co. 7).

Fino al 4 aprile 2017 non era possibile escludere aprioristicamente il concreto verificarsi del caso di specie e, cioè, il sovvertimento degli accordi preventivamente raggiunti *intra* ed *extra moenia* per l'elezione del Presidente di Commissione permanente.

L'evento scatenante, che ha creato una iniziale destabilizzazione nella maggioranza di governo (e che riporta alla memoria il caso del Senatore Villari, che da componente dell'opposizione a cui per prassi spettava la carica fu eletto alla Presidenza della Commissione di Vigilanza Rai con i voti della maggioranza), ha riguardato l'elezione di Salvatore Torrìsi, iscritto al gruppo parlamentare di Alternativa popolare. Quest'ultimo è stato eletto, contro ogni previsione, Presidente della Commissione Affari costituzionali del Senato nella seduta pomeridiana del 5 aprile.

Con l'obiettivo di ricoprire il vuoto lasciato dalla Sen. Finocchiaro, il Partito democratico aveva inizialmente proposto una rosa di tre candidati – Giorgio Pagliari, Franco Mirabelli e Roberto Cociancich –, per poi concentrare i propri voti sul candidato Pagliari.

¹⁶²⁴ Di Ciolo, V., Ciaurro, L., *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 331e ss.

Grazie allo scrutinio segreto, Torrisi ha ottenuto 16 voti, mentre Pagliari solo 11, riportando in auge il fenomeno dei franchi tiratori, che trova il proprio *habitat* naturale in questa modalità di votazione.

Nei concitati momenti successivi all'elezione, le conseguenze immediate sono state due: innanzitutto, i vertici del Partito democratico hanno manifestato l'intenzione di chiedere un incontro con il Capo dello Stato. Anche qualora fosse pervenuta una simile richiesta (cosa che è stata ufficialmente smentita dal Quirinale), Mattarella, dato il suo ruolo, si sarebbe ben guardato dall'accoglierla, al fine di scongiurare un'intromissione nelle dinamiche interne al Parlamento. Contestualmente, il leader di Alternativa popolare Angelino Alfano ha chiesto ufficialmente al neo-eletto di dimettersi dall'incarico e, nel caso in cui questi si fosse rifiutato, avrebbe proceduto alla sua espulsione dal partito. Benché tale decisione avrebbe dovuto comunque essere ratificata da una deliberazione degli organi di partito, a distanza di un mese dalla dichiarazione, l'atto di espulsione non ha trovato riscontro nella realtà dei fatti.

Come ovvio che sia, però, i voti a favore del Senatore Torrisi non devono limitarsi solo al momento della sua elezione, bensì estendersi anche alle votazioni che gli consentano di espletare regolarmente le proprie funzioni, per non incorrere nella remota ipotesi di sfiducia ovvero di dimissioni imposte. Dunque, c'è da chiedersi se il compito di reggente svolto dallo stesso, poiché già Vice-presidente vicario, gli abbia permesso di acquisire un certo consenso tale da garantirgli l'inaspettata elezione.

Talune osservazioni si rendono opportune e necessarie in primo luogo sulla caratura politica e sul *cursus honorum* di colui che riveste questa carica. A seguito dell'elezione, vi è un tendenziale allineamento verso un atteggiamento di garanzia e imparzialità, anche se il Presidente di Commissione – a differenza di quello d'Assemblea – è pur sempre titolare di un diritto di voto, che in alcuni casi può rivelarsi decisivo.

Tra l'altro, dal momento che la Presidenza è affidata nella maggior parte dei casi a membri della maggioranza parlamentare che sostiene il Governo – e dunque non si legittima la partecipazione di tutte le forze politiche presenti nell'Assemblea –, non è possibile fare riferimento ad un rapporto di tipo rappresentativo tra organo monocratico e la pletera di commissari, quanto piuttosto sarebbe possibile ipotizzare un rapporto di tipo fiduciario che in via di prassi si afferma. D'altronde spetta al vertice il compito di mediare tra le varie istanze di cui la Commissione è portatrice (parlamentari, governative, etc.). Invero, nel 1995, con una missiva del Presidente della Camera (d'intesa col Presidente del Senato) recapitata alla Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno della mafia, si è formalmente sconfessata l'ipotesi di sfiducia nei confronti dei Presidenti di organi parlamentari, dal momento che essi conservano “*sia pur graduato dalla natura e dal rilievo costituzionale del collegio presieduto, un carattere eminentemente neutrale, di garanzia e di arbitrato tra le parti*”.¹⁶²⁵

¹⁶²⁵ Cfr. Resoconto stenografico, 8 marzo 1995

Benché, in linea teorica, le cariche monocratiche debbano ispirarsi ad atteggiamenti quanto più imparziali, dato il loro spessore e la posizione di vertice, questo nella realtà dei fatti non avviene. Quello che – più o meno palesemente – si verifica è assimilabile ad una dura trattativa degli incarichi, che rischia di svilire e mortificare la natura stessa della sede parlamentare, quando invece dovrebbero prevalere ulteriori caratteristiche rispetto a quella di mero attore politico.

L'elezione di Torrisi presenta alcuni di questi rischi e rappresenta, ad opinione di chi scrive, il tentativo delle minoranze, parti integranti dell'accordo di coalizione, di prendere in ostaggio la maggioranza procedendo all'elezione di un esponente su cui non era stato raggiunto l'accordo e la cui candidatura non era stata nemmeno preventivata. Il banco di prova per la tenuta delle maggioranze fondate su instabili accordi di coalizione (la cui formazione è altamente probabile è proprio il voto segreto, dal momento che grazie a questa procedura i parlamentari hanno la facoltà di votare in maniera differente rispetto alle indicazioni fornite dal partito.

Osservazioni muovono anche in relazione all'importanza della sede collegiale minore come luogo ove decentrare lo svolgimento di funzioni istruttorie e preparatorie all'attività del *plenum* (attività referente, cui si è affiancata nel tempo l'attività deliberante sia di natura legislativa, sia di natura politica). Le Commissioni non solo rappresentano l'articolazione organizzativa¹⁶²⁶ che ha ricevuto dignità costituzionale, ma anche il cuore dell'attività parlamentare, in ragione del fatto che consentono l'espletamento di tutte le funzioni parlamentari in una sede più ristretta e maggiormente idonea al confronto. A tal ragione, l'elezione al ruolo di vertice di una personalità su cui la convergenza di posizioni deriva principalmente da condizionamenti – rappresentando più una presa di posizione inconciliabile che una scelta voluta e consapevole – deve essere ponderata, perché il rischio è quello di ingenerare implicazioni istituzionali che sono potenzialmente in grado di mettere a repentaglio il buon andamento dei lavori.

I repentini accadimenti che hanno portato alla fortuita elezione del Sen. Torrisi, seppur brevemente riportati, avrebbero potuto riflettersi sui delicati equilibri della maggioranza minando la stabilità del governo, che tuttavia è riuscito a reggere, tanto che ad oggi la fine anticipata legislatura rappresenta oramai una opzione quanto più ipotetica.

¹⁶²⁶ Elia, L., *Le commissioni parlamentari italiane nel procedimento legislativo*, in Archivio giuridico “F. Serafini”, 1961, pp. 42 e ss.

La mancata decadenza del senatore Augusto Minzolini*

di Marco Mandato**

Augusto Minzolini, Senatore della Repubblica eletto nella XVII^o Legislatura, è stato direttore del Tg1, tra i mesi di luglio 2009 e novembre 2010. A seguito delle indagini condotte dalla Procura della Repubblica di Roma, gli veniva addebitato un uso illegittimo della carta di credito messaggi a disposizione dall'Azienda pubblica Rai e rinviato a giudizio per il reato di peculato continuato, con l'accusa di aver distratto la disponibilità economica presente sulla carta di credito per spese di natura personale non riconducibili, quindi, alla sua attività di direttore del telegiornale della 'rete ammiraglia'.

A seguito della celebrazione del I^o grado del processo dinanzi al Tribunale di Roma, il Minzolini veniva assolto con sentenza n. 3014/2013. La sentenza di prime cure, impugnata, veniva riformata dalla Corte d'Appello della Capitale la quale, con pronuncia n. 7436/2014, condannava il Senatore alla pena di anni due e mesi sei di reclusione, riconoscendolo colpevole del reato di peculato continuato. La pena principale veniva 'integrata' da quella accessoria dell'interdizione dai pubblici uffici sempre per il periodo di due anni e sei mesi. Tale statuizione veniva confermata dalla sentenza n. 1511/2016 della Suprema Corte di Cassazione, facendo passare in giudicato la condanna per la fattispecie delittuosa del reato di peculato continuato.

Giorno 4 marzo 2016, la Procura generale della Corte d'appello di Roma trasmetteva la decisione definitiva alla Presidenza del Senato, ai sensi dell'articolo 3 del decreto legislativo n. 235/2012 (cd. Legge Severino) il quale, ponendosi in perfetta continuità con la norma costituzionale, cui all'articolo 66, che attribuisce al Parlamento il giudizio sui titoli di ammissione dei suoi componenti e delle cause sopraggiunte di ineleggibilità e incompatibilità, prevede che siano le Camere stesse a deliberare sulla decadenza dei loro membri. Pertanto, il successivo 8 marzo, il Presidente del Senato Pietro Grasso investiva della questione la Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari. Iniziava, così, il [dibattito](#) in seno alla Giunta.

È la seconda volta che il Senato si trovava a dover affrontare gli effetti di una causa di incandidabilità sopravvenuta alla carica di membro del Parlamento, dopo averla trattata in occasione della condanna inflitta a Silvio Berlusconi, poi dichiarato decaduto nel novembre 2013.

Nel corso dell'[istruttoria](#), il Minzolini, esponendo le proprie difese, riteneva che la Giunta avrebbe dovuto meramente accertare la sussistenza di eventuali violazioni della normativa di riferimento per l'elettorato passivo, a livello nazionale e sovranazionale, invocando, altresì, il diritto a un giusto processo, all'indipendenza e imparzialità ritenuti insussistenti per il Collegio giudicante di secondo grado in quanto questo aveva visto la presenza di un giudice che in passato aveva ricoperto la carica di Sottosegretario e di parlamentare in una forza politica opposta a quella cui appartiene Augusto Minzolini. Si invocava, inoltre, il rispetto del principio della non

* Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

** Dottorando di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale, *curriculum* Teoria dello Stato e istituzioni politiche comparate, Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

retroattività delle norme penali alla stregua della configurazione dell'incandidabilità sopravvenuta come sanzione afflittiva e punitiva. Ulteriori elementi di doglianza sono stati la mancata concessione delle circostanze attenuanti ex art. 62, n. 4 c.p. (relativo al danno patrimoniale di speciale tenuità), in virtù del modesto valore economico delle appropriazioni e dell'inconsistenza del danno complessivo inflitto, ritenuto sproporzionato alla capacità economica dell'azienda pubblica. Nonché il contrasto fra il giudicato penale e la sentenza pronunciata dal giudice del lavoro – quest'ultima favorevole al Senatore – con la quale la Rai veniva condannata al pagamento, in favore del Minzolini, della somma contestata. Infine, la difesa del Minzolini contestava che la sentenza di secondo grado fosse stata emanata senza una preventiva valutazione diretta delle prove testimoniali, producendo un pregiudizio all'effettivo esercizio del diritto di difesa e un conseguente vizio procedimentale, rendendo vano il principio del diritto a un giusto processo.

Su tutte queste doglianze, la Giunta delle elezioni replicava prendendo posizione. Anzitutto, riconosceva che l'attività svolta in sede di verifica dei poteri è di natura politica e non giurisdizionale in ragione dell'autonomia degli organi costituzionali, dell'assenza di terzietà e della possibilità per le Camere di intervenire, nell'esercizio della loro funzione legislativa, su norme sospettate di incostituzionalità. Con riferimento alla presunta imparzialità di un membro del Collegio giudicante, la Giunta ricordava come i criteri per la formazione degli stessi avvengono secondo un parametro oggettivo e tabellare, in modo da salvaguardare il principio costituzionale della pre-costituzione del giudice naturale e che non vi fossero elementi probatori di una grave inimicizia personale fra il Giudice e il Minzolini. In merito alla natura dell'incandidabilità, la Giunta sosteneva che essa non può essere considerata come norma penale, ma come un mero requisito soggettivo negativo che, ai sensi del combinato disposto degli articoli 51 e 54 Cost., rientra nella discrezionalità riconosciuta al legislatore di evitare ex ante ed ex post che, coloro i quali vengano condannati per delitti contro la Pubblica amministrazione, possano ricoprire incarichi pubblici ed elettivi pregiudicando l'onorabilità, la credibilità e il prestigio degli stessi, nella specie delle Assemblee parlamentari. In merito all'applicazione della circostanza attenuante, la Giunta, richiamando una pronuncia della Corte di Cassazione (n. 14040/2015) affermava che la stessa viene concessa nel momento in cui il danno patrimoniale è rilevante e che il risarcimento deve essere spontaneo senza che si verifichino eventi estranei alla volontà del debitore, elementi che non sono stati ravvisati nel comportamento del Minzolini. Per quanto concerne il contrasto fra sentenza penale e civile, la Giunta ne ricordava l'assoluta indipendenza nonché la mera esibizione, da parte del Minzolini, della sola sentenza di primo grado in virtù della pendenza della causa dinanzi al Giudice del lavoro. Infine, in merito alla mancata valutazione diretta delle prove testimoniali da parte del Giudice d'Appello, la Giunta sottolineava che la Corte di Cassazione (sentenza n. 27620/2016) ha sostenuto l'irrilevanza del rinnovo dell'istruttoria dibattimentale, in quanto occorrerebbe verificare se la pronuncia di secondo grado presenti vizi sostanziali.

A seguito della relazione, la Giunta delle elezioni e delle immunità del Senato, nella giornata del 18 luglio 2016, deliberava la decadenza di Augusto Minzolini, rimettendo la decisione definitiva all'Assemblea secondo il principio della sovranità dell'Aula.

Dopo mesi di rinvio, l'Emiciclo di Palazzo Madama si è riunito in [Seduta antimeridiana](#) il 16 marzo 2017 per deliberare se confermare o meno la delibera di decadenza proposta dalla Giunta. Con una decisione sorprendente, l'Assemblea, con 137 voti favorevoli, 94 contrari e 20 astenuti,

ha votato un ordine del giorno presentato da Forza Italia con cui si chiedeva di respingere la delibera della Giunta. Ovazioni, grida di giubilo e clima di festa in Senato. Uno dei suoi componenti è stato fatto salvo. Il voto è stato bipartisan, con alcuni Senatori del Partito democratico che hanno votato contro la decadenza (a tal proposito si veda l'intervista rilasciata al Corriere della Sera il 17 marzo 2017 dal Senatore Pd Pietro Ichino con la quale ha esposto le sue perplessità sulla pronuncia della Giunta, alimentando il sospetto del *fumus persecutionis* nei confronti del Senatore Minzolini). Il 28 marzo 2017, Minzolini ha rassegnato le dimissioni dallo scranno senatoriale richiedendo, inoltre, al Tribunale di sorveglianza l'affidamento ai servizi sociali.

Il 20 aprile 2017 si è svolta la [Seduta antimeridiana](#) nella quale il Senato si è espresso sulle dimissioni presentate dal Minzolini. Preliminarmente, è bene ricordare che, ai sensi dell'articolo 113, comma 3 del Regolamento del Senato, "le votazioni comunque riguardanti persone" sono effettuate a scrutinio segreto. Trattasi di una norma modificata nel 1988, la quale ha inciso anche sulla prassi fino ad allora vigente in ordine alle dimissioni presentate dai Senatori. Infatti, se, prima del 1988 le votazioni avvenivano a scrutinio palese, successivamente alla suddetta riforma, le delibere dell'Aula sulle dimissioni, presentate da uno dei suoi componenti, sono considerate votazioni sulla persona rispetto alle quali si procede con votazione a scrutinio segreto. Nonostante la richiesta del Capogruppo Pd Luigi Zanda di deliberare con votazione palese, a seguito di un breve dibattito, il *Plenum* ha approvato, con scrutinio segreto, le dimissioni presentate dal Minzolini con 142 voti favorevoli. I contrari sono stati 105, gli astenuti 4.

Ripensare l'Europa. Brevi considerazioni sulle proposte in Italia per la riforma della “governance” europea nel 60° anniversario dalla firma dei trattati di Roma*

di Giuliaserena Stegher**

SOMMARIO: 1. Da Maastricht a Lisbona: l'arduo percorso che ha messo in discussione la struttura istituzionalizzata dell'Unione – 2. Alcuni contributi della comunità scientifica – 2.1. Giuliano Amato, Ernesto Galli della Loggia, *Europa Perduta?* Torino, Giappichelli, 2015 – 2.2. Beniamino Caravita di Toritto, *Quanta Europa c'è in Europa?*, Torino, Giappichelli, 2015 – 2.3. Sergio Fabbrini, *Sdoppiamento. Una prospettiva nuova per l'Europa*, Roma-Bari, Laterza 2017 – 2.4. Enrico Letta, *Contro venti e maree: idee sull'Europa e sull'Italia*, Bologna, Il Mulino, 2017 – 3. Europa federale o Europa a più velocità, questo è il dilemma?

1. Da Maastricht a Lisbona: l'arduo percorso che ha messo in discussione la struttura istituzionalizzata dell'Unione

Lo scorso 25 marzo i Capi di Stato e di Governo dei 27 Paesi membri dell'Unione si sono riuniti a Roma per celebrare il 60° anniversario della firma dei Trattati Istitutivi della Comunità economica europea (CEE) e della Comunità europea dell'energia atomica (Euratom)¹⁶²⁷.

Benché il sentimento prevalso in occasione dell'incontro romano¹⁶²⁸ sia stato quello di voler rilanciare l'Unione attraverso l'edificazione di una nuova visione sovranazionale, l'incognita più difficile e rimasta senza una risposta certa è quella di capire quale sia la strada migliore da percorrere. E dunque, così come già preannunciato nel Libro Bianco "Sul futuro dell'Europa" a firma del Presidente della Commissione *Jean-Claude Juncker*¹⁶²⁹,

* Contributo sottoposto a *peer review*.

** Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale, *curriculum* Teoria dello Stato e istituzioni politiche comparate, Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

¹⁶²⁷ Si ricorda che con il Trattato di Parigi del 1951, invece, era stata istituita la Comunità europea del Carbone e dell'Acciaio (CECA). È tra il 1951 e il 1957 che vengono poste le basi per il processo di integrazione, scandito dal susseguirsi nel tempo della stipula di numerosi trattati, con l'obiettivo di un'Europa unita inizialmente dal punto di vista economico e ben presto estendendosi a quello politico. Nel tempo, i Trattati istitutivi delle tre Comunità europee sono stati più volte revisionati e modificati a partire dall'Atto Unico Europeo (AUE), firmato nel 1986, che ha avuto l'arduo compito di rilanciare il modello dell'integrazione e, contestualmente, porre le basi per la realizzazione del mercato comune.

¹⁶²⁸ La scelta di riunirsi nel 1957 a Roma, quale sede ove celebrare la firma dei Trattati non fu casuale, bensì testimonianza del ruolo particolarmente importante svolto dall'Italia. Appare doveroso ricordare, infatti, che nel corso del vertice di Messina del 1955 — che per importanza può essere paragonato alla Dichiarazione *Schuman* del 1950 — il ruolo della Francia e della Germania, per ragioni di politica interna, fu decisamente debole, consentendo all'Italia di svolgere un ruolo di primo piano nel porre le basi per l'avvio del processo di integrazione degli anni successivi.

¹⁶²⁹ Nel [discorso sullo stato dell'Unione](#) tenuto a Strasburgo il 14 settembre 2016, il Presidente Juncker ha sommariamente anticipato i contenuti del [Libro Bianco di recente pubblicazione](#), che delinea le principali sfide ed opportunità che l'Europa sarà chiamata ad affrontare nei prossimi dieci anni. In particolare, nel documento programmatico sono individuati cinque scenari possibili per l'evoluzione dell'Unione. Nel primo scenario ("Avanti così"), l'Unione si concentrerebbe sull'attuazione del suo programma di riforme, in linea con quanto già affermato dalla Commissione con il documento "Un nuovo inizio per l'Europa" del 2014 e con la dichiarazione di Bratislava. Nel secondo scenario, invece, si opererebbe un ridimensionamento

anche la Dichiarazione di Roma, con cui si è voluto riaffermare l'importanza dell'integrazione, si è fondamentalmente conclusa con un nulla di fatto.

Le forti pressioni della Polonia, sostenuta dai Paesi dell'Est preoccupati di vedere un'Europa che li avrebbe potuti lasciare indietro, sono riuscite a prevalere nell'ottica di un'azione comune "a passi e intensità diversi quando necessario, mentre si stanno muovendo nella stessa direzione".

L'immobilismo attuale ha una ragione di fondo. Gli animi dei paesi membri sono tuttora sconvolti. Troppo fresca è la crisi successiva alla decisione del Regno Unito, portata avanti dall'*ex Prime Minister* David Cameron non senza difficoltà, di uscire dall'Unione a seguito del referendum indetto il 23 giugno 2016¹⁶³⁰. Tale evento, di importanza epocale¹⁶³¹, ha dato nuova linfa al dibattito generale che vede due posizioni principali tra loro antagoniste: coloro che preconizzano tempi bui antecedenti alla disintegrazione (che trovano un forte sostegno nella Presidenza Trump) e coloro invece che profetizzano l'arrivo di tempi migliori, quelli di un'Europa più unita.

La strada di un ripensamento dell'architettura istituzionale verso un'unione sempre più forte non è semplice, soprattutto in considerazione dei rischi che da questo procedimento potrebbero ingenerarsi a danno del feticcio della "diversità": da un lato eccessiva assimilazione, dall'altro smisurata egemonia di uno stato.¹⁶³²

Le recenti e complesse problematiche che hanno investito il continente europeo mettono in discussione i meccanismi sottesi all'entità sovranazionale: crisi economica e finanziaria; crisi della moneta unica; attacchi terroristici nel cuore del continente europeo; crisi dei rifugiati che ha incrementato in maniera esponenziale i flussi migratori. Tutti questi singoli fattori hanno costituito un mix esplosivo, mediaticamente sovraesposto a causa della incapacità e della inadeguatezza della sede legale ed istituzionale nell'affrontare

progressivo delle *policies* per ritornare esclusivamente al mercato unico. Nel terzo scenario ("Chi vuole di più fa di più") l'Unione consentirebbe agli Stati membri desiderosi di fare di più in determinate *policies* (difesa, sicurezza interna, questioni sociali) di avere maggiori possibilità. Nel quarto scenario, invece, si avanza l'ipotesi di limitare interventi e risorse concentrate su un numero limitato di settori, con l'obiettivo di ottimizzare risultati e tempistiche. Nell'ultimo scenario, intitolato "Fare molto di più insieme", gli Stati membri dovrebbero avvalersi di maggiori di poteri, risorse e processi decisionali in tutti gli ambiti in ragione di una maggiore e più efficiente condivisione.

¹⁶³⁰ A tal proposito si vuole ricordare che con le sentenze della *High Court* e della *Supreme Court* è stato riaffermato il ruolo principale del Parlamento inglese, dal momento che l'esclusione di *Westminster* per quanto riguarda l'attivazione della procedura di recesso volontario ex art. 50 TUE non solo era politicamente inopportuna, ma altresì illegittima. A seguito dei suddetti pronunciamenti, l'8 febbraio 2017 la *House of Commons* ha approvato la legge di autorizzazione per la notifica dell'art. 50 a larga maggioranza. Una volta approvato, il testo dell'*European Union (Notification of Withdrawal) Bill* è passato alla *House of Lords* che, dopo un'iniziale ostruzionismo (si fa riferimento all'emendamento per concedere ai circa 3 milioni di europei che vivono nel Regno Unito il diritto incondizionato di rimanere a tempo indeterminato sul suolo inglese e al diritto di veto del Parlamento nei confronti della *Brexit*) lo ha approvato. A seguito di ciò, il testo è tornato alla Camera dei Comuni che lo ha approvato senza emendamenti in via definitiva. Una volta ricevuto il *royal assent* dalla Regina, l'ambasciatore del Regno Unito presso l'Unione europea ha consegnato ufficialmente, il 29 marzo 2017, la lettera del primo ministro *Theresa May* al Presidente del Consiglio europeo *Donald Tusk*. Per un approfondimento, cfr. G. Caravale, *A Family of Nations. Il Regno Unito tra devolution e Brexit*, Napoli, Jovene, 2017 e Caravale G., *Sovranità parlamentare vs sovranità popolare: nel Regno Unito si discute "the constitutional case of the century"*, in *Nomos* 3-2016, <http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it>

¹⁶³¹ L'uscita del Regno Unito dall'Unione è stata definita come l'evento costituzionale più importante che si è verificato nell'arco temporale comprensivo tra il 1660 e il 2017. Cfr. Bogdanor, V., *Brexit, the Constitution and the Alternatives*, riportato in Caravale, G., *A family of Nations. Asimmetrie territoriali nel Regno Unito tra devolution e Brexit*, op. ult. cit.

¹⁶³² Grossi, P., *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007

in maniera risolutiva i singoli aspetti (si è fatto ricorso a strumenti e provvedimenti dettati esclusivamente dall'emergenza che hanno però rappresentato palliativi privi di efficacia), ma in tal modo si è aperta la strada allo stallo e alla paralisi.

In particolare, il tentativo di affrontare questo momento difficile ha seguito la strada dei Trattati, che però non ha fatto altro che accentuare il controllo intergovernativo per quanto riguarda la politica economica, mentre la politica monetaria è rimasta appannaggio esclusivo della visione sovranazionale, dal momento che è controllata dalla Banca centrale. Si registra quindi un effettivo sganciamento tra moneta unica e politiche economiche comuni.

Comprendere a fondo la situazione di crisi che vive oggi l'assetto sovranazionale impone che siano ripercorsi – seppur in maniera saliente – i tratti essenziali del lungo processo di integrazione europea, anche per individuare la traiettoria entro la quale tracciare l'Europa di domani e degli anni a venire.¹⁶³³

L'integrazione europea ha visto sin da subito protagonista l'Italia tra i Paesi fondatori (Belgio, Francia, Germania occidentale, Lussemburgo e Paesi Bassi) nell'ambita prospettiva di realizzare un'Europa unita. Tale processo non è rimasto invariato, ma si è evoluto – anche grazie ai continui allargamenti –, nella direzione di ricomporre l'intero continente europeo in una vera e propria organizzazione che avesse natura politica: gli Stati Uniti d'Europa. Sulla scia di quanto affermato già nel 1941 con il Manifesto di Ventotene di Spinelli e Colorni e, dunque, nella prospettiva di realizzare una federazione europea che superasse i singoli nazionalismi.

Un momento di svolta in questo arduo percorso è rappresentato dalla firma del Trattato di Maastricht, del 7 febbraio del 1992, noto anche con il nome di Trattato sull'Unione Europea (TUE), finalizzato a creare una struttura originale e complessa che inglobasse le tre Comunità già esistenti portandole ad unicità. È a Maastricht che si pongono le basi per il raggiungimento di una finalità politica dell'integrazione: di conseguenza l'Unione europea, a differenza delle Comunità, avrebbe presentato i caratteri dello Stato federale, della persona giuridica originaria e del soggetto del diritto internazionale.¹⁶³⁴

¹⁶³³ Per una doverosa e puntuale ricostruzione, si veda Costanzo, P., *Le tappe dell'edificazione euromonetaria: dall'idea d'Europa all'Unione europea*, in Costanzo, P., Mezzetti, L., Ruggeri, A., *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2014

¹⁶³⁴ Il Trattato di Maastricht ha avuto anche il merito di rinsaldare i legami sussistenti tra il Parlamento europeo e i parlamenti nazionali. A tal proposito, appare doveroso precisare che proprio il suddetto Trattato ha modellato il rapporto tra le due assemblee sulla base di due principi (dichiarazioni 13 e 14): il rispetto del ruolo dei parlamenti nazionali nel funzionamento dell'Unione europea (questi infatti devono essere informati dai rispettivi governi delle proposte legislative europee «in tempo utile» e tenere, se necessario, conferenze comuni); il rapporto di cooperazione tra Parlamento europeo e parlamenti nazionali, che deve essere basato sull'intensificazione dei contatti, sull'organizzazione di incontri regolari e mediante la concessione di agevolazioni reciproche. In ragione di ciò, è stato istituito uno strumento oramai divenuto tradizionale, ossia quello della Conferenza degli organismi specializzati negli affari comunitari (COSAC) che dal 1989 si riunisce con una cadenza semestrale. Per un approfondimento sulla COSAC, cfr. Caravale, G., *Il rafforzamento della cooperazione interparlamentare nelle proposte di alcuni Parlamenti nazionali*, in Nomos. Le attualità nel diritto, 1/2016 e Frosina, L., *Il contributo dei Parlamenti nazionali al buon funzionamento dell'unione europea. A proposito di conferenze interparlamentari ed early warning system*, in Lanchester, F. (a cura di), *Parlamenti nazionali e Unione europea nella governance multilivello*, Milano, Giuffrè editore, 2016

Le successive ed ulteriori modifiche ed integrazioni sono state apportate con il Trattato di Amsterdam del 1997 e il Trattato di Nizza del 2001: se da un lato il primo avrebbe determinato l'assetto istituzionale dell'Unione, il secondo avrebbe introdotto una dichiarazione dei diritti.

Le normative contenute nei Trattati istitutivi delle Comunità sono state recepite dai singoli stati membri sulla base di quanto sancito dalle rispettive Costituzioni (anche se molti Stati aderenti alla Ue hanno sentito l'esigenza di adottare procedimenti di revisione costituzionale finalizzati ad inserire specifiche previsioni relative al procedimento di integrazione europea, indipendentemente da quelle di appartenenza alle organizzazioni internazionali)¹⁶³⁵ e, in particolare, attraverso una limitazione della propria sovranità in favore di un ordinamento sovranazionale, per il perseguimento di obiettivi comunitari.

Per la nascita della Comunità europea intesa *tout court* è necessario attendere il 1979, allorché si è proceduto ad introdurre l'elezione diretta per il Parlamento europeo (non più quindi mediante i parlamentari nazionali, ma a suffragio universale). In questo modo, si è andata configurando una forma di governo parlamentare¹⁶³⁶, concretizzatasi anche grazie all'estensione all'assemblea parlamentare della possibilità di co-decidere per quanto riguarda gli atti legislativi e a pretendere che il presidente della Commissione (quindi la commissione stessa) godesse della fiducia. È in questo contesto che vengono poste le basi per l'adozione del modello federale, poi rimaste più monito che realtà.

La degenerazione dei decenni successivi, e che oggi sembra aver raggiunto il proprio apice, è da rinvenire in due ordini di ragioni. La prima è da rintracciarsi nello scorrere del tempo: dal momento che il ricordo della II guerra mondiale e delle sue atrocità è divenuto sempre più effimero e lontano, perché non più esperienza diretta, la priorità di cui

¹⁶³⁵ Lo Stato italiano, attraverso una specifica disposizione del Testo costituzionale, si è impegnato formalmente a consentire limitazioni di sovranità non solo per assicurare la pace e la giustizia, ma altresì per aderire ad organizzazioni internazionali e sovranazionali promotrici di siffatti scopi. Il trasferimento di poteri e competenze in favore delle istituzioni comunitarie, poi confermato ed esteso con le diverse revisioni dei Trattati che si sono succedute negli anni, ha avuto ragion d'essere in considerazione di quanto sancito dalla seconda parte dell'art. 11 Cost. (la cui formulazione è ovviamente antecedente all'integrazione europea). Tutto ciò ha trovato una giustificazione successiva attraverso un'interpretazione estensiva dell'art. 11, oggi ricompreso – seppur forzatamente – nel cosiddetto gruppo delle “*European clauses*”. Più di recente ed in considerazione del fatto che lo Stato non risulta essere più l'unico soggetto titolare esclusivo della gestione dell'indirizzo politico, è stata teorizzata da molteplici parti un'erosione della sovranità nazionale, da imputare, secondo quanto affermato dalla Corte Costituzionale, alla “graduale affermazione della integrazione europea” (Sent. n. 365/2007). Nonostante si sia tentato più volte di operare una revisione della seconda parte dell'articolo 11, proprio attraverso tale formulazione è stata resa legittima a livello costituzionale qualsiasi modifica che le leggi di esecuzione e di autorizzazione alla ratifica dei Trattati hanno comportato (e in futuro potrebbero comportare). Rimane comunque un limite che sarebbe opportuno non sottovalutare: le disposizioni contenute nei Trattati non devono e non possono incidere sui principi fondamentali dell'ordinamento e sui diritti inalienabili dell'uomo, che rappresentano quindi dei controlimiti inderogabili, la cui salvaguardia spetta alla Corte Costituzionale. Nel caso italiano, per il recepimento delle normative sovranazionali, si è inizialmente fatto ricorso all'istituto del c.d. “ordine di esecuzione”. In seguito ai numerosi dubbi sollevati circa l'utilizzo dello strumento della legge ordinaria, è stato opportuno ricercare il fondamento costituzionale dell'esecuzione dei Trattati comunitari, riscontrato nel disposto dell'art. 11. Per legittimare il ricorso all'ordine di esecuzione, la dottrina ha affermato che il disposto costituzionale avrebbe natura permissiva, dal momento che “non obbliga il legislatore ad un comportamento attivo o omissivo, ma gli permette qualcosa: utilizzare il procedimento ordinario per l'esecuzione dei trattati che limitino la sovranità.” Vedi. G. Itzcovich, *Teorie ed ideologie del diritto comunitario*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 196

¹⁶³⁶ Bin, R., Caretti, P., *Profili costituzionali dell'Unione europea*, Bologna 2005. De Vergottini, G., *Forma di governo dell'Unione Europea*, in *Norme e idee*, Roma, Istituto della Enciclopedia Treccani, 2009, pagg. 319 e ss. e Frosini, T.E., *La dimensione europea della forma di stato e di governo in Federalismi*, 5/2012.

beneficiavano gli interessi europei è stata man mano rimpiazzata da quella per gli interessi nazionali. In questo modo, anche per il venir meno di un rapporto di fiducia tra i singoli stati membri, si è proceduto ad una ri-nazionalizzazione di alcune politiche domestiche.

Ciò ha irrimediabilmente comportato uno scivolamento al ribasso della leadership europea, tant'è che si è arrivati oggi ad una logica deforme, ossia quella di rendere la dimensione sovranazionale il capro espiatorio, poiché nel momento in cui (erano e) sono da richiedere oneri e sacrifici ai paesi membri, soprattutto con l'avvento della crisi economica e della crisi finanziaria, le colpe sono genericamente attribuite all'Europa.¹⁶³⁷

La messa in discussione dell'Unione non riguarda più esclusivamente l'aspetto istituzionale, – i cui apparati si sono dimostrati inefficaci e deboli¹⁶³⁸ – ma più in generale ciò che si contesta è la visione del futuro.

Il secondo punto questionato è l'affiancamento, inaugurato con il Trattato di Maastricht, al metodo comunitario (basato sull'asse Commissione-Consiglio dei ministri-Parlamento) di quello “intergovernativo” (basato invece sul binomio decisionista di Consiglio dei ministri-Consiglio europeo dei capi di governo), che ha esautorato la sede europea, rendendo le singole decisioni attinenti alle politiche dei cd. “*core state powers*” prive di efficacia e legittimità. Questo non ha fatto altro che inasprire i rapporti tra Stati membri e unione, contribuendo al rafforzamento delle forze anti-europeiste diffuse a macchia d'olio nei singoli stati.¹⁶³⁹

2. Alcuni contributi della comunità scientifica

L'obiettivo di questo lavoro, pur nella consapevolezza dell'estrema importanza della tematica ivi trattata – che ovviamente non dovrebbe essere ridotta a poche pagine – e della vasta letteratura prodotta, è quello di analizzare alcuni contributi pubblicati nel periodo più recente al fine di confrontare posizioni, anche tra loro diametralmente opposte, per ipotizzare l'attuazione di modelli che agevolino l'uscita dell'Unione dalla grave crisi di stallo che da troppo tempo l'affligge.

¹⁶³⁷ Relativamente alle ripercussioni che la crisi economica ha ingenerato sul diritto costituzionale della UE e degli Stati membri, cfr. Balaguer Callejón, F., Miguel Azpitarte, F., et al., *The impact of the Economic Crisis on the EU Institutions and Member States*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2015

¹⁶³⁸ Difatti, il problema del deficit di democraticità, sommato alla struttura burocratica degli apparati e alle procedure viste sempre più complesse, hanno portato ad una impressione distorta e percepita come sempre più lontana dell'opinione pubblica rispetto ai processi decisionali della sede europea. Il processo di rinnovamento si pone come urgente anche in considerazione di ciò e di andare ben oltre rispetto a quanto conseguito con il Trattato di Lisbona, finalizzato – tra le altre cose – ad una apertura verso al parlamentarizzazione degli assetti istituzionali. Già con Lisbona si è tentato di risolvere la questione del deficit democratico e, da una lettura attenta del testo del Trattato, ciò emerge lampante, giacché il termine democrazia è ripetuto più volte ed è particolarmente inusuale per un testo costituzionale. Cfr. Frosini, T.E., *La dimensione europea della forma di stato e di governo*, in *Federalismi*, marzo 2012 e Lanchester, F. (a cura di), *Parlamenti nazionali e Unione europea nella governance multilivello*, Milano, Giuffrè editore, 2016

¹⁶³⁹ In questo caso, si fa riferimento al Front National di Marine Le Pen in Francia, al Movimento 5 stelle nel caso italiano, all'Ukip di Farage nel Regno Unito, etc.

2.1. Giuliano Amato, Ernesto Galli della Loggia, Europa Perduta? Torino, Giappichelli, 2014

La brillante analisi sullo stato in cui verte(va) l'Unione e le prospettive per il futuro è il frutto del confronto tra due autorevoli autori quali Giuliano Amato e da Ernesto Galli della Loggia che, nonostante le dichiarate differenze di percorso, intenti e visione del progetto europeo¹⁶⁴⁰, si confrontano nel corso delle pagine del volume "Europa perduta?".

Nella prima parte, titolata "Un amore difficile", Amato affronta con una lucidità disarmante l'evoluzione della costruzione europea: dalla consacrazione del principio fondante *in varietate concordia* delineato nei primordi alla curvatura registratasi con l'avvento di Maastricht. È in quella sede infatti che si registra una vera e propria *virata* nel processo di integrazione europea: nonostante un'estensione di interessi che avrebbe ricompreso molteplici materie, andando ben oltre il mercato comune, gli Stati decidono di proseguire questa via, ma affidando le singole competenze al coordinamento dei governi nazionali anziché alla integrazione comunitaria della sede centrale di Bruxelles. Questo deragliamento raggiunge il proprio apice con il concretizzarsi di un confuso dualismo nella forma di governo, dal momento che prendono corpo due esecutivi distinti: quello del Consiglio europeo rappresentativo dell'*Europa* intergovernativa e preponderante rispetto a quello della Commissione, voce dell'*europa* comunitaria.

Quello che ne scaturisce è la necessità di avviare un processo di rinnovamento maturo e ponderato, in particolar modo sul terreno istituzionale, che possa seguire la via di una maggiore federalizzazione¹⁶⁴¹ dell'Europa ovvero dell'eurozona.

Il punto di fondo non è da rinvenirsi solo nei traguardi della maggiore democraticità delle istituzioni, dell'unione bancaria, della capacità fiscale o nella capacità di fornire risposte positive ai quesiti che attanagliano il nostro tempo, ma vanno valutate "anche con sentimenti collettivi, speranze, timori e aspettative, su cui bisogna aver lavorato perché la razionalità riesca a essere condivisa, insieme ai risultati che ne dovrebbero venire".¹⁶⁴²

Nella seconda parte del contributo, invece, Galli della Loggia si focalizza su "gli errori e la speranza" che hanno portato il processo europeo ad incagliarsi. Ripercorrendo i primi passi dell'europesismo, si mette in luce come, nonostante i buoni propositi, sia fallita sin da subito l'aspirazione politica del progetto unitario e che ci si è dovuti ripiegare sull'assetto economico¹⁶⁴³ nell'effimera speranza che ben presto sarebbe giunto il momento per un ulteriore passo in avanti, assolutizzato senza però tener conto di possibili contraddizioni e

¹⁶⁴⁰ Così come riportato nell'apertura, i due autori non nascondono le posizioni opposte che li caratterizzano. "Lo sapevamo dall'inizio di non essere d'accordo (...) il libro che il lettore si trova tra le mani risulti essere più interessante di altri: perché esso riunisce analisi e punti di vista che si muovono lungo percorsi differenti, spesso anche – non ce lo nascondiamo – aspramente differenti".

¹⁶⁴¹ Per un approfondimento sulla soluzione di tipo federale, cfr. Ercolessi, G., *L'Europa verso il suicidio?: senza Unione federale il destino degli europei è segnato*, Bari, Dedalo, 2009 e Padoa Schioppa, A., *Verso la federazione europea. Tappe e svolte di un lungo cammino*, Bologna, Il Mulino, 2014

¹⁶⁴² Amato, Galli della Loggia, cit. pag. 65

¹⁶⁴³ Con il veto dell'Assemblea nazionale francese del 1954 naufraga il Progetto Ced (comunità europea di difesa). Cfr. Canavero, A., *La C.d.e. tra solidarietà atlantica e integrazione politica europea*, in Ciampani, A. (a cura di), *L'altra via per l'Europa: forze sociali e organizzazione degli interessi nell'integrazione europea (1947-1957)*, Milano, Angeli, 1995, pagg. 320 e ss.

di reali incompatibilità. Ma questo progetto di unione politica è deficitario di alcuni elementi essenziali, tra cui quello dell'omogeneità, che vadano oltre la messa in comune di principi generali, diritti e interessi economici¹⁶⁴⁴. Davvero – ci si chiede – è possibile pensare di realizzare un'entità che sia analoga ad uno stato rifiutandone gli elementi essenziali per consolidate posizioni ideologiche?

Per cercare di rimediare a questa prospettiva esclusivamente economicistica, l'Unione ha abusato del proprio potere normativo e giurisdizionale per colmare l'*horror vacui* ed apparire dotata – a se stessa e al mondo – di una propria compiuta soggettività politica ed istituzionale. Nonostante l'A. metta in luce in maniera cristallina tutte le criticità, appare fermamente convinto della validità del progetto europeo e della moneta unica – e qui emerge lampante l'affinità di intenti con Amato –, ponendo però in primo piano l'esigenza di un rinnovamento da realizzarsi attraverso l'introduzione di una maggiore democraticità e, al tempo stesso, di un maggiore potere da conferire agli organi responsabili dinnanzi ai cittadini. Questo mutamento però non dovrebbe essere calato dall'alto – e dunque da Bruxelles e Strasburgo, che tra l'altro non si sono ben guardate dal tracciare i binari entro cui muoversi – ma che investa idee, istituzioni ed uomini con l'obiettivo precipuo di individuare possibili vie d'uscita.

2.2. Beniamino Caravita di Toritto, *Quanta Europa c'è in Europa?*, Torino, Giappichelli, 2015

Il testo, articolato in venti sezioni tra loro coerentemente connesse, si apre con un ragionamento finalizzato al ripensamento dei processi europei, necessario ad edulcorare le spinte centrifughe che rischiano di portare alla disintegrazione. In questo senso, dunque, il capitolo introduttivo non lascia spazio a distrazioni, ma mette a fuoco il centro del problema.

Le colpe della crisi economico-finanziaria che ha investito il continente europeo – e la conseguente incapacità di uscirne in tempi brevi e in modo non eccessivamente oneroso – è stata attribuita all'Europa, generando critiche sempre più aspre all'interno dei singoli Stati membri e che in più occasioni hanno paventato il rischio – poi realizzatosi nel caso del Regno Unito – di uscita dall'Unione. Il problema di fondo sottolineato però è rintracciabile nella "mancata democraticità" della sede sovranazionale, deficitaria dell'elemento essenziale del *demos* europeo.¹⁶⁴⁵

¹⁶⁴⁴ "Proprio in questo modo, rinunciando alla politica, l'Europa si è consegnata – e si è condannata – ai dettami dell'economia e al vangelo dei diritti". Cit. pag. 108

¹⁶⁴⁵ Per un'analisi sul deficit democratico e carenza di legittimazione politica delle istituzioni europee, si rinvia a Zorzi Giustiniani, A., *Parlamento europeo e parlamenti nazionali nella governance economica e finanziaria europea*, in Nomos. Le attualità nel diritto, 3/2015 e Santonastaso, D., *La dinamica fenomenologica della democrazia comunitaria: il deficit democratico delle istituzioni e della normazione dell'U.E.*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2004, pagg. 113 e ss.

L'aspirazione del volume è quello di interrogarsi su quella che sarà l'Europa di domani, procedendo mediante un'analisi metodologica che sia al tempo stesso diacronica, assiologica e di diritto costituzionale, di modo che si superi una logica prettamente settoriale e si possa affrontare la questione con una visione d'insieme quanto più prossima a completezza.

Senza tralasciare ragionamenti basilari su i valori comuni dell'Europa e sulle garanzie costituzionali di tali valori, da rapportarsi con la revisione dei Trattati, l'A. passa in rassegna l'*acquis communautaire*; le procedure decisionali nell'Unione europea (sia nei principi che nelle singole procedure)¹⁶⁴⁶; le novità introdotte dal Fiscal compact e le sue modalità di adozione¹⁶⁴⁷; la Corte di giustizia¹⁶⁴⁸, che assolve il compito di interprete dell'apparato normativo dal momento che è chiamata ad assicurare il rispetto del diritto dell'unione sia nell'interpretazione sia nell'applicazione dei Trattati; per poi concludere chiedendosi quale possa essere la chiave di lettura più adeguata per un ripensamento complessivo dell'assetto istituzionale europeo.

Quello che emerge preponderante è un monito di non poco conto: qualora si scegliesse di non perseguire la strada della consacrazione di una stabilità economica-finanziaria e la riscrittura dell'architettura istituzionale dell'Unione, il fallimento sarebbe un destino inesorabile, per cui non si esclude il verificarsi di sconvolgimenti che investirebbero gli equilibri mondiali e gli stessi stati nazionali. A tal ragione "*il processo europeo non si può e non si deve interrompere*".¹⁶⁴⁹

Nel riprendere i diversi modelli¹⁶⁵⁰ di federalismo moderno, pur riconducibili a tratti essenziali comuni¹⁶⁵¹, e di federalismo del secondo dopo guerra¹⁶⁵², con altrettanti elementi essenziali comuni, si arriva al *federalizing process* europeo, così come rinnovato in

¹⁶⁴⁶ In questo caso, nel volume si descrivono modalità e pregi delle tipologie di procedure legislative. Dal potere di iniziativa alle diverse procedure legislative (ordinaria, speciale, delegata, d'esecuzione, PESC, in caso di accordi internazionali).

¹⁶⁴⁷ In particolare, cfr. nota 4 pag. 69, dove sono elencate schematicamente lo stato e la natura dell'attuazione della *golden rule* dell'obbligo di pareggio strutturale prevista nel *Fiscal compact* nei Paesi firmatari che hanno introdotto le disposizioni contenute nell'Accordo in maniera eterogenea: alcuni (11) paesi hanno fatto ricorso a legislazione ordinaria, un paese alla legge organica e i restanti (6 paesi, tra cui l'Italia) hanno fatto ricorso a procedure di revisione costituzionale. Secondo quanto disposto dall'art. 3 comma 2 dell'accordo gli Stati si impegnano a dare esecuzione agli obblighi con «disposizioni vincolanti e di natura permanente – preferibilmente costituzionale – o il cui rispetto fedele è in altro modo rigorosamente garantito lungo tutto il processo nazionale di bilancio». L'Italia ha proceduto ad introdurre il principio dell'equilibrio strutturale delle entrate e delle spese del bilancio con la legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1 che ha modificato l'art. 81 della Costituzione. Per un approfondimento, cfr. Luciani, M., *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in Astrid – Rassegna, 3/2013.

¹⁶⁴⁸ In questa sezione, l'organo giudicante è analizzato nei suoi aspetti generali, nelle modalità di accesso e procedurali (differenti forme di ricorso alla CGUE), dal punto di vista delle funzioni ad essa spettanti e con un focus particolare sul rinvio pregiudiziale e l'autoesclusione da parte della Corte costituzionale italiana di adire alla Corte di Lussemburgo (per l'A. da leggersi come "timore di veder sminuito il suo ruolo di garante ultimo dei valori costituzionali supremi, dovendosi sottoporre alla giurisprudenza del giudice europeo" (cit. pag. 84) perdurata fino al 2008 (cfr. ordinanza n. 103 del 2008 e 207/2013, in ragione delle quali ha affermato di poter essa stessa sollevare la questione pregiudiziale dinnanzi alla Corte).

¹⁶⁴⁹ L'A. si chiede infatti cosa potrebbe accadere se la comune dimensione europea dovesse rompersi in frantumi, cosa accadrebbe se venisse meno il collante che tiene insieme identità tra loro antagoniste: catalani e castigliani, valloni e fiamminghi, scozzesi e inglesi, etc.

¹⁶⁵⁰ Gli esempi riportati sono quelli degli Stati Uniti, del Canada, del Messico, del Brasile, dell'Argentina e dell'Australia.

¹⁶⁵¹ Benché diversi nell'evoluzione storica e nelle esperienze, gli esempi riportati possono essere ricondotti ad una matrice comune per quanto riguarda le loro caratteristiche essenziali: indipendenza rispetto ai regimi coloniali, presenza di un *demos* europeo dominante rispetto alla popolazione autoctona, vasta porzione di territorio, *federalizing process* di lungo periodo, etc.

¹⁶⁵² Gli esempi richiamati sono quelli dell'India, della Nigeria, dell'Etiopia e del Sudafrica.

virtù di quanto sancito dall'art.1 comma 2 del TUE, che nonostante le sue difficoltà e limiti, si basa su discipline comuni ai 27 paesi membri, su un assetto istituzionale comune e su un sistema giudiziario comune. Quello che si rileva è la presenza di due punti dolenti: il primo è un'insufficienza nel "livello di unitarietà delle politiche economiche e bancarie"¹⁶⁵³ (sganciamento tra moneta comune e politiche economiche tuttora nazionali); il secondo è invece l'assenza di una definizione delle politica di difesa dell'Unione, auspicata e cristallizzata dal TUE (ex art. 42).

Qual è allora la soluzione per uscire dal "guado" in cui ci troviamo? Per l'A., sicuramente non un mero rafforzamento dei poteri di organi quali il Parlamento e la Commissione rispetto al Consiglio, da cui ne conseguirebbe una prevalenza della governance europea rispetto a quella intergovernativa, ma un maturato ripensamento della forma di stato, da realizzarsi in maniera contestuale alla semplificazione delle vie procedurali. Questa riallocazione di istituzioni e funzioni dovrebbe registrarsi nell'ottica della piena consacrazione del modello federale e dunque comprendere: il Consiglio europeo (il vero motore politico); l'unificazione delle Presidenze di Commissione e Consiglio di modo che il ruolo venga svolto da una sola persona; la trasformazione del Consiglio dei Ministri (da rinominarsi Consiglio degli Stati) in camera alta con funzioni legislative e di controllo; il rafforzamento del Parlamento europeo¹⁶⁵⁴, in ragione della sua funzione ossia quella di essere luogo di rappresentanza dei cittadini europei, che dovrebbe avvenire nell'ottica della produzione normativa e nell'omogeneizzazione della legislazione elettorale; l'elezione della Commissione (il motore esecutivo) da parte della Camera bassa sulla base delle proposte avanzate dal Consiglio. Quel *quid* in più potrebbe registrarsi nell'assetto della forma di governo verso una parlamentarizzazione (tramite l'introduzione del meccanismo di sfiducia parlamentare del Presidente Commissione–Consiglio), ovvero verso la direttorializzazione, dal momento che l'esecutivo sarebbe slegato dall'istituzione parlamentare e *il motore politico* rimarrebbe *naturalmente assoggettato alle contingenze politiche nazionali*.¹⁶⁵⁵

2.3 Sergio Fabbrini, Sdoppiamento. Una prospettiva nuova per l'Europa, Roma–Bari, Laterza 2017

Lo sdoppiamento è l'unico futuro possibile per l'Unione. Così Sergio Fabbrini intitola il suo ultimo contributo dato alle stampe. Una lucida, puntuale e graffiante analisi delle

¹⁶⁵³ Cit. pag. 107

¹⁶⁵⁴ Si ricorda che il Parlamento europeo, nella sua configurazione, è rimasto a lungo un organo ibrido, in considerazione della sua duplice aspirazione di canale privilegiato attraverso cui si afferma la rappresentanza della politica generale, da una parte, e la rappresentanza di tipo statale-territoriale dall'altra. Cfr. Ridola, P., *Principio democratico e principio parlamentare nell'Unione europea: il difficile cammino della "democrazia federalistica"*, in Bronzini, G., Gurarriello, F., Piccone V. (a cura di), *Le scommesse dell'Europa. Diritti, istituzioni e politiche*, Ediesse, 2009, pagg. 261 e ss.

¹⁶⁵⁵ Caravita di Toritto, cit. pag. 123

inadeguatezze, sfociate in una vera e propria crisi esistenziale, che hanno portato all'immobilismo della sede europea.

Dopo aver ripercorso le tappe essenziali del processo di integrazione ed aver analizzato le crisi multiple verificatesi dopo Lisbona, l'autore individua le uniche due vie possibili: tornare indietro, scelta impensabile che aprirebbe a scenari oltremodo catastrofici; oppure andare avanti. E in quest'ultima ipotesi l'A. ritiene sia impossibile pensare per l'Europa di perseverare con l'ottica inclusiva ed espansiva, ma sarebbe più logico - e probabilmente più giusto - adottare quella della differenziazione. In questo senso si avanza l'ipotesi di porre le basi per due organizzazioni tra loro distinte per finalità. Da un lato un'aggregazione politica tra Stati dell'Europa continentale ed occidentale, dall'altro un'aggregazione per interessi economici tra paesi geograficamente identificabili con le isole e penisole del Nord e gli stati dell'Est, ma comunque tra loro collegate al fine di contribuire alla consacrazione del mercato unico. In questo senso, la prima organizzazione porterebbe avanti la comunità economica basata su un accordo interstatale funzionale che non metta in discussione la sovranità nazionale nei cd. *core state powers* e dotata sia di istituzioni intergovernative, sia di istituzioni sovranazionali per promuovere un mercato unico aperto e competitivo, ma senza condividere ulteriori *policies* (politica estera, militare, sicurezza, relazioni internazionali). In quest'ottica, dopo aver fissato rapporti di scambio basati sull'equilibrio nei differenti sistemi valutari, sarebbe persino superfluo mantenere una moneta unica.

La seconda, invece, sarebbe una unione politica di tipo federale (sulla scia dell'esempio americano), basata su un patto politico di natura costituzionale, che vede l'aggregazione degli stati membri dell'Eurozona. Un'unione basata sul principio di eguaglianza tra Stati (diversi tra loro per grandezza, densità, ricchezza, identità e cultura) e che per evitare la formazione di gerarchie si basi anche di un sistema istituzionale adeguato. La separazione dei poteri dovrebbe essere una caratteristica necessaria, per prevenire ogni confusione tra esecutivo e legislativo. L'unione dovrebbe essere titolare della sovranità generale, purché riconosca ai governi nazionali un ruolo decisionale di centrale importanza e dunque basarsi sulla distinzione di *policies* e competenze (sovranità frammentata e bilancio con risorse fiscali autonome), nonché “sviluppare un sistema legale ed istituzionale anti-centralistico ed equilibrato, che sia capace di assumere decisioni legittime e, al tempo stesso, efficaci”. Ovviamente sarebbe necessario operare un bilanciamento tra le competenze, di modo che il livello nazionale e quello sovranazionale non ne escano svuotati di legittimità.¹⁶⁵⁶

Dal punto di vista istituzionale, Fabbrini avanza delle ipotesi di novità, poiché inverosimile pensare che la visione economica e la visione politica possano portare avanti la stessa architettura istituzionale. A tal ragione, sarebbe opportuno separare i sistemi in due ordini legali: l'unione economica basata su organismi sovranazionali deputati alla

¹⁶⁵⁶ “L'unione federale dovrà avere una sua politica della sicurezza e della difesa (con una sua capacità militare e di intelligence), una sua politica dell'ordine e della giustizia, una sua politica dell'immigrazione e del controllo delle sue frontiere. E ovviamente dovrà avere una sua moneta, collegata ad una politica di bilancio sostenuta da risorse fiscali proprie e non trasferite dagli stati membri.” Fabbrini cit. pag.186

garanzia delle libertà economiche tra i paesi aderenti; l'unione federale di natura politica dovrebbe invece basarsi, per le aspirazioni che si propone, su istituzioni democratiche. In particolare, sarebbe necessario non solo costituzionalizzare la separazione di poteri tra legislativo ed esecutivo ma, per quanto riguarda la strutturazione di quest'ultimo potere, che resterebbe articolato in due organi, il Consiglio (più confederale e rispondente agli Stati) e la Commissione (più federale e rispondente all'Assemblea parlamentare e ai suoi elettori). Il Presidente del Consiglio europeo manterrebbe il compito di presiedere le riunioni dei capi di governo, ma gli si dovrebbe conferire maggiore autonomia decisionale. Per questo si ipotizza di sostituire il metodo di elezione (attualmente è necessario il quorum della maggioranza qualificata) con un meccanismo analogo a quello americano per l'elezione del Presidente. E dunque sarebbe plausibile che i capi di governo del Consiglio europeo selezionassero due candidati e che la scelta tra i due venisse demandata ad un collegio di elettori presidenziali (il cui numero dovrebbe essere equivalente al numero di seggi del Parlamento europeo di quel paese). Di contro, per l'elezione del Presidente della Commissione si avanza l'ipotesi di una maggiore democratizzazione rispetto al meccanismo attuale previsto dall'art. 17 par. 7 del TUE, ovvero si dovrebbe essere indicato dagli elettori e confermato dal Parlamento.¹⁶⁵⁷ Tale variazione avrebbe il merito di aprire ad una più intensa partecipazione dei cittadini europei al *policy-making*

2.4. Enrico Letta, Contro venti e maree: idee sull'Europa e sull'Italia, Bologna, Il Mulino, 2017

"Contro venti e maree" è il prodotto di un'intervista di *Sébastien Maillard* all'ex Presidente del Consiglio Enrico Letta.¹⁶⁵⁸ Benché scopo dell'opera sia quello di interrogarsi sulle ragioni della crisi che si è abbattuta sull'Unione e su quale possa essere il futuro dell'Europa stessa, il testo pare forse troppo legato alle contingenze politico-istituzionali italiane. Quello che manca, nonostante le buone intenzioni, è una proposta concreta, che vada ben oltre sommarie ipotesi.

Si riconosce il grado di malattia e la necessità di un profondo rinnovamento, ma senza proporre soluzioni specifiche che possano porsi come esortazione per la risoluzione dei

¹⁶⁵⁷ Il meccanismo di elezione del Presidente si articola in tre momenti essenziali. In un primo momento, la maggioranza qualificata del Consiglio europeo individua il nome del candidato Presidente da presentare al Parlamento, il quale deve eleggerlo a maggioranza dei componenti. Con la seconda fase, invece, si individuano gli altri membri della Commissione sulla base di un accordo tra Consiglio e il neoeletto Presidente, che adottano l'elenco dei Commissari in ragione delle proposte avanzate dagli Stati membri (tenuto conto dei requisiti di indipendenza e competenza previsti dal Trattato). Nella terza ed ultima fase, la Commissione si sottopone al voto del Parlamento, cui segue la nomina a maggioranza qualificata del Consiglio europeo. Per un approfondimento, cfr. Adam, R., Tizzano, A., *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, IV ed., Torino, Giappichelli, 2016, pagg. 76 e ss.

¹⁶⁵⁸ Il libro di Enrico Letta, dopo una breve introduzione intitolata "Due anni in cammino tra Europa e Italia", si articola in dodici sezioni: I. Vivere sulla frontiera, II. L'Europa sa di essere mortale, III. L'euro anche per l'inverno, IV. La trappola dei muri nazionalisti, V. *Rule takers* o *rule makers*?, VI. Il mito ingannevole dell'uomo forte, VII. Perché lasciare alla Germania il monopolio della virtù?, VIII. L'euro vale molto più di una moneta, X. Di fronte a Trump: diventare adulti, X. Immigrazione: cinque piste per uscire dalla crisi, XI. Debruxellizzare, XII. Ai referendum preferisco la democrazia.

quattro principali fardelli che minacciano il progetto europeo: la crisi economica, la crisi dei migranti, la minaccia del terrorismo e la crisi derivante dal processo – oramai avviato con Brexit – di fuori uscita del Regno Unito. Tutte queste problematiche si sono palesate mostrando un'Europa fragile e incapace di rispondere in maniera reattiva e condivisa poiché sprovvista degli adeguati strumenti di difesa.

Quello che è venuto meno nella costruzione europea è una convinzione essenziale, per cui nessuno Stato sia prevalente, che si è chiaramente scontrata con la posizione di predominanza che la Germania attualmente interpreta a partire dalla crisi dei debiti sovrani nella zona euro, momento in cui questo Stato ha assunto un ruolo di guida.

Punto di svolta dell'intero processo viene individuato nell'anno 2002, allorché l'euro viene immesso come moneta unica circolante nei paesi aderenti all'unione monetaria. Il sistema è però miracolosamente rimasto in equilibrio fintantoché la crisi non è esplosa, dal momento che il sistema risultava incompleto giacché privo di una solida unione economica alla base. Nonostante l'Europa – in generale, ma più in particolare taluni Stati – sia stata chiamata ad affrontare "l'inverno economico e finanziario più rigido dall'ultima guerra", un ruolo importante – acclamato come salvifico¹⁶⁵⁹ – è stato svolto dalla Banca centrale europea e dal suo Presidente, l'italiano Mario Draghi. Proprio la BCE, insieme alla Commissione europea, è vista come la sola garante dell'interesse generale, tant'è che misure come quella del *quantitative easing* del 2015 hanno avuto il merito di dare un respiro di sollievo stabilizzando i tassi e tenendo unita l'area dell'euro.

Quello che forse manca, ad opinione dell'intervistato, è una visione d'insieme, giacché il clima che si registra nei paesi oramai prossimi ad importanti appuntamenti elettorali – Francia e Germania – paiono troppo focalizzati sul proprio cortile, senza pensare che potrebbero trarre concreti benefici da una visione panoramica che coinvolgesse il livello europeo. E fino a quando perdurerà questa situazione di impasse, il pavimento su cui poggia il progetto europeo sarà sempre instabile e pericoloso, dal momento che legittima sul piano interno spinte eurocentrifughe, mentre, sul piano internazionale, conferisce illimitata libertà di azione a leader quali Putin, Trump, Erdoğan che sono sempre più emancipati nel dettare le regole del gioco. L'Unione europea, dunque, deve riacquistare in breve tempo la propria *leadership* a livello globale e può farlo solamente assumendo una posizione in cui ad essa spetta dettare le regole di funzionamento o altrimenti rimarrà succube delle decisioni altrui.

A tal ragione si pone come necessario un processo di ripensamento integrale dell'Unione stessa, che possa essere finalizzato, innanzitutto, al conseguimento di una propria legittimità. Oltre a ciò, si palesano come urgenti l'unificazione delle singole

¹⁶⁵⁹ "Se si dovesse fare un bilancio dell'Europa attuale, Mario Draghi figurerebbe sicuramente nella colonna positiva. La Storia ci dirà che ha salvato l'Europa. Ha assunto le proprie responsabilità, unendo visione e azione. (...) ha trasformato la Banca centrale in un'istituzione non solo accettata ma anche considerata l'unica che abbia saputo agire contro la crisi finanziaria, e ne ha fatto un punto di riferimento per le aziende." Cit. pag. 25

politiche estere e la costituzione di un dispositivo militare comune (come già abbozzato con la recente creazione della guardia di frontiera europea). Dal punto di vista delle istituzioni, invece, si propone di riconoscere al Parlamento europeo l'autonomia legislativa di cui ancora oggi risulta sprovvisto e, come soluzione al deficit di democraticità – oltre alla già introdotta previsione per cui il presidente della Commissione venga scelto a seconda dei risultati delle elezioni europee – la possibilità che i deputati vengano eletti non per il proprio paese, bensì per l'intera Unione europea, considerata come un'unica circoscrizione. (collegio paneuropeo). E l'occasione propizia per la concretizzazione di siffatta ipotesi potrebbero essere proprio i 73 seggi britannici.

3. Europa federale o Europa a più velocità, questo è il dilemma?

Come già anticipato, il Trattato di Maastricht è unanimemente riconosciuto come il punto di svolta nella storia della *governance* europea in considerazione del fatto che, sebbene abbia avuto il merito di ampliare gli obiettivi europei andando oltre il mercato comune, ha comunque dato vita ai celebri tre pilastri, all'interno dei quali le competenze non sarebbero state trasferite a Bruxelles, ma ai singoli governi con la promessa di un coordinamento *inter partes*. Bruxelles avrebbe dunque svolto solamente il ruolo di cornice scenografica ai singoli pilastri: quello della Comunità europea e del mercato unico proiettati nell'ottica sovranazionale; quello della Politica estera e di sicurezza comune (PESC) e quello della Politica della Giustizia e affari interni (GAI), entrambi di matrice intergovernativa.

L'avvento di Maastricht avrebbe così inaugurato una vera e propria dissociazione. Sebbene da una parte l'obiettivo era quello di incentivare il processo di integrazione in ambiti ritenuti particolarmente rilevanti, da effettuarsi attraverso una centralizzazione della politica monetaria; dall'altro si è richiesta una condizione necessaria ed imprescindibile, ovverosia quella di attribuire un ruolo decisionale esclusivo agli stati, proprio grazie al riconoscimento e rafforzamento delle istituzioni intergovernative, negli ambiti residuali.

Questa soluzione ha comportato un deragliamento, giacché le decisioni non sarebbero state più prese nella dimensione europea, determinando in tal modo una influenza nelle dinamiche e nelle scelte comunitarie.

In realtà però è doveroso precisare che il panorama degli stati membri è eterogeneo, per questo la scelta di adeguarsi al metodo intergovernativo da parte dei singoli è principalmente dipesa da due ragioni di fondo tra loro antagoniste. Alcuni stati si sono mostrati maggiormente gelosi delle proprie competenze; altri invece erano da poco usciti dalla dominazione sovietica e dunque solamente in un secondo momento sono tornati ad essere titolari della propria sovranità. In entrambi i casi, seppur per diverse ragioni, i paesi erano ben disposti ad accettare il nuovo metodo.

Ma qual è questa differenza tipologica che contraddistingue le due *governance*? In base al “metodo intergovernativo” sono i Governi a decidere, di norma all’unanimità (ma è altresì possibile ricorrere alla maggioranza) nelle materie per cui il trattato non prevede che le istituzioni sovranazionali (Commissione, Parlamento, Corte di giustizia) abbiano poteri specifici. Gli Stati si considerano però “signori dei trattati” e quindi gli unici detentori della sovranità. Ciò ha comportato che la costituzione intergovernativa (il Consiglio dei Ministri) coinvolgesse anche le materie per cui il trattato prevede l’applicazione del metodo comunitario. In tal modo, siffatta *governance* ha inaugurato una centralizzazione amministrativa e burocratica delle decisioni in materie ritenute importanti, quali la politica estera e la sicurezza. Il paradosso, invece, si è verificato in materia di politica economica, dal momento che si è deciso di attuare la scelta – che forse all’epoca ha avuto anche un proprio senso logico – di centralizzare la moneta decentralizzando, invece, le politiche fiscali e di bilancio.

Di contro, il metodo comunitario ha subito un’evoluzione nel corso del tempo: inizialmente, nell’ambito della Ceca, il sistema di decisione era caratterizzato da un rapporto dialettico privilegiato tra la Commissione europea (incaricata di definire gli interessi dell’Unione di natura generale e per questo dotata di impulso normativo) e Consiglio dei Ministri (composto dai rappresentanti degli Stati membri, responsabile dell’adozione degli atti legislativi ed incaricato di difendere gli interessi nazionali dei singoli membri); nel contempo il Parlamento europeo veniva relegato ad un ruolo meramente consultivo del tutto marginale.

Con l’introduzione della elezione diretta, il Parlamento europeo ha acquistato dignità, anche in considerazione del fatto che gli è stato riconosciuto il ruolo di co-legislatore a parità del Consiglio dei Ministri per circa il 90 per cento delle “leggi” europee. Pertanto, il metodo comunitario è oggi rappresentato dal diritto di iniziativa legislativa della Commissione, dal ruolo decisionale del Consiglio (che delibera in regola generale a maggioranza qualificata) e dalla procedura di co-decisione (o procedura legislativa ordinaria) con il Parlamento europeo.

Il tentativo di rimediare a questo deragliamento si è operato con il Trattato di Lisbona del 2009, che non solo ha abolito i fantomatici pilastri, ma al tempo stesso ha introdotto un riparto di competenze tra Unione e Stati membri, senza però rinunciare al metodo intergovernativo fortemente voluto dai singoli membri per decidere nei campi delle politiche pubbliche che tradizionalmente rappresentano il cuore delle sovranità nazionali.¹⁶⁶⁰

¹⁶⁶⁰ Tra l’altro, le competenze europee sono attribuite dai paesi membri all’Unione europea in specifici settori e sono articolate in tre tipologie: le competenze esplicite, puntualmente previste nei trattati; le competenze esterne parallele, non previste dai Trattati ma ricomprese in virtù del principio del parallelismo tra competenze interne ed esterne, introdotto in via giurisprudenziale dalla Corte di Giustizia; e le competenze sussidiarie, per cui nel caso in cui manchi una competenza esplicita o implicita per raggiungere uno degli obiettivi del trattato connessi al mercato unico, l’articolo 352 del Trattato sul funzionamento dell’UE conferisce al Consiglio la possibilità di adottare all’unanimità le misure che esso ritiene necessarie. Per un approfondimento, cfr. Adam, R., Tizzano, A., Lineamenti di diritto dell’Unione europea, IV ed., Torino, Giappichelli, 2016

Come emerge però da una visione oggettiva, il metodo intergovernativo non è riuscito ad erodere quello comunitario, anzi. È più volte accaduto, soprattutto con l'avvento della crisi, che proprio la costituzione intergovernativa, per dare forza alle proprie decisioni, abbia dovuto ricorrere alle sedi e agli strumenti comunitari. Ciò significa che le scelte e le procedure intergovernative si innestano sui rami degli atti giuridici comunitari “*ma hanno ceduto poco o nulla di quelle competenze che sarebbe stato utile poter gestire in sede sovranazionale*”.¹⁶⁶¹ Questo meccanismo col tempo ha smesso di celare i propri vizi ed ha permesso l'acuirsi di due fratture principali: quella tra Nord e Sud (in materia di politica economica); quella tra Est e Ovest (relativa alle politiche migratorie).

Difatti, la *governance* intergovernativa ha funzionato fino al 2008, dopodiché, con la crisi soverchiante, ha cessato di funzionare correttamente alterando inesorabilmente i precari equilibri politici e mostrando tutte le proprie fragilità. Ben presto si sono confuse responsabilità e prerogative tra il livello europeo e quello nazionale e, dal momento che gli stati hanno cessato di avere fiducia reciproca, si è tentato di risolvere la situazione attraverso una centralizzazione amministrativa ed una supervisione giudiziaria particolarmente intrusiva delle politiche nazionali in materia di bilancio e di accoglienza, chiaramente mal tollerate dagli Stati.

Non solo, le politiche strategiche comportano effetti redistributivi e, per questa ragione, alcuni Stati sono restii ad accettare siffatta metodologia, giacché accade spesso che gli interessi siano contrapposti. In quest'ultimo frangente, gli Stati più forti sono emersi ed hanno finito con l'imporre la propria leadership. Da ciò è derivata una reazione a catena quasi schizofrenica, che ha finito col delegittimare la *governance* intergovernativa, che ha dimostrato tutta la fragilità del modello nella gestione delle politiche strategiche, portando gli stati a richiedere a gran voce non solo la ri-nazionalizzazione di determinate *policies*, ma anche il ridimensionamento di ruolo e competenze dell'Unione.

L'assetto sovranazionale è rimasto vittima di un meccanismo complesso estraneo, per cui il baricentro decisionale si è spostato dagli organi sovranazionali (Commissione e Parlamento) a quelli che rappresentano i governi nazionali (il Consiglio europeo dei capi di governo e il Consiglio dei ministri).

Inizialmente, il modello delineato era quello di una forma di governo parlamentare, all'interno della quale la Commissione avrebbe dovuto incarnare il ruolo di esecutivo legato, in virtù di un rapporto fiduciario, ad una Camera eletta direttamente (il Parlamento europeo). Il legislativo, però, si sarebbe basato sul bicameralismo asimmetrico, per cui la seconda camera avrebbe svolto il ruolo di camera di rappresentanza degli stati membri.

Nel frattempo, però, si faceva strada il metodo intergovernativo, che avrebbe ben presto trovato radici nel Consiglio europeo, inizialmente ideato come consesso informale di riunione tra Capi di Stato e di Governo. Col trattato di Lisbona tale organo è stato

¹⁶⁶¹ Amato, G., Galli della Loggia, E., *Europa Perduta?* Torino, Giappichelli, 2014 cit. pag. 27

riconosciuto formalmente come istituzione dell'Unione, cui è stato attribuito il compito di definire le strategie e le politiche da seguire, nonché di indicare alla commissione le priorità e gli atti da adottare.

Quello che ne è emerso è un esecutivo a due teste: da un lato il consiglio europeo rappresentativo del modello intergovernativo; dall'altro la commissione europea espressione invece del modello comunitario. Il primo con un impatto incisivo sulla determinazione delle strategie e delle linee guida, mentre il secondo con una posizione recessiva sull'iniziativa legislativa.¹⁶⁶²

Tale configurazione si basa però su un paradosso: la commissione, legata da un rapporto fiduciario con il parlamento europeo, segue le indicazioni del consiglio che, perlomeno in linea teorica, dovrebbe rappresentare la sede informale, anche perché totalmente slegato da un rapporto di natura fiduciaria.

Il banco di prova per il modello intergovernativo, dunque, ha dimostrato tutta la sua fallacità ed è singolare che la crisi del sistema si sia mostrata proprio in quei settori che su cui governi nazionali avevano voluto mantenere un rigido controllo.

Quello che ne è derivato è un sistema che non tiene conto della discrezionalità nelle scelte di politica economica, bensì che applica puntualmente e ciecamente meccanismi e regole giuridiche. A questo si è aggiunta la proliferazione di Trattati intergovernativi (tra tutti si ricordi *European Stability Mechanism - Esm*, *Fiscal Compact*, *Single Resolution Fund-Srf*)¹⁶⁶³ e l'accentramento regolativo deciso al di fuori delle sedi sovranazionali preposte (in particolar modo esautorando il Parlamento europeo).

Ciò che si questiona è come sia possibile pensare che siano considerate legittime decisioni prese fuori dal contesto dell'istituzione che rappresenta gli elettori europei, proprio sui quali si ripercuoteranno tali decisioni?

La prima risposta avanzata dai leader europei è stata quella di avere loro stessi legittimazione dai rispettivi elettorati. Volente o nolente, il modello intergovernativo ha creato una gerarchizzazione tra governi nazionali e parlamenti nazionali, il cui centro decisionale ha visto l'emergere della *leadership* tedesca.¹⁶⁶⁴

¹⁶⁶² Levi, L., *Dopo il trattato di Lisbona, verso un modello di esecutivo federale*, in Bronzini, G., Guarriello, F., Piccone, V., *Le scommesse dell'Europa. Diritti, istituzioni, politiche*, Ediesse, 2009, pagg. 273 e ss.

¹⁶⁶³ I primi aiuti finanziari elargiti a favore degli Stati in difficoltà finanziarie si basavano su fondi creati in base a quanto sancito dall'art. 122 del TFUE, che però legittimava la concessione di tali contributi di solidarietà in caso di "calamità naturali e circostanze eccezionali che sfuggono al controllo dello Stato interessato". In seguito, con il peggioramento della crisi, si è tentato di arginare la diffusione degli squilibri economici attraverso l'imposizione di misure particolarmente austere per evitare che il fenomeno dilagasse a macchia d'olio (e che ne fossero colpiti anche gli Stati più forti). E dunque, nell'ambito del Patto di Stabilità e crescita, in un primo momento è stato approvato il *Six-Pack*, cui sono seguiti il *Two-Pack* e il *Fiscal Compact*.

¹⁶⁶⁴ L'imposizione della Germania è il risultato di una serie di fattori che esulano dal solo assetto economico. La Corte costituzionale tedesca, ricorrendo ai baluardi dei diritti fondamentali, di democrazia parlamentare e diritto elettorale, ha preteso di controllare i poteri e gli interventi della sede sovranazionale. A tal proposito si ricorda il profluvio di sentenze emesse dal *Bundesverfassungsgericht*, prodotte nel corso degli anni, con le quali la Corte ha tentato di mettere in discussione e di condizionare la prevalenza del diritto dell'Unione sul diritto nazionale. Tra tutte si ricorda BVerfGE nn. 37,271 e 73,339 (protezione dei diritti fondamentali previsti nella Carta tedesca); 89,155 e 123,267 (sui Trattati di Maastricht e Lisbona); 129,124 132,195 135,317 (sugli aiuti finanziari). Tra tutti, si rinvia a Grimm, D., *Constitutionalism: Past, Present, and Future*, Oxford University Press, 2016; Ridola, P., *Principio democratico e principio parlamentare nell'Unione europea: il difficile cammino della "democrazia federalistica"*, in Bronzini, G., Gurriello, F., Piccone V. (a cura di), *Le scommesse dell'Europa. Diritti, istituzioni e politiche*, Ediesse, 2009,

I risultati delle elezioni per il Parlamento europeo del 2014 sono la prova provata di quanto evidenziato finora, perché testimoniano la frattura sistemica che si è verificata, di cui esemplificativi sono i casi di Germania e Grecia.¹⁶⁶⁵ Non solo, nel 2014 si è riproposta l'ipotesi di curvare verso un parlamentarismo federale (sostenuto fino dagli anni 90 da Italia e Germania) attraverso l'introduzione dell'elezione parlamentare della Commissione europea, come soluzione al deficit di democraticità dell'UE.¹⁶⁶⁶ In questo senso l'assetto federale avrebbe dovuto essere l'esito naturale del processo di integrazione, basato su un meccanismo di cooperazione tra i diversi livelli di governo.

A questo punto è doveroso chiedersi quale sia la strada che consenta di uscire da questo avvistamento e che permetta di configurare l'Europa di domani.

Nel caso italiano, le proposte principali sono due e, ovviamente, tra loro diverse. La prima ipotesi, avanzata dai promotori di un'Europa federalista, è quella di istituire un "governo europeo". Nella nuova versione dell'appello firmato di recente¹⁶⁶⁷ emerge come l'aspirazione sia quella di creare un'Unione capace di funzionare e che "sia pienamente democratica le sue decisioni, incluso il bilancio, la politica estera e di difesa, e la riforma dei trattati, devono essere prese con il voto a maggioranza qualificata, che rappresenta la maggioranza dei cittadini e degli Stati europei. La Commissione dovrebbe evolvere in un vero governo, legittimato attraverso le elezioni europee, e che definisce l'agenda politica. I partiti europei dovrebbero designare il loro candidato alla presidenza della Commissione alle elezioni europee. L'alternativa è l'elezione diretta del Presidente della Ue, risultato della fusione delle Presidenze della Commissione Europea e del Consiglio europeo". A questo si aggiunga l'introduzione dell'iniziativa legislativa per il Parlamento europeo, tutt'oggi inesistente.

L'obiettivo sarebbe dunque la realizzazione degli Stati uniti d'Europa, sulla base del modello americano, ove il governo federale e Stati membri sono posti su due piani distinti dal punto vista fiscale. Nel caso in cui, però, il debito di uno Stato dovesse crescere in maniera improvvisa e questo non fosse in grado di coprire i propri debiti, sarebbe obbligato a sottoporsi a tutte le misure di austerità necessarie a ridurlo. Dal momento che tali misure di norma comportano periodi di recessione, il governo federale interviene con la propria capacità fiscale, finanziando e promuovendo investimenti di natura pubblica e privata. Ciò rappresenta un modello funzionale e funzionante di

pagg. 261 e ss. e Muzi, L., *La tutela della democrazia tedesca di fronte al procedimento di integrazione ue: una rassegna sulla giurisprudenza del Tribunale Costituzionale federale tedesco*, in *Nomos-Le attualità nel diritto*, 3/2013.

¹⁶⁶⁵ Analizzando i risultati elettorali nazionali e sovranazionali emerge una differenza sostanziale tra il caso greco e quello tedesco. In Germania i partiti che hanno accettato le politiche di austerità hanno ottenuto conferme in termini di numeri, mentre in Grecia i critici di tali politiche – in particolar modo Syriza – sono divenuti i primi partiti nel paese.

¹⁶⁶⁶ Nel corso del tempo si è ripresentata più volte anche la vocazione alla "costituzionalizzazione". Il progressivo processo di costituzionalizzazione dell'Unione è letto da alcuni autori in considerazione dell'istituzionalizzazione di alcuni organi sovranazionali avviata con Lisbona, tra cui il Consiglio, e l'introduzione di alcune nuove figure di particolare rilievo come quella del Presidente del Consiglio e dell'Alto Rappresentante per gli affari esteri e la politica di sicurezza. Cfr. Ruggeri, A., *Le trasformazioni istituzionali a sessant'anni dai Trattati di Roma*, in *Federalismi*, 12 aprile 2017.

¹⁶⁶⁷ È possibile consultare il testo dell'appello firmato da 300 intellettuali italiani a questo indirizzo: <http://www.marchforeurope2017.eu/it/academic-community-launches-appeal-in-support-to-the-march-for-europe/>

bilanciamento tra i diversi livelli di governo. Invece, nel caso europeo si è preferito ricorrere al metodo intergovernativo di coordinamento delle diverse politiche nazionali, piuttosto che ricorrere a strumenti centrali. Il risvolto tendenzialmente positivo della situazione, che avrebbe potuto essere ancor più tragica di quanto si è palesata, è però imputabile non tanto alla fortuna ovvero alla validità del modello intergovernativo, quanto piuttosto agli interventi diretti della Banca centrale europea, unica istituzione che può definirsi propriamente a dimensione europea.

A questo però è necessario aggiungere un ulteriore tassello: il processo di federalizzazione dovrebbe essere esteso dal solo settore economico-finanziario a quello politico istituzionale.¹⁶⁶⁸

Emerge, dalle precedenti considerazioni, che dinnanzi agli effetti negativi e distorsivi si palesa come necessaria un'integrazione fiscale e politica che non si intestardisca sul percorso del rigido intergovernativismo, ma si orienti su quello di ispirazione federale, caratterizzato da autorità e legittimità proprie, superiori a quelle dei singoli stati in esso presenti.

Dal punto di vista istituzionale, il modello sarebbe basato su esecutivo europeo (Commissione) e su un parlamento articolato in due Camere, tra loro differenti per attribuzioni (bicameralismo asimmetrico): Parlamento europeo e il Consiglio dei ministri funzionanti secondo la logica di un legislativo rappresentativo sia dei cittadini (il primo) che dei governi (il secondo).

Sulla base delle proposte avanzate dall'altra scuola di pensiero, la soluzione più ragionevole e ottimale sarebbe quella dell'Unione federale.

Partendo dal presupposto che i modelli comunitario ed intergovernativo non sono tra loro irrimediabilmente inconciliabili, si deve comprendere che le diverse visioni non devono rappresentare due punti antagonisti che così facendo ostruirebbero la fluidità degli ingranaggi. L'Europa non deve essere concepita né come nemico dello Stato nazionale, né al tempo stesso un suo sostituto.

La soluzione possibile (ma non condivisa da alcuni) potrebbe essere non solo quella di ideare un'Europa a più velocità o a geometrie variabili – già ipotizzata nel 2010 e ribadita dalla cancelliera tedesca Angela Merkel e nel libro bianco di recente pubblicazione –, ma quella di procedere attraverso una scissione in due entità distinte e separate. Da un lato un'Europa economica basata sul mercato comune, dall'altro un'Europa politica basata su un patto di natura politica di natura costituzionale tra i paesi che sentono l'esigenza di integrarsi in determinate politiche comuni (puntualmente definite dal patto), dotata di un proprio bilancio e di istituzioni basate sul principio di separazione dei poteri. L'integrazione dovrebbe avvenire in tempi, modalità e livelli tra

¹⁶⁶⁸ Per alcuni autori questo processo di federalizzazione deve avvenire in maniera complessiva, non solo per quanto riguarda il piano istituzionale e le relazioni tra i vari livelli di governo (sovranazionale, nazionale e locale), ma estendersi anche ai diritti e alla loro tutela. "Il modello federale, insomma, si propone, in via generale, come quello vincente e richiede che perciò che se ne faccia uso a tappeto. E ciò, a motivo della flessibilità che, per il suo tramite, viene a determinarsi nelle relazioni in parola." Ruggeri, A., *Le trasformazioni istituzionali a sessant'anni dai Trattati di Roma*, in *Federalismi*, 12 aprile 2017.

loro diversi, a seconda dei paesi aderenti e delle finalità che ci si pone di raggiungere. Se si abbraccia questa visione, dunque, per l'Europa è possibile pensare ad un'unione di stati con finalità politiche e basata su un patto fondativo. Ma ciò è legittimamente ipotizzabile in linea teorica, giacché ci troviamo dinanzi ad una eterogeneità di stati, di cui alcuni hanno nel tempo rivendicato spazi propri in politiche ritenute cruciali ovvero che hanno rallentato il processo di integrazione perché desiderosi di far prevalere la propria strategia economica.

Ovviamente, con il presente contributo non si vuole dare conto in maniera esaustiva e risolutiva delle problematiche poste in luce, giacché – come si è cercato di evidenziare – non esiste una risposta certa, univoca e parimenti avulsa da strumentalizzazioni politiche sull'opportunità o meno di arrestare ovvero portare avanti il processo integrativo. Quello che emerge non è solo la grave crisi di identità, da cui deriva un'ondivaga instabilità, ma l'incertezza su quale sia la strada da voler percorrere. Di certo, nel caso in cui prevalesse la volontà di dar vita a più unioni tra loro concentriche aventi finalità diverse (economica, politica, etc.), si paleserebbe un dato di fatto di non poco conto e che forse da taluni è stato sottovalutato: il materializzarsi di una sorta di gerarchia – ben oltre a quella già manifestatasi – tra paesi di serie A degni di far parte di una certa unione e paesi di serie B, esternalizzati e messi al “bando”.

Quello che si necessita nel breve periodo è trovare un punto di svolta, tenendo ben in considerazione l'assetto geopolitico mondiale. Sarebbe un atteggiamento sconsiderato perseverare ottusamente in una visione eurocentrica, sganciata dagli equilibri e dalla considerazione che esistono altri protagonisti nell'economia e nella politica mondiali, oltre a Stati Uniti, Cina e Russia. Quello che sarà il futuro della nuova Europa dipenderà anche dai prossimi appuntamenti elettorali. In questi giorni la Francia, che il 7 maggio è chiamata a scegliere tra Macron e Le Pen; il 24 settembre sarà la volta della Germania che vedrà un serrato confronto tra Martin Schulz, candidato della SPD, e Angela Merkel, oramai al termine del suo terzo mandato consecutivo.

Alla ricerca della democrazia perduta. A proposito di alcuni contributi sul sorteggio nelle assemblee rappresentative*

di Marco Mandato**

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il sorteggio nei più recenti contributi della comunità scientifica – 3. La democrazia, oggi – 3.1 Rivitalizzare la democrazia: le proposte di Sintomer – 3.2 L'ipotesi di un Parlamento *parzialmente* sorteggiato in Caserta, Garofalo, Pluchino, Rapisarda e Spagano – 3.3 L'appello per un sistema '*birappresentativo*' di Van Reybrouck 4. Il sorteggio come metodo propulsivo-integrativo della partecipazione politica, ma non sostitutivo di quello elettivo

1. Premessa

Gli attenti lettori della Rivista giuridica *Nomos-Le attualità nel diritto*¹⁶⁶⁹, certamente, non hanno fatto a meno di notare come i numeri 2/2016 e 1/2017 siano caratterizzati da un argomento comune: l'impiego del sorteggio nel diritto pubblico e i suoi rapporti con la selezione della rappresentanza politica e in campo politico¹⁶⁷⁰ e con l'organizzazione e il funzionamento delle Assemblee parlamentari¹⁶⁷¹. La ragione di fondo è costituita dalla rilevanza che suddetto tema sta *riacquistando* nel dibattito pubblico, italiano ed europeo. Infatti, è bene rammentare, sinteticamente, che, quella del sorteggio, non è una pratica completamente sconosciuta sia per quanto concerne la selezione di coloro chiamati a responsabilità di governo sia relativamente all'organizzazione di determinate procedure parlamentari. Il metodo del 'caso' costituiva la prassi nell'antica e affascinante democrazia ateniese per la formazione degli organi di governo e della magistratura, mentre, relativamente all'organizzazione delle Assemblee parlamentari, nel periodo liberale il sorteggio veniva impiegato per la

* Contributo sottoposto a *peer review*.

** Dottorando di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale, *curriculum* Teoria dello Stato e istituzioni politiche comparate, Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

¹⁶⁶⁹ www.nomos-leattualitaneldiritto.it

¹⁶⁷⁰ Per rappresentanza politica si è soliti intendere quella fiduciaria. Con rappresentanza in campo politico ci si riferisce al livello, a un campo, un ambito diretto all'allocatione autoritativa dei valori. Su questo, cfr. LANCHESTER, F., *La rappresentanza in campo politico e le sue trasformazioni*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 9 ss.

¹⁶⁷¹ In particolare, nel n. 2/2016 della Rivista *Nomos-le attualità nel diritto* sono stati pubblicati i contributi degli interventi svolti il 21 luglio 2016 in occasione di un incontro di studio promosso alla Camera dei Deputati. Cfr. la Sezione '*Democrazia a sorte: quali scenari possibili?*' con contributi di VACCA, G., *Democrazia a sorte: quali scenari possibili?*; SINTOMER, I., *Sorteggio e democrazia deliberativa. Una proposta per innovare la politica del XXI secolo*; LANCHESTER, F., *Il sorteggio in campo politico come strumento integrativo dell'attività delle Assemblee parlamentari*; SCACCIA, G., *Democrazia a sorte: problemi e opportunità*, tutti reperibili al seguente link <http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/fascicoli/nomos-22016>. Nel numero corrente della Rivista *Nomos*, 1/2017 si v. ZEI, A., *L'arbitrato del caso: applicazioni del metodo del sorteggio nel Diritto pubblico*, reperibile al seguente link <http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2017/02/zei-anticipazioni-1-2017-1.pdf>

formazione degli uffici¹⁶⁷² e per l'adozione delle delibere concernenti le limitazioni all'elettorato passivo, nella specie le incompatibilità con il mandato parlamentare¹⁶⁷³.

Il superamento del sorteggio per la formazione degli organi di governo fu favorito dalle rivoluzioni americane e francesi, le quali, propugnando gli ideali di libertà e eguaglianza dei cittadini, li riversarono nel diritto al suffragio, originariamente configurato in un'ottica aristocratica e oligarchica sul presupposto che i titolari di cariche pubbliche, intesi come i migliori e saggi, dovessero essere legittimati da una scelta elettiva¹⁶⁷⁴ idonea a conferire loro legittimità¹⁶⁷⁵ e consenso¹⁶⁷⁶. Tale procedura avrebbe consentito al corpo elettorale, in occasione del rinnovo delle Assemblee parlamentari, di esercitare il controllo¹⁶⁷⁷ sul loro operato, esprimendo una 'sfiducia politica'. È un aspetto che si rivelerà decisivo per il nostro lavoro e sul quale ritorneremo.

Il sorteggio è ritornato in auge negli ultimi anni inserendosi in un contesto particolarmente critico per la democrazia elettiva e mediata, ormai sempre più quotidianamente tacciata di inefficienza, inefficacia e inadeguata carica rappresentativa nei confronti dei componenti una comunità politica, il cui senso di partecipazione è particolarmente svilito¹⁶⁷⁸. Infatti, nella letteratura scientifica più recente, il metodo del

¹⁶⁷² Su questo si v. MANCINI, M., GALEOTTI, S., *Norme ed usi del Parlamento italiano*, Roma, Tipografia della Camera dei deputati, 1887, pp. 212 ss. Per un'efficace sintesi, GIANNITI, L., LUPO, N., *Corso di diritto parlamentare*, Bologna, Il Mulino, 2013, pp. 22 ss.

¹⁶⁷³ Entrambi questi impieghi furono superati con le riforme regolamentari del 1919 in considerazione dell'avvento dei partiti e dell'estensione del suffragio, promuovendo una composizione delle Commissioni in senso proporzionale ai Gruppi parlamentari in modo da rispecchiare, il più possibile, l'elettorato e introducendo il procedimento giurisdizionalizzato della verifica dei poteri. Sugli impieghi attuali del sorteggio cfr. artt. 3, 6, 54, co. 3 RC e artt. 3, c. 3, 6, 116, c. 1 e 118, c. 5 RS. Sulla verifica dei poteri cfr. artt. 15 ss. Regolamento Giunta delle elezioni della Camera dei Deputati e artt. 13 ss. Regolamento Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari del Senato della Repubblica

¹⁶⁷⁴ Già da un'analisi etimologica si evince che il significato profondo dell'elezione è proprio quello di compiere una scelta, un atto voluto espressione di una procedura strutturata e regolata che consente, a coloro che godono della titolarità dei diritti politici, di concorrere all'assunzione di una votazione tramite la quale i cittadini partecipano alla formazione degli organi di governo. In tema cfr. FERRARI, G.F., voce *Elezioni*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, Giuffrè, 1982, pp. 609 ss.; ESPOSITO, R., voce *Elezioni (VI) – Elezioni amministrative*, in *Enc. Giur.*, XII, Torino, Utet, 1989, p. 1; BETTINELLI, E., voce *Elezioni politiche*, in *Dig. Disc. pubbl.*, V, Torino, Utet, 1990, p. 485; *Elezione*, in *Enciclopedia Treccani*, Roma, 1991, pp. 322 ss.; LANCHESTER, F., *Gli strumenti della democrazia. Lezioni di diritto costituzionale comparato*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 149 ss.

¹⁶⁷⁵ La legittimità indica che un determinato potere viene accettato dalla collettività. In argomento cfr. PORTINARO, P.P., voce *Legittimità*, in *Enc. sc. soc.*, V, Roma, Treccani, 1996, pp. 235 ss.; LEVI, L., voce *Legittimità*, in BOBBIO, N., MATTEUCCI, N., PASQUINO, G., (a cura di), *Dizionario di politica*, Torino, Utet, 2004; BONANATE, L., *Legittimità: tecnicità di una parola*, in *Psicologia sociale*, n. 2/2010, pp. 189 ss.

¹⁶⁷⁶ Per un'ampia ricostruzione storica cfr. MANIN, B., *Principi del governo rappresentativo*, Bologna, Il Mulino, 2010. Per una sintesi MASTROPAOLO, A., *Una rilettura dei principi del governo rappresentativo*, in *Comunicazione politica*, n. 3/2014.

¹⁶⁷⁷ Cfr. FERRARI, G.P., voce *Rappresentanza istituzionale* in *Enc. giur.*, Roma, Treccani, 1989, p. 3; COTTA, M., voce *Rappresentanza politica*, in BOBBIO, N., MATTEUCCI, N., PASQUINO, G., (a cura di), *Dizionario di politica*, *Op. cit.*, pp. 898 ss.; TARASCO, A. L., *Sovranità popolare e sensibilità democratica*, in www.giustamm.it, 2010.

¹⁶⁷⁸ Non trascurabili le circostanze che anche in Italia si è parlato di sorteggio con riferimento alle Assemblee (cfr. 'Per una politica meno distante occorre una Camera dei cittadini', editoriale del 2 gennaio 2012, reperibile al seguente link http://www.corriere.it/opinioni/12_gennaio_02/ainis-una-camera-dei-cittadini_4e7f5bb0-3527-11e1-a9e9-f391576f69b4.shtml, riprendendo un'idea già avanzata da Carlo Calenda su 'Il Foglio' del 29 dicembre 2011. Lo stesso Ainis ha ripreso la tematica, sottolineando come la sfiducia nei confronti della classe partitica, del Parlamento e dello Stato si attesti a bassi livelli di percentualità si v. l'articolo apparso su 'La Repubblica' del 14 gennaio 2017 'La democrazia del sorteggio', reperibile al seguente link <http://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/2017/01/14/la-democrazia-a-sorteggio33.html?refresh=ce>. L'autorevole Costituzionalista non è nuovo a proposte di tal genere, in quanto, già il 2 dicembre 2015, in un articolo pubblicato sul 'Corriere della Sera', intitolato 'Ora scegliamo con il sorteggio i tre giudici della Consulta' aveva proposto il sorteggio di tre Giudici della Corte costituzionale in virtù della paralisi in cui versavano le Camere in Seduta comune. È reperibile al seguente link http://www.corriere.it/opinioni/15_dicembre_02/ora-scegliamo-il-sorteggio-tre-giudici-consulta-77a6ba5e-98bc-11e5-85fc-901829b3a7ed.shtml. Analoghe suggestioni, sul ricorso al sorteggio per la

caso viene ‘invocato’ come possibile incoraggiamento al recupero della ‘cittadinanza attiva’ per la formazione di assemblee rappresentative di cittadini – estratti a sorte, appunto – i quali, con funzioni consultive, di stimolo e di controllo, verrebbero posti in condizione di discutere e deliberare su temi di particolare rilevanza. Non solo. Si è perfino prospettata, da parte della dottrina, l’ipotesi di ‘inserire’, nelle arene parlamentari, una quota sorteggiata di cittadini che vada ad *integrare* gli eletti.

I contributi che andremo ad illustrare sono diversi tra loro non solo per il formato – due monografie, un Volume collettaneo e un articolo su Rivista – ma anche per la sensibilità scientifica e il percorso professionale degli Autori¹⁶⁷⁹, tuttavia accumulati proprio dalla identità del tema. La selezione della letteratura è stata dettata dalla sfavorevole circostanza che trattasi degli unici scritti organici pubblicati in lingua italiana, certamente sufficienti, però, per consentirci di approfondire il tema del sorteggio legato al rilancio della partecipazione politica.

Approfondiremo, in particolare, i Volumi di Yves Sintomer, quello collettaneo e il testo di David Van Reybrouck. Successivamente, una volta aver descritto l’attuale contesto democratico, esamineremo, anche in prospettiva critica, le proposte dei singoli Autori. Infine, avizzeremo conclusioni sui possibili impieghi del sorteggio.

2. Il sorteggio nei più recenti contributi della comunità scientifica

Il primo Volume che si descrive è quello di Yves Sintomer. Il titolo, già molto evocativo, *‘Il potere al popolo. Giurie cittadine, sorteggio e democrazia partecipativa’*, Bari, Dedalo, 2009, esprime chiaramente quale sia il pensiero dell’Autore. Il Testo è molto leggibile in quanto viene adottato un linguaggio semplice e chiaro, privo di tecnicismo. Nella prima parte l’Autore descrive il preoccupante contesto francese caratterizzato da una profonda sfiducia, da parte dei cittadini, nei confronti della classe politica, per poi estendere tali problematiche a tutte le principali democrazie occidentali. Infatti, vengono elencate, sinteticamente, i principali fattori strutturali che starebbero alla base della crisi della rappresentanza politica.

Dopo aver descritto il funzionamento della democrazia ateniese, ampiamente basata sul sorteggio¹⁶⁸⁰ per la nomina dei componenti gli organi principali e l’uso che del

formazione delle Camere, possono trovarsi in un articolo pubblicato il 24 aprile 2012 su *‘Il fatto quotidiano’*, a firma di Paolo Flores D’Arcais, al titolo *‘Un sorteggio per l’astensione’*, reperibile al seguente link <http://www.ilfattoquotidiano.it/2012/04/24/un-sorteggio-per-lastensione/206687/>; che del sorteggio ha dato menzione la Corte costituzionale italiana nella sentenza n. 35/2017; che nella XVII Legislatura sono state avanzate proposte di legge per selezionare, tramite estrazione a sorte, i componenti di organi pubblici di particolare rilievo (AC 2922 e AC 3416 reperibili in www.camera.it) e, infine, che il metodo del caso è tutt’ora essere impiegato per la formazione dei giudici popolari delle Corti d’Assise e delle Corti d’Assise d’appello.

¹⁶⁷⁹ Gli Autori del Volume collettaneo provengono da settori scientifici disciplinari diversi: Alessandro Pluchino e Andrea Rapisarda sono fisici teorici; Cesare Garofalo è un sociologo; Maurizio Caserta e Salvatore Spagano sono economisti politici. Relativamente agli altri contributi, Yves Sintomer è un filosofo del diritto e politologo. David Van Reybrouck è un attivista originario del Belgio.

¹⁶⁸⁰ Sul concreto funzionamento della democrazia ateniese si v., per tutti, ARISTOTELE, *La politica*, edito da Laterza, Bari, 1966.

medesimo se ne faceva nei Comuni di Firenze e Venezia, Sintomer descrive concretamente le recenti esperienze che si sono susseguite in diverse parti del mondo, basate sulla partecipazione dei cittadini per mezzo di sorteggi. Vengono ampiamente illustrati gli esempi di giurie, assemblee di cittadini, bilanci partecipativi, sondaggi e conferenze deliberative, descrivendo le quali si è cercato di dimostrare che, una maggiore e diretta partecipazione di coloro che fanno parte di una comunità, se adeguatamente informati su un dato problema e messi in condizione di discutere, possono approntare soluzioni efficaci ai problemi quotidiani e contribuire all'elaborazione delle politiche pubbliche. Ognuna delle principali manifestazioni di democrazia deliberativa è descritta ampiamente sia nelle modalità di selezione dei loro componenti sia negli aspetti procedurali sia, infine, nell'apporto – significativo o meno – delle deliberazioni assunte.

Una parte specifica è dedicata al contributo che il sorteggio ha avuto, nel corso del tempo, nella composizione delle giurie deputate a giudicare dei principali illeciti. Vengono esposte ampiamente le modalità con cui i cittadini venivano sorteggiati e le teorie di Hegel, Rousseau e Tocqueville tese a suffragare o meno questa modalità di formazione degli organi giudicanti, nonché i primi casi di sorteggio connessi alle lotterie e al gioco d'azzardo.

Nell'ultima parte ci si chiede quali siano, eventualmente, i fattori di legittimità politica del sorteggio. L'Autore individua cinque possibili motivazioni. Il sorteggio potrebbe essere inteso come manifestazione di un'entità divina o soprannaturale che guida gli uomini nel gestire gli affari pubblici. La selezione affidata al caso può essere sinonimo di imparzialità per individuare una soluzione a una controversia, in quanto i componenti degli organi giudiziari selezionati a caso non sarebbero portatori di interessi personali. Lo stesso dicasi per l'assegnazione di incarichi di particolare responsabilità, in quanto la procedura casuale garantirebbe una maggiore neutralità nella scelta dei componenti, cui sarebbero affidate funzioni particolarmente significative. Inoltre, il sorteggio può favorire l'autogoverno di tutti su tutti perché si sarebbe allo stesso tempo governanti e governati e tutti avrebbero le medesime opportunità di poter ricoprire la titolarità delle cariche pubbliche decisionali; in questo modo, il sorteggio evita che a qualcuno venga attribuito un valore superiore rispetto ad altri. Inoltre, la selezione casuale garantirebbe una gestione del potere da parte di chiunque, il che eviterebbe anche un processo di professionalizzazione della politica e delle cariche pubbliche, anche perché il senso comune consentirebbe di cogliere maggiormente le problematiche fondandosi sul giudizio di pari allontanando il tecnicismo dalle scelte politiche. Infine, il sorteggio garantirebbe la formazione di un campione rappresentativo della popolazione che potrà valutare, giudicare e decidere in nome della collettività. Il campione rappresentativo fornisce un'istantanea di tutte le opinioni degli individui e può favorire un elemento che rispecchia le differenze del gruppo di partenza, in modo da promuovere una deliberazione più consapevole confrontando le diverse opinioni. Il campione rappresentativo permette anche di esprimere gli interessi delle principali categorie sociali

e valorizzare il giudizio di chi sa meno. Inoltre, la selezione casuale può costituire una tecnica di mobilitazione dei cittadini e una diversificazione delle esperienze sociali all'interno di un gruppo ristretto di persone che dialogano e deliberano rendendosi informate e consapevoli.

Il sorteggio viene, quindi, configurato come uno strumento al servizio della democrazia, atto a favorire una partecipazione attiva della cittadinanza, contrastando, altresì, i populismi. Esso si pone come un mezzo di canalizzazione del consenso e di rafforzamento della coesione sociale, idoneo a favorire una migliore qualità della deliberazione grazie all'imparzialità delle persone che vi partecipano che non hanno interessi propri. Alla base del sorteggio vi è l'idea di formare una sorta di mini pubblico, un campione rappresentativo della società in modo da creare una rappresentanza in miniatura – cd. rappresentanza-specchio nella quale i rappresentanti devono riflettere le persone rappresentate – sociologicamente rappresentativa, del popolo cui dovrebbero essere conferite funzioni consultive, decisionale, di controllo e giudicanti.

Il Volume curato da Maurizio Caserta, Cesare Garofalo, Alessandro Pluchino, Andrea Rapisarda e Salvatore Spagnano, reca il titolo '*Democrazia a sorte, ovvero la sorte della democrazia*', edito da Malcor, Catania. Risale al 2012 e si caratterizza per un taglio diverso dal precedente. Il tema principale, ovviamente, è sempre quello dell'impiego del sorteggio, inteso come modalità di partecipazione dei cittadini alla vita politica della comunità, affrontato nei suoi aspetti teorici, ma soprattutto pratici. Il Testo in commento, pertanto, si rivela utilissimo per comprendere le concrete modalità e gli effetti che ne deriverebbero, laddove si impiegasse *parzialmente* il criterio dell'estrazione a sorte per la composizione delle Assemblee parlamentari. Il punto di chiusura sta proprio nel fornirci un quadro statisticamente dettagliato su come potrebbe funzionare un Parlamento, laddove il metodo elettivo venisse integrato con quello casuale. Ma procediamo con ordine. Il Volume si presenta molto agile nella sua lettura per la parte più teorica e anche per quella pratica. Nel complesso, la suddivisione è organizzata attraverso cinque brevi capitoli, l'ultimo dei quali costituisce il cuore dell'intero lavoro. Il merito degli Autori è quello di aver fatto precedere la trattazione del concreto esempio di una Camera formata *parzialmente* per sorteggio, da un'analisi tesa a costruire l'ambito di riferimento connesso al caso.

La parte iniziale, dal titolo '*A che serve la democrazia*', curata da Salvatore Spagnano contiene una definizione degli elementi essenziali di una forma di Stato democratica sottolineando l'importanza e la decisività che la collettività sia regolata da norme giuridiche vincolanti e 'produttive' di benessere collettivo. La democrazia rappresentativa, si rileva, costituisce un regime teso a valorizzare, per mezzo del diritto di voto, la partecipazione indiretta della cittadinanza la quale si nutre anche di vigilanza e informazione sull'azione di coloro chiamati a governare. Illustrate le caratteristiche delle forme di governo, ci si è collegati al voto e proceduto a descrivere, sinteticamente, il funzionamento delle formule elettorali - proporzionali e non maggioritarie - con gli effetti

più o meno proiettivi che da essi discendono sulla composizione delle Assemblee parlamentari. Proprio su questi aspetti si innesta una delle criticità connesse alle votazioni elettive, le quali consegnerebbero, spesso, "risultati paradossali [...] allargano lo iato tra rappresentanti e rappresentati", a fronte delle più moderne tecnologie che consentirebbero di esprimere il voto direttamente da casa, senza il filtro dei partiti e dei rappresentanti. La parte finale concerne proprio il tema della crisi che le associazioni partitiche stanno attraversando, in quanto vengono considerate sempre più corrotte e inadeguate a perseguire gli interessi generali. Con riferimento a questi aspetti, vengono esposti i mezzi di procacciamento dei partiti, divisi tra forme di finanziamento pubblico e privato, entrambi portatori di benefici e rischi.

Nel secondo capitoletto, *'Il ruolo benefico del caso'* prodotto da Andrea Rapisarda, vengono illustrati concreti esempi di scoperte, in ambito scientifico, musicale, fisico e nei processi di selezione naturale, le quali dimostrerebbero come il metodo del caso, in determinate circostanze, agevolerebbe la scoperta di fenomeni precedentemente non ipotizzabili e venuti alla luce per caso. La conclusione, nella descrizione dei processi e degli effetti che ne sono scaturiti, è quella per la quale, sposando un metodo di selezione casuale, si migliorerebbe l'efficienza. Il terzo capitolo, recante il titolo *'Il caso e l'efficienza'* di Maurizio Caserta contiene dimostra il rapporto benefico tra il caso e l'efficienza sotto il profilo della produzione legislativa e dell'organizzazione dei lavori parlamentari. Si sottolinea che le norme giuridiche devono possedere un apprezzabile grado di efficienza e di efficacia, giacché se ne produrrebbero effetti positivi per il benessere collettivo e il soddisfacimento degli interessi generali. Poter contare su Assemblee elettive efficienti è un auspicio desiderato da tutti perché una buona 'azione legislativa' si traduce in un equilibrato rapporto in termini di costi-benefici sull'intero sistema Paese, abbracciando la dimensione economica e quella politica. In quest'ottica, si anticipa che la presenza di una quota di parlamentari indipendenti aumenterebbe l'efficienza legislativa perché si approverebbero pochi, ma virtuosi provvedimenti normativi. Nella quarta parte, con titolo *'Elezioni o sorteggio: l'alternativa della demarchia'* di Cesare Garofalo, vengono descritte le modalità di impiego del sorteggio nell'antica Atene, ricordando, inoltre, come il metodo casuale venisse impiegato anche in alcuni Comuni italiani. Successivamente, si riprendono le principali critiche che attualmente vengono rivolte alla democrazia rappresentativa retta dai partiti. Si sostiene che tale forma di democrazia, basata su libere elezioni, allontana i cittadini dagli affari pubblici, in quanto i partiti non riescono più a offrire una compiuta forma di rappresentanza sociologica-rappresentativa perché preoccupati soltanto di gestire il potere e ottenere il consenso elettorale. Da qui la necessità di nuove forme di democrazia, tese a valorizzare quella partecipativa e deliberativa, le quali, anche sfruttando internet e le nuove tecnologie, potrebbe contribuire ad alimentare e rafforzare il senso di partecipazione democratica.

La parte finale rappresenta il cuore del Volume. Scritta da Alessandro Pluchino e intitolata *'Politici per caso: un modello di Parlamento'*, contiene la formulazione di tre ipotesi: un

Parlamento composto solo da partiti; uno composto solo da indipendenti sorteggiati; un altro misto, formato da eletti e sorteggiati. Attraverso analisi matematiche e statistiche, gli Autori dimostrano quando e come si raggiunge il grado di efficienza sotto il profilo della quantità e qualità dei provvedimenti approvati.

L'ultimo Testo che passiamo in rassegna è quello dello scrittore belga David Van Reybrouck, dal titolo, anch'esso particolarmente denso di significato, *‘Contro le elezioni: perché votare non è più democratico’*, edito dalla Feltrinelli nell'anno 2015, con traduzione italiana di Matilde Pinamonti. Il Volume si inserisce nel solco già tracciato dalle opere precedentemente descritte riprendendo le tematiche più attuali: dalla crisi della rappresentanza politica alla proposta di ricorrere all'uso del sorteggio nella selezione della classe di governo. Questa monografia, a differenza del Volume collettaneo, non adopera un linguaggio tecnico o matematico né propone esempi concreti, ma si limita, con stile semplice, ma pungente, a sottolineare l'attuale stato di crisi in cui versa la democrazia rappresentativa proponendo, in chiusura, il ricorso all'impiego del sorteggio.

Il lavoro è diviso in quattro brevi capitoli, nel primo dei quali viene esaminata la duplice dimensione della crisi della democrazia mediata la quale 'soffre' di inefficienza e non legittimità. L'efficienza costituisce l'indice che consente di misurare la capacità d'azione dei governanti, la quale sarebbe venuta meno per le complesse dinamiche sottostanti alla formazione dei Governi, per la quale occorre spesso molto tempo per via della mancata omogeneità dei partiti o delle coalizioni, per la scarsa fiducia che al giorno d'oggi gli elettori nutrono nei confronti dei partiti e per le eccessive lungaggini con le quali si realizzano le opere pubbliche. La crisi di legittimità equivale al mancato sostegno dei cittadini, testimoniato dalla scarsa partecipazione elettorale, dalla volubilità del voto e dalla ridotta adesione ai partiti politici.

Nella seconda parte, l'Autore cerca di mettere a fuoco, in maniera lucida e imparziale, quali potrebbero essere le ragioni che hanno causato quella che definisce "sindrome di stanchezza democratica", identificandone quattro. Le classi dirigenti attuali vengono accusate di menefreghismo, superficialità e parzialità in quanto non si preoccuperebbero dei bisogni collettivi, ma del loro arricchimento personale. La crisi della politica sfocia, così, nella diffusione dei populismi. Il secondo elemento di crisi della democrazia è individuato nella farraginosità delle procedure decisionali ad essa sottese: la lentezza nell'adozione delle decisioni condurrebbe a privilegiare la figura del tecnico rispetto al politico perché il primo realizza un sistema di governo improntato più all'efficienza che non alla legittimità. Le esperienze italiane e greche e la centralità del ruolo della banca centrale europea ne costituirebbero una dimostrazione. La terza ragione della crisi è individuata nella democrazia rappresentativa i cui rituali di funzionamento non riceverebbero più attrazione da parte del popolo, sempre più bisognoso di far sentire la propria voce attraverso il costante ricorso agli strumenti di democrazia diretta. La quarta ragione sarebbe dovuta alla crisi della democrazia elettiva. In questa parte, l'Autore ben ripercorre i momenti storici più salienti che hanno favorito il metodo elettivo come

procedura per formare la rappresentanza politica, salvo poi descrivere gli aspetti patologici della stessa. Infatti, la crisi dei partiti politici, la scomparsa dei giornali di partito, il ruolo sempre più crescente dei nuovi media, che alimentano un bisogno di maggiore partecipazione, e il prevalere delle logiche di mercato, hanno trasformato il cittadino da tale a consumatore pronto a sfruttare il momento elettivo esclusivamente per esprimere la propria preferenza verso un prodotto politico. Di queste criticità ne risente anche la pratica elettiva, ridotta a una mera battaglia mediatica durante la quale i partiti ricercano il consenso esclusivamente per conquistare il potere.

Nella terza parte, l'Autore ripercorre le origini del sorteggio nell'antica Grecia e in alcuni Comuni italiani. Dalla lettura, comprendiamo bene come le *rationes* sottese all'impiego del metodo del caso riflettevano una concezione della democrazia intesa come regime in cui i suoi componenti dovevano essere uguali e partecipare, tutti, alla vita politica della comunità, essendo al tempo stesso governati e governanti. Il sorteggio, infatti, veniva considerato un metodo democratico, mentre l'elezione era ispirata a logiche oligarchiche, mentre nella concezione ateniese dell'epoca non vi era alcuna distinzione tra cittadini e politici, tra amministratori e amministrati. L'ideale dall'uguaglianza è scomparso a seguito delle due rivoluzioni americane e francesi le quali sposarono le idee di quegli scrittori che diffusero un'idea pessimistica della democrazia. Il regime cui si aspirava sarebbe dovuto essere quello repubblicano in grado di servire gli interessi della Nazione in cui era riposta la sovranità. Per la realizzazione del benessere collettivo occorreva, quindi, scegliere i migliori e i saggi e l'unico modo per operare questo discernimento era ricorrere al metodo elettivo. Di qui, la scomparsa del sorteggio e la 'vittoria' delle elezioni.

Nella quarta e ultima parte, l'Autore mette in luce come, già a partire dagli anni '80, il sorteggio abbia fatto la sua ricomparsa e come, nel corso degli anni, si siano promosse forme di democrazia deliberativa e partecipativa nelle quali i cittadini coinvolti sono stati selezionati dal caso. La dimostrazione è offerta dalle esperienze praticate, tra il 2004 e il 2013, in Canada, Olanda, Islanda e Irlanda ove si è favorita la partecipazione di cittadini sorteggiati per discutere e deliberare su temi particolarmente importanti quali le leggi elettorali e le riforme costituzionali. Infine, vengono descritte le proposte avanzate in alcuni Paesi di costituire una Camera composta da cittadini sorteggiati. A tal proposito ampio spazio è dedicato a un'interessante e suggestiva proposta di Terril Bouricius¹⁶⁸¹ che ha delineato il possibile funzionamento di un sistema i cui organi – titolari delle singole competenze – sarebbero composti da cittadini estratti a sorte.

L'ultimo contributo che si riporta è quello di Astrid Zei, dal titolo '*L'arbitrato del caso: applicazioni del metodo del sorteggio nel Diritto pubblico*', pubblicato sulla Rivista giuridica *Nomos - le attualità nel diritto*, n. 1/2017. Lo si potrebbe definire un saggio di chiusura e di sintesi del dibattito scientifico sul sorteggio, utile per comprendere, anche criticamente, gli usi

¹⁶⁸¹ Si v. *Democracy Through Multi-Body Sortition: Athenian Lessons for the Modern Day*, Volume 9, Issue, 1, pp. 1-19.

del metodo del caso e le problematiche ad esso connesse. L'Autrice passa in rassegna tutte le ipotesi in cui il sorteggio è solito essere stato ed essere tutt'oggi impiegato, non solo nell'ambito dei meccanismi connessi alla titolarità delle cariche pubbliche¹⁶⁸² e dell'organizzazione dei lavori parlamentari¹⁶⁸³, ma anche in ambiti più vari, comprensivi dei procedimenti amministrativi¹⁶⁸⁴ e di quelli connessi ad esperienze particolarmente "tragiche"¹⁶⁸⁵. Comprendiamo bene, dalla lettura del Saggio, come, le principali giustificazioni teoriche dell'utilizzo del metodo del caso, siano quelle di assicurare un'effettiva parità di chances tra i membri di una comunità e, in determinate ipotesi, assicurare l'imparzialità di procedure e organi¹⁶⁸⁶. Il lavoro si conclude con l'esposizione delle principali criticità connesse alla formazione casuale delle Assemblee elettive, legate alle dinamiche sottese alla classica concezione del rapporto fiduciario della rappresentanza politica, alla dimensione dei collegi, alle presunte caratteristiche di imparzialità e di giudizio dei parlamentari sorteggiati e alla qualità delle discussioni.

In chiusura, il contributo ora esaminato rappresenta un utile punto di riferimento per addentrarsi nel delicato tema della selezione casuale perché, oltre a descrivere bene i presupposti di principio del metodo del caso, offre, contestualmente, spunti e stimoli di riflessione critica sull'impiego del sorteggio nei multiformi ambiti.

3. La democrazia, oggi

Se, tradizionalmente, la pratica elettiva si identifica con la democrazia¹⁶⁸⁷ e la democrazia viene ricondotta all'elettività, intesa come principio generale¹⁶⁸⁸ di formazione degli organi rappresentativi, nel contesto attuale, questa identificazione è venuta meno. La crisi della democrazia è di natura qualitativa¹⁶⁸⁹ e si identifica nella

¹⁶⁸² Si fa riferimento alla sentenza n. 35/2017 con cui la Corte costituzionale, nel censurare la disposizione della legge elettorale n. 52/2015 sui capilista bloccati, eletti in più collegi, ha statuito che la scelta non può essere rimessa all'arbitrio dell'eletto, stabilendo, quindi, che l'individuazione del collegio di elezione è rimessa al criterio residuale del sorteggio. L'A. ricorda, opportunamente, come questo metodo era solito essere impiegato nel periodo statutario, in quanto il regio decreto del 17 marzo 1848 stabiliva, all'art. 101, che, qualora il deputato fosse stato eletto in più collegi, avrebbe dovuto dichiarare, alla Camera di appartenenza, la circoscrizione di elezione. Nell'ipotesi di mancata opzione nel termine di otto giorni, la Camera avrebbe estratto a sorte il collegio in cui si sarebbe dovuto eleggere un nuovo deputato.

¹⁶⁸³ L'A. ricorda come nei Parlamenti liberali ottocenteschi, non solo in Italia, ma anche in Belgio, Francia e Germania, gli uffici – organi interni alle Camere competenti a un preliminare esame dei disegni di legge – fossero composti da deputati estratti a sorte per l'esigenza di garantire una rappresentanza unitaria e indivisibile, altrimenti compromessa da faziosità politiche.

¹⁶⁸⁴ Al sorteggio si ricorre per l'aggiudicazione, nelle gare di appalto, in caso di offerte eguali e non migliorative oppure per la concessione di beni e servizi nel momento in cui occorre procedere alla distribuzione di risorse non eccessivamente ingenti in rapporto alla molteplicità dei destinatari.

¹⁶⁸⁵ Si fa riferimento all'assegnazione delle prime abitazioni tra gli abitanti del Comune di Amatrice a seguito del terremoto che ha devastato la cittadina abruzzese il 24 agosto 2016.

¹⁶⁸⁶ In queste ultime ipotesi si è fatto riferimento alla composizione delle Commissioni giudicatrici delle gare d'appalto dei lavori, alle rappresentanze che si creano in seno ai penitenziari, alla formazione delle Commissioni di concorso per l'abilitazione alla docenza universitaria.

¹⁶⁸⁷ Cfr. COTTA, M., voce *Democrazia*, in *Enc. giur.*, X, Roma, Treccani, 1990, p. 1; MARTELLI, P., *Elezioni e democrazia rappresentativa: un'introduzione teorica*, Roma-Bari, Laterza, 1999, pp. 3 ss.

¹⁶⁸⁸ Cfr. Corte cost. sentenza n. 96/1968 ove si afferma che l'elettività è un principio generale dell'ordinamento.

¹⁶⁸⁹ Si v. GINBORG, P., *La democrazia che non c'è*, Torino, Einaudi, 2006, pp. 35 ss.

perdita della percezione che l'elezione, procedimento strutturato di veicolazione del consenso e delle votazioni¹⁶⁹⁰, costituisca la pratica idonea a legittimare¹⁶⁹¹ i poteri pubblici¹⁶⁹². Infatti, “[...] proprio il metodo elettivo, che rimane alla base degli ordinamenti di democrazia pluralista, viene considerato in crisi sia per quanto riguarda il tradizionale ambito parlamentare, sostituito da forme di investitura degli esecutivi e da ripensamento e sfarinamento della politicità, sia per quanto riguarda la veridicità procedurale”¹⁶⁹³.

Il rapporto tra le istituzioni statali elettive e la comunità politica è divenuto sempre più distante, la dimensione della politicità non riesce più ad integrarsi con quella civile e sociale. Ciò è testimoniato dalla scarsa partecipazione elettorale, dal calo delle iscrizioni ai partiti, dalla volatilità e volubilità del voto elettivo. Per una serie di fattori, di qui a breve oggetto di illustrazione, l'elezione, fisiologico strumento di funzionamento delle democrazie rappresentative, ha ormai perso di credibilità e fiducia da parte del corpo elettorale, minando l'inscindibile legame tra partecipazione politica e democrazia¹⁶⁹⁴, diritto di voto e rappresentanza in campo politico¹⁶⁹⁵. Ad essere in crisi è, quindi, la democrazia rappresentativa¹⁶⁹⁶ di tipo parlamentare basata sul raccordo Parlamento-corpo elettorale-partiti¹⁶⁹⁷. La perdita di credibilità dello strumento elettivo e degli stessi meccanismi di funzionamento della democrazia, ha condotto alla perdita di rappresentatività e centralità delle istituzioni parlamentari, le quali non riescono più a strutturare le domande politiche e sociali, a vantaggio dell'Esecutivo. Tutto questo sfocia, di conseguenza, nella crisi del partito e dei circuiti mediatici della rappresentanza politica,

¹⁶⁹⁰ In tema cfr. LANCHESTER, F., *Saggi in tema di votazioni e di riforme istituzionali nel diritto pubblico*, Roma, 1984; ID., *Votazioni, sistema politico e riforme istituzionali*, Roma, Bulzoni editore, 1987; ID., voce *Votazioni*, in *Enc. giur.*, XXXVII, Roma, Treccani, 1989.

¹⁶⁹¹ Come è stato notato "la democrazia [...] riposa [...] sulla legittimità che gli individui riconoscono alle norme giuridiche e alle istituzioni politiche", MASTROPAOLO, A., *La crisi della trascendenza democratica*, in *Storia del pensiero politico*, n. 2/2015, p. 313.

¹⁶⁹² Infatti, "la legittimità è qui intesa come una qualità di natura strettamente procedurale; essa è prodotta in modo perfetto e assoluto dall'elezione", Così ROSANVALLON, P., *La politica nell'era della sfiducia*, Enna, Città aperta edizioni, 2009, trad. it. a cura di Alessandro Bresolin, p. 13.

¹⁶⁹³ LANCHESTER, F., *Teoria e prassi della rappresentanza politica nel ventesimo secolo*, in ROGARI, G., (a cura di), *Rappresentanza e governo alla svolta del nuovo secolo, Atti del convegno di studi Firenze, 28-29 ottobre, 2004*, Firenze, University Press, 2006, p. 7.

¹⁶⁹⁴ Come è stato evidenziato, è la "stessa definizione di democrazia a mettere in relazione partecipazione e rappresentanza e a spingere a domandare se il suo futuro non stia proprio nella possibilità di trovare un tipo di mediazione tra sociale e politico che riesca a realizzare anche una forma di partecipazione quanto più larga possibile [...]"; così SERRA, T., *La disobbedienza civile: una risposta alla crisi della democrazia?*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 48.

¹⁶⁹⁵ Sul rapporto tra democrazia, diritto di voto e rappresentanza politica si v. MASTROPAOLO, A., *La democrazia è una causa persa?*, Torino, Bollati editore, 2011, pp. 309-310.

¹⁶⁹⁶ SINTOMER, Y., *Il potere al popolo. Giurie cittadine, sorteggio e democrazia partecipativa*, Bari, Dedalo, 2009, pp. 24 ss., individua sei cause strutturali: 1) Politica impotente: il sistema dei pubblici poteri non sembra più idoneo ad occuparsi di problemi sociali in virtù della precarietà del lavoro, dell'aumento della disoccupazione e della crisi economica; 2) Abbandono politico delle classi popolari: ormai si sono dissolte le identità di classe specialmente quelle popolari che non riescono più ad organizzarsi in una rete ben strutturata e organizzata perdendo la propria identità; 3) Affacciarsi di una società del rischio: la classe dirigente non riesce ad offrire risposte adeguate e soddisfacenti a fronte degli sconvolgimenti dati dagli sviluppi tecnologici ed economico e avvertiti dai cittadini come problematiche urgenti; 4) Crisi dell'azione pubblica: si registra un enorme discredito e un profondo senso di sfiducia verso la neutralità e l'imparzialità della burocrazia statale. I servizi pubblici vengono avvertiti come inefficienti e inadatti ad offrire, soprattutto alle fasce popolari, soluzioni rapide ed efficaci; 5) Ostacolo ideologico: sono scomparsi gli ideali in grado di costituire validi elementi identificativi; 6) Cause interne al sistema politico: la classe politica sta assumendo stili e abitudini di vita propri allontanandosi dalla realtà sociale e sposando una visione del mondo specifica e diversa da quella dei cittadini.

¹⁶⁹⁷ Cfr. URBINATI, N., *Che cosa intendiamo quando parliamo di crisi della democrazia*, in *Il Mulino*, n. 6/2016, p. 983.

rispetto ai quali viene snaturato il senso del principio elettivo a favore di un maggiore ricorso agli strumenti di democrazia diretta tali da dar voce immediata al corpo elettorale. Il paradigma della democrazia immediata consente di instaurare un rapporto *personalizzato* con i leader politici, divenuti il fulcro e il baricentro della rappresentanza degli interessi¹⁶⁹⁸.

Si è avviato un processo che ha portato al “rattrappimento”¹⁶⁹⁹ della democrazia ormai “degenerata”¹⁷⁰⁰, “anoressica”¹⁷⁰¹, “depoliticizzata”¹⁷⁰² divenuta, pertanto, un qualcosa di “ibrido”¹⁷⁰³, priva di senso e valore, prigioniera di meccanismi di funzionamento, legittimità e legittimazione rispetto ai quali si registra un acuto e intenso deficit fiduciario da parte dei cittadini¹⁷⁰⁴.

Questo per diversi aspetti, esterni ed interni¹⁷⁰⁵.

Relativamente ai primi, un contributo fondamentale alle difficoltà in cui versa la democrazia, è stato dato dalla globalizzazione la quale, favorendo l'avvento di un mondo globale, unico e sempre più integrato, ha ridefinito le tradizionali categorie del politico, ristrutturando, riconfigurando ed erodendo il potere degli Stati a favore di una molteplicità di centri di potere i cui attori principali non hanno tutti natura pubblica. I processi globalizzanti hanno fortemente indebolito e reso impotente, agli occhi dell'opinione pubblica, le istituzioni - parlamentari e governative - nazionali, le quali sono divenute incapaci di reagire autonomamente alle nuove sfide globali e regolarle. Gli Stati, ormai privati della loro dimensione sovrana, si inseriscono in un nuovo spazio politico¹⁷⁰⁶, territorialmente indefinito¹⁷⁰⁷ e politicamente dominato dalle grandi organizzazioni internazionali e dalle imprese, le quali promuovono un'intensificazione

¹⁶⁹⁸ Su questo cfr. LANCHESTER, F., *Democrazia, rappresentanza, responsabilità*, in CARLASSARRE, L. (a cura di), *Democrazia, rappresentanza, responsabilità*, Padova, Cedam, 2001, p. 31; ID., *Le istituzioni costituzionali italiane tra globalizzazione, integrazione europea e crisi di regime*, Milano, Giuffrè, 2014, pp. 13 ss.; CASSESE, S., *La democrazia e i suoi limiti*, Milano, Mondadori, 2017, pp. 7 ss. e 49 ss.

¹⁶⁹⁹ MASTROPAOLO, A., *La crisi della democrazia. Tra interessi e paradigmi*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, Quaderno n. 7*, 1996, p. 31.

¹⁷⁰⁰ BOVERO, M., *Sette globalizzazioni?*, in *Teoria politica*, XVIII, n. 3/2002, pp. 67-68.

¹⁷⁰¹ MASTROPAOLO, A., *Crisi dei partiti o decadimento della democrazia?*, in www.constituzionalismo.it, n. 1/2005, p. 8.

¹⁷⁰² URBINATI, N., *Democrazia sfigurata: il popolo tra opinione e verità*, Milano, Egea, 2014, pp. 109 ss.

¹⁷⁰³ Si v. DIAMANTI, I., *Democrazia ibrida*, Roma-Bari, Laterza, 2014.

¹⁷⁰⁴ La radicalità della percezione della crisi democratica è intuibile leggendo una recente intervista dello scrittore francese Michel Houellebecq, pubblicata il 24 marzo 2017 sul ‘*Corriere della Sera*’, il quale evoca un sistema senza Parlamento e un fortissimo ricorso agli strumenti di democrazia diretta. L'intervista è reperibile al seguente link http://www.corriere.it/esteri/17_marzo_24/houellebecq-sono-populista-non-voglio-rappresentanti-0f93fbd4-100c-11e7-94ba-5a39820e37a4.shtml

¹⁷⁰⁵ Su questo, AZZARITI, G., *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, Laterza, 2013, p. 8.

¹⁷⁰⁶ BECK, U., *Che cos'è la globalizzazione*, Roma, Carocci, 1999, p. 13. Nello stesso senso, GALLI, C., *Spazio e consenso nella politica globale*, in GHERARDI, R., (a cura di), *Politica, consenso e legittimazione. Trasformazioni e prospettive*, Roma, Carocci, 2002, p. 55, il quale mette in luce come la "la globalizzazione produce tendenzialmente la fine e il superamento della spazialità politica moderna, dell'immagine dello spazio incorporata nelle categorie politiche moderne. [...] La politica passa oggi attraverso una profonda ridislocazione categoriale e pratica dei suoi referenti spaziali"; FERRARESE, M.R., *La 'globalizzazione' del diritto: una trama di cambiamenti giuridici*, in AMATO, C., PONZANELLI, G., (a cura di), *Global law v. local law. Problemi della globalizzazione giuridica*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 26, la quale mette in evidenza che "il criterio della territorialità, che ovviamente sotto vari profili ancora resiste ed è destinato a resistere anche in futuro, perde tuttavia la sua scommessa principale: quella di essere davvero il criterio esclusivo, ossia di fungere da reale *gate-keeper* finale della giuridicità".

¹⁷⁰⁷ Sulla trasformazione del rapporto tra politica, territorialità e sovranità cfr. HELD, D., *Governare la globalizzazione*, Bologna, Il Mulino, 2005, pp. 117 ss.

delle relazioni sovranazionali rette da accordi di cooperazione e integrazione, ritenuti necessari per gestire e controllare le nuove sfide globali¹⁷⁰⁸. Il potere politico statale diviene relativo e condizionato da una molteplicità di fattori che lo rendono impotente e dipendente dalle logiche di mercato¹⁷⁰⁹, dalle intese con i partner europei e internazionali, dalle richieste di maggiore autonomia provenienti dalle realtà regionali e locali¹⁷¹⁰. I meccanismi di governo sono retti da organi molto spesso non elettivi, rispetto ai quali i cittadini non riescono a offrire un contributo decisivo in termini di legittimità e legittimazione e, di conseguenza, a farne valere forme di responsabilità politica. Di qui, un nuovo ruolo per gli Stati che comporta la necessità di ripensare le loro tradizionali funzioni e adattare¹⁷¹¹ le istituzioni politiche interne alla nuova politica globale¹⁷¹² retta da un'ampia struttura di *governance* sostitutiva del *government*¹⁷¹³, alla cui base vi sono continue integrazioni tra attori politici e non, tra organizzazioni internazionali ed entità statali, tra sfera politica e sfera economica¹⁷¹⁴.

Per quanto concerne le cause interne della crisi della democrazia, vi è certamente il mutato ruolo dei partiti politici i quali, da strumenti di filtro delle istanze sociali¹⁷¹⁵ e di

¹⁷⁰⁸ Infatti, come mette in evidenza STIGLITZ, J.E., *La globalizzazione che funziona*, Torino, Einaudi, 2006, p. 21, "la globalizzazione ha creato l'esigenza di un'azione collettiva da parte di popoli e paesi per risolvere i problemi comuni [poiché] ci sono troppe questioni che possono essere affrontate solo a livello mondiale".

¹⁷⁰⁹ Infatti, un ulteriore effetto della globalizzazione è il rovesciamento dei rapporti tra sfera politica ed economica. La particolare posizione di forza assunta dalle grandi imprese multinazionali ha prodotto una maggiore intensità e afflusso dei traffici commerciali con il conseguente aumento di livelli produttivi e globali che le politiche statali, da sole, non riescono a gestire e regolare. Ciò è dovuto anche al ricorso allo strumento contrattuale, sfruttando il quale le imprese riescono ad adottare politiche gestionali svincolate dal controllo statale, agendo contemporaneamente in varie parti del globo, favorendo la circolazione di ingenti risorse economiche sottratte al controllo statale. Tutto questo comporta una deterritorializzazione della ricchezza e dell'economia e il dominio della legge di mercato rispetto a quella legislativa statale. Su questo cfr. *ex plurimis* IRTI, N., *Fenomenologia del diritto debole*, in AA. VV., *Nuove frontiere del diritto*, Bari, Dedalo, 2001, p. 36; FITOUSSI, J.P., *La democrazia e il mercato*, Milano, Feltrinelli, 2004, trad. it. a cura di Massimo Scotti, p. 63; GALGANO, F., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2005; ZIEGLER, J., *La privatizzazione del mondo*, Milano, Net, 2005, trad. it. a cura di Monica Fiorini, p. 95; MONATERI, P.G., *Contratto e globalizzazione: introduzione*, in AMATO, C., PONZANELLI, G., (a cura di), *Global law v. local law. Problemi della globalizzazione giuridica*, Op. cit., p. 41; FISICHELLA, D., *Crisi della politica e governo dei produttori*, Roma, Carocci, 2007, pp. 291-292; D'ALBERTI, M., *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, Il Mulino, 2008, p. 116; FERRARA, G., *La crisi della democrazia costituzionale agli inizi del XXI secolo*, Roma, Aracne, 2012, p. 104; DI TARANTO, G., *La globalizzazione diacronica*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 133.

¹⁷¹⁰ Sulla rilevanza della dimensione regionale cfr. CASSESE, S., *Morte e trasfigurazione dello Stato*, in JEAN, C., (a cura di), *Morte e riscoperta dello Stato-nazione*, Milano, Franco Angeli, 1991, pp. 13 ss.; OHMAE, K., *Il senso della globalizzazione*, Milano, Etaslibri, 1998, p. 106.

¹⁷¹¹ Cfr. ANDORNINO, G. B., *Stato, globalizzazione e neo-confederalismo. Riflessioni su di un presidio politico proporzionato all'età dell'interdipendenza*, in *Teoria politica*, XXII, n. 3/2006, pp. 16 ss.; SCHIERA, P., *Lo Stato moderno. Origini e degenerazioni*, Bologna, Clueb, 2004, p. 229; SALTER, L., *Globalizzazione, tecnologia e mito dell'indebolimento dello Stato: una critica alle dinamiche della postmodernità*, in GUARALDO, O., TEDOLDI, L., (a cura di), *Lo stato dello Stato. Riflessioni sul potere politico nell'era globale*, Verona, Ombre corte editore, 2005, p. 64; CARRINO, A., *Il problema della sovranità nell'età della globalizzazione*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2014, pp. 152 ss.

¹⁷¹² FERRARESE, R., DORE, R., voce *Globalizzazione*, in *Enc. sc. soc., I Supplemento*, 2001, reperibile al seguente link http://www.treccani.it/enciclopedia/globalizzazione_%28Enciclopedia-delle-scienze-sociali%29/

¹⁷¹³ Sul rapporto tra *governance* e *government* cfr. CASSESE, S., *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2002, pp. 15 ss.; BORGHINI, A., *Metamorfofi del potere. Stato e società nell'era della globalizzazione*, Milano, Franco Angeli, 2003, p. 135, nota 52.

¹⁷¹⁴ Cfr. *ex plurimis*, LEVI, L., in LEVI, L., MOSCONI, A., (a cura di), *Globalizzazione e crisi dello Stato sovrano* Torino, Celid, 2005, pp. 139-140; BIANCHIERI, B., voce *Globalizzazione*, in *Atlante geopolitico*, 2012, reperibile al seguente link http://www.treccani.it/enciclopedia/globalizzazione-e-regionalizzazione_%28Atlante-Geopolitico%29/; STEGER, M. B., *La globalizzazione*, Bologna, Il Mulino, 2016, p. 75.

¹⁷¹⁵ Come sottolinea PALANO, D., *La democrazia senza partiti*, Milano, Vita e Pensiero, 2015, p. 80, "ai partiti viene infatti rimproverata la responsabilità di aver tradito la loro missione originaria, di aver smarrito gli ideali di un tempo, di aver tagliato il legame che li univa alla società"; cfr. ID., *Il partito inutile?*, in *Filosofia politica*, n. 1/2015, pp. 3 ss.; ID., *La macchina per fabbricare passioni. Il concetto di "partito" nell'era della "crisi" dei partiti*, *ivi*, p. 111.

rappresentatività delle stesse nelle arene parlamentari, hanno cessato di svolgere una funzione educativa e inclusiva delle collettività, sminuendo il senso e il valore connesso alla partecipazione democratica¹⁷¹⁶. La scomparsa del partito di massa¹⁷¹⁷ ha innescato un processo di progressiva verticalizzazione¹⁷¹⁸ del potere e della rappresentanza politica¹⁷¹⁹, smontando un apparato precedentemente in grado di contare su un'organizzazione capillare e ramificata sui territori e sulla capacità di ottenere il consenso elettivo mediante la presentazione di una piattaforma programmatica conforme all'ideologia di fondo del partito medesimo.

Uno dei fattori che ha contribuito al disfacimento del partito di massa, sostituito da un partito macchina¹⁷²⁰ ad uso e consumo del leader, è rappresentato proprio dalla scomparsa delle ideologie e dall'incapacità di ricomporre le fratture sociali presenti nella comunità. Il venir meno delle ragioni ideologiche, che si pongono (o si ponevano) alla base delle diverse organizzazioni partitiche, ha fatto sì che esse abbiano assunto una dimensione laicizzata¹⁷²¹, priva di riferimenti valoriali sui quali la cittadinanza potrebbe identificarsi. Il partito, da grande organizzazione di massa, è divenuto una mera macchina elettorale, idonea, soltanto, a cercare di ottenere il consenso per crogiolarsi e appiattirsi nella titolarità del potere politico¹⁷²², mirando esclusivamente "all'autoconservazione e all'autoperpetuazione come classe"¹⁷²³. Non v'è dubbio che, lo smarrimento dell'azione rappresentativa delle associazioni partitiche, sia imputabile anche ai fenomeni della globalizzazione la quale, riducendo le distanze fra le varie parti del mondo e agevolando l'incontro e la commistione di nuove culture, identità, tradizioni, ha reso più complessa e multiforme la società e gli interessi da essa espressi¹⁷²⁴. Tutto questo ha favorito l'emergere di nuovi bisogni e rinnovate esigenze rispetto alle quali i partiti si sono trovati impreparati e incapaci di porre in essere un'azione unitaria e di sintesi nell'ottica della loro riconduzione ad unità.

Questi fenomeni, interni ed esterni, ora brevemente descritti, spiegano come la crisi democratica sia di legittimità e di governabilità, costituendo concause che dimostrano come, nei confronti della pratica elettiva, vi siano timori, diffidenze e percezioni di

¹⁷¹⁶ Per una sintesi si v. MORBIDELLI, G., PEGORARO, L., REPOSO, A., VOLPI, *Diritto pubblico comparato*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 313 ss.

¹⁷¹⁷ Cfr. REVELLI, M., *Finale di partito*, Torino, Einaudi, 2013, p. 16; PICCIO, D., *La scommessa democratica dei partiti in trasformazione*, in www.costituzionalismo.it, n. 3/2015, pp. 4 ss.; ALGOSTINO, A., *Partiti, conflitto e potere: spunti di riflessione sulla trasformazione del partito politico*, in *Concetto e funzione dei partiti politici*, in *Nomos*, n. 3/2015, pp. 9 ss.; SALVATI, M., *La democrazia è in crisi: c'è qualcosa di nuovo?*, in *Il Mulino*, n. 6/2016, pp. 972 ss.

¹⁷¹⁸ Cfr. AZZARITI, G., *Cittadini, partiti e gruppi parlamentari: esiste ancora il divieto di mandato imperativo?*, in *Partiti politici e società civile a sessant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione. Atti del XXIII Convegno annuale dell'associazione italiana dei costituzionalisti, Alessandria, 17-18 ottobre, 2008*, Napoli, Jovene, 2009, pp. 177-238.

¹⁷¹⁹ Definita da DELLA MORTE, M., *Quale futuro per la rappresentanza politica?* in MORELLI, A., (a cura di), *La democrazia rappresentativa.: declino di un modello?*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 9, "una reliquia del passato".

¹⁷²⁰ TUCCARI, F., *Ritorno al futuro? La crisi dei partiti politici*, in *Storia del pensiero politico*, n. 1/2014, p. 135.

¹⁷²¹ IGNAZI, P., *Forza senza legittimità. Il vicolo cieco dei partiti*, Roma-Bari, Laterza, 2012, pp. 34 ss.

¹⁷²² Cfr. DAHRENDORF, R., *Dopo la democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2003, p. 97; DUSO, G., *Parti o partiti? Sul partito politico nella democrazia rappresentativa*, in *Filosofia politica*, n. 1/2015, p. 31; GORLANI, M., *La "tardiva" attuazione legislativa dell'Art. 49 cost. nell'eclissi della funzione di rappresentanza dei partiti politici*, in *Nomos*, n. 1/2016, pp. 3 ss.

¹⁷²³ LUDOVICO, M., *Se sovrano è il popolo. La democrazia del sorteggio*, Roma, Bulzoni, 1997, p. 28.

¹⁷²⁴ Per tutti si v. LIETO, S., *La crisi dei partiti politici nella duplicità paradigmatica globale e locale*, in *Rivista Aic*, n. 4/2012.

inutilità. Il corpo elettorale avverte che la sede del potere politico non è più all'interno dei confini nazionali, ma 'trasferita' a livelli sovranazionali in cui le decisioni di natura pubblica sono il risultato di trattative private tra una molteplicità di agenti che agiscono, spesso, in nome di interessi economici e personali. Per questo motivo, viene attribuito all'elezione un peso ormai relativo sia perché i partiti politici e le classi dirigenti vengono considerati corrotti, interessati esclusivamente alla cura dei propri interessi personali sia perché si ha la percezione che le principali decisioni non vengono adottate a livello nazionale da parte degli attori statali, ma ad un livello superiore. Quest'ultimo è contrassegnato da una fitta rete di agenti spesso non di natura pubblica, organizzazioni internazionali e organi tecnici non legittimati per via elettiva e consensuale, sottratti a qualsiasi giudizio politico dell'elettorato secondo i canoni tradizionali della rappresentanza in campo politico.

3.1. Rivitalizzare la democrazia: le proposte di Sintomer

Il Sintomer propone una 'trasformazione' della democrazia rappresentativa in senso più inclusivo e partecipativo (pp. 199 ss). Alla base del richiamo al sorteggio vi è la tesi per la quale la composizione sociale dei rappresentanti deve essere diversificata in modo da sposare una concezione della politica come impegno di tutti e parziale. Solo in questo modo si realizzerebbe una democrazia partecipativa. Il riconoscimento a tutti i livelli dei referendum di iniziativa popolare favorirebbe una maggiore partecipazione dei cittadini. L'A. ritiene che sulle questioni più importanti (es. entrare in guerra) la consultazione referendaria debba essere obbligatoria. Oppure, si potrebbe stabilire in modo più prestante il diritto di petizione, in virtù del quale il legislatore sarebbe tenuto a promuovere una discussione su problematiche caldegiate da un certo numero di cittadini nonché la revoca degli eletti per via referendaria su richiesta di un 20% dell'elettorato.

Ci sono quattro direzioni, declinate nelle funzioni di discussioni, controllo, giudizio e decisione, che potrebbero essere seguite. 1) occorrerebbe moltiplicare le giurie cittadine e i sondaggi deliberativi e favorire, tramite provvedimento legislativo, l'organizzazione di *dibattiti pubblici* prima di *deliberare* su questioni particolarmente rilevanti. Tali 'organi' svolgerebbero funzioni consultive e produrrebbero raccomandazioni la cui inosservanza dovrebbe essere giustificata dalle autorità coinvolte. Un ruolo di primario rilievo potrebbe essere assunto da una Fondazione nazionale per la democrazia partecipativa con compiti organizzativi, di supervisione, intervento e ausilio; 2) tali 'meccanismi' fondati sul sorteggio dovrebbero essere titolari di funzioni di *controllo e valutazione* agendo nella sfera dell'imparzialità. Suddette prerogative potrebbero essere assegnate a un osservatorio che si preoccupi di verificare la corretta erogazione dei servizi pubblici nei confronti della cittadinanza, ricevendone richieste e doglianze, valutando, altresì, la qualità delle prestazioni offerte e chiedendone conto alle autorità coinvolte. Sulla stessa

scia, si colloca anche la proposta di istituire, a un livello non centralizzato, giurie di cittadini che valuterebbero l'operato di coloro che hanno responsabilità di tipo politico. Le suddette giurie, i cui costi sarebbero coperti parzialmente da risorse pubbliche, si potrebbero riunire una prima volta per valutare quali priorità siano meritevoli di trattazione, una seconda volta per verificare se e quali obiettivi hanno ricevuto realizzazione. I lavori della giuria si volgerebbero in contraddittorio con gli *stakeholders* (non solo politici, anche associazioni interessate e specialisti) in modo da produrre, al termine dei lavori, un rapporto pubblico; 3) nella prospettiva dell'A. bisognerebbe rivitalizzare le giurie nelle Corti d'Assise e la funzione *giudicante* degli organismi formati per mezzo dell'estrazione a sorte. Una suggestiva e provocatoria proposta è quella di istituire un Tribunale del popolo che, garantendo imparzialità, giudicherebbe dei casi politici (libertà di stampa, attentati alla sicurezza statale o corruzione pubblica) in modo che nessuno starebbe al di sopra della legge. Suddetto organo potrebbe assolvere un ruolo primario anche per favorire una maggiore responsabilizzazione della Magistratura; 4) infine, si propone un impiego del sorteggio nelle procedure che sfociano in una decisione. Per favorire un maggior peso della cittadinanza verso gli eletti, si potrebbe incentivare, a livello locale (es. i consigli di quartiere), meccanismi che adottino una decisione celere; le riunioni dovrebbero essere pubbliche e le autorità locali impegnarsi a incentivare i progetti finanziati e rispettare le decisioni assunte. Una soluzione alternativa sarebbe quella di istituire un'assemblea sorteggiata (che potrebbe assolvere le funzioni del Tribunale popolare) al posto della Camera Alta la quale, nella maggior parte dei Paesi, non avrebbe una chiara legittimazione, ad eccezione di quella presente nei tipi di Stato federale. Non solo quest'assemblea sorteggiata non sarebbe deleteria, ma sarebbe più rappresentativa del Paese. Operando in sessioni plenarie o per mezzo di commissioni, adempirebbe ad una funzione consultiva delle leggi ordinarie e, nell'ipotesi di gravi conflitti sociali, avrebbe la competenza di rivolgere raccomandazioni obbligatoriamente discusse dall'assemblea nazionale e dal Governo. Nei suoi confronti, inoltre, sarebbe responsabile la Fondazione nazionale per la democrazia partecipativa.

Da un punto di vista teorico, le soluzioni¹⁷²⁵ del Sintomer sono apprezzabili in quanto darebbero senso alla democrazia partecipativa basta su organismi formati mediante sorteggio. Pare di comprendere che, i presupposti di fondo dell'analisi del filosofo del diritto, siano due: da un lato, la formazione di un 'mini-pubblico' sociologicamente rappresentativo di una parte della popolazione in base a requisiti oggettivi (competenze professionali, età, sesso, istruzione); dall'altro, la necessità di favorire l'inclusione dei cittadini nei processi decisionali, ritenuta opportuna in quanto, gli stessi, garantirebbero 'risultati deliberativi' efficienti per via delle discussioni e dello scambio di opinioni nonché

¹⁷²⁵ Giova rammentare, inoltre, che lo stesso Sintomer ha proposto, per il sistema istituzionale francese, di integrare l'Assemblea Nazionale e il Senato con una terza Camera composta da cittadini estratti a sorte tra candidati volontari. Costoro sarebbero remunerati e godrebbero di tutte le informazioni possibili. Questa terza Camera si occuperebbe di problematiche che richiedono soluzioni a lungo termine come Costituzione, leggi elettorali, questioni ecologiche e sociali.

dell'imparzialità con cui opererebbero. Tuttavia, in questi casi, si pone il problema di non essere certi sulla qualità delle discussioni e delle deliberazioni nonché sulla reale imparzialità e competenza dei cittadini sorteggiati¹⁷²⁶. Questi ultimi non assicurano un'effettiva rappresentanza, ma esclusivamente una rappresentatività del campione statistico rispetto alla quale non vengono considerate le caratteristiche soggettive¹⁷²⁷. Inoltre, bisognerebbe ben definire le modalità procedurali di selezione dei cittadini e di discussione e deliberazione all'interno delle giurie e delle conferenze deliberative. Infatti, affinché un *corpus* deliberante possa essere 'credibile' deve essere legittimato¹⁷²⁸; il che può avvenire esclusivamente mediante una regolazione eteronoma che ne definisca modalità di formazione, discussione e deliberazione. Proprio per questo, i consessi di cittadini sorteggiati, ai fini di una loro legittimità e legittimazione, devono essere promossi dalle autorità pubbliche che devono regolarne ogni minimo aspetto.

Non condivisibili le proposte di un *recall* del mandato, in virtù del principio del divieto di mandato imperativo comune ai vari Testi costituzionali né istituire un Tribunale del popolo competente a giudicare di determinate questioni. Quest'ipotesi potrebbe suscitare la percezione che i responsabili politici siano e rimangano impuniti da qualsiasi giudizio - giuridico e politico - nell'ipotesi di eventuali illeciti commessi nel corso del mandato elettivo, circostanza non esatta da entrambe le prospettive. Sotto il profilo giuridico, coloro che assolvono a funzioni politiche sono normali cittadini soggetti dinanzi alla legge; dal lato 'politico' i medesimi sono soggetti ad un giudizio di natura politica espresso dal corpo elettorale in occasione del rinnovo delle Assemblee elettive, durante il quale si concretizza la funzione di controllo immanente al fenomeno elettivo. A ciò si aggiunga che parrebbe difficilmente compatibile la coesistenza di un Tribunale popolare e di organi giudicanti composti da giudici togati. Inoltre, in queste ipotesi, si delegitimerebbe la funzione giurisdizionale esercitata dai Magistrati i quali, per dettato costituzionale, definiscono un potere dello Stato, ispirando il proprio operato ai principi di indipendenza, imparzialità e soggezione alla legge.

Rispetto alla fondazione nazionale per la democrazia partecipativa, il ruolo che potrebbe avere non sembra sia stato ben definito, ma solo abbozzato, sinteticamente, nelle funzioni. Questioni significative riguarderebbero la definizione delle modalità di formazione e composizione dei suoi componenti nonché il regime dei controlli. Da ultimo e, relativamente alla sostituzione della Camera Alta con un'assemblea di sorteggiati, anche in questo caso, non si sono approfondite le modalità di formazione e selezione dei cittadini sorteggiabili nonché quali potrebbero essere gli effetti dell'esercizio

¹⁷²⁶ Per una breve sintesi delle criticità connesse alla democrazia deliberativa fondata sul sorteggio si v. BOBBIO, L., *Le virtù del sorteggio*, in ZOLA, D. (a cura di), *Dopo la politica: democrazia, società civile e crisi dei partiti*, Roma, Edizioni dell'Asino, 2008, pp. 116 ss., il quale sottolinea come "questa forma di discussione e di decisione sia una forma di discussione fredda, mentre invece siamo abituati al fatto che la partecipazione sia, per definizione, calda, sia un luogo in cui ci si scontra".

¹⁷²⁷ Cfr. OLMASTRONI, F., *Partecipanti e non partecipanti. Limiti di rappresentatività in pratiche di democrazia deliberativa*, in *Rivista italiana di scienza politica*, n. 1/2013, p. 58.

¹⁷²⁸ Valorizza il rapporto tra legittimità sostanziale e procedurale MARTÌ, J.L., *La democrazia deliberativa e i diritti a garanzia della procedura*, in *Ragion pratica*, n. 1/2008, pp. 139 ss.

della funzione consultiva (la Camera elettiva sarebbe vincolata o meno a considerare il parere dell'assemblea sorteggiata? Cosa accadrebbe laddove non si dia seguito all'esercizio della funzione consultiva?) e delle discussioni delle raccomandazioni sia nell'ipotesi di una loro approvazione sia in quella della mancata osservanza.

3.2 L'ipotesi di un Parlamento *parzialmente* sorteggiato in Caserta, Garofalo, Pluchino, Rapisarda e Spagano

Come già anticipato nella breve illustrazione al Volume, il punto di forza del medesimo – soprattutto nella quinta parte – sta nell'abilità di aver coniugato teoria e praticità ipotetica nonché nell'aver impiegato, nella parte pratica, un linguaggio facilmente comprensibile anche per un pubblico privo di competenze matematiche-statistiche. Nella parte finale, curata da Alessandro Pluchino, si sviluppano tre teorie, corroborate da ragionamenti matematici e statistici, sul funzionamento delle Camere. Trattasi, pertanto, di un limpidissimo e apprezzabile Volume la cui metodologia si pone l'ambizioso obiettivo di complementare ipotesi teoriche ed esperimenti dimostrativi.

Un Parlamento composto da soli partiti non produrrebbe risultati ottimali in termini di efficienza perché sarebbero approvati molteplici provvedimenti espressione degli interessi partitici a svantaggio del benessere collettivo. Un Parlamento composto solo da indipendenti approverebbe solo una bassa percentuale di provvedimenti ottimali. Sarebbe difficile trovare un compromesso tra i Deputati sorteggiati giacché tutti favoriscono una reale e fedele rappresentazione dei propri 'mondi' in quanto non pongono in essere alcuno sforzo di coordinamento. Si porrebbe, quindi, il rischio di bloccare i lavori parlamentari. Allora, sottolinea l'A., la soluzione ottimale sarebbe quella di prevedere una quota di deputati sorteggiati e indipendenti che fungano da filtraggio dei provvedimenti particolarmente ottimali per la comunità, integrata da una quota di parlamentari eletti direttamente e appartenenti ai partiti, i quali assicurerebbero i voti necessari all'approvazione dei provvedimenti virtuosi.

Nella consapevolezza che il funzionamento della democrazia rappresentativa si fonda sul metodo elettivo, il Pluchino propone, quindi, l'impiego del sorteggio “complementare” all'elezione: “in una prima fase, attraverso il tradizionale meccanismo elettorale, si dovrebbe stabilire la proporzione relativa (in percentuale) delle due coalizioni o schieramenti politici; subito dopo, nella seconda fase, prima di assegnare i seggi spettanti alle due coalizioni, si dovrà riservare un certo numero di seggi [...] a deputati selezionati per sorteggio [...]” (p. 159) senza possibilità di rinnovo del mandato. L'ipotesi, quindi, è quella per la quale, persone indipendenti, estratte a sorte e svincolate da ogni legame politico-partitico, con un mandato limitato, non rinnovabile, sarebbero imparziali e promuoverebbero l'adozione di misure ad elevato tasso di efficienza sociale.

Un possibile profilo di debolezza del Volume potrebbe essere quello di non aver introdotto una prospettiva puramente costituzionalistica, la quale sarebbe stata utile per

integrare quella matematica-statistica. Infatti, impiegando la prima si sarebbe potuto inquadrare un esempio di *Assemblea parzialmente* sorteggiata nell'ambito della forma di governo parlamentare e dei meccanismi connessi alla rappresentanza politica e in campo politico. La forma di governo¹⁷²⁹ suddetta, come è noto, si sostanzia nell'imprescindibilità del rapporto fiduciario tra Governo e Parlamento. Tale relazione esprime la massima politicità dei rapporti tra gli organi attivi, del ruolo dei partiti e delle rispettive proiezioni parlamentari. Proprio per questo, l'ipotesi avanzata, ossia quella di un Parlamento composto da *sorteggiati* che vadano ad *integrare* gli eletti, non sarebbe minimamente adattabile nella forma di governo parlamentare in quanto, con la presenza di una 'quota' di sorteggiati indipendenti, laddove costoro risultassero decisivi per il funzionamento dell'organo, si creerebbe il pericolo di non garantire una stabile maggioranza parlamentare a sostegno dell'Esecutivo il quale, come già ribadito, è legato all'Assemblea da un rapporto fiduciario. In questo caso, come è stato proposto, "si potrebbe, invero, ovviare escludendo il voto dei deputati sorteggiati dalle votazioni di fiducia, ma in questo modo la finalità precipua della designazione casuale (favorire decisioni protese al bene comune in quanto non pregiudicate da interessi di parte o personali) sarebbe frustrata proprio rispetto alle scelte politiche più qualificanti"¹⁷³⁰. Ulteriori difficoltà potrebbero essere legate alle disfunzionalità che potrebbero paralizzare il corretto andamento dei lavori parlamentari, acuite dalla circostanza che i parlamentari scelti dal caso, costituendo un 'mini-pubblico', si preoccuperebbero di assicurare una fedele rappresentazione statistica e sociologica, a svantaggio della sintesi della pluralità degli interessi.

Con riferimento al secondo degli aspetti, giova ricordare che, i moderni regimi politici¹⁷³¹, infatti, sono caratterizzati dalla presenza di Carte costituzionali rigide le cui disposizioni connettono *integralmente* la rappresentanza politica e in campo politico al principio elettivo, alla formazione attraverso i partiti, alla libera, eguale, personale e segreta espressione del diritto di voto. È proprio quest'ultimo, inteso dal lato attivo e passivo, che, incanalato per mezzo delle associazioni partitiche, assicura l'effettiva partecipazione politica in termini di parità delle opportunità e la concretizzazione del principio di eguaglianza formale e sostanziale. La suddetta proceduralizzazione della partecipazione politica garantisce, così, il pieno rispetto del principio della sovranità popolare riprodotto nella composizione delle Camere rappresentative dello stesso. Il principio elettivo – sebbene oggi fortemente in crisi – in combinato disposto con il diritto di voto, legittimando l'assunzione della titolarità delle cariche pubbliche, legittima, altresì, la titolarità del potere politico e la possibilità di esercitare sullo stesso forme di controllo, tali da farne valere la responsabilità. L'elezione consente proprio questo, perché concretizza il

¹⁷²⁹ In tema si v. *ex plurimis*, VOLPI, M., *Il metodo nello studio e nella classificazione delle forme di governo*, in *Rivista di diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 1/2015.

¹⁷³⁰ In particolare, sul rapporto tra sorteggio e forme di governo si v. SCACCIA, G., *Op. cit.*, pp. 3 ss.

¹⁷³¹ Sul cui significato cfr. LANCHESTER, F., voce *Stato (forme di)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 797 ss.; MORLINO, L., voce *Regimi politici*, in *Enc. sc. soc.*, VII, Roma, 1997, pp. 294 ss.; PASQUINO, G., voce *Regime politico*, in BOBBIO, N., MATTEUCCI, N., PASQUINO, G., (a cura di), *Dizionario di politica*, *Op. ult. cit.*, pp. 811 ss.

rapporto tra potere politico e responsabilità politica, che viene fatta valere in occasione del *certamen* elettorale partecipando al quale, la parte attiva del popolo può formulare un giudizio ed esprimere una ‘sanzione’ politica verso il personale politico. Questi meccanismi non sarebbero resi possibili dal ricorso – anche *parziale* – al sorteggio, il quale contribuirebbe alla formazione di parlamentari liberi e insuscettibili di qualsiasi forma di controllo e sanzione elettiva¹⁷³². I parlamentari estratti a sorte svilirebbero il principio della rappresentanza politica nazionale, sostituita da una rappresentanza non politica, ma sociologica e corporativa rispetto alla quale non si configurerebbe alcuna forma di responsabilità¹⁷³³.

Ulteriori questioni degne di nota riguardano aspetti oggettivi e soggettivi. Rispetto ai primi, non si sono approfondite le dimensioni del collegio¹⁷³⁴ da cui estrarre a sorte i parlamentari. Infatti, per far sì che si crei una rappresentanza di natura sociologica, le dimensioni del collegio dovrebbero essere vaste oppure si dovrebbero prevedere quote definite sulla base di criteri oggettivi quali istruzione, sesso, età anagrafica, ideologie e tentare di realizzare un corrispondente campione rappresentativo-sociologico, cioè fare in modo che la composizione sociale del collegio rispecchi quella del popolo sulla base dei parametri oggettivi precedentemente definiti (rappresentanza-specchio)¹⁷³⁵.

Inoltre, anche in questo Volume, come nel precedente, si fa riferimento all'imparzialità. Trattasi di un presupposto indimostrato e indimostrabile: si suppone che i sorteggiati, perché indipendenti, sarebbero imparziali, assicurerebbero il conseguimento degli interessi della collettività di riferimento e, causa la breve durata del mandato, si comporterebbero con maggiori responsabilità. Può valere la tesi contraria. Proprio perché gli estratti a sorte sono svincolati dai circuiti partitici e avrebbero un mandato breve, potrebbero essere tentati di ‘sfruttare’ l'opportunità di occupare il seggio parlamentare per promuovere provvedimenti e disposizioni a vantaggio esclusivamente di sé stessi. Non è detto che la scelta per sorteggio si identifichi in un maggior senso di responsabilità né che le discussioni siano qualitativamente migliori e i provvedimenti adottati contengano un surplus di efficienza e giustizia sociale. Infatti, anche nell'ambito di un Parlamento sorteggiato, è lecito chiedersi “se le operazioni di sorteggio sono seguite senza imbrogli, il fortunato vince giustamente, ma si può dire che sia colui che è giusto che vinca?”¹⁷³⁶. A ciò si aggiunga che i sorteggiati potrebbero essere totalmente incompetenti, non solo nel merito degli aspetti tecnici e di merito coinvolti nei disegni di legge, ma anche nella struttura, organizzazione e funzionamento delle Assemblee parlamentari. In questo caso, allora, si

¹⁷³² Sui controlli e sul ruolo svolto dal corpo elettorale, inteso come parte attiva del popolo nell'esercizio dei diritti politici, si v. LANCHESTER, F., *Il corpo elettorale tra recessione del principio elettivo e il ruolo delle Corti. Riflessioni sul caso italiano*, in *Nomos*, n. 1/2017, pp. 1-16.

¹⁷³³ Cfr. LANCHESTER, F., 2016, *Op. cit.*, p. 5; ZEI, A., *Op. cit.*, p. 33.

¹⁷³⁴ Su questo v. ZEI, A., *Op. ult. cit.*, p. 37.

¹⁷³⁵ Ricordiamo, infatti, che questa forma di rappresentatività – ossia quella di natura statistico/sociologica – risulta da un campione della popolazione la quale, riprodotta in miniatura, sarebbe in grado di individuare soluzioni ottimali conformi ai problemi della collettività.

¹⁷³⁶ VIOLA, F., *La democrazia deliberativa tra costituzionalismo e multiculturalismo*, in *Ragion pratica*, n. 1/2003, p. 69.

dovrebbero tenere appositi corsi di formazione a carico dello Stato, con una spesa di risorse pubbliche. Inoltre, la non conoscenza del mondo parlamentare, potrebbe tentare i parlamentari sorteggiati di affidarsi a chi ha più esperienza politica: ex Deputati o Senatori o professionisti legati comunque ad ideologie politiche-partitiche tali da esercitare un'indubbia influenza. Ne conseguirebbe l'immissione forzata degli 'scelti a caso' nel mondo della politica.

3.3 L'appello per un sistema '*birappresentativo*' di Van Reybrouck

Secondo l'A. occorre che nei processi decisionali vengano coinvolti i cittadini, nei confronti dei quali si dovrebbe iniziare a nutrire fiducia nelle loro capacità. In questi casi, il sorteggio si configura come una procedura neutrale che consentirebbe e renderebbe possibile l'eguaglianza nelle *chances* di partecipazione politica. Apprezzabile la metodologia impiegata, con un linguaggio semplice e 'aperto' a un pubblico vasto.

A suffragare tale ipotesi è il rilievo per cui, le esperienze delle giurie popolari e dei forum civici, dimostrerebbero che gli estratti a sorte si impegnano verso una partecipazione costruttiva. Ed è per questo che, secondo l'A., avrebbe senso “non affidare più il potere legislativo unicamente a degli eletti, ma darlo anche a cittadini estratti a sorte [...] in quanto i cittadini si sentirebbero supportati da una seconda assemblea [in modo che] la legislazione sarebbe il frutto di una collaborazione tra i rappresentanti eletti e quelli sorteggiati” (pp. 124 ss.). Il Volume si chiude, quindi, con un appello alla creazione di un sistema '*birappresentativo*' basato sulla collaborazione tra un'Assemblea eletta e una sorteggiata.

Rispetto alla proposta dell'attivista possono essere avanzate criticità, alcune delle quali sono comuni alle precedenti. La metodologia impiegata e le soluzioni offerte sembrano essere condizionate da una pura visione ideale politica. Ribadendo che l'eguaglianza di *chances* di concorrere alla partecipazione politica è assicurata da un'equilibrata e ragionevole disciplina dei requisiti che ammettono e limitano la capacità elettorale, attiva e passiva e che, sebbene l'A. sia un attivista, sarebbe stato necessario un approccio di tipo formale-costituzionalistico, anche nell'ipotesi prospettata si crede implicitamente che i cittadini sorteggiati, chiamati ad assumere un ruolo 'attivo' nei processi pubblici, possano 'gestire' meglio gli interessi della collettività in quanto si sentirebbero responsabilizzati. Proprio per questo sarebbero imparziali. Ripetiamo: è un assunto indimostrabile. La causalità non si identifica a priori e ipoteticamente con l'imparzialità e la responsabilità. Non è spiegato, inoltre, con quale criterio si dovrebbero sorteggiare i cittadini. Analogamente e, con riferimento ad un sistema *birappresentativo*, non si sono approfondite le modalità di selezione dei cittadini che, sorteggiati, andrebbero a comporre la seconda Camera – anch'essa, nel pensiero dell'A. – dotata di potere legislativo né i rapporti che dovrebbero/potrebbero sussistere tra le due Assemblee sia con riferimento a questioni generali sia nella concreta fase di preparazione, elaborazione e approvazione delle norme.

4. Il sorteggio come metodo propulsivo-integrativo della partecipazione politica, ma non sostitutivo di quello elettivo

Dalla lettura dei testi esaminati, emergerebbe una situazione gravemente compromessa per il regime politico democratico, il quale necessiterebbe di nuova linfa nell'ambito dei rapporti tra Stato-apparato e Stato-comunità. Il quadro che gli Autori ci descrivono della democrazia elettiva-parlamentare, resa patologica dallo smarrimento del potere politico statale e dalla perenne e acuta crisi delle associazioni partitiche, entrambi connessi alla logica elettiva, sembra far propendere per la tesi, avanzata da autorevole dottrina, per la quale il contesto attuale sarebbe quello di una "postdemocrazia"¹⁷³⁷, ossia di una democrazia dello spettacolo elettorale gestito esclusivamente da partiti liquidi, mentre la massa dei cittadini svolgerebbe un ruolo apatico e passivo, all'insegna della noia e della frustrazione. Per queste ragioni, considerando le gravi malattie¹⁷³⁸ in cui versa il contesto democratico e le costanti e crescenti esigenze, avvertite dalla cittadinanza, di dare un 'contenuto' pregnante alla partecipazione politica democratica, i meccanismi di funzionamento della democrazia parlamentare appaiono eccessivamente farraginosi e mediatizzati¹⁷³⁹, spingendo il *demos* – inteso nella sua dimensione politica – ad attivare modalità che consentano di concorrere effettivamente al processo democratico-deliberativo¹⁷⁴⁰.

Occorrerebbe, quindi, "un approfondimento [e una] democratizzazione della democrazia"¹⁷⁴¹, favorendo forme di democrazia partecipativa la quale costituisce "il compimento della democrazia come esercizio del potere, [dove] il popolo non è semplicemente momentaneo popolo elettorale, ma anche portatore della politica"¹⁷⁴². Infatti, le criticità connesse al fondamento elettivo dei circuiti democratici, spingono il popolo a richiedere un maggiore coinvolgimento, non solo nell'adozione delle politiche pubbliche ma anche nella predisposizione di rinnovati meccanismi di controllo e di giudizio sull'operato degli attori politici. In questo senso si è parlato dell'avvento di una nuova democrazia, definita "contro democrazia"¹⁷⁴³, diretta alla promozione di strumenti

¹⁷³⁷ L'espressione è di CROUCH, C., *Postdemocrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2003, trad. it. a cura di Cristiana Paternò.

¹⁷³⁸ Per l'impiego del termine si v. LANCHESTER, F., *Dal "grande partito" al "piccolo", rispettabile e regolato*, in *Nomos*, n. 2/2014, p. 2.

¹⁷³⁹ Lo faceva notare già ELIA, L., voce *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, Giuffrè, 1970, pp. 671 ss.

¹⁷⁴⁰ Per questo si è sostenuto che "occorre comunque integrare le forme classiche della rappresentanza, ad esempio attraverso un regime delle leggi di iniziativa popolare che ne impedisca l'accantonamento senza deliberazione, un ripensamento della disciplina dei referendum che miri a evitarne lo svilimento, lo sviluppo di iniziative di azione popolare riguardo ai beni di interesse collettivo e destinati a uso pubblico (come quelli ambientali), la valorizzazione delle esperienze di cittadinanza attiva", così PRETEROSSO, G., *Ciò che resta della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2015, p. 174.

¹⁷⁴¹ GIDDENS, A., *Il mondo che cambia: come la globalizzazione ridisegna la nostra vita*, Bologna, Il Mulino, 2000, pp. 92 ss.

¹⁷⁴² HOFFE, O., *La democrazia nell'era della globalizzazione*, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 84.

¹⁷⁴³ ROSANVALLON, P., *Op. cit.*, pp. 17 ss. La 'contro democrazia' sarebbe caratterizzata da un coinvolgimento del popolo nell'esercizio di poteri di sorveglianza, di veto e di giudizio. La funzione di sorveglianza è tesa ad assicurare un costante controllo sull'operato dei governati per alimentare quotidianamente il senso di fiducia nei cittadini nei confronti delle istituzioni e verificare la giustezza del potere politico. Il veto esercitato dal popolo, invece, consiste nel ricorrente rifiuto e nella sistematica opposizione delle decisioni adottate da coloro che detengono il potere di governo i quali si vedono costretti a subire una

che consentano una reale espressione dei bisogni collettivi manifestati direttamente dalla comunità politica. Trattasi di teorie che si sposano con la concezione per la quale, in una democrazia, la scelta non può essere ridotta all'atto del voto elettivo e deliberativo, ma comprende una funzione di “partecipazione, di vigilanza sulla cosa pubblica, di diritto/dovere a essere informati”¹⁷⁴⁴.

Per questo, parte della letteratura scientifica descritta nelle righe precedenti (fa eccezione il contributo di Zei), per reagire alla ‘depressione democratica’, ha proposto di introdurre e valorizzare il criterio del sorteggio che consentirebbe la partecipazione eguale di tutti e promuovere, al contempo, modalità di discussioni e coinvolgimento più intense della cittadinanza. “Si tratta di essere governanti e governati, di avere un *governo del popolo, per il popolo ma anche dal popolo*”¹⁷⁴⁵. Il ricorso al caso, come visto, è stato invocato in relazione alla costituzione di ‘organi’ collegiali composti da cittadini – selezionati tramite estrazione – chiamati a discutere e a deliberare¹⁷⁴⁶, in appositi spazi¹⁷⁴⁷, su determinati temi, mentre gli Autori del Volume collettaneo hanno espressamente ipotizzato un’Assemblea elettiva nella quale non tutti i parlamentari vengono eletti, poiché se ne potrebbe prevedere una ‘quota’ di sorteggiati.

Con riferimento al rapporto tra sorteggio e deliberazione¹⁷⁴⁸, si tratta di valorizzare¹⁷⁴⁹ forme di democrazia deliberativa basate sulla formazione di un ‘mini-pubblico’, demograficamente e sociologicamente rappresentativo di una parte della popolazione in quanto ne rispecchierebbe tendenze, tradizioni, identità, età anagrafiche,

verifica permanente del popolo e a promuovere uno stabile confronto con i gruppi sociali e le forze politiche ed economiche. La terza funzione assolta dal popolo è una conseguenza della smarrita speranza di conseguire risultati soddisfacenti per mezzo del procedimento elettorale in virtù della crescente incapacità dei Governi di reagire prontamente ai *desiderata* dei cittadini.

¹⁷⁴⁴ CASERTA, M., GAROFALO, C., PLUCHINO, A., RAPISARDA, A., SPAGANO, S., *Democrazia a sorte, ovvero la sorte della democrazia*, Catania, Malcor editore, 2012, p. 27.

¹⁷⁴⁵ VAN REIBROUCK, D., *Contro le elezioni. Perché votare non è più democratico*, Milano, Feltrinelli, 2015, trad. it. a cura di Matilde Pinamonti, p. 124.

¹⁷⁴⁶ È bene precisare che, deliberare in lingua inglese, significa lo scambio di argomenti che precede la scelta e indica quindi il processo per mezzo del quale si esamina una questione, una proposta, un progetto ponderando vantaggi e svantaggi. Nella lingua italiana la deliberazione è la decisione che segue una discussione.

¹⁷⁴⁷ I caratteri degli spazi deliberativi sono dati dalla rappresentatività perché i partecipanti possono essere selezionati in modo da rappresentare un insieme di riferimento. Anche i contesti deliberativi non rappresentativi possono basarsi sulla partecipazione spontanea o selezionare i partecipanti in modo differente. Inoltre, un contesto deliberativo può essere spontaneo e occasionale oppure stabilmente costituito da regole esplicite le quali possono avere più o meno carattere pubblico a partire dall'accordo informale passando per le associazioni legalmente riconosciute fino a spazi deliberativi definiti dalla Costituzione di uno Stato o da trattati internazionali. Occorre, inoltre, adottare forme comunicative che sappiano conciliare inclusione e risultati qualitativamente apprezzabili. Un ulteriore aspetto da valutare, è verificare se le deliberazioni possano assumere caratteri vincolanti; trattasi di una questione che incide sulla stessa qualità della deliberazione. Su questo cfr. PARIETTI, G., *La democrazia deliberativa: una ricostruzione critica*, Roma, La Talpa, 2013, pp. 121 ss.

¹⁷⁴⁸ Per brevi cenni storici sul tema cfr. BONINU, M., *Modelli di democrazia deliberativa*, in *Ragion pratica*, n. 1/2007, pp. 285 ss.

¹⁷⁴⁹ Il riconoscimento della validità e funzionalità degli spazi di democrazia deliberativa comporta l'istituzionalizzazione di procedure che sancirebbero un vero e proprio diritto alla deliberazione. Le forme istituzionali possono essere deboli o forti. Le prime comportano una moltiplicazione degli spazi sottesi alla comunicazione politica in modo tale che i cittadini possano accedere il più possibile ai canali dell'informazione. Le seconde implicano modalità deliberative più strutturate mediante la formazione di ambiti appositamente destinati alle discussioni e decisioni deliberative. Su questo cfr. BONINU, M., *La democrazia deliberativa. Costituzione e volontà generale*, Roma, Luiss University press, 2012, p. 149. Addirittura, c'è chi sostiene che debbano essere le stesse Costituzioni a prevedere forme di democrazia deliberativa. Cfr. SUNSTEIN, C.R., *A cosa servono le Costituzioni*, Bologna, Il Mulino, 2009, pp. 13 ss.

professionalizzazione¹⁷⁵⁰. Il sorteggio risponde alla logica inclusiva¹⁷⁵¹ sostituendo la rappresentanza ‘tradizionale’ con quella statistica poiché si estrae a sorte un campione casuale di cittadini sui quali una determinata questione potrebbe sortire effetti. Gli esempi che potrebbero farsi sono molteplici e non mancano nella quotidianità. Si passa dai sondaggi deliberativi alle assemblee di cittadini; dai bilanci partecipativi alle conferenze. Trattasi di manifestazioni della partecipazione attiva¹⁷⁵² che possono sorgere spontaneamente o per disposizioni dell’autorità pubblica, ove i cittadini decidono direttamente senza corpi intermedi¹⁷⁵³.

Alla base di tali prassi vi è il convincimento che i modelli di democrazia deliberativa creano le condizioni ideali e sociali, affinché i cittadini possano confrontarsi reciprocamente sulle problematiche che li coinvolgono. Quella deliberativa, fondata sul sorteggio, realizza “l’ideale della democrazia faccia a faccia”¹⁷⁵⁴. Siffatte modalità di partecipazione esprimono la concezione del “cittadino attivo, vale a dire di chi è cittadino del proprio Stato e partecipa al governo, piuttosto che esserne un semplice suddito”¹⁷⁵⁵. Le forme di democrazia deliberativa darebbero vita a un processo decisionale imparziale in quanto i componenti sarebbero scelti mediante sorteggio. Tale metodo è considerato, in molti casi, fondamentale in quanto “incoraggia i ‘cittadini comuni’ ad essere – per una volta – protagonisti della discussione pubblica e a confrontarsi con altri cittadini che non conoscono e che non avrebbero mai avuto occasione di incontrare”¹⁷⁵⁶.

Trattasi, inoltre, di un metodo fondato sull’eguaglianza, stante la partecipazione di tutti alla discussione e all’adozione delle decisioni le quali sarebbero perciò legittimate dalla corralità e dal pluralismo. La qualità della decisione deliberativa si evincerebbe anche dalla circostanza che, i partecipanti sorteggiati, avrebbero una maggiore propensione all’ascolto reciproco, cosicché le decisioni finali costituirebbero il risultato di un confronto costruttivo e ragionato dove la deliberazione consegue dalla forza dell’argomentazione migliore¹⁷⁵⁷. Inoltre, la democrazia deliberativa consentirebbe un

¹⁷⁵⁰ Lo spiega bene FISHKIN, J., *Il sondaggio deliberativo, perché e come funziona*, in BOSETTI, G., MAFFETTONE, S., (a cura di), *Democrazia deliberativa: cosa è*, Roma, Luiss University press, 2004, pp. 29 ss.

¹⁷⁵¹ Cfr. BOBBIO, L., *La democrazia deliberativa nella pratica*, in *Stato e mercato*, n. 1/2005, pp. 72 ss.

¹⁷⁵² Queste nuove forme di partecipazione esprimono un’evoluzione generale dei modelli di governo di una società che integrano quello rappresentativo e presuppongono che, il cittadino interessato dal problema oggetto di discussione collettiva, sia rappresentato in modo attivo. Cfr. GBIKPI, B., *Dalla teoria della democrazia partecipativa a quella deliberativa: quali possibili continuità?*, in *Stato e mercato*, n. 1/2005, pp. 104 ss.

¹⁷⁵³ BOBBIO, N., *Il futuro della democrazia*, Torino, Einaudi, 1984, pp. 45 ss.

¹⁷⁵⁴ FISHKIN, J.S., *La nostra voce: opinione pubblica e democrazia, una proposta*, Venezia, Marsilio editore, 2003, p. 20.

¹⁷⁵⁵ PELLEGRINO, G., *Le radici storiche e teoriche della democrazia deliberativa*, in BOSETTI, G., MAFFETTONE, S., (a cura di), *Democrazia deliberativa: cosa è*, Op. cit., p. 133.

¹⁷⁵⁶ BOBBIO, L., *Prove di democrazia deliberativa*, in *Parolechiave*, n. 1/2010, p. 197. Il contributo è significativo anche per la puntuale descrizione delle esperienze italiane di democrazia deliberativa. Sempre sulle esperienze italiane si v. anche CARSON, L., *Come migliorare l’attuazione della democrazia deliberativa: un’analisi comparata di due Giurie di cittadini*, in *Rivista italiana di politiche pubbliche*, n. 2/2007, pp. 127 ss. In particolare, sull’esperienza della Regione Toscana si v. FLORIDIA, A., *Democrazia deliberativa e processi decisionali: la legge della Regione Toscana sulla partecipazione*, in *Stato e mercato*, n. 1/2008, pp. 83 ss.

¹⁷⁵⁷ Si v. DELLA PORTA, D., *Democrazie*, Bologna, Il Mulino, 2011, pp. 83 ss. Nello stesso senso MASTROPAOLO, A., *Democrazia, neodemocrazia, postdemocrazia: tre paradigmi a confronto*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4/2001, p. 1627, il quale fa notare che “la discussione pubblica migliora il livello d’informazione di chi vi partecipa, attenuando eventuali asimmetrie informative. Discutendo pubblicamente, i partecipanti divengono più consapevoli dei temi in discussione, come delle soluzioni disponibili e delle loro implicazioni. [...] la deliberazione può servire a verificare più puntualmente applicazione e conseguenze delle scelte

arricchimento reciproco delle conoscenze e un'azione pubblica orientata al bene comune¹⁷⁵⁸. Ne scaturirebbe un evidente valore costruttivo poiché la cittadinanza sarebbe coinvolta nella discussione di temi di pubblico interesse e, previa adeguata informazione, in grado di adottare una decisione – che può essere vincolante o meno – potenzialmente produttrice di effetti benevoli. Vantaggi ne deriverebbero anche per il rapporto tra governanti e governati sotto il profilo del controllo¹⁷⁵⁹ in quanto, i primi potrebbero conoscere in modo netto quali siano le preferenze della popolazione manifestate tramite le deliberazioni, mentre i governati potrebbero far ‘dipendere’ l’attivazione dei circuiti dell'*accountability* e della *responsiveness* dalla verifica della corrispondenza dell’azione dei rappresentanti con i loro *desiderata* ed esprimere il ‘giudizio politico’¹⁷⁶⁰.

Analoghi ragionamenti sono stati in parte trasposti alla formazione dei collegi rappresentativi parlamentari. Si è visto come, gli Autori catanesi che esaltano il sorteggio, ne propongono il ricorso – in modo *parziale* – per consentire che il Parlamento possa essere composto, seppur in modo non integrale, da cittadini estratti a sorte, indipendenti, estranei alle logiche faziose e partigiane delle prassi partitiche, titolari di un mandato breve e non rinnovabile, in modo “da arricchire la dinamica democratica introducendo questo nuovo elemento su vasta scala”¹⁷⁶¹. All’interno delle Camere si potrebbe costituire, sempre *parzialmente*, un ‘mini-pubblico’ statisticamente e sociologicamente rappresentativo di una parte della popolazione, tale da rifletterne integralmente gli interessi e promuovere l’adozione di provvedimenti normativi ad elevato tasso di efficienza e benessere sociale. Alla base di un Parlamento formato – *parzialmente* – per estrazione a sorte, vi sarebbero le argomentazioni per le quali si assicurerebbe un’effettiva ed eguale parità di chances per i cittadini di essere, almeno per una volta, governati e governanti, opportunità semplificata e agevolata dalla rotazione nella titolarità delle cariche pubbliche; i parlamentari sorteggiati sarebbero più responsabili e imparziali in quanto distanti da logiche partitiche. Sarebbero, quindi, più propensi a perseguire l’interesse generale e più difficilmente corruttibili; esprimerebbero un ‘punto di vista’ sociale, in quanto rispecchierebbero fedelmente le esigenze del collegio all’interno del quale sono sorteggiati, riproducendone la rappresentatività sociologica e statistica.

Non v’è dubbio che il ricorso al metodo del sorteggio, sia per promuovere forme di maggiore partecipazione democratica sia per contribuire alla formazione delle Assemblee elettive, costituisca un’ipotesi di lavoro e di studio affascinante e suggestiva. Ma, come si

effettuate. Sopra tutto però l’opportunità di argomentare razionalmente i diversi punti di vista, e quindi la ponderata disamina degli opposti argomenti, oltre a permettere agli interlocutori di conoscersi, e di stabilire tra loro rapporti di reciproco rispetto e fiducia [...]”. Per spunti critici cfr. ARENAS-DOLZ, F., *Il luogo delle passioni nella deliberazione. Ciò che la democrazia deliberativa può apprendere dalla retorica aristotelica*, in *Filosofia politica*, n. 3/2009, pp. 453 ss.

¹⁷⁵⁸ Sulle funzioni delle deliberazioni si v. GIANNETTI, D., *Modelli e pratiche della democrazia deliberativa*, in PASQUINO, G. (a cura di), *Strumenti della democrazia*, Bologna, Il Mulino, 2007, pp. 125 ss.

¹⁷⁵⁹ In generale, sul tema cfr. ALLEGRETTI, U., *Democrazia partecipativa e controllo dell’amministrazione*, in *Democrazia e diritto*, n. 4/2006, pp. 71-79.

¹⁷⁶⁰ FLORIDIA, A., *La democrazia deliberativa: teorie, processi e sistemi*, Roma, Carocci, 2012, pp. 201 ss.

¹⁷⁶¹ SINTOMER, I., 2016, *Op. cit.*, p. 10.

è avuto modo di constatare¹⁷⁶², è un'ipotesi difficilmente praticabile, almeno per quanto concerne una forma di governo parlamentare. Non solo. La formazione di un'Assemblea parlamentare *parzialmente* sorteggiata viene di fatto preclusa dalla funzione di controllo connessa al momento elettivo per mezzo della quale il corpo elettorale è posto, effettivamente, in grado di esprimere un giudizio di natura politica sull'operato dei propri rappresentanti secondo le logiche che animano lo stretto rapporto tra potere politico e meccanismi atti a far valere la responsabilità degli eletti. Si ricordano nuovamente, altresì, non solo le problematiche sottese ai concetti di competenza e imparzialità, quest'ultima data senza dimostrazione alcuna per presupposta, con evidenti effetti negativi per la qualità delle discussioni e dei provvedimenti adottati. Inoltre, si ribadisce, i circuiti democratici si fondano sul ruolo essenziale dei partiti e sulla solennità costituzionalizzata del diritto al suffragio. Tutti gli aspetti richiamati verrebbero palesemente demistificati e aggirati dall'impiego, anche *parziale*, del sorteggio con la conseguente disapplicazione del dettato costituzionale.

In parte, analoghe considerazioni possono riguardare le procedure di deliberazione¹⁷⁶³ dei cittadini fondate sul sorteggio. Agevolare e intensificare modalità più stringenti di partecipazione democratica, attraverso esperienze di deliberazioni pubbliche, può costituire, certamente, un incentivo al recupero della inclusività dei cittadini nelle discussioni intorno a questioni che li coinvolgono¹⁷⁶⁴. In questo senso, i sondaggi deliberativi, le giurie e le conferenze di cittadini sorteggiati, costituiscono esempi di esperienze partecipative e democratiche utili alla configurazione concreta e sostanziale della cittadinanza attiva. Occorre, però, avvertire che, teoricamente, la democrazia deliberativa, basata sulle argomentazioni e sui confronti reciproci, costituisce un insieme di modelli normativi democratici ideali, in quanto è molto difficile che vengano adottate decisioni effettive e suscettibili di incoraggiare, le autorità pubbliche, ad assumere provvedimenti conformi alle deliberazioni e, quindi, far sì che le stesse abbiano un seguito e vengano rispettate dalle autorità di governo¹⁷⁶⁵. È stato notato, infatti, che “la democrazia deliberativa è un ideale irraggiungibile. Nessuna decisione viene mai presa esclusivamente attraverso un dialogo aperto e paritario sulla base di argomenti e al riparo dei rapporti di forza. Coloro che partecipano alla formazione delle decisioni sono sempre una sparuta minoranza”¹⁷⁶⁶, anche in considerazione del fatto che non tutti i cittadini

¹⁷⁶² Si v. paragrafo 3.2.

¹⁷⁶³ Per una ampia ricognizione delle criticità connesse alla pratica deliberativa si v. *ex plurimis* REGONINI, G., *Paradossi della democrazia deliberativa*, in *Stato e mercato*, n. 1/2005.

¹⁷⁶⁴ Forme di democrazia deliberativa potrebbero anche consentire un 'incontro' tra diverse culture e favorire una maggiore integrazione-comunicazione attraverso il dialogo e i confronti reciproci. Cfr. VESPASIANI, A., *Costituzionalismo, cultura e democrazia deliberativa*, in *Quad. cost.*, n. 2/2003, p. 377; SCAMARDELLA F., *Pluralismo culturale e democrazia deliberativa*, in *Ars interpretandi*, n. 1/2012, pp. 127 ss.

¹⁷⁶⁵ Proprio per questo occorrerebbe “sviluppare disegni sperimentali accurati, di cui siano resi espliciti assunti, ipotesi e obiettivi”, così PELLIZZONI, L., *Opinione o indagine pubblica? Concetti ed esperimenti di democrazia deliberativa*, in *Rivista italiana di politiche pubbliche*, n. 2/2007, p. 123, il quale mette ben in evidenza, descrivendo le due esperienze italiane di Bologna e Torino, come, le concezioni sulla natura e sulle modalità di funzionamento della democrazia deliberativa, possano differenziarsi.

¹⁷⁶⁶ Lo spiega bene BOBBIO, L., 2010, *Op. cit.*, pp. 185 ss.

potrebbero sentirsi pronti, disponibili e interessati a siffatte modalità di discussione. Proprio per questi aspetti parrebbe difficile promuovere esperienze di democrazia deliberativa su temi di particolare rilievo nazionale. Occorrerebbe, infatti, stimolarne dapprima una sperimentazione per problematiche che interessano comunità di ridotte dimensioni per verificare concretamente e qualitativamente il contributo delle deliberazioni. Successivamente, si potrebbe valutare una ulteriore sperimentazione intorno a problematiche che non coinvolgono semplicemente le realtà locali, ma che potrebbero interessare tutta la comunità nazionale.

Teoricamente, modelli di democrazia deliberativa potrebbero essere promossi solo all'interno di realtà locali o micro-locali, quali, ad esempio i consigli di quartiere che potrebbero essere composti da cittadini estratti a sorte in un livello territoriale più contenuto. Ovviamente, dovrebbe esserci una 'copertura pubblica', nel senso che l'autorità comunale avrebbe il compito di regolare tutti gli aspetti procedurali e sostanziali dell'estrazione a sorte e del concreto funzionamento dei 'collegi deliberativi', rendendo vincolanti le decisioni assunte.

In ipotesi come queste, l'estrazione a sorte si pone, quindi, come un possibile principio idoneo a favorire e stimolare forme di partecipazione politica, sebbene limitate in piccole realtà locali. Ma il sorteggio non può essere impiegato, nemmeno parzialmente, per le considerazioni su esposte e ribadite, per determinare la composizione delle Assemblee parlamentari. Per reagire all'attuale crisi della democrazia elettiva non si può fare affidamento al caso, ma ci si deve impegnare a porre in essere un'azione di slancio che possa consentire il recupero del valore sostanziale e procedurale, di legittimità e legittimazione del principio elettivo, preconditione imprescindibile per ricollocare il Parlamento al centro del sistema. Affinché avvenga questo occorre un rilancio del ruolo e delle funzioni dei partiti, i quali costituiscono "soggetti di diritto costituzionale"¹⁷⁶⁷ e quindi "coessenziali"¹⁷⁶⁸ al funzionamento e alla vitalità della democrazia di massa pluralistica fondata sulla triade corpo elettorale-partiti-Parlamento, rispetto al quale deve essere riconosciuta la primarietà connessa esclusivamente al principio elettivo.

¹⁷⁶⁷ Così BARBERA, A., *La democrazia "dei" e "nei" partiti, tra rappresentanza e governabilità*, in Forum di quaderni costituzionali, 2007, p. 1.

¹⁷⁶⁸ Su questo si v. LANCHESTER, F., *La Costituzione tra elasticità e rottura*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 97 ss.

[L. DI NUCCI, *La democrazia distributiva. Saggio sul sistema politico dell'Italia repubblicana*, Bologna, Il Mulino, 2016, pp. 225.*](#)

Loreto Di Nucci ricostruisce la storia politica dell'Italia repubblicana attraverso l'intreccio di alcune variabili principali: la configurazione del sistema politico, il sistema elettorale, le misure dello Stato sociale e il finanziamento di queste ultime. Si tratta quindi di un'opera di storia istituzionale con cui si propone una interessante chiave di lettura attraverso la quale si salda la storia politico-partitica italiana, il *welfare state* nostrano e i gravi problemi di finanza pubblica – a partire innanzitutto dal debito pubblico – che ancora oggi affliggono l'Italia. Caratteristica del Volume è quella di legare l'intreccio tra la legislazione elettorale, il sistema dei partiti e la sua strutturazione, ad una determinata politica di *welfare* e al suo finanziamento.

L'Autore analizza, attraverso questa lente d'ingrandimento, le diverse fasi della storia della Repubblica. In principio, dopo la caduta del fascismo, furono i partiti a guidare la transizione verso la democrazia, edificata su due pilastri: proporzionalismo e parlamentarismo, anche a causa dell'ancora presente "angoscia mussoliniana". I costituenti commisero quello che divenne il "peccato originale", cioè il non aver affrontato adeguatamente la questione della stabilità dell'esecutivo. A tale carattere bisogna affiancarne altri due: l'impossibilità dell'alternanza e la centralità dello Stato sociale. È così che in quella "fase aurorale" della democrazia venivano fissati alcuni suoi caratteri di fondo. Per perseguire il fine della crescita civile degli italiani, Dc e Pci iniziarono ad organizzarsi. I comunisti, in particolare, avevano virtù come organizzazione, serietà, disciplina civica e la partitocrazia è nata anche dalla sfida di quella 'bravura' comunista alle altre forze politiche. Per opporsi a quella bravura la Dc decise di attrezzarsi con modalità proprie del partito di massa e iniziò altresì ad acquisire le caratteristiche del "partito dello Stato", incominciando cioè a mobilitare risorse pubbliche ai fini dell'acquisizione del consenso. Il problema del consenso rimanda a quello dello Stato sociale, tanto che una vera e propria "ansia di socialità" pervadeva tutti i partiti, trovando in fine una sua composizione nella Costituzione, dove confluirono due solidarismi, quello comunista e quello di ispirazione cristiana. Nel corso dei decenni, tuttavia, una serie di misure sociali avevano portato ad un particolare modello di Stato sociale. Non preoccupandosi di tenere i conti in ordine, però, Dc e Pci "facevano a gara nelle aule parlamentari per rendere lo Stato sociale sempre più generoso". Questo avveniva con la seguente tattica parlamentare: in sede di votazione finale il Pci votava sempre contro le misure proposte da governo e maggioranza, ma prima faceva passare emendamenti a favore di territori e gruppi sociali del suo blocco elettorale. Questa dinamica era favorita dalla mancanza di alternanza. Ci si

* Contributo sottoposto a *peer review*.

trovava, infatti, in una democrazia bloccata a causa della *conventio ad excludendum* e quindi né la maggioranza né l'opposizione avevano necessità di rendere conto dei loro provvedimenti “sicché l'irresponsabilità politica finiva per trasformarsi in ‘irresponsabilità finanziaria’” (p. 12).

La democrazia repubblicana si era caratterizzata dunque “fin da subito per essere una democrazia dei partiti e, negli anni del suo difficile consolidamento, una democrazia distributiva. Attenzione, distributiva, non redistributiva” (p. 12). Il meccanismo dello Stato sociale funzionava perché le risorse, nell'immediato, non venivano tolte ad una categoria di cittadini ed assegnate ad un'altra (infatti, tra 1960 e 1983, a fronte di una spesa pubblica che raddoppiava, l'aumento della pressione fiscale non andava di pari passo). Per coprire la maggiore spesa pubblica si faceva ricorso al deficit. A differenza degli altri Stati europei, il *Welfare State* “all'italiana” non era dunque il risultato di un'opera di redistribuzione, ma il frutto di un indebitamento. I costi di quello Stato sociale, dunque, sarebbero ricaduti in futuro su “ignari terzi paganti”: le generazioni future.

L'analisi della storia repubblicana dell'A. parte da queste coordinate. Il punto di partenza è la Costituzione repubblicana, fondata sull'incontro tra due solidarismi, quello cattolico e quello delle sinistre. Posto che i diritti sociali hanno un costo, però, sono state proprio le modalità di reperimento delle risorse per garantirli che hanno condizionato lo sviluppo storico della democrazia italiana. Le vicende della legge elettorale, in particolare, hanno avuto un forte impatto su tali dinamiche. Prevalse, fin da prima dell'inizio della storia repubblicana italiana, un orientamento verso la legge elettorale proporzionale e tale preferenza venne giustificata con il carattere di specificità e di eccezionalità che aveva l'Assemblea costituente. Fu il timore che il sistema uninominale potesse rappresentare un “vero e proprio salto nel buio” a far prevalere il sistema proporzionale. La proporzionale non era vista solo come tecnica elettorale, ma anche come principio che qualificava la nuova democrazia dei partiti e come elemento fondante dell'ordinamento che si stava instaurando.

I partiti scrissero infine la Costituzione, ma quel compromesso tra i due solidarismi venne poi considerato da alcuni come l'atto di fondazione del regime partitocratico. La Costituzione basata sui due solidarismi, in particolare, trovava una sintesi in quegli articoli che riconoscevano i diritti sociali, come il diritto allo lavoro, alla salute, all'assistenza e all'istruzione. Tali diritti sociali, tuttavia, essendo diritti di prestazione, hanno dei costi. Proprio per contenere l'esigibilità di tali diritti Einaudi aveva insistito perché si inserisse in Costituzione la clausola del pareggio di bilancio. Il Comitato di studio bicamerale sulle norme di applicazione del quarto comma dell'art. 81 Cost., che finì i suoi lavori nel 1961, pose le premesse per un uso spregiudicato del c.d. *deficit spending*, che da una parte consentì una forte espansione del regime di sicurezza sociale, ma dall'altra la rese possibile perché le risorse non erano sottratte nell'immediato a nessuno, ma reperite attraverso il deficit. Il compromesso costituzionale, tuttavia, non poteva annullare le diverse concezioni della democrazia che avevano i partiti né gettare le basi di una democrazia dell'alternanza. Nello

stesso compromesso costituzionale, quindi – secondo l’A. – furono poste le basi per alcune delle future degenerazioni.

Poiché si era delineato un sistema in cui il Pci sarebbe stato permanentemente all’opposizione, gli stessi comunisti alimentavano le tensioni sociali, accrescendo così il loro “potere di vidimazione” delle decisioni governative nelle aule parlamentari. Infatti, il Pci, “impegnandosi a tenere sotto controllo i conflitti, otteneva in cambio dalla maggioranza il lasciapassare per gestire con pratiche spartitorie le politiche sociali” (p. 56). Inoltre, l’opposizione si disinteressava completamente di come il governo si procurava le risorse per finanziare lo stato sociale. Risorse che, come ricordato, non venivano sottratte concretamente a nessuno, ma reperite attraverso l’inflazione e il debito pubblico. La Dc aveva la responsabilità di questo meccanismo, col quale non solo perseguiva l’obiettivo di una giustizia solidale – “pane e lavoro per tutti” – trascurando però il fatto che i costi dei diritti sociali li avrebbero pagati le generazioni successive, ma anche l’obiettivo di utilizzare il *welfare* per alimentare i propri consensi e arginare quelli del Pci.

Il 1953 fu un anno di svolta perché fallì il tentativo di rafforzare l’esecutivo attraverso la riforma elettorale. I partiti acquistavano così una nuova centralità in ambito istituzionale. Posto che era sempre più difficile costruire equilibri parlamentari per assicurare stabilità al governo, i partiti iniziarono così ad avvalersi delle istituzioni per raccogliere il consenso, avviando un’opera di progressiva occupazione dello Stato e di controllo di alcuni gangli vitali della vita pubblica (V. Capperucci, *Il partito dei cattolici. Dall’Italia degasperiana alle correnti democristiane*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2010, p. 613).

In seguito, Fanfani contribuì alla costruzione dello Stato sociale all’italiana. Peculiarità del modello era nel fatto che le modalità di ricerca del consenso erano condizionate già dall’inizio da una disoccupazione strutturale. Nel corso degli anni Cinquanta, in particolare, si era andato costruendo – attraverso provvidenze come pensioni e assegni familiari – un sistema sociale ampio e caotico. Questo, se da un lato accresceva il carattere inclusivo della democrazia repubblicana, dall’altro era messo in atto senza tenere conto della sostenibilità economico-finanziaria del sistema.

I governi di centrosinistra, poi, introdussero altre riforme e potenziarono il *welfare* nei campi pensionistico e sanitario. Questo stato sociale, però, era finanziato prima con l’inflazione e poi con l’indebitamento pubblico. Il primo ministro Fanfani istituì la scuola pubblica, mentre il primo governo organico di centrosinistra presieduto da Moro, con Nenni vice-presidente del Consiglio, introdusse il metodo retributivo nel calcolo della pensione. Metodo che venne poi reso ancora più favorevole con la grande riforma del 1969, che riconobbe la pensione sociale agli ultrasessantacinquenni privi di reddito. Del 1970 lo Statuto dei lavoratori, del 1978 l’istituzione del Servizio sanitario nazionale: misure con le quali lo Stato sociale italiano assumeva forma compiuta, ma con una grave patologia.

Si tratta, infatti, di un *Welfare State* non redistributivo, ma distributivo, risultato di una dinamica competitiva tra Dc e Pci in Parlamento: questo “polarismo collusivo” è espressione di un sistema che non prevede alternanza. L’irresponsabilità politica si

trasformava in irresponsabilità finanziaria. Tale irresponsabilità aveva prodotto un debito pubblico che esplose alla metà degli anni Ottanta. Da quel momento iniziarono politiche di risanamento dei conti pubblici, che non rimasero – tuttavia – senza conseguenze.

L'A. ripercorre poi nel dettaglio il periodo che porta agli anni Ottanta, analizzando una serie di misure sociali, tra le quali, ad esempio, la legge del 1966 sui licenziamenti individuali, quella sui licenziamenti collettivi, che conteneva al suo interno anche la Cassa integrazione straordinaria. L'A. pone particolare attenzione al sistema pensionistico, notando come alcune disposizioni ebbero un effetto dirompente, soprattutto quelle che avrebbero poi permesso il fenomeno delle c.d. *baby* pensioni (cancellate dalla riforma Amato del 1992), ma che aveva prodotto sia dal punto di vista finanziario sia dal punto di vista di equità tra le generazioni effetti devastanti, costituendo la più grave anomalia del sistema pensionistico italiano.

Un altro punto di svolta è il 1962, quando Ugo La Malfa elaborò il suo programma economico. In una nota sui problemi e le prospettive dello sviluppo economico italiano (presentata il 22 maggio 1962 al Parlamento) spiegava che una politica di programmazione generale non era più rinviabile. L'intervento pubblico si rendeva necessario in alcuni settori e un accrescimento della spesa pubblica comportava un aumento dei costi per i quali occorreva che lo Stato si procurasse risorse con la leva fiscale. Nel valutare costi e benefici, poi, bisognava tener conto di un criterio economico, cioè tener conto degli effetti degli investimenti sull'economia. Era inoltre riconosciuta l'esigenza di una diversa classificazione delle entrate e delle spese: differenziare le spese correnti da quelle in conto capitale, cioè quelle di amministrazione da quelle di investimento. Prese da lì avvio una vera e propria rivoluzione culturale, quella del *deficit spending*. Sebbene guardando i *trend* di spesa dell'Italia non si vedono grandi differenze di spesa con gli altri paesi occidentali, fu la qualità della spesa ad essere diversa: l'Italia finanziava in deficit, usando debito anziché entrate, non spese di investimento, ma spese assistenziali, clientelari o di genere anche peggiore (cfr. G. Amato, *Due anni al Tesoro*, Bologna, Il Mulino, 1990, p. 59).

Alla metà degli anni Ottanta venivano al pettine alcuni nodi. Il debito, infatti, esplose tra 1983 e 1986 per una serie di fattori: in particolare, tuttavia, da una parte si era avuto un aumento del costo del denaro sui mercati, dall'altro il Ministro del Tesoro Andreatta aveva deciso di mettere sotto gli occhi di tutti l'entità del debito pubblico, ponendo fine al finanziamento "collusivo" tra Ministero del Tesoro e Banca d'Italia. Secondo Andreatta il risanamento non era più rinviabile, non solo per evitare la bancarotta del paese, ma anche per questioni di equità sociale. Si era reso conto, infatti, che troppe volte il cerchio della contesa sociale si era fatto quadrare addossando alla finanza pubblica oneri impropri e indebiti: prezzi politici, sussidi, salvataggi, agevolazioni, sgravi (N. Andreatta, *Per un'Italia moderna. Questioni di politica e di economia*, Bologna, Il Mulino, 1992, p. 158). Prese così decisioni rilevanti: per tutte, il divorzio tra Banca d'Italia e Ministero del Tesoro, rimuovendo il vincolo che obbligava la Banca d'Italia ad acquistare tutti i titoli di Stato non collocati sul mercato.

Lo Stato sociale così creato ha rappresentato per tempo una quadratura del cerchio, perché finanziato con debito pubblico, ma quando è apparso chiaro che non si poteva continuare su quella strada, il sistema politico è infine imploso, a causa del doppio cortocircuito interno e internazionale: crollo del comunismo e Tangentopoli. Il binomio tangentopoli e caduta del muro di Berlino aveva determinato la dissoluzione della Dc e del partito socialista. In particolare, l'indagine dei magistrati di Milano nacque da una crisi sistemica, dovuta ad una progressiva e pervasiva occupazione dello Stato da parte dei partiti politici. I meriti storici di quell'inchiesta sono indiscutibili, per l'A., ma non si può negare che in quel passaggio si verificò una alterazione dei rapporti costituzionali tra magistratura e potere politico. La campagna giudiziaria, inoltre, contribuì a determinare un generale discredito per la politica, aprendo la strada a un non politico, divenuto poi politico.

Anno cruciale fu il 1992 col Trattato di Maastricht. Per fronteggiare la drammatica situazione della finanza pubblica, il governo Amato fece il famoso prelievo forzoso sui conti correnti. Dopo questa misura arrivò una manovra pesantissima che, secondo l'A., assestò un durissimo colpo alla democrazia distributiva: per la prima volta, infatti, vi erano riforme che non avevano più come oggetto quanto e a chi dare ma, piuttosto, cosa e a chi togliere.

Vennero poi i referendum sull'abolizione del finanziamento pubblico ai partiti e sulla riforma elettorale in senso maggioritario. Venne varata la legge elettorale: il sistema era misto maggioritario-proporzionale. La legge era comunque fatta in modo tale da consentire l'ingresso in Parlamento a varie minoranze, grandi e piccole.

Fu quello, infatti, il momento nel quale Berlusconi capì che la riforma elettorale avrebbe comportato la formazione di un sistema politico nuovo, bipolare, che non consentiva un vuoto in corrispondenza di uno dei due poli in cui il sistema necessariamente si sarebbe articolato. Era necessario costruire alleanze e per questo, per prima cosa, ci fu la legittimazione della destra post-fascista. Una delle grandi intuizioni di Berlusconi fu, poi, quella della differenziazione territoriale delle destre, attraverso un progetto a geometria variabile.

Si sarebbero così confrontate nel voto due coalizioni: il problema era che, non esistendo schieramenti politici consolidati, dopo il voto la bipolarizzazione si rivelasse un inganno. Le aggregazioni elettorali non avrebbero infatti determinato, nel lungo periodo, la creazione di due partiti, ma alleanze "acchiappavoti". Nella formazione degli accordi di coalizione, in particolare, era prevalsa una sorta di "proporzionalizzazione dell'accordo" di governo che aveva prodotto una "proporzionalizzazione del sistema maggioritario". La quota proporzionale del sistema misto, infatti, garantiva la sopravvivenza ai partiti in grado di superare la soglia di sbarramento accrescendo in tal modo il loro potere di negoziazione e di ricatto nei confronti dei moderati delle coalizioni. Con Berlusconi avviene il passaggio dalla democrazia proporzionalistica a quella maggioritaria, ma questo non comporta

un'affermazione in Italia di un modello Westminster. L'assetto bipolare della seconda Repubblica non avrebbe garantito né alternanza né stabilità.

Il primo voltafaccia è della Lega, che causa le dimissioni del governo Berlusconi e la formazione del governo Dini. La seconda crisi è quella del 1998, quando si dimette l'esecutivo Prodi. Rifondazione comunista aveva, infatti, fatto del confronto sullo stato sociale la madre di tutte le battaglie. Prodi riteneva che non fosse più possibile rimandare il risanamento della finanza pubblica varando un piano di sviluppo economico e sociale che fosse davvero credibile, sapendo che tutte le conquiste sociali sarebbero state a rischio se non si fosse ridotto l'enorme debito pubblico. Tuttavia, Bertinotti aveva detto chiaro e tondo che il programma non lo convinceva. Bisognava rovesciare la relazione, cioè scegliere coraggiosamente la politica del pieno impiego perseguendo al tempo stesso l'obiettivo del risanamento del bilancio. La legislatura fu segnata anche dal dualismo dalla Bicamerale e l'esecutivo e tra Prodi e D'Alema.

Senza qui poter ricostruire le dettagliate analisi presenti nell'opera, basti dire come nella legislatura successiva il governo Berlusconi varò importanti misure sociali. Si creò una dinamica che provocava uno scontro continuo tra il presidente del Consiglio e il suo principale alleato, Alleanza nazionale, da una parte, e il Ministro dell'Economia dall'altra, poiché si opponeva regolarmente alle richieste di nuove spese e anzi proponeva di continuo tagli. In modo simile, nel centrosinistra si giocava una partita in cui si riproponeva lo scontro tra sinistra radicale e moderata, nonché lo scontro tra ulivismo e partitismo.

Prima delle elezioni del 2006 il governo di centrodestra cambiò la legge elettorale, con la l. n. 270 del 2005, per annullare lo svantaggio che penalizzava da sempre il centrodestra nei collegi uninominali e accrescere i consensi grazie ad un sistema elettorale di tipo proporzionale. La legge accresceva il carattere bipolare del sistema; tuttavia d'altra parte il bipolarismo fondato sul premio di maggioranza cambiava il rapporto tra partiti e coalizioni a favore dei primi. L'assegnazione di tutti i seggi col sistema proporzionale faceva sì che le *chances* di vittoria di uno schieramento non dipendessero più dal grado di coesione interna, perché il voto alla lista si trasferiva direttamente alla coalizione. Questo meccanismo automatico incrementava la competitività tra i partiti all'interno della coalizione accrescendo il livello di conflittualità.

Dopo le elezioni del 2006 l'Italia era spaccata in due, non essendovi peraltro nessuna legittimazione reciproca tra gli attori e rimanendo così lontana da una forma di bipolarismo europeo. Un gesto di pacificazione avrebbe potuto essere quello di offrire la presidenza di una delle due Camere all'opposizione, ma Prodi era preoccupato soprattutto di compattare la sua maggioranza parlamentare. Al Senato, infatti, i numeri erano quasi impossibili. Ancora più che le dimensioni della maggioranza, tuttavia, contava il fatto che nell'area del centrosinistra esistevano molte questioni su cui i partiti avevano posizioni politiche diverse e inconciliabili – “di limitata negoziabilità” – come le vicende legate alla politica internazionale, i temi eticamente sensibili e le misure di carattere economico-sociale. In

particolare, Prodi disse già dal discorso con cui chiese la fiducia al Senato che bisognava ristabilire un equilibrio tra potere di spesa e responsabilità della copertura. Al contrario, Bertinotti riteneva che non si potesse più adottare la politica dei due tempi, cioè prima il risanamento e poi la crescita.

Dopo lo *shock* del 1992 e l'ingresso nell'euro, l'Italia non disponeva più degli strumenti che avevano consentito di dare “tutto a tutti”, ossia la svalutazione competitiva e il finanziamento pubblico in deficit. La strada da seguire era così in qualche modo obbligata. Liberarsi da una parte del cappio del debito e dall'altra procedere sui binari del risanamento, con riforme nei quattro comparti di spesa principali: sanità, pubblico impiego, previdenza ed enti locali. La sinistra radicale condizionava fortemente la maggioranza in Senato e questo si vide già durante l'approvazione della Finanziaria 2007. Il conflitto distributivo tradizionale esplose su due fronti: tra maggioranza e opposizione e all'interno della stessa maggioranza. Era, peraltro, una Finanziaria incomprensibile, concentrata in un articolo unico di 1365 commi. Sia Bertinotti sia Napolitano, infatti, avevano segnalato che era ormai non rinviabile una riforma delle procedure di bilancio e della disciplina regolamentare dell'esame da parte del Parlamento. Il governo aveva chiesto la fiducia su un maxi-emendamento che accorpava in un unico testo tutti gli articoli della legge finanziaria. Erano chiari i pesanti condizionamenti che subiva la funzione legislativa del Parlamento e questa prassi, inoltre, era incomprensibile per l'opinione pubblica e questo accresceva il distacco tra politica, istituzioni e cittadini.

L'esecutivo era in stato di fibrillazione permanente. Anche per questa ragione i due partiti maggiori della maggioranza impressero un'accelerazione alla costruzione del Partito democratico. La fondazione del Pd, tuttavia, introdusse un dualismo di poteri e una competizione latente tra compagine di governo e principale partito della maggioranza. Infine, Prodi, che aveva tentato di tenere unite sinistra radicale e riformista, cadde. Se a prima vista fu per un incidente di percorso, in realtà fu per il progressivo sfilacciamento dell'Unione, che il Pd non riuscì ad arrestare: al contrario, si rivelò un potente fattore di instabilità.

Dopo la caduta di Prodi il Pd di Veltroni scelse di andare alle elezioni insieme all'Italia dei Valori. Questo, che era in parte un rinnegamento della vocazione maggioritaria del Pd, ebbe comunque ripercussioni anche nel campo del centrodestra dove Berlusconi decise di costruire il partito unico dei moderati. In questo modo, il sistema politico tendeva ad assumere una configurazione bipartitica più che bipolare. Nel 2008 la vittoria del centrodestra fu netta e Berlusconi sembrò agli occhi di molti “l'uomo del destino”.

L'analisi di Loreto Di Nucci si chiude qui, ed è ovviamente stata molto più dettagliata rispetto alla breve ricostruzione operata in queste pagine. Un solo cenno è fatto nelle conclusioni al governo di Mario Monti, che tentò di mettere al centro del dibattito del paese un tema di rilevanza essenziale e cioè che i diritti che costano potevano essere riconosciuti universalmente ma attribuiti concretamente solo dentro un quadro di compatibilità economica. Mettere al centro del dibattito tale tema non era facile e ancora

meno spiegarlo in modo convincente all'opinione pubblica in un clima di maltempo per la politica e di una antipolitica via via crescente per la forza di attrazione del Movimento 5 Stelle.

Il Volume interrompe la sua analisi subito dopo le elezioni del 2008, quando lo scenario cambiò completamente soprattutto a causa dell'esplosione della crisi economico-finanziaria e delle sue conseguenze anche politiche. Infatti, a causa di quella si instaurò il governo di Mario Monti, che prese quelle misure (che almeno all'epoca sembrarono) necessarie per il risanamento urgente del Paese. Crisi economico-finanziaria che in Italia è stata tanto dirompente anche a causa dell'elevato debito pubblico accumulato nella storia repubblicana per via della democrazia distributiva.

Il fenomeno dei governi tecnici merita, in particolare, una riflessione. Se, infatti, in passato la politica non si era affidata a tali governi, anche in momenti difficili come dinanzi a crisi economiche e alle minacce del terrorismo, ma anzi aveva usato tali fattori esterni per un ricompattamento del sistema dei partiti del c.d. 'arco costituzionale', questo era stato forse possibile proprio a causa di quegli strumenti che i partiti avevano a disposizione: e in particolare per via di quelli della democrazia distributiva.

Da quando tali strumenti di natura finanziaria sono venuti meno con il Trattato di Maastricht si sono avuti tre governi tecnici. La paura della perdita del consenso, insieme alla mancanza di quegli strumenti classici propri della democrazia distributiva, può così contribuire a spiegare questa regolarità della storia politico-istituzionale recente italiana, e cioè la vicenda dei governi tecnici, che si sono avuti in tre decisivi momenti di risanamento finanziario. Infatti, come si evince dalla recente storia politica italiana, si è fatto ricorso ai c.d. 'governi dei tecnici' nei "frequenti momenti di difficoltà" del sistema politico italiano, e soprattutto quando questo "non è parso più in grado, da solo, di individuare i modi con cui fronteggiare le 'emergenze esterne' e quando è diventata inevitabile, a ridosso di appuntamenti elettorali, l'adozione di misure di finanza pubblica fortemente restrittive, e quindi per definizione decisamente impopolari" (N. Lupo, *I 'governi tecnici'. Gli esecutivi Ciampi, Dini e Monti nel difficile equilibrio tra tecnica e politica*, in *Rassegna parlamentare*, n. 1, 2015, p. 60).

Tuttavia, in questo modo, le forze politiche hanno "abdicato" ad uno dei loro ruoli, soprattutto in relazione a quella funzione – secondo W. Bagehot – "pedagogica" che avrebbe dovuto caratterizzare la loro azione e, più in generale, quella del Parlamento. Invece, la politica ha avuto l'atteggiamento del *Cheshire Cat*, lo Stregatto, che si fa presente quando gli è comodo e scompare quando gli è imbarazzante palesarsi (M. Luciani, *Il costituzionalismo e l'economia dal divampare della crisi a oggi*, in *La domanda inevasa. Dialogo tra economisti e giuristi sulle dottrine economiche che condizionano il sistema giuridico europeo*, Bologna, Il Mulino, 2016, p. 65-66).

Peraltro, fermandosi all'inizio della XVI legislatura, L'A. non ha potuto fare i conti non solo col "governo tecnico" della crisi ma, più in generale, con quella situazione di un "circuito politico-parlamentare oramai imballato e con una supplenza sempre più incisiva

degli organi di controllo interno (Presidente della Repubblica) e esterno (Corte costituzionale, Corte di Cassazione, Corte dei conti, e perfino TAR)” (F. Lanchester, *Dal Porcellum all’Italicum: nuovi collegamenti e nuovi orari, ma su vecchi binari*, in *Nomos-Le attualità nel diritto*, n. 3, 2013, p. 4). Le vicende istituzionali seguenti hanno probabilmente avuto luogo anche per via anche di quell’imballamento: si pensi all’intervento della Corte costituzionale sul sistema elettorale con la sent. n. 1 del 2014 e al successivo sforzo riformista che si è avuto col governo Renzi.

L’esperienza del governo Monti è stata anche – a parere di chi scrive – una delle concause alla base della forte affermazione del Movimento 5 Stelle alle successive elezioni del 2013. Questa affermazione del M5S e del tripolarismo ha spazzato via quella conformazione del quadro politico che era iniziata prima con le leggi elettorali degli anni Novanta e poi con l’azione politica di Veltroni. Le vicende legate sia al sistema elettorale, sia alla riforma costituzionale, bocciata dagli elettori – come è noto – il 4 dicembre 2016 e alla quale ha fatto seguito una nuova pronuncia della Corte costituzionale sulla legge elettorale per la Camera nel frattempo approvata (sent. n. 35 del 2017 che ha dichiarato costituzionalmente illegittime alcune parti della legge n. 52 del 2015, il c.d. “*Italicum*”), hanno completato lo smantellamento dell’Italia bipolare.

Le vicende politiche italiane dopo le elezioni del 2013, oltre a riconfermare la natura parlamentare della forma di governo italiana, sembrano ora far tornare pienamente l’Italia nel trasformismo (G. Sabbatucci, *Il trasformismo come sistema. Saggio sulla storia politica dell’Italia Unita*, Roma-Bari, Laterza, 2003): si governa dal centro. In questo senso, il trasformismo è infatti quel sistema di governo che, emarginando le ali estreme, blocca le possibilità di alternanza. Se dopo le elezioni del 2013 e l’affermazione del M5S, l’unica via è stata quella della grande coalizione tra Pd e il partito di Berlusconi e poi – dopo la rottura tra Pd e Berlusconi – tra Pd e Ncd, ora – dopo la riproporzionalizzazione del sistema elettorale operata dalla Corte costituzionale – lo stesso Pd si è andato dividendo al suo interno, riproponendo una forte frammentazione dell’offerta politica.

Peraltro, quasi a rafforzare il ritorno del trasformismo, si profila oggi all’orizzonte una nuova possibile *conventio ad excludendum* che coinvolgerebbe i partiti c.d. “antieuropeisti”. Sembra infatti essere questo, oggi, il vero *cleavage*: quello tra europeisti e sovranisti, così come sta accadendo anche in altri paesi europei. Se è consentita una previsione, questo potrà portare l’Italia ad essere governata ancora dal centro, bloccando in tal modo l’alternanza.

L’augurio che ci si può fare è che i vincoli esterni posti dall’UE e dall’UEM e i vincoli di bilancio impediscano una nuova degenerazione partitocratica e una nuova democrazia distributiva legata al sistema proporzionale e bloccato, per non far pagare ancora una volta alle generazioni future i vizi del passato, così come in parte sta avvenendo oggi. Anche considerando che dall’inizio della crisi l’aumento del debito pubblico è dovuto non ad un incremento delle misure sociali (che anzi sono state in parte ridimensionate) ma ad altri fattori.

Tutto questo considerato, e non essendo più possibile quella democrazia distributiva descritta nell'opera in commento, sembra essere finalmente arrivato il momento di trasformare il *welfare* italiano da distributivo a realmente redistributivo.

Luca Bartolucci

[M. KNAPP- A. FLACH- E. AYBOGA, *Revolution in Rojava. Democratic autonomy and women's liberation in the middle east*, PlutoPress, 2016, pp. 272.*](#)

Negli ultimi anni, filosofie del pensiero debole vattimiane e approcci postmoderni, hanno abituato una enorme fetta di pensatori e giuristi a ritenere che i movimenti rivoluzionari non siano più adatti nella cornice politica e giuridica del ventunesimo secolo.

Ad oggi però, oscurata dagli orrori del Daesh e della guerra civile, una vera e propria rivoluzione sociale e giuridica è attualmente in atto nel nord della Siria: in Rojava infatti, zona a fortissima maggioranza curda, un progetto di self-governance popolare si è dal 2014 delineato fino a divenire modello esportabile.

Il volume *Revolution in Rojava. Democratic autonomy and women's liberation in the Middle East* di Michael Knapp, Anja Flach e Ercan Ayboga mette in discussione, fino a smentire, l'assunto postmoderno sui moti rivoluzionari, e riporta in modo critico le sfumature del modello proposto, unico non solo nel contesto mediorientale, ma in tutto il mondo contemporaneo.

Nel raccontare la storia della Rojava, il volume preso in analisi comincia con il tracciare l'oppressione storica subita dal popolo curdo per mano del regime Baathista siriano fino alla "Primavera Araba" del 2011. All'indomani della sconfitta della rivolta siriana nel marzo dello stesso anno, le comunità curde espulsero le forze del regime in una serie di colpi di Stato privi di sangue, ed estesero il loro controllo su tre aree denominate "cantoni", che attualmente formano la Rojava: Efrin nel nord-ovest, Kobane nel nord e Jazira nel nord-est.

Tali territori hanno tuttavia attirato l'attenzione internazionale per il loro sistema innovativo di amministrazione autonoma, che è stato auto-proclamato nel gennaio 2014. Attraverso una Costituzione originale, il cosiddetto Contratto Sociale, le autorità hanno *de facto* proposto un sistema politico pionieristico basato sulla democrazia partecipativa, l'uguaglianza di genere, i diritti delle minoranze, ecologia e laicità.

Attraverso interviste e continui rimandi al lavoro del padre ispiratore delle teorie politiche curde, Ocalan, il volume di Knapp, Flach e Ayboga dedica un capitolo ad ognuno degli aspetti caratterizzanti del sistema amministrativo e sociale locale, ponendo particolare accento sull'educazione e la difesa, l'economia e l'ecologia. Non mancando di fornire una analisi approfondita del Contratto Sociale curdo, approvato nel gennaio 2014 e implementato nel luglio 2016, gli autori trasformano un volume di attualità politica, molto denso di storia e nozioni, in un vero e proprio manuale di filosofia del diritto.

* Contributo sottoposto a *peer review*.

Analizzando le novità amministrative e “costituzionali” della Rojava, gli autori (insieme a David Graeber, autore della prefazione del volume), osservano che la rivoluzione della Rojava non consegue solamente dal “trasferimento” e applicazione di ideologie politiche europee, ma anche dagli effetti delle culture e delle tradizioni locali su tali ideologie.

Nelle prime pagine, Graeber e Knapp sottolineano uno dei punti chiave di questa rivoluzione, ovvero come "la richiesta di uno stato curdo sia stata sostituita da un rifiuto della stessa nozione di Stato e dal principio di Confederalismo Democratico basato su una sintesi delle idee dell'ecologo e teorico politico americano Murray Bookchin, altri autori, tradizione curda ed un'ampia esperienza nella pratica dell'organizzazione rivoluzionaria "(pag. xv).

A questo proposito gli autori precisano come il primo elemento d'interesse che emerge nell'analisi del Grundgesetz della Rojava sia come, sin dalla sua prima versione nel 2014, sia stato designato come un "Contratto Sociale" e non come una "Costituzione", con una formulazione che si riferisce ovviamente direttamente alla teoria del diritto naturale. L'espressione "Contratto Sociale" implica l'idea di un accordo tra le persone inteso a regolare gli aspetti essenziali della loro coesistenza. Il nome stesso lo distingue quindi da una Costituzione, che definisce generalmente la norma fondamentale degli Stati.

La nozione dello Stato, e dello stato-nazione in particolare, è presentata nel preambolo del Contratto Sociale come radice delle crisi e dei problemi del popolo della Rojava, quasi ad annunciare la ricerca, da parte del potere Costituente, di una soluzione diversa.

Relativizzando la nozione locale di Stato, gli autori sostengono che "se la lunga storia della Mesopotamia è durata un'ora, allora lo Stato-Nazione è esistito solo per un secondo" (pag. 9) e che la "Rojava sta creando una nuova forma di società senza uno Stato "(pag. 130).

Come ricostruito nel volume, la base territoriale su cui i rivoluzionari della Rojava stanno sfidando lo Statalismo mondiale, e che gli autori stessi propongono come base per future analisi giuridiche e politiche non statali o post-statali, è il comune autonomo così come ideato da Murray Bookchin, che costituisce l'unità di misura privilegiata per l'autogoverno e l'esercizio della democrazia diretta e il cui pensiero, filtrato dalle lenti di Ocalan, diventa cardine portante della struttura istituzionale associativa e libertaria della Rojava.

Gli autori continuano il loro lavoro di racconto e analisi sfidando poi le opinioni comuni sulla rivoluzione in Rojava come di una rivoluzione prettamente "curda" sottolineando il suo carattere multietnico e multiculturale, che il Costituente ha voluto esplicitare nelle primissime frasi del Contratto Sociale.

Evitando generalizzazioni circa le identità etniche nella regione, sostengono infatti che "la diversità culturale è stata ricondotta come elemento indispensabile della vita e della democrazia" (pag.25) per resistere alla "modernità capitalista, allo Stato-Nazione e costruire un'alternativa pratica" (pag.41).

Se un ruolo fondamentale nel richiamare l'attenzione del mondo sulla Rojava è stato svolto dalle Unità di Protezione dei Popoli Curdi (YPG), il processo federalista della regione è, come detto, ispirato da una Carta (il Contratto Sociale, appunto), adottata da "una confederazione di curdi, arabi, assiri, caldei, aramaici, turkmeni, armeni, circassi, ceceni, musulmani, cristiani, yazidi e altri gruppi", come dichiarato proprio all'inizio del preambolo della Carta, e da diversi credo religiosi. (A questo proposito la Carta del 2014 non faceva espliciti riferimenti alla questione religiosa, con un generico richiamo alla costruzione di una società libera da centralismo ed interferenze religiose nella sfera pubblica).

La marcata volontà generale di portare questi principi al di fuori delle regioni tradizionalmente abitate dai popoli curdi e siriani, ed il rifiuto della nozione di Stato-Nazione, è evidenziata secondo gli autori dalla scelta dell'arabo tra le lingue ufficiali della dichiarazione del 2016.

Il rifiuto del paradigma statale classico, la chiara vocazione internazionalista e libertaria e la pratica organizzativa della democrazia partecipativa dei 3 cantoni, sono gli elementi in cui gli autori colgono maggiormente come il principio dell'autonomia democratica, o Confederalismo Democratico, risulti radicalmente diverso dalla nozione occidentale di federalismo poiché, come sottolineato più volte nel volume, "l'autonomia democratica in Rojava è un sistema volto alla creazione di una società senza uno Stato-nazione" (pag.52).

L'ultima parte del Contratto Sociale su cui gli autori concentrano la loro analisi in ottica giuridico-comparata, regola il lato istituzionale del Confederalismo Democratico: l'organizzazione della partecipazione democratica dei cittadini, dalle comunità locali alla Federazione settentrionale della Siria. (la Rojava)

Knapp, Flach e Ayboga ricostruiscono efficacemente questa organizzazione: la partecipazione al processo democratico è garantita da un sistema di rappresentazione multi-livello. La struttura è costituita da Comuni autonomi (che, come già visto, ereditano l'impianto teorico di Bookchin e Ocalan), da un Consiglio popolare di zona, da un Consiglio popolare distrettuale e dal Consiglio popolare della Rojava. Ogni livello sceglie i co-presidenti (la pluralità di presidenti incoraggia l'uguaglianza di genere e la rappresentanza delle minoranze culturali) per le decisioni relative alla comunità locale, ed elegge i delegati che li rappresentano al livello amministrativo superiore con mandato imperativo.

Con particolare riferimento al principio della rappresentanza, le idee rivoluzionarie euro-centriche e i criteri partecipativi occidentali sono ulteriormente messi in discussione dal ruolo da protagoniste delle donne di questa regione, che non solo "partecipano" ma, di fatto, guidano la rivoluzione grazie al principio del "doppio potere", che sottintende che "in un comune o in una corte, ovunque, la leadership debba essere attribuita a due persone, e che una di loro debba essere necessariamente una donna" (pag. 69).

All'interno delle municipalità curde, dunque, non esiste un sindaco ma due, una donna ed un uomo, mentre "tutti i consigli e comitati organizzativi siano tenuti a rispettare una

quota di genere del 40% ed il principio della doppia leadership" (pag.69), un risultato che rimane ineguagliato in qualsiasi occidentale democrazia e che appare un lontano miraggio nella quasi totalità del Medio oriente.

Sebbene il volume proposto possa apparire ad un lettore "occidentale" in più punti pervaso da una forte carica di idealismo che rischia, quasi, di cadere nell'ingenuità (si pensi, su tutto, alla definizione stessa di rivoluzione democratica nazionale, che appare al momento assai fumosa, soprattutto in relazione ai suoi possibili sviluppi), l'evoluzione giurisprudenziale degli ultimi anni, congiuntamente alle trasformazioni politiche dell'area europea hanno oramai mostrato i limiti dello Stato come quadro analitico privilegiato per una analisi giurisprudenziale e politica che voglia dirsi organica e completa. Il volume proposto sottolinea come l'esperimento di Confederalismo Democratico della Rojava, debba essere considerato come un caso importante per questa agenda di ricerca e rappresenti un punto di partenza stimolante per riflettere su soluzioni non statali per questa regione e tutto il contesto mediorientale.

Inoltre, sebbene il successo politico del sistema della Rojava sia strettamente collegato agli imprevedibili sviluppi del conflitto siriano e siano evidenti le discrepanze enormi nell'applicazione di un simile modello in contesti più estesi ed "occidentali", in una prospettiva giuridica e teorica il modello riportato nel volume rappresenta già ora una fonte di ispirazione importante per le amministrazioni locali "occidentali" che vogliano dirsi sempre maggiormente inclusive e partecipate.

Enrico Campelli

[P. RIDOLA, *Stato e Costituzione in Germania*, Torino, G. Giappichelli, 2016, pp. 149.*](#)

Il Volume di Paolo Ridola scaturisce dall'intento di ripercorrere le più importanti elaborazioni scientifiche della giuspubblicistica tedesca del XIX e del XX secolo attraverso un viaggio, condotto non tanto con la pretesa di offrire un quadro accademicamente completo della riflessione su Stato e Costituzione, ma piuttosto con l'intento di condividere l'itinerario personale di studio e ricerca che, in maniera trasversale, della cultura tedesca ha abbracciato la letteratura e la filosofia ancor prima del versante giuridico. Quattro punti cardinali, in particolare, orientano la *deutsche Reise* dell'Autore (così egli stesso la definisce nella sua introduzione, a p. VI). L'analisi spazia così dalla nascita del *Reich* guglielmino – cui la prima sistematizzazione dello *Staatsrecht* tedesco è contemporanea – all'approvazione della Costituzione della Repubblica di Weimar. Da ultimo, le disamine del rapporto fra Costituzione e democrazia e del concetto di “spazio pubblico” conducono agli approdi della dottrina giuspubblicistica tedesca più recente.

Nel primo capitolo, in particolare, l'Autore ripercorre la discussione sui fondamenti scientifici del diritto pubblico che hanno accompagnato il processo di unificazione del *Reich* tedesco. Il pensiero di Paul Laband e la sua opera più importante, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches* (1876-1914) costituiscono la sistemazione più imponente del diritto pubblico del *Reich* guglielmino e pertanto rappresentano il punto di partenza dell'analisi. Nel positivismo formalcostruttivistico di Laband, il diritto è un “sistema costituito da connessioni logiche di categorie, in sé completo e concluso, autosufficiente e completamente privo di lacune” (p. 2) e pensabile solo all'interno di concetti generali. Il ricorso a criteri esclusivamente logico-formali e l'irrilevanza di ogni valutazione di ordine storico, politico e filosofico per la ricostruzione della scienza giuridica sono funzionali, da un lato, alla stabilizzazione degli assetti politico-costituzionali del nuovo stato nazionale tedesco e, dall'altro, alla protezione di un certo blocco sociale egemone di cui quel diritto era espressione: da quest'ultimo doveva rimanere esclusa la società, con le sue tensioni e divisioni. Nel rifiuto di qualsiasi contaminazione dell'argomentazione giuridica con valutazioni di ordine storico si cela la volontà di “lasciarsi alle spalle il passato tormentato della storia costituzionale tedesca, per concentrare l'attenzione della *Staatsrechtslehre* esclusivamente sulla nuova fase apertasi con il compimento della unificazione del *Reich*” (p. 4), laddove proprio le contraddizioni del *Reich* lasciavano intravedere “tutti i nodi ancora irrisolti del problema della sovranità” (p. 6).

* Contributo sottoposto a *peer review*.

In netta antitesi con il pensiero labandiano si pone la teoria organicistica di Otto Gierke (*Das deutsche Genossenschaftsrecht*, 1868-1913), più volte ripresa in altre parti del libro. Secondo Gierke lo *Staatsrecht*, lungi dall'esserne avulso, "scorre" assieme alla vita – storica, politica, culturale - dello Stato (*Staatsleben*). La giurisprudenza, pertanto, non deve operare su degli *apriori*, ma lavorare sul dato del diritto positivo come realtà storica; anche i concetti che la scienza giuridica elabora posseggono una validità storica (*geschichtliche Gesetzmäßigkeit*) e non puramente logica. Fra società e diritto intercorre infatti una relazione "genetica", di modo tale che la scienza del diritto dello Stato non può non prendere in considerazione le "condizioni – anche di natura politica – sotto la cui influenza le norme e gli apparati concettuali dello *Staatsrecht* sono venuti ad esistenza e rispetto alle quali sviluppano la loro efficacia" (p. 10). Su tali premesse, Gierke critica l'idea labandiana di *Staatspersönlichkeit* che, imbrigliando lo Stato fra le categorie civilistiche della personalità giuridica, lo ha ricondotto all'archetipo del soggetto individuale titolare di diritti e doveri invece di considerarlo un corpo collettivo (*Gesamtpersönlichkeit*). Al contrario, per Gierke lo Stato e gli altri aggregati umani sono aggregati sociali che, pur essendo costituiti da individui, in quanto "organismi collettivi" (*Genossenschaften*), hanno un'esistenza propria, superiore e distinta. In tal modo, Gierke riesce a ricondurre il "poderoso edificio dello *Staatsrecht* del primo stato nazionale tedesco alle remote scaturigini consociative e comunitarie del diritto germanico" (p. 17). Il diritto positivo, dunque, non può porsi su un piano di separatezza autoreferenziale rispetto alla società ma è, al contrario, solo la forma esteriore che storicamente assume lo "spirito della collettività" (*Gemeingeist*).

Nell'economia narrativa del primo capitolo la prospettiva di Georg Jellinek rappresenta il terzo stadio di una triade dialettica. Sottolinea l'Autore che il pensiero di Jellinek, da un lato, tenta di reinnestare motivi della tradizione liberale sull'impianto statualistico-autoritario della dogmatica labandiana dello *Staatsrecht* e, dall'altro, è caratterizzato da una "robusta consapevolezza delle reali dinamiche sociali del potere e dell'imponente processo di modernizzazione degli apparati e dei compiti pubblici che il primo *Reich* aveva messo in opera" (p. 19). In tal senso, Jellinek distingue in via preliminare fra dottrina generale dello Stato (*Allgemeine Staatslehre*), che considera lo Stato come un "prodotto della società", e dottrina generale del diritto dello Stato (*Allgemeine Staatsrechtslehre*), il cui oggetto sono le norme che costituiscono la struttura giuridica dello Stato; l'anello di congiunzione fra i due piani – sociale e normativo – è costituito dai fini fondamentali che ogni istituzione sociale si impone di perseguire, i quali rispecchiano i frangenti storici nei quali essa si sviluppa. Nel sistema concepito da Jellinek il legame fra *Soziallehre* e diritto non ricostruisce il rapporto fra potere e diritto in termini antagonisti; al contrario, Jellinek riconduce il diritto ad un "sostrato sociale di rapporti di forza, cui esso è funzionale" (p. 23). Secondo il giurista di Lipsia, infatti, il diritto "nasce dall'interiorizzazione nella coscienza collettiva della forza normativa di rapporti di potere affermatasi in via di fatto" (alla *normative Kraft des Faktischen* si riporta l'Autore a p. 23).

Nel secondo capitolo l'Autore ha declinato la Costituzione di Weimar alla stregua di un'"esperienza" storica e di un "paradigma" dogmatico per sottolineare l'importanza che la Costituzione di Weimar ha assunto per gli sviluppi del costituzionalismo del XX secolo. In un primo momento, la Costituzione di Weimar viene considerata alla stregua di un'"esperienza" storica. Soccorre a tal proposito l'insegnamento di Orestano per cui le manifestazioni del giuridico si alimentano di esperienze particolari delle persone, i cui "vissuti individuali concorrono a comporre un ordine intessuto non di astrazioni concettuali ma di frangenti storici concreti" (p. 35). Attraverso tali esperienze, pertanto, il diritto prende corpo nella sua complessità, comprensiva di comportamenti e di riflessioni e non solo di norme, in un continuo farsi che origina dalla storia delle singole esperienze; Ridola evidenzia come, nel caso della Costituzione di Weimar e del periodo successivo alla *Novemberrevolution* del 1918, si tratti per lo più di esperienze che ai destini individuali sono drammaticamente legate. In questo senso la *Umorientierung* di Thomas Mann, che ripercorre problematicamente la distanza (*Spannung*) fra le prospettive inconciliabili di *Kultur* e *Zivilisation*, rappresenta a pieno titolo il tassello di una transizione costituzionale dall'*establishment* del *Reich* guglielmino (cui egli aderisce in maniera assai decisa nelle *Betrachtungen eines Unpolitischen* del 1918) al nuovo ordine democratico plasmato dalla Costituzione di Weimar (si veda, al riguardo, il *Saggio autobiografico* del 1930).

L'analisi dell'"esperienza" di Weimar si snoda attraverso i suoi aspetti caratterizzanti e, nella maggior parte dei casi, problematici, come "il salvataggio, la preservazione e il consolidamento dell'unità nazionale" (p. 47) e, all'un tempo, l'"accoglimento del principio della democrazia parlamentare come pilastro fondamentale degli assetti di governo" (p. 47); la "conflittualità latente fra il *Reichstag* ed il Presidente del *Reich*, [che] si innestava sulla medesima legittimazione, derivante dall'investitura del corpo elettorale" (p. 49); il potere d'ordinanza del Presidente, esteso dall'art. 48 sino al limite della sospensione dei diritti fondamentali (p. 52); il catalogo dei diritti fondamentali, considerata la parte più innovativa della Costituzione di Weimar. Ricorda l'Autore che quest'ultimo aspetto ha rappresentato in maniera paradigmatica "uno snodo decisivo del costituzionalismo democratico del secolo XX", poiché "ha dato peculiare risalto all'apertura delle costituzioni alla società, alle reali condizioni di vita ed alla trama di relazioni sociali entro le quali si dispiega la libertà umana" (p. 55); e sempre i diritti fondamentali sono stati oggetto delle critiche più acute da Carl Schmitt (in quanto espressione di un "compromesso dilatorio" fra ideologie in antagonismo) e da Rudolf Smend (che invece nella concezione dei *Grundrechte* come diritti negativi di difesa riconosceva "gli angusti limiti della mentalità borghese": p. 60). In conclusione: non solo la parte organizzativa, ma anche il catalogo dei *Grundrechte* della Costituzione weimariana rispecchia "le contraddizioni che hanno segnato la vicenda storica ed i destini della Repubblica tedesca" (p. 64).

Evidenzia l'Autore che il "pensare per paradigmi" non è "funzionale alla costruzione di generalizzazioni astratte, ma tende a far scaturire dalla complessità e dalla varietà delle esperienze criteri e orientamenti per la comprensione del reale" (p. 66), nello stesso modo

in cui l'“esperienza” weimariana è il risultato e la sommatoria di esperienze individuali e concrete, storicamente determinate. La lettura della Costituzione di Weimar come “paradigma degli sbocchi, non privi di elementi di incertezza e di ambivalenza, degli ordinamenti costituzionali democratici del primo Novecento” (p. 67) è allora il secondo *Leitmotiv* che l'Autore imprime al capitolo. In tal senso, l'opera di Hermann Heller, costretto all'esilio dall'avvento del nazismo, è quella che più efficacemente è in grado di rappresentare il paradigma della crisi della Repubblica di Weimar. Per Heller alla base delle norme vi sono “atti di volontà che si proiettano verso la produzione di effetti giuridici”; il diritto ha la “funzione di dare forma ai contenuti di senso espressi dall'unità organizzata dello Stato, trasformando in un ordinamento giuridico gli impulsi di azione e di decisione che provengono dalla realtà sociale” (p. 71).

Nel terzo capitolo l'Autore approfondisce il pensiero di diversi Maestri nella prospettiva del rapporto fra costituzione e potere politico nella democrazia di massa. Si prendono le mosse dalla dottrina della costituzione di Carl Schmitt, secondo il quale è impossibile armonizzare costituzionalismo e democrazia e la costituzione, piuttosto, è espressione della “decisione esistenziale” (*existentielle Entscheidung*) di un ordinamento totalizzante, nel quale non possono trovare posto “limiti del potere, concorrenza delle opinioni e degli interessi, dialettica fra maggioranza e minoranze, così come lo stesso pluralismo è concetto sostanzialmente ricacciato fuori dalle dinamiche sociali” (p. 81). Sull'elaborazione schmittiana fra identità e rappresentazione come principi basilari della forma politica si innestano il pensiero di Gerhard Leibholz, che sostiene che lo Stato democratico si manifesta come “Stato di partiti” (*Parteienstaat*) ed è basato su una “relazione di tipo identitario (o plebiscitario) fra popolo, partiti e organi di direzione politica” (p. 84), e di Ernst Fränkel, che propone una classificazione degli ordinamenti democratici in base al rapporto fra componenti rappresentative e plebiscitarie al loro interno.

Oggetto di ampia parte del capitolo è, poi, la parabola della riflessione di Max Weber sul rapporto fra potere e diritto che sottolinea, nei suoi esiti finali, “la funzione della forza e della predisposizione di un apparato coercitivo come base della giuridicità dell'ordinamento” e, convertendosi in una “sociologia «comprendente» che ricongiunge diritto e potere, *ratio* e *voluntas*, in un nesso funzionale indissolubile” (p. 100), approda all'affermazione della superiorità del governo delle leggi, già per altra via fatta propria dal positivismo giuridico.

L'Autore individua le due linee di tendenza nelle quali si è sviluppato il rapporto tra costituzionalismo e democrazia: quella di Carl Schmitt e quella di Hans Kelsen. La prima si pone al di fuori della cornice del costituzionalismo (quando con essa non espressamente in contrasto), perché tenta di tradurre le dinamiche delle democrazie secondo una concezione machiavelliana della politica. La seconda, invece, rielabora forme di razionalizzazione del potere politico, “con l'obiettivo di calare principi ed istanze basilari del costituzionalismo nella cornice della democrazia di massa” (p. 101). Secondo Kelsen, il principio di rappresentanza è lo strumento con cui un processo di decisione può giungere

alla massima approssimazione all'idea di libertà (e non a quella di eguaglianza): il principio maggioritario, infatti, cerca di assicurare la libertà al maggior numero possibile di persone, così contribuendo alla trasformazione del concetto di libertà in partecipazione dell'individuo al potere dello Stato. La procedura parlamentare è il banco di prova per saggiare il rendimento del principio di maggioranza; il “compromesso”, fondato sulla reciproca tolleranza, è l'anello essenziale del rapporto fra libertà politica e integrazione sociale. Per Kelsen “garanzie della costituzione significa garanzie della regolarità delle regole immediatamente subordinate alla costituzione, cioè, essenzialmente, garanzie della costituzionalità delle leggi” (p. 107). La sua ricostruzione sfocia allora nell'innestare l'impianto teorico del controllo di costituzionalità sul tronco del parlamentarismo e nel costruire la legge incostituzionale come atto annullabile da un sindacato di costituzionalità. Ciò in netta polemica con Carl Schmitt, che attribuisce il ruolo di “custode della costituzione” al Presidente della Repubblica, il solo che potrebbe garantire l'unità dello Stato (p. 110).

All'ultima parte del capitolo è dedicata la riflessione sulla “dottrina dell'integrazione” (*Integrationslehre*) di Smend, nata dalla reazione al giuspositivismo di Laband e Jellinek e al formalismo di Kelsen. A questi l'approccio smendiano rimprovera di non analizzare i contenuti materiali, in primo luogo sociologici e teologici, che sono il presupposto e al tempo stesso l'oggetto delle norme. L'individuo e la comunità sono “momenti di una coordinazione dialettica i cui membri sono [...] polarmente coordinati fra loro (p. 114): coordinamento inteso come integrazione degli individui nel “contenuto di senso” (*Sinngehalt*) e nella “sostanza omogenea” dello Stato. Per Smend lo Stato è entità dinamica e non statica, che viene ad esistenza grazie a più modelli di integrazione fra individui differenti e fra questi e la comunità politica.

Nel quarto e ultimo capitolo l'Autore si interroga sulla nozione di “spazio pubblico” e sul rapporto problematico fra pluralità sociale e unità statale. Secondo l'Autore, tutte le riflessioni riguardanti la relazione fra Stato e società nelle democrazie pluralistiche si collocano nello spazio compreso fra i due assi estremi della loro “integrazione” (Smend, Heller, Hesse) e della loro “contrapposizione” (Luhmann, Böckenförde, Isensee); il tema della sussidiarietà, osserva l'Autore, rappresenta “un angolo di osservazione privilegiato” di tale rapporto (p. 129), perché nasce e si sviluppa oscillando costantemente fra questi due poli. La riflessione di Giovanni Althusius, coeva alla nascita dello Stato moderno in Europa, apre a un assetto federale basato sulla sussidiarietà, nel quale il popolo è un insieme organizzato di corpi collettivi e la politica un processo fortemente unitario dove l'individuo e gli antagonismi individuali sono lasciati sullo sfondo. Hugo Preuß, sulla scia dell'insegnamento di Althusius e sviluppando la categoria gierkiana della *Genossenschaft*, elabora una teoria della sovranità secondo cui i Comuni, gli Stati e il *Reich* sono livelli di una stessa “articolazione su più piani del potere politico-sociale” (pag. 125).

Rileva l'Autore che nella discussione sulla “sfera pubblica” sono confluite esperienze culturali differenti: l'una, riconducibile alle parole tedesche *öffentlich* e *Öffentlichkeit*, “dà

risalto alla condizione dell'essere «aperto» ed accessibile alla conoscenza»; l'altra, «di derivazione latina (*publicus*), ma ripresa dalla tradizione anglosassone (*public, publicity*), collega il significato del termine ad un «popolo organizzato» a vari livelli, al mondo di valori ed alla struttura organizzativa di una comunità politica» (pp. 130-131). A seguito della contaminazione delle originarie varianti semantiche, il concetto di «pubblico» ha assunto, in particolare, due accezioni. La prima mette in luce l'accessibilità dei luoghi dove si forma l'opinione pubblica e gli interessi della collettività vengono dibattuti (Kant la definisce «formula trascendentale del diritto pubblico»). La seconda pensa la pubblicità come elemento essenziale dell'organizzazione sociale, in quanto è nello spazio pubblico che il gruppo sociale «si realizza» e «impara ad essere consapevole del proprio compito» (Smend).

Negli sviluppi del dibattito successivo assume importanza centrale la ricostruzione di Jürgen Habermas secondo cui il diritto delle moderne società pluralistiche si legittima nell'autodeterminazione dei cittadini, artefici del diritto al quale sono sottoposti per il tramite della partecipazione al «processo» democratico; possono dunque pretendere legittimità solo quelle leggi che scaturiscono da un «processo legislativo discorsivo», che rinviene la sua fonte di legittimazione nei presupposti comunicativi e procedurali della formazione dell'opinione pubblica. La complessità delle società pluralistiche configura lo spazio pubblico come uno «schema di rapporti centro-periferia» (p. 135); mentre il centro è costituito dalle istituzioni, la periferia è composta dai gruppi sociali che agiscono come interlocutori dei parlamenti, delle amministrazioni e della giurisdizione, sollevando i problemi della collettività e cercando di immetterli nel processo legislativo.

L'Autore ripercorre gli itinerari delle critiche all'eccessivo formalismo della concezione habermasiana. Secondo alcuni (Alfred Rincken), il rapporto fra spazio pubblico istituzionalizzato e non istituzionalizzato non potrebbe essere ricondotto *sic et simpliciter* alla dicotomia «centro-periferia»: nelle moderne società occidentali le due aree operano a stretto contatto e frequenti sono le compenetrazioni reciproche. Un secondo filone di critiche, sviluppatosi nel quadro della teoria dei sistemi sociali di Niklas Luhmann, rimprovera ad Habermas di aver sopravvalutato la forza dei legami consensuali e di non aver considerato che l'intersoggettività può sfociare tanto nell'accordo, quanto nella disunione. Altri pensatori (Arno Scherzberg) hanno lamentato l'incapacità dell'*Öffentlichkeit* habermasiana di offrire soluzioni che tengano conto della differenziazione degli ambiti della comunicazione nelle società contemporanee. Gli indirizzi di pensiero neoliberali hanno invece criticato il «tentativo di costruire lo spazio pubblico come trascendimento della sfera privata, concepita come il luogo dell'individualismo egoistico, anziché come quello dell'autorganizzazione della società che alimenta le stesse prassi discorsive dello spazio pubblico» (p. 140).

L'ultimo capitolo del libro si chiude con la ricostruzione, da parte di Peter Häberle, della costituzione come «processo pubblico» (*Verfassung als öffentlicher Prozess*, 1978). Secondo Häberle, poiché la Costituzione come base di una società aperta si fonda sull'equilibrio fra

continuità e mutamento, essa deve reggersi non solo sui congegni che ne assicurino la formale supremazia, ma soprattutto su “processi evolutivi” che ne rendano possibile l’adeguamento flessibile agli sviluppi del tempo, sia con riguardo alle tradizioni ed ai contesti storico-culturali che in essa si stratificano, sia in una prospettiva di proiezione verso il mutamento e sviluppi futuri. In tale processo, lo “spazio pubblico” è quello in cui vengono formulate opzioni e punti di vista che possono dare impulso a sviluppi dell’interpretazione costituzionale e che, per questa via, divengono costituzionalmente rilevanti (c.d. “società aperta degli interpreti”: p. 147). La democrazia perde il connotato “identitario” di ascendenza smendiana e diviene essenzialmente “organizzazione nella società di interessi antagonisti e del conflitto”: diviene così più stringente il nesso che la lega allo spazio pubblico, all’*Öffentlichkeit* intesa come “spazio in cui la società si organizza democraticamente” (p. 148).

Non è semplice dare un giudizio al Volume di Paolo Ridola. Tuttavia, per far sì che il metodo con cui viene formulato il primo possa essere all’altezza del secondo (pur con la cautela che sempre s’impone a chi scrive quando si ha a che fare con dei Maestri), si può provare ad utilizzare quegli stessi concetti di “esperienza” e “paradigma”, con cui nel libro si è dato conto dell’importanza della *Weimarer Reichsverfassung*. Attraverso la lente dell’itinerario della propria ricerca, l’Autore ha magistralmente messo a fuoco i risultati cui è pervenuta la dottrina giuspubblicistica tedesca, ordinando a sistema gli studi intrapresi nel tempo e ridando linfa e vigore a elaborazioni talvolta risalenti e, proprio per questo, dimenticate o date per scontate dall’odierna letteratura scientifica. In definitiva, l’Autore ha ripercorso ciò che l’evoluzione scientifica ha significato per i destini individuali, fra cui il proprio; ma questa, a ben vedere, altro non è che la consegna, a chi legge, della *propria* esperienza storica.

La *deutsche Reise* è allora prima di tutto una *innere Reise*, la cui direzione (*Richtung*) parte da Smend, collega Hesse e Häberle (p. 143) e giunge sino a Ridola. In ciò, invece, può leggersi “Stato e Costituzione in Germania” come “paradigma”: che di Häberle – cui il libro è dedicato – l’Autore fa proprio l’insegnamento per cui la scienza giuridica è il prodotto di fattori culturali (“*ein Stück Kulturwissenschaft*”), comprensivi delle “correnti del pensiero filosofico, delle manifestazioni artistiche, delle tendenze estetiche e letterarie, della mentalità, del gusto, del costume” (p. 36), ma la cui individuazione – va qui rilevato – è tuttavia problematicamente rimessa all’interprete. A ciò è connessa la prospettiva critica nei confronti del positivismo giuridico, introdotta nell’analisi su Gierke (p. 9) e ripresa dall’Autore in più punti del Volume; purtuttavia, proprio il positivismo ha messo in luce che la nascita dello Stato moderno è dovuta alla necessità di un “distacco, una certa misura di «distanza» dalla società, così come la neutralità dello Stato rispetto ai conflitti che si agitano all’interno di essa” (p. 127).

Nel complesso, il Volume di Paolo Ridola si dimostra non solo una validissima sintesi della dottrina giuspubblicistica del XIX e XX secolo, pur rielaborata secondo i tratti caratterizzanti appena menzionati, ma soprattutto un prezioso strumento per avvicinarsi

– né si potrebbe esprimerlo meglio che con le stesse parole dell’Autore – a “quei giganti, stando sulle cui spalle riusciamo a comprendere meglio, e soprattutto con un orizzonte più largo, il fascinoso universo dell’ordine politico della società” (p. VI).

Lucio Adalberto Caruso

G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale. Tornare ai fondamentali*, Roma-Bari, Laterza, 2016, pp. 260.*

Il volume *Contro il revisionismo costituzionale* di Gaetano Azzariti affronta il problema della trasformazione delle categorie che hanno attraversato il movimento storico del costituzionalismo moderno e che sono alla base delle democrazie contemporanee. L'Autore del libro è professore ordinario di "Diritto Costituzionale" presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università "La Sapienza" e direttore della rivista on line *Costituzionalismo.it*. Ha prodotto in precedenza diversi volumi, tra quali *Critica della democrazia identitaria* (2005), *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale* (2010), e *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?* (2013). Le sue opere, inclusa quella oggetto di recensione, sono ispirate all'idea di rivalutare la teoria di costituzionalismo, pertanto condividono una sensazione di intensa preoccupazione di fronte ai cambiamenti che rischiano di stravolgere i principi e le conquiste della civiltà occidentale.

Il fatto che la pubblicazione del libro sia avvenuta all'inizio dell'anno scorso, in un contesto politico-intellettuale caratterizzato dalla campagna sulla riforma costituzionale Renzi-Boschi, ci può spingere a pensare che il volume fosse stato ideato come una sorta di "manifesto in difesa della Costituzione" contro la sua revisione "reazionaria". La posizione dell'Autore è chiara: una riforma della Costituzione che non è finalizzata alla ricerca dell'equilibrio e del limite al potere ma trova la sua "giustificazione" nel perseguimento degli obbiettivi "banalizzanti" di semplificazione-governabilità-efficienza, secondo il costituzionalista, è un segno di regresso. La scelta del titolo ha un carattere provocatorio, perché esso implica, in questo caso, l'accezione peggiorativa del termine "revisionismo storico", inteso come l'abbandono della memoria. Inoltre, facendo parte della collana "Anticorpi" (casa editrice *Laterza*), il libro tipicamente riporta sulla copertina una frase che annuncia una comunicazione ambiziosa e battagliera: "Le nostre sofferenti democrazie costituzionali devono essere ricostruite, non invece nichilisticamente abbandonate, ovvero allegramente disattese".

Eppure si nota un certo intento polemico dell'Autore, in realtà, sarebbe assolutamente sbagliato pensare a questo volume come un'opera di natura pre-progettata, già, semplicemente per il fatto che i singoli capitoli riprendono interventi svolti in varie occasioni e pubblicati in gran parte tra il 2011 e il 2013 in volumi diversi. Nel complesso, il libro *Contro il revisionismo costituzionale* offre una teoria originale per comprendere le origini, lo sviluppo e le prospettive delle odierne democrazie occidentali riflettendo sul significato "dinamico" dei principi del costituzionalismo moderno e sulle nuove sfide portate dalle tecnologie, dalla globalizzazione, e dal mercato. L'impostazione di fondo, anche riguardo

* Contributo sottoposto a *peer review*.

al livello di generalizzazione, non è quella di una filosofia del diritto, oppure di una storia delle dottrine giuridiche, ma piuttosto quella di una teoria generale (in senso *bobbiano*) del costituzionalismo democratico. Parlando di significato dei principi fondamentali, il costituzionalista Azzariti, non si pone il compito di elaborare una mera “dottrina dei valori”, la cd. “assiologia costituzionale”, ma, al contrario, ha l’intento di rispondere alla domanda: “Qual è oggi il valore dei principi fondanti del costituzionalismo moderno?” in maniera fondata, mantenendo il rigore metodologico.

“È questo che mi spinge a pensare che si debba ritornare alle questioni ultime, ripensare criticamente le categorie che si pongono a fondamento ermeneutico delle nostre scienze. Dovremmo mettere in discussione tutti gli "universali indiscussi" che sostengono le nostre più profonde convinzioni...” (cfr. p. 28). Ora, quale sarebbe l’approccio metodologico dell’Autore mirante a questo scopo? Dall’analisi del saggio risulta che il suo è un approccio scientifico critico e “storicizzato”, molto incline al realismo giuridico. Come il metodo epistemologico, esso cerca di disvelare mistificazioni concettuali o teoriche attraverso una strategia cognitiva dell’ancoraggio storico: “Un diritto non più teologicamente fondato, bensì storicamente determinato” (cfr. p. X). Si può notare le somiglianze tra il suo approccio metodologico e l’approccio tipico della corrente filosofica “Scuola di Francoforte”. Entrambi sono caratterizzati dall’enfasi sulla componente “critica” della teoria (seguendo la filosofia critica di Kant) che poi, applicata nella ricerca concreta, si esprime nella critica della società presente. Un’altra particolarità del metodo dell’Autore è la sua “storicità”. La comparazione diacronica dell’era moderna con il mondo antico (*e.g.*, la democrazia dei moderni paragonata a quella dei antichi) o con quello medioevale (*e.g.*, primi parlamenti *vs* parlamenti contemporanei) mira di dare una visione dinamica delle categorie del costituzionalismo moderno. È un taglio metodologico ispirato in parte dall’idea di un’analisi “archeologica” dei processi di formazione dei sistemi concettuali-conoscitivi di una determinata epoca storica proposta da M. Foucault. Sia la teoria critica di Scuola di Francoforte, sia lo studio di *episteme* di M. Foucault come filoni di riferimento metodologico – nel loro “storicismo” e “criticismo” – sono in debito con il marxismo.

Il saggio di Azzariti non propone (soltanto) la ricostruzione critica della storia delle idee, come può sembrare in base a quanto detto in precedenza, bensì discute sull’interpretazione dei fenomeni giuridici. A questo punto, bisogna chiarire la posizione dell’Autore riguardo alla norma giuridica e alle forme del pensiero giuridico. Rifiutando la tesi decisionista di C. Schmitt, “extragiuridica” e, comunque, poco conciliabile con il modello di democrazia costituzionale (p. 36), l’Autore sottolinea i vantaggi della dottrina dell’istituzionalismo (S. Romano), la quale permette di riflettere sulla realtà del diritto in una prospettiva, non più legata a uno stretto formalismo (H. Kelsen), ma connessa con le trasformazioni politico-culturali degli ordinamenti giuridici.

Del resto, bisogna notare che il dato normativo non viene trascurato. Infatti, lungo tutto il libro sono presenti tanti rinvii al testo costituzionale italiano (più precisamente, agli artt. 1, 2, 3, 4, 21, 22, 35, 36, 67, 77, 78, 81 ecc.) e alle altre norme del diritto positivo. Alcuni

capitoli si rivolgono all'analisi della giurisprudenza delle corti e all'esame della tecnica dell'interpretazione giuridica.

Ora, avendo chiarito la parte metodologica del paradigma conoscitivo alla base di questo volume, passiamo al quadro teorico in cui si muove la riflessione dell'Autore. L'Indice e la struttura del libro sono di buon aiuto nel compito di stabilire i concetti attorno ai quali il costituzionalista Azzariti costruisce il suo discorso. Il testo è stato strutturato in modo tale che ad ogni concetto chiave corrisponde un capitolo (dieci in totale): la democrazia, l'eguaglianza, la libertà, il lavoro, i diritti, la dignità sociale, la cittadinanza, la legittimizzazione dei conflitti, la rappresentanza politica, e la riforma (intesa come un cambiamento progressivo) sono stati individuati dall'Autore come principi su cui si fondano le costituzioni delle società occidentali.

Innanzitutto, la concettualizzazione (o rete semantica) di Azzariti si basa su due categorie – il “costituzionalismo moderno” e la “democrazia costituzionale” – le quali sono divenute, come nota l'Autore, fenomeni equiparabili. La democrazia costituzionale si fonda su due elementi sostanziali – eguaglianza e partecipazione – che sono anche le caratteristiche del costituzionalismo moderno. Questi elementi costituiscono l'asse portante nella strategia “garantista” di limitazione del potere che si realizza nell'arco degli ultimi due secoli grazie alla progressiva estensione dei diritti e all'inclusione dei soggetti nella partecipazione politica. Oggi bisogna non solo riconoscere le conquiste che hanno segnalato il movimento storico costituzionale, ma anche capire che il futuro della democrazia costituzionale dipende in parte dalla possibilità di aprirsi agli nuovi soggetti.

Il problema della riconciliazione degli interessi in una società pluralista risiede nel ruolo del diritto come “arbitro” dei conflitti. Come osserva Azzariti, le democrazie costituzionali di oggi possono essere qualificate come “rappresentative” e “pluraliste”/“conflittuali” (appunto, la natura intrinsecamente pluralistica e conflittuale della società democratica, nella quale gruppi di interessi lavorano ognuna in conflitto scendendo pertanto a compromessi con le altre, è stata evidenziata da R. Dahl nelle sue opere, come *Democracy and its critics*). Il costituzionalista rifiuta qualsiasi tipo di democrazia diretta e(o) a carattere plebiscitario. Forte è la sua critica contro la democrazia identitaria (schmittiana) che cerca di cancellare il pluralismo e di dominare il conflitto. A differenza di quest'ultima, una democrazia conflittuale non spera di superare il conflitto, anzi, lo legittima e istituzionalizza attraverso le sue strutture, come i corpi intermedi (partiti politici, sindacati, *lobby*, altre associazioni) e i corpi rappresentativi.

Nel libro si nota una generale impronta garantista, per cui la maggior parte dei saggi è dedicata al tema dei diritti umani (cd. “retorica dei diritti”). Un intero capitolo del volume (Capitolo VII) affronta la questione dei diritti fondamentali nell'era globale. Come sostiene l'Autore, è necessario chiedersi oggi se la tendenza di internazionalizzazione del diritto ha portato veramente alla creazione del *new global constitutional order* fondato sull'idea dello “sviluppo umano”, come teorizzato da Amartya Sen nel suo *Development as freedom* (1999).

Perché quando i mercati superano i confini nazionali i diritti fondamentali rimangono “spaesati”? Secondo Azzariti, il problema consiste nel fatto che l’esigenza della tutela dei diritti fondamentali sovranazionale si scontra con la persistente natura statualista dell’ordine internazionale e con la debolezza istituzionale dei movimenti sociali di protesta.

La stessa natura statualista, vista, ora, da un’altra prospettiva, cioè non come un limite ma come un presupposto per l’assegnazione e per il riconoscimento di taluni diritti, è stata esaminata nel Capitolo VI con riferimento all’istituto di cittadinanza. Tale istituto può essere percepito in base a due visioni opposte: quella statica/formale (*status*) che accoglie l’idea di appartenenza, e quella dinamica/sostanziale (*civitas*) – promotrice della partecipazione effettiva. La domanda “Chi appartiene al *demos*?” ancor oggi viene risolta sulla base delle copie concettuali *ius sanguinis* – *ius soli*. Tuttavia, nessuno di questi principi “astratti” è in grado di rispondere alle esigenze di una società democratica pluralista, la cui popolazione è ormai strutturalmente instabile (si pensa, ai migranti). Per questo, l’Autore propone la formula *ius loci* che collega il singolo al territorio nel quale abita.

In seguito, le questioni che vengono analizzate a proposito del tema di cittadinanza in questo capitolo sono: la cittadinanza europea (gli artt. 20 ss. TFUE), “vuota” ed “escludente” (contrapposta ai “extra-comunitari”), e il voto dei cittadini italiani residenti all’estero (il terzo comma dell’art. 48 Cost.), che produce, come scrive Azzariti, “erosione del principio generale della rappresentanza politica” perché viene “assegnato a soggetti fisicamente lontani e non direttamente partecipi delle sorti materiali della comunità” (cfr. pp. 129-130).

I concetti di eguaglianza (Capitolo III) e di lavoro (Capitolo V) vengono analizzati dall’Autore nella prospettiva dinamica, che rimanda alla dialettica rottura-continuità attraverso la quale si spiega “il processo di sedimentazione graduale dei diritti (le generazioni) e l’evoluzione dei principi” (cfr. p. 98). Sia il principio dell’eguaglianza, inteso come non-discriminazione e come riconoscimento di pari dignità (art. 3, comma 1 e comma 2 Cost.), sia l’idea di lavoro libero e dignitoso, mezzo di emancipazione dal bisogno (art. 36 Cost.), entrambi fanno parte della famosa “lotta per il diritto” dell’800-900. Secondo l’Autore, il “progetto emancipatorio” è stato realizzato grazie alla portata rivoluzionaria di due principi: 1) l’*égalité en droit* – rivolto al superamento dei privilegi e dell’esclusività dei diritti civili – e 2) il valore-guida del lavoro – diretto all’estensione dei diritti a tutti (anche ai ceti non proprietari) e alla scoperta della dimensione sociale dei diritti. Tuttavia, secondo Azzariti, le sfide del futuro consistono nella possibilità di promuovere politiche più inclusive, volte all’integrazione socio-economica dei nuovi soggetti storici. Inoltre, per poter rovesciare il paradigma dominante del mercato, cd. “*lex mecatoria*”, è necessario di riconoscere e di garantire le nuove forme di lavoro.

Infine, ci sono due diritti fondamentali nella “retorica dei diritti”, la dignità e la libertà di espressione, che mettano alla prova il problema dell’interpretazione giuridica, con particolare riferimento al concetto di “ordine pubblico”. Sono considerati i diritti “per eccellenza”, riconosciuti in qualsiasi ordinamento democratico contemporaneo, prodotto

della cultura giuridica occidentale (purché ogni diritto ha il suo fondamento teorico, storico, e ideologico). La ragione dell'ordine pubblico può essere richiamata per limitare la libertà di manifestazione del pensiero, ma soltanto nel caso di un pericolo “effettivo e concreto” (si ricorda lo *hate speech*, o il “buon costume”). Contrariamente, il valore di dignità è stato posto come un cardine dello stesso ordine pubblico almeno nei tre documenti elaborati subito dopo la seconda guerra mondiale. Sono la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (artt. 1, 22, 23), la Costituzione italiana (artt. 3, 36, 41) e la Legge Fondamentale tedesca (art. 1). Di seguito, anche la Carta di Nizza del 2000 riprende questa concezione e dedica l'intera prima sezione (artt. 1-5) al valore della dignità.

Il concetto di rappresentanza ha avuto nel volume un maggiore sviluppo rispetto ad altri filoni. Non si tratta soltanto del numero delle pagine che, tra l'altro, raggiunge un terzo del totale (Capitolo IX, pp. 171-243), bensì di una elaborazione più attenta e complessa, dove sono presenti tutti gli elementi del metodo storico-realistico di cui l'Autore è apologeta. Innanzitutto, la rappresentanza politica viene esaminata in base al suo elemento fondamentale – il principio del libero mandato. La ricostruzione delle vicende storiche del vincolo del mandato rileva la struttura ambigua del fenomeno, cioè la sua duplice funzione. Essa consiste nel stabilire, da un lato, la posizione autonoma dell'organo della rappresentanza, dall'altro, il carattere del rapporto tra rappresentanti e rappresentati. Azzariti nota che nell'epoca medioevale durante l'esperienza dei primi parlamenti la rappresentanza in campo politico, che era di ceti o di parti del territorio, prevedeva la regola del mandato scritto. Di seguito ci fu una rottura, giacché con la nascita dello Stato liberal-borghese e con l'affermarsi del principio di sovranità nazionale espressa nella sede dei parlamenti il libero mandato diviene una regola (si ricorda lo *Speech to the Electors at Bristol* di E. Burke, o la Costituzione francese del 1791). Tutto ciò spinge l'Autore a pensare che dietro il concetto assoluto del divieto del mandato imperativo (sancito, prima, dall'articolo 41 dello Statuto Albertino e, poi, trasferito nell'articolo 67 della Costituzione) si nasconda una logica meramente strumentale di tale istituto e del suo servizio: “Fu una forzatura... che contribuì a nascondere, dietro la “libertà” individuale del rappresentante, la divisione sociale...” (cfr. p. 194). Con la progressiva incorporazione dei partiti nell'ordinamento statale durante XX secolo si elabora la tesi del “mandato imperativo di partito”, ma vi è dopo il timore che la partitocrazia possa trasformarsi in oligarchia.

Nonostante la “vitalità” della regola del libero mandato, tutti gli elementi del triangolo della rappresenta “eletti-partiti-elettori”, oggi, come osserva Azzariti, sono in crisi.. L'esistenza di una chiara dimensione collettiva che rendeva il corpo elettorale omogeneo, la presenza nell'ordinamento dei partiti di massa che erano in grado di canalizzare gli interessi dei cittadini, e la centralità dei parlamenti nel *decision-making* – sono tutti i presupposti che hanno caratterizzato la rappresentanza politica in passato e che sono attualmente venuti meno. Dunque, sembra la vera sfida trovare oggi una mediazione tra rappresentanti e rappresentati.

In conclusione, si ritiene che il volume del costituzionalista Gaetano Azzariti rappresenti un contributo importante agli studi dei principi e della teoria costituzionale, e sia un esempio utile dell'analisi circostanziata e puntuale delle democrazie liberali contemporanee. Attraverso la sua indagine critica e l'interpretazione storicamente fondata dei fenomeni giuridici, l'Autore è riuscito a fornire un quadro completo dei cambiamenti avvenuti nel cuore del costituzionalismo moderno. Ora, il paradosso, posto al centro di questa opera e di cui Azzariti è pienamente consapevole, sta proprio nel fatto che per essere capace di affrontare le nuove sfide, bisogna tornare a ragionare sui principi.

Ilmira Galimova

[F. FABBRINI, *Economic governance in Europe- Comparative paradoxes and constitutional challenges*, Oxford Studies in European Law, 2016, pp. 329.*](#)

L'indagine di Federico Fabbrini, contenuta nel volume in commento, prende le mosse dall'esigenza di comprendere a pieno le conseguenze prodotte dalla crisi economico-finanziaria, manifestatasi in Europa a partire dal 2008, in particolare in merito al funzionamento delle istituzioni politiche dei governi europei, ai processi decisionali, in particolare quelli di produzione normativa, guardando al ruolo che gli esecutivi delle principali democrazie europee hanno avuto in tale contesto ed analizzando le mutazioni che hanno riguardato i processi di *governance economico-finanziaria* nello spazio europeo e soprattutto in quello dell'area euro, nonché le riforme, di rilievo costituzionale, realizzate all'interno degli stati membri.

A premessa di questa breve recensione del volume "*Economic Governance in Europe*" si può mettere la sua riflessione conclusiva: si può oggi aspirare ad avere un'Unione "più" perfetta, in particolare un'Unione monetaria *più perfetta*?

Non a caso Fabbrini chiude la propria analisi delle norme e delle istituzioni che guidano l'Unione economica e monetaria, con le parole di Mario Draghi alla Kennedy School of Government di Harvard, nell'ottobre 2013, con le quali l'attuale Presidente della Banca Centrale Europea esprimeva l'idea che fosse possibile, ed anzi auspicabile, un'Unione "*more perfect*", intendendo quindi che l'Unione, in particolare nell'ambito monetario, fosse ancora perfettibile.

Prima ancora di cercare strumenti per migliorare l'Unione economica e monetaria, ci si chiede, come è stato chiesto allo stesso Autore nel corso di un recente seminario internazionale, se nell'Unione Europea, ed in particolare nell'Unione economica e monetaria, le istituzioni possano essere capaci di quella che alcuni hanno definito come *resilienza istituzionale*, ovvero la capacità di assorbire le perturbazioni, riorganizzarsi, e continuare a funzionare come prima. Ciò comporterebbe uscire dalla crisi divenendo un'Unione maggiormente perfetta, grazie alle proprie risorse e sulla base dei propri "errori", strutturando la propria ripresa grazie alla capacità di sopravvivere alla crisi. Date queste premesse, il volume si snoda su un serrato dialogo fra l'analisi delle risorse attualmente in possesso dell'Unione economica e monetaria e il ricorso a strumenti nuovi, giungendo ad una trattazione volta ad esaminare prima di tutto le imperfezioni ed, in particolare, i paradossi che la *governance* economica europea oggi presenta. Tale disamina viene effettuata con un approccio metodologico che prende le mosse da una prospettiva costituzionale, ponendo in luce le implicazioni della crisi finanziaria. Al tempo stesso

* Contributo sottoposto a *peer review*.

L'analisi si fonda in maniera originale su una prospettiva di tipo comparativo con gli Stati Uniti, la cui esperienza costituzionale funge da parametro di riferimento per evidenziare i quattro paradossi dell'evoluzione dell'integrazione europea.

Per l'Autore è chiaro che, anzitutto, devono essere analizzate le implicazioni costituzionali nella nuova relazione che si è instaurata tra i poteri pubblici europei. Di conseguenza, vanno esaminati i cambiamenti, in particolare nell'eurozona, che hanno influenzato i rapporti tra i poteri stessi, in particolare, i rapporti tra Stati e Unione, i rapporti tra poteri politici e Corti ed infine i rapporti fra Stati.

Fabbrini afferma che, tra il 2010 e il 2014, in Europa si è delineata una nuova architettura costituzionale della *governance* economica, dovuta in particolare alla crisi in cui è incorsa la moneta unica, crisi che ha costretto gli Stati membri e le istituzioni dell'Unione ad adottare strumenti che consentissero di attuare un approccio diverso e maggiormente *integrato* nell'Unione economica e monetaria.

Infatti, se per *governance* intendiamo “*l'approccio integrato*” nel processo di coordinamento delle politiche a livello europeo, in particolare di quelle economiche ed occupazionali, alla luce delle conseguenze che in tale processo di coordinamento sono state prodotte dalla crisi, secondo l'Autore vanno rivisti alcuni aspetti che involgono la *governance* stessa, in particolare il ruolo delle istituzioni e la responsabilità del Consiglio e della Commissione, intese come Autorità formali di Governo.

In questo dialogo tra *governance* e *government* si coglie un aspetto di rilievo messo in luce nel volume di Fabbrini.

L'autore articola il suo studio in sei sezioni, introducendo le diverse tematiche che andrà a trattare, illustrando i cambiamenti che l'Europa ha subito a fronte della crisi finanziaria e, per ogni problematica proposta, fornisce delle soluzioni e prospettive.

L'analisi di Fabbrini si snoda su tre principali questioni: le relazioni *verticali* di potere tra gli Stati membri e le istituzioni; le relazioni *orizzontali* di potere, in particolare il ruolo delle Corti; le relazioni *orizzontali* di potere tra gli Stati membri.

Infatti, accanto all'analisi del nuovo assetto della *governance*, in particolare mediante il richiamo alla crisi dell'euro-zona e alla reazione dei vari Paesi ad essa ed ai rapporti tra i vari organi e poteri dell'Unione, Fabbrini mette in luce tre paradossi che risultano evidenti se si comprende e studia il nuovo assetto della *governance*.

L'Autore effettua la sua analisi, come si è detto, attraverso il confronto con l'architettura costituzionale degli Stati Uniti, considerando i livelli comparabili di sviluppo economico e le dimensioni della popolazione simili. Secondo questa analisi, Fabbrini ritiene che il federalismo degli Usa rappresenti il comparatore “*ideale*”. Egli pone in luce come negli Stati Uniti vi sia un fortissimo accentramento del ruolo dei giudici, fenomeno che si è molto accentuato anche a livello europeo, al punto da potersi concludere per una fortissima assimilazione tra i due sistemi.

Attraverso il confronto con gli Stati Uniti l'Autore identifica tre paradossi che caratterizzano la nuova architettura della *governance* economica in Europa.

L'autore fa un *focus* sulle caratteristiche della *governance* economica europea che risulta, secondo la sua analisi, caratterizzata dalla centralizzazione del potere nei rapporti verticali, ovvero tra Stati membri ed Unione, il che “*il paradosso della centralizzazione*”.

In secondo luogo esamina il ruolo delle Corti negli ordinamenti mettendone in luce il cambiamento, anche attraverso il confronto con il sistema degli Stati Uniti. Nell'analisi del ruolo delle Corti, Fabbrini evidenzia il secondo paradosso, che definisce “*il paradosso giudiziario*”.

Infine tra le caratteristiche della *governance*, Fabbrini evidenzia la prevalenza di alcuni Stati su altri, in particolare nel rapporto con il Consiglio e nel confronto tra il ruolo di alcuni Stati membri e quello del Consiglio. Ecco il terzo paradosso il “*paradosso della dominazione*”.

In merito al primo paradosso c.d. della centralizzazione, Fabbrini sostiene che l'attuale impostazione Europea, almeno per quanto riguarda le questioni di bilancio, sia più centralizzata rispetto a quella degli Stati Uniti, nonostante quest'ultimo paese si distingua per avere un governo centrale. L'affermazione è suffragata anche dall'analisi delle politiche di bilancio, ove, dopo la riforma del Patto di stabilità e crescita (PSC) del 1997, vi è stata l'introduzione di nuovi meccanismi di coordinamento, l'adozione del Fiscal Compact e l'introduzione del vincolo di bilancio nelle costituzioni di alcuni Paesi. Tutte queste riforme hanno causato una centralizzazione senza precedenti in Europa, restringendo indebitamente l'autonomia di bilancio degli Stati membri.

Riguardo al secondo paradosso, ovvero il c.d. *paradosso giudiziario*, l'approccio di Fabbrini muove sempre dal raffronto con il sistema statunitense, asserendo che ad oggi in Europa vi è un rilevante peso della funzione giurisdizionale anche nell'ambito degli affari economici e monetari. Nel libro viene evidenziato che il livello di *judicialisation* in Europa in questi settori è molto più elevato che negli Stati Uniti, di cui pure è nota la consistenza del controllo giurisdizionale. Questo aumento del livello di *judicialisation* degli affari economici e monetari è preoccupante in quanto potenzialmente idoneo ad invadere un settore che dovrebbe essere gestito dai soli organi politici.

Infine, l'Autore, individuando il terzo paradosso, il “*paradosso della dominazione*”, asserisce che ad oggi risulta rinforzato il dominio degli Stati più forti rispetto a quelli più deboli, anche e soprattutto nel raffronto con gli Stati Uniti. Infatti, attualmente in Europa, secondo Fabbrini, mediante gli accordi intergovernativi, alcuni Stati hanno un peso maggiore rispetto ad altri e, tra questi, in particolare, la Germania.

I paradossi richiamati, secondo Fabbrini, possono condurre a future problematiche afferenti l'autonomia degli Stati, l'egemonia eccessiva di alcuni Stati su altri ed infine alla crisi della democrazia nel processo politico europeo.

Fabbrini elabora quindi una serie di opzioni possibili per riequilibrare le tendenze paradossali: così, ad esempio, la dinamica della centralizzazione può essere mitigata

mediante un sistema fiscale che riduca l'asimmetria; sotto altro profilo il nuovo ruolo delle Corti, può essere rivisto restituendo centralità al processo legislativo nell'Unione, rafforzando effettivamente il Parlamento Europeo all'interno del procedimento legislativo.

Quindi, in primo luogo, diventa primario l'obiettivo di accrescere la capacità fiscale dell'Unione. In particolare, il libro, traendo *insegnamento* dall'esperienza degli Stati Uniti, mette in evidenza che si può contribuire a riequilibrare il rapporto tra l'UE e gli Stati membri per le questioni di bilancio, contrastando la tendenza verso un'eccessiva centralizzazione. La transizione dai “*vincoli fiscali alla capacità fiscale*” sarebbe la caratteristica distintiva di un'Unione “*più perfetta*”, che, come detto, non comporta la necessità di porre ulteriori vincoli all'autonomia fiscale e di bilancio degli Stati membri.

In secondo luogo, il libro richiama l'esigenza di ripristinare la centralità del processo legislativo dell'Unione contro il ricorso a strumenti di diritto internazionale per la gestione degli affari economici e monetari. Ciò consentirebbe di aumentare la legittimità delle misure adottate, riportando il Parlamento europeo al proprio ruolo. Ma, ancora più importante, ciò rappresenterebbe un vero e proprio ostacolo all'eccessivo ruolo ricoperto dai giudici, ponendo nuovamente le decisioni prese a livello europeo al di sopra delle decisioni prese dai giudici nazionali. A tal fine, il libro sembra assumere “*un atteggiamento di sfida*” all'idea, confermata dalla Corte di giustizia nella *causa Pringle* (C-370/12, decisa il 27 novembre 2012), secondo cui gli Stati possono essere liberi di agire al di fuori del quadro del diritto dell'Unione, purché non violino il diritto primario della stessa (la c.d. *primauté*, la prevalenza del diritto europeo sul diritto degli Stati membri).

L'Autore, al fine della creazione di un vero esecutivo a livello europeo, ritiene che più che puntare a rinforzare la posizione della Commissione, sia invece necessario il rafforzamento del ruolo del Presidente del Consiglio europeo. Ciò dovrebbe avvenire mediante l'elezione diretta del Presidente da parte dei cittadini e l'attribuzione di determinati poteri, come ad esempio il potere di nomina e di revoca dei membri della Commissione europea o il potere di veto rispetto a determinati provvedimenti legislativi. Un Presidente con tali caratteristiche, secondo Fabbrini, dovrebbe, impedire che il Consiglio europeo, inevitabilmente destinato a diventare il più importante organo deliberativo per quanto riguarda le questioni economiche, possa subire atteggiamenti egemonici da parte di alcuni Stati membri.

Le soluzioni proposte rappresentano anche un tentativo di prendere le distanze dal mantra secondo cui “*un movimento inesorabile verso un super-Stato UE*”, non importa a quale costo, sia l'unica strada percorribile. Infatti, il rispetto per le componenti nazionali e la loro autonomia è giustamente visto come un elemento chiave di un’ “*Unione più perfetta*”.

L'importanza di questo studio realizzato da Fabbrini risiede nel fatto che egli fornisce un resoconto puntuale della normativa UE, di come l'euro-crisi ha inciso fortemente sulle procedure, sugli organi e sui rapporti tra Stati membri e Unione, esaminando in

particolare l'effetto sulle relazioni verticali e orizzontali dei poteri e non ultimo sul sistema delle fonti, il quale inevitabilmente subisce le conseguenze della crisi europea.

L'analisi di Fabbrini quindi, con un approccio innovativo e di sfida, identifica le tendenze paradossali emergenti nell'architettura costituzionale dell'Unione, spiegando i problemi che esse pongono per la sostenibilità del progetto Europeo nel suo complesso. L'Autore inoltre propone soluzioni, innovative, anche prendendo spunto dai "fallimenti" dell'UEM, per affrontare i principali paradossi prodotti dall'Euro-crisi, le sue conseguenze ed infine per promuovere alcune riforme costituzionali, in particolare sul piano delle fonti europee, delle istituzioni e del complesso settore fiscale.

Conclusivamente Fabbrini valuta le proposte istituzionali sul tappeto per il futuro dell'Europa, fornendo nuove idee di riforme "costituzionali" dei Trattati per perfezionare l'Unione economica e monetaria, facendo anche capire che l'Unione può ancora contare su una notevole capacità di resilienza istituzionale.

Chiara Ingenito

[R. MICCÙ- D. SICLARI, *Advanced Law for Economics. Selected Essays*, Torino, Giappichelli, 2014, pp. 270.*](#)

Il volume oggetto della recensione costituisce il primo numero della collana “*Regulating Prometheus. Diritto pubblico e Diritto dell’economia europeo e transnazionale*” edita da Giappichelli e diretta da Roberto Miccù ed è una raccolta esauriente di contributi, interamente redatti in lingua inglese, su tematiche di interesse attuale involgenti il diritto pubblico dell’economia. L’analisi viene sviluppata su due livelli: un primo dedicato agli aspetti fondamentali del rapporto tra Stato, mercato ed operatori economici; un secondo volto a sottoporre all’attenzione del lettore alcune specifiche problematiche relative ai settori bancario, societario e finanziario. Tale opera, sin dalla *Presentazione*, in considerazione della sottile e persistente connessione logica che lega la distribuzione dei saggi nelle due macrosezioni, appare estremamente utile alla comprensione dei molteplici fenomeni oggetto dei singoli contributi la cui definizione, mai come ora, appare di cruciale importanza tanto per l’analisi e lo studio dei sistemi economici nazionali, quanto soprattutto per l’identificazione del nuovo ruolo assunto dalle entità statali, sempre più incluse in contesti economici sovranazionali e globali capaci di vincolare o condizionare l’assetto stesso degli ordinamenti giuridici interni con riferimento alla forma di Stato e di governo.

La struttura del volume si compone di due parti: nella prima, intitolata *Economic Public Law*, sono raccolti cinque saggi: *Paradigm Shift or Paradigm Lost? Economic Constitutionalism at the Turn of the Century*, di R. Miccù; *Public and Private Enforcement and Regulatory Objectives Pursued by the Public Enforcer*, di G. Amato; *Public Enterprises in Italian Legal Order*, di S. Ruscica; *Re-assessing a New Model of "Parliamentary Appointing Power"? Brief Remarks on the Evolution of the Relationship between Parliament and Independent Administrative Authorities in Italy*, di P. Gambale; *Appointment of Heads of Authorities and Access to Legal Protection*, di D. Bolognino.

Nella seconda parte, recante il titolo *Banking and Financial Law*, sono riportati ulteriori sette testi: *The Financial Supervisory Authority in Germany*, di M. Poto; *Banking Corporate Governance and non Executive Directors in Italian Law*, di D. Siclari; *International Anti-Money Laundering Policies and the Protection of Financial Integrity*, di P. Fratangelo; *Composition with Creditors and Debt Restructuring Arrangements*, di A. Zaccagna; *Deposit Guarantee Schemes and Depositor Preference: Implications in Light of the Upcoming Reforms at an EU Level*, di M. De Cesare, F. Pluchino, R. De Lisa; *Islamic Finance Regulation Profiles*, di M. Miraglia; *Private Equity Instruments to Foster the Italian Entrepreneurial Ecosystem*, di F. Notari.

* Contributo sottoposto a *peer review*.

Il saggio d'apertura di Roberto Miccù, *Paradigm Shift or Paradigm Lost? Economic Constitutionalism at the Turn of the Century*, merita di essere segnalato non solo per la ricchezza di spunti di riflessione offerti sulle dinamiche attuali del rapporto tra Stato e mercato, ma anche per la puntuale e completa ricostruzione degli scenari del più generale intervento pubblico in economia, dalla nozione di costituzione economica ordoliberalista alla descrizione dell'interdipendenza esistente tra il sistema giuridico, politico, economico e sociale, per concludersi con una dettagliata analisi sull'inquadramento dell'attività di regolazione svolta dalle Autorità amministrative indipendenti alla luce del dettato costituzionale dell'articolo 41 Cost..

Più in dettaglio, l'Autore concentra la propria attenzione sul ruolo fondamentale svolto dal Trattato di Maastricht, definito come “spartiacque storico, dottrinale, giuridico e positivo”, ricordando come, prima di questo, il dibattito della dottrina italiana fosse incentrato in modo prevalente sul problema della compatibilità tra la disciplina costituzionale in materia economica e la costituzione economica europea. Dunque, fino a quel momento vi era stato un rapporto di successo tra la progettazione delle Comunità Europee per l'integrazione del mercato e l'attuazione, da parte degli ordinamenti statali, delle disposizioni costituzionali in materia di diritti sociali attraverso interventi pubblici e attività di pianificazione economica, in un'ottica di divisione del lavoro in cui gli Stati erano chiamati ad autogestire il benessere nazionale incentivato dalla diffusione della ricchezza prodotta dai mercati aperti e dalla concorrenza del mercato comune europeo (S. Giubboni, *Diritti sociali e Mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*. Bologna, 2002, pp. 17 ss). Dopo Maastricht, invece, a seguito della predeterminazione nel trattato di rigidi vincoli di bilancio e stringenti compatibilità macroeconomiche, l'equilibrio socio-economico fino ad allora definito dagli interventi statali, subisce una rilevante destabilizzazione.

Proprio alla luce del suddetto trattato, secondo l'A., vanno letti i paradigmi dello Stato regolatore e della Costituzione economica i quali si riferiscono ad un elemento di discontinuità nella tradizione scientifica del diritto pubblico dell'economia dovuto al confronto con l'inedita realtà della costituzione economica europea ed alla perdita di connessione tra legge e territorio dello Stato, provocata dall'apertura dei mercati e dalla trasformazione derivante dalla globalizzazione del diritto. Tuttavia tale processo di trasformazione non va inteso in modo lineare o come mera successione diacronica di un paradigma all'altro (quale parrebbe tra Stato interventore e Stato regolatore), giacché l'intensità e l'entità dell'intervento pubblico in economia tendono a dipendere in misura maggiore da dinamiche cicliche a lungo termine correlate ad eventi storici ricorrenti. Sulla base di tale cornice il processo d'integrazione europea ha portato, usando le parole dell'autore, “ad una consacrazione lenta del mercato come una vera e propria istituzione”.

Miccù prosegue la trattazione soffermandosi sulla riapertura della disputa, in seno alla comunità giuspubblicistica italiana, in ordine alla garanzia costituzionale delle forme di concorrenza *nel e per il* mercato, in particolare sulla distinzione tra la regolazione di un'autorità indipendente e la gestione economica diretta, evidenziando come il passaggio

ad un modello di Stato regolatore segni la crisi del diritto e del governo pubblico dell'economia, in quanto l'intervento pubblico non è più diretto a predeterminare il risultato dell'intero sistema economico mediante il controllo delle sue leve fondamentali, né viene gestito dagli organi politici centrali, bensì risulta limitato alla correzione degli errori specifici dei singoli mercati attraverso la predisposizione di un impianto di regole affidato ad Autorità indipendenti (G. Napolitano, *Dal diritto pubblico dell'economia all'economia del diritto pubblico*, in AA.VV., *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 220).

Approfondendo tale dibattito l'A. riesce ad innestarsi abilmente il confronto, d'indiscutibile interesse per il costituzionalista, tra le due posizioni dottrinali preminenti riguardo la compatibilità del nuovo assetto dei rapporti tra Stato ed economia rispetto all'articolo 41 Cost.: una prima lettura diretta ad interpretare il transito dalla gestione economica diretta alla regolazione da parte delle autorità indipendenti come naturale evoluzione del sistema giuridico ed istituzionale reso possibile dallo stesso tenore dell'articolo 41 Cost. (qualora venisse interpretato in chiave più liberale), identificando l'intervento statale come mera possibilità; una seconda lettura, deputata a rinvenire in tale passaggio gli elementi tipici di un'abrogazione tacita del terzo comma dell'articolo 41, integrante una vera e propria frattura nel sistema giuridico e istituzionale, in considerazione di una lettura delle disposizioni costituzionali che, nel succitato comma terzo, ritrova la stigmatizzazione di un modello economico interventista.

Per analizzare e dirimere l'interrogativo Miccù, precisa che il punto di partenza indefettibile per una riflessione a tal riguardo non può che trovarsi nelle norme della Costituzione economica. A riguardo afferma che, qualora i Costituenti avessero cristallizzato nell'articolo 41 Cost. la preferenza per un particolare modello economico, tale scelta avrebbe inevitabilmente cozzato sia con la pluralità di interessi assunti dalla Carta come valori fondamentali, sia con la sua natura di compromesso.

Invero, l'individuazione del ruolo dello Stato nell'economia rappresenta il risultato dell'interazione del giudizio di valore non economico espresso da cittadini, consumatori ed imprese con il sistema dei rapporti di potere all'interno del settore pubblico.

Da ciò consegue inevitabilmente che l'omissione di una qualsivoglia preferenza, per una data modalità di intervento pubblico nel sistema economico, è ispirata alla piena comprensione del delicato ruolo della disciplina dell'economia che, negli aspetti e nelle caratteristiche essenziali, "non può essere il risultato di una necessità storica e della prevalenza degli interessi individuali nella società" (R. Bifulco, *Costituzioni pluraliste e modelli economici*, in AA.VV. *Governi ed economia. La transizione istituzionale nella XI Legislatura*, Padova, 1998, 518).

Questa neutralità va ovviamente valutata alla luce dell'esistenza di limiti impliciti reali, costituiti da quei fattori che determinano una data visione della società tale da giustificare una rilevante presenza dello Stato nell'economia (M. Ramajoli, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 Cost.*, in *Dir. Amm.*, 2008,

1, pp. 121-162), senza dimenticare il rispetto delle libertà fondamentali contenute nella prima parte della Costituzione, che agiscono come restrizioni per il legislatore nel momento della scelta di un modello economico non rigidamente predeterminato.

Orbene, proprio la succitata connotazione neutrale, secondo l'Autore, rende il passaggio alla regolazione da parte delle Autorità indipendenti, non una lesione dell'ordine costituzionale, bensì un momento di evoluzione del rapporto tra diritto ed economia tradotto "in un adattamento strutturale del sistema giuridico ed istituzionale al sistema sociale ed economico" (L. Giani, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002, p.17).

Secondo Miccù detta ricostruzione assumerebbe piena coerenza anche considerando il ruolo delle Costituzioni, autentici documenti di mappatura, in ispecie concentrando l'attenzione sull'origine della nozione formale di costituzione economica, comparsa per la prima volta nell'esperienza pionieristica weimariana. Detto contesto è l'incubatrice in cui si svilupperà la dottrina costituzionale ordoliberal, le cui basi teoriche erano ispirate dai valori di un'economia sociale di mercato, in grado di conciliare le priorità dell'economia con un forte ed esteso sistema di condivisione del benessere. Nell'ordoliberalismo pertanto si assiste all'istituzione di un mercato in cui la competizione non sia falsata da posizioni di monopolio, ove lo Stato ha unicamente la responsabilità di adottare un sistema di regole la cui applicazione sia finalizzata a garantire la libera concorrenza, mantenendo centrale la dimensione sociale della vita economica.

Partendo dall'esperienza ordoliberal l'A. individua così due importanti nuclei di osservazione, ispirati dalla necessità di unificare il polo dello Stato con il polo sociale attraverso l'integrazione del sistema giuridico e dell'economia. Invero, nella stessa visione ordoliberal il mercato non è una condizione di funzionamento indipendente dal contesto storico istituzionale, al contrario è posto al servizio della legge costituzionale e lo Stato dal suo canto non può limitarsi a correggerne i fallimenti, dovendo invece sostenerne il libero sviluppo, orientando di conseguenza le sue azioni al perseguimento del benessere sociale. Come ben sottolinea Miccù, dette considerazioni traggono conferma dal principio di interdipendenza, sulla base del quale ogni sistema di regolazione risulta caratterizzato, *ab origine*, da un proprio ordine che si inserisce in posizione di reciprocità rispetto agli altri. Proprio la parzialità dell'ordine economico, andrebbe ad implicare la considerazione che il mercato non può da solo regolare tutti gli aspetti della vita sociale e lo Stato può introdurre vincoli di equilibrio esterno ai meccanismi economici, sempre in misura tale da non comprometterne la competitività. Appare pacifico dunque che è la struttura politico-giuridica a produrre l'ordine sociale e l'ordine economico, sulla base di valori che risultano approvati e cristallizzati in una costituzione economica la quale, mutuando le parole dell'Autore "è espressione di quella parte del sistema che limita funzionalmente la sfera politica ed economica, rendendole compatibili sulla base di criteri di azionabilità".

Nel prosieguo della dissertazione Miccù aggiunge un ulteriore spunto al dibattito relativo alla rispondenza costituzionale dell'avvenuto mutamento dell'intervento pubblico

in economia, concentrandosi nello specifico sulla regolazione da parte delle Autorità amministrative indipendenti.

L'A. suggerisce di considerare il fenomeno secondo un'ottica ispirata ad una visione in cui ogni singolo sistema si compone di due elementi: a) l'organizzazione, riguardante la combinazione di elementi tale da permettere l'identificazione di un particolare sistema all'interno di una categoria, caratteri che non devono cambiare affinché un sistema mantenga la propria identità; b) la struttura, riferita a quegli elementi variabili attraverso cui l'organizzazione si manifesta in un dato ambiente. L'applicazione del predetto schema analitico alla fattispecie della regolazione consentirebbe così di identificare quattro sistemi: economico, giuridico, sociale e politico, i quali interagiscono, si influenzano e si sviluppano reciprocamente.

Pertanto, come l'integrazione tra i sistemi giuridico e sociale avviene mediante l'incorporazione, da parte del primo, delle richieste provenienti dal secondo, entro il limite invalicabile costituito dalla componente immutabile di ogni sistema ovvero l'organizzazione, così nel rapporto tra diritto ed economia l'elemento invariato ed invariabile, va identificato nelle libertà fondamentali costituzionalmente garantite, la cui violazione comporterebbe un'inevitabile trasformazione del sistema giuridico ed istituzionale.

Da tale premessa chiarificatrice, l'A. riapre i termini della questione relativa all'effetto provocato dall'avvento dello Stato regolatore o per meglio dire, della regolazione di settori fondamentali del mercato da parte di Autorità amministrative indipendenti.

Considerando sostanzialmente immutata la dimensione dell'organizzazione, la regolazione, lungi dal considerarsi elemento di rottura, testimonia allora una diversa attitudine del rapporto tra interesse pubblico e libertà economiche, in cui trova piena esaltazione un principio orientato al coordinamento delle libertà individuali e collettive, con i principi dell'uguaglianza e dell'equa distribuzione delle risorse. Come ben chiarito dall'A., l'adozione di una simile prospettiva, in cui le dinamiche del rapporto tra diritto ed economia sono volte alla tutela delle imprese private, non esclude certo la presenza del potere pubblico nel sistema economico; difatti il mercato competitivo non dev'essere inteso come un modello teorico separato dal contesto dell'ordinamento giuridico, ma come una realtà in cui l'interesse pubblico generale opera internamente, fissandone i limiti e le garanzie, nella considerazione della crescente rilevanza dell'impatto dei valori civili e dell'etica sociale sul settore economico.

Parimenti Miccù ben ricorda che le AAI non devono essere concepite come "monadi", libere da ogni forma di controllo politico a causa della loro indipendenza funzionale ed amministrativa, al contrario esse costituiscono la manifestazione di un nuovo modo di essere dell'amministrazione, oltretutto una strutturazione diversa del rapporto tra diritto ed economia, il cui confine ultimo e invalicabile è proprio la compatibilità con i valori sottesi alla Costituzione economica.

Il concetto giuridico di regolazione richiamato in tal sede viene ottimamente sintetizzato nelle parole del Marcou (G. Marcou, *Esiste una nozione giuridica di regolazione*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 1, 2006, p.19) secondo cui l'attività regolatoria integra una funzione del potere pubblico che, nel contesto di un mercato competitivo, tende dapprima a stabilire un compromesso tra gli obiettivi ed i valori economici e non economici, quindi veicolandolo attraverso gli strumenti legali lo impone a tutti gli operatori.

Dalla lettura del presente contributo è possibile inferire che l'intervento pubblico trova la principale ragion d'essere nella difesa del mercato, ciò in quanto l'evoluzione dei processi storici, con specifico riguardo alla summenzionata necessità di adeguamento del sistema giuridico alle richieste provenienti dal polo sociale ed al ruolo chiave giocato dall'incessante sviluppo della legislazione europea, ha portato lo Stato gestore a cedere il passo allo Stato regolatore in cui l'attività di pianificazione (o di programmazione, seguendo il tenore letterale del dettato costituzionale) mantiene integro il suo vigore, essendo unicamente mutate le finalità degli interventi messi in atto (D. Helm, *I confini economici dello Stato*, in AA. VV. *Regolazione e/o privatizzazione*, Quaderno n. 18, *Problemi di amministrazione pubblica*, Bologna, 1992, p. 33).

Nell'esigenza di diminuire gli oneri di spesa per il bilancio statale, ma soprattutto per giungere ad un'allocazione delle risorse capace di massimizzare il profitto e garantire un migliore sviluppo sociale, il polo Stato ha modificato la propria struttura traghettando l'esecuzione diretta delle attività economiche verso la regolazione, considerata come approccio meno lesivo della concorrenza. Dalla lettura di queste pagine appare chiaro che nel passaggio dal modello di Stato gestore a quello di Stato regolatore si sia registrato unicamente uno spostamento di paradigma, in linea con le esigenze dettate dall'evoluzione del sistema economico e sociale che non ha comportato in alcun modo una frattura nell'impianto dell'articolo 41 Cost., proprio a causa della neutralità costituzionale sulla determinazione del metodo di intervento pubblico in economia. Tale rinnovata lente d'osservazione della Costituzione economica non deve certo indurre nell'errore di mostrare un allontanamento dello Stato dal mercato giacché, come ricordato dall'autore citando il Prosser, questa "si è già dimostrata un'idea illusoria", essendo la regolazione necessaria non solo in funzione di limite all'operare dei mercati, ma come *conductio sine qua non* per il buon funzionamento degli stessi, nonché mezzo di tutela dei diritti umani e di garanzia di fornitura diffusa dei servizi di base.

I successivi contributi, per ovvie ragioni di economicità degli spazi, verranno presentati in modo sintetico ma essenziale, tendendo a trasmettere i punti nodali delle questioni affrontate dai singoli autori, a partire dal rapporto tra regolazione e vigilanza, minuziosamente descritto da Gioacchino Amato nel saggio "*Public and Private Enforcement*". Come ben posto in evidenza dall'autore tale relazione non deve essere interpretata quale conflitto tra opposti potenziali, bensì come incontro di forze convergenti, da modulare al fine di ottenere l'esatta combinazione volta a consentire al mercato finanziario di attrarre un maggior numero di emittenti e investitori, risolvendo in tal modo l'endemico problema

di ritardo nello sviluppo che sovente caratterizza molteplici realtà economiche. Una considerazione essenziale risulta quella per cui appare privo di senso il mero incremento del livello di regolazione senza al contempo preoccuparsi di incentivare l'osservanza delle norme, giacché ciò produrrebbe unicamente l'aumento del costo del capitale non bilanciato da un'effettiva garanzia di rispetto della normativa, avvantaggiando coloro che non si conformano alle regole (U. Bhattacharya - H. Daouk, *When no law is better than a good law*, in CEI Working Paper Series, Institute of Economic Research, Hitotsubashi University, June 2004). L'analisi prosegue nell'elencazione delle diverse forme di *public enforcement*, nella duplice sfumatura penale e amministrativa, quindi individua gli imprescindibili obiettivi che le Autorità pubbliche preposte al controllo dei singoli mercati sono chiamate a raggiungere, ricompresi nel miglioramento della trasparenza delle società quotate, nell'aumento della liquidità del mercato e nell'implementazione della concorrenza tra le diverse sedi di negoziazione. A tal riguardo Amato sottolinea rispettivamente: 1) il ruolo nevralgico attribuito nei paesi OCSE al vigilante pubblico, nel controllo e nell'autorizzazione alla pubblicazione dei prospetti informativi redatti dalle società quotate, al fine di garantire agli investitori di compiere scelte consapevoli e trasparenti; 2) la necessità di comporre l'asimmetria intercorrente tra il PIL dei paesi emergenti e la liquidità dei mercati nei paesi sviluppati, considerando che nei mercati regolamentati di paesi come Cile, Brasile e Messico, sono presenti regimi di monopolio delle operazioni finanziarie instaurati dalle emittenti più capitalizzate, che andrebbero attenuati non mediante la mera creazione di un qualsiasi insieme di regole, la cui concreta attuazione viene differita, bensì finalizzata a rendere effettiva la cogenza di quelle disposizioni la cui applicazione è garantita mediante l'apparato di controllo esistente; 3) la continua attività di stimolazione della crescita dei mercati principali condotta dalle Autorità pubbliche, in risposta ai provvedimenti quali la direttiva europea MIFID ed il *Regulation National Market System* statunitense che, operando un riconoscimento legislativo delle sedi di scambio alternative, ne hanno determinato la diretta competizione con i mercati finanziari tradizionali, la cui liquidità risulta minata.

L'attenzione è quindi dedicata da Amato all'attività di *private enforcement* ed al "quasi *enforcement*", evidenziando gli aspetti vantaggiosi della prima, scarsamente diffusa nei sistemi giuridici dell'Europa continentale nonostante l'ampia diffusione registrata negli Stati Uniti d'America, che appare porsi come valido strumento di composizione delle anomalie nei mercati emergenti, caratterizzati da un'inefficiente organizzazione di vigilanza pubblica; precisando specularmente i limiti della seconda, ricomprendente le regole di condotta codificate da organismi autoregolatori menzionati tra gli stessi principi IOSCO, incentrati prevalentemente nel carattere scarsamente vincolante assunto nei paesi aventi ordinamento civilistico.

Sviluppando per altro verso le considerazioni svolte, Amato illustra i diversi stili di *enforcement*, ritenuti indissolubilmente connessi all'approccio storico e culturale tra Stato e mercato. Gli esempi citati si riferiscono in particolare all'esperienza britannica della

Financial Service Authority, quale mero ente supervisore della regolarità negli scambi concepito per un mercato, definito un “club di gentiluomini” e caratterizzato in origine da una limitata presenza di investitori al dettaglio ove una semplice sanzione reputazionale garantiva l’osservanza delle regole, rispetto a quella della *Securities and Exchange Commission* statunitense, agenzia di *enforcement* per antonomasia, rispondente alle più marcate finalità di protezione e tutela nei confronti dell’ampia platea degli investitori al dettaglio, segno distintivo dell’originario contesto finanziario d’oltreoceano.

Il saggio *Public Enterprises in Italian Legal Order*, scritto da Serafino Ruscica, si pone in immediata successione rispetto ai precedenti, analizzando in maniera piuttosto articolata l’evoluzione della struttura e del ruolo svolto dalle aziende pubbliche nel sistema economico italiano, illustrandone le diverse fasi della privatizzazione e ponendo in risalto l’uso di strumenti contrattuali adoperati dal governo al fine di mantenere il controllo delle aziende nel mutato regime privatistico.

In particolare, l’autore rileva *in primis* che il processo di privatizzazione delle imprese pubbliche, intercorso nelle ultime decadi del XX secolo, sia avvenuto soltanto formalmente, determinando nei fatti la sostituzione di un monopolista pubblico con un omologo privato, senza significativi benefici in termini di costo per i bilanci pubblici. Peraltro tale assetto non appare in alcun modo giustificato dalla necessità di garantire il servizio universale mediante un intervento pubblico diretto giacché, rileva Ruscica, con misure normative e finanziarie specifiche, ben si potrebbe garantire, a tutti gli utenti, la completa fruibilità del servizio ancorché fornito da un soggetto privato.

Invero alla base del mutamento della concezione relativa alle modalità di intervento dello Stato nel sistema economico vi sarebbe il problema della corretta analisi costi/benefici della proprietà pubblica di un’impresa e della sua eventuale cessione.

Come ben rileva l’A., la risoluzione del presente dilemma, divenuta impellente a causa del proliferare di aziende pubbliche in tutti i settori dell’economia, ha portato lo Stato azionista ad affrontare tre questioni: 1) l’opportunità di inserire, negli atti di cessione delle aziende pubbliche di maggior rilevanza, clausole attributive di poteri privilegiati o di controllo; 2) la prevenzione degli abusi della posizione dominante da parte dell’impresa privatizzata attraverso la predisposizione di organismi di vigilanza pubblici e l’apposizione di un vincolo di destinazione delle risorse depositate dall’azionista pubblico; 3) la massimizzazione dell’efficienza e dei profitti dell’azienda pubblica, mediante la costituzione di società ad hoc da parte degli enti pubblici locali e gestite secondo principi di economicità, a cui affidare le funzioni precedentemente svolte dall’amministrazione.

La trattazione prosegue mediante la presentazione dei criteri elaborati dalla giurisprudenza per l’identificazione della connotazione pubblica di un’azienda, illustrando l’abrogazione dell’articolo 2450 del Codice Civile, disposta dall’articolo 3 del Decreto Legge n. 10 del 15 febbraio 2007. Detto intervento costituisce una risposta alla sentenza pronunciata dalla Corte di Giustizia UE nell’ambito della causa n. C-207/05, in cui il

giudice ha censurato proprio l'utilizzo dei poteri speciali da parte dello Stato nella totale inosservanza del principio di proporzionalità.

Ruscica richiama così l'attuale disciplina relativa alla possibile riserva di clausole attributive di poteri a favore dello Stato, prevista dal Decreto Legge n. 21 del 5 marzo 2012 (convertito con Legge n. 56 dell'11 maggio 2012), in cui è sancito il carattere residuale e straordinario della previsione di diritti e poteri speciali. Orbene, precisa l'autore, la presenza di detti regimi privilegiati sarebbe ammessa al solo ricorrere di rigorose condizioni, quali l'esigenza di tutelare i supremi interessi nazionali in aree di importanza nevralgica, tra cui spiccano quelle della difesa e della sicurezza nazionale, dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni, purché nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza.

L'analisi si conclude con una breve disamina dell'assetto dei servizi pubblici locali, dei quali vengono poste in rilievo le incongruenze nella disciplina del loro affidamento a società *in house* che incorrono sovente negli stessi limiti di dipendenza e di inefficienza economica delle pregresse imprese-organo. Relativamente a ciò trova puntuale menzione la vicenda normativa involgente tali tipologie di servizi pubblici, dal referendum abrogativo dell'articolo 23 bis del Decreto Legge n. 112 del 25 giugno 2008, alla censura di illegittimità costituzionale dell'articolo 4 del Decreto Legge n. 138 del 13 agosto 2011, sino alle norme contenute nel Decreto Legge n. 179 del 18 ottobre 2012 successivamente modificate ad opera della legge di conversione.

La prima parte del volume si conclude con i due pregevoli saggi di Piero Gambale e Daniela Bolognino nei quali, sebbene da diverse prospettive, gli autori tratteggiano abilmente i lineamenti per il futuro assetto delle Autorità Amministrative Indipendenti al fine di accrescerne la legittimazione democratica e di conseguenza consolidarne la posizione nell'assetto istituzionale.

Nel primo, *Re-assessing a New model of "Parliamentary Appointing Power"?*, Piero Gambale illustra in modo conciso ed efficace i recenti mutamenti delle procedure parlamentari di nomina dei membri delle Autorità Amministrative indipendenti in Italia, senza omettere di documentarne gli endemici limiti e le esigenze di cambiamento. L'Autore muove invero dalla considerazione che il modello di designazione dei vertici di tali organismi di vigilanza, non può non risentire dell'intercorsa sfumatura maggioritaria assunta, a partire dai primi anni novanta del secolo scorso, dalla forma di governo parlamentare della Repubblica. In virtù di ciò le anzidette procedure di nomina appaiono ad oggi del tutto inadeguate, specialmente in considerazione della ridotta neutralità politica dei Presidenti delle Assemblee parlamentari, tanto da rendere indispensabile una modifica in senso più trasparente e partecipativo degli iter di selezione, che dovrebbe articolarsi nella necessaria sottoposizione al pubblico scrutinio parlamentare delle domande corredate da una documentazione sulle competenze professionali degli aspiranti. Una modifica in tal senso, precisa Gambale, costituirebbe un formidabile contrappeso alla mancanza di responsabilità politica delle AII, nonché volano della legittimazione del loro operato.

Il lavoro di Daniela Bolognino, *Appointment of Heads of Authorities and Access to Legal Protection*, esaminando l'apparente e controverso legame tra il *vulnus* di legittimazione democratica e la nomina dei membri delle Autorità amministrative indipendenti, costituisce una naturale prosecuzione del precedente contributo. Nello specifico, l'analisi dell'autrice mette in risalto il ruolo cruciale assunto da tali organismi, dotati di ampi poteri sanzionatori, all'interno del sistema giuridico ed economico, in considerazione del quale assume primaria importanza la figura delle personalità nominate alle rispettive posizioni apicali, con particolare riferimento all'integrazione dei requisiti di competenza ed indipendenza, la cui carenza indurrebbe a riflettere sulla legittimità delle azioni intraprese dall'organismo stesso.

Il fine di garantire la sussistenza effettiva, in capo agli individui designati, delle qualità prestabilite dalla legge, sarebbe raggiunto nell'ottica della Bolognino mediante l'attuazione dei meccanismi tipici della tutela giurisdizionale che, in modo del tutto compatibile con l'atto di nomina, legittimerebbero all'impugnazione dello stesso sia gli aspiranti alle posizioni apicali, che i soggetti direttamente incisi dalle decisioni dell'Autorità. Peraltro, la natura discrezionale dell'atto di nomina non costituirebbe limitazione all'accesso alla tutela giurisdizionale giacché, ben sottolinea l'autrice, il potere discrezionale di un'amministrazione pubblica non può prescindere dall'osservanza dei limiti e dei criteri imposti da una norma, in relazione tanto ai fini pubblici da raggiungere, quanto in termini di giustificazione del potere.

Ulteriori considerazioni completano tale pregevole saggio, tra le quali non si può omettere di citare la questione di un opportuno riconoscimento, in capo alle associazioni dei consumatori ed ai sindacati, della legittimazione all'impugnazione degli atti di nomina alle Autorità, in caso di mancato soddisfacimento, da parte dei designati, dei requisiti dell'elevata professionalità e dell'indipendenza.

Il tenore più marcatamente settoriale, della seconda parte del volume è ben introdotto dal saggio intitolato *The Financial Supervisory Authority in Germany*, in cui l'autrice Margherita Poto ricostruisce in modo capillare la struttura e l'assetto giuridico dell'ente deputato alla vigilanza del mercato finanziario tedesco la *Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht* (abbreviando BaFin), presentandone attentamente le caratteristiche peculiari, senza omettere di sottolinearne le differenze principali rispetto agli omologhi europei, quindi dedicando una seconda sezione all'illustrazione del regime di responsabilità gravante sugli enti di vigilanza tedeschi, in particolare per i danni arrecati agli individui, sulla base delle scelte effettuate nell'esercizio delle funzioni di supervisione.

Riguardo ai caratteri esclusivi della *BaFin*, l'analisi si concentra in modo specifico sul connotato della sua indipendenza politica, essendo strettamente connessa al Ministero Federale delle Finanze, nonché sulla tacita accettazione da parte dei competenti organi dell'Unione Europea, dell'interpretazione tedesca del requisito di indipendenza degli organismi di vigilanza, letta in chiave funzionale e considerata assolta concedendo ad una data entità l'autonomia circa le influenze degli organi esterni dal settore pubblico.

Il contributo prosegue illustrando le coordinate storiche e politiche che hanno portato la BaFin ad assumere una simile ed inedita configurazione, quantomeno nel panorama europeo, quindi vengono indicate le attribuzioni e la struttura istituzionale. In tal contesto merita di essere segnalata l'interessante ricostruzione del riparto di competenza tra *BaFin* e *Bundesbank* che vede una prevalenza della Banca Centrale con riferimento a tutte le attività di vigilanza bancaria e riguardo alle misure di natura finanziaria (cosiddette sovrane), residuando in capo alla *BaFin* la facoltà di intervenire solo in casi straordinari.

Nel definire i rapporti tra le diverse Autorità di vigilanza tedesche la Poto non omette di informare circa la configurazione acefala del mercato tedesco nel quale, anche a causa della massiva presenza del soggetto pubblico, le politiche di regolazione non hanno mai avuto il fine di produrre un marcato effetto mutageno determinando di conseguenza, specialmente nel sistema bancario, la mancanza di un'Autorità egemone nel ruolo di guida.

La seconda sezione del saggio affronta il delicato aspetto della responsabilità per i danni causati dall'attività delle Autorità di vigilanza, con particolare attenzione alla risarcibilità delle conseguenze nefaste derivanti dall'azione dell'organismo preposto al controllo del mercato finanziario. La questione in esame è illustrata a partire dall'evoluzione del *Kreditwesengesetz* dal 1961, favorevole all'azione di risarcibilità delle parti lese avverso gli organi federali in caso di mancato ottemperamento dei propri doveri d'ufficio, alle modifiche del 1984 che hanno di fatto rimosso la possibilità per gli individui, ancorché danneggiati, di esperire qualsivoglia azione di risarcimento nei confronti di un'Autorità di vigilanza, giacché l'agire di tale ente è sempre considerato in ottemperanza di un pubblico interesse. Secondo la Poto l'incisività riflessa di un simile dettato normativo, la cui compatibilità con l'ordinamento europeo è stata affermata dalla stessa Corte di Giustizia, sembra rappresentare una concausa della straordinaria resistenza alla crisi del sistema economico tedesco, che va ad aggiungersi ad una struttura di regolazione del mercato finanziario presieduta da organismi di controllo caratterizzati da una forte connotazione democratica, la cui sussistenza, tuttavia, appare fondata su una mancata traduzione sostanziale delle norme europee le quali, pur adattate al quadro strutturale tedesco, non hanno trovato accoglimento nella legislazione operativa.

Nel saggio *Banking Corporate Governance and Non Executive Directors in Italian Law*, Domenico Siclari espone un prospetto dell'evoluzione normativa che, a partire dalla metà degli anni duemila, ha investito il sistema di gestione dell'impresa bancaria in Italia. Prendendo le mosse dalle criticità dei sistemi di governo dell'impresa bancaria messe in luce dalla crisi finanziaria degli anni 2007-2008, l'autore menziona i tentativi di intervento esperiti a livello europeo ricordando i tratti fondamentali della Direttiva CE n. 2006/48 la quale, ancor prima dell'imminente tempesta dei prestiti ad alto rischio finanziario, rilevava l'opportunità che ogni istituto di credito fosse dotato di una solida organizzazione dirigenziale, con l'attribuzione di linee di responsabilità ben definite, trasparenti e coerenti, nonché di adeguati apparati di controllo interno, vocati ad una gestione sana ed efficace

del rischio; elementi peraltro ricorrenti anche nelle raccomandazioni contenute nella relazione Liikanen del 2012.

Muovendo da tali premesse Siclari incentra l'attenzione sul ruolo chiave assunto nell'ambito della *governance* bancaria, dagli amministratori non esecutivi indipendenti, la cui formale definizione all'interno dell'ordinamento italiano è avvenuta solo con la Legge n. 262 del 28 dicembre 2005.

L'autore offre interessanti spunti di riflessione sulla valenza e sulla *ratio* di una simile alterazione nei protocolli della gestione dell'impresa bancaria, specificando che gli amministratori indipendenti, essendo deputati alla tutela degli azionisti di minoranza, svolgono un'irrinunciabile funzione di prevenzione dei conflitti societari; nonché, nella loro veste di imprescindibile livello di raccordo tra la generalità degli azionisti e gli amministratori esecutivi incaricati della gestione della società, si pongono come vero e proprio strumento risolutore dei problemi di asimmetria informativa tra proprietà e gestione, operando una notevole opera di censura verso i fenomeni di distrazione di rendite a danno dei soci di minoranza.

L'indagine, pur articolandosi nell'individuazione dei requisiti prescritti dalla legge per tali categorie di amministratori, concede particolare evidenza alla questione delle operazioni bancarie con parti correlate, in cui il rischio di conflitto di interesse tra gli azionisti di controllo e la minoranza appare decisamente più marcato. In tale ambito i segmenti di analisi involgono le diverse componenti dell'operazione, a partire dai casi in cui viene ritenuto sussistente un vincolo di correlazione tra parti, definiti dal regolamento Consob n.17221 del 12 marzo 2010, sino all'esame approfondito dell'iter procedurale per la modifica e l'approvazione delle relative delibere. Sull'argomento l'autore regala ancora una prospettiva di riflessione illustrando uno dei primi casi in Italia di intervento diretto dell'autorità giudiziaria nella gestione di un'impresa privata, ai sensi dell'articolo n. 2409 del Codice Civile, sottolineando come lo stesso fosse volto proprio ad imporre la sostituzione di un amministratore indipendente nel comitato per le transazioni con parti correlate.

Nella parte conclusiva del saggio, Siclari effettua delle considerazioni relative all'impatto che la Legge n. 262 del 2005 ha prodotto nel sistema, specialmente ponendo in rilievo le nuove regole sui controlli societari, con precipuo riferimento, al fine di garantire una visione integrata del rischio, al coinvolgimento dei dirigenti apicali nell'apparato di vigilanza, a carico dei quali va peraltro ad aggiungersi il divieto, opportunamente statuito nella Legge n. 201 del 6 dicembre 2011, di assumere o esercitare posizioni analoghe in imprese o gruppi concorrenti, nell'ottica di prevenire possibili condotte anticoncorrenziali.

Da ultimo occorre evidenziare il carattere suggestivo del confronto, operato dall'autore, tra il governo dell'impresa bancaria ed i sistemi costituzionali degli Stati nazionali, nel quale la funzione degli amministratori indipendenti è assimilata a quella degli organismi di controllo dell'amministrazione statale. Ebbene, seguendo tale approccio, appare oltremodo nitida la funzione svolta da tale categoria di soggetti apicali, quale

imprescindibile garanzia del regolare funzionamento della società e *per necessariam consequentiam* della tutela degli interessi pubblici e privati di tutte le parti interessate.

Il contributo dal titolo *International Anti-Money Laundering Policies and the Protection of Financial Integrity* di Pierpaolo Fratangelo, si propone di evidenziare il carattere centrale assunto a livello internazionale dalle politiche antiriciclaggio del denaro, specialmente in riferimento alla tutela dell'integrità finanziaria del mercato.

In particolare l'autore, ritrovando nell'intervento pubblico l'unico mezzo di correzione dei fallimenti del mercato, pone in risalto i lati negativi dell'allontanamento dell'apparato statale dalla gestione dei meccanismi allocativi, avvenuto negli anni precedenti alla grave crisi finanziaria del 2007, la cui devastante dirompenza andrebbe attribuita sia all'eccessiva fiducia nella capacità autoregolatoria del mercato, che alla massiccia deregolamentazione, la quale ha tra l'altro determinato le condizioni favorevoli alla proliferazione di pratiche finanziarie abusive da parte di organizzazioni criminali, testimoniata dall'elevata incidenza dell'ammontare del denaro globalmente riciclato in un anno, oscillante tra il 2% ed il 5% del PIL mondiale.

Il saggio *Composition with Creditors and Debt Restructuring Arrangements*, ponendosi in soluzione di continuità rispetto ai due lavori precedentemente introdotti, con riferimento all'enucleazione, sotto diverse prospettive, di strumenti idonei a contrastare la crisi del sistema economico, è un contributo di grande utilità in cui Andrea Zaccagna illustra in maniera dettagliata il regime di alcune procedure concorsuali, menzionando dapprima il quadro normativo europeo, dal quale hanno tratto origine molti degli schemi giuridico procedurali, quindi analizzando in profondità alcune singole procedure tra cui il concordato preventivo, gli accordi di ristrutturazione dei debiti ed i piani di risanamento, raffrontandone gli elementi caratteristici, l'eventuale possibile coesistenza, nonché i tratti distintivi salienti mediante i quali si pongono su un piano di netta differenziazione rispetto alla procedura fallimentare ordinaria.

Punti salienti della questione involgono dapprima il mancato raggiungimento dell'obiettivo di una disciplina uniforme applicabile ai casi di insolvenza da parte del Regolamento CE n.1346/2000, anche denominato *European Insolvency Regulation* o EIR, entrato in vigore il 31 maggio del 2002 e vincolante per tutti gli Stati membri ad eccezione della Danimarca, che l'autore attribuisce principalmente all'assenza di norme di diritto sostanziale tale da consentire ad ogni tribunale europeo una diversa interpretazione delle sue disposizioni, riassunte nella dicotomia tra la flessibilità di interpretazione operata dal contesto inglese ed il granitico regime restrittivo perseguito nei paesi di stampo civilistico, nei quali ordinamenti è stata nondimeno concessa prevalenza agli aspetti della normativa che non fossero in contrasto con le previsioni nazionali.

Tali rilevazioni, a cui fanno eco diverse censure mosse dalla Commissione Europea, sono seguite dall'illustrazione delle procedure volte a comporre le situazioni di insolvenza in ambito nazionale, che l'autore espone a partire dall'evoluzione subita dalla normativa di riferimento in merito alla *ratio iuris* applicata alle situazioni di crisi dell'impresa, da quella

meramente liquidatoria dell'azienda insolvente contenuta nell'originaria formulazione del Regio Decreto n. 267 del 16 marzo 1942, a quella di composizione e di prosecuzione dell'attività produttiva definite rispettivamente nel Decreto Legislativo n. 5 del 9 settembre 2006 e nella Legge n. 134 del 7 agosto 2012.

La trattazione di Zaccagna si articola così in una specificazione delle diverse situazioni di patologia dell'attività imprenditoriale, quali il sovra indebitamento, lo stato di insolvenza e lo stato di crisi, a cui si accompagna una minuziosa descrizione della struttura del concordato preventivo volta ad illustrarne la natura, la struttura, i fini e la procedura applicativa, tra in cui viene dato peculiare risalto, quale presupposto per l'ammissione a detta procedura concorsuale, alla materializzazione della condizione obiettiva dello stato di crisi e non anche dello stato di insolvenza. La pregevole trattazione assume una connotazione decisamente comparativa nella sua ultima parte, ove l'autore effettua una approfondita disamina degli istituti connessi alle situazioni di sofferenza aziendale reversibili sul piano patrimoniale, quali gli accordi di ristrutturazione del debito ed i piani di risanamento, ponendone in risalto la natura e le differenze, nonché le misure di incentivazione previste dall'Ordinamento in chiave di preferenza al loro esperimento.

Nel successivo saggio *Deposit Guarantee Schemes and Depositor Preference: Implications in Light of the Upcoming Reforms at an EU Level* gli autori Manuela De Cesare, Francesca Pluchino e Riccardo De Lisa riportano i risultati di un'approfondita indagine comparativa condotta alla fine del 2012 dal Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi, avente ad oggetto la sottoposizione di un questionario agli Stati membri del Forum Europeo ed Internazionale di Assicurazione dei Depositi (EFDI), al fine di verificare la presenza, nelle singole legislazioni statali, di un regime di preferenza per il depositante durante la procedura d'insolvenza. Il contributo prende le mosse proprio dall'individuazione degli eventi concatenati generanti una traslazione degli squilibri finanziari dal polo bancario al polo statale, soffermando quindi l'attenzione sull'analisi della struttura e della diffusione di misure di contenimento delle difficoltà bancarie intraprese a livello internazionale ed europeo anche mediante l'esposizione dei risultati della predetta indagine, specificando infine i risvolti positivi e negativi derivanti dalla vigenza di un regime di preferenza per i depositanti, oltreché della sussistenza di una procedura di risoluzione bancaria come alternativa a quella liquidatoria.

I punti salienti in cui si svolge la trattazione riguardano in primis la necessità di miglioramento dei regimi di risoluzione bancaria, peraltro denunciata nel novembre del 2011 dal *Financial Stability Forum*, nel lavoro *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions o KAS*, allo scopo di garantire un controllo nei fallimenti bancari che eviti l'esposizione dei fondi pubblici. Sulla scorta delle criticità evidenziate in occasione del G20, sono dunque menzionate le azioni di risposta intraprese a livello europeo, condensate essenzialmente nelle Direttive UE n. 2014/49 e n. 2014/59, nonché nei Regolamenti UE n. 1022 e 1024 dell'ottobre 2013, involgenti rispettivamente il sistema di garanzia dei depositi, il meccanismo unico di risoluzione bancaria e il meccanismo unico

di vigilanza, attraverso il quale è attribuita alla Banca Centrale Europea la responsabilità ultima per i compiti di vigilanza connessi alla stabilità finanziaria di tutte le banche dell'area euro.

Più nel dettaglio gli autori si dedicano all'analisi prodotta dall'introduzione dei sistemi di garanzia dei depositi evidenziandone il problema legato alla gerarchia dei creditori nel fallimento di una banca e adottando come *discrimen* delle situazioni, l'operatività o meno di un regime di preferenza per il depositante, la cui previsione ad opera della normativa nazionale concederebbe ai titolari dei depositi un collocamento più elevato nella predetta graduatoria in caso di insolvenza bancaria.

La conclusione del contributo assume le vesti di un profetico richiamo della normativa europea in chiave di convergenza ed armonizzazione delle disposizioni nazionali, che dovrebbero essere finalizzate alla creazione di un sistema di preferenza per il depositante attribuito unicamente ad un sistema di garanzia dei depositi, parimenti fondato su basi non discriminatorie mediante l'esclusione di privilegi legati all'appartenenza nazionale. Un'impostazione di tal genere, in cui risultano inclusi gli stessi principi elaborati in ambito internazionale e stigmatizzati nei predetti KAS, porrebbe il sistema di garanzia dei depositi nella duplice veste di creditore dell'istituzione bancaria, per l'importo pagato ai depositanti coperti, nella procedura di liquidazione, nonché assorbitore di perdite in luogo dei depositanti, in caso di attivazione del meccanismo risolutivo, provocando di fatto una significativa riduzione del rischio di esaurimento delle risorse di un sistema di garanzia dei depositi, che al contempo potrebbe svolgere in pieno le sue principali funzioni quali la tutela dei depositi, il miglioramento della stabilità finanziaria e la prevenzione delle corse agli sportelli da parte dei depositanti al dettaglio.

Una visuale del tutto inedita e oltremodo avvincente è certamente quella offerta dal contributo di Michele Miraglia, *Islamic Finance Regulation Profile*, nel quale trova puntuale definizione l'intero sistema finanziario islamico, del quale vengono dettagliatamente analizzati l'indissolubile ispirazione religiosa, le istituzioni, i prodotti, gli organismi di regolazione e controllo, nonché le organizzazioni internazionali deputate alla regolazione degli scambi.

L'autore pone una prima enfasi sull'intrinseco legame tra il sistema finanziario islamico ed i principi religiosi dettati dal Corano, dal quale deriva la concezione che il denaro non ha valore intrinseco, ma è solo un'unità di conto che produce ricchezza solo quando è utilizzata in un processo produttivo, da cui consegue l'illegittimità di qualsiasi frutto prodotto dalla moneta non impiegata in un'attività economica, giacché non può materializzarsi alcun guadagno senza l'assunzione di un rischio d'impresa.

Le dirette conseguenze del predetto assioma non risiedono solo nella proibizione del prestito ad interesse, anche definito *riba*, risultando proibite anche tutte quelle pratiche finanziarie coinvolgenti un irragionevole margine d'incertezza (*gharar*) od orientate a fini speculativi (*maysir*), in cui rientrano parimenti tutti i casi in cui siano presenti elementi in contrasto con il dettato coranico (*haram*). Ulteriore elemento peculiare è la presenza presso

ogni istituto bancario, di un apposito Consiglio di Sharia, avente la responsabilità di certificare la conformità alla “Legge di Dio” delle attività svolte e dei prodotti offerti, attribuzione incardinata a livello centralizzato nel Consiglio di Sorveglianza della Sharia, che vigila su tutti gli intermediari finanziari del sistema islamico.

Ovviamente le connotazioni di un simile apparato determinano l’insorgenza di alcuni limiti intrinseci, principalmente rinvenuti da Miraglia nell’elevato rischio di conflitti d’interesse, a causa della frequente nomina di medesimi individui in più consigli, nonché nell’eccesso di competenza sovente compiuta da tali entità che, oltre a fornire consulenza sulla legge islamica, esercitano una massiva ingerenza anche nella definizione delle operazioni bancarie.

L’Autore effettua quindi una scrupolosa catalogazione delle diverse tipologie di organismi che contraddistinguono il sistema della finanza islamica, come pure dei diversi prodotti bancari e finanziari disponibili al pubblico, non omettendo di evidenziare gli ulteriori elementi di criticità che derivano proprio dalle caratteristiche insite nella struttura stessa del sistema fondato sulla condivisione dei profitti e delle perdite tra banca e clienti. Ciò potrebbe integrare una situazione di rischio potenziale per la stabilità delle stesse banche, a cui vanno ad aggiungersi ulteriori profili di vulnerabilità riscontrati nello specifico: 1) nella consistente propensione al ritiro dei depositi, dovuta all’assenza di un tasso di remunerazione della somma depositata; 2) nella costante minaccia di una sanzione reputazionale a causa di possibili conflitti di opinione tra i membri del Consiglio di Sharia e del Consiglio di Sorveglianza della Sharia; 3) nell’assenza di un mercato internazionale della moneta conforme ai dogmi coranici, fattore che riduce e in molti casi impedisce agli intermediari islamici l’accesso alla liquidità.

L’esposizione di tali criticità, ammette Miraglia, non consentirebbe tuttavia di determinare l’effettivo grado di stabilità delle banche islamiche, le quali di piccola dimensione, sulla base di un’indagine econometrica condotta dal Fondo Monetario Internazionale, risultano significativamente meno instabili delle omologhe convenzionali, mentre per le grandi realtà bancarie musulmane si palesano margini di rischio sensibilmente più elevati rispetto a quelli legati alle controparti tradizionali. Da ultimo l’attenzione viene focalizzata dall’autore sulla politica monetaria adottata dal sistema finanziario musulmano, che appare certamente afflitto da uno svantaggio competitivo rispetto ai sistemi finanziari tradizionali, a causa del persistente divieto di percepire interessi sui depositi, che oltre a rendere di fatto inutilizzabili le operazioni di mercato aperto come quelle di rifinanziamento, rappresenta un ostacolo difficilmente superabile per l’instaurazione di relazioni commerciali con le banche della vicina zona euro, in quanto l’istituzione dei depositi obbligatori presso la Banca Centrale Europea risulterebbe incompatibile con la summenzionata proibizione di *riba*, né appare attuabile un’esonazione dal predetto obbligo ai sensi del Regolamento BCE n.2003/9. Gli stessi limiti si pongono relativamente all’accesso delle banche islamiche al sistema dei pagamenti, fatta eccezione per il sistema TARGET 2.

In conclusione Miraglia ritrova nell'accrescimento della rilevanza dei vincoli coranici un limite invalicabile allo sviluppo di percorsi comuni e coordinati tra istituzioni finanziarie musulmane e occidentali, laddove armonizzazione e standardizzazione dei regimi giuridici e contabili, assicurerebbero la crescita della posizione della finanza islamica nell'assetto macroeconomico generale, con indubbie positive ripercussioni sui mercati finanziari globali, la cui credibilità troverebbe nuova linfa vitale proprio grazie alla capacità dei mercati islamici di attrarre anche clienti ed investitori non musulmani.

Il volume in commento si chiude con il saggio di Flavio Notari, *Private Equity Instruments to Foster the Italian Entrepreneurial Ecosystem*, con il quale viene dato notevole risalto ai meccanismi di finanziamento istituzionale in capitale di rischio, attualmente disponibili in ambito europeo e statunitense, di cui vengono peraltro approfondite alcune specifiche normative chiave nella disciplina dell'investimento alle imprese.

L'apertura del contributo si articola in un'attenta disamina delle tipologie di finanziamento aziendale che vengono correlate alle diverse fasi del ciclo produttivo in cui Notari non esula dal descrivere il contesto italiano con particolare riferimento ai soggetti protagonisti delle operazioni di investimento istituzionale in capitale di rischio, ritenuto elemento cruciale per la proliferazione di imprese innovative e lo sviluppo del sistema economico.

Nel prosieguo, viene analizzata la struttura ed il regime dei finanziamenti istituzionali in capitale di rischio nell'ordinamento statunitense, del quale l'autore mette in risalto l'approccio nell'incentivazione alla crescita ed all'innovazione delle imprese caratterizzato dall'utilizzazione del mercato finanziario sia come canale per attrarre investimenti, sia come strategia finale di disimpegno dell'investitore; differenziandosi così dal modello europeo fondato in prevalenza sugli aiuti statali. Invero, rileva Notari, la realtà imprenditoriale degli Stati Uniti d'America considera l'investimento di capitale come un bene aziendale e non una responsabilità, convincimento che trova conferma nel regime della non essenzialità delle garanzie reali in materia di prestiti bancari, che le aziende più giovani spesso non sono in grado di offrire.

L'autore muove quindi nella descrizione degli elementi che sorreggono il sistema creditizio statunitense, strutturato sull'impianto giuridico dello *United States Securities Act* del 1933 e del *Securities Exchange Act* del 1934, regolanti rispettivamente l'offerta pubblica dei titoli da parte delle aziende e la loro quotazione; soffermando quindi l'attenzione sull'esame dell'esenzione, al ricorrere di situazioni particolari, dalla procedura di registrazione dell'offerta pubblica, imposto tanto dalla normativa statale che federale.

Decisamente illuminanti appaiono le riflessioni con le quali Notari prende congedo dalla trattazione, il cui nucleo essenziale si incentra sulla constatazione dell'importanza nevralgica dell'investimento istituzionale in capitale di rischio, essendo il suo profitto fortemente determinato dall'esperienza e dalla competenza personale dell'operatore, che rappresenta uno strumento indispensabile per favorire lo sviluppo dell'ecosistema imprenditoriale di un paese attraverso un meccanismo di distribuzione intelligente delle

risorse, in grado di divenire canale privilegiato di trasmissione dei flussi finanziari, per l'irroramento di settori del sistema economico che tradizionalmente ne restano esclusi. Al fine di assurgere al rango di efficiente veicolo di investimento privato nel contesto economico italiano, rammenta l'autore, questo innovativo strumento dovrebbe essere dotato di un insieme di norme di chiara applicazione, capaci di diminuirne l'aleatorietà nei profitti, definendone al contempo una strategia di disimpegno affidabile, in quanto sovente i mercati d'uscita mancano di una liquidità tale da garantire al finanziatore una soddisfacente remunerazione dall'operazione, rendendo così poco appetibile tale emergente sentiero di investimento.

Emiliano Sciarra

F. FORNARO, *Fuga dalle urne. Astensionismo e partecipazione elettorale in Italia dal 1861 a oggi*, Novi Ligure, Edizioni Epoké, 2016, pp. 173*

L'Autore del volume in commento, Senatore della Repubblica, prima per il Partito democratico ed in seguito per il Movimento democratico e progressista, non è un accademico di professione ma è uno scrittore con anni di esperienza alle spalle. Giornalista pubblicitario e studioso della storia del socialismo e della Resistenza, è stato Presidente dell'Istituto per la storia della Resistenza e della società contemporanea in Provincia di Alessandria (Isral) ed ha all'attivo diverse pubblicazioni, tra cui la biografia di Giuseppe Romita e Giuseppe Saragat. Nel volume "Fuga dalle urne", il suo intento è quello di ripercorrere, numeri alla mano, le diverse tappe della partecipazione elettorale entro i confini nazionali. Un viaggio che parte dal voto per censo, prosegue attraverso l'estensione di voto fino al suffragio universale e giunge a quella che fu definita come "seconda Repubblica" e alla "tempesta perfetta" del 2013, in cui si sono saldate tendenze di breve e lungo periodo causando quella che egli stesso definisce una vera e propria "fuga dalle urne".

Fornaro apre l'introduzione del proprio volume attraverso una citazione di Gherardo Colombo sulla democrazia e la partecipazione, infatti, per l'Autore "spesso si dimentica che la partecipazione elettorale rappresenta uno dei principali indicatori del corretto funzionamento del rapporto tra cittadini e istituzioni e quindi, in ultima istanza, della democrazia" (cfr. p. 14).

Prima ancora di concentrarsi sul fenomeno dell'astensionismo in Italia, fenomeno preso in considerazione come materia di studio solo a partire dal 1979 e argomento principale del suo libro, l'Autore prosegue la sua introduzione attraverso l'analisi dell'astensionismo nella sua globalità. Egli analizza l'astensionismo attraverso le due principali chiavi di lettura utilizzate per lo studio della materia, la prima di "derivazione americana, fa dipendere il variare della partecipazione elettorale dalla mobilitazione partitica: più informazioni e stimoli riceve l'elettore prima e durante la campagna elettorale e maggiore sarà la sua propensione a esercitare il diritto di voto" (cfr. p. 18). Secondo questa tesi l'indebolimento della capacità dei partiti di mobilitare gli elettori è alla base del progressivo aumento dell'astensionismo.

La seconda tesi "attribuisce, invece, un ruolo da protagonista non più all'attività di mobilitazione del partito, ma all'elettore. Di conseguenza anche la non partecipazione diventa un fatto intenzionale, un comportamento attivo, un altro modo di votare" (cfr. p. 18).

* Contributo sottoposto a *peer review*.

Prima di entrare nel vivo della trattazione del fenomeno dell'astensionismo, Fornaro evidenzia l'esistenza di due differenti definizioni dello stesso, "la prima, più restrittiva, si limita a rilevare il numero di elettori che non si sono recati a votare, la seconda, più estensiva, che conteggia insieme ai non votanti anche le schede bianche e le schede nulle sotto la definizione di voti non espressi" (cfr. p. 21). Per l'analisi dell'astensionismo in Italia, l'Autore utilizza solo la definizione più restrittiva.

Dopo la suaccennata premessa, si entra nel vivo dell'analisi, suddivisa in quattro parti corrispondenti ad altrettanti capitoli, il primo dei quali dedicato al periodo che va dall'Unità d'Italia al Fascismo, quindi dal 1861 fino al 1924. Qui Fornaro si sofferma soprattutto sulla esiguità del corpo elettorale e sul lento cammino che porterà al suffragio universale maschile. In questo primo capitolo l'astensionismo in senso stretto resta sullo sfondo e inizia ad avere una certa rilevanza solo all'indomani dell'allargamento della base elettorale, avvenuto all'indomani della Prima guerra mondiale e all'irruzione sulla scena politica dei grandi partiti di massa. Con l'arrivo del Fascismo infine la problematica dell'astensionismo viene meno in conseguenza della messa da parte delle libere elezioni.

Il secondo capitolo prende in considerazione il periodo temporale che va dal 1946 al 1992, periodo definito nel gergo giornalistico con l'espressione di "Prima Repubblica". L'Autore suddivide questo periodo in 3 fasi: la prima segnata dalla grande affezione al voto del sistema politico italiano, "caratterizzato da un elevatissimo tasso di partecipazione al voto e specularmente da un bassissimo livello di astensionismo, che per alcuni decenni ha portato il nostro Paese ai vertici europei e mondiali della graduatoria dell'affluenza alle urne" (cfr. p. 23). Nell'analizzare questa fase, che dura dal secondo dopoguerra fino al 1979, l'analisi si concentra soprattutto sulla straordinaria partecipazione al voto da parte degli italiani. Nella seconda fase, a partire dagli anni Ottanta, si sviluppa un progressivo indebolimento dell'impianto ideologico e di costruzione del consenso da parte dei grandi partiti di massa, che si accompagna a un costante aumento dell'astensionismo che si manifesterà in maniera significativa nel decennio successivo, con la crisi della Prima Repubblica.

Nella terza fase del secondo capitolo vengono analizzate le ragioni che hanno fatto crollare l'impianto della prima repubblica; "all'alta fedeltà verso i partiti si sostituisce una critica radicale, rabbiosa e rancorosa alla partitocrazia, indicata come la colpevole di tutte le disgrazie italiane, con una sorta di autoassoluzione collettiva che non ha pochi punti di contatto con il clima che ha caratterizzato la fine del fascismo" (cfr. p. 24).

Nel terzo capitolo viene analizzata quella che, appunto, viene generalmente definita Seconda Repubblica (1994-2008). In questo periodo il fenomeno dell'astensionismo assume un carattere diverso, con una espansione dei c.d. astensionisti cronici e l'aumento dei c.d. astensionisti intermittenti, cioè coloro che decidono di volta in volta se votare o meno. A differenza del passato, il non voto si trasforma da comportamento passivo a comportamento attivo e quindi in una precisa scelta dell'elettore.

Il quarto e ultimo capitolo è dedicato a quella che l'Autore definisce come la “tempesta perfetta” scoppiata durante le elezioni politiche del 2013. Segno tangibile di questa tempesta, il valore da *record* raggiunto dal tasso di astensionismo e la comparsa sulla scena di un nuovo soggetto politico, il Movimento 5 stelle, destinato a rompere gli schemi.

Come anticipato, il fenomeno dell'astensionismo assume connotati molto diversi da quelli odierni nel periodo che va dal 1861 al 1924 e quindi dal voto dell'élite fino alla comparsa sul palcoscenico politico dei grandi partiti di massa. Nell'analisi fatta, l'Autore parte dai sistemi elettorali e dal modo in cui questi condizionano la propensione al voto; “essi meritano di essere adeguatamente analizzati per meglio comprendere le origini e le specificità territoriali dell'astensionismo italiano” (cfr. p. 28). L'attenzione si focalizza sull'elezione della sola Camera dei Deputati, il Senato era di nomina regia, sul sistema adottato e su gli elettori chiamati a votare i quali erano una minima parte della popolazione. Nel primo capitolo, viene analizzato tutto il processo, sia a livello di leggi elettorali che a livello di partecipazione al voto che caratterizza l'Italia post unitaria, quindi dalle modifiche alle leggi elettorali in vigore, fino all'allargamento del suffragio. Con l'utilizzo di tabelle e dati che aiutano a spiegare meglio i cambiamenti avvenuti nella società e di conseguenza l'ampliamento del suffragio, che nel 1918 fu aperto a tutti gli uomini (suffragio universale maschile) e con le modifiche alla legge elettorale del 1919, la quale introdusse il sistema proporzionale, si giunge all'avvento di Mussolini e del fascismo, alla modifica della legge elettorale (introduzione della c.d. legge Acerbo), fino allo scioglimento della Camera avvenuto nel 1939.

A conclusione di questo primo capitolo, l'Autore analizza la partecipazione al voto durante il periodo che va dall'unità d'Italia al 1924. Fornaro suddivide la sua analisi in tre fasi, la prima va dal “ventennio 1861 al 1880”, qui la partecipazione rimase sostanzialmente circoscritta a una ristrettissima élite (gli aventi diritto al voto era pari a circa il 2% della popolazione) e l'affluenza alle urne oscillò tra un minimo del 50,5% (nel 1870) e un massimo del 62,6% (nel 1880)” (cfr. p. 40).

La seconda fase, periodo che va dal 1882 al 1909, è caratterizzata dall'aumento del suffragio e della dimensione dell'elettorato, infine l'ultima fase dell'età liberale, dal 1919 al 1924, caratterizzata dal suffragio universale maschile e dall'irruzione sulla scena elettorale dei grandi partiti di massa. Per quanto riguarda la comprensione dell'astensionismo in questa prima fase post unitaria, l'attenzione va concentrata maggiormente sul periodo che va dal 1919 in poi, questo perché a partire da quelle elezioni con l'irruzione dei partiti di massa ci fu un vero e proprio terremoto politico. “Il passaggio da una competizione fondata principalmente sulla dimensione localistica del notabilato a un confronto ideologico e organizzativo imperniato sui partiti fece sentire i suoi effetti anche sulla propensione alla partecipazione elettorale segnando l'avvio di una caratterizzazione di lungo periodo nelle differenze territoriali dell'astensionismo, con una crescente divaricazione tra nord e sud del Paese” (cfr. p. 42). In questo periodo i partiti di massa

ebbero funzione inclusiva e risultarono come un importante antidoto contro l'astensionismo.

Ben diversa la storia politica italiana che va dal 1946 fino al 1992.

Con la fine del regime fascista, nel 1946 ci furono le prime elezioni libere, caratterizzate dal suffragio universale, in quanto con il decreto luogotenenziale del 1945 il suffragio fu esteso anche alle donne. Quando “alle elezioni del 2 giugno 1946, dunque, per la prima volta nella storia d'Italia, tutti i cittadini, indipendentemente dal sesso, dal censo, dall'istruzione e con il solo limite di aver compiuto 21 anni, poterono votare” (cfr. p. 48), si ebbe una straordinaria partecipazione elettorale, che tenendo conto di alcune “astensioni involontarie”, dovute a diverse problematiche relative a quel tempo, avrebbe raggiunto una partecipazione vicina al 94,5%. Occorre altresì evidenziare che “resta in ogni caso predominante il dato storico che tra il 1946 e il 1976, con un sistema elettorale proporzionale, la percentuale di affluenza alle urne nelle elezioni politiche risultò essere sempre al di sopra della media europea e rimase sostanzialmente stabile per oltre trent'anni, nonostante le profonde evoluzioni delle alleanze di governo (tripartito, centrismo, centro-sinistra e solidarietà nazionale) con momenti di contrapposizioni tra maggioranza e opposizione assai aspri e i movimenti di protesta largamente diffusi come quelli del biennio 1968-69” (cfr. p. 52). In questi primi 30 anni di storia repubblicana il fenomeno dell'astensionismo non venne considerato come materia di studio, vista l'alta partecipazione al voto in Italia.

I primi segnali di cambiamento si ebbero a partire dalle elezioni del 1979, infatti, queste “si caratterizzarono, però, per un significativo (e fino ad allora sconosciuto) aumento dell'astensionismo: il maggiore dal 1946. La percentuale dei votanti, infatti, diminuì dal 93,4% del 1976 al 90,6% con un decremento record di 2,8 punti percentuali” (cfr. p. 56). Il decremento della partecipazione dei cittadini sarebbe stato sempre maggiore nei decenni successivi. Dall'analisi svolta si nota come in questo periodo c'è stato un aumento dell'astensionismo, anche se lento e graduale, infatti, da oltre il 90% di partecipazione al voto si scese all'87,3% delle elezioni del 1992. A questo punto, nella parte conclusiva del secondo capitolo, vengono studiati i fattori che hanno contribuito ad un aumento dell'astensionismo in Italia. L'Autore sottolinea “che nella prima repubblica l'astensionismo è stato un fattore sostanzialmente assente (anche per l'azione dei partiti e il condizionamento internazionale) e si comprendono, quindi, le ragioni per cui il fenomeno sia stato generalmente poco osservato e scarsamente tenuto in considerazione” (cfr. p. 66).

Dopo la crisi istituzionale del 1992-93 diversi sono i mutamenti politici che caratterizzarono questo periodo e le elezioni del 1994, le prime alle quali si affacciò sul campo politico Silvio Berlusconi. In maniera dettagliata viene analizzato il risultato elettorale delle politiche del 1994, con l'aiuto di dati e tabelle, i quali dimostrano che nonostante “un duplice cambiamento epocale (nuovo sistema elettorale e radicale mutamento dell'offerta partitica) la percentuale di votanti subì un calo tutto sommato

contenuto, attestandosi all'86,1% (-1,2% rispetto al 1992) (cfr. p. 78). Attraverso una serie di dati con i quali l'Autore ha analizzato le tornate elettorali che dal 1994 vanno al 2001, si nota come c'è stato un costante e inesorabile trend negativo relativo alla partecipazione al voto, di come si sia accentuato il distacco tra nord e sud relativo all'astensionismo e di come con le elezioni del 2001 la percentuale dei votanti scese all'81,4%. Passando all'analisi effettuata in merito alle elezioni politiche del 2006 si evince come per la prima volta dopo diversi anni l'astensionismo diminuì e crebbe la propensione al voto, purtroppo questi dati furono gonfiati dall'effetto estero, ovvero per la prima volta vennero chiamati al voto i residenti all'estero per l'elezione di 12 deputati e 6 senatori. "In realtà, al netto dell'effetto estero, l'astensionismo continuò a crescere (l'affluenza alle urne, depurata dagli elettori confluiti nella circoscrizione estero, si ridusse ulteriormente, rispetto al 2001, di 1,5 punti percentuali), nonostante il risultato sia rimasto incerto fino alla fine della campagna elettorale (cfr. p. 87).

Ma quali sono, in concreto, gli aspetti che hanno portato ad un così elevato tasso di astensionismo e ad un continuo declino dell'elettorato a partire dagli anni '90 in poi, quella che viene definita una vera e propria "fuga dalle urne"? Nell'analisi sul comportamento elettorale è opportuno distinguere gli elettori in assidui (coloro che decidono di votare sempre), astensionisti cornici (coloro che non vanno più a votare) e infine astensionisti intermittenti, i quali votano a seconda della tipologia di elezione. Tra gli astensionisti intermittenti, Fornaro individua altre due sottocategorie, quella dei selettivi che votano alle elezioni più importanti e quindi le politiche e quella dei fluttuanti, nei quali la decisione di voto non segue nessun criterio preciso. Continuando l'analisi si riscontra come il non voto nelle elezioni del 2008 assuma un significato diverso, infatti i non votanti disertano i seggi in maniera consapevole e per loro questa diserzione non costituisce una fuga dalle responsabilità civiche, ma al contrario rappresenta un atto assimilabile per importanza e significato a quello di chi decide di recarsi ai seggi per far valere il suo diritto di voto. Infine, come già fatto nel secondo capitolo si torna ad analizzare i partiti politici e l'influenza che la disgregazione dei partiti tradizionali a partire dagli anni novanta ha avuto sulla partecipazione elettorale. Per Fornaro "se, dunque, nella democrazia dei partiti il voto ha significato in primo luogo un atto di fiducia che rifletteva un'identità condivisa, rafforzata dall'organizzazione capillare sul territorio e dalla partecipazione sociale, la crisi dei partiti si è ripercossa pesantemente e negativamente anche sulla fiducia dei cittadini nella democrazia rappresentativa (cfr. p. 94).

L'Autore dedica l'ultimo capitolo del volume e della sua analisi sull'astensionismo in Italia alle elezioni politiche del 2013 e a quella che lui definisce come la tempesta perfetta e la crisi della democrazia rappresentativa. Analizzando i dati delle politiche del 2013 si capisce come la percentuale di astensionismo sia salita e la partecipazione al voto sia scesa sotto l'80%, precisamente al 75%, inoltre il voto o non voto degli elettori ha tenuto conto della grande sfiducia che i cittadini hanno avvertito nei confronti della politica e dei partiti politici, che raggiunse il suo apice nel 2011 quando scese al 3,8%. Come affermato in

diversi periodi del volume in commento, “quella che si è verificata nelle urne nel febbraio del 2013 ha, dunque, tutte le caratteristiche di una tempesta perfetta in cui, contemporaneamente e con una violenza imprevedibile all’inizio della campagna elettorale, si sono combinate tendenze di lungo periodo quali il progressivo aumento dell’astensionismo. La debolezza organizzativa e ideologica dei partiti con il conseguente affievolimento dell’identificazione di partito, e fattori di breve periodo generati dagli effetti laceranti nel tessuto economico e sociale del Paese, in conseguenza di una crisi senza precedenti per durata e intensità (cfr. p. 103).

In conclusione il volume redatto dal Senatore Fornaro risulta un’ottima guida attraverso la quale viene studiato il fenomeno dell’astensionismo in Italia a partire dalla sua nascita ad oggi. Vengono ripercorse le cause che hanno alimentato e contribuito all’aumentato di questo fenomeno.

L’Autore attraverso la sua analisi pone l’attenzione sui diversi aspetti, il tutto suffragato da dati, che hanno caratterizzato la vita politica italiana. Infine sono presenti ottimi spunti di riflessione relativi agli scenari futuri e alle minacce alla democrazia che provengono dalla rete, strumento che deve essere utilizzato per rafforzare e rilanciare la democrazia rappresentativa e non come formidabile arma per abbatterla.

Giuseppe Storsill

Riflessioni sui miei studi sul fascismo*

di Sabino Cassese**

SOMMARIO: 1. I contesti e i “compagni di viaggio” – 2. I miei scritti sul fascismo – Gli studi sul fascismo

C'è qualcosa di autobiografico e qualcosa di storiografico in questo scritto, che sarà articolato in tre parti: la prima dedicata ai contesti e ai “compagni di viaggio”, la seconda agli scritti principali, la terza a un giudizio complessivo sulla storiografia sul fascismo.

1. I contesti e i “compagni di viaggio”

Ho iniziato a interessarmi alla storia del fascismo nel 1953 – il mio oggetto di ricerca fu la Carta del lavoro –, quindi a soli dieci anni di distanza dalla caduta del regime. Quell'interesse nasceva in un ambiente particolare, a Pisa, dove ero studente, al secondo anno di giurisprudenza. Ero allievo del Collegio giuridico della Scuola Normale Superiore, dove vigeva l'obbligo annuale di sostenere un “colloquio”, una specie di piccola tesi. Scrisi un elaborato, che mi prese sei o sette mesi di lavoro, sulla Carta del lavoro, e trovai Massimo Severo Giannini, un professore di Diritto amministrativo che accettò di farmi da relatore – una cosa a quei tempi molto singolare.

In quegli anni si dibatteva molto sul rapporto tra Stato ed economia e il tema di fondo era quello della pianificazione. Su questo argomento imperava una vera e propria mitologia, soprattutto nella sinistra. Eravamo a tre anni dalla Cassa del Mezzogiorno, tre dalla riforma agraria (legge stralcio), nel pieno del dibattito su programmazione e pianificazione. Il termine pianificazione evocava l'Unione sovietica, però aveva alle spalle anche il New Deal di Roosevelt.

Interessandomi al problema, allora attuale, dei collegi universitari, entrai in contatto con Paolo Ungari, che, mentre io scrivevo la mia tesi sul corporativismo fascista, stava scrivendo a sua volta la sua su Alfredo Rocco, che sarebbe diventata il suo noto primo libro.

Più tardi, alla fine degli anni '60, Piero Craveri, incaricato al Biografico dell'Istituto Treccani del settore storico, sapendo che mi ero occupato del corporativismo, mi chiese la biografia di Bottai.

* Sintesi della lezione tenuta il 9 giugno 2017 a Firenze, per i Seminari organizzati dal professor Piero Barucci nella Biblioteca di Scienze Sociali dell'Università di Firenze. Ringrazio Guido Melis per commenti e correzioni a una prima versione

** Giudice emerito della Corte costituzionale e Professore emerito di Storia e Teoria dello Stato alla Scuola Normale Superiore di Pisa

Successivamente, negli anni '70, intervenne l'amicizia con Renzo De Felice, con il quale maturò l'idea di una ricerca in comune intitolata "Partito, Stato e società civile nello Stato fascista". L'unico prodotto di quella ricerca credo siano stati due miei articoli, anche se, nei tanti volumi della biografia mussoliniana di De Felice (anche tributario in alcune pagine di alcune mie scoperte archivistiche) si trovano molti risultati di quella ricerca.

Infine, ricorderò il legame, più tardi, con Guido Melis, al quale mi unì il comune interesse per gli enti pubblici del periodo fascista.

Detto dei contesti e dei "compagni di viaggio", qualche parola sui diversi ambienti. Innanzitutto, quello pisano (studiavo alla Normale), in cui era nata durante il fascismo la Scuola di studi corporativi. Finita quell'esperienza, andai a lavorare per cinque anni in un luogo nel quale convergevano una delle maggiori eredità del fascismo e l'iniziativa di uno dei maggiori leader dell'antifascismo, cioè l'ENI di Enrico Mattei (la parte principale dell'ENI di Mattei, istituito nel 1953, era l'AGIP, una vecchia società per azioni partecipata dallo Stato e da alcuni suoi enti, nata nel 1926, e con essa molte altre partecipazioni statali fasciste, ma a capo dell'Agip e dell'ENI contava in maniera decisiva la personalità di Mattei, che era stato anche uno dei leader del CLN, nonché influente parlamentare democristiano).

Morto, nel 1962, Mattei, avendo partecipato con Giorgio Fuà alla costituzione della Facoltà di economia di Ancona (scrissi personalmente il primo Statuto alla facoltà), mi trasferii lì come professore e stabilii rapporti stretti con il mio collega di facoltà Alberto Caracciolo, il fondatore dei "Quaderni storici delle Marche", che poi diventarono i "Quaderni storici", rivista alla quale collaborai molto.

La conoscenza di Costanzo Casucci, che non è stato solamente il curatore di una notissima raccolta di scritti sul fascismo, pubblicata dal Mulino, ma anche un attivissimo organizzatore dei fondi del ventennio all'Archivio centrale dello Stato (istituto che diresse come sovrintendente), mi permise di avere un accesso privilegiato all'archivio riservato del Duce. Avevo del resto un po' gli archivi nel sangue, essendo stato mio padre archivista e studioso di archivistica.

Sempre negli anni '70 venni richiesto da uno dei protagonisti dell'esperienza storica dell'IRI fascista, Pasquale Saraceno, di dirigere con lui, Massimo Severo Giannini ed altri una importante ricerca su banca e industria, finanziata dal Banco di Roma, che fu poi pubblicata in più volumi.

Saraceno mi chiese anche di organizzare un incontro americano, a Boston, con la Harvard Business School. Fu parte attiva Thomas McCraw, autore di uno splendido libro intitolato "Prophets of Regulation", una raccolta di profili dei grandi autori dell'intervento pubblico americano post crisi 1929-33, di coloro cioè che avevano ideato e realizzato il "National Reconstruction Act".

Tra le ricerche collettive devo aggiungere quella promossa dal "Social Science Research Council", diretta da Giorgio Fuà e Paolo Sylos Labini, che si svolse negli anni '60, intitolata

“Lo sviluppo economico italiano” e per la quale io scrissi un contributo sulla storia delle istituzioni.

Un’ultima notazione: nominato alla Corte Costituzionale, nel 2005, sono stato “costretto” a ritornare ai miei interessi per il fascismo, perché non potevo scrivere sulle istituzioni vigenti e dovevo dunque “rifugiarmi” nella storia.

In quel periodo i miei studi si sono divaricati: da un lato la storia del fascismo, dall’altro gli studi sulla globalizzazione.

2. *I miei scritti sul fascismo*

Dopo aver parlato di contesti, “compagni di viaggio” e ambienti, passo ora in rassegna i miei scritti sul fascismo, che sono una ventina. Cominciano nel 1957, con un articolo-recensione sulla rivista fiorentina “Studi politici”, diretta da Pompeo Biondi, Giovanni Sartori e Salvatore Valitutti, in cui discutevo il libro appena uscito di Gualerni sulla politica industriale fascista, un volume interessante perché contiene un’analisi della legge fascista del 1939 sull’autorizzazione agli impianti industriali e giunge alla conclusione che l’autorizzazione, che poteva sembrare uno strumento di politica dirigistica del fascismo, in realtà, fu uno strumento protezionistico nelle mani degli industriali. Nell’articolo – recensione criticavo Gualerni per non aver considerato gli aspetti istituzionali della legge.

A me interessava accertare perché le corporazioni fasciste non fossero state protagoniste di quella vicenda, e quindi affrontare il tema del fallimento del corporativismo fascista. Più tardi, su richiesta di Alberto Caracciolo, che vedevo continuamente perché, come ho detto, eravamo colleghi di facoltà, mi decisi a pubblicare, nel 1968, sui suoi “Quaderni storici delle Marche” alcuni capitoli della mia vecchia tesi, col titolo “Corporazioni e intervento pubblico nell’economia”. Il tema fondamentale era quello dell’estraneità delle corporazioni all’intervento pubblico nell’economia del periodo tra le due guerre; e quindi le due vite dell’interventismo fascista, che da un lato dirigeva con forza l’economia, ma dall’altro lasciava inattivo lo strumento creato a questo scopo. Da un lato, vi erano la legge sull’autorizzazione degli impianti industriali, la legge bancaria e tutta l’architettura dell’intervento statale dell’economia propria del fascismo, e dall’altro le corporazioni.

Queste ultime, a me sembrava, avevano un duplice scopo: governare i rapporti di lavoro, e governare l’economia, in base a un disegno che poteva definirsi di autogoverno. La tesi che esponevo in quel lavoro, forse ingenua e meccanicistica, era che il corporativismo fosse fallito per aver nutrito la pretesa di portare il conflitto sociale all’interno dello Stato, neutralizzandolo. Questo aveva indotto un blocco, perché dal conflitto non si poteva uscire semplicemente con l’accordo dei soggetti confliggenti.

Dall’amicizia con Renzo De Felice scaturì anche il terzo contributo: la lunghissima recensione (sulla “Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico” del 1969, ma uscì anche come articolo sui “Quaderni Storici delle Marche”) al volume della biografia di Mussolini appena uscito, il cui sottotitolo era “L’organizzazione dello Stato fascista”. C’era, al di là

dell'ammirazione per lo storico, una mia critica: a me pareva che De Felice non mettesse sufficientemente in luce la forte continuità con le istituzioni dello Stato liberale.

Nella facoltà di economia di Ancona, con l'economista agrario Giuseppe Orlando, che veniva dal gruppo di Rossi Doria, Alessandro Pizzorno, sociologo, Alberto Caracciolo, l'economista Giorgio Fuà si era diffusa e radicata l'idea che una facoltà fosse unita solo se impegnata in una ricerca comune. Con un finanziamento del "Social Science Research Council" (SSRC), decidemmo di unirvi in una ricerca collettiva sullo sviluppo economico italiano. Tutti fummo chiamati a parteciparvi e i risultati furono pubblicati dall'editore Franco Angeli (1969 e 1974). Io mi interessai degli aspetti giuridici dello sviluppo economico, e quindi del quadro generale dei rapporti tra Stato e economia. Dedicai un capitolo al periodo 1920-1948, e al tema dello Stato dei produttori, svolgendo la tesi dell'oligopolio protetto e promosso dallo Stato, capitolo fortemente influenzato sia dai miei lavori sul corporativismo, che portava i produttori dentro allo Stato e li faceva diventare protagonisti della pianificazione, sia dal libro di Gualerni, oltre che da quel prezioso volume sulla storia della grande industria italiana che era stato scritto dal giovane Rodolfo Morandi nel 1931.

Alla fine degli anni '60, il *Dizionario Biografico degli italiani* affidò a me la voce "Giuseppe Bottai". Mi valse della conoscenza della vedova (lui era morto nel 1959), la quale non abitava lontano da casa mia. Diventai ospite abituale in casa Bottai, dove mi furono messe generosamente a disposizione tutte le carte personali del ministro di Mussolini. Segnalai a De Felice l'esistenza della seconda parte del "Diario". La chiave interpretativa del mio lavoro biografico, pubblicato anche da "Politica del diritto" (1970) in versione più ampia, era il Bottai programmatore, prima sottosegretario e poi ministro delle corporazioni, successivamente ministro dell'Educazione nazionale (come allora si chiamava l'Istruzione), autore o co-autore della Carta del lavoro e della Carta della scuola, Governatore di Roma e di Addis Abeba. In tutte queste esperienze c'era un elemento comune: l'influenza del "Planisme", della pianificazione russa, del "New Deal" americano. A riprova basti ricordare che non passava anno che non arrivasse in Italia, durante il ventennio, un giornalista o uno studioso americano per studiare l'esperienza corporativa fascista. Più tardi l'ideologia pianificatrice avrebbe continuato a manifestare il suo peso, con l'articolo 41 della Costituzione, la creazione dell'apposito ministero del Bilancio e della programmazione economica e i tentativi di passare ad esso compiti e strutture del ministero del Tesoro.

Ho già ricordato la ricerca condotta con De Felice. Uno dei prodotti suscitati dalla sua lettura fu l'articolo, pubblicato su "Storia contemporanea" nel 1974, "La preparazione della riforma bancaria del 1936". Era uno studio che idealmente continuava e completava le ricerche sul corporativismo, perché vi mettevo in luce l'emersione di nuove burocrazie, le amministrazioni parallele, ispirate a un'idea nittiana, realizzata da Beneduce, "il ministro delle finanze segreto" di Mussolini. La legge bancaria era nata nell'Istituto per la ricostruzione industriale - IRI. Le corporazioni erano estranee alla sua gestazione. Di qui

una storia occulta, quella che si svolse nell'IRI, e una palese, la breve discussione di ratifica svolta "in chiaro" negli organi corporativi.

Uno sviluppo dell'interesse per Bottai rappresentò l'articolo, del 1975, apparso nella "Rassegna degli archivi di Stato" su "I beni culturali da Bottai a Spadolini", nel quale ricostruivo la nascita delle leggi del 1938 e 1939, l'azione di Bottai e la collaborazione con Santi Romano e alcuni giovani burocrati del Ministero della pubblica istruzione, come Cesare Brandi e Giulio Carlo Argan.

Nello stesso anno, Costanzo Casucci pubblicò nel volume collettaneo "Interpretazioni del fascismo" il mio "Politica del consenso e strutture dell'apparato statale fascista", in cui discutevo le tesi di De Felice sugli "anni del consenso (1929 – 1936), la differenza tra fascistizzazione attiva e fascistizzazione passiva, il ruolo di Mussolini come punto di equilibrio tra apparati ministeriali tradizionali, nuovi enti e fascismo – movimento.

"Formazione e disegno della legge bancaria", si intitolò invece la relazione al convegno del 1980 organizzato da Saraceno, parte della ricerca promossa da lui stesso personalmente e dal Banco di Roma: vi mostravo continuità e discontinuità tra le due leggi bancarie, quella del 1926 e quella del 1936, quest'ultima a chiusura del ciclo delle riforme IRI.

"Questione amministrativa e questione meridionale nell'età del fascismo: problemi di lungo periodo e di breve periodo", del 1981, apparso negli studi per Andrea Arena, era una parte di un lavoro più ampio, apparso nella collana Giordani della Svimez. Vi ritornavano due temi a me cari, quello della continuità tra fascismo, prefascismo e postfascismo, e quello della burocrazia e della meridionalizzazione, avviatasi all'inizio del secolo e approfonditasi nel periodo fascista.

Della stessa ricerca, svolta con Saraceno e Giannini, faceva parte il saggio su "La lunga durata delle istituzioni finanziarie degli anni Trenta", pubblicato nel 1982, dove esaminavo gli interventi economici statali degli anni Trenta a paragone con quelli stranieri, e consideravo la forza imitativa dell'azione statale, mostrando come le vere riforme di struttura andassero ben oltre la crisi, come, negli anni '30, il potere si spostasse verso lo Stato, e come apparissero allora nuovi principi, nuovi apparati, nuove forme di controllo.

Dell'anno successivo fu il saggio su "La "divisione del lavoro bancario". Distribuzione funzionale e territoriale del credito dal 1936 ad oggi" (in "Economia italiana"), che già nel titolo evidenziava una tesi "continuista" e che analizzava in particolare le convenzioni preparatorie della riforma del 1936.

In continuità non casuale, l'anno successivo, il 1983, appariva nel volume collettaneo su "L'economia italiana tra le due guerre", lo scritto su "Gli enti pubblici e l'economia", che ritornava sul tema del nittismo e degli enti Beneduce intesi come "potenti ausiliari del Tesoro". Lo stesso volume conteneva un breve profilo di Bottai, intitolato "Bottai e l'economia fascista".

Più approfondita era l'analisi degli "Statuti degli enti Beneduce" nel saggio con questo titolo apparso in "Storia contemporanea" del 1984. Vi indicavo Giolitti e Nitti come primi ispiratori già nell'ante prima guerra mondiale (istituzione dell'INA) e elencavo i caratteri

degli enti Beneduce: natura consortile, assenza di espressa menzione della loro pubblicità, scarsi rapporti con lo Stato, influenza del modello delle società commerciali, non equiparazione dei dipendenti a quelli statali.

“È ancora attuale la legge bancaria del 1936?”, apparso in “Bancaria” nel 1985, esaminava il sèguito della legge bancaria, dal 1945 in poi.

“Stato ed economia: il problema storico”, apparso in un volume collettaneo curato da Lange e Regini, dal titolo “Stato e regolazione sociale” (il Mulino, 1987), approfondiva l’analisi del ruolo centrale dello Stato.

Con l’ausilio di nuove fonti, “Il problema storico della legge bancaria”, pubblicato nel volume, da me curato, su “Come è nata la legge bancaria del 1936” (1988) esaminava analiticamente la storia “segreta” della legge, grazie all’uso delle note dell’Agenzia Stefani.

Fu solo con il passaggio alla Corte costituzionale e con l’inizio dell’insegnamento alla Scuola Normale Superiore, in anni relativamente recenti, che ripresi gli studi sul fascismo, pubblicando nel 2010 “Lo Stato fascista” (il Mulino), al cui centro vi erano le strategie istituzionali del fascismo, il corporativismo e la crisi dello Stato, nonché la critica della tesi del fascismo come movimento che costruì uno Stato totalitario.

3. *Gli studi sul fascismo*

Che cosa hanno in comune questa ventina di studi sul fascismo, pensati e scritti in epoche diverse e in momenti successivi della mia biografia di studioso?

In primo luogo, a me sembra, l’impostazione, secondo la quale lo studio del fascismo va inteso come studio di uno dei capitoli dei rapporti tra Stato ed economia. Ricordo che quando scrivevo i miei primi lavori era ancora in vita l’IRI e vigeva la legge bancaria degli anni Trenta. Questi studi storici erano in continuità con gli altri miei studi, di carattere non storico, sulla natura degli enti definiti pubblici, e sui rapporti tra Stato ed economia.

In secondo luogo, ne ha rappresentato un tratto comune la critica della impostazione del fascismo come parentesi, a favore della tesi, opposta, della continuità con il “prima” e con il “dopo”. Molte riforme fasciste non sono fasciste in senso proprio, molte di esse permangono nel periodo successivo, molti istituti, introdotti in Italia dal fascismo, furono sperimentati in quella stessa epoca altrove da governi democratici. Quindi, legame con l’età giolittiana e con l’Italia repubblicana, ma anche ponte tra Italia e altri Paesi.

Il terzo motivo ricorrente è quello che Piero Calamandrei chiamò dell’illegalità pianificata o del regime a doppio fondo: per comprendere gli anni del fascismo bisogna non fermarsi alla superficie, guardare il “law in books”, ma anche il “law in action”. Dunque occorrono studi, specialmente su fonti dirette, d’archivio, che illuminino le prassi amministrative e di esecuzione delle leggi.

Il quarto motivo unitario è quello che chiamerei dell’equilibrio tra “dentro” e “fuori” dello Stato, burocrazie tradizionali, nuovi enti, movimenti sociali. Mussolini, proprio perché seppe essere un abile punto di equilibrio tra questi elementi, riuscì a governare per

un ventennio. Egli fu certamente un “decisore”, come amò rappresentarsi; ma agì anche accortamente, e in molte occasioni, come mediatore, moderatore delle varie tendenze interne al regime, garante dell’equilibrio tra vecchio e nuovo.

Il quinto motivo ricorrente di questo studi è l’aspirazione, che mi pare li caratterizzi, a spiegare lo Stato attuale in chiave storica, con un’analisi ispirata alla tecnica delle prospezioni geologiche, mirando a distinguere i vari strati e le loro interazioni; il che serve anche a mettere le istituzioni di oggi in prospettiva storica.

Non so se gli studi sul fascismo siano oggi più maturi di quanto lo fossero quando ho iniziato a interessarmene, sessant’anni fa. Sono certamente più ricchi. Ma ancora domina l’idea della parentesi, mentre, paradossalmente, la conclusione che traggo dalle mie ricerche sul fascismo è che dovremmo smettere di studiare il fascismo e prestare attenzione, invece, alla “lunga durata”, ad altre correnti di fondo che “attraversano” il fascismo, oppure ne sono influenzate profondamente.

Vi sono ancora esigenze storiografiche insoddisfatte. Conosciamo poco il ruolo dell’industria elettrica e la formazione del testo unico sulle acque e gli impianti elettrici. Non sono state fatte ricerche d’archivio sulla legge sugli impianti industriali. Sarebbe utile conoscere meglio il funzionamento del Partito nazionale fascista inteso come una sorta di piccolo Stato, con le sue erogazioni di “Welfare”. Manca una storia accurata delle minori partecipazioni statali fasciste.

Insomma, c’è ancora molto da fare per storici e giuristi volenterosi.

Bugie di carta: un argine penale al negazionismo*

di Nausica Palazzo **

SOMMARIO 1. Introduzione. – 2. La diffusione del delitto di negazionismo sul piano comparato. – 3. La fattispecie di negazionismo in Italia. – 4. La giuridificazione della storia e della storiografia. – 5. Profili critici della sanzione penale: il giudizio di proporzionalità in senso lato. – 5.1. La legittimità dei fini. – 5.2. La connessione razionale tra i mezzi e i fini, le alternative alla sanzione penale e il giudizio di proporzionalità in senso stretto. – 6. Alcune considerazioni conclusive.

1. Introduzione

Il dibattito di giuristi, storici e studiosi di vario genere — del resto mai sopito — sul tema del negazionismo dimostra, per ampiezza e profondità, la centralità del tema nella definizione della base valoriale e nell’attuazione del patto costituzionale degli ordinamenti liberi.

Gli ordinamenti costituzionali contemporanei, consci del loro essere sistemi soggetti a processi autoimmunitari, in grado di rivolgersi contro se stessi, hanno avvertito sin dal momento costituente il problema della necessaria limitazione di alcuni diritti fondamentali in funzione di protezione dell’esistente (c.d. democrazie protette)¹⁷⁶⁹. Nel caotico contesto attuale, catturabile con molti aggettivi, tra cui «postmoderno», la paura di non riuscire a mantenere un’identità, una coscienza storica, di non «essere» più niente perché le polarità sono troppo distanti e forse devono essere semplicemente giustapposte, senza fare sintesi, porta alcuni ordinamenti ad attivare le disposizioni di protezione o a introdurne delle nuove. Per quanto atipiche, tra queste rientrano le fattispecie penali volte a punire la negazione dei crimini di genocidio. E da qui si arriva a lambire un problema limitrofo: fino a che punto i sistemi connotati da un forte pluralismo sociale possano reggere un ulteriore sviluppo del processo di democratizzazione¹⁷⁷⁰? Qual è verosimilmente il punto di rottura?

In anni relativamente recenti si è potuto assistere ad una duplice tendenza: una progressiva attrazione della memoria nell’alveo processo di costruzione di identità collettive, e un graduale tentativo di decostruire la storia “ufficiale”.

*Contributo sottoposto a *double blind peer review*

** Dottoranda di ricerca in *Studi Giuridici Comparati ed Europei* presso Università degli Studi di Trento

¹⁷⁶⁹ A tal proposito si può fare l’esempio dei limiti alle finalità (politiche) perseguibili dai partiti politici; limiti che Aldo Moro ebbe a definire «una cosa veramente pericolosa» nel suo intervento in sede di Assemblea Costituente del 22 maggio 1947.

¹⁷⁷⁰ R.A. Dahl, *Dilemmas of Pluralist Democracy: Autonomy vs. Control*, New Heaven, CT, Yale University Press, 1983.

Quanto al primo profilo, se ne possono rinvenire le origini nel fenomeno di “memory boom”¹⁷⁷¹, nel crollo dei regimi autoritari e nella diffusione della cultura e dell’ideologia dei diritti umani¹⁷⁷², con la conseguente nascita di rivendicazioni da parte delle vittime di genocidio. In particolare, il fenomeno di “memory boom”, visibile in Europa specialmente in ambito accademico e a livello di opinione pubblica, culminante con l’introduzione di giornate della memoria, siti della memoria e una pletera di gesti simbolicamente commemorativi, è stato il frutto di pressioni ad un tempo politiche e tecnologiche. Politiche in quanto la società e le istituzioni hanno compreso la malleabilità del dato storico, e la opportunità di preservarlo al fine di proteggere un’identità di gruppo (coincidente con lo Stato-nazione, se operata dalle istituzioni governative). Tecnologiche in quanto le innovazioni sul piano, appunto, tecnologico hanno consentito la raccolta su vasta scala delle “voci della memoria”, promuovendone a un tempo la diffusione e sacralizzazione: «There is a kind of laying on of hands in such encounters. The person who suffered knows about a mystery - the mystery of evil and the miracle of survival - and we who listen may thereby enter the mystery and share the miracle»¹⁷⁷³.

Sotto il secondo dei due profili citati, anche la ricerca storica è andata incontro a quel processo post-moderno di decostruzione che pare aver toccato la gran parte delle discipline, e, tra le tante, la letteratura, la filosofia cognitiva¹⁷⁷⁴ — e da qui applicata agli studi di genere, razza, etc. Con tale processo si allude all’individuazione di incongruenze, vuoti e fratture volte a far implodere il concetto stesso di sistema, con la sua apparenza di coerenza e di unità. Le tecniche decostruttiviste ovviamente si prestano essere utilizzate in maniera e per scopi diversi. È pensabile ad esempio un loro impiego non ortodosso, nel senso di non sorretto da basi scientifiche, volto semplicemente a confutare aspetti di dettaglio per mettere in dubbio la struttura d’insieme.

La storia non è dunque immune da decostruzione; anch’essa è stata vittima dell’incontrollata divulgazione di idee, spesso false, orripilanti, “immorali”, odiose. Con il neologismo “negazionismo” si allude alla corrente di pensiero di (autoproclamati) storici revisionisti che a partire dagli anni Sessanta cominciarono a porre in dubbio la narrazione “egemonica” circa la deportazione e lo sterminio degli ebrei, e, in ultimo, lo stesso verificarsi di tali eventi storici¹⁷⁷⁵. Il negazionismo si distingue nettamente dal revisionismo in quanto quest’ultimo, e solo quest’ultimo, mostra sforzi di ricostruzione analitica della storia¹⁷⁷⁶. Al contrario, i negazionismi

¹⁷⁷¹ *Ex multis*: J. Winter, ‘The Generation of Memory. Reflections on the “Memory Boom”’, in ‘Contemporary Historical Studies’, *Canadian Military History*, Vol. 10, n. 3, 2001, pp. 75-66; R. Ned Lebow, ‘The Future of Memory’, *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 617, n. 1, 2008, pp. 25-41; P. Lagrou, ‘Europe as a Place for Common Memories? Some Thoughts on Victimhood, Identity and Emancipation from the Past’, in M. Blaive - C. Gerbel - T. Lindenberger (Eds.), *Clashes in European Memory: The Case of Communist Repression and the Holocaust*, Innsbruck, Wien, Bozen, StudienVerlag, 2011, pp. 281- 288.

¹⁷⁷² L. Cajani, ‘La storia nel mirino del diritto penale’, *Dpceonline*, n. 1/2016, p. 1.

¹⁷⁷³ J. Winter, ‘The Generation of Memory: Reflections on the “Memory Boom” in Contemporary Historical Studies’, *Archives & Social Studies*, Vol. 1, no. 0, 2007, p. 373.

¹⁷⁷⁴ Il decostruttivismo, inteso come corrente del pensiero filosofico occidentale, affonda le sue radici nel lavoro di Jacques Derrida.

¹⁷⁷⁵ Il termine appare per la prima volta nel lavoro di H. Rousso, *Le Syndrome de Vichy: De 1944 à nos jours*, Parigi 1987, p. 166.

¹⁷⁷⁶ C. Caruso, ‘Tolleranza per gli intolleranti? Una ragionevole apologia della libertà di espressione’, *Dpce online*, n. 1, 2016, p. 101. Secondo l’A., infatti, «La negazione di fatti di genocidio storicamente accertati, infatti, non risponde ad alcun intento scientifico, perché non mira a rivedere verità storiche consolidate secondo regole storiografiche. Il negazionismo, infatti, va tenuto distinto dall’ordinario revisionismo, quale «tendenza storiografica a rivedere le opinioni storiche consolidate, alla luce di nuovi dati e delle nuove conoscenze acquisite nel corso della ricerca, con

procedono “a dispetto del” dato, mediante un metodo facilmente liquidabile come antistorico e antiscientifico¹⁷⁷⁷. Rientrano nella categoria lavori quali “La truffa dei sei milioni” (“The Six Millions Swindle”¹⁷⁷⁸), in cui l’autore revoca in dubbio il numero di morti durante la Shoah; i lavori tesi a demitizzare il “mito” di Auschwitz¹⁷⁷⁹; o ancora a descrivere le camere a gas come luogo adibito all’eliminazione dei pidocchi, non già degli uomini¹⁷⁸⁰.

Eppure la diffusione di idee eterodosse è risultata essere il frutto dell’esercizio di un diritto di cui le democrazie libere hanno fatto il proprio fiore all’occhiello. Ed è proprio questo contrasto tra condotta penalmente rilevante e (scriminante dell’) esercizio di un diritto costituzionalmente tutelato a rendere la questione estremamente delicata e di difficile soluzione. La partita, come dimostra efficacemente la giurisprudenza delle corti nazionali e sopranazionali in materia, continua a giocarsi proprio lungo il crinale di una simile distinzione.

Il presente scritto intende dunque ripercorrere i principali interventi normativi in tema di negazionismo in Europa, e, in particolare, la neo introdotta aggravante “italiana”; analizzare alcuni profili critici connessi alla giuridificazione della storiografia e alla penalizzazione del negazionismo — due piani, quelli della giuridificazione e penalizzazione, da tenere distinti e da affrontare nell’ordine dato. Infine, si proverà ad immaginare un ipotetico vaglio di proporzionalità da parte della Corte di Giustizia della normativa italiana, per verificare la compatibilità con i principi a tutela della libertà di espressione.

2. La diffusione del delitto di negazionismo sul piano comparato

La Corte d’Appello di Parigi nel 1865, in una controversia riguardante il libro “La Route de Varennes” di Dumas, aveva a dichiarare che «non esiste verità che lo storico non abbia il diritto di dire; che tutti gli avvenimenti della vita pubblica rientrano nel suo dominio»¹⁷⁸¹. Non è difficile immaginare quanto in anni recenti ci si sia allontanati da un simile approccio.

A seguito della celebrazione del processo di Norimberga si è assistito al (ri)fiore¹⁷⁸² di una moltitudine di plessi normativi finalizzati a consegnare una versione ufficiale, statica, talvolta nazionalizzata di ciò che è storia.

il risultato di operare una reinterpretazione e una riscrittura della storia». Le narrazioni negazioniste oltrepassano l’analitica ricostruzione scientifica per esprimere opinioni mascherate da inattendibili giudizi di fatto».

¹⁷⁷⁷ M. Flores, Revisionismo storiografico, in *Treccani.it - Enciclopedia Italiana*, VII Appendice, 2007.

¹⁷⁷⁸ J. App Austin, *The Six Million Swindle: Blackmailing the German People For Hard Marks With Fabricated Corpses*, Takoma Park, MD, Boniface Press, 1976.

¹⁷⁷⁹ D. Irving (Ed.), *The Leuchter Report: Auschwitz: The End of the Line: The First Forensic Examination of Auschwitz*, Focal Point Edition, 1989.

¹⁷⁸⁰ Una descrizione dei principali testi negazionisti è rinvenibile in R.S. Wistrich, *Holocaust Denial: The Politics of Perfidy*, Berlin, Walter de Gruyter, 2012.

¹⁷⁸¹ App. Paris, 26 aprile 1865, in S., 1865, p. 289, riportata in G. Resta - V. Zeno Zencovich, ‘La storia giuridificata’ in G. Resta e V. Zeno Zencovich (cur.), *Riparare. Risarcire. Ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012.

¹⁷⁸² La “drammaturgia” della storia di parte (quella del vincitore ovviamente) ha origini ben più antiche: F. Cortese, ‘Memoria e diritto. Contributo per un approccio non necessariamente centripeto (tra storia, giustizia e letteratura)’, *Rassegna di Diritto Pubblico Europeo*, n. 2/2012, 2013, p. 19-45.

In via di prima approssimazione si può notare come i Paesi europei abbiano accolto in larga parte il modello della rilevanza penale delle fattispecie negazioniste¹⁷⁸³, a fronte della scelta degli ordinamenti statunitense e canadese di privilegiare le soluzioni in campo civile e amministrativo (si ricordi a tal proposito la *litigation* scaturita dal Civil Rights Act negli Stati Uniti). In aggiunta, lo standard maggiormente stingente di scrutinio in tema di limitazioni all'*hate speech* fa sì che negli Stati Uniti la soluzione privilegiata sia piuttosto quella di combattere il discorso dell'odio attraverso una maggiore libertà di parola, con l'intento di emarginare le tesi negazioniste¹⁷⁸⁴.

In via di seconda approssimazione, la divergenza tra le due famiglie giuridiche, e l'approccio maggiormente paternalistico dei Paesi di *civil law*, oltre ad avere radici che affondano nelle differenti tradizioni giuridiche dei due macrosistemi, è dovuto alla prossimità geografica dei crimini commessi durante la seconda guerra mondiale. La punizione del negazionismo è stata infatti vissuta da taluni Paesi, resisi complici della perpetrazione dei crimini, quale forma di espiazione dei riprovevoli fatti del passato¹⁷⁸⁵, oltre che come un tentativo di arginare i numerosi gruppi neonazisti presenti sul territorio, in grado di minacciare la sopravvivenza stessa delle democrazie libere sorte dalle ceneri della guerra.

La prima di tali leggi fu approvata in Germania nel 1985¹⁷⁸⁶, cui seguì Israele nel 1986¹⁷⁸⁷, e ancora la Francia con l'approvazione della nota *loi Gayssot*¹⁷⁸⁸. Il caso francese è di estremo interesse per il vivace dibattito che accompagnò l'introduzione della legge e per il successivo proliferare di *loi memorielles*¹⁷⁸⁹: la legge sul genocidio armeno¹⁷⁹⁰, la legge sulla tratta degli schiavi¹⁷⁹¹, e infine la legge sulle colonie francesi, nota come *loi Makachera*¹⁷⁹². Tra tutte forse proprio l'ultima delle *loi memorielles* fu la più contestata¹⁷⁹³, nel suo intento di limitare la libertà d'insegnamento attraverso l'imposizione di una versione storica che riconoscesse il ruolo positivo svolto dalla Francia nelle ex colonie. Ai sensi del primo alinea del comma secondo dell'art. 4 della *loi Makachera*, infatti: «Les programmes scolaires reconnaissent en particulier le rôle positif de la

¹⁷⁸³ R. Kiska, 'Hate Speech: A Comparison Between the European Court of Human Rights and the United States Supreme Court Jurisprudence', *Regent University Law Review*, Vol. 25, 2013, pp. 107, 138.

¹⁷⁸⁴ J.C. Knechtle, 'Holocaust Denial and the Concept of Dignity in the European Union', *Florida State University Law Review*, Vol. 36, 2008, pp. 41, 55.

¹⁷⁸⁵ R.W. Smith, 'Legislating Against Genocide Denials: Criminalizing Denial or Preventing Free Speech?', *University of St. Thomas journal of law & public policy*, Vol. 4, 2009-2010, p. 134.

¹⁷⁸⁶ Bundesrepublik Deutschland, Strafgesetzbuch, § 130.

¹⁷⁸⁷ Denial of Holocaust (Prohibition) Law, 5746-1986, art. 2, approvata dalla Knesset il 1 Tammuz 5746 (8.7.1986).

¹⁷⁸⁸ Loi n° 90-615 du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe. L'art. 9, che va a modificare l'art. 24 *bis* della Legge sulla libertà di stampa, punisce chiunque contesti (anche mediante immagini o discorsi pubblici) la Shoah, e nella specie «l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité tels qu'ils sont définis par l'article 6 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 et qui ont été commis soit par les membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 du dit statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale».

¹⁷⁸⁹ Sui limiti delle leggi memoriali v. per tutti: A. Pugiotto, 'Quando (e perché) la memoria si fa legge', *Quaderni costituzionali*, n. 1/2009, pp. 7 ss.

¹⁷⁹⁰ Loi n° 2001-70 du 29 janvier 2001 relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915.

¹⁷⁹¹ Loi n° 2001-434 du 21 mai 2001 tendant à la reconnaissance, par la France, de la traite et de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité.

¹⁷⁹² Loi n° 2005-158 du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés.

¹⁷⁹³ In proposito, si veda l'appello degli storici Claude Liauzu, Gilbert Meynier, Gérard Noiriel, Frédéric Régent, Trinh Van Thao e Lucette Valensi: 'Colonisation: non à l'enseignement d'une histoire officielle', *Le Monde*, 25.3.2005.

présence française outre-mer, notamment en Afrique du Nord, et accordent à l'histoire et aux sacrifices des combattants de l'armée française issus de ces territoires la place éminente à laquelle ils ont droit». La disposizione, mirando ad imporre un contenuto specifico all'insegnamento della storia nelle istituzioni scolastiche, è stata successivamente riconosciuta incompatibile con la Costituzione francese dal *Conseil constitutionnel*¹⁷⁹⁴. È proprio il fiorire di *loi mémorielles* a mostrarsi come un avveramento del timore espresso da molti storici, secondo cui la ricerca storica mal tollera l'autorità dello Stato¹⁷⁹⁵.

La legge francese appartiene al novero di Paesi tendenti a punire la sola “negazione”, seppur il lemma utilizzato in Francia, “contester”, abbia una latitudine semantica evidentemente più ampia di “nier”. Ad ogni modo, le leggi austriaca¹⁷⁹⁶, tedesca e belga¹⁷⁹⁷ aggiunsero ulteriori tipologie di condotta materiale tipica, sempre riconducibili ai soli crimini nazisti, quali: la giustificazione, la minimizzazione grossolana o l'approvazione di tali crimini. Si noti a tal proposito che in Germania le condotte tendono in parte a sovrapporsi se si considera che la minimizzazione, senza contestuale negazione o approvazione, non supera nell'interpretazione dei giudici la soglia del penalmente rilevante¹⁷⁹⁸. Inoltre, è da condividere il tentativo del legislatore tedesco di restringere l'ambito della punibilità alle sole condotte in grado di turbare la pace pubblica, da intendersi tanto in senso oggettivo (sicurezza pubblica) quanto soggettivo (sentimento di sicurezza dei cittadini), e, secondo l'interpretazione dominante, quale clausola di pericolo concreto (o al più astratto-concreto)¹⁷⁹⁹.

La Svizzera ampliò invece il perimetro della norma al punto da far sì che tali atti di negazione, minimizzazione grossolana o giustificazione potessero riguardare tutti i genocidi e crimini contro l'umanità¹⁸⁰⁰, incluso il genocidio armeno, non ancora formalmente riconosciuto da alcun tribunale internazionale. Assieme alla Spagna e al Portogallo, la Svizzera si colloca nella c.d. seconda ondata di penalizzazione, mirante a coprire i crimini di genocidio *tout court*. Appartengono a tale stadio anche Repubblica ceca, Polonia e Ungheria, i cui codici penali introdussero il reato di negazione dei crimini commessi dal regime comunista¹⁸⁰¹.

La varietà di soluzioni adottate consente un'ulteriore classificazione, sulla scorta del bene giuridico oggetto di protezione. Ad esempio, mentre in Germania tale risulta essere l'ordine pubblico, il modello francese si basa sulla protezione della dignità umana¹⁸⁰².

Le scelte legislative possono, in sintesi, distinguersi a seconda: 1. del bene giuridico oggetto di protezione; 2. della tipologia di crimine negato (con copertura progressiva, oltre all'originario

¹⁷⁹⁴ Conseil Constitutionnel, Décision n° 2006-203 L du 31 janvier 2006.

¹⁷⁹⁵ Tra tutti si veda: M. Rebérioux, ‘Le Génocide, le juge et l'historien’, *L'Histoire*, n. 138, 1990, pp. 92-94.

¹⁷⁹⁶ Bundesverfassungsgesetz, mit dem das Verbotsgesetz geändert wird (Verbotsgesetz-Novelle 1992), in “Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich”, 19.3.1992.

¹⁷⁹⁷ Loi tendant à réprimer la négation, la minimisation, la justification ou l'approbation du génocide commis par le régime national-socialiste allemand pendant la seconde guerre mondiale, 23.03.1995.

¹⁷⁹⁸ P. Lobba, ‘La lotta al razzismo nel diritto penale europeo dopo Lisbona: Osservazioni sulla decisione quadro 2008/913/GAI e sul reato di negazionismo’, ius17@unibo.it, n. 3/2011, p. 142.

¹⁷⁹⁹ BGH 1. Strafsenat, 1StR 184/00, 12 dicembre 2000.

¹⁸⁰⁰ Loi fédéral 18.6.1993, in vigore dal 1.1.1995.

¹⁸⁰¹ G. Teruel Lozano, ‘Il reato di negazionismo nella prospettiva europea: tentativo di ricostruzione costituzionalmente orientata’, *Rivista AIC*, n. 2/2014, pp. 18 e ss.

¹⁸⁰² G. Della Morte, ‘L'introduzione del reato di negazionismo in Italia. Una prospettiva critica alla luce dell'ordinamento internazionale’, *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 3/2014, p. 1192-1193.

negazionismo olocaustico, della negazione degli altri genocidi e crimini contro l'umanità); 3. del tipo di condotta materiale tipica (con copertura progressiva, oltre all'originaria condotta di negazione, delle condotte di giustificazione, minimizzazione grossolana o approvazione).

Con il passare del tempo si assiste dunque al consolidamento del modello europeo della rilevanza penale del negazionismo e ad un contemporaneo ampliamento della sfera del penalmente rilevante, sia sotto il profilo temporale che spaziale, ed al di là dell'originaria unicità del paradigma della Shoah¹⁸⁰³.

Anche le organizzazioni sopranazionali cominciarono a mostrare un interessamento crescente verso il tema, rinunciando all'originale impianto funzionalista dell'ordinamento per ergersi al ruolo di sentinelle dei valori e della comune identità europea. Dopo l'introduzione di un'Azione comune¹⁸⁰⁴ nel 1996 da parte dell'Unione, al fine di promuovere la cooperazione giudiziaria fra Stati membri in materia di contrasto ai reati di stampo razzista e xenofobo, nel 2008 fu la volta della Decisione-quadro sulla lotta contro il razzismo e la xenofobia della Commissione europea¹⁸⁰⁵.

La Decisione, nel suo intento di promuovere l'omogeneizzazione legislativa in materia negazionista, si fa promotrice dello strumento penale in caso di: a) *istigazione pubblica alla violenza o all'odio*, nei confronti di un gruppo di persone, o di un suo membro, definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica; b) *perpetrazione di uno degli atti di cui al punto precedente mediante la diffusione e la distribuzione pubblica di scritti, immagini o altro materiale*; c) *apologia, negazione o minimizzazione grossolana dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra*, quali definiti agli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale, dirette pubblicamente contro un gruppo di persone, o un membro di tale gruppo, definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica, quando i comportamenti siano posti in essere in modo tale da istigare alla violenza o all'odio nei confronti di tale gruppo o di un suo membro; d) *apologia, negazione o minimizzazione dei crimini di cui al punto precedente riguardanti la Shoah*.

In risposta alla crescente preoccupazione espressa dagli Stati membri, la Decisione introduce all'art. 7 par. 1 una clausola di salvaguardia "generale", in base alla quale:

«2. La presente decisione quadro *non ha l'effetto di imporre* agli Stati membri di prendere misure che siano in contrasto con i principi fondamentali riguardanti la libertà di associazione e la libertà di espressione, in particolare la libertà di stampa e la libertà di espressione in altri mezzi di comunicazione, quali risultano dalle tradizioni costituzionali o dalle norme che disciplinano i diritti e le responsabilità della stampa o di altri mezzi di comunicazione, nonché le relative garanzie procedurali, quando tali norme riguardano la determinazione o la limitazione della responsabilità».

¹⁸⁰³ R. Gordon, *Scolpitelo nei cuori. L'Olocausto nella cultura italiana*, Torino, Bollati Boringhieri, 2013.

¹⁸⁰⁴ Azione comune del 15 luglio 1996 adottata dal Consiglio a norma dell'articolo K.3 del trattato sull'Unione europea, nell'ambito dell'azione intesa a combattere il razzismo e la xenofobia (96/443/GAI), in "Gazzetta ufficiale delle Comunità europee", 24.7.1996, L185, pp. 5-7.

¹⁸⁰⁵ Proposta di decisione-quadro del Consiglio sulla lotta contro il razzismo e la xenofobia, GUCE 26.3.2002, C 75 E, pp. 269-273. Su cui si veda: P. Lobba, *L'espansione del reato di negazionismo in Europa: dalla protezione dell'Olocausto a quella di tutti i crimini internazionali. Osservazioni sulla decisione quadro 2008/913/GAI*, *Ius17@unibo.it*, n. 3/2011, p. 17 ss.

Se da una parte la clausola pare ritagliare un rilevante spazio di manovra in favore degli Stati, dall'altra non bisogna dimenticare che «i principi fondamentali riguardanti la libertà di associazione e la libertà di espressione» in questione siano i principi fondamentali dello stesso ordinamento europeo, così come sanciti nella Carta di Nizza e nella CEDU (*ex art. 6 TUE*) e sedimentati dalla Corte di Giustizia dell'Unione (in applicazione della c.d. dottrina *Melloni*).

Sono poi previste due ulteriori clausole di salvaguardia, ora “specifiche”, per restringere la portata applicativa della disciplina interna. L'art. 1, par. 2 consente agli Stati membri di sanzionare le sole condotte idonee ad attentare all'ordine pubblico, ovvero le condotte minacciose, offensive o diffamatorie (trattasi, dunque, di una clausola di pericolo); mentre, il quarto paragrafo dell'articolo consente di inserire una clausola che subordini l'integrazione della fattispecie all'emanazione di una sentenza definitiva di accertamento del crimine “negato” da parte di una corte nazionale e/o internazionale. Non la negazione di un qualsivoglia crimine sarebbe in tal caso punita, ma dei soli crimini di genocidio, di guerra o contro l'umanità accertati da un tribunale nazionale ovvero internazionale.

La Decisione, da più parti criticata, conterrebbe invero alcuni termini eccessivamente vaghi e scarsamente selettivi. Non è chiaro ad esempio cosa si intenda per “minimizzazione grossolana”: può costituire una minimizzazione grossolana la contestazione del numero delle vittime? In caso affermativo, non è forse questo uno dei campi su cui la ricerca storica ha il dovere di gettare luce e dibattere? In aggiunta, come si concilia la clausola del par. 2 dell'art. 1, volta a punire le condotte offensive e diffamatorie, con il pericolo concreto che le condotte incitino alla violenza di cui alle lettere c) e d) del par. 1? Lungi dal limitare la sfera del penalmente rilevante, non sono forse questi requisiti meno stringenti¹⁸⁰⁶? È problematico, inoltre, l'accostamento che la Decisione sembra operare tra due ipotesi affatto diverse: la negazione di un fatto storico e la negazione dell'interpretazione e definizione giuridica che di tale fatto storico i ricercatori sono chiamati a fornire¹⁸⁰⁷.

3. La fattispecie di negazionismo in Italia

In risposta alle crescenti pressioni delle istituzioni europee, anche l'Italia ha optato per l'introduzione di una sanzione penale per la repressione delle condotte negazioniste. La scelta è in realtà caduta su di una penalizzazione morbida, nel senso che, anziché introdurre un'autonoma figura di reato, modificando l'art. 414 del codice penale, come previsto dal disegno di legge 54-B approvato dal Senato l'11 febbraio 2015 e modificato dalla Camera il 13 ottobre 2015, si è preferito optare per una circostanza aggravante (*accidentale delicti*). Ne consegue che il giudizio di selettività penalistica è ad ogni modo operato entro i confini dell'offesa agli interessi lesi dalla condotta di propaganda o istigazione¹⁸⁰⁸.

¹⁸⁰⁶ S. Gorton, 'The Uncertain Future of Genocide Denial Laws in the European Union', *George Washington International Law Review*, Vol. 47, 2015, p. 436.

¹⁸⁰⁷ L. Cajani, 'La storia nel mirino del diritto penale', cit., p. 12.

¹⁸⁰⁸ D. Pulitanò, 'Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio', *Diritto penale contemporaneo* (www.dirittopenalecontemporaneo.it), 16.03.2015, p. 1, 5.

La legge n. 115/2016 introduce un'aggravante speciale per il tramite di un nuovo comma (3 *bis*) all'art. 3 della Legge n. 654/1975, di ratifica ed esecuzione della Convenzione contro il razzismo¹⁸⁰⁹ (c.d. Legge Mancino). La Legge n. 654/1975 punisce: la propaganda razzista (chiunque «diffonde in qualsiasi modo idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico»), l'istigazione alla discriminazione razziale (chiunque «incita a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi»), ovvero l'incitamento alla violenza per motivi razziali (chiunque «in qualsiasi modo incita a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi»). La nuova fattispecie aggravata (plurioffensiva) prevede ora un inasprimento della pena della reclusione, da due a sei anni, se la propaganda (art. 3, co. 1, l. a)), l'istigazione (art. 3, co. 1, l. b)) o l'incitamento (art. 3, co. 3) si fondano in tutto o in parte sulla negazione della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dallo Statuto della Corte penale internazionale.

Si tratta in sintesi di un'aggravante speciale, oggettiva, atipica e indipendente¹⁸¹⁰ applicabile ai fatti base della legge Mancino. Esistono diverse gradazioni all'interno della disciplina italiana, nessuna delle quali prevede un pericolo concreto del verificarsi dell'evento lesivo. I fatti base di propaganda, istigazione e incitamento, aggravati per l'aver commesso il fatto negando uno dei crimini di genocidio elencati, sono punibili se dalla condotta derivi un pericolo di diffusione, che è cosa ben diversa dal pericolo concreto del verificarsi dell'evento lesivo. La portata della norma è per questa via ristretta ai soli fatti di propaganda, istigazione e incitamento idonei a diffondersi, al di fuori quindi dei soli casi di “opinione personale”, non destinati alla circolazione tra un più vasto uditorio.

Può affermarsi, dunque, che in Italia il reato di genocidio non abbia “necessariamente” una componente istigatoria, con tutti i problemi di compatibilità costituzionale e con il diritto europeo di cui si dirà. Per contro, la scelta di introdurre un'aggravante impone di rintracciare tutti gli elementi costitutivi del fatto base (più gli elementi dell'aggravante, che si pone necessariamente in rapporto di specie a genere rispetto al primo). Ne deriva la possibilità di escludere la punibilità di tutti quei fatti che, pur traducendosi nella negazione della Shoah ovvero dei crimini genocidiari di cui allo Statuto, cionondimeno non risultano fondate su un'idea di superiorità razziale o etnica, ovvero sull'odio razziale o etnico (nego, ad es., che gli ebrei siano stati sterminati nei campi di concentramento, senza tuttavia sostenere alcuna idea di superiorità della razza ariana). È assai difficile immaginare una dissociazione del genere, eppure la legge la rende virtualmente possibile.

Tornando al piano del *drafting* legislativo, le condotte di cui sopra devono essere commesse «in modo che [da tale manifestazione] derivi concreto pericolo di diffusione». L'avverbio «pubblicamente», dopo aver dato adito a un vivace dibattito in aula, mirante a scongiurare l'impunità di condotte discriminatorie commesse in luogo privato, è stato infine espunto.

¹⁸⁰⁹ Legge n. 115 del 2016 (progetto di legge n. 2874–B, prima firmataria la Sen. Silvana Amati), rubricata “Modifiche all'articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654, in materia di contrasto e repressione dei crimini di genocidio, crimini contro l'umanità crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale”.

¹⁸¹⁰ G. Puglisi, ‘A margine della c.d. “aggravante di negazionismo”: tra occasioni sprecate e legislazione penale simbolica’, *Diritto penale contemporaneo* (www.dirittopenalecontemporaneo.it), 15.07.2016, p. 2.

Il riferimento ai crimini di genocidio, guerra e contro l'umanità, così come definiti dallo Statuto della Corte Penale Internazionale (articoli 6, 7, e 8), è da accogliere favorevolmente se si considera la dovizia di particolari con cui tali crimini sono definiti all'interno dello strumento statutario (mediante elenchi tassativi di condotte-tipo). L'euforia va via via mitigandosi se, però, si scorre l'elenco di condotte-tipo. Il reato di negazionismo sarebbe integrato negando anche una sola delle condotte che identificano i crimini di guerra/contro l'umanità/di genocidio, e perciò anche in caso di negazione di condotte quali: «iv) distruzione ed appropriazione di beni, non giustificate da necessita militari e compiute su larga scala illegalmente ed arbitrariamente; v) costringere un prigioniero di guerra o altra persona protetta a prestare servizio nelle forze armate di una potenza nemica; vi) privare volontariamente un prigioniero di guerra o altra persona protetta del suo diritto ad un equo e regolare processo» (per i crimini di guerra) ovvero «k) Altri atti inumani di analogo carattere diretti a provocare intenzionalmente grandi sofferenze o gravi danni all'integrità fisica o alla salute fisica o mentale» (per i crimini contro l'umanità). L'elenco è dunque piuttosto ampio, ricomprendendo condotte connotate da disvalore assai variabile¹⁸¹¹. Nel caso dei crimini contro l'umanità, la disposizione statutaria sconta altresì un difetto di precisione.

Infine, non è stata esercitata l'opzione di cui all'art. 1, par. 4 della Decisione (circoscrivere i crimini in base all'esistenza o meno di una pronuncia definitiva di un tribunale nazionale o internazionale). La scelta è da condividersi. Infatti, il riferimento ai crimini, sì come accertati dal Tribunale di Norimberga, non può non lasciare perplessi, se si considera che in tale occasione il Tribunale non accertò i fatti genocidiari compiuti dai nazisti bensì i soli crimini di guerra. Mentre il generico riferimento all'accertamento da parte di un tribunale internazionale (operato tra l'altro in *Perinçek D*)¹⁸¹² impedisce l'inclusione di genocidi, quale quello armeno, occorsi prima dell'entrata in vigore della Convenzione delle Nazioni Unite sui crimini di genocidio o per altre ragioni privi di un riconoscimento giurisdizionale di livello internazionale¹⁸¹³. Inoltre sposta il baricentro della selezione del fatto genocidiario dalla storia al processo, con tutti i problemi da ciò derivanti, su cui vi sarà modo di soffermarsi.

4. La giuridificazione della storia e della storiografia

Il negazionismo può assumere o meno rilevanza giuridica all'interno di un ordinamento. La giuridificazione (*Ver-rechtlichung*)¹⁸¹⁴ è quel processo attraverso il quale si sottopongono condotte umane, in precedenza libere o rimesse alle convenzioni sociali, a regole formali.

Seppur fortemente correlati, conviene distinguere tra giuridificazione della storia, come insieme di eventi storici fonte, ad esempio, di obbligazioni di risarcimento o riparazione nei confronti delle vittime, e giuridificazione della storiografia, come processo interpretativo degli eventi storici¹⁸¹⁵.

¹⁸¹¹ In tal senso v anche: G. Della Morte, 'Sulla legge che introduce la punizione delle condotte negazionistiche nell'ordinamento italiano: Tre argomenti per una critica severa', *SIDIBlog*, 22.06.2016.

¹⁸¹² F. Cortese, 'Che cosa ci insegna il caso Perinçek?', *Dpceonline*, n. 1/2016, p. 8.

¹⁸¹³ R.W. Smith, 'Legislating Against Genocide Denials: Criminalizing Denial or Preventing Free Speech?', cit., p. 132.

¹⁸¹⁴ G. Alpa, 'Diritto e giuridificazione', in M. Costanza (cur.), *Oltre il diritto*, Padova, Cedam, 1994, p. 177 ss.

¹⁸¹⁵ G. Resta - V. Zeno Zencovich, 'La storia giuridificata', in G. Resta e V. Zeno Zencovich (cur.), *Riparare. Risarcire. Ricordare.*, cit., p. 14-15.

Per chiarire meglio la distinzione: le leggi memoriali francesi rientrano nella prima categoria¹⁸¹⁶, trattandosi di leggi che si propongono di cristallizzare una versione ufficiale dell'accaduto. La cristallizzazione può avvenire, ad esempio, mettendo all'indice alcuni libri revisionistici, impartendo una certa educazione storica nelle scuole, o istituendo giornate dedicate alla memoria del fatto storico. La seconda delle due categorie copre invece le condotte degli interpreti della storia che, a qualsiasi titolo, si spingano a criticare la versione accettata o ne forniscano una alternativa. È precisamente nel secondo dei due campi semantici che qui ci si muove.

Si può dunque attribuire alla condotta in questione una rilevanza all'interno dell'ordinamento senza tuttavia riconoscerne una rilevanza altresì penale. Indipendentemente da che ciò avvenga, possono sorgere alcuni inconvenienti che derivano dalla natura stessa della ricerca storiografica, che mal si presta ad essere catturata dalla dimensione del giuridico. Le considerazioni che seguono valgono di conseguenza sia in caso di processo penale che civile, oltre nel caso in cui ci si trovi al cospetto di un tribunale della memoria (v. *infra* par. 5.2.).

Dubbi sorgono innanzitutto sulla capacità del giurista pratico di cogliere in profondità la portata della storia, quantomeno in misura pari ad uno storico di professione. Se è ad esempio non il contenuto della ricerca ma la metodologia adottata ad essere posta in discussione, in quanto (quest'ultima e solo quest'ultima) fonte attributiva di responsabilità, il giurista non è nella posizione migliore per compiere un giudizio di attendibilità scientifica della metodologia adottata. Considerazioni affatto simili valgono rispetto al contenuto della ricerca.

Ancor più incisiva è la critica di quanti sostengono l'implausibilità della relazione tra «l'astratta immutabilità della statuizione penale e la costante evoluzione della ricerca storica»¹⁸¹⁷, che ben si presta a ribaltamenti di precedenti interpretazioni, a differenza del giudicato (quanto detto vale evidentemente anche per il giudicato civile). Oltre all'immutabilità di quest'ultimo, una differenza di primo rilievo riguarda la naturale tensione del giudicato a catturare un pezzo di verità processuale, filtrandolo attraverso le norme di procedura che governano l'assunzione della prova e l'emanazione della sentenza finale. Si tratta dunque di limiti di carattere "cognitivo", derivanti dallo specifico metodo euristico adottato, ma anche temporale, poiché la *res* "deve" diventare *judicata*¹⁸¹⁸. Un'ulteriore divergenza, ora di carattere finalistico, emerge allorché si considera che il processo è finalizzato all'attribuzione di responsabilità nei confronti di soggetti determinati. L'organo giudicante, conseguentemente, è interessato ai soli fatti *sub indice* e non ad un'astratta verità storica. Infine, la verità scaturente dal processo è quanto mai delimitata, definitiva e singolare, a differenza del frutto della ricerca dello storico, che tende per sua natura alla pluralità e alla inesauribilità, in quanto oggetto perennemente esposto a successive rielaborazioni¹⁸¹⁹.

Un'ulteriore nodo riguarda il processo di selezione di ciò che è «memoria» ai fini che interessano. Al di là della polisemia del termine, neppure è chiaro se questa sia ascrivibile al singolo individuo ovvero ad una comunità, e se possa essere trasferita con successo dall'individuo alla collettività, per l'inevitabile trasmutazione che subirebbe¹⁸²⁰.

¹⁸¹⁶ La sola *loi Gayssot* è stata accompagnata dall'introduzione anche di sanzioni penali. In genere, in Francia, le leggi memoriali non contengono disposizioni penali.

¹⁸¹⁷ G. Resta - V. Zeno Zencovich, 'La storia giuridificata', in G. Resta e V. Zeno Zencovich (cur.), *Riparare. Risarcire. Ricordare.*, cit., p. 36.

¹⁸¹⁸ M. Damaska, 'L'incerta identità delle Corti penali internazionali', *Criminalia*, 2006, p. 17.

¹⁸¹⁹ E. Fronza, *Il negazionismo come reato*, Milano, Giuffrè Editore, 2012, p. 96.

¹⁸²⁰ J. Le Goff, 'Mémoire', in *Id.*, *Historie et mémoire*, Parigi, Gallimard, 1988, p. 170.

Poi, la memoria di quali eventi tutelare? Non è forse essenziale stabilire i criteri di selezione, e non rischiano in quanto selettivi tali criteri di discriminare ingiustamente alcuni eventi storici? È preferibile ancorare tali criteri al principio di maggioranza (ciò che pensano i più) ovvero al principio di minoranza al fine di tutelare la dignità delle vittime che manifestino tale esigenza di tutela¹⁸²¹? Forse proprio la sentenza *Perinçek I* mostra con nitidezza quanto alto possa essere il costo di tale selezione.¹⁸²² Si ricordi che la Corte nel caso di specie operava una ardita distinzione tra Shoah e genocidio armeno al fine di escludere quest'ultimo dal perimetro applicativo dell'art. 17 CEDU. La distinzione è "ardita" in almeno due sensi. In un primo senso, si profila la necessità di rintracciare differenze strutturali di carattere temporale e spaziale tra i due tipi di genocidio, certo possibile ma non facile, abbisognando di una compiuta disamina sulla vicinanza spaziale dell'Olocausto e sull'assottigliamento della necessità, ora sul piano temporale, di tutelare la memoria di fatti lontani nel tempo, come il Grande Male armeno (*medz yeghern*)¹⁸²³. In un secondo senso, se è vero che la proibizione del "negazionismo olocaustico" ha alla sua base il riconoscimento del potenziale sovversivo di simili condotte («connotating an antidemocratic ideology», come sostenuto dalla Grande Camera in *Perinçek II*), è parimenti vero che la distinzione tra vittime e vittime rischia di generare ulteriori spinte antagonistiche¹⁸²⁴, tra gruppi, che possono assumere per questa via natura antidemocratica ed eversiva dell'ordine costituito.

La soppressione di simili condotte rischia con ogni probabilità di imporre un dogma di Stato, nel senso di imporre e rendere azionabile di fronte alle corti una visione del mondo, in spregio alla libertà di opinione, espressione e ricerca scientifica. Il pericolo della c.d. china scivolosa si mostra tutt'altro che infondato, poi, se si considera l'impiego che di tali strumenti ha fatto un Paese come la Turchia, in quel suo malcelato intento di nascondere i crimini commessi in passato e imporre una versione ufficiale dell'accaduto. Il riferimento è alla fattispecie turca di affermazionismo, *ex art.* 301 del codice *penale* turco, volta a punire chiunque insulti pubblicamente l'identità turca, la Repubblica, gli organi e le istituzioni dello Stato¹⁸²⁵. Nonostante la previsione *ex comma* quarto della non punibilità delle manifestazioni di opinioni «finalizzate a criticare», la norma si è prestata a un impiego strumentale da parte del Governo, specialmente in danno a studiosi e politici che affermavano pubblicamente di riconoscere il genocidio degli armeni. Nonostante l'invito della Commissione europea per la Democrazia attraverso il Diritto (meglio nota come Commissione di Venezia) a modificare l'articolo, stante l'acclarata incompatibilità tra questo e l'art. 10 della Convenzione, la disposizione è stata conservata e poi innalzata a vessillo della resistenza turca, in difesa della "Turkishness", da parte del Presidente Erdoğan¹⁸²⁶.

¹⁸²¹ A. Pugiotto, 'Quando (e perché) la memoria si fa legge', cit., p. 19-21.

¹⁸²² G. Borgna, 'Il genocidio armeno (non) passa in giudicato: in margine al caso Perinçek', *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 699 ss.

¹⁸²³ Per quanto riguarda la ricaduta sul piano costituzionale dell'evento genocidiario in Armenia, sia consentito un rimando a N. Palazzo, 'La riforma costituzionale in Armenia', *Dpceonline*, n. 3/2016, p. 16.

¹⁸²⁴ G. Della Morte, 'Bilanciamento tra libertà di espressione e tutela della dignità del popolo armeno nella sentenza Perinçek c. Svizzera della Corte europea dei diritti umani', in *Rivista di Diritto Internazionale*, n. 1/2016, p. 190.

¹⁸²⁵ Sul tema v. G. Algan, 'The Brand New Version of Article 301 of Turkish Penal Code and the Future of Freedom of Expression Cases in Turkey', *German Law Journal*, Vol. 09, no. 2, 2008.

¹⁸²⁶ 'Silencing Turkey's Media: The Government's Deepening Assault on Critical Journalism Languages', in *Human Rights Watch*, 15.12.2016, disponibile al seguente link: <<https://www.hrw.org/report/2016/12/15/silencing-turkeys-media/governments-deepening-assault-critical-journalism#page>> [ultimo accesso: 7 mar. 2017].

L'aneddotica si può ulteriormente arricchire con l'esperienza ruandese. L'ordinamento ruandese, da una parte può sembrare un termine di comparazione disomogeneo da un punto di vista geopolitico — non essendo peraltro ricompreso nel campo gravitazionale delle principali istituzioni europee. Esso è tuttavia di estremo interesse a parere di chi scrive. Il Ruanda ha difatti costituzionalizzato la criminalizzazione del negazionismo, del revisionismo e della minimizzazione del genocidio nel Capitolo dedicato alla protezione dei diritti fondamentali dell'uomo e del cittadino, impegnandosi altresì nel preambolo a «1. combattere l'ideologia [sic!] del negazionismo in tutte le sue manifestazioni; 2. eradicare le divisioni etniche e nazionali e promuovere l'unità nazionale»¹⁸²⁷. Anche in tal caso le istituzioni governative hanno spesso fatto un uso spregiudicato della normativa¹⁸²⁸ (di attuazione della Costituzione). Tra tutti, si ricordi il caso delle giornaliste Uwimana-Nkusi e Mukabibi, a lungo recluse per l'aver usato il lemma «gutemarugana», che può significare tanto «guerra civile» quanto «genocidio» (chiaramente, nella prospettazione dell'accusa, impiegato nel senso di «guerra civile»)¹⁸²⁹.

Sembra pertinente infine il richiamo all'infelice esperienza di un “civilissimo” Paese come la Francia (si veda in particolare la saga delle *loi mémorielles* e, tra tutte, della *loi Makachera*), a testimonianza del fatto che anche la giuridificazione della storia (e non soltanto della storiografia) si presta a un uso distorto.

5. Profili critici della sanzione penale: il giudizio di proporzionalità in senso lato

Si proceda immaginando un ipotetico giudizio di proporzionalità da parte della Corte di Giustizia. La norma penale si pone infatti in potenziale contrasto con le norme europee a tutela della libertà di espressione, e in particolare con: il combinato disposto degli articoli 11 e 52, par. 1 della Carta di Nizza, e con l'articolo 10 della CEDU. Il bilanciamento tra interessi è doveroso alla luce delle possibili limitazioni (alla libertà di espressione) contemplate dall'art. 52 della Carta, che:

«[D]evono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui».

Mentre i parametri invocabili da parte dello Stato membro saranno rispettivamente l'art. 54 della Carta e l'art. 17 CEDU, sul divieto dell'abuso del diritto,¹⁸³⁰ che impediscono il sacrificio o limitazione oltremodo gravosa dei diritti contemplati nelle due carte europee.

¹⁸²⁷ Articolo 13, par. 2 della Costituzione del Ruanda del 2003, così come emendata nel 2010.

¹⁸²⁸ Articolo 4 della L. n. 33bis/2003, recante norme volte a reprimere il crimine di genocidio, i crimini contro l'umanità e i crimini di guerra.

¹⁸²⁹ La condanna della *High Court* fu poi annullata dalla Corte suprema sull'assunto che nel caso di specie difettava l'intento di minimizzare (e quindi la componente soggettiva della condotta penalmente rilevante). Sul punto v. Y.-O. Jansen, 'Denying Genocide or Denying Free Speech? A Case Study of the Application of Rwanda's Genocide Denial Laws', *Northwestern Journal of International Human Rights*, Vol. 12, no. 2, 2014, p. 199-205.

¹⁸³⁰ Sull'interpretazione della clausola da parte della Corte EDU in materia di condotte negazioniste, v. M. Spatti, Il reato di negazionismo recentemente introdotto in Italia, *Dpceonline*, n. 1/2017, p. 235.

Al contrario di quanto accade nelle Corti di Strasburgo e Lussemburgo e nei sistemi di *common law* (in Canada, Australia, Nuova Zelanda) e di *civil law* (in particolare in Europa centro-orientale ed occidentale, grazie all'influenza esercitata dalle Corti europee), il canone di proporzionalità adottato dalla Corte costituzionale italiana non è compiutamente formalizzato. Non si può negare la maggiore utilità sul piano dell'argomentazione e della deliberazione di un canone di proporzionalità formalizzato, ai fini della presente analisi¹⁸³¹. La *fictio* consiste dunque nell'immaginare un ipotetico vaglio di proporzionalità della misura penale da parte della Corte di Giustizia, e, anziché utilizzare il più duttile e scarsamente formalizzato canone adottato dalla Corte italiana, adoperare lo standard diffuso a livello comparato e internazionale.

Secondo la scansione normalmente accettata del giudizio di proporzionalità, sarà dunque necessario indagare: a) la legittimità del fine o dei fini perseguiti dalla norma incriminatrice; b) la razionale connessione tra i mezzi predisposti e fini da perseguire; c) il piano della "necessità" e, quindi, dell'utilizzo del *less restrictive means*; d) la proporzionalità in senso stretto della misura, con tanto di valutazione costi/benefici.

Fatta la premessa riguardante il foro, si tenga altresì in conto che il giudizio ideale per vagliare la normativa italiana è il rinvio pregiudiziale di interpretazione. Non è esperibile, invece, una pregiudiziale di validità della decisione-quadro per ragioni di carattere processuale, anche alla luce della specialità della normativa adottata nel quadro Giustizia e Affari Interni (GAI).

Si ricordi infine che esistono diverse gradazioni all'interno della disciplina italiana, nessuna delle quali prevede un pericolo concreto del verificarsi dell'evento lesivo. I fatti base di propaganda, istigazione e incitamento, aggravati per l'aver commesso il fatto negando uno dei crimini di genocidio elencati, sono punibili se dalla condotta derivi un pericolo di diffusione, che è cosa ben diversa dal pericolo concreto del verificarsi dell'evento lesivo. La portata della norma è per questa via ristretta ai soli fatti di propaganda, istigazione e incitamento idonei a diffondersi, al di fuori quindi dei soli casi di "opinione personale", non destinati alla circolazione tra un più vasto uditorio.

5.1. La legittimità dei fini

Andando a indagare la legittimità dei fini della norma (giudizio *sub a*), il primo, centrale nodo attiene alla giustificazione dell'intervento del diritto penale, intesa come lo studio del diritto/dovere di punire, della c.d. legittimazione sostanziale del punire, distinta da una pre-moderna giustificazione soltanto formale della punizione¹⁸³². Se tale giustificazione si rinviene innanzitutto nei principi della Costituzione, l'evoluzione in senso transnazionale e internazionale neppure può essere trascurata. Ciò in particolare nel campo del negazionismo, fattispecie costretta a confrontarsi con le nozioni di diritto internazionale di genocidio e crimini contro l'umanità e oggetto, nel contesto europeo, di un intervento «a gamba tesa» dell'Unione.

¹⁸³¹ M. Cartabia, 'I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana', Atti della Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013, p. 7. Disponibile qui: <www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Cartabia_Roma2013.pdf> [ultimo accesso: 11 gen. 2017].

¹⁸³² S. Sanchez, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelon, 1992.

Sul “perché punire” la dottrina si è a lungo interrogata. Rintracciare il fine perseguito, e saggiarne la legittimità, è il primo tassello ai fini di una compiuta disamina della fattispecie.

Secondo taluni la negazione di un crimine di genocidio materializza essa stessa una forma di genocidio. Ad esempio, la classificazione di Stanton¹⁸³³ colloca proprio il “denial” nell’ultimo degli otto passaggi di cui si compone il delitto (appunto: classificazione, simbolizzazione, disumanizzazione, organizzazione, polarizzazione, preparazione, sterminio, negazione). In tal senso, la negazione dell’accaduto non si porrebbe in posizione di alterità rispetto a un precedente fatto genocidiario, ma sarebbe piuttosto una manifestazione della continuazione dell’intento di distruggere il gruppo. Secondo altri, negare gli stermini «vuol dire assumerne la necessità nel domani»¹⁸³⁴, o ancora ostacolare e avvilire quel processo di autocomprensione delle vittime di genocidio come appartenenti ad un gruppo in grado di distinguersi da altri gruppi per una particolare sorte¹⁸³⁵.

In termini meno perentori, si è ritenuto che il fine consista nella necessità di tutelare l’ordine pubblico, evitando di inquinare quel “clima” di mutua tolleranza tra i gruppi sociali. È precisamente questo il fine dichiarato dalla legge tedesca in tema di negazionismo.

In termini non troppo dissimili, si può pensare che il fine legittimo consista nello scongiurare l’ipotesi di una reazione autodifensiva del gruppo *target*. A titolo di esempio, si pensi alla reazione della comunità afroamericana rispetto a tesi che neghino la condizione di materiale schiavitù sofferta nell’Ottocento.

Infine, si potrebbe essere tentati dal pensare che l’attribuzione di rilevanza giuridica discenda dalla necessità di riconoscere e tutelare l’etica della (e nella) ricerca storiografica, che mal tollera ricerche contro-fattuali. Una simile affermazione non pare cogliere interamente nel segno se si considera che il diritto si propone di essere strumento privilegiato di tutela non tanto della storia quanto della memoria, come rappresentazione collettiva del passato intessuta di un certo vissuto e di una significativa dote di soggettività¹⁸³⁶. È qui necessario introdurre un *caveat*: se il fine ultimo è quello di tutelare la memoria collettiva di un gruppo etnico o razziale, non è neppure immaginabile una fattispecie di pericolo concreto. Nel momento stesso in cui la condotta negazionista è posta in essere, il reato è perfezionato, in quanto il bene giuridico “memoria” risulta essere “già” leso. Ne consegue che la fattispecie italiana di negazionismo, per come disegnata, potrebbe astrattamente porsi il fine della tutela della memoria collettiva.

Tutte le finalità qui analizzate paiono essere astrattamente legittime. Ciò non toglie che alcune presentino problemi di compatibilità costituzionale maggiori rispetto ad altre. In particolare, la tutela della memoria in sé non può che destare perplessità in ordine al rispetto del principio di laicità. Come distinguere, in particolare, il concetto di memoria dal concetto di “morale pubblica”¹⁸³⁷? In ambo i casi, come assicurare il sicuro rispetto del principio di offensività?

¹⁸³³ G.H. Stanton, ‘The 8 Stages of Genocide’, *Genocide Watch*, 1998. Available at: <www.genocidewatch.org/aboutgenocide/8stagesofgenocide.html> [Accessed: 11 Sep. 2016].

¹⁸³⁴ D. Di Cesare, ‘Negare la Shoah. Questioni filosofico-politiche’, in F.R. Recchia Luciani - L. Patruno (cur.), *Opporsi al negazionismo. Un dibattito necessario tra filosofi, giuristi e storici*, Genova, Il Nuovo Melangolo, 2013, p.71.

¹⁸³⁵ Cfr. Bundesverfassungsgericht, 13 aprile 1994, BVerfGE 90, 274, in Giur. cost., 1994, pp. 3386 e ss, passaggio riportato in C. Carruso, ‘Tolleranza per gli intolleranti? Una ragionevole apologia della libertà di espressione’, *Dpceonline*, n. 1/2016, p. 5.

¹⁸³⁶ E. Fronza, *Il negazionismo come reato*, cit., p. 3.

¹⁸³⁷ Su cui v. H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility*, Oxford, Clarendon Press, 1968; J. Feinberg, *Moral Limits of*

Proprio in chiave di ripensamento critico della legittimazione alla punizione e in nome del principio di laicità, è stato sostenuto che la distinzione tra diritto e morale vada preservata¹⁸³⁸. Se una distinzione assoluta tra i due è epistemologicamente impensabile, il principio di laicità applicato al diritto penale, nella sua versione minimale, impone quantomeno di non punire comportamenti immorali che non siano anche dannosi. Altrimenti «[i]l nodo tra reato e peccato, tagliato da Cesare Beccaria ‘d'un colpo netto’ millenni or sono, verrebbe nuovamente intrecciato sotto una diversa forma e con modalità prossime al legalismo etico, secondo cui è giusto quod principi placeat»¹⁸³⁹.

Questo pare uno dei pochi punti fermi che si possono individuare in un campo così controverso come quello oggetto di indagine. Un diritto penale che assuma su di sé compiti altamente simbolici, ergendosi a guardiano della memoria, corre un perenne rischio di rieticizzazione. Se il fine ultimo, non dichiarato, è quello di normalizzare un'opinione pubblica (dis)turbata da affermazioni negazioniste, ecco che il diritto penale recupera la sua dimensione simbolico-espressiva, rinunciando a rintracciare e proteggere un interesse meritevole di tutela.

Tra le finalità astrattamente perseguibili, vanno dunque privilegiate quelle che mirano a proteggere la collettività/l'individuo da un danno deducibile in giudizio, come ad esempio una ritorsione nei confronti del gruppo considerato. Tale ritorsione non dovrà essere consumata, né dovrà tuttavia esservi il concreto pericolo che accada, in quanto, giova ricordarlo, la norma italiana richiede soltanto un non meglio specificato pericolo di “diffusione”.

Come emerge in filigrana dai precedenti paragrafi, il negazionismo può assumere tanto la forma di reato di pericolo astratto quanto di pericolo concreto. A proposito di tale distinzione, è stato efficacemente osservato quanto segue¹⁸⁴⁰:

«In primo luogo la norma che prevede il negazionismo come reato interviene nella materia della libertà di pensiero e di opinione, limitandola e lo fa completamente al di fuori dello schema dell'istigazione. Solo quest'ultimo è il parametro costituzionale di compatibilità, secondo risalenti insegnamenti della nostra Corte Costituzionale, che giustifica l'intervento del diritto penale nella materia. Nessun dubbio, inoltre, che qualsiasi manifestazione scritta o verbale di negazionismo che si collocasse su questo versante, creando un pericolo per l'ordine pubblico, avrebbe varie possibilità di essere sussunta in fattispecie penali già esistenti nel nostro ordinamento»¹⁸⁴¹.

the Criminal Law (Book 1), Oxford, Oxford University Press, reprint edition, 1987.

¹⁸³⁸ A. Merli, *Democrazia e diritto penale. Nota a margine del dibattito sul cosiddetto negazionismo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2008, p. 17.

¹⁸³⁹ G. Puglisi, 'A margine della c.d. "aggravante di negazionismo"', cit., p. 23.

¹⁸⁴⁰ Si noti che il passaggio riportato si riferisce all'originario disegno di legge in materia: Ddl atto Senato n. 54, XVII Legislatura, rubricato "Modifica all'articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654, in materia di contrasto e repressione dei crimini di genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale", divenuto, dopo le modifiche apportate in sede di Commissione Giustizia, "Modifiche all'articolo 414 del codice penale in materia di negazione di crimini di genocidio, crimini contro l'umanità, nonché di apologia di crimini di genocidio e crimini di guerra".

¹⁸⁴¹ E. Fronza - A. Gamberini, 'Le ragioni che contrastano l'introduzione del negazionismo come reato', *Diritto penale contemporaneo* (www.dirittopenalecontemporaneo.it), 29.10.13, p. 3.

In assenza di clausole di pericolo *concreto*, il fatto stesso del presentare una tesi negazionista idonea alla diffusione avrebbe dunque in sé rilevanza penale, con conseguenze di dubbia compatibilità costituzionale. Sono dunque da salutare positivamente quegli accorgimenti redazionali che inseriscono tali clausole, con l'intento di restringere la portata della disposizione incriminatoria alle sole condotte in grado di porre un pericolo (concreto) per la società. Sono in altri termini necessarie fattispecie di negazionismo “qualificato”¹⁸⁴², in luogo di fattispecie di pericolo astratto.

Irrinunciabile appare quindi la componente istigatoria, anche in armonia con l'art. 1 par. 2 della Decisione Quadro dell'Unione europea (in base alla quale gli Stati membri «possono decidere di rendere punibili soltanto i comportamenti atti a turbare l'ordine pubblico o che sono minacciosi, offensivi o ingiuriosi»), nonché in armonia con l'interpretazione del giudice supremo italiano. La Cassazione, pronunciatisi con riferimento all'art. 3 della l. n. 654/1975 ha infatti ribadito l'imprescindibilità di un «*contenuto fattivo di istigazione ad una condotta* [corsivo aggiunto], quantomeno intesa come comportamento generale, che realizza un *quid pluris* rispetto ad una manifestazione di opinioni, ragionamenti o convincimenti personali»¹⁸⁴³, recuperando in punto di materialità della condotta.

Sotto tale profilo, appare inoltre illustrativa l'esperienza spagnola. Il *Tribunal constitucional* nel 2007 dichiarò incompatibile con la libera manifestazione del pensiero costituzionalmente tutelata l'art. 607, comma 3 del codice penale, nella parte in cui punisce la «negazione» di tali crimini; il *Tribunal* fa con ciò salva la sola «giustificazione» idonea a costituire al tempo stesso una istigazione a commettere il crimine di genocidio¹⁸⁴⁴. La trama argomentativa della corte, particolarmente convincente, porta a far coincidere l'ambito del penalmente rilevante con il c.d. *discurso del odio*, attraverso cui si realizza un diretto incitamento alla violenza a danno di un gruppo etnico, razziale ovvero a danno dei cittadini. Ne consegue la comprensibile ablazione dalla norma delle condotte di mero *dicere*.

Si diceva che il legislatore italiano ha introdotto un'aggravante speciale applicabile ai fatti base di propaganda, istigazione o incitamento previsti dalla legge Mancino. E tuttavia, nessuna di queste richiede un'indagine circa l'esistenza di un pericolo concreto che dalla condotta derivino atti di discriminazione o di violenza. Può affermarsi, dunque, che in Italia il reato di genocidio non abbia “necessariamente” una componente istigatoria. Perciò se è vero che tra i fini astrattamente legittimi, bisogna privilegiare i fini che non rinuncino alla tutela della collettività/individuo dal pericolo concreto di un danno, non tutta la disposizione sarebbe proporzionata. In particolare, la disposizione, nella parte in cui punisce la propaganda aggravata (chiunque «diffonde in qualsiasi modo idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico», aggravata dal fondarsi la propaganda sulla negazione della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dallo Statuto della Corte penale internazionale), presenta profili di dubbia compatibilità al diritto europeo, in quanto il fine non sarebbe pienamente legittimo.

¹⁸⁴² O. Pollicino, 'Il negazionismo nel diritto comparato. Profili ricostruttivi', in *DUDI*, n. 5/2011, p. 88.

¹⁸⁴³ Sent. Cass. Penale, sez. III, n. 13234/2008 del 13 febbraio del 2008 (dep. 28 marzo 2008). Sul tema v. L. Scaffardi, *Oltre i confini della libertà di espressione: l'istigazione all'odio razziale*, Milano, Wolters Kluwer Italia, 2009, p. 205.

¹⁸⁴⁴ Pleno. Sentencia 235/2007, de 7 de noviembre de 2007 (BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2007).

5.2. La connessione razionale tra i mezzi e i fini, le alternative alla sanzione penale e il giudizio di proporzionalità in senso stretto

Il secondo, terzo e quarto passaggio riguardano, rispettivamente, il piano della connessione tra i mezzi predisposti e fini da perseguire, il piano della “necessità” della misura (e l’impiego del *less restrictive means*), e il piano infine della proporzionalità in senso stretto della misura (comprensiva di una valutazione costi/benefici).

I passaggi possono essere meglio svolti attraverso un’analisi di tipo comparato delle misure *lato sensu* repressive disponibili. Esistono alternative all’isteria punitiva che ha interessato la maggior parte dei Paesi europei? La risposta non può essere unitaria poiché la condotta può assumere almeno due forme molto diverse tra di loro: è perciò utile distinguere tra negazionismo accademico e neo-negazionismo. Con il primo si fa riferimento alla condotta negazionista posta in essere da un accademico all’interno della comunità scientifica di appartenenza; la seconda si verifica in ambito extra-accademico con la finalità di diffondere nelle nuove generazioni diffidenza nei confronti delle versioni accreditate della storia, in armonia con una sorta di «ideologia del “complotto” globalista»¹⁸⁴⁵.

La tesi secondo cui il negazionismo si combatte attraverso la cultura e l’educazione¹⁸⁴⁶ rischia di trascurare la natura composita del fenomeno negazionista. È evidente che non si è di fronte a ciò che in filosofia si definisce un (genuino) disaccordo interpretativo, poiché manca il requisito della dichiarazione “faultless”: dal momento che una concezione è viziata da errore, e noi partiamo dall’assunto che lo sia, questa non raggiunge la soglia della ragionevolezza e il disaccordo si avvicina molto a ciò che si definisce un «dialogo tra sordi». La cultura può certamente innalzare la soglia di ragionevolezza, consegnare agli individui gli strumenti utili a corazzarsi da tesi false e tendenziose ma non può ambire a sconfiggerle del tutto. Come non concordare del resto con l’affermazione della filosofa Di Cesare secondo cui «chi nega non ignora»¹⁸⁴⁷? In definitiva, la cultura è uno strumento indispensabile ma non risolutivo.

¹⁸⁴⁵ A. Giovagnoli, ‘La Sisso e la modifica dell’articolo 414 del codice penale’, in ‘Audizione sul disegno di legge n. 54 (negazionismo)’, *Senato.it*, marzo 2014, p. 26. Disponibile al seguente link: <www.senato.it/application/xmanager/projects/leg17/attachments/documento_evento_procedura_commissione/files/000/001/129/RACCOLTA_MEMORIE.pdf> [ult. acc. 11 set. 2016]. Lo studioso prosegue inoltre affermando che: «La sua forza profonda, infatti, si radica in un terreno ben diverso da quello del confronto scientifico: si fonda sulla convinzione di costituire una legittima difesa contro quanti coltivano un progetto egemonico sotto mentite spoglie»

¹⁸⁴⁶ Fra tutti si segnalano il comunicato dell’Unione delle Camere Penali “Al negazionismo si risponde con le armi della cultura non con quelle del diritto penale, un intervento della società degli storici contemporanei”, disponibile qui: <www.camerepenali.it/public/file/comunicati/c%20261%20-%20al%20negazionismo%20si%20risponde%20con%20le%20armi%20della%20cultura%20non%20con%20que%20lle%20del%20diritto%20penale.pdf> [ult. acc. 11 set. 2016]. Si segnalano inoltre i seguenti contributi: F. Cortese, ‘Povera Italia, vittima della tempesta ideologica perfetta’, *IlSussidiario.net*, 23.10.2013; Wu Ming, ‘Il déjà-vu del cosiddetto «DDL sul negazionismo», *Wumingfoundation*, 17.10.2013; G. Della Morte, ‘L’introduzione del reato di negazionismo in Italia’, cit., p. 1201.

¹⁸⁴⁷ D. Di Cesare, ‘Riflessioni intorno al disegno di legge contro il negazionismo’, in ‘Audizione sul disegno di legge n. 54 (negazionismo)’, cit., p. 4.

Ad ogni modo, una reazione efficace può essere adottata, quanto al negazionismo accademico, dalla comunità di appartenenza, attraverso non solo l'ostracizzazione delle tesi e del loro portatore, ma anche attraverso gli strumenti che la corporazione di appartenenza mette a disposizione, quali ad esempio la radiazione/espulsione, l'adozione di un codice etico, la possibilità di intervenire sui contenuti della didattica da parte del rettore¹⁸⁴⁸ etc. E qualora tali strumenti non siano disponibili converrebbe introdurli per evitare che la risposta più efficace, ossia quella della comunità scientifica, sia blanda. Tuttavia, non si dimentichi che tanto l'ostracizzazione dell'accademico quanto la criminalizzazione della condotta negazionista presentano un effetto collaterale non trascurabile, consistente nel consegnare al portatore delle tesi la potente arma del "vittimismo". Questo infatti si innalzerebbe a vittima di quegli stessi poteri "forti" che detengono e perpetuano una verità di Stato menzognera.

Non credo, invece, che esistano strumenti altrettanto efficaci per combattere il c.d. neo-negazionismo. In tale caso non sarebbe individuabile una comunità di appartenenza né un uditorio ben definito, essendone i contenuti trasmessi per lo più via web, «dove i negazionisti trovano estro e ispirazione per rendere attuali e concreti i loro fantasmi proprio là dove reale e virtuale, prova e rumore, ragionevole e assurdo, *tutto è equiparato* [corsivo aggiunto]»¹⁸⁴⁹. È pensabile, verosimile limitarne la diffusione? Non è forse già in atto una resa delle società contemporanee di fronte a simili fenomeni?

Volendo tentare di avanzare considerazioni sul giudizio *sub b)*, si può notare che: mentre una congruità — seppur dimidiata dal vittimismo — dello strumento penale nell'ambito del negazionismo accademico è rintracciabile, non così nell'ambito del neo-negazionismo. Sembra infatti sostenibile, in riferimento al neo-negazionismo, che il mezzo prescelto sia profondamente inadeguato, non in grado com'è di tener conto della natura nevrotica della comunità virtuale del web (e quindi delle difficoltà riguardanti il controllo del traffico dei contenuti, l'individuazione del responsabile del reato, e così via).

Le considerazioni sopra esposte hanno una loro rilevanza anche nel passaggio riguardante l'impiego del mezzo meno "costoso" in termini di compressione dell'interesse concorrente (c.d. *less restrictive means*). Tra le alternative disponibili rientra, infatti, l'espulsione da parte della comunità accademica, in ipotesi di negazionismo accademico.

Un'ulteriore "alternativa" fruibile consiste nell'istituzione dei tribunali della memoria, di cui numerosissimi esempi esistono in ottica comparata¹⁸⁵⁰. Va da sé che l'istituzione di simili tribunali non supera i problemi che si sono individuati con riferimento alla giuridificazione della storia e della storiografia; eppure, l'individuazione ufficiale di una "verità" che esaurisce interamente in sé la funzione di riparazione sembra essere maggiormente rispettosa degli interessi costituzionali, antagonisti al diritto alla memoria, oggetto di bilanciamento — mentre una frizione evidente con tali interessi si avrebbe se le manifestazioni del pensiero idonee a diffondersi fossero coperte da sanzioni di carattere civile classico (es., risarcimento civile) o, ancor più, penale. A ciò si aggiunga

¹⁸⁴⁸ Una tesi che riecheggia d'altra parte la celebre proposta "politico-pedagogica" di Vincenzo Cuoco nella "Proposta e disegno di legge fatto nel 1811 dalla Commissione straordinaria" (del Regno di Napoli) di monitorare i libri di testo e i programmi attraverso ispettori scolastici.

¹⁸⁴⁹ *Ibidem*, p. 3.

¹⁸⁵⁰ S. Rodotà, Il diritto alla verità, in G. Resta e V. Zeno Zencovich (cur.), *Riparare. Risarcire. Ricordare.*, cit., pp. 498 ss.

che, nel caso delle sanzioni civili classiche, non è chiaro quale sarebbe il danno fonte di risarcimento. Si rende infatti necessario individuare un soggetto specifico che patisce il danno di diffamazione o ingiuria, di violenza o discriminazione per i motivi sopraelencati; ma sarebbero qui applicabili gli ordinari strumenti in campo civile della diffamazione, ingiuria, lesioni e discriminazione, il cui campo di applicazione non necessariamente coincide con quello individuato dalla norma penale. Né è facile immaginare una sovrapposizione. È pur vero che i tribunali della memoria sono stati creati in contesti peculiari con scopi di riconciliazione sociale, e tuttavia non sembra che la componente della forte emotività sociale, e del conseguente rischio di *cleavages*, sia del tutto assente nei casi di introduzione del reato di negazionismo: sarebbe perciò certamente più rispettosa dei principi costituzionali una soluzione che riconosca ufficialmente, d'autorità il mendacio, senza comminare sanzioni di alcun tipo nei confronti di soggetti individuati.

I tribunali della memoria scontano ovviamente tutti i difetti che sono stati più sopra elencati (v. supra par. 3), puntando a ricostruire la storia attraverso la cruna delle norme che governano l'assunzione della prova e a cristallizzare il tutto attraverso il giudicato. Un'alternativa che non presenta invece i difetti propri del processo e del giudicato consiste nell'introduzione di leggi memoriali e, quindi, nell'istituzione di giornate della memoria, nella predisposizione di programmi scolastici che escludano tesi revisionistiche, etc.

Entrambe le soluzioni precedenti (tribunali della memoria e leggi memoriali) sono ad ogni modo meno lesive dei principi propri delle tradizioni costituzionali degli stati membri e dei principi dell'ordinamento europeo in tema di libertà di espressione.

Il giudizio potrebbe dunque arrestarsi alla terza fase (*sub c*). Ciò perché non può dirsi che il legislatore abbia fatto ricorso al strumento meno "costoso" in termini di compressione dell'interesse concorrente (c.d. *less restrictive means*). Esistono valide alternative alla sanzione penale, assai meno costose in termini di compressione dell'interesse concorrente, quali: nel caso del negazionismo accademico, l'espulsione dello studioso dalla comunità di appartenenza; nei restanti casi, l'introduzione di leggi memoriali ovvero l'istituzione di tribunali della memoria.

6. Alcune considerazioni conclusive

Le norme finalizzate a reprimere penalmente le condotte negazioniste prestano il fianco ad un uso distorto. Anche nelle democrazie libere, non sono forse queste un atto di fede nel fatto che gli argini tengano, che la panoplia e gli strumenti a difesa rimangano inscalfiti e in grado di difendere le nostre fragili democrazie dall'avvento di un nuovo totalitarismo? Nel caso in cui le democrazie libere non siano più tali (come in Turchia) o non lo siano mai state del tutto (come in Ruanda), ecco che simili fattispecie finiscono coll'essere un utilissimo strumento nelle mani del Governo per sopprimere le voci del dissenso.

La natura composita del fenomeno spinge inoltre a scomporre le diverse ipotesi e cercare soluzioni diverse nel caso del negazionismo accademico e del neo-negazionismo (financo non-soluzioni nel caso del neo-negazionismo).

In ambo i casi la reazione da parte del diritto penale, che prescinda interamente da una componente istigatoria, non pare né utile allo scopo né rispettosa dei principi costituzionali posti a tutela della libertà di espressione, d'opinione e di ricerca scientifica. L'istigazione concreta

all'odio e alla violenza come elemento fondativo del reato pare essere l'unica componente che giustifichi un intervento del diritto penale; mentre, per quanto riguarda le condotte di mero *dicere*, non sembrano esservi margini di azione al di là, nell'ipotesi di negazionismo accademico, di una ferma reazione da parte della comunità di appartenenza, secondo le regole che tale comunità si è data. Infine, la proposta di istituire tribunali della memoria, per quanto eccentrica, può rivelarsi un "giusto mezzo" nelle ipotesi in cui le condotte negazioniste assumano una portata tale da creare profonde spaccature sociali e destare sgomento nell'opinione pubblica.

La fattispecie italiana di negazionismo merita dunque di essere problematizzata. Converrebbe iniziare ad avere paura delle nostre paure e guardare con diffidenza *tutte* le fattispecie penali di negazionismo prive della più volte richiamata, ma mai abbastanza, componente istigatoria. Allorché tale componente manchi, occorrerebbe prendere in seria considerazione le alternative disponibili, altrettanto efficaci e meno costose dal punto di vista della lesione di interessi concorrenti. Trovare un punto di equilibrio tra il "cupio dissolvi" delle società contemporanee e il mantenimento coatto dell'ordine delle sue componenti, incluse le componenti dissenzienti e anti-democratiche, non è certo un'impresa semplice. Eppure, nell'ambito del negazionismo, niente è più illusorio dell'immagine eidetica di una società ordinata dalle sentinelle del diritto penale.

L'insindacabilità parlamentare nelle esperienze comparate e l'influenza della Corte di Strasburgo*

di Simona Rodriguez**

SOMMARIO. 1. Premesse introduttive. Metodologia e obiettivi della ricerca. 2. Le insindacabilità parlamentari nelle esperienze comparate: il modello anglosassone e il modello continentale. 3. Il problema: insindacabilità parlamentari vs. tutela dei terzi offesi. L'orientamento della Corte europea. 4. La Corte costituzionale e le insindacabilità parlamentari: l'evoluzione sino ai più recenti orientamenti. 5. Qualche riflessione conclusiva.

1. Premesse introduttive. Metodologia e obiettivi della ricerca

La questione della responsabilità dei soggetti investiti di potere politico costituisce il più evidente punto di emersione dell'opposizione tra due diverse concezioni dello Stato. «L'una diretta a privilegiare lo stato-apparato, isolando i titolari dei più elevati uffici e a distinguerli nettamente dagli altri ponendoli in una posizione "speciale", rivestiti di una sorta di "sacralità". L'altra, viceversa, d'ispirazione democratica, tendente a rimuovere ogni posizione di privilegio, isolamento e differenziazione giuridica dei titolari del potere, in base alla concezione del popolo come "sovrano" e dell'apparato come strumento»¹⁸⁵¹.

In un periodo storico in cui, da un lato, si espandono gli istituti e le procedure democratiche¹⁸⁵², dall'altro lato, si diffonde «la disillusione sulle loro virtù, e molti istituti democratici rilevano un alto grado di obsolescenza»¹⁸⁵³, si dovrebbe pensare che i principi legati alla prima concezione siano ormai recessivi.

La linea di confine è tra responsabilità per l'esercizio del potere ed esercizio indipendente della funzione, in un delicato equilibrio volto ad evitare quei conflitti che rischiano di condurre al limite di rottura i rapporti tra i poteri dello Stato.

Tra gli strumenti più significativi di tutela dell'esercizio indipendente della funzione, vi sono le sfere di immunità tradizionalmente garantite ai loro titolari. Nate intorno alla figura del Monarca, sacro e inviolabile, esse si sono successivamente estese ai membri dei parlamenti¹⁸⁵⁴,

* Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

** Ricercatrice di Diritto pubblico comparato presso l'Università degli Studi di Genova.

¹⁸⁵¹ Si sono prese a prestito le parole di L. CARLASSARE, *Responsabilità giuridica e funzioni politico-costituzionali: considerazioni introduttive*, in L. CARLASSARE (a cura di), *Diritti e responsabilità dei soggetti investiti di potere*, Padova, Cedam, 2003, 1, in part. 2 ss.

¹⁸⁵² Per uno studio in chiave comparata, sia consentito il richiamo, anche per i riferimenti bibliografici contenuti, a S. RODRIQUEZ, *Rappresentanza democratica e strumenti di partecipazione. Esperienze di diritto comparato*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017.

¹⁸⁵³ Così nel recente studio di S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, Milano, Mondadori, 2017, in part. 95.

¹⁸⁵⁴ Come noto, vi è stata una progressiva estensione delle sfere di immunità ad altri organi costituzionalmente disciplinati: non solo ai moderni Capi di Stato (monarchici o repubblicani) ma (in alcuni casi) anche ai giudici costituzionali o ai componenti delle assemblee regionali o locali. Si veda ad esempio, per il nostro ordinamento, P. PINARDI, *Immunità procedurale garantita ai*

rappresentando uno dei dati caratteristici della stessa evoluzione del costituzionalismo moderno¹⁸⁵⁵.

In un'epoca in cui si assiste ad una generale crisi d'identità dei parlamenti¹⁸⁵⁶, soprattutto nelle forme di governo parlamentari, ci si può domandare quali siano le ragioni, nell'attuale momento storico, sottese alla loro permanenza.

È la stessa Corte costituzionale italiana, d'altronde, ad aver affermato che l'inquadramento delle immunità parlamentari nell'attuale sistema costituzionale ha ormai assunto una oggettiva e sempre più evidente problematicità, essendosi progressivamente deteriorata la loro originaria giustificazione storica¹⁸⁵⁷. L'interrogativo circa le ragioni della loro permanenza emerge anche della *dissenting opinion* del giudice Loucaides, nel caso della Corte europea dei diritti dell'uomo *A. vs. United Kingdom* del 2002¹⁸⁵⁸.

La risposta sembra da rinvenirsi, ancora oggi, in quell'esigenza imprescindibile che i parlamentari siano messi al riparo da iniziative pretestuose o apertamente intimidatorie e persecutorie: l'immunità, quindi, non tanto come un recinto a salvaguardia di un privilegio, ma come presupposto per l'esplicazione del libero gioco politico, o meglio, di quella parte fondamentale del gioco politico che continua ad essere l'attività parlamentare.

È innegabile che nelle realtà costituzionali contemporanee e nei sistemi contraddistinti dal principio di legalità, dal principio democratico e dall'equilibrio tra i poteri, l'esigenza di difendere il Parlamento da possibili «attentati» provenienti dal potere esecutivo appare diminuita. Non per questo, però, viene meno l'esigenza di assicurare al Parlamento e, di riflesso, ai membri che lo compongono, uno *status* particolare, per un esercizio delle proprie funzioni in piena indipendenza e libero da condizionamenti, da pressioni e da coercizioni provenienti dall'esterno¹⁸⁵⁹.

giudici della Corte costituzionale, in R. ORLANDI, A. PUGIOTTO (a cura di), *Immunità politiche e giustizia penale*, Torino, Giappichelli, 2005, in part. 443 ss. In altri casi, come l'esempio statunitense dimostra, è prevista la possibilità di una messa in stato d'accusa dei giudici costituzionali, su cui, ad esempio, M. OLIVIERO, *L'impeachment. Dalle origini inglesi all'esperienza degli Stati Uniti d'America*, Torino, Giappichelli, 2001. Vi sono poi ordinamenti che stabiliscono un privilegio di giurisdizione: per esempio, per la Spagna, l'art. 26 della *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional* del 1979, che stabilisce una competenza esclusiva del *Tribunal Supremo* in materia penale. Sui componenti delle assemblee regionali o locali, tra i tanti, si segnala A. AMBROSI, *I consiglieri regionali*, in R. ORLANDI, A. PUGIOTTO (a cura di), *Immunità politiche e giustizia penale*, Torino, Giappichelli, 2005, in part. 199 ss.

¹⁸⁵⁵ Per gli studi italiani, cfr. ad esempio G. LOJACONO, *Le prerogative dei membri del Parlamento: art. 68 della Costituzione*, Milano, 1954.

¹⁸⁵⁶ Si consenta ancora il richiamo, anche per il rinvio alle esperienze comparate, a S. RODRIQUEZ, *Rappresentanza democratica e strumenti di partecipazione. Esperienze di diritto comparato*, cit., 20 ss.

¹⁸⁵⁷ Si tratta di Corte cost., 2 novembre 1996, n. 379, in *Cons. Stato*, 1996, II, 1893; in *Corriere Giur.*, 1997, 1, 111; in *Foro It.*, 1997, I, 370. Cfr. il n. 4 del *Considerato in diritto*, con il quale si pone in risalto: «il progressivo dissolversi della loro originaria giustificazione storica, che era di preservazione del ruolo della rappresentanza politica in un contesto nel quale anche l'amministrazione della giustizia era condizionata dal potere esecutivo, così da dare spazio ad un rapporto tra giudice e membri del Parlamento in termini di conflitto, proprio con riguardo alla consistenza e ai limiti delle immunità parlamentari ovvero, simmetricamente, con riguardo ai limiti dell'attività giudiziaria nei confronti delle Camere».

¹⁸⁵⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, 17 dicembre 2002, *A. vs. United Kingdom*, in part. si veda la *dissenting opinion* del Giudice Loucaides: «The general absolute privilege of parliamentarians has an ancient history. It was established about 400 years ago when the legal protection of the personality of the individual was in its infancy and therefore extremely limited. In the meantime such protection has been greatly enhanced, especially through the case-law of this Court. This is exemplified by the expansion of the protection of privacy. The right to reputation is nowadays considered to be protected by the Convention as part of private life [...]. Therefore “the State must find a proper balance between the two Convention rights involved, namely the right to respect for private life guaranteed by Article 8 and the right to freedom of expression guaranteed by Article 10 of the Convention». Sulla sentenza, cfr. M. CERASE, *Sviluppi e contrasti in materia d'insindacabilità parlamentare*, in *Cass. pen.*, 2003, 1758.

¹⁸⁵⁹ Cfr. su questo punto G. ROLLA, *L'organizzazione costituzionale dello Stato*, Milano, Giuffrè, 2014, in part. 255.

Se questa è la *ratio* comune a tutte le forme d'immunità, occorre però che la loro applicazione sia ispirata a criteri di rigore e coerenza, ciò che – negli attuali ordinamenti costituzionali – non sempre avviene.

La comparazione delle diverse esperienze, a cominciare dal prototipo inglese per finire al problematico caso italiano, mostrerà le criticità che ruotano oggi intorno all'istituto.

Il concetto stesso di immunità presuppone un sacrificio dei diritti dei terzi danneggiati od offesi dagli atti immuni, sacrificio che può apparire eccessivo quando venga limitata, o addirittura esclusa in radice, ogni possibilità di agire e resistere in giudizio a tutela dei propri diritti. Si pone, dunque, il problema di trovare il giusto equilibrio tra le necessità di tutela dei singoli individui e il doveroso rispetto della sfera di autonomia degli organi costituzionali, al fine di garantire quel sistema di *checks and balances* indispensabile per un corretto funzionamento di un ordinamento costituzionale democratico.

Volendo in questa sede, per ovvi motivi, limitare l'analisi alla sola insindacabilità, la funzione essenziale che essa svolge è – come noto – quella di garantire le Assemblee che nessun loro componente, che sia della maggioranza o dell'opposizione¹⁸⁶⁰, sia sottoponibile ad azioni giudiziarie da parte di privati a causa di opinioni espresse nel contesto di atti compiuti nell'ambito di lavori parlamentari; con il limite, su cui si gioca buona parte della diafrasi interpretativa, che egli resta, però, responsabile, come qualunque altro cittadino, per qualsiasi azione egli compia al di fuori delle funzioni parlamentari¹⁸⁶¹.

Di qui l'esigenza di individuare quel *nesso funzionale* che funge da criterio ordinatore in grado di limitare la tutela immunitaria all'ambito strettamente necessario e ragionevole di una legittima tutela di specifiche attribuzioni costituzionali.

È poi la stessa Consulta ad aver affermato che i casi «in cui l'identificazione della linea di confine è più problematica sono quelli nei quali alcuni beni morali della persona, che è la Costituzione stessa a qualificare inviolabili (onore, reputazione, pari dignità), vengono a collidere con l'insindacabilità dell'opinione espressa dal parlamentare, che è momento insopprimibile (e, ben può dirsi, anch'esso inviolabile), della libertà della funzione»¹⁸⁶².

¹⁸⁶⁰ Di qui emerge anche quell'esigenza di tutela dei componenti delle Assemblee, non tanto e non solo della maggioranza, ma anche delle minoranze dell'opposizione. La problematicità risulta, peraltro, da un Rapporto dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa del giugno 2016, ove si legge espressamente che «protecting members of parliament against any judicial action based on the intention to harm their political activities constitutes an important safeguard for the political minority and a means of protecting the opposition»: Report Doc. 14076 – 6 June 2016, «Parliamentary immunity: challenges to the scope of the privileges and immunities enjoyed by members of the Parliamentary Assembly», reperibile in <http://assembly.coe.int>, in part. 4. I fatti recenti della Turchia, ad esempio, ove il 20 maggio 2016 il Parlamento ha approvato un emendamento costituzionale, proposto dal partito di governo AKP (*Adalet ve Kalkınma Partisi*, Partito Giustizia e Sviluppo), avente lo scopo di rimuovere l'immunità dei deputati sottoposti ad indagine, mostrano quanto siano evidenti ed attuali i rischi di una mancata tutela delle minoranze politiche, soprattutto in sistemi di democrazia non consolidata. La riforma – votata con una maggioranza superiore ai due terzi dei seggi – ha portato infatti alla rimozione dell'immunità per almeno 138 membri dell'assemblea, per lo più deputati del partito di minoranza filo-curdo HDP (*Halkların Demokratik Partisi*, Partito Democratico Popolare), unico partito «aperto» alle varie minoranze turche. Si legge della riforma costituzionale turca sempre nel Report appena citato, 11 ss. I componenti del partito di minoranza filo-curdo potranno così subire processi penali con accuse di terrorismo per sostegno al PKK (*Kürdistan İyçi Partisi*, Partito dei Lavoratori del Kurdistan).

¹⁸⁶¹ Su questo punto, C. MARTINELLI, *Le immunità costituzionali nell'ordinamento italiano e nel diritto comparato. Recenti sviluppi e nuove prospettive*, Milano, Giuffrè, 2008, in part. 76.

¹⁸⁶² Cfr. il n. 7 del *Considerato in diritto* di Corte cost., 2 novembre 1996, n. 379, citata in nt. 7.

Scopo di questa analisi è indagare sulle principali questioni sottese all'istituto dell'insindacabilità parlamentare con gli strumenti propri della comparazione.

Lo studio mostrerà l'esistenza di una tendenziale dicotomia tra ordinamenti in cui si è riusciti a limitare i casi di concreta conflittualità entro limiti fisiologici e accettabili (si pensi al Regno Unito¹⁸⁶³) ed ordinamenti (tra cui l'Italia), ove il conseguimento di questi equilibri è stato lento e faticoso.

L'indagine non pretende certo di essere esaustiva, per la complessità e per l'ampiezza del tema, che necessiterebbe di approfondimenti specifici e puntuali per ogni aspetto. Tuttavia, sebbene il quadro comparativo risulti complesso e variegato, l'interrogativo che guiderà lo studio è se sia possibile individuare alcune generali linee di tendenza e se questi *trends* siano influenzati da fattori esterni agli ordinamenti statali.

Verrà, in particolare, in breve considerazione la nota giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la quale, pur riconoscendo il valore costituzionale delle immunità parlamentari, ha affermato come vi debba essere quel «giusto equilibrio» tra l'applicazione di tali garanzie e la salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo¹⁸⁶⁴.

Un cenno alle diverse soluzioni adottate in proposito da alcune democrazie moderne potrà aiutare a cogliere le recenti linee di tendenza e come queste evoluzioni si siano formate anche grazie alle prese di posizioni giurisprudenziali in materia.

2. Le insindacabilità parlamentari nelle esperienze comparate: il modello anglosassone e il modello continentale

L'origine delle immunità parlamentari è coeva alla nascita dei parlamenti moderni¹⁸⁶⁵.

Volendo limitare l'analisi alla sola insindacabilità, la prima proclamazione di un'immunità per i membri di un'assemblea pare sia contenuta nel *Bill of Rights* del 1689, al cui nono capoverso si stabilisce che: «[...] the freedom of speech and debates or proceedings in Parliament, ought not to be eached or questioned in any court or place out of parliament»¹⁸⁶⁶.

¹⁸⁶³ Come ha notato C. MARTINELLI, *Le immunità costituzionali nell'ordinamento italiano e nel diritto comparato. Recenti sviluppi e nuove prospettive*, cit., in part. 80, per comprendere a pieno le ragioni per le quali nel Regno Unito, e più in generale nel mondo anglosassone, non si è mai assistito ad una applicazione lassista delle immunità da parte delle Camere, non si può trascurare il fondamentale ruolo giocato dalle sanzioni disciplinari interne previste nelle procedure parlamentari. Le Camere hanno infatti la possibilità di infliggere sanzioni disciplinari (dall'ammonimento all'espulsione) a parlamentari che si rendano responsabili di "breach of privilege" (violazione delle prerogative) o di "contempt of Parliament" (oltraggio alle Camere). Su questo punto, anche M. VOLPI, *Le immunità della politica negli ordinamenti democratici*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2005, n. 3, 1170. Ciò ha assolto ad una funzione di forte deterrenza nei confronti degli abusi in cui un parlamentare potrebbe incorrere nell'esercizio delle sue funzioni.

¹⁸⁶⁴ Per la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, cfr. *infra*. Si rinvia anche a uno studio approfondito della giurisprudenza della Corte europea e della Corte di giustizia: S. HARDT, *Parliamentary Immunity in a European Context, In-depth analysis for the JURI Committee*, studio realizzato a seguito di richiesta del Directorate General for Internal Policies of the European Parliament, 2015, reperibile in <http://www.europarl.europa.eu/>.

¹⁸⁶⁵ Sebbene non manchino studi che fanno risalire l'origine delle immunità parlamentari al diritto romano, in particolare al regime di tutela di cui beneficiavano i *Tribuni Plebis*. Questi ultimi, infatti – scelti dai *Concilia Plebis* e incaricati di rappresentare e difendere la plebe – erano ritenuti *sacrosancti*, ovvero sacrali e inviolabili. Tale inviolabilità venne confermata nella *Lex Vera Horatia* (449 A.C.) e la sanzione prevista per chiunque avesse attentato alla loro persona poteva consistere anche nella pena di morte. Cfr. G. SOULIER, *L'invulnerabilité parlementaire en droit français*, Paris, 1978, 12. Sulle origini storico-costituzionali delle immunità parlamentari, di particolare interesse è lo studio di M. DOGLIANI, *Immunità e prerogative parlamentari*, in AA.VV. (a cura di L. VIOLANTE), *Storia d'Italia. Annali, 17, Il Parlamento*, Torino, Einaudi, 2001, 1009 ss.

¹⁸⁶⁶ Il *Bill of Rights* fu – come noto – emanato al termine di cinquant'anni di lotte tra Corona e Comuni: cfr. al proposito, V. ZAGREBELSKY, *Le immunità parlamentari (natura e limiti di una garanzia costituzionale)*, Torino, 1979, 6. La norma, dunque, è solo

Il principio stabilito nel *Bill of Rights* è ancora pienamente in vigore. Esso assicura un *absolute privilege* per le affermazioni rese nel corso dei dibattiti e delle procedure parlamentari (*proceedings in Parliament*)¹⁸⁶⁷.

Si tratta di una immunità sostanziale e funzionale, in quanto «elimina alla radice il carattere anti-giuridico delle condotte tenute e garantisce il libero esercizio delle funzioni proprie dell'attività parlamentare»¹⁸⁶⁸. La prerogativa è dunque assoluta, coprendo ogni tipo di responsabilità giuridica, oltre che permanente, protraendosi anche oltre la fine del mandato¹⁸⁶⁹.

Diversamente, per esempio, dall'insindacabilità di cui all'art. 68, comma 1, della nostra Carta costituzionale, l'immunità in parola viene, dunque, a configurarsi unicamente per ciò che concerne gli atti compiuti e le opinioni espresse all'interno delle aule parlamentari, ovvero nell'ambito di «*proceedings in Parliament*»¹⁸⁷⁰. Deve dirsi che l'espressione ha presentato alcuni margini di incertezza interpretativa e la giurisprudenza anglosassone ha talvolta ritenuto che non tutto ciò che avviene all'interno del Parlamento è coperto da immunità, con ciò aprendo a non infrequenti casi di conflitto tra *courts of law* e *Parliament*¹⁸⁷¹.

Anche il neonato Congresso americano sente il bisogno di tutelare se medesimo e i propri membri attraverso l'immunità dei discorsi e mutua una formula assai simile a quella inglese nell'art. 1, sez. VI, Cost. del 1787 («[...] and for any speech or debate in either house, they shall not be questioned in any other place»), poi designata come *speech or debate clause*¹⁸⁷².

Fedeli all'ordinamento inglese del tempo, i Costituenti di Filadelfia stabilirono il principio dell'immunità dei parlamentari nella loro tipica sede. A tal proposito, la Corte suprema ha generalmente privilegiato un'interpretazione assai restrittiva, riconoscendo l'insindacabilità

il punto di arrivo di una evoluzione storica molto lunga e complessa che affonda le radici addirittura nel Parlamento medievale: cfr. la fondamentale opera di T. ERSKINE MAY, *Treatise on the Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament*, London-Edinburgh-Dublin, Butterworths, 22nd ed., 1997, poi nella 23rd ed., a cura di W.M MCKAY, Butterworths, 2004, 78-82.

¹⁸⁶⁷ Una ricostruzione delle origini storico-politiche della *freedom of speech and debate* si rinviene in F. DURANTI, *Le immunità parlamentari nell'esperienza britannica: tradizione ed innovazione*, in *federalismi.it*, 13, 2005.

¹⁸⁶⁸ Cfr. per uno studio comparato, M. VOLPI, *Responsabilità e immunità degli organi titolari di poteri politici. Un'analisi comparata*, in L. CARLASSARE (a cura di), *Diritti e responsabilità dei soggetti investiti di potere*, cit., 23, in part. 51.

¹⁸⁶⁹ Per alcuni precedenti storici, anche relativamente recenti, M. CERASE, *Art. 68*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, Utet, 2006, 1298, in part. 1299. Gli organi giudiziari, nel caso di attività rientranti nel novero dei *proceedings in Parliament*, dovranno dunque dichiarare il proprio difetto di giurisdizione e cancellare il procedimento dal ruolo, in relazione ad ogni questione connessa a tali atti, altrimenti incorrendo in *breach of privilege or contempt of Parliament*. Sulla nozione di *proceedings in Parliament*, cfr. il Parliamentary Privilege – First Report, Session 1998-1999, reperibile in <https://www.publications.parliament.uk>, ove si legge, al par. 129, che «For the purposes of article 9 of the Bill of Rights 1689 proceedings in Parliament means all words spoken and acts done in the course of, or for the purposes of, or necessarily incidental to, transacting the business of either House of Parliament or of a committee [...]».

¹⁸⁷⁰ Il concetto di *proceedings in Parliament* costituisce il fondamentale parametro di riferimento per qualsiasi attività interpretativa in questa materia: cfr. il risalente studio di S.A. DE SMITH, *Parliamentary Privilege and the Bill of Rights*, in *The Modern Law Review*, 1958, vol. 21, 465.

¹⁸⁷¹ Tra le attività non rientranti nel novero dei «*proceedings in Parliament*», è stata, ad esempio, considerata la corrispondenza epistolare inviata da un parlamentare dal palazzo di Westminster agli elettori del proprio collegio: *Rivlin v. Bilainkin* [1953] 1 QB 485. Sui casi di conflitto tra Parlamento e organi giudiziari in merito all'interpretazione di quali possano essere considerati i procedimenti parlamentari protetti dalla garanzia, F.N. FORMAN, *Constitutional Change in the United Kingdom*, London, Routledge, 2002; A.W. BRADLEY, *The Courts in conflict with Parliament?*, in *Public Law*, 1999, 384. Di recente, per un caso in cui si è ritenuto che le «expense claims» non siano protette dalla *parliamentary privilege*, nel significato dell'art. 9 del *Bill of Rights* del 1689, *R. v. Chaytor (and others)* [2010] UKSC 52, [2010] 3 W.L.R. 1707, con commento di Y. TEW, *No Longer a Privileged Fen: Expense Claims, Prosecution and Parliamentary Privilege*, in *The Cambridge Law Journal*, 2011, vol. 70, Issue 2, 282.

¹⁸⁷² Sul punto, interessante la lettura di C.W. JOHNSON IV, *The Doctrine of Official Immunity: An Unnecessary Intrusion into Speech or Debate Clause Jurisprudence*, in *The Catholic University Law Review*, 1994, 535, ove si rinviengono ampi riferimenti alla dottrina statunitense in materia, oltre che alla giurisprudenza sia della Corte suprema (a partire dal caso *Kilbourn v. Thompson* del 1881) che delle Corti inferiori.

solo con riferimento all'attività legislativa del Congresso («*purely legislative activities*»¹⁸⁷³), ritenendosi quest'ultima come quella parte integrale del processo comunicativo o deliberativo a cui i membri partecipano e in cui si ha l'esame, l'approvazione o la reiezione di proposte di legge o di altri affari che la Costituzione attribuisce alle competenze di una delle due Camere¹⁸⁷⁴.

Tutto ciò che non sia strettamente e formalmente correlato a questa attività nel Congresso è considerato estraneo all'immunità parlamentare¹⁸⁷⁵. In sostanza, non sono coperte le attività non inerenti al potere di produrre leggi e, dunque, in ipotesi, non è protetto il parlamentare che rilasci affermazioni diffamatorie all'esterno delle Aule o delle Commissioni del Congresso, ad esempio attraverso comunicati stampa o bollettini informativi al pubblico¹⁸⁷⁶. In *United States v. Brewster*, ad esempio, la Corte opera una netta distinzione tra le *legislative activities* e le *political activities* ed è il Chief Justice Burger a sottolineare che «the Speech or Debate Clause protects only those activities that are clearly a part of the legislative process»¹⁸⁷⁷.

La distinzione tra «legislative acts and other, legitimate, but non-legislative acts» viene, ad esempio, ripresa in *Hutchinson v. Proximire* del 1979, in cui la Corte non riconosce l'immunità per dichiarazioni diffamatorie rese da un senatore in un'intervista televisiva nei confronti di un funzionario federale ed afferma che «while speeches in Congress and discussion with staff were protected by Section 6, statements in newsletters and press releases were not because they were not “essential to the deliberations of the Senate” nor were they part of the legislatures’s “deliberative process”»¹⁸⁷⁸.

Assai diverso dal modello anglosassone e statunitense¹⁸⁷⁹ è il modello europeo continentale, ove – come si vedrà per il caso italiano – si registra la tendenza a riferire l'irresponsabilità per le dichiarazioni espresse e i voti dati non al luogo, ma alle funzioni esercitate¹⁸⁸⁰.

Da qui un concreto problema interpretativo circa il significato di tale dizione, che ha coinvolto dottrina, prassi parlamentare e giurisprudenza, in una tendenziale oscillazione tra due

¹⁸⁷³ Così si pronuncia, ancora, C.W. JOHNSON IV, *The Doctrine of Official Immunity: An Unnecessary Intrusion into Speech or Debate Clause Jurisprudence*, cit., in part. 535.

¹⁸⁷⁴ *Gravel vs. United States*, 408 US 606 (1972).

¹⁸⁷⁵ Per uno studio approfondito e recente, si rinvia a P. MAYER, *An Uncertain Privilege: Reexamining the Scope and Protections of the Speech or Debate Clause*, in *Colum. J.L. & Soc. Probs.*, 2016-2017, 50, 229, ove si dà una ricostruzione completa dell'evoluzione degli orientamenti della Corte suprema.

¹⁸⁷⁶ Parte della dottrina statunitense ha fortemente criticato questa interpretazione dell'immunità parlamentare da parte della Corte suprema, ritenendola in un certo senso lesiva dell'indipendenza funzionale del Congresso. Si veda, ad esempio, R.J. REINSTEIN – J.A. SILVERGLATE, *Legislative Privilege and the Separation of Powers*, in 86 *Harv. L. Rev.*, 1973, 1113. Più in generale, sulle immunità parlamentari negli Stati Uniti, oltre alla dottrina a cui si è già fatto riferimento, cfr. anche R.G. SIMMONS, *Freedom of speech in Congress: The History of a Constitutional Clause*, in *American Bar Association Journal*, 1952, 649 ss.; nonché E.S. CORWIN, N.J. SMALL, L.S. JAYSON (eds.), *The Constitution of the United States of America. Analysis and Interpretation*, Washington, 1964, 131 ss.

¹⁸⁷⁷ *United States v. Brewster*, 408 U.S. 501, 528-29, at 512.

¹⁸⁷⁸ *Hutchinson v. Proximire*, 443 U.S. 111. Per una ricostruzione del caso e per i riferimenti alla giurisprudenza più recente, cfr. A.M. DOLAN, T. GARVEY, *The Speech or Debate Clause: Constitutional Background and Recent Developments*, CRS Report for Congress, August 8, 2012, in <https://www.fas.org/sgp/crs/misc/R42648.pdf>. Si veda anche W. HARRELL, *The Speech or Debate Clause Should Not Confer Evidentiary or Non-Disclosure Privileges*, in *Virginia Law Review*, 2012, Vol. 98, No. 2, 385.

¹⁸⁷⁹ In dottrina si è ricordato che a questo modello possono essere ascritte anche le esperienze di Irlanda, Australia, Canada, Sudafrica, India e Giappone: cfr. M. VOLPI, *Responsabilità e immunità degli organi titolari di poteri politici. Un'analisi comparata*, in L. CARLASSARE (a cura di), *Diritti e responsabilità dei soggetti investiti di potere*, cit., 23 ss., in part. 52. I caratteri fondamentali dell'insindacabilità nel Regno Unito e negli Stati Uniti sono descritti anche da T.F. GIUPPONI, *Le immunità della politica. Contributo allo studio delle prerogative costituzionali*, Torino, 2005.

¹⁸⁸⁰ Costituisce un'eccezione al quadro europeo continentale la Costituzione federale svizzera, che lega l'immunità al “luogo”, prevedendo, nello specifico, al comma 1 dell'art. 162, che «i membri dell'Assemblea federale e del Consiglio federale, nonché il cancelliere della Confederazione non incorrono giuridicamente in alcuna responsabilità per quanto da loro espresso nelle Camere e negli organi parlamentari».

tendenze¹⁸⁸¹. Da un lato, un'interpretazione estensiva, che tende a coprire qualsiasi dichiarazione “politica” del parlamentare, anche non legata da un nesso funzionale alla sua attività di membro del Parlamento, dall'altro lato, un'interpretazione restrittiva, che fa riferimento alle sole opinioni espresse in sede parlamentare o anche al di fuori delle Aule parlamentari ma che siano legate da un nesso funzionale o che costituiscano la riproduzione letterale di un atto parlamentare.

La prima tendenza è stata a lungo seguita – come si vedrà – dalle Camere del Parlamento italiano¹⁸⁸², la seconda si è affermata grazie alle giurisprudenze delle Corti supreme e dei giudici costituzionali (per esempio) di Francia¹⁸⁸³, Spagna¹⁸⁸⁴ e, in tempi più recenti, anche in Italia, ove si è passati da una giurisprudenza costituzionale assai «generosa» prima e molto più restrittiva in relazione alle opinioni espresse *extra moenia*, dopo¹⁸⁸⁵.

Nell'elaborazione di questo orientamento restrittivo, un ruolo cruciale è stato giocato dalla Corte di Strasburgo, la quale, pur riconoscendo il valore costituzionale delle immunità parlamentari, ha ritenuto imprescindibile trovare quel «giusto equilibrio» tra l'applicazione di tali garanzie e la salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo¹⁸⁸⁶.

In particolare, il problema del possibile sacrificio dei diritti fondamentali dei terzi di fronte alle sfere di immunità costituzionalmente previste è stato affrontato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo con alcune note decisioni, che hanno influenzato – a loro volta – gli orientamenti della nostra Corte costituzionale. Ed anzi. Il tema – tanto dibattuto sia a Strasburgo, sia all'interno dei nostri confini – del rapporto tra insindacabilità parlamentari e diritto di accesso ad un tribunale è divenuto efficace terreno di indagine per verificare sino a che punto si è spinto il dialogo tra Corte europea e Consulta¹⁸⁸⁷.

¹⁸⁸¹ Cfr. ancora M. VOLPI, *Responsabilità e immunità degli organi titolari di poteri politici. Un'analisi comparata*, cit., 23, in part. 56.

¹⁸⁸² Cfr. ad esempio, M.C. GRISOLIA, *Immunità parlamentari e Costituzione. La riforma del primo comma dell'art. 68 Cost.*, Padova, 2000, 67 ss.; C. MARTINELLI, *L'insindacabilità parlamentare. Teoria e prassi di una prerogativa costituzionale*, Milano, 2002.

¹⁸⁸³ In estrema sintesi, si ricorda che l'art. 26, co. 1, della Carta costituzionale francese prevede che «aucun membre du Parlement ne peut être poursuivi, recherché, arrêté, détenu ou jugé à l'occasion des opinions ou votes émis par lui dans l'exercice de ses fonctions». Questa disposizione è stata, tuttavia, interpretata assai restrittivamente dalla giurisprudenza. Il *Conseil constitutionnel*, nella sentenza 89-262 del 7 novembre 1989, ha stabilito che l'insindacabilità non può ritenersi a pieno titolo un principio del costituzionalismo contemporaneo, bensì come un'eccezione alla generale soggezione di tutti i cittadini alla legge e alla giurisdizione. La dottrina tende a condividere questa tendenza restrittiva, nella consapevolezza che le norme costituzionali che garantiscono alle Camere queste importanti prerogative per il loro funzionamento debbano essere necessariamente interpretate in modo restrittivo, in quanto sempre potenzialmente soggette ad abusi che minerebbero la solidità di principi costituzionali fondamentali, a cominciare da quello di uguaglianza e, in ultima analisi, la rappresentatività del Parlamento presso l'opinione pubblica. Cfr., tra i tanti, V.G. BERGOUIGNOUS, *Le statut de parlementaire. De l'application souveraine à la souveraineté du droit*, in *Revue du droit public et de la science politique*, 2002, 340.

¹⁸⁸⁴ Per un'approfondita analisi del sistema delle immunità parlamentari in Spagna, cfr. R. ROMBOLI, *L'immunità parlamentare in Spagna (ossia il “modello spagnolo” effettivamente vigente e operante)*, in L. CARLASSARE (a cura di), *Diritti e responsabilità dei soggetti investiti di potere*, cit., 67 ss. Si veda, anche, tra i tanti, a solo titolo esemplificativo, J.J. PENARANDA RAMOS, *La dimension actual de las prerrogativas parlamentarias*, in *Comentarios a la Constitución española del 1978*, Oscar Alzaga Villaamil, vol. VI; L. PORTERO GARCIA, *Inviolabilidad e inmunidad parlamentarias*, Universidad de Malaga, 1979; P. FERNANDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, *La Inviolabilidad e Inmunidad de los Diputados y Senadores. La crisis de los “privilegios” parlamentarios*, Civitas Ediciones, Madrid, 2000.

¹⁸⁸⁵ Sulle storiche sentenze n. 10 e n. 11 del 2000 e sull'evoluzione successiva, cfr. *infra* par. 4.

¹⁸⁸⁶ Sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, cfr. *infra* par. 3.

¹⁸⁸⁷ In dottrina, v'è chi ha letto nel filone giurisprudenziale dell'insindacabilità una sorta di “ponte” tra le due Corti: E. MALFATTI, *Immunità parlamentari e diritti processuali dei terzi “offesi”: “l'accercchiamento” del modello di giudizio della Corte italiana è davvero completo?*, in *Quad. cost.*, 2009, 302 ss.

3. Il problema: insindacabilità parlamentari vs. tutela dei terzi offesi. L'orientamento della Corte europea

Lo studio della giurisprudenza della Corte di Strasburgo sulle immunità parlamentari e sui rapporti con i diritti inviolabili dei soggetti lesi dagli atti immuni dovrebbe essere preceduto da un accenno al significato e alla portata del c.d. «diritto al giudice», riconosciuto dalla Corte tra le garanzie di un processo equo, sancite dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. L'economia di questo lavoro suggerisce, tuttavia, di rinviare all'ampia letteratura intervenuta sul tema¹⁸⁸⁸.

Basti qui ricordare che il diritto di accesso ad un tribunale, come interpretato e rielaborato nella costante opera creativa della Corte europea, non viene ad essere concepito come diritto protetto in via assoluta, ben potendo essere limitato e bilanciato con altri interessi meritevoli di tutela giuridica.

Nei casi *Al-Adsani v. United Kingdom*; *Fogarty v. United Kingdom* e *MacEhinney v. Irlanda* del 2001, ad esempio, la Corte ammette la presenza di limiti, anche impliciti, all'operatività del diritto in questione, purché non incidano sulla sostanza stessa del diritto e siano proporzionati al legittimo fine perseguito¹⁸⁸⁹.

Alle autorità nazionali viene, pertanto, riconosciuto ampio margine di apprezzamento nella disciplina e nella, eventuale, limitazione del suo esercizio, purché non venga compresso il diritto nel suo nucleo sostanziale e vengano perseguite finalità di interesse generale¹⁸⁹⁰.

A tal fine – si legge, ad esempio, nel caso *Patrono, Cascini, Stefanelli v. Italy*¹⁸⁹¹ – la Corte europea si riserva di accertare: *a)* che ogni restrizione al diritto avvenga per uno scopo legittimo (*un but légitime*); *b)* che sussista un rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati ed il fine legittimo perseguito¹⁸⁹².

Espressamente riconducibili a finalità legittime sono, ad esempio, le guarentigie di cui beneficiano i membri degli organi parlamentari. In particolare, l'immunità dei parlamentari per le

¹⁸⁸⁸ Si consenta – anche per i riferimenti alla principale bibliografia in tema – il rinvio a S. RODRIQUEZ, *L'equo processo tra Corte europea e Corte costituzionale italiana. Il caso delle immunità parlamentari*, in G. ROLLA (a cura di), *Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali e i rapporti tra le giurisdizioni*, Milano, 2010, 371 ss. Oltre al fulcro centrale di garanzie procedurali espressamente previste dalla norma, quali il diritto ad un tribunale imparziale, indipendente e stabilito per legge, il diritto ad una sentenza resa pubblicamente ed il diritto ad un processo ragionevolmente celere, i giudici di Strasburgo hanno saputo evincere – dalla stessa nozione di equità processuale come prevista dall'art. 6 – ulteriori garanzie, in sorta di “diritti corollari”: per queste osservazioni, si veda S. MIRATE, *Giustizia amministrativa e Convenzione europea dei diritti dell'uomo. L'«altro» diritto europeo in Italia, Francia e Inghilterra*, Napoli, 2007, 220. L'opera creativa della Corte europea ed il “diritto vivente” da essa scaturito hanno condotto, ad esempio, all'ulteriore precisazione del diritto ad un giusto processo come parità delle armi e tutela del contraddittorio: sul punto, si veda J.P. COSTA, *Le principe du contradictoire dans l'article 6 § 1 de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *RFDA*, 2001, 30. L'equità processuale diviene, dunque, per giurisprudenza consolidata della Corte europea, espressione della necessità di garantire un accesso concreto ed effettivo ad un tribunale che assicuri ai privati cittadini “une possibilité claire et concrète de contester un acte constituant une ingérence dans ses droits” (Corte europea dei diritti dell'uomo, 4 dicembre 1995, *Bellet c/ France*, in *JCP – La Semaine juridique*, 1996, II, 22648).

¹⁸⁸⁹ Si tratta delle decisioni *Al-Adsani v. United Kingdom*; *Fogarty v. United Kingdom* e *MacEhinney v. Irlanda* del 21 novembre 2001, tutte reperibili in www.echr.coe.int.

¹⁸⁹⁰ Sul punto, si veda L. WILDHABER, *A Constitutional Future for the European Court of Human Rights?*, in *HRLJ*, 2002, 162: «What [the Court] has to do is to exercise an international supervision in specific cases to ensure that the solutions found do not impose an excessive or unacceptable burden on one sector of society or individuals».

¹⁸⁹¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, 20 luglio 2006, n. 10180/04, *Patrono, Cascini, Stefanelli v. Italy*, in www.echr.coe.int.

¹⁸⁹² Cfr., anche, ad esempio, Corte europea dei diritti dell'uomo, 21 novembre 2001, n. 31253/96, *McEhinney v. Irlanda*, reperibile in www.echr.coe.int.

opinioni espresse nell'esercizio delle proprie funzioni viene posta in relazione ai principi-cardine su cui si imperniano i sistemi di democrazia liberale: la tutela della libertà del dibattito politico in seno al Parlamento e, congiuntamente, il mantenimento della separazione fra potere legislativo e potere giudiziario¹⁸⁹³.

I risultati a cui è pervenuta – in materia – la Corte europea sono, in realtà, frutto di un'evoluzione di alcuni decenni, a partire dalla sentenza *Fayed v. United Kingdom* del 1994¹⁸⁹⁴, sino alle storiche sentenze *A. c. Regno Unito*¹⁸⁹⁵, *Cordova c. Italia* del 2003¹⁸⁹⁶, *De Jorio c. Italia* del 2004¹⁸⁹⁷ e *C.G.I.L. et Cofferati c. Italia* del 2009¹⁸⁹⁸.

In questa lenta evoluzione, i giudici di Strasburgo non si fermano a constatare l'esistenza di una forma di *immunity* o *privilege* in capo al danneggiante e/o l'assenza di una pretesa giuridicamente azionabile in capo al danneggiato, ma – attraverso uno scrutinio via via sempre più intenso – si spingono a sindacare la legittimità delle misure adottate dagli Stati per garantire l'immunità dei rappresentanti del popolo. Partendo dalla generale premessa che le ragioni sottese al riconoscimento della guarentigia parlamentare costituiscono, di per sé, un "*proper purpose*", lungi dal condurre uno scrutinio meramente astratto, la Corte tende, invece, ad effettuare un giudizio di proporzionalità secondo un metodo casistico, volto a verificare, caso per caso, se la limitazione

¹⁸⁹³ Si veda, a mero titolo esemplificativo, Corte europea dei diritti dell'uomo, 12 aprile 2006, n. 23063/02, *Ielo c. Italie*, reperibile, solo in lingua francese, in www.echr.coe.int. Par. 47 della decisione: «La Cour relève que le fait pour les Etats d'accorder généralement une immunité plus au moins étendue aux parlementaires constitue une pratique de longue date, qui vise à permettre la libre expression des représentants du peuple et à empêcher que des poursuites partisans puissent porter atteinte à la fonction parlementaire. Dans ces conditions, la Cour estime que l'ingérence en question, qui était prévue par l'article 68 § 1 de la Constitution, poursuivait des buts légitimes, à savoir la protection du libre débat parlementaire et le maintien de la séparation des pouvoirs législatif et judiciaire». Più recentemente, si richiama anche Corte europea dei diritti dell'uomo, 8 luglio 2008, n. 8917/05, *Kart c. Turquie*, in www.echr.coe.int.

¹⁸⁹⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, 21 settembre 1994, n. 17101/90, *Fayed v. United Kingdom*, in www.echr.coe.int. Qui la Corte precisò che l'esistenza di un *actionable domestic claim* può dipendere non solo dal modo in cui la legge interna definisce i diritti civili dei cittadini, ma anche dall'eventuale presenza di ostacoli procedurali che impediscano di adire i tribunali nazionali. In questa seconda ipotesi, malgrado l'assenza, a stretto rigore, di un diritto azionabile, i giudici di Strasburgo ritennero che l'art. 6 Cedu poteva avere un certo "*degree of applicability*". Sarebbe stato, infatti, difficilmente conciliabile con i valori democratici e con lo spirito della Convenzione ammettere che uno Stato contraente potesse, senza alcun controllo da parte delle istituzioni di Strasburgo, sottrarre alle giurisdizioni ordinarie una serie di controversie, conferendo immunità o esenzioni di responsabilità a gruppi o categorie di persone (par. 65). La sentenza richiamata segna un'inversione di rotta rispetto alla situazione precedente e, in particolare, rispetto ad una decisione del 1976, in cui la Commissione europea dei diritti dell'uomo aveva, addirittura, affermato che, proprio a causa del peculiare *status* riconosciuto ai rappresentanti del popolo, il soggetto che si riteneva leso dalle dichiarazioni di un parlamentare non potesse vantare alcuna pretesa giuridicamente azionabile, con logica inapplicabilità dell'art. 6 Cedu: cfr. la decisione della Commissione del 17 dicembre 1976 del ricorso Agee c. Regno Unito, n. 7729/76, *Décisions and Reports* (DR) 7, 164, nonché la decisione nel ricorso n. 3374/67, *Collection of Decisions* 29, 29

¹⁸⁹⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. II, 17 dicembre 2002, *A. c. Regno Unito*, reperibile in www.echr.coe.int. In tal caso, un parlamentare inglese, nel pronunciare un discorso in Parlamento (ma successivamente riportato dalla stampa), si era rivolto in modo particolarmente offensivo nei confronti di alcuni privati cittadini. In tale ipotesi, la Corte ha ritenuto che l'art. 6, par. 1, della Convenzione non fosse violato, dovendo l'interesse generale a tutela dell'attività parlamentare senz'altro prevalere allorché si tratti di opinioni espresse nel corso di dibattiti svoltisi all'interno delle aule parlamentari.

¹⁸⁹⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. I, 30 gennaio 2003, n. 40877; Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. I, 30 gennaio 2003, n. 45649, in *Giur. It.*, 2003, 1993, con nota di B. CONFORTI, *I limiti dell'immunità parlamentare secondo la Corte di Strasburgo*. L'ultima delle due sentenze è anche pubblicata in *Foro it.*, 2004, 294, con nota di N. PIGNATELLI, *L'ineffettività della tutela giurisdizionale del terzo nei conflitti ex art. 68, 1° comma, Cost.*

¹⁸⁹⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. I, 3 giugno 2004, *De Jorio c. Italia*, in www.echr.coe.int. La sentenza è reperibile anche in www.associazionedeicostituzionalisti.it, con commento di C. PAGOTTO, *Il caso De Jorio: la CEDU prosegue sulla strada del rigore nei confronti delle immunità parlamentari*.

¹⁸⁹⁸ A commento della decisione, si veda l'ampio contributo di G. REPETTO, *L'insindacabilità parlamentare (di nuovo) a Strasburgo, tra modelli da ripensare e un dialogo da prendere sul serio*, in *Giur. cost.*, 2009, 1300. Intervengono sul caso anche E. MALFATTI, *Immunità parlamentari e diritti processuali dei terzi "offesi": "l'accerchiamento" del modello di giudizio della Corte italiana è davvero completo?*, in *Quad. cost.*, 2009, 302 ss.; V. GIOFFRÈ, *Il caso Cofferati c. Italia davanti alla Corte europea dei diritti, ibid.*, 721.

del diritto di accesso ad un tribunale non sia da considerarsi eccessiva rispetto al (sia pur legittimo) fine perseguito¹⁸⁹⁹.

In *Cordova c. Italia*, i giudici europei ricordano che benché in linea di principio il riconoscimento di una immunità parlamentare non sia di per sé una restrizione sproporzionata al diritto d'accesso ad un tribunale, così come consacrato dall'art. 6 Cedu, compito della Corte stessa è quello di verificare la compatibilità con la Convenzione degli effetti di una interpretazione di tale immunità che possa aver prodotto, nel caso in questione, una lesione del diritto del ricorrente¹⁹⁰⁰.

Nel caso di specie, a giudizio della Corte, le dichiarazioni dei parlamentari, pronunciate nel corso di una riunione elettorale e, quindi, al di fuori di una camera legislativa, non apparivano legate all'esercizio delle funzioni parlamentari in senso stretto, rientrando piuttosto nell'ambito di una contesa di tipo personale. In un siffatto caso, non si poteva giustificare un diniego di accesso alla giustizia per la sola circostanza che la contesa fosse di natura politica o legata ad un'attività politica.

L'assenza di un nesso evidente con un'attività parlamentare richiedeva, dunque, un'interpretazione rigida («*interprétation étroite*») della nozione di proporzionalità tra lo scopo perseguito e i mezzi impiegati. Concludere diversamente avrebbe equivalso – a parere della Corte – a restringere in modo incompatibile con l'art. 6 Cedu il diritto di accesso ad un tribunale degli individui, ogni qual volta che gli atti contestati fossero riconducibili ad un rappresentante del popolo (par. 64 della motivazione).

In *De Jorio c. Italia*, la Corte adotta nuovamente quell'interpretazione restrittiva della nozione di proporzionalità tra scopi dell'immunità e mezzi per realizzarla. Il completo diniego di accesso alla giustizia – secondo la Corte – deve considerarsi misura sproporzionata rispetto alla causa che persegue e costituisce, dunque, una violazione del diritto fondamentale ad avere una tutela giurisdizionale¹⁹⁰¹.

La delicata questione dei limiti all'immunità parlamentari viene così affrontata e risolta, ancora una volta, secondo la tecnica del bilanciamento tra il diritto fondamentale del singolo e le ragioni di interesse superindividuale, così da assicurare il giusto equilibrio tra «*des exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu*»¹⁹⁰².

In *C.G.I.L. e Cofferati c. Italia*, i giudici europei rilevano la violazione dell'art. 6, par. 1, della Convenzione, giungendo a ritenere che le dichiarazioni rese – *extra moenia* ad un'agenzia di stampa – dall'on. Bossi non erano connesse all'esercizio delle funzioni parlamentari *stricto sensu*, considerata l'assenza di previ atti tipici della funzione.

Alle considerazioni più propriamente sostanziali, seguono alcune osservazioni in merito ad aspetti procedurali. La Corte afferma che la garanzia *ex art. 6 Cedu* non può ritenersi soddisfatta

¹⁸⁹⁹ Sull'importanza cruciale dello scrutinio di proporzionalità nella giurisprudenza della Corte europea, si rinvia a B. CONFORTI, *I limiti dell'immunità parlamentare secondo la Corte di Strasburgo*, in *Giur. It.*, 2003, 1993.

¹⁹⁰⁰ Nello stesso senso, Corte europea dei diritti dell'uomo, 12 aprile 2006, n. 23053/02, *Ielo c. Italia*, in www.echr.coe.int. Si veda il par. 55 della decisione: «*le rôle de la Cour est celui de vérifier la compatibilité avec la Convention des effets de pareille interprétation [...]. Sans examiner in abstracto la législation et la pratique pertinentes, elle doit rechercher si la manière dont elles ont touché le requérant a enfreint la Convention*».

¹⁹⁰¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. I, 3 giugno 2004, *De Jorio c. Italia*, in www.echr.coe.int.

¹⁹⁰² Si tratta del par. 55 della motivazione. Sul punto, P. MEZZANOTTE, *Il caso De Jorio: l'immunità parlamentare nella giurisprudenza di Strasburgo e il rapporto con gli orientamenti della Corte costituzionale*, in federalismi.it.

quando il giudice investito della controversia ha limitato il proprio sindacato alla valutazione di una questione preliminare; né quando la Consulta, chiamata a decidere sul conflitto di attribuzione, dichiara inammissibile il conflitto per motivi meramente processuali, senza pronunciarsi sul nesso tra le opinioni incriminate e l'esercizio delle funzioni parlamentari¹⁹⁰³.

Il punto di maggiore interesse e novità della sentenza *Cofferati* riguarda la denuncia – da parte degli stessi giudici di Strasburgo – di contrarietà alla Convenzione dell'arresto irreversibile del giudizio intentato dai ricorrenti, determinato, in ultima istanza, dalla pronuncia di inammissibilità del ricorso per conflitto di attribuzioni ad opera della Corte costituzionale¹⁹⁰⁴.

I giudici europei, in altri termini, giungono a censurare il comportamento della Consulta, la quale, rilevato un vizio procedurale, aveva rifiutato di entrare nel merito del conflitto, privando così i ricorrenti di un valido rimedio per la tutela dei diritti garantiti dalla Convenzione¹⁹⁰⁵. A dar luogo alla violazione della Convenzione non è stato, infatti, il solo arresto del procedimento giurisdizionale quale conseguenza della pronuncia di inammissibilità, ma anche il rifiuto, da parte della Corte costituzionale, di pronunciarsi nel merito della pretesa¹⁹⁰⁶.

Pur chiarendo, come di consueto, che non è compito suo, bensì dei giudici nazionali, valutare l'esatta interpretazione del diritto interno, nel caso *Cofferati*, la Corte di Strasburgo sembra “contrapporsi” alla Corte costituzionale, invero non considerando che quest'ultima opera in un giudizio di diversa natura e che nel conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato le posizioni soggettive del terzo rimangono necessariamente sullo sfondo¹⁹⁰⁷.

Sullo sfondo, non v'è solo il costante problema del dialogo e della collaborazione tra Corti in tema di diritti dell'uomo, bensì anche il dibattito sulla sequenza procedurale in tema di conflitto di attribuzione, al fine di introdurre nell'ordinamento schemi che assicurino un corretto bilanciamento tra le esigenze di tutela dell'esercizio delle funzioni parlamentari e la protezione giurisdizionale dei diritti individuali¹⁹⁰⁸.

5. La Corte costituzionale e le insindacabilità parlamentari: l'evoluzione sino ai più recenti orientamenti

¹⁹⁰³ Si consenta il richiamo, per maggiori approfondimenti, a S. RODRIQUEZ, *L'equo processo tra Corte europea e Corte costituzionale italiana. Il caso delle immunità parlamentari*, cit., 371.

¹⁹⁰⁴ Su questo punto, amplius G. REPETTO, *L'insindacabilità parlamentare (di nuovo) a Strasburgo, tra modelli da ripensare e un dialogo da prendere sul serio*, cit., in part. 1302.

¹⁹⁰⁵ Così V. GIOFFRÈ, *Il caso Cofferati c. Italia davanti alla Corte europea dei diritti*, cit., 723.

¹⁹⁰⁶ Cfr. il par. 77 della decisione. Sulla rigidità processuale del nostro assetto processuale in tema di insindacabilità, cfr. ad esempio, G. SILVESTRI, *Il conflitto di attribuzione tra rigidità processuali ed esigenze sostanziali*, in *Giur. cost.*, 1997, 3988. Più di recente, A. MASARACCHIA, *Il procedimento per conflitto di attribuzioni tra formalismo e libertà delle forme*, *ivi*, 2002, 1348.

¹⁹⁰⁷ Così nell'analisi di E. CIOCCARELLI, *Immunità parlamentari e Cedu*, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 1/2011.

¹⁹⁰⁸ In dottrina, ad esempio, alcuni avevano auspicato lo spostamento dell'onere del sollevamento del conflitto in capo alle Camere, così da superare l'efficacia inibitoria della delibera di insindacabilità. Così A. PACE, *Giurisdizione e insindacabilità parlamentare nei conflitti costituzionali*, in *Quad. cost.*, 2000, 310 ss. Sull'importanza della decisione *Cofferati*, cfr. ancora E. Malfatti, *Immunità parlamentari e diritti processuali dei terzi "offesi": "l'accerchiamento" del modello di giudizio della Corte italiana è davvero completo?*, cit., 302: «[...] La decisione in commento si staglierebbe come decisivo giro di vite intorno al regime cui sono sottoposte le immunità sostanziali nel nostro Paese, 'accerchiandosi' senza remore il modello strutturale di giudizio con cui la Corte costituzionale (e poi il legislatore) è venuta ad imbrigliarle, e determinando una situazione in cui non si dovrebbe più soprassedere, insistendo nel considerare legittime le applicazioni della 'pregiudizialità parlamentare', e perciò continuando a ignorare il deficit di tutela scontato dai privati cittadini».

Significativa, seppur non sempre lineare e coerente, è stata l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale italiana¹⁹⁰⁹.

Posta dinanzi al conflitto tra l'autonomia parlamentare ed i diritti inviolabili dei singoli, in una decisione del 1996, la Consulta non aveva esitato ad affermare che «a tutela del principio (corrispondente a un interesse generale della comunità politica) di indipendenza e autonomia del potere legislativo nei confronti degli altri organi e poteri dello Stato, l'art. 68 sacrifica il diritto alla tutela giurisdizionale del cittadino che si ritenga offeso nell'onore o in altri beni della vita da opinioni espresse da un senatore o deputato nell'esercizio delle sue funzioni»¹⁹¹⁰.

Il sacrificio del diritto alla tutela giurisdizionale dei cittadini trovava, dunque, giustificazione – secondo la Consulta – nel bilanciamento di interessi operato dal Costituente, nel senso della prevalenza del principio di indipendenza ed autonomia del potere legislativo (sancito dall'art. 68 della Costituzione) nei confronti degli altri organi e poteri dello Stato¹⁹¹¹.

Doveva, in ogni caso, trattarsi di «opinioni espresse da un senatore o deputato nell'esercizio delle sue funzioni», ferma restando la possibilità di un controllo da parte della stessa Corte sulla correttezza della deliberazione parlamentare, mediante il conflitto di attribuzioni sollevato da un giudice competente¹⁹¹².

La vera svolta interpretativa si ha, tuttavia, con le note e contemporanee sentenze nn. 10 e 11 del 2000¹⁹¹³.

La novità è determinata dal tentativo della Corte di fissare in maniera più rigorosa i confini del controllo esercitabile nei confronti delle delibere parlamentari adottate in relazione alla prerogativa di cui all'art. 68, rivedendo gli orientamenti formati nel corso degli anni Novanta¹⁹¹⁴.

¹⁹⁰⁹ Per un quadro chiaro dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia, si richiama lo studio di D.A. AMBROSELLI, *Corte costituzionale e Corte di Strasburgo in tema di insindacabilità parlamentare con particolare riferimento al diritto di accesso al giudice*, in www.dirittifondamentali.it, 2013.

¹⁹¹⁰ Si veda Corte cost., 24 aprile 1996, n. 129, in *Cons. Stato*, 1996, II, 670; in *Foro It.*, 1996, I, 2316.

¹⁹¹¹ Cfr. ancora Corte cost., 24 aprile 1996, n. 129, cit., punto 3) della motivazione.

¹⁹¹² Si veda ancora il punto 3) della motivazione della sentenza *supra* citata: «Il solo rimedio è dato dalla possibilità di controllo della Corte costituzionale sulla correttezza della deliberazione: controllo che il giudice può promuovere col mezzo del conflitto di attribuzione». In dottrina, utile il riferimento a A. SAITTA, *Conflitti di attribuzioni, poteri dello Stato, garanzia dell'insindacabilità e tutela costituzionale del singolo parlamentare*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 305. Si veda anche M.C. GRISOLIA, *Immunità parlamentari e Costituzione. La riforma del primo comma dell'art. 68 Cost.*, Padova, 2000, 130 ss.

¹⁹¹³ Corte cost., 17 gennaio 2000, n. 10; Corte cost., 17 gennaio 2000, n. 11, in *Corriere giur.*, 2000, 3, 316; in *Danno e Resp.*, 2000, 4, 381; in *Giur. It.*, 2000, 1105; in *Giur. cost.*, 2000, I, 70, con nota di A. PACE, *L'art. 68, comma 1 Cost. e la "svolta" interpretativa della Corte costituzionale nelle sentenze nn. 10 e 11 del 2000*. Ha definito l'inversione di tendenza degli anni Duemila come un percorso «non sempre lineare, ma indubbiamente coraggioso e significativo», G. AZZARITI, *Cronaca di una svolta: l'insindacabilità dei parlamentari dinanzi alla Corte costituzionale*, in G. AZZARITI (a cura di), *Le Camere nei conflitti*, Torino, 2002, 200.

¹⁹¹⁴ Nella giurisprudenza immediatamente successiva alla già citata Corte cost., n. 129/1996, infatti, la Corte decide effettuando un sindacato sulle delibere parlamentari tutt'altro che incisivo. Con la decisione n. 265/1997 (Corte cost., 23 luglio 1997, n. 265, in *Giust. pen.*, 1998, I, 111; in *Cons. Stato*, 1997, II, 1139), ad esempio, la Corte definisce il proprio sindacato come un intervento «a posteriori», e «dall'esterno», sino ad affermare – piuttosto contraddittoriamente – la non rivedibilità delle delibere parlamentari «adottate in assenza o con erronea o arbitraria valutazione dei relativi presupposti». L'intervento della Consulta sembra restringersi progressivamente sino ad accertare la semplice esistenza della delibera di insindacabilità, senza alcun controllo effettivo su di essa. In questo senso, L. PESOLE, *L'insindacabilità parlamentare nella giurisprudenza costituzionale*, in www.federalismi.it. La contraddittorietà della sentenza n. 265/1997 rispetto a decisioni precedenti è stata evidenziata da P. VERONESI, *I poteri davanti alla Corte: cattivo uso del potere e sindacato costituzionale*, Milano, 1999, 128; R. ROMBOLI, *Immunità parlamentare: un difficile bilanciamento (con qualche contraddizione) tra autonomia delle camere, tutela della sfera di attribuzioni dell'autorità giudiziaria e ruolo della Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1997, I, 2364. *Amplius*, sugli orientamenti della Corte costituzionale negli anni Novanta, si veda A. PACE, *Giurisdizione e insindacabilità parlamentare nei conflitti costituzionali*, in *Quad. cost.*, 2000, 289.

Nel superare una giurisprudenza dall'andamento piuttosto incerto¹⁹¹⁵, i giudici costituzionali precisano che, ai fini di un'equilibrata definizione del rapporto tra autonomia delle istituzioni parlamentari ed esercizio della funzione giurisdizionale, un sindacato unicamente incentrato sulla motivazione dell'atto (in ordine alla sussistenza dei presupposti di applicabilità dell'art. 68 Cost.) si rivela inadeguato allo scopo di garanzia delle attribuzioni costituzionali che la Corte deve perseguire¹⁹¹⁶.

Sulla base di tale premessa, la Corte si riconosce competente a verificare se l'insindacabilità sussista e se, nel caso concreto, l'opinione sia stata concretamente espressa nell'esercizio delle funzioni parlamentari. In seconda battuta, specifica che l'insindacabilità non può riguardare tutta l'attività politica svolta dal parlamentare, ma solo quelle opinioni che siano legate da “nesso funzionale” con le attività che il parlamentare ha svolto nella qualità di membro delle Camere¹⁹¹⁷. Così, il collocare le dichiarazioni (asseritamente) diffamatorie in un più generale *contesto politico* e il ricondurle a temi di rilievo generale, «non vale in sé a connotarle quali espressive della funzione, ove esse, mancando di costituire la sostanziale riproduzione delle specifiche opinioni manifestate dal parlamentare nell'esercizio delle proprie attribuzioni, siano non già il riflesso del peculiare contributo che ciascun deputato e ciascun senatore apporta alla vita democratica mediante le proprie opinioni e i propri voti (come tale coperto, a garanzia delle prerogative delle Camere, dall'insindacabilità), ma una ulteriore e diversa articolazione di siffatto contributo, elaborata ed offerta alla pubblica opinione nell'esercizio della libera manifestazione del pensiero assicurata a tutti dall'art. 21 della Costituzione”»¹⁹¹⁸.

¹⁹¹⁵ In questo andamento incerto, si colloca, quale eccezione, la sentenza n. 329 del 20 luglio 1999 (Corte cost., 20 luglio 1999, n. 329, in *Giur. It.*, 2000, 1118, con nota di E. FURNO, *Insindacabilità parlamentare per opinioni e voti e “libertà di offesa” nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Cons. Stato*, 1999, II, 1030; in *Giust. pen.*, 1999, I, 360). Nella fattispecie, nell'esaminare la relazione all'uopo predisposta dalla Giunta per le autorizzazioni a procedere, la Consulta critica fortemente l'interpretazione camerale delle condizioni e dei presupposti che l'art. 68, 1° comma, pone a fondamento dell'insindacabilità, non essendo riscontrabile – in concreto – alcun ragionevole collegamento tra le espressioni adoperate dall'onorevole e l'esercizio delle funzioni di parlamentare. L'ampiezza attribuita dalla Camera al concetto di “funzione parlamentare”, estendendo indebitamente, secondo la Corte, la prerogativa costituzionale all'«intera attività politica dei membri delle Camere», finisce con il vanificare «il requisito della connessione tra le opinioni espresse dal parlamentare e le relative funzioni». Non è possibile, infatti, ricomprendere «qualsiasi comportamento o attività qualificata come politica nella sfera di insindacabilità assicurata dall'art. 68, primo comma, Cost.», senza snaturare la prerogativa costituzionale e degradarla a «mero privilegio personale», «in palese contrasto con il tenore e la *ratio* della norma costituzionale di garanzia». Tale interpretazione “allargata”, in quanto prescinde «dal collegamento con l'esercizio della funzione parlamentare», costituisce un erroneo presupposto (dell'esercizio del potere da parte della Camera), sufficiente di per sé a rendere illegittima la relativa deliberazione di insindacabilità e concretizza, in tal modo, un'illegittima interferenza della Camera nelle attribuzioni dell'autorità giudiziaria.

¹⁹¹⁶ Cfr., sul punto, E. RINALDI, *Tutela dei diritti fondamentali e immunità parlamentari: dialogo problematico a quattro tra Parlamento italiano, giudici comuni, Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. soc.*, 2003, 426.

¹⁹¹⁷ La Corte si uniforma così alla dottrina prevalente, da sempre «preoccupata di interpretare il cennato limite “funzionale” della garanzia nel senso di ritenere coperte da insindacabilità soltanto le attività tipiche ed esclusive, per dir così, dei parlamentari, anche se compiute all'esterno delle aule, purché costituenti “adempimento di missioni inerenti alla carica”. Tale interpretazione ha costituito reazione alla diffusa prassi parlamentare che mirava a ricondurre sotto lo scudo di tale forma di irresponsabilità tutta l'attività politica dei membri delle due Camere, anche se non strettamente connessa con la funzione parlamentare»: sul punto, A. CIANCIO, *Estensione dell'insindacabilità parlamentare e tutela della dignità dell'uomo*, in *Rass. parl.*, 1999, 395, in part. 400. Più di recente, sulla nozione di “nesso funzionale”, Corte cost., 14 maggio 2008, n. 135, in www.cortecostituzionale.it; Id., 20 luglio 2007, n. 304, in www.cortecostituzionale.it; Id., 4 maggio 2007, n. 151, in www.cortecostituzionale.it.

¹⁹¹⁸ Così, testualmente, Corte cost., 4 maggio 2007, n. 152, in www.cortecostituzionale.it.

Le decisioni successive alla svolta del Duemila hanno proseguito in un costante allineamento agli orientamenti del Giudice di Strasburgo, ribadendo come l'istituto dell'insindacabilità parlamentare non costituisca un privilegio concesso alla persona e come non sia coperta dall'immunità una manifestazione di natura *lato sensu* politica, afferente ad una contesa di carattere personale¹⁹¹⁹.

La giurisprudenza della Corte costituzionale – come è venuta ad evolversi negli ultimi tempi – tende a ricostruire la *ratio* dell'istituto in linea con la giurisprudenza europea, adottando un'interpretazione più restrittiva rispetto al passato, ad indubbia tutela del diritto di accesso al giudice, come sancito dagli articoli 24 e 111 della Costituzione e dall'art. 6 della Convenzione europea¹⁹²⁰.

La convergenza tra la giurisprudenza della Corte di Strasburgo e la giurisprudenza costituzionale emerge chiara anche dai più recenti interventi della Consulta.

Con sentenza n. 265 del 2014, ad esempio, la Corte ha chiarito, ancora una volta, richiamando i suoi precedenti orientamenti, che le dichiarazioni rese *extra moenia* da un parlamentare sono coperte dalla prerogativa dell'insindacabilità di cui all'art. 68, primo comma, Cost., purché vi sia il necessario concorso di due requisiti: «un legame di ordine temporale fra l'attività parlamentare e l'attività esterna [...], tale che questa venga ad assumere una finalità divulgativa della prima; una sostanziale corrispondenza di significato tra le opinioni espresse nell'esercizio delle funzioni e gli atti esterni, al di là delle formule letterali usate [...], non essendo sufficiente né una semplice comunanza di argomenti né un mero “contesto politico” entro cui le dichiarazioni *extra moenia* possano collocarsi [...], né il riferimento alla generica attività parlamentare o l'inerenza a temi di rilievo generale, seppur dibattuti in Parlamento [...], né, infine, un generico collegamento tematico o una corrispondenza contenutistica parziale»¹⁹²¹.

La Corte Costituzionale confina l'applicabilità della speciale esimente *ex art. 68 Cost.* entro limiti e confini ben definiti: il nesso funzionale deve consentire agevolmente di ricondurre le dichiarazioni del parlamentare a quella attività politica che lo stesso vuole divulgare al di fuori delle sedi proprie parlamentari.

¹⁹¹⁹ Per la giurisprudenza successiva alle sentenze della Corte cost. nn. 10 e 11 del 2000, si veda, ad esempio, Corte cost., 19 giugno 2002, n. 294, in *Giur. It.*, 2003, 220; Id., 4 dicembre 2002, n. 509, *ibid.*, 1762; Id., 4 dicembre 2002, n. 508, in *Dir. Pen. e Processo*, 2003, 1, 14.

¹⁹²⁰ Alcuni, in dottrina, hanno ritenuto che – invero – alcuni profili di dissonanza tra gli orientamenti del giudice costituzionale e quelli del Giudice di Strasburgo potrebbero ravvisarsi nel fatto che la Consulta considera presente il c.d. nesso funzionale per le dichiarazioni *extra moenia*, purché sostanzialmente riprodotte del contenuto delle prime. La Corte europea, invece, seguirebbe un orientamento più restrittivo, ritenendo le opinioni espresse *extra moenia* non ascrivibili nell'ambito di esercizio della funzione parlamentare. Sul punto, cfr. in particolare P. MEZZANOTTE, *Il caso De Jorio: l'immunità parlamentare nella giurisprudenza di Strasburgo e il rapporto con gli orientamenti della Corte costituzionale*, in www.federalismi.it. *Contra*, B. CONFORTI, *I limiti dell'immunità parlamentare secondo la Corte di Strasburgo*, cit., 1993. il quale considera la differenza poco rilevante, laddove, ad esempio, nel già citato caso inglese Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. II, 17 dicembre 2002, *A. c. Regno Unito* (reperibile in www.echr.coe.int), le dichiarazioni del parlamentare erano poi state diffuse dalla stampa e tale circostanza non induceva la Corte a modificare la sua decisione favorevole all'immunità.

¹⁹²¹ Si tratta di Corte cost., 26 novembre 2014, n. 265, in [federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2014, n. 23. La Corte richiama, sul punto, Corte cost., 27 marzo 2014, n. 55, in www.cortecostituzionale.it, nella quale la Corte esclude, *in primis*, il requisito temporale, richiamando quella costante giurisprudenza secondo la quale va escluso che possano fungere da elementi di riferimento, agli effetti della garanzia dell'insindacabilità di cui all'art. 68, primo comma, Cost., atti compiuti dal parlamentare in epoca successiva alle dichiarazioni *extra moenia*, «considerato che risulterebbe davvero eccentrico evocare il concetto di “divulgazione” [...] ove la relativa attività, espletata anche fuori del Parlamento, si realizzasse in un momento antecedente alla opinione espressa dal parlamentare nell'esercizio delle funzioni tipiche».

Gli stretti confini elaborati dalla giurisprudenza costituzionale sull'art. 68 Cost. e sul nesso di funzionalità hanno, dunque, il chiaro obiettivo di evitare le “storture” nell'applicazione della garanzia di immunità parlamentare e, al contempo, di garantire il bilanciamento tra i contrapposti interessi di libertà nell'esercizio delle funzioni di parlamentare e tutela dei diritti fondamentali della persona.

In tal senso, nella sentenza n. 82 del 2011, la Corte evidenzia bene il suo ruolo cruciale nella definizione dei tratti del perenne contenzioso tra istanze della politica e istanze della giurisdizione e della costante forzatura dell'elemento della “connessione funzionale”, laddove contesta – richiamando la sua costante giurisprudenza – quanto affermato nella Relazione della Giunta delle elezioni e delle immunità del Senato, «che auspica l'accoglimento della tesi, già in varie occasioni espressa dal Senato, secondo la quale occorrerebbe pervenire ad un “salto interpretativo” volto a ritenere sussistente il nesso funzionale in tutte le occasioni in cui il parlamentare raggiunga il cittadino, illustrando la propria posizione»¹⁹²².

Ancora una volta, nella più recente sentenza n. 55 del 2014, la Corte viene nuovamente chiamata dal Senato della Repubblica a procedere ad «un aggiornamento giurisprudenziale del concetto di nesso funzionale fra le opinioni espresse dai membri del Parlamento al di fuori di esso e l'esercizio di attività parlamentari: aggiornamento interpretativo, in particolare, che dovrebbe condurre, secondo la difesa del Senato, *«a ravvisare la sussistenza di tale nesso funzionale in tutte le occasioni in cui il parlamentare raggiunga il cittadino elettore illustrando la propria posizione, atteso che, in tal modo, si terrebbe conto dell'evoluzione dell'attività politica del parlamentare, la quale sempre più si svolgerebbe anche nelle sedi informali, quali ad esempio i mezzi di informazione, che oggi ricoprono un ruolo imprescindibile nel dibattito politico»*¹⁹²³.

Anche in tale pronuncia, la Consulta ha avuto modo di affermare che una dilatazione del perimetro dell'insindacabilità avrebbe l'effetto di trasformare «un'immunità funzionale in un privilegio personale», a vantaggio di chi sia stato eletto membro del Parlamento.

Quanto, infine, alla asserita esigenza di «aggiornamento» interpretativo del concetto di nesso funzionale, che secondo la difesa del Senato dovrebbe ritenersi sussistente in tutte quelle occasioni in cui il parlamentare raggiunga il cittadino-elettore illustrando la propria posizione, la Corte richiama quell'orientamento dal quale non ritiene vi sia ragione di discostarsi e, in particolare, sottolinea che una simile tesi «appare [...], per la eccessiva vaghezza dei termini e dei concetti impiegati, non compatibile con il disegno costituzionale». Essa, in particolare, «non mette in collegamento diretto opinioni espresse e atti della funzione, ma semplicemente attribuisce allo stesso parlamentare la selezione dei temi “politici” da divulgare; al punto da rendere, in definitiva, lo stesso parlamentare arbitro dei confini entro i quali far operare la garanzia della insindacabilità»¹⁹²⁴.

¹⁹²² Si tratta di Corte cost., 11 marzo 2011, n. 82, in *federalismi.it.*, 2011, n. 6.

¹⁹²³ Si fa riferimento a Corte cost., 27 marzo 2014, n. 55, in www.cortecostituzionale.it.

¹⁹²⁴ La Corte richiama, a sua volta, Corte cost., 17 dicembre 2013, n. 313, in www.cortecostituzionale.it, con nota di F. MARONE, *La Cedu da parametro di legittimità costituzionale della legge a fonte concorrente con la Costituzione?*, in *Consulta on line, Studi*, 2014. Nella specie, il senatore Storace era imputato del delitto previsto dall'art. 278 c.p. (Offesa all'onore o al prestigio del Presidente della Repubblica), perché, commentando sulla sua pagina internet, l'intervento del Presidente della Repubblica (nel quale questi esprimeva indignazione per gli attacchi rivolti alla senatrice Rita Levi Montalcini), offendeva l'onore e il prestigio del Capo dello Stato, attribuendogli testualmente «disdicevole storia personale, palese e nepotistica conduzione familiare, evidente faziosità istituzionale, è indegno di una carica usurpata a maggioranza».

Nella sentenza della Corte costituzionale n. 313 del 2013, la Consulta richiama, ancora una volta, le censure mosse, in varie occasioni all'Italia dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale – proprio sul tema dell'insindacabilità delle opinioni dei parlamentari e del configgente diritto di accesso ad un tribunale da parte del privato che si assuma offeso da quelle opinioni, sancito dall'art. 6 della Convenzione europea – ha sottolineato come non si possa «giustificare un rifiuto di accesso alla giustizia per il solo fatto che la disputa potrebbe essere di natura politica oppure connessa ad un'attività politica». «Secondo il parere della Corte», si è soggiunto, «l'assenza di un legame evidente con un'attività parlamentare richiama un'interpretazione stretta della nozione di proporzionalità tra lo scopo perseguito e i mezzi impiegati. Questo è particolarmente vero quando le restrizioni al diritto di accesso derivano da una deliberazione di un organo politico. Concludere diversamente equivarrebbe a ridurre in modo incompatibile con l'art. 6 par. 1 della Convenzione il diritto d'accesso ad un tribunale dei privati cittadini ogni qualvolta che i discorsi impugnati giudiziariamente siano stati pronunciati da un membro del Parlamento». Con la conseguenza che deve considerarsi estraneo alla garanzia della insindacabilità un comportamento che non sia connesso «all'esercizio di funzioni parlamentari *stricto sensu*»¹⁹²⁵.

Nel caso deciso con sentenza n. 205/2012, la Corte si occupa invece della specifica circostanza, invocata dalla Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari, che il senatore, prima della sua elezione, svolgesse attività di giornalista¹⁹²⁶. Tale circostanza, afferma la Corte, non vale ad estendere, a suo favore, l'ambito di operatività della garanzia di insindacabilità sancita dall'art. 68 Cost.: «anche con riferimento al parlamentare che svolge o abbia svolto attività giornalistica, infatti, la divulgazione di idee, prive del requisito della sostanziale corrispondenza di significato con le opinioni espresse nell'esercizio di funzioni parlamentari, può inquadrarsi nella normale attività di critica politica che il parlamentare è libero di svolgere al pari di qualunque cittadino», senza fruire, peraltro, di specifiche clausole di immunità che finirebbero per coinvolgere e compromettere – senza una specifica relazione con la logica di garanzia sottesa all'art. 68, primo comma, Cost. – i diritti dei terzi a veder tutelata in sede giurisdizionale la propria immagine e la propria onorabilità.

6. Qualche riflessione conclusiva

Il quadro comparativo a cui sin qui si è fatto cenno è complesso e variegato, ma sembra possibile individuare alcune linee di tendenza. La disciplina dell'insindacabilità delle opinioni espresse e dei voti dati da parte dei parlamentari è, infatti, di particolare interesse da un punto di vista squisitamente comparatistico, in ragione della possibilità di verificare quanto un principio presente in tutte le democrazie moderne possa conoscere estensioni e modalità attuative significativamente divergenti.

Il tema delle immunità parlamentari si intreccia poi con quello – ancora più ampio – della rappresentanza politica e responsabilità dei rappresentanti, che ha sempre mantenuto una certa

¹⁹²⁵ La Corte richiama le già note sentenze 30 gennaio 2003, *Cordova contro Italia*, ricorso n. 45649/99, e 30 gennaio 2003, *Cordova contro Italia*, ricorso n. 40877/98, nonché sentenza 24 febbraio 2009, *CGIL e Cofferati contro Italia*, ricorso n. 46967/07.

¹⁹²⁶ Corte cost., 20 luglio 2012, n. 205, in www.cortecostituzionale.it, e in *Giur. cost.*, 2012, 3013.

rilevanza all'interno della scienza e della filosofia politica. Elemento comune di tali riflessioni è la convinzione che un regime democratico non possa reggersi unicamente sul rispetto formale delle procedure di selezione dei rappresentanti, bensì che esso debba anche basarsi sulla responsabilità dei medesimi nei confronti dei rappresentati e sulla capacità dei primi di intercettare le preferenze dei secondi¹⁹²⁷.

In relazione a tali questioni, le riflessioni si soffermano su dimensioni quali l'*accountability*, intesa come "responsabilità politica", e la connessa dimensione della *responsiveness*, ossia la "ricettività", la capacità, da parte delle Istituzioni, di fornire risposte alle richieste dei governati¹⁹²⁸.

Se questi assunti possono darsi quasi per scontati, altrettanto nota è la grave crisi di rappresentatività delle Istituzioni della democrazia, in tutti i livelli nei quali trova espressione l'organizzazione dei pubblici poteri, da quello locale a quello sovranazionale.

Non si tratta certo di una questione nuova¹⁹²⁹, ma oggi più che mai la misura della distanza diffusamente percepita tra i rappresentanti politici e gli interessi della collettività è tale da suscitare serie preoccupazioni sulle forme *reali* con cui la democrazia concretamente si manifesta¹⁹³⁰.

A ciò si aggiunge la difficoltà di far valere la responsabilità politica dei governanti, una delle cause che spiega il crescente ricorso a forme di «giustizia politica», che rendono più incerto il confine tra responsabilità politica e responsabilità giuridica, «producendo una confusione che può contrastare con i principi del costituzionalismo democratico»¹⁹³¹.

Inoltre, come attenta dottrina ha già osservato, nell'ambito della responsabilità politica dei governanti, il tasso di politicità si va progressivamente riducendo a favore della componente giurisdizionale¹⁹³². Questa tendenza verso la giurisdizionalizzazione della responsabilità è dovuta, *in primis*, all'effetto congiunto che all'interno degli ordinamenti democratici viene svolto dal crescente sentimento di critica e di sfiducia verso la classe politica manifestato dal

¹⁹²⁷ Si consenta il riferimento a S. RODRIQUEZ, *Rappresentanza democratica e strumenti di partecipazione. Esperienze di diritto comparato*, cit., 10 ss., anche per i rinvii all'ampia bibliografia sul tema.

¹⁹²⁸ L'*accountability* costituisce una dimensione cruciale per l'analisi della qualità della democrazia, poiché, da un lato, può consentire un controllo effettivo delle istituzioni politiche da parte degli attori della società civile, oltrepassando una concezione meramente formale della cittadinanza che limita la soggettività politica dei governati unicamente al voto (ossia all'atto – individuale – di conferimento della delega) e, dall'altro, rimanda all'esistenza di determinate condizioni nella strutturazione della stessa società civile, ossia alla concreta presenza di corpi intermedi, permeati da valori democratici e pluralisti: cfr. M. ALMAGISTI, *Rappresentanza e partecipazione*, in *Rivista italiana di scienze politiche*, 2008, 89 ss., in part. 109. Cfr. anche, nell'ambito di una bibliografia ampia, L. MORLINO, *Democrazie senza qualità?*, in L. MORLINO, *Democrazie e democratizzazioni*, Bologna, 225-53.

¹⁹²⁹ D'altronde, Massimo Severo Giannini, nel 1984, scriveva che «i cronisti dei tempi passati ci documentano che questi fatti sono esistiti da sempre, se oggi hanno più evidenza, è perché i mezzi di comunicazione sono più efficienti»: M.S. GIANNINI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Roma, 1984, in part. 45 ss.

¹⁹³⁰ Sulla differenza tra *ideal democracies* e *real democracies*, nella bibliografia straniera, ad esempio, W.H. MORRIS-JONES, *In defence of Apathy: Some Doubts on the Duty to Vote*, in *Political Studies*, 2, 1954, 33 – 37; A. BIRCH, *The Concepts and Theories of Modern Democracy*, London-New York, 1993, 80 ss. Sul concetto di *strong or deep democracy*, B. BARBER, *Strong democracy. Participatory Politics for a New Age*, Berkeley, 1984; C. PATEMAN, *Participation and Democratic Theory*, Cambridge, 1995; J.R. PENNOCK, J.W. CHAPMAN, *Participation in Politics*, New York, 1975. Nella letteratura italiana, cfr., sulla differenza tra democrazia ideale e democrazie imperfette, tra i tanti, A. PINTORE, *I diritti della democrazia*, Roma-Bari, 2003, 70.

¹⁹³¹ Su questo punto, cfr. ancora M. VOLPI, *Responsabilità e immunità degli organi titolari di poteri politici. Un'analisi comparata*, in L. CARLASSARE (a cura di), *Diritti e responsabilità dei soggetti investiti di potere*, cit., 23, in part. 61.

¹⁹³² Su questo punto, cfr. ancora M. VOLPI, *Responsabilità e immunità degli organi titolari di poteri politici. Un'analisi comparata*, in L. CARLASSARE (a cura di), *Diritti e responsabilità dei soggetti investiti di potere*, cit., 23, in part. 61.

corpo sociale e dall'azione del potere giudiziario, più svincolato rispetto al passato da condizionamenti politici. L'equilibrio a cui ambire non è semplice: da un lato, la necessità di evitare di approdare al “governo dei giudici”, nel quale sia la giustizia a svolgere una funzione di supplenza nei confronti della politica; dall'altro lato, la necessità di riservare ai giudici la piena cognizione degli illeciti che non hanno carattere politico, come i principi dello Stato costituzionale di diritto richiedono.

Queste considerazioni appaiono tanto più appropriate se si valuta il contesto in cui gli istituti immunitari si atteggiano nel momento presente: da una parte, la già richiamata progressiva perdita di legittimazione degli organi politici; dall'altra, la progressiva affermazione delle tesi “populistiche” dell'antipolitica che rischiano di sfociare in una sorta di “anti-rappresentatività”¹⁹³³.

La tendenza alla giurisdizionalizzazione della responsabilità è inoltre favorita dalla stessa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale, pur riconoscendo il valore costituzionale delle immunità parlamentari, ha affermato, a partire da *Cordova c. Italia*, che vi deve essere un «giusto equilibrio» tra l'applicazione di tali garanzie e la salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo.

In questo contesto e nell'ambito di un dialogo continuo e aperto con i giudici di Strasburgo, la Corte costituzionale – nella sua tradizionale funzione arbitrale e moderatrice dei rapporti interorganici – si pone quale attore principale nel conflitto e nel conseguente necessario bilanciamento tra valori tutti costituzionalmente rilevanti.

Il tema sfiora il più generale dibattito concernente l'autonomia delle Camere nell'esercizio delle proprie funzioni ed allora il richiamo è d'obbligo alla sentenza della Corte costituzionale del 9 maggio 2014, n. 120, resa in merito al c.d. caso Lorenzoni¹⁹³⁴. La Corte in tale pronuncia sembra distinguere tra funzioni “primarie” e funzioni “non primarie” delle Camere per cui, soltanto rispetto alle prime è possibile rinvenire quella “connessione funzionale” con l'attività parlamentare che esclude l'accesso al giudice esterno; ove tale connessione manchi dovrà valere la regola generale che affida la cognizione delle relative controversie alla giurisdizione comune.

Si legge, nelle motivazioni della sentenza della Corte n. 120 del 2014, che «nel nostro ordinamento è [...] significativo che molteplici decisioni di questa Corte, oltre che della Corte di Strasburgo, abbiano assoggettato a stretta interpretazione la stessa immunità parlamentare prevista dal primo comma dell'art. 68 Cost., riconosciuta soltanto quando sia dimostrato, secondo criteri rigorosi, il nesso funzionale fra l'opinione espressa e l'attività parlamentare, proprio per limitare l'impedimento all'accesso al giudice da parte di chi si ritenga danneggiato[...]. Il rispetto dei diritti fondamentali, tra i quali il diritto di accesso alla giustizia (art. 24 Cost.), così come l'attuazione di principi inderogabili (art. 108 Cost.), sono assicurati dalla funzione di garanzia assegnata alla Corte costituzionale. La sede naturale in cui trovano soluzione le questioni relative alla delimitazione degli ambiti di competenza riservata è quella del conflitto fra i poteri dello Stato. Il confine tra i due distinti valori (autonomia delle Camere, da un lato, e legalità-giurisdizione,

¹⁹³³ Si fa riferimento al recente studio di G. BUONOMO, *Lo scudo di cartone. Diritto politico e riserva parlamentare*, Soveria Mannelli, 2015.

¹⁹³⁴ Corte cost., 9 maggio 2014, n. 120, con nota di F.G. SCOCA, *Autonomia e indipendenza delle Camere parlamentari*; M. MANETTI, *La Corte costituzionale ridefinisce l'autonomia delle Camere (ben oltre i regolamenti parlamentari e l'autodichia)*; e P. PASSAGLIA, *Autodichia ed insindacabilità dei regolamenti parlamentari: stare decisis e nuovi orizzonti*, tutti in *Giur. cost.*, 2014, 2078 ss.

dall'altro lato) è posto sotto la tutela di questa Corte, che può essere investita, in sede di conflitto di attribuzione, dal potere che si ritenga leso o menomato dall'attività dell'altro (sentenza n. 379 del 1996). In tale sede la Corte può ristabilire il confine – ove questo sia violato – tra i poteri legittimamente esercitati dalle Camere nella loro sfera di competenza e quelli che competono ad altri, così assicurando il rispetto dei limiti delle prerogative e del principio di legalità, che è alla base dello Stato di diritto».

Diversamente, ad esempio, dal modello anglosassone, ove è la stessa magistratura ad assumere un potere decisionale in ordine al giudizio sulla connessione funzionale, nel nostro ordinamento spetta ad un terzo giudice, la Corte costituzionale come giudice dei conflitti, risolvere i casi dubbi di sussistenza della funzione. Le soluzioni che via via si sono affermate nella giurisprudenza della Corte possono essere, naturalmente, più o meno condivisibili, e in dottrina si è da più parti auspicato che la Corte modificasse il proprio orientamento, affidando ai giudici comuni il compito di valutare in prima battuta la sussistenza della copertura dell'art. 68 della Costituzione¹⁹³⁵.

Al di là delle opinioni differenti che si possono avere su tal punto, è evidente che il giudice delle leggi sia stato chiamato al difficile compito consistente, non solo nella risoluzione dei casi di volta in volta posti, ma anche nel definire i tratti di un perenne contenzioso tra istanze della politica e istanze della giurisdizione, e ciò a causa di una costante forzatura dell'elemento della “connessione funzionale”.

Dinanzi alla necessità di protezione di valori quali, da un lato, l'autonomia e l'indipendenza parlamentare, e, dall'altro lato, l'integrità e la tutela in giudizio dei diritti fondamentali della persona, potenzialmente ed irrimediabilmente compromessi da una delibera di insindacabilità adottata dalle Camere in carenza dei presupposti costituzionali di operatività e privati di adeguata tutela giurisdizionale ex artt. 24 e 111 della Costituzione e art. 6 della Convenzione, la Corte costituzionale tenta di difendere il suo “ruolo principe” nella tutela dei diritti e delle libertà fondamentali e nel bilanciamento con altri interessi o valori di tali diritti e libertà, così come previsti nella nostra Costituzione.

Una parte della dottrina ha messo ben in evidenza che finché la logica posta alla base dell'esclusione della giurisdizione dagli affari interni delle Camere sarà quella della stantia protezione della «sovranità geografica» dell'organo e non quella della «garanzia della funzione», le guarentigie non opereranno come strumento di legittimazione degli organi rappresentativi ma come sintomo di una progressiva delegittimazione¹⁹³⁶.

La tendenza non può che essere quella dell'accoglimento di criteri “cooperativi e non conflittuali” e di parametri di rigore e coerenza. In questo contesto, le Corti – nazionali, nel loro dialogo con quelle sovranazionali – giocano un ruolo cruciale nel favorire l'adeguamento

¹⁹³⁵ A. PACE, *Giurisdizione e insindacabilità parlamentare nei conflitti costituzionali*, in AA.VV., *Immunità e giurisdizione nei conflitti costituzionali*, Milano, 2001, 3; R. ROMBOLI, *Immunità parlamentare: un difficile bilanciamento (con qualche contraddizione) tra autonomia delle camere, tutela della sfera di attribuzioni dell'autorità giudiziaria e ruolo della Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1997, I, 2361; A. PIZZORUSSO, *Immunità parlamentari e diritti di azione e di difesa*, in *Foro it.*, V, 2000, 32; F. SORRENTINO, *Immunità e giurisdizione nei conflitti costituzionali*, in AA.VV., *Immunità e giurisdizione*, cit., 82; S. BARTOLE, *Immunità e giurisdizione nei conflitti costituzionali*, in AA.VV., *Immunità e giurisdizione*, cit., 41, il quale sottolinea che l'eliminazione dell'effetto inibitorio delle delibere parlamentari dovrebbe accompagnarsi all'introduzione di norme che permettano alla Corte di sospendere l'efficacia degli atti giudiziari impugnati dalle Camere. Di recente, su posizioni analoghe, E. MALFATTI, *L'insindacabilità parlamentare e i diritti dei terzi «offesi», ancora tra Roma e Strasburgo*, in *Quad. cost.* 2012, 121.

¹⁹³⁶ Ancora G. BUONOMO, *Lo scudo di cartone. Diritto politico e riserva parlamentare*, cit.

di un istituto (nato per tutelare gli organi rappresentativi dall'«autorità») al mutare delle esigenze delle democrazie moderne.

Volendo riprendere alcuni passi della motivazione di una risalente sentenza della Consulta, «l'insindacabilità dell'opinione espressa dal parlamentare, [...] è momento insopprimibile (e, ben può dirsi, anch'esso inviolabile), della *libertà della funzione*» (corsivo aggiunto)¹⁹³⁷.

Le prerogative parlamentari restano tali, ma senza tramutarsi in privilegi personali degli eletti. La loro vigenza legittimamente continua, ma perché sovrana è la funzione protetta, non i singoli che materialmente la esercitano¹⁹³⁸.

¹⁹³⁷ Cfr. il n. 7 del *Considerato in diritto* di Corte cost., 2 novembre 1996, n. 379, citata in nt 7.

¹⁹³⁸ Così si esprime A. LO CALZO, *Il complesso rapporto tra legittimazione degli organi rappresentativi e garanzie delle prerogative*, Recensione a G. BUONOMO, *Lo scudo di cartone. Diritto politico e riserva parlamentare*, Soveria Mannelli, 2015, in *Consulta on line*, 2015, f. 3

Leale collaborazione, delegazione legislativa e modulazione degli effetti delle decisioni di illegittimità costituzionale: la Corte di fronte alla perdurante assenza di una seconda Camera delle Regioni*

di Elisabetta Frontoni**

SOMMARIO: 1. Premessa; 2. La legge di riforma delle pubbliche amministrazioni e l'inestricabile intreccio di competenze tra Stato e Regioni; 3. Una sentenza sostitutiva di procedura. 4. ... che modula gli effetti dell'illegittimità costituzionale; 5. Il suo "seguito" nei pareri resi dal Consiglio di Stato.

1. Premessa

Il giudizio di legittimità costituzionale sulla legge di riforma delle amministrazioni pubbliche, meglio nota come legge Madia, ha offerto alla Corte l'occasione per affermare nella sentenza n. 251 del 2016 un importante principio in tema di leale collaborazione tra Stato e Regioni. Secondo il giudice costituzionale, a fronte di un inestricabile intreccio di competenze tra gli enti, l'unico strumento in grado di garantire un'effettiva leale cooperazione è l'intesa, anche quando essa deve essere raggiunta per determinare il contenuto di un atto legislativo¹⁹³⁹.

E' la prima volta che la Corte pone un principio tanto pervasivo nella formazione degli atti aventi forza di legge, ma la netta presa di posizione del giudice costituzionale non appare un vero e proprio fuor d'opera. Segnali in questo senso potevano già essere colti nella giurisprudenza pregressa e nella legislazione più recente.

2. La legge di riforma delle pubbliche amministrazioni e l'inestricabile intreccio di competenze tra Stato e Regioni

Nel caso di specie, la Corte era stata chiamata a giudicare la legittimità costituzionale di alcuni articoli della legge n. 124 del 2015, la legge Madia, che si prefigge il difficile compito di riformare e semplificare la pubblica amministrazione attraverso una serie di deleghe legislative¹⁹⁴⁰. In particolare, secondo la Regione Veneto gli articoli 1, 11, 17, 18 e 19, che disciplinano rispettivamente la cittadinanza digitale, la dirigenza pubblica, il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, le partecipazioni azionarie delle amministrazioni pubbliche e i servizi

* Contributo sottoposto a *double blind peer review*

** Ricercatrice di Diritto costituzionale presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre.

¹⁹³⁹ La formula atto legislativo non è casuale, la decisione della Corte lascia aperta la possibilità che l'obbligo della previsione dell'intesa non valga solo nei confronti del legislatore delegante. Su questo profilo v. le considerazioni conclusive paragrafo 5.

¹⁹⁴⁰ Sulla legge Madia, in parte immediatamente applicativa e in parte legge di delega, cfr. gli interventi al Seminario organizzato dalla rivista *Federalismi* di G. CORSO, *La riorganizzazione della P.A. nella legge Madia: a survey*, in www.federalismi.it, 28.10.2015; A. POGGI, *La legge Madia: riorganizzazione dell'amministrazione pubblica?*, *ivi*, S. STAIANO, *Rapsodia legislativa*, *ivi*. E sulla legge e i decreti legislativi di attuazione B. G. MATTARELLA ed E. D'ALTERIO (a cura di), *La riforma della pubblica amministrazione, Commento alla Legge 124/2015 (Madia) e ai decreti attuativi*, *Il Sole 24 Ore*, 2017.

pubblici locali di interesse economico generale, si ponevano in contrasto con diversi articoli della Costituzione e con il principio di leale cooperazione di cui agli articoli 5 e 120 Cost.

La Corte chiarisce subito che le questioni che le sono state sottoposte hanno ad oggetto un intervento del legislatore statale volto «a disciplinare, in maniera unitaria, fenomeni sociali complessi, rispetto ai quali si delinea una fitta trama di relazioni, nella quale ben difficilmente sarà possibile isolare un singolo interesse, quanto piuttosto interessi distinti che ben possono ripartirsi diversamente lungo l'asse delle competenze normative di Stato e Regioni, corrispondenti alle diverse materie coinvolte»¹⁹⁴¹.

A questo scopo, per risolvere le diverse questioni prospettate dalla Regione ricorrente, il giudice costituzionale applica i due criteri elaborati nella sua ormai consolidata giurisprudenza laddove si verificano intrecci di competenze: il criterio della prevalenza e il criterio della leale collaborazione¹⁹⁴².

Alla luce del primo criterio (prevalenza), salva dalla illegittimità costituzionale le norme recanti la delega a modificare e integrare il Codice dell'amministrazione digitale (art. 1), riconducibili in maniera prevalente alle competenze statali previste dall'art. 117, secondo comma, lett. r) e m), Cost.

Alla luce del secondo criterio (leale cooperazione), dichiara invece l'illegittimità costituzionale delle norme di delega volte alla riorganizzazione della dirigenza pubblica (art.11) e delle deleghe contenute negli articoli 17, 18 e 19 relative, rispettivamente, al lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, alle partecipazioni azionarie delle amministrazioni pubbliche e ai servizi pubblici locali di interesse economico generale. In questi ambiti, infatti, la Corte costituzionale ha ravvisato un concorso di competenze, statali e regionali, nessuna delle quali è prevalente. In tali casi è necessario che l'esercizio del potere legislativo statale a tutela di esigenze unitarie non sacrifichi «le funzioni costituzionalmente attribuite alle autonomie»¹⁹⁴³ e pertanto preveda idonei strumenti di coinvolgimento delle Regioni, che vedono profondamente incise le loro competenze.

La legge Madia invero richiedeva che venisse acquisito il parere della Conferenza unificata, quale strumento di leale cooperazione, ma la Corte chiarisce che la giurisprudenza costituzionale ormai ravvisa nell'intesa in sede di Conferenza «la soluzione che meglio incarna la collaborazione» soprattutto se si considera la «perdurante assenza di una trasformazione delle istituzioni parlamentari e, più in generale, dei procedimenti legislativi»¹⁹⁴⁴.

¹⁹⁴¹ Cfr. Corte cost., sent. n. 251 del 2016, punto 3 del *Considerato in diritto*.

¹⁹⁴² Tali criteri sono utilizzati dal giudice costituzionale in via alternativa a partire dalla sent. n. 50 del 2005 per risolvere questioni di intrecci di competenze. Secondo la Corte, «per la composizione di siffatte interferenze la Costituzione non prevede espressamente un criterio ed è quindi necessaria l'adozione di principi diversi: quello di leale collaborazione, che per la sua elasticità consente di aver riguardo alle peculiarità delle singole situazioni, ma anche quello della prevalenza, cui pure questa Corte ha fatto ricorso (v. [sentenza n. 370 del 2003](#)), qualora appaia evidente l'appartenenza del nucleo essenziale di un complesso normativo ad una materia piuttosto che ad altre». Tra i molti cfr., S. CALZOLAIO, *Il cammino delle materie nello stato regionale. La definizione delle competenze legislative nell'ordinamento costituzionale*, Torino, 2012; S. AGOSTA, *La leale collaborazione tra Stato e Regioni*, Milano, 2008.

¹⁹⁴³ Cfr. ancora punto 3 del *Considerato in diritto*.

¹⁹⁴⁴ In numerose decisioni la Corte ha precisato che il sistema delle Conferenze rappresenta «il principale strumento che consente alle Regioni di avere un ruolo nella determinazione del contenuto di taluni atti legislativi statali che incidono su

L'intesa, infatti, diversamente dal parere, «è contraddistinta da una procedura che consente lo svolgimento di genuine trattative e garantisce un reale coinvolgimento degli enti territoriali»¹⁹⁴⁵.

A fronte di uno stretto intreccio di competenze, precisa la Corte, le procedure di consultazione devono «prevedere meccanismi per il superamento delle divergenze, basati sulla reiterazione delle trattative o su specifici strumenti di mediazione» e non possono risolversi nella «drastica previsione, in caso di mancata intesa, della decisività della volontà di una sola delle parti, la quale riduce all'espressione di un parere il ruolo dell'altra»¹⁹⁴⁶.

3. Una sentenza sostitutiva di procedura

Per questa ragione la Corte adotta quella che potrebbe definirsi una *sentenza sostitutiva di procedura* affermando che la legge di delega avrebbe dovuto prevedere: a) l'intesa, che rappresenta lo strumento più forte di leale cooperazione, anziché il parere; b) che l'intesa fosse sancita in sede di Conferenza Stato-Regioni anziché in Conferenza unificata, nei casi in cui sono incise solo le competenze delle Regioni e non quelle degli enti locali.

In questa sostituzione del parere con l'intesa sta il vero cambio di passo della giurisprudenza della Corte che, per la prima volta ritiene che tale forma di collaborazione possa essere imposta anche nella formazione degli atti aventi forza di legge. Il giudice costituzionale, ben consapevole di questo mutamento di prospettiva, sottolinea che si tratta di una sostituzione le cui «rime obbligate» discendono dalla circostanza che «il legislatore delegato si accinge a riformare istituti che incidono su competenze statali e regionali, inestricabilmente connesse». In tali casi l'intesa, cardine della leale collaborazione, si impone anche quando «l'attuazione delle disposizioni dettate dal legislatore statale è rimessa a decreti legislativi delegati, adottati dal Governo sulla base dell'art. 76 Cost. Tali decreti, sottoposti a limiti temporali e qualitativi, condizionati quanto alla validità a tutte le indicazioni contenute non solo nella Costituzione, ma anche, per volontà di quest'ultima, nella legge di delegazione, finiscono, infatti, con l'essere attratti nelle procedure di leale collaborazione, in vista del pieno rispetto del riparto costituzionale delle competenze». L'intesa permette alle Regioni «di partecipare con il Governo nella definizione della disciplina finale, sfruttando gli spazi lasciati aperti dal legislatore delegante, che ha indicato principi e criteri direttivi puntuali, nell'intento di imprimere unitarietà al proprio intervento»¹⁹⁴⁷.

In altri termini, in tutti quei casi in cui il coacervo di competenze dello Stato e delle Regioni appaia indistricabile, la Corte riconferma l'istituto della delega prevedendo l'intesa come ulteriore requisito di validità, in primo luogo, della legge di delegazione e, in via derivata, degli eventuali

materie di competenza regionale ([sentenza n. 401 del 2007](#)) e [u]na delle sedi più qualificate per l'elaborazione di regole destinate ad integrare il parametro della leale collaborazione ([sentenza n. 31 del 2006](#)). In armonia con tali indicazioni, l'evoluzione impressa al sistema delle conferenze ha finito per «rivelare una fisiologica attitudine dello Stato alla consultazione delle Regioni» che si coniuga con il riconoscimento, ripetutamente operato dal giudice costituzionale «dell'intesa in sede di Conferenza unificata, quale strumento idoneo a realizzare la leale collaborazione tra lo Stato e le autonomie (*ex plurimis*, sentenze [n. 88 del 2014](#), [n. 297](#) e [n. 163 del 2012](#)), qualora non siano coinvolti interessi esclusivamente e individualmente imputabili al singolo ente autonomo» ([sentenza n. 1 del 2016](#)). Cfr. sent. n. 251 del 2016, punto 3 del *Considerato in diritto*.

¹⁹⁴⁵ Cfr. ancora punto 3 del *Considerato in diritto*.

¹⁹⁴⁶ Nuovamente punto 3 del *Considerato in diritto*.

¹⁹⁴⁷ Cfr. ancora punto 3 del *Considerato in diritto*.

decreti legislativi.¹⁹⁴⁸ Intesa che, peraltro, deve essere raggiunta in Conferenza Stato-Regioni e non, come previsto dalla legge Madia, in Conferenza unificata, quando le disposizioni impugnate toccano sfere di competenza esclusivamente statali e regionali¹⁹⁴⁹.

La decisione della Corte, ridefinendo il modo dell'intervento statale quando lo Stato legifera in nome di esigenze unitarie, apre un nuovo capitolo nei rapporti tra Stato e Regioni. Il giudice costituzionale afferma chiaramente che si tratta di un modo diverso di ricostruire le relazioni tra gli enti, tuttavia nella giurisprudenza pregressa già era possibile cogliere segnali in questa direzione¹⁹⁵⁰.

In numerose decisioni la Corte aveva sottolineato le differenze tra l'intesa e il parere, che rappresenta un momento di confronto tra livelli di governo facilmente superabile se solo si pensa che è un elemento dal quale, decorso un certo tempo, si può prescindere e il cui rispetto è rimesso alla volontà politica del Governo¹⁹⁵¹. E' noto infatti che, per esempio, nella delegazione legislativa l'acquisizione del parere rappresenta un obbligo, un limite ulteriore, che il Governo rispetta con la semplice trasmissione dello schema del decreto legislativo per ricevere il parere.¹⁹⁵²

Quando la legge prevede l'intesa, invece, Stato e Regioni devono arrivare ad una decisione condivisa, provando a superare le divergenze attraverso reiterate trattative. In altri termini, la

¹⁹⁴⁸ Come sottolinea Bifulco, richiamando anche la successiva sent. n. 284 del 2016, le competenze che si intrecciano sono competenze esclusive statali e residuali delle Regioni ecco perché si impone l'intesa. Qualora l'intreccio fosse stato con materie concorrenti forse la posizione della Corte sarebbe stata meno netta. Cfr. R. BIFULCO, *L'onda lunga della sentenza 251/2016 della Corte costituzionale*, in www.federalismi.it, 8.2.2017.

¹⁹⁴⁹ Rileva che nei casi in cui è prevista una intesa in sede di Conferenza unificata si trattano come titolari di potestà legislativa enti che ne sono privi R. LUGARÀ, *Sentenze additive di procedura... legislativa? Il problematico seguito della sent. n. 251 del 2016*, in rivistaaic.it, 5.3.2017.

¹⁹⁵⁰ Osserva che la Corte «ha riattivato potenzialità insite nella sua giurisprudenza, lasciate sullo sfondo negli anni della crisi economica e del riaccentramento», R. BIFULCO, *op. ult. cit.*, 3. Come rileva l'autore, infatti, nella nota sentenza n. 303 del 2003, richiamata nella motivazione, la Corte non aveva chiarito espressamente se l'intesa dovesse essere solo prevista dalla legge in caso di "chiamata in sussidiarietà" o se dovesse invece essere raggiunta nel corso del procedimento legislativo. Precisazione che il giudice costituzionale farà nell'altra importante decisione, la n. 6 del 2004, in cui affermerà espressamente che la *previsione dell'intesa* costituisce condizione di legittimità della legge che voglia "agire in sussidiarietà". Successivamente a queste decisioni la Corte ha sempre valorizzato la leale cooperazione tra Stato e Regioni e il raggiungimento di intese in senso forte, occupandosi anche dei problemi che si pongono nel caso in cui l'intesa non venga raggiunta. Come rileva Marchetti, tuttavia, la giurisprudenza pregressa in tema di leale cooperazione sulla delegazione legislativa non sembrava muoversi nella direzione della sent. n. 251 del 2016.

A questo proposito è sufficiente ricordare la sent. n. 225 del 2009, nella quale la Corte si è occupata del problema della "congruità del tempo" riservato alle Conferenze per esprimere il parere sullo schema di decreto legislativo e soprattutto la nota sent. n. 33 del 2011 nella quale il giudice costituzionale ha salvato un decreto legislativo dopo aver verificato che era avvenuta una "collaborazione irrituale" tra Stato e Regioni. Nella specie, il Governo aveva adottato l'atto senza ricevere il parere della Conferenza unificata, espressamente previsto dalla legge di delega, ritenendo sufficiente quanto emerso dalla Conferenza delle Regioni. Su questo profilo cfr. G. MARCHETTI, *Le diverse declinazioni del principio di leale collaborazione nella delegazione legislativa elaborate dalla giurisprudenza costituzionale (alla luce della sent. n. 251 del 2016)*, in www.rivistaaic.it, 31.5.2017. Per una ricostruzione problematica di questa giurisprudenza sia consentito rinviare anche a E. FRONTONI, *Pareri e intese nella formazione del decreto legislativo*, Napoli, 2012, 171 ss. Sul tema ampiamente, E. MALFATTI, *Corte costituzionale e delegazione legislativa tra "nuovo volto" procedurale e sottoposizione al canone dell'interpretazione conforme*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, III, Napoli, 2011, 2130 ss.

¹⁹⁵¹ Tra le molte, cfr., Corte cost., sent. n. 88 del 2014.

¹⁹⁵² Su tali questioni sia consentito rinviare ancora a E. FRONTONI, *Pareri e intese nella formazione del decreto legislativo*, cit., 45 ss. e, più di recente, ai lavori di D. MARTIRE, *I pareri delle commissioni parlamentari in sede di formazione dei decreti legislativi nella recente prassi legislativa*, in www.federalismi.it, 19.10.2015; F. ANGELINI, *L'evanescenza dell'indirizzo politico parlamentare fra legge delega e pareri (negativi) delle Commissioni parlamentari nella riforma del mercato del lavoro: il caso dei licenziamenti collettivi e dei controlli a distanza*, in *Lavori, Diritti Mercati*, 2/2016, 289 ss. e G. MARCHETTI, *La delegazione legislativa tra Parlamento e Governo: studio sulle recenti trasformazioni del modello costituzionale*, Milano, 2016, 221 ss.

ricerca dell'accordo rispetto alla semplice acquisizione di un parere costituisce il *proprium* dell'intesa anche se questa poi non viene raggiunta¹⁹⁵³.

Nelle ultime legislature, non sono mancate leggi di delega che hanno richiesto l'intesa sugli schemi di decreti legislativi adottati dal Governo. Solo per citare qualche esempio, previsioni di questo tipo erano contenute nelle leggi nn. 38, 53 e 172 del 2003 e nelle leggi nn. 15 e 42 del 2009. Quest'ultima, la cd. legge sul federalismo fiscale, conteneva anche una serie di importanti previsioni volte a cercare di risolvere i problemi che possono sorgere quando il legislatore delegante richiede il raggiungimento dell'intesa sugli schemi di decreto legislativo. Ci si riferisce per esempio al "momento" nel quale l'intesa deve essere raggiunta e al problema, strettamente connesso, delle eventuali "modifiche autonome", vale a dire quelle modifiche che vengono apportate al testo dopo che si è raggiunta l'intesa¹⁹⁵⁴.

Nella stessa legge Madia il legislatore aveva imposto l'intesa nella delega contenuta nell'art. 11, comma 1, lettera *b*), numero 2), secondo il quale «l'istituzione del ruolo unico dei dirigenti regionali deve avvenire previa intesa nella Conferenza Stato-Regioni». Come osserva la Corte, «il legislatore statale svela, in questo caso, l'esigenza di procedere al coinvolgimento delle Regioni, poiché è consapevole di incidere sulle sfere di competenze regionali»¹⁹⁵⁵. La Corte quindi applica la stessa *ratio* anche alle altre disposizioni di delega. In questo caso, la sostituzione operata dalla decisione pare essere "a rime obbligate" rispetto a una scelta compiuta dal legislatore delegante. Sembra, infatti, «irragionevole non estendere il vincolo concertativo all'individuazione specifica dei requisiti di accesso al ruolo e di reclutamento e anche dei criteri di conferimento, durata e revoca degli incarichi, requisiti che attengono ai profili pubblicistico-organizzativi del lavoro pubblico, come tali riconducibili alla materia dell'organizzazione amministrativa regionale»¹⁹⁵⁶.

La Corte non chiarisce espressamente quale forza debba essere riconosciuta all'accordo imposto dal groviglio delle competenze statali e regionali, vale a dire se l'intesa debba essere di tipo "debole" o "forte". Come è noto, mentre la prima forma di accordo, laddove non venga raggiunta può essere superata motivando l'atto adottato in assenza di intesa; la seconda, invece, deve essere necessariamente raggiunta per adottare l'atto.

La risposta sembra essere che l'intesa imposta dalla Corte dovrebbe essere un'intesa di tipo debole¹⁹⁵⁷.

Tale conclusione discende da due considerazioni: innanzitutto, l'impossibilità che il mancato raggiungimento dell'intesa in sede di Conferenza Stato-Regioni blocchi l'adozione dei decreti

¹⁹⁵³ Sottolineano in modo particolare questo profilo della decisione, A. POGGI-G. BOGGERO, *Non si può riformare la P.A. senza intesa con gli enti territoriali: la Corte costituzionale ancora una volta dinanzi ad un titolo V incompiuto. Nota alla sentenza n. 251 del 2016*, in www.federalismi.it, 28.12.2016, 7 ss.

¹⁹⁵⁴ Per la formula modifiche autonome v. S. M. CICONETTI, *Una garanzia in più per la delega. Verso un miglior controllo parlamentare sull'attuazione governativa delle deleghe legislative?* in *L'Europa*, 21 gennaio 1975. La legge n. 42 del 2009 prendeva espressamente un meccanismo anti-stallo in caso di mancato raggiungimento dell'intesa e disciplinava anche la diversa ipotesi di modifiche successive all'intesa raggiunta. Su tali questioni sia consentito rinviare ancora a E. FRONTONI, *Pareri e intese*, cit., 170 ss.

¹⁹⁵⁵ Cfr. punto 4.2.1 del *Considerato in diritto*.

¹⁹⁵⁶ Cfr. ancora punto 4.2.1 del *Considerato in diritto*.

¹⁹⁵⁷ Sostiene che la Corte propenda per l'intesa in senso forte, nonostante lasci libero il legislatore di prevedere la forma di intesa che preferisce, S. AGOSTA, *Nel segno della continuità (più che della vera e propria svolta) l'apertura alla leale collaborazione tra Stato e Regioni della sent. n. 251/2016 sulla delega in materia di riorganizzazione della P.A.*, in www.quadernocostituzionali.it 18.1.2017. Ritengono invece che si tratti di intesa di tipo "debole", J. MARSHALL, *La Corte, senza accorgersene, modifica la forma di Stato?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, 707 e A. POGGI-G. BOGGERO, *Non si può riformare la P.A. senza intesa con gli enti territoriali: la Corte costituzionale ancora una volta dinanzi ad un titolo V incompiuto. Nota alla sentenza n. 251 del 2016*, cit., 6 ss.

legislativi¹⁹⁵⁸; in secondo luogo, la natura della delegazione legislativa o meglio la natura del potere delegato. Secondo l'articolo 76 Cost. tale potere può essere delegato solo al Governo e non ad altri soggetti,¹⁹⁵⁹ mentre ammettendo che il raggiungimento dell'intesa vincoli il Governo, il contenuto dell'atto sarebbe co-deciso dalla Conferenza.

Del resto, anche le leggi di delega che nelle ultime legislature hanno imposto l'intesa in sede di Conferenza Stato-Regioni hanno previsto intese di tipo debole, richiamando quanto disposto in via generale dall'art. 3, comma 2, del decreto legislativo n. 281 del 1997. Secondo il quale, «quando un'intesa espressamente prevista dalla legge non è raggiunta entro trenta giorni dalla prima seduta della Conferenza Stato - Regioni in cui l'oggetto è posto all'ordine del giorno, il Consiglio dei Ministri provvede con deliberazione motivata». E anche quando la legge di delega non richiamava espressamente tale meccanismo antistallo, il Governo ha considerato l'intesa in senso debole, mostrando di ritenere le previsioni del decreto legislativo n. 281 del 1997 applicabili anche laddove non siano espressamente richiamate¹⁹⁶⁰ e lo stesso ha fatto la giurisprudenza costituzionale nelle rarissime occasioni in cui ha avuto modo di esprimersi sul punto¹⁹⁶¹.

4.... che modula gli effetti dell'illegittimità costituzionale

Contrariamente a quanto ci si sarebbe potuti aspettare, la Corte limita espressamente la dichiarazione di illegittimità costituzionale alle sole disposizioni di delega senza dichiarare l'illegittimità consequenziale dei decreti legislativi adottati¹⁹⁶².

Questo rappresenta senza dubbio l'altro elemento di interesse della decisione. In quanto la sentenza può essere considerata una sorta di *illegittimità accertata ma non dichiarata*: il giudice costituzionale non dichiara l'illegittimità costituzionale, ma indica al Governo la necessità di «soluzioni correttive».

Questa forma di modulazione degli effetti della decisione permette alla Corte di superare il consueto *self restraint* nel giudizio sulle leggi di delega.

Il giudice delle leggi è solitamente molto cauto nel censurare i vizi formali di tali leggi, da un lato, perché ritiene che l'ampiezza dei termini della delega costituisca una *political question* e, dall'altro, perché vuole evitare quelle che sono state definite “situazioni di maggiore incostituzionalità”¹⁹⁶³. Gli effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale potrebbero infatti essere peggiori di quelli derivanti dalla mancata dichiarazione, perché a seguito del

¹⁹⁵⁸ Sul punto G. CARPANI, *La Conferenza Stato-Regioni. Competenze e modalità di funzionamento dall'istituzione ad oggi*, Bologna, 2006, 55.

¹⁹⁵⁹ A questa conclusione può giungersi sviluppando le tesi di Cerri relativamente ai pareri vincolanti, cfr. A. CERRI, *Delega legislativa*, in *Enc. giur.*, X, 1993, 9.

¹⁹⁶⁰ In questo senso v. il decreto legislativo n. 150 del 2009 adottato con una motivazione che tiene conto della mancata intesa.

¹⁹⁶¹ Cfr. la sent. n. 206 del 2001 che contiene importanti indicazioni sul controllo che la Corte svolge quando la legge di delega richiede il raggiungimento dell'intesa sullo schema di decreto legislativo.

¹⁹⁶² Su tale profilo v. ampiamente P. MILAZZO, *Illegittimità della legge delega (per mancata previsione del corretto modulo di leale collaborazione) e destino dei decreti delegati già approvati. Appunti sulla sentenza n. 251/2016 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2017.

¹⁹⁶³ Fino ad oggi solamente due leggi di delega sono state dichiarate incostituzionali, cfr. Corte cost. sent. n. 47 del 1959 e sent. n. 280 del 2004. Per un'analisi recente, cfr. I. DEL VECCHIO, *Tendenze in materia di delegazione legislativa nella giurisprudenza più recente*, in www.federalismi.it, 19.10.2015.

giudizio della Corte potrebbe essere eliminato un intero *corpus* normativo che nel frattempo è stato prodotto¹⁹⁶⁴.

Peraltro, la mancata previsione dell'obbligo di intesa come tutti i vizi formali dopo un po' viene percepita come "meno grave" perché i vizi di questo tipo, con il passare del tempo e il radicarsi di una riforma nell'ordinamento, tendono a "scolorire". E' difficile dichiarare l'incostituzionalità di un atto, magari a distanza di tempo, solo per un vizio attinente al suo procedimento di formazione, come è evidentemente il caso del mancato coinvolgimento delle Regioni nella forma dell'intesa anziché del parere. Acutamente è stato osservato, infatti, che nei rari casi in cui la Corte ha dichiarato incostituzionale un atto per un vizio formale lo ha fatto perché dietro di esso si intravedevano vizi sostanziali¹⁹⁶⁵. Questi ultimi peraltro, ancorché rilevati a distanza di tempo, non perdono di attualità, anzi, in alcuni casi, è proprio il passare del tempo che li rende percepibili come tali.

In quest'ottica si giustifica questa strana decisione che, per la prima volta, impone l'intesa su atto legislativo. Il giudice costituzionale salva espressamente i decreti legislativi *medio tempore* adottati nell'attesa che il Governo intervenga con decreti integrativi o correttivi. In questo senso sembra debba essere interpretata la formula «soluzioni correttive» che chiude la decisione¹⁹⁶⁶.

La Corte dunque sindacava la delega perché i termini del suo esercizio non sono ancora scaduti, o meglio non è scaduto il termine per l'integrazione e correzione.

La soluzione indicata dalla Corte non è tuttavia priva di problemi, perché in tal modo il giudice costituzionale sembra legittimare espressamente l'adozione da parte del Governo di decreti integrativi e correttivi che vadano al di là della mera integrazione e correzione. I decreti adottati sulla base dell'intesa sancita in sede di Conferenza potrebbero infatti avere un contenuto molto diverso dal decreto principale¹⁹⁶⁷.

Si tratterebbe insomma di un caso di riscrittura del decreto principale autorizzata dalla stessa Corte, salvo eventualmente verificarne in una fase successiva il contrasto con altre norme della Costituzione. Inoltre, poco si concilia con il concetto di integrazione e correzione l'eventuale efficacia retroattiva che volesse essere attribuita ai decreti adottati per sanare l'illegittimità del decreto principale.

Nella prassi non sono mancati casi di decreti integrativi e correttivi utilizzati dal Governo per superare una sospetta incostituzionalità, ma in tali casi il Governo si assumeva il rischio che le sue valutazioni si rivelassero, alla prova del sindacato della Corte, errate¹⁹⁶⁸. Quando l'integrazione e correzione è chiesta, se non imposta, a pena di una successiva dichiarazione di illegittimità dallo stesso giudice costituzionale, sembra che i decreti eventualmente adottati possano invece ritenersi immuni da questo vizio.

¹⁹⁶⁴ Segnala questo aspetto N. LUPO, *Quali vie di accesso per un (efficace) sindacato sulla costituzionalità della legge di delega*, in *Giur. cost.*, 2006, 2955.

¹⁹⁶⁵ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Conclusioni*, in AA.VV., *La delega legislativa*. Atti del seminario svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, 24 ottobre 2008, Milano 2009, 320 e G. BRANCA, *Quis adnotabit adnotatores?*, in *Foro it.*, 1970, 28.

¹⁹⁶⁶ Per questa soluzione, tra i primi commenti, v. G. RIVOCCHI, *Sulla riorganizzazione della P.A. la leale collaborazione viene "imposta" nella delegazione legislativa (con indicazione dei possibili rimedi)*, in *www.forumcostituzionale*, 2.2.2017.

¹⁹⁶⁷ Per conclusioni analoghe v. D. MARTIRE, *Brevi note alla sentenza n. 251 del 2016 della Corte costituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 1/2017, 195 ss.

¹⁹⁶⁸ In questo senso cfr. le riflessioni di M. RUOTOLO, *I limiti della legislazione delegata integrativa e correttiva*, in AA. VV., *La delega legislativa*, cit., 71 ss.

Questo uso della integrazione e correzione, che forse può farsi discendere dall'idea delle deleghe integrative e correttive come strumenti che consentono di intervenire nuovamente per valutare gli effetti di una riforma, desta inoltre qualche perplessità relativamente alla sorte dei decreti principali salvati dalla Corte, che potrebbero *medio tempore* essere impugnati in via incidentale¹⁹⁶⁹.

5. Il suo “seguito” nei pareri resi dal Consiglio di Stato

Le numerose questioni poste da questa importante decisione della Corte costituzionale sono state affrontate dal parere n. 83 del 2017 reso dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato alla quale il Ministro per la semplificazione ha posto un quesito in ordine agli effetti della sentenza sui decreti legislativi già adottati e da adottare¹⁹⁷⁰.

Nel parere, la Commissione ritiene che l'intesa imposta dalla Corte sia un'intesa in senso debole, rispetto alla quale è applicabile la disciplina fissata in via generale dall'art. 3 del decreto legislativo n. 281 del 1997.

Inoltre, l'organo consultivo suggerisce al Governo di intervenire adottando decreti integrativi e correttivi che recepiscano il contenuto delle intese raggiunte in Conferenza con efficacia retroattiva. Questa soluzione permetterebbe di superare le questioni poste dalla precaria vigenza di decreti legislativi rispetto ai quali la Corte ha, di fatto, accertato l'illegittimità costituzionale per un vizio in procedendo, senza tuttavia dichiararla.

Come si è già accennato, l'intervento attraverso decreti integrativi e correttivi che sostituiscano il decreto principale pone tuttavia delle perplessità relativamente all'ampiezza dell'operazione posta in essere dal Governo che ovviamente non sarà di mera integrazione e correzione, a meno di non ipotizzare irrealisticamente che i decreti “integrativi e correttivi” recepiscano retroattivamente il contenuto del decreto principale sanato grazie all'intesa raggiunta in sede di Conferenza Stato-Regioni.

Lo stesso Consiglio di Stato del resto mostra piena consapevolezza di questo, quando sottolinea che l'intesa deve essere raggiunta «sul decreto nel suo complesso, il quale può essere interamente confermato nel suo testo vigente o, eventualmente, modificato/integrato all'esito del procedimento di concertazione»¹⁹⁷¹

Il Governo ha preso atto delle indicazioni rese dal Consiglio di Stato e ha adottato uno schema di decreto legislativo integrativo e correttivo del decreto n. 175 del 2016 in materia di società partecipate sul quale la Commissione speciale ha reso un parere il 13 marzo 2017.

La soluzione scelta dal Governo per questo primo decreto che segue la decisione della Corte è una soluzione “minimale” perché il decreto in buona sostanza si limita a far proprio il contenuto del decreto principale e a sanarne gli effetti *ex tunc* senza porre in essere interventi

¹⁹⁶⁹ Su tali questioni si sofferma in particolare P. MILAZZO, *Illegittimità della legge di delega*, cit., 1 ss.

¹⁹⁷⁰ Prima della decisione della Corte, sono stati adottati il decreto legislativo 20 giugno 2016, n. 116 (Modifiche all'art. 55-*quater* del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, ai sensi dell'art. 17, comma 1, lettera s), della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di licenziamento disciplinare); il decreto legislativo 4 agosto 2016, n. 171 (Attuazione della delega di cui all'articolo 11, comma 1, lettera p), della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di dirigenza sanitaria); il decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175 (Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica), in attuazione dell'articolo 18 della legge 7 agosto 2015, n. 124.

¹⁹⁷¹ Cfr. paragrafo 5 del parere

integrativi e correttivi della disciplina introdotta che, invece, secondo la Commissione, sarebbe stato necessario introdurre¹⁹⁷². Questo primo decreto integrativo e correttivo sembra dunque essere stato concepito esclusivamente come un atto necessario per dar seguito a quanto indicato dalla Corte nella sentenza n. 251. Si tratta comunque di uno schema di decreto rispetto al quale deve essere raggiunta l'intesa in sede di Conferenza e deve essere completato l'*iter* previsto nella legge di delega.

Di più difficile soluzione è la questione relativa alle deleghe scadute rispetto alle quali non possono più essere posti in essere interventi integrativi e correttivi di cui l'adozione del decreto principale costituisce il legittimo presupposto. La Commissione, nel parere n. 83 del 2017, sottolinea che l'intervento di riforma della pubblica amministrazione deve avere un carattere complessivo e dunque ritiene necessario che il Governo detti una nuova disciplina anche in questi ambiti, altrimenti la riforma risulterebbe meno incisiva. Per questo intervento, divenuto ormai impossibile sulla base delle deleghe contenute nella legge Madia, sono indicate due alternative: una nuova legge di delegazione o la presentazione di un disegno di legge che disciplini direttamente la materia.

Questa seconda alternativa, secondo la Commissione, non necessiterebbe di porre in essere forme di raccordo tra i diversi livelli di governo.

L'indicazione del Consiglio di Stato, che evidentemente ha una valenza che va al di là della vicenda della legge Madia¹⁹⁷³, risponde ai numerosi interrogativi sorti in dottrina sulla portata teleologica della sentenza della Corte costituzionale. Rispetto alla possibilità di disciplinare con legge la materia piuttosto che conferendo una nuova delega legislativa si è così ipotizzato un possibile effetto di "fuga dalla delega"¹⁹⁷⁴.

Questa eventualità tuttavia non sussiste se si legge la decisione della Corte come volta ad imporre il ricorso alla delegazione legislativa quando lo Stato interviene in ambiti nei quali vi sia uno stretto intreccio di competenze¹⁹⁷⁵. In altri termini, in questi casi non sarebbe legittimo un intervento statale con legge ordinaria. In tali ambiti, infatti, l'unico intervento che può ritenersi legittimo è quello che si realizza attraverso il ricorso alla delegazione legislativa che permette di porre in essere una legislazione "negoziata" tra Stato e Regioni. In questo modo si comprende il punto della motivazione della decisione nel quale la Corte rileva la necessità del passaggio in Conferenza «nella perdurante assenza della trasformazione delle istituzioni parlamentari anche solo nei limiti di quanto previsto dall'art. 11 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione)¹⁹⁷⁶».

¹⁹⁷² Per interessanti rilievi sulla efficacia retroattiva di tali decreti legislativi v. D. MARTIRE, *Brevi note*, cit., 213 ss.

¹⁹⁷³ Come del resto la stessa Commissione speciale chiarisce nel parere, citando altri precedenti in tema, «la richiesta del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione si inserisce nel solco di «una costante interlocuzione istituzionale (...) proprio attraverso un ricorso sistematico al flessibile strumento dei quesiti» sul funzionamento pratico delle riforme (Comm. spec. n. 1640 del 2016). Le funzioni consultive del Consiglio di Stato sono concepite come sostegno *in progress* riferito a una policy, a un progetto istituzionale, piuttosto che esclusivamente a singoli provvedimenti individuati». Questa scelta «inquadra le funzioni consultive in una visione sistemica e al passo coi tempi, confermando il ruolo del Consiglio di Stato come un *advisory board* delle Istituzioni del Paese anche in un ordinamento profondamente innovato e pluralizzato, a quasi settant'anni dalla Costituzione» (Comm. spec. n. 1767 del 2016).

¹⁹⁷⁴ Così R. BIFULCO, *L'onda lunga*, cit., 5.

¹⁹⁷⁵ Contrario alla possibilità di individuare una sorta di riserva di delega è R. BIFULCO, cit., 5 ss., secondo il quale non ci sono elementi testuali che permettano una simile elaborazione.

¹⁹⁷⁶ Sulla rinnovata necessità di dare attuazione all'art. 11 della legge costituzionale n. 3 del 2001 dopo il referendum costituzionale del 4 dicembre 2016 si soffermano N. LUPO, *Due norme costituzionali che i regolamenti di Camera e Senato devono ancora attuare: l'integrazione della Commissione bicamerale per le questioni regionali e il controllo parlamentare sulla finanza pubblica*, in *Il Parlamento dopo il*

Con questa decisione insomma la Corte sembra, in modo profetico (perché la decisione è stata depositata prima di conoscere l'esito del *referendum* del 4 dicembre), prendere atto dell'incapacità del legislatore di riformare in modo adeguato le istituzioni: solo la delega può intervenire in materia, perché solo la delega permette di modulare il procedimento di formazione dei decreti delegati in modo da includere anche le Regioni nella produzione dell'atto normativo in assenza di una seconda Camera¹⁹⁷⁷.

O forse, come in passato ha provocatoriamente sottolineato una parte della dottrina, proprio perché esiste la delega, che permette di porre in essere una legislazione negoziata tra l'esecutivo centrale e gli esecutivi locali, è possibile continuare a non modificare la seconda Camera¹⁹⁷⁸. In tal modo, tuttavia, non ci si avvede del pericoloso spostamento dell'asse della produzione normativa che finisce per realizzarsi sia a livello statale che regionale¹⁹⁷⁹. In questo sistema il Governo è posto come interlocutore privilegiato, come organo deputato alla mediazione dei diversi interessi in gioco, e il Parlamento finisce per essere sempre più emarginato¹⁹⁸⁰.

referendum costituzionale, *Il Filangeri*, 2017, 37 ss. ed E. GIANFRANCESCO, *Parlamento e Regioni: una storia ancora in attesa di un lieto fine*, *ivi*, 261 ss.

Anche l'attuazione dell'art. 11 della legge costituzionale n. 3 del 2001, pur costituendo senza dubbio un importante passo avanti, non sarebbe tuttavia risolutiva, in quanto il particolare effetto del parere della Commissione per le questioni regionali nella sua composizione integrata non è previsto rispetto a tutti i disegni di legge nei quali si verifichi una interferenza tra le competenze statali e regionali, ma solo per quelli in materie di potestà concorrente e per quelli adottati in attuazione dell'art. 119 Cost.

¹⁹⁷⁷ Che la seconda Camera che mirava ad introdurre il disegno di legge di revisione costituzionale Renzi-Boschi fosse adeguata è tutta un'altra questione. Questo aspetto della riforma è stato definito da molti "pasticciato". Per una analisi cfr. I. CIOLLI, *Il Senato della riforma tra forma e sostanza*, in P. CARNEVALE, *La Costituzione riscritta. Saggi sulla revisione costituzionale* in itinere, Roma, 2016, 37 ss.

¹⁹⁷⁸ In questo senso cfr. S. MANGIAMELI, *Lecture sul regionalismo italiano: Il titolo V tra attuazione e riforma della riforma*, Torino, 2011, 69 ss.

¹⁹⁷⁹ Su questo profilo molto discusso in dottrina v., P. CARETTI, *Il sistema delle Conferenze e i suoi riflessi sulla forma di governo nazionale e regionale*, *Le Regioni*, 2000, 550 ss. e A. D'ATENA, *Diritto regionale*, Torino, 2010, 337 ss.

¹⁹⁸⁰ Cfr. le riflessioni di P. CIARLO, *Parlamento, Governo e fonti normative*, in AA. VV., *La riforma costituzionale*, Padova, 1999, 268 ss.

L'articolo 138 Cost. In Assemblea Costituente. Procedimento ordinario di revisione costituzionale e partecipazione delle minoranze

di Giovanni Cavaggion*

SOMMARIO: 1. L'articolo 138 Cost. ed il dibattito sul procedimento di revisione costituzionale innescato dalle riforme "a maggioranza" a partire dal 2001. 2. Il procedimento di revisione costituzionale nei lavori dell'Assemblea Costituente tra maggioranza assoluta e maggioranza dei due terzi. 3. Proporzionale, partecipazione delle minoranze e riforme "a maggioranza" nel modello disegnato dai Costituenti. 4. Conclusioni.

1. L'articolo 138 Cost. ed il dibattito sul procedimento di revisione costituzionale innescato dalle riforme "a maggioranza" a partire dal 2001.

Il recente dibattito sulla riforma costituzionale Renzi – Boschi è stato caratterizzato da una particolare attenzione dedicata, soprattutto da studiosi ed esponenti politici appartenenti al c.d. "fronte del no", al procedimento con cui la riforma stessa è stata approvata. Si è in particolare sostenuto che il procedimento non sarebbe stato conforme al modello ideato dai Costituenti, che avrebbero congegnato un meccanismo caratterizzato da un necessario coinvolgimento delle minoranze nella revisione della Costituzione, ed a maggior ragione per revisioni di ampia portata, per le quali sarebbe necessario (o quantomeno preferibile) il ricorso alla maggioranza qualificata dei due terzi. La tesi che sarà sottoposta a revisione critica in questa sede è pertanto, senza pretesa di esaustività, quella che postula una presunta volontà del Costituente di imporre un voto a maggioranza qualificata da parte dell'Assemblea sulle leggi di revisione dal contenuto complesso.

L'articolo 138 della Costituzione repubblicana, collocato nel Titolo VI ("Garanzie costituzionali"), e più precisamente nella Sezione seconda, rubricata "Revisione della Costituzione. Leggi costituzionali", dispone che le leggi di revisione della Costituzione e le altre leggi costituzionali sono adottate da ciascuna Camera con due successive deliberazioni ad intervallo non minore di tre mesi, e sono approvate a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera nella seconda votazione. Dette leggi sono sottoposte a referendum popolare quando entro tre mesi dalla loro pubblicazione ne facciano domanda un quinto dei membri di una Camera o cinquecentomila elettori o cinque Consigli regionali: la legge sottoposta a referendum non è promulgata se non è approvata dalla maggioranza dei voti validi. L'ultimo

* Contributo sottoposto a *double blind peer review*

* Dottorando di ricerca in Autonomie, servizi pubblici e diritti, Università degli Studi del Piemonte Orientale "Amedeo Avogadro".

comma dell'articolo 138 dispone infine che non si fa luogo a referendum se la legge è stata approvata nella seconda votazione da ciascuna delle Camere a maggioranza di due terzi dei suoi componenti¹⁹⁸¹.

Va sin da ora sottolineato che non sembra esservi accordo tra politica e dottrina costituzionalistica circa l'effettivo grado di rigidità della Costituzione italiana, con la prima che ha in diversi momenti ritenuto la Costituzione eccessivamente rigida, sentendo addirittura (piuttosto frequentemente) l'esigenza di derogare con disposizioni *ad hoc* al procedimento prescritto dall'articolo 138, e la seconda che ha invece immancabilmente sottolineato come il procedimento per la revisione della Costituzione italiana sia, a ben vedere, uno dei meno aggravati nello scenario comparato europeo¹⁹⁸².

La riforma costituzionale respinta dall'elettorato per il tramite del referendum dello scorso 4 dicembre è stata approvata in seconda lettura al Senato con 180 voti favorevoli, contro i 214 necessari per il raggiungimento della maggioranza qualificata dei due terzi, ed alla Camera con 361 voti favorevoli, contro i 420 necessari per il raggiungimento della medesima maggioranza. Il mancato raggiungimento della maggioranza prevista dal terzo comma dell'articolo 138 Cost. ha portato la dottrina ad interrogarsi, ancora una volta, sul procedimento di revisione costituzionale.

Ai fini della presente analisi, è comunque bene tenere separati i piani della legittimità costituzionale e dell'opportunità politica. Se infatti possono essere certamente criticate su quest'ultimo piano, ad esempio, la scelta di operare una revisione costituzionale su iniziativa governativa¹⁹⁸³, ovvero la politicizzazione del dibattito sulla riforma, che avrebbe in ultima analisi

¹⁹⁸¹ Sulla revisione costituzionale si vedano almeno: P. BILANCIA – E. DE MARCO (a cura di), *L'ordinamento della Repubblica*, II ed., Padova, CEDAM – Wolters Kluwer, 2015; M. PIAZZA, *I limiti alla revisione costituzionale nell'ordinamento italiano*, Padova, CEDAM, 2002; G. FERRI, *Il referendum nella revisione costituzionale*, Padova, CEDAM, 2001; A. PACE, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova, CEDAM, 1997; J. LUTHER – P. P. PORTINARO – G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Il futuro della Costituzione*, Torino, Einaudi, 1996; V. ANGIOLINI, *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, Padova, CEDAM, 1995; A. BALDASSARRE, *Il "referendum" costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 1994; T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1994; C. FUSARO, *La rivoluzione costituzionale*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 1993; G. DE VERGOTTINI, *Referendum e revisione costituzionale una analisi comparata*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 2, 1994; G. ZAGREBELSKY, *I paradossi della riforma costituzionale*, in *Politica del diritto*, n. 1, 1986; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, CEDAM, 1975; S. M. CICONETTI, *La revisione della Costituzione*, Padova, CEDAM, 1972; G. CONTINI, *La revisione costituzionale in Italia*, Milano, Giuffrè, 1971; C. ESPOSITO, *Costituzione, legge di revisione della Costituzione e "altre" leggi costituzionali*, in AA. VV., *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, Milano, Giuffrè, 1963; M. RUINI, *Il referendum popolare e la revisione della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1953; P. BARILE, *La revisione della Costituzione*, in P. Calamandrei, A. Levi (a cura di), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, ed. II, Firenze, 1950; C. MORTATI, *Concetto, limiti, procedimento della revisione costituzionale* (1950), ora in *Raccolta di scritti*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1972.

¹⁹⁸² Si vedano, in questo senso, per tutti: M. VOLPI, *La banalizzazione della Costituzione tra revisioni adottate e riforme progettate*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1, 2005, 5; R. BIN, *Riforme costituzionali "a colpi di maggioranza": perché no?*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2001; S. BONFIGLIO, *Sulla rigidità delle Costituzioni. Il dibattito italiano e la prospettiva comparata*, in *Diritto pubblico*, n. 1, 2015; G. DE VERGOTTINI, *Referendum e revisione costituzionale una analisi comparata*, cit.; S. GAMBINO – G. D'IGNAZIO (a cura di), *La revisione costituzionale e i suoi limiti*, Milano, Giuffrè, 2007; E. ROZO ACUÑA (a cura di), *I procedimenti di revisione costituzionale nel diritto comparato*, Esi, Napoli, 1999.

¹⁹⁸³ Si veda, ad esempio: V. TONDI DELLA MURA, *Il paradosso del "patto del Nazareno": se il revisore costituzionale resta imbrigliato nella persistenza di un mito*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2016, 1 ss. Si è in particolare sostenuto, in questo senso, che detta iniziativa, seppur non espressamente vietata dalla Costituzione, risulterebbe in ogni caso incompatibile con i principi costituzionali, in quanto essa determinerebbe l'abbassamento della revisione costituzionale al livello delle leggi ordinarie e della politica

distolto l'attenzione dai contenuti della stessa¹⁹⁸⁴ o, ancora, la riduzione del referendum costituzionale ad una funzione plebiscitaria¹⁹⁸⁵, non sembra che le problematiche evidenziate da dette pur lecite critiche possano comportare finanche dubbi circa la conformità a Costituzione del procedimento seguito per la revisione.

Sotto questo ultimo punto di vista, si è in particolare sostenuto che dall'approvazione a maggioranza assoluta di una revisione costituzionale di così ampia portata sarebbe derivato una sorta di vizio di legittimità dovuto al mancato coinvolgimento delle minoranze nell'approvazione della revisione stessa. In questo senso si è argomentato che la legge di revisione costituzionale richiederebbe una vasta condivisione tra i parlamentari per poter essere pienamente legittima, o che un'approvazione a maggioranza assoluta finirebbe, in ultima analisi, per rendere la Costituzione espressione di scelte di parte¹⁹⁸⁶.

Altra dottrina si è spinta ad adombrare una possibile illegittimità della revisione costituzionale approvata dalle Camere alla luce del procedimento seguito: si sostiene in particolare che il procedimento maggiormente indicato sarebbe stato quello dell'approvazione a maggioranza qualificata dei due terzi, disciplinato dal terzo comma dell'articolo 138 Cost., e non già quello a maggioranza assoluta descritto dal comma primo, effettivamente utilizzato dal legislatore. Nelle opinioni espresse da alcuni autorevoli autori è possibile quindi scorgere una lettura dell'articolo 138 per cui il procedimento "ordinario" o quantomeno preferibile per la revisione della Costituzione italiana sarebbe quello dell'approvazione a maggioranza qualificata dei due terzi, mentre l'approvazione a maggioranza assoluta avrebbe carattere residuale, e dunque il referendum previsto dal comma secondo avrebbe natura in qualche modo "correttiva", consentendo l'intervento *in extremis* delle minoranze, escluse in sede parlamentare¹⁹⁸⁷. Altri autori

quotidiana. Si vedano, ad esempio: A. PACE, *La riforma Renzi-Boschi: le ragioni del no*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2016, 2; S. MERLINI, *La riforma costituzionale, l'art. 138 della Costituzione e il referendum*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1, 2016, 4 ss.; A. PACE, *Le insuperabili criticità della riforma costituzionale Renzi-Boschi*, in *micromega-online*, 22 febbraio 2016.

¹⁹⁸⁴ Si vedano sul punto, per tutti: P. CARNEVALE, *Considerazione critiche sull'iter e sulla procedura referendaria*, in *federalismi.it*, n. 12, 2016, 3 ss.; V. TONDI DELLA MURA, *Il paradosso del "patto del Nazareno": se il revisore costituzionale resta imbrigliato nella persistenza di un mito*, cit., 26; A. PACE, *Le insuperabili criticità della riforma costituzionale Renzi-Boschi*, cit.

¹⁹⁸⁵ Si vedano sul punto, ad esempio: F. LANCHESTER, *Un contributo per il discernimento costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 1, 2016, 3; A. PACE, *Ancora sulla doverosa omogeneità del contenuto delle leggi costituzionali*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2016; L. FERRAJOLI, *Dal bicameralismo perfetto al monocameralismo imperfetto*, in *Democrazia e diritto*, n. 2, 2016; G. ZAGREBELSKY, *Loro diranno, noi diciamo: vademecum sulle riforme istituzionali*, Roma-Bari, Laterza, 2016.

¹⁹⁸⁶ Si vedano, ad esempio: A. PACE, *La riforma Renzi-Boschi: le ragioni del no*, cit., 4; F. VARI, *Primi spunti sulle riforme a colpi di maggioranza e lo svuotamento della rigidità costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2016, 3 ss.; M. VILLONE, *La riforma Renzi-Boschi: Governo forte, Costituzione debole*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1, 2016, 41 ss.; A. LUCARELLI, *Il progetto politico della "grande" riforma renziana*, in A. Lucarelli – F. Zammartino (a cura di), *La riforma costituzionale Renzi-Boschi. Quali scenari?*, Torino, Giappichelli, 2016.

¹⁹⁸⁷ Senza pretesa di esaustività, per V. ONIDA, *Sul referendum costituzionale. Per un voto consapevole*, disponibile su www.uninettunouniversity.net, 9 novembre 2016, 1, la maggioranza deve essere "possibilmente" dei due terzi. Per L. CARLASSARE, *La riforma e l'Italicum: il popolo senza voce*, in *Democrazia e diritto*, n. 2, 2016, 139, "i due terzi richiesti nella seconda delibera servono ad impedire che la maggioranza governante disponga da sola della Costituzione", e "non basta la maggioranza assoluta che non include le minoranze, se i due terzi non si raggiungono il testo è sottoposto a referendum". Tesi in parte analoga sostenuta da R. BIN, *Riforme costituzionali "a colpi di maggioranza": perché no?*, cit., per cui la maggioranza qualificata dei due terzi rappresenterebbe "la via principale per modificare la Costituzione". Si è parlato inoltre di un "*favor constitutionis*" per

ritengono invece che i due procedimenti di cui all'articolo 138 siano pari ordinati ed alternativi tra loro¹⁹⁸⁸, ovvero eventualmente differenziati e riservati rispettivamente a modifiche di lieve entità (per cui basterebbe l'approvazione in seconda lettura a maggioranza assoluta) o di ampio respiro (per cui occorrerebbe invece necessariamente l'approvazione a maggioranza dei due terzi)¹⁹⁸⁹.

Il dibattito si pone peraltro in continuità con quello che aveva accompagnato le due più ampie revisioni costituzionali approvate dal Parlamento dall'avvento della Costituzione repubblicana: la revisione del Titolo V del 2001 e la revisione della Parte Seconda del 2005, rispettivamente confermata e respinta dall'elettorato in sede referendaria¹⁹⁹⁰. Del resto è stato proprio con la riforma del 2001 che si è inaugurata l'era delle cosiddette "riforme a maggioranza", in quanto in precedenza le revisioni e le leggi costituzionali, peraltro caratterizzate da un'incisività assolutamente non paragonabile a quella delle iniziative più recenti, venivano approvate con la maggioranza qualificata dei due terzi (o comunque sulle stesse non veniva avanzata la richiesta di referendum, istituto che peraltro veniva introdotto dal legislatore ordinario, con colpevole ritardo, solo nel 1970)¹⁹⁹¹.

A onor del vero la riforma del 2001, pur venendo approvata a maggioranza assoluta, dava adito ad un dibattito tutto sommato più blando rispetto ai tentativi del 2005 e del 2016, in quanto essa rappresentava un tentativo delle forze di centrosinistra di inseguire la Lega sui suoi temi, e venne pertanto criticata dalle forze di centrodestra non già nel merito, bensì perché ritenuta troppo poco incisiva per soddisfare adeguatamente le pretese esigenze federali. Va comunque segnalato come, anche in quel caso, parte della dottrina abbia ritenuto estremamente grave che si fosse proceduto all'approvazione a maggioranza assoluta di una revisione ampia (la più ampia sino ad

il procedimento a maggioranza dei due terzi, A. PAPA, *Le fonti del diritto*, in P. Bilancia – E. De Marco (a cura di), *L'ordinamento della Repubblica*, II ed., Padova, CEDAM – Wolters Kluwer, 2015, 131. Di "netta preferenza per l'iter di approvazione delle leggi costituzionali con la maggioranza dei due terzi" parla anche A. CHIAPPETTI, *Di "colpi di maggioranza" ne basti uno!*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, disponibile su www.unife.it/forumcostituzionale/contributi. Per B. RANDAZZO – V. ONIDA, *Note minime sulla illegittimità del quesito referendario*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2016, 6 ss., la riforma Renzi – Boschi è stata approvata "solo" con la maggioranza assoluta.

¹⁹⁸⁸ Si veda, ad esempio, S. MERLINI, *La riforma costituzionale, l'art. 138 della Costituzione e il referendum*, cit., 2 ss.

¹⁹⁸⁹ Si veda in questo senso ancora S. MERLINI, *La forma di governo nella riforma costituzionale*, in T. Groppi, P. L. Petrillo (a cura di), *Cittadini, governo, autonomie. Quali riforme per la Costituzione?*, Milano, Giuffrè, 2005. Ad una simile conclusione giunge inoltre il ragionamento di V. BALDINI, *La Costituzione italiana tra revisione e riforma "organica": appunti per una discussione in tema*, in V. Baldini (a cura di), *La Costituzione e la sua revisione*, Pisa, Pisa University Press, 2014. L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, Il Mulino, 1996, 163 ss., ritiene necessaria l'approvazione a maggioranza dei due terzi laddove la riforma abbia ad oggetto un elevato numero di disposizioni, anche ai fini di evitare un referendum disomogeneo.

¹⁹⁹⁰ Sulle critiche alla riforma del 2005 relative all'approvazione a maggioranza assoluta della stessa si vedano, ad esempio: F. BASSANINI, *Costituzione: una riforma sbagliata. Il parere di sessantatré costituzionalisti*, Firenze, Passigli, 2004; L. ELIA, *La Costituzione aggredita*, Bologna, Il Mulino, 2005; P. CARETTI (a cura di), *La Costituzione repubblicana: da "casa comune" a scelta di parte?*, Torino, Giappichelli, 2006.

¹⁹⁹¹ Con riferimento alla stagione delle riforme "a maggioranza", si è parlato di una "pericolosa snervatura del materiale costituzionale", si veda F. LANCHESTER, *Introduzione generale al convegno Mortati e la "legislatura costituente"*, in F. Lanchester (a cura di), *Costantino Mortati. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale*, in *Quaderni di Nomos*, n. 1, 2017. Per un'approfondita ricostruzione della storia delle revisioni costituzionali si veda C. FUSARO, *Per una storia delle riforme istituzionali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 2, 2015.

allora) della Costituzione del 1948¹⁹⁹². Si è in proposito evidenziato come sembri sussistere una relazione quasi di proporzionalità inversa tra ampiezza delle revisioni e maggioranze parlamentari a loro sostegno, tanto che le revisioni di ampia portata sarebbero “naturalmente divisive”¹⁹⁹³.

Ai fini dell’analisi delle critiche sopradescritte si impone innanzitutto un’interpretazione letterale e sistematica dei tre commi di cui si compone l’articolo 138. Va evidenziato sin da ora che detta interpretazione non sembrerebbe lasciare spazio ad una lettura che configuri una subordinazione del procedimento a maggioranza assoluta rispetto a quello a maggioranza dei due terzi, ovvero che consideri i due procedimenti come tra loro alternativi.

La scansione e la successione dei tre commi che compongono l’articolo in esame induce piuttosto a configurare l’approvazione a maggioranza assoluta in seconda lettura, che non a caso è prevista dal comma primo, come il procedimento ordinario, “normale” di revisione costituzionale. In detto procedimento di revisione si instaura come momento eventuale il referendum costituzionale previsto dal comma secondo, referendum posto a garanzia in primo luogo della partecipazione popolare, e solo in seconda battuta delle minoranze, ed attivabile con relativa facilità ai fini di scongiurare una revisione operata da una maggioranza assoluta e che non sia tuttavia condivisa dai cittadini. Il comma terzo, infine, in quest’ottica si presenta come deroga e caso eccezionale rispetto al procedimento delineato dai primi due commi: se la maggioranza con la quale la revisione o la legge costituzionale viene approvata in seconda lettura è talmente ampia (due terzi) da garantire la convergenza del corpo elettorale (tramite i rappresentanti della maggioranza e delle minoranze, essendo il voto di questi ultimi necessario per il raggiungimento di una soglia così elevata) sulle modifiche proposte, si può “fare a meno” del referendum costituzionale¹⁹⁹⁴.

La facile obiezione che può essere mossa (e che infatti viene spesso avanzata) alla ricostruzione appena operata è quella per cui i Costituenti avrebbero avuto in mente, nel momento in cui essi delineavano il procedimento descritto all’articolo 138, un sistema elettorale di tipo proporzionale. Secondo questa tesi sarebbe pertanto evidente come in un sistema di carattere proporzionale la maggioranza assoluta rappresenti una soglia particolarmente elevata, di per sé sufficiente a garantire la partecipazione delle minoranze e ad impedire riforme scarsamente condivise¹⁹⁹⁵.

¹⁹⁹² Sulle critiche alla riforma del 2001 relative all’approvazione a maggioranza assoluta della stessa si vedano, ad esempio: F. SORRENTINO, *L’associazione, le riforme, la politica*, in AA. VV., *Trent’anni. Riflessioni e documentazione*, Napoli, Jovene, 2015, pp. 15 ss.; A. CHIAPPETTI, *Di “colpi di maggioranza” ne basti uno!*, cit.; G. SCACCIA, *Revisione di maggioranza e “qualità” della Costituzione*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, n. 1, 2002; M. VOLPI, *La banalizzazione della Costituzione tra revisioni adottate e riforme progettate*, cit., pp. 6 ss.

¹⁹⁹³ Si veda P. CARNEVALE, *Considerazione critiche sull’iter e sulla procedura referendaria*, cit., p. 3.

¹⁹⁹⁴ Si vedano sul tema: C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit.; T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, cit.

¹⁹⁹⁵ Sul presupposto di un sistema proporzionale con riferimento alla revisione costituzionale si vedano, senza pretesa di esaustività: A. REPOSO, *Sulla natura giuridica del referendum costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2016, 2; F. VARI, *Primi spunti sulle riforme a colpi di maggioranza e lo svuotamento della rigidità costituzionale*, cit., 3; B. CARAVITA, *La riforma elettorale alla luce della sent. 1/2014*, in *federalismi.it*, n. 2, 2014, 7; V. SCIARABBA, *Riflessioni de iure condito e de iure condendo a proposito dell’art. 138 della Costituzione*, in *Consulta online*, 2013; L. CARLASSARE, *La Costituzione è ancora in gran parte da attuare*, in *Patria indipendente*, giugno

Sotto questo punto di vista, l'introduzione di un sistema (parzialmente) maggioritario (ma anche di un semplice premio di maggioranza) avrebbe in qualche modo “falsato” la volontà del Costituente, rendendo artificiosamente agevole il raggiungimento della maggioranza di cui al primo comma, che sarebbe invece stata originariamente concepita come ostacolo alle riforme “a maggioranza”. In altre parole, il procedimento delineato dall'art. 138 al primo comma (approvazione a maggioranza assoluta) sarebbe indissolubilmente legato all'idea proporzionale dei Padri Costituenti, che ne costituirebbe quindi il necessario presupposto. Il venir meno di detto presupposto porterebbe ad una sorta di carenza di legittimità (o quantomeno non opportunità) derivata del meccanismo di revisione vigente.

Del resto, e coerentemente con questa impostazione, in dottrina si prospettava sin dalla prima svolta in senso maggioritario del 1993 la possibilità di una modifica dell'articolo 138 volta ad innalzare le maggioranze richieste per la revisione costituzionale¹⁹⁹⁶.

Alla luce di quanto sinora esposto, appare quindi utile studiare i lavori dell'Assemblea Costituente con riferimento alle due questioni sopradescritte, e cioè:

1. se esista in effetti una preferenza dei Costituenti per l'approvazione a maggioranza dei due terzi delle revisioni costituzionali, o se essi abbiano invece inteso concepire l'approvazione a maggioranza assoluta (con eventuale referendum) delineata dal comma primo dell'articolo 138 quale procedimento ordinario, configurando l'approvazione a maggioranza qualificata dei due terzi prevista dal comma terzo come caso eccezionale;
2. se i Costituenti abbiano realmente inteso la maggioranza assoluta di cui al primo comma dell'articolo 138, in concorso con un sottinteso sistema elettorale di tipo proporzionale, ai fini di garantire una partecipazione necessaria delle minoranze alla revisione, e dunque se detta soglia sia stata fissata come ostacolo alle riforme costituzionali “a maggioranza”.

2. Il procedimento di revisione costituzionale nei lavori dell'Assemblea Costituente tra maggioranza assoluta e maggioranza dei due terzi.

2013; A. D'ATENA, *La revisione della Costituzione tra maggioritario e sindrome della grande riforma*, in *Diritto e società*, n. 1, 2011; T. GROPPi, *La revisione della Costituzione. Commento all'art. 138*, in R. Bifulco – A. Celotto – M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, UTET, 2006; V. TONDI DELLA MURA, *Il paradosso del “patto del Nazareno”: se il revisore costituzionale resta imbrigliato nella persistenza di un mito*, cit., 25; R. ROMBOLI, *Il referendum costituzionale nell'esperienza repubblicana e nelle prospettive di riforma dell'art. 138 Cost.*, in A. Pisaneschi – L. Violini (a cura di), *Poteri, garanzie e diritti a sessanta anni dalla Costituzione: scritti per Giovanni Grottanelli de' Santi*, Milano, Giuffrè, 2007.

¹⁹⁹⁶ Si vedano in questo senso, ad esempio: E. RIPEPE – R. ROMBOLI (a cura di), *Cambiare costituzione o modificare la Costituzione?*, Torino, Giappichelli, 1995; G. LAURICELLA, *La revisione condivisa della Costituzione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2 settembre 2011; R. ROMBOLI, *Il referendum costituzionale nell'esperienza repubblicana e nelle prospettive di riforma dell'art. 138 Cost.*, cit.; L. CARLASSARE, *La Costituzione è ancora in gran parte da attuare*, cit.; V. SCIARABBA, *Riflessioni de iure condito e de iure condendo a proposito dell'art. 138 della Costituzione*, cit. Va precisato che, secondo autorevole dottrina, l'aggravio sarebbe consentito nel rispetto dei controlimiti costituzionali, mentre sarebbero sempre vietate modifiche che indeboliscano il procedimento: A. PACE, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, cit.

Per rispondere al primo interrogativo, e cioè se nelle intenzioni dei Costituenti l'approvazione a maggioranza assoluta (con successivo eventuale referendum) avrebbe dovuto rappresentare il procedimento ordinario di revisione costituzionale (a prescindere dall'ampiezza di una data revisione), è necessario concentrarsi in particolare sugli atti della Prima Sezione della Seconda Sottocommissione della Commissione per la Costituzione, in quanto il testo elaborato in detta sede fu oggetto di limitatissime modifiche per mano del Comitato di Redazione prima e dell'Assemblea Costituente poi¹⁹⁹⁷.

La Prima Sezione della Seconda Sottocommissione dedicava due sedute (quelle del 15 e del 16 gennaio 1947) al tema della revisione costituzionale. I lavori muovevano peraltro dall'assunto, consolidatosi in sede di discussione sul contenuto di altri articoli, che la Costituzione repubblicana avrebbe dovuto essere una Costituzione rigida. Di qui la necessità di predisporre un meccanismo aggravato per la sua modifica, ed infatti i lavori si concentravano prevalentemente sulla misura in cui il procedimento avrebbe dovuto essere aggravato: con le parole di Tommaso Perassi, l'obiettivo era quello di rendere la Costituzione non già una lastra di vetro, bensì un metallo duro ma plasmabile¹⁹⁹⁸.

In detta sede emergeva sin dall'inizio una certa diffidenza nei confronti dell'approvazione a maggioranza qualificata (dei due terzi ovvero dei tre quinti), tanto che lo stesso relatore, Paolo Rossi, riteneva che un sistema siffatto non sarebbe stato "né democratico né razionale", in quanto esso avrebbe reso "possibile alla minoranza di ostacolare sistematicamente una riforma della Costituzione che sia sentita dalla maggioranza della popolazione, ponendo il Paese in una gravissima situazione". Egli proponeva pertanto il sistema dell'approvazione a maggioranza assoluta in prima lettura, seguito dallo scioglimento delle Camere (con convocazione dei comizi elettorali entro novanta giorni), e dall'approvazione del medesimo testo da parte delle nuove Camere, a maggioranza semplice, entro un mese dalla loro convocazione¹⁹⁹⁹.

Il procedimento proposto dal relatore veniva tuttavia duramente criticato poiché ritenuto eccessivamente rigido, e si delineava quasi immediatamente come modello alternativo allo scioglimento delle Camere quello della doppia lettura, intervallata da una pausa di riflessione di alcuni mesi. La necessità di coinvolgere il popolo nel procedimento di revisione era largamente condivisa, ma diversi Costituenti ritenevano preferibile che detto coinvolgimento avvenisse per mezzo di un referendum, e non di nuove elezioni. Emergeva peraltro sin da subito l'ipotesi

¹⁹⁹⁷ Si vedano per un'analisi approfondita: S. M. CICONETTI, *La revisione della Costituzione*, cit.; T. GROPPPI, *La revisione della Costituzione. Commento all'art. 138*, cit.; L. PESOLE, *Il procedimento di revisione costituzionale nei lavori dell'Assemblea costituente*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2, 2016.

¹⁹⁹⁸ Cfr. Assemblea Costituente, verbale della sessione antimeridiana di mercoledì 3 dicembre 1947, 2763.

¹⁹⁹⁹ Cfr. Commissione per la Costituzione, Seconda Sottocommissione, Prima Sezione, verbale della seduta di mercoledì 15 gennaio 1947, 132.

(sostenuta in particolare da Perassi) di superare la necessità del referendum laddove la modificazione fosse stata approvata da una maggioranza particolarmente elevata²⁰⁰⁰.

Queste critiche venivano tradotte nella proposta di Umberto Nobile, che prevedeva la doppia approvazione a distanza di tre mesi, prima a maggioranza assoluta e poi a maggioranza semplice, da parte dell'Assemblea Nazionale. Il referendum si sarebbe svolto “a meno che nella seconda lettura la proposta sia stata approvata dall'Assemblea con la maggioranza dei due terzi”²⁰⁰¹. È questa la prima volta in cui il referendum costituzionale fa la sua comparsa nei lavori della Commissione, ed è evidente sin dall'inizio (per via dell'utilizzo della locuzione “a meno che”) come esso rappresentasse nelle intenzioni la regola, superabile solo nel caso in cui si fosse raggiunta la maggioranza dei due terzi: l'approvazione a maggioranza dei due terzi dunque si configurava come eccezione rispetto alla regola della maggioranza assoluta.

Dopo la prima discussione si contendevano il campo quattro differenti proposte concernenti la disciplina del procedimento di revisione:

1. la proposta Rossi (relatore), che prevedeva l'approvazione a maggioranza assoluta in prima lettura, seguita dallo scioglimento delle Camere (con convocazione dei comizi elettorali entro novanta giorni), e dall'approvazione del medesimo testo da parte delle nuove Camere, a maggioranza semplice, entro un mese dalla loro convocazione;
2. la proposta Nobile – Perassi, che prevedeva la doppia approvazione a distanza di dieci mesi, sempre a maggioranza assoluta, da parte delle Camere, con la successiva sottoposizione a referendum, salvo approvazione in seconda lettura con la maggioranza qualificata dei due terzi;
3. la proposta Tosato, che prevedeva l'approvazione delle Camere in unica lettura con maggioranza qualificata dei tre quinti, e successivo referendum obbligatorio;
4. la proposta Mortati, che prevedeva la presa in considerazione della proposta e la successiva approvazione della stessa, a distanza di sei mesi, da parte delle Camere, a maggioranza semplice, con successivo referendum obbligatorio.

È pertanto evidente come l'approvazione a maggioranza qualificata (dei due terzi o superiore) fosse prevista come procedimento ordinario dalla sola proposta Tosato, mentre essa rappresentava caso eccezionale nella proposta Nobile – Perassi, e addirittura veniva esclusa dalle due proposte residue. Similmente, in tutte le proposte che prevedevano il referendum, esso era concepito come strumento necessario, addirittura inderogabile in due casi, derogabile eccezionalmente in caso di approvazione a maggioranza dei due terzi in un altro.

²⁰⁰⁰ Cfr. Commissione per la Costituzione, Seconda Sottocommissione, Prima Sezione, verbale della seduta di mercoledì 15 gennaio 1947, 134.

²⁰⁰¹ Cfr. Commissione per la Costituzione, Seconda Sottocommissione, Prima Sezione, verbale della seduta di mercoledì 15 gennaio 1947, 134.

Sempre in quest'ottica, va sottolineato come alcuni Costituenti ritenessero che l'introduzione (o la non introduzione) del referendum fosse idonea ad influire sul livello di rigidità del procedimento dinanzi alle Camere, e dunque nel caso in cui si fosse prevista la possibilità di sottoporre la modifica della Costituzione al popolo, sarebbe stato possibile abbassare la maggioranza necessaria per l'approvazione del progetto da parte del Parlamento; al contrario, laddove non si fosse introdotto lo strumento del referendum, sarebbe stato necessario richiedere una maggioranza più alta in sede parlamentare²⁰⁰².

Nonostante il quadro sopradescritto, la Sottocommissione, piuttosto sorprendentemente, dopo aver approvato il principio per cui è necessario il coinvolgimento del popolo nel procedimento di revisione costituzionale, respingeva la tesi per cui detto coinvolgimento sarebbe dovuto avvenire per il tramite di un referendum (con 8 voti contro 6)²⁰⁰³. I lavori si concentravano pertanto sull'ipotesi delle due approvazioni, intramezzate dallo scioglimento delle Camere e dalle nuove elezioni.

Non sfuggiva peraltro ad attenti membri della Commissione come, con lo scioglimento delle Camere, le successive nuove elezioni rischiassero di divenire un "referendum larvato", essendo impensabile scindere il dibattito elettorale dalla revisione costituzionale approvata dalle Camere disciolte ed approvata dalle nuove Camere²⁰⁰⁴. La tesi del referendum larvato sembrava inoltre avvalorata dalle considerazioni di Mortati ed Einaudi: il primo sottolineava l'incongruenza di un coinvolgimento del popolo che tuttavia risultava in ultima analisi non vincolante (salva una modifica della norma sul mandato imperativo), in quanto le nuove Camere avrebbero potuto disattendere gli orientamenti degli elettori circa la riforma costituzionale approvata in prima lettura; il secondo evidenziava come il coinvolgimento popolare avrebbe avuto successo solo se i Parlamenti avessero approvato una riforma specifica e ben individuabile alla volta, in modo da consentire al popolo di votare alle elezioni politiche avendo ben chiaro un singolo quesito²⁰⁰⁵.

Ulteriori perplessità venivano sollevate circa l'eccessivo aggravio del procedimento di revisione, atteso che appariva difficile credere che un Parlamento si sarebbe "sacrificato" a inizio legislatura ovvero per modifiche di importanza tutto sommato scarsa, con il rischio che le revisioni costituzionali si concentrassero al termine delle legislature (ritardando l'approvazione di modifiche necessarie) ovvero avessero ad oggetto soltanto revisioni estese (trascurando modifiche di limitata entità ma potenzialmente funzionali).

²⁰⁰² In questo senso, ad esempio, Ezio Vanoni. Cfr. Commissione per la Costituzione, Seconda Sottocommissione, Prima Sezione, verbale della seduta di mercoledì 15 gennaio 1947, 136.

²⁰⁰³ Cfr. Commissione per la Costituzione, Seconda Sottocommissione, Prima Sezione, verbale della seduta di mercoledì 15 gennaio 1947, 137.

²⁰⁰⁴ In questo senso l'intervento di Attilio Piccioni. Cfr. Commissione per la Costituzione, Seconda Sottocommissione, Prima Sezione, verbale della seduta di mercoledì 15 gennaio 1947, 138.

²⁰⁰⁵ Cfr. Commissione per la Costituzione, Seconda Sottocommissione, Prima Sezione, verbale della seduta di mercoledì 15 gennaio 1947, 138.

Alla luce di queste critiche non sorprende che, nella sessione immediatamente successiva, Perassi abbia formulato la proposta del ritorno al referendum. Perassi tratteggiava in questo senso un procedimento che è poi divenuto quello di cui all'attuale articolo 138 Cost., e che prevedeva una doppia lettura intervallata da un significativo lasso di tempo, con possibilità di attivare lo strumento referendario da parte di "un certo numero di cittadini". Il voto a maggioranza qualificata dei due terzi aveva evidentemente carattere eccezionale, rappresentando l'unico caso in cui non si sarebbe potuto svolgere il referendum, anche se richiesto dai cittadini²⁰⁰⁶.

La nuova proposta Perassi disponeva in particolare, al terzo comma (dopo aver posto la regola dell'approvazione a maggioranza assoluta in seconda lettura con intervallo di almeno sei mesi), che "una legge costituzionale, salvo che sia stata adottata in seconda lettura da ciascuna delle Camere con una maggioranza di due terzi dei suoi membri, è sottoposta al referendum popolare se ne è fatta domanda da 500.000 cittadini aventi diritto di voto"²⁰⁰⁷. L'utilizzo della preposizione "salvo" e la scelta di porre la proposizione relativa alla maggioranza dei due terzi come inciso, rivelano una volta di più l'eccezionalità della stessa agli occhi del Costituente, che dunque intendeva l'approvazione a maggioranza assoluta come procedimento ordinario. Il referendum era peraltro, in quella fase, attivabile su impulso dei cittadini, ma non delle minoranze parlamentari.

L'opzione del referendum veniva quindi nuovamente posta in votazione, votazione che sovvertiva il risultato del giorno precedente, di nuovo per 8 voti a 6, introducendo la consultazione popolare diretta ed espungendo lo scioglimento delle Camere tra le due letture.

Veniva quindi approvato, dopo una breve discussione, il testo Perassi con alcune lievi modifiche (tra cui, appunto, la possibilità di richiedere il referendum in capo alle minoranze parlamentari). Il testo finale approvato dalla Sottocommissione recitava:

"L'iniziativa delle revisioni costituzionali appartiene al Governo ed alle Camere.

Le revisioni costituzionali devono essere adottate da ciascuna delle Camere in due letture con un intervallo non minore di tre mesi. Per il voto finale in seconda lettura è richiesta la maggioranza assoluta dei membri di ciascuna Camera.

Una legge di revisione costituzionale, salvo che sia stata adottata in seconda lettura da ciascuna delle due Camere con una maggioranza dei due terzi dei suoi membri, è sottoposta a referendum popolare se ne è fatta domanda entro tre mesi da un quinto dei membri di una Camera o da 500 mila cittadini aventi diritto di voto"²⁰⁰⁸.

²⁰⁰⁶ Cfr. Commissione per la Costituzione, Seconda Sottocommissione, Prima Sezione, verbale della seduta di giovedì 16 gennaio 1947, 142.

²⁰⁰⁷ Cfr. Commissione per la Costituzione, Seconda Sottocommissione, Prima Sezione, verbale della seduta di giovedì 16 gennaio 1947, 144.

²⁰⁰⁸ Cfr. Commissione per la Costituzione, Seconda Sottocommissione, Prima Sezione, verbale della seduta di giovedì 16 gennaio 1947, 145.

Detto testo diveniva l'articolo 130 del progetto di Costituzione presentato dalla Commissione all'Assemblea Costituente. Il testo arrivava peraltro in Assemblea lievemente modificato, verosimilmente in seguito all'intervento del Comitato di Redazione (la cosiddetta Commissione dei Diciotto), e recitava:

“La iniziativa della revisione costituzionale appartiene al Governo ed alle Camere.

La legge di revisione costituzionale è adottata da ciascuna delle Camere in due letture, con un intervallo non minore di tre mesi. Per il voto finale in seconda lettura è richiesta la maggioranza assoluta dei membri di ciascuna Camera.

La legge di revisione costituzionale è sottoposta a referendum popolare quando, entro tre mesi dalla sua pubblicazione, ne facciano domanda un quinto dei membri di una Camera o cinquecentomila elettori o sette Consigli regionali.

Non si fa luogo a referendum, se la legge è stata approvata in seconda lettura da ciascuna delle Camere a maggioranza di due terzi dei suoi membri”²⁰⁰⁹.

Le modifiche erano dunque più che altro lessicali (ad esclusione dell'introduzione dell'iniziativa dei Consigli regionali per il referendum, non prevista originariamente dalla Sottocommissione), e portavano allo scorporo del terzo comma in due separati commi, che rendono ancor più esplicita la scansione sistematica del procedimento ideato dal Costituente: il procedimento normale prevede l'approvazione a maggioranza assoluta (comma secondo), su detto procedimento può di norma innestarsi un referendum, se richiesto (comma terzo); in via eccezionale detto referendum non può essere richiesto in caso di approvazione a maggioranza qualificata dei due terzi (comma quarto).

La discussione in Assemblea si concentrava peraltro fin da subito sull'emendamento proposto da Perassi, che operava alcune modifiche di tipo funzionale che non incidevano sulla struttura complessiva dell'articolo²⁰¹⁰. Si addiveniva quindi a quella che sarebbe divenuta, con alcuni ulteriori aggiustamenti lessicali e sintattici, la formulazione attuale dell'articolo 138 Cost., che lasciava inalterata, per quel che interessa ai fini della presente analisi, la scansione dei commi.

In sede di relazione esplicativa del testo proposto, con riferimento al comma terzo, Perassi confermava, ancora una volta, l'eccezionalità del procedimento a maggioranza dei due terzi rispetto a quello “ordinario” a maggioranza assoluta, affermando che in detto comma si disciplinano “i casi in cui su una legge costituzionale non è ammesso il referendum facoltativo”, e che il comma stesso avrebbe potuto “eventualmente diventare, dal punto di vista formale, un inciso del precedente”²⁰¹¹.

²⁰⁰⁹ Cfr. Assemblea Costituente, verbale della seduta pomeridiana di mercoledì 3 dicembre 1947, 2762.

²⁰¹⁰ Cfr. Assemblea Costituente, verbale della seduta pomeridiana di mercoledì 3 dicembre 1947, 2762.

²⁰¹¹ Cfr. Assemblea Costituente, verbale della seduta pomeridiana di mercoledì 3 dicembre 1947, 2764.

Sulla base della ricognizione operata deve quindi ritenersi che i Costituenti intendessero senza dubbio configurare l'approvazione delle revisioni costituzionali a maggioranza assoluta come procedimento principale e generale, concependo l'approvazione a maggioranza qualificata dei due terzi come caso residuale ed eccezionale, idoneo ad escludere la partecipazione popolare nella forma del referendum. Non sembra pertanto possibile rinvenire un *favor* dei Costituenti per l'approvazione a maggioranza dei due terzi, atteso che la stessa era ritenuta accettabile soltanto in quanto caso eccezionale, mentre veniva criticata ed immediatamente esclusa l'ipotesi che una maggioranza così elevata potesse costituire la norma, in virtù dell'eccessivo irrigidimento della Costituzione che essa avrebbe comportato.

3. Proporzionale, partecipazione delle minoranze e riforme “a maggioranza” nel modello disegnato dai Costituenti.

Se si accetta, come pare corretto, l'interpretazione dell'articolo 138 per cui l'approvazione a maggioranza assoluta rappresenta la norma, e quella a maggioranza qualificata dei due terzi l'eccezione, il vero nodo della questione diviene l'influenza sulla procedura individuata dai Costituenti del passaggio ad un sistema elettorale a vocazione maggioritaria, e dunque la nota critica per cui essi avrebbero avuto in mente, nello scrivere l'articolo 138, un sistema elettorale strettamente proporzionale. Si tratta di una problematica di notevole rilievo, se si considera che il mutamento del sistema elettorale è stato ritenuto idoneo ad influire sulla rigidità stessa della Costituzione²⁰¹².

Come si è già avuto modo di accennare, la dottrina ha sottolineato che, con un sistema proporzionale, sarebbe impossibile per una sola forza politica procedere alla revisione della Costituzione, circostanza che verrebbe però meno in un sistema a vocazione maggioritaria. Sotto questo punto di vista va sin da ora precisato come, a ben vedere, la Costituzione repubblicana non sia mai stata revisionata, neppure dopo l'avvento del correttivo maggioritario, da una sola forza politica, essendo state tutte le modifiche (approvate o proposte) espressione di coalizioni formate da forze politiche molteplici.

Le questioni problematiche su questo tema, con riferimento ai lavori dell'Assemblea Costituente, si possono articolare sostanzialmente su due direttrici, differenti ma strettamente connesse tra loro: in primo luogo se l'articolo 138 Cost., nelle intenzioni dei Costituenti, affiancato ad un sistema proporzionale, avrebbe dovuto garantire necessariamente la partecipazione delle minoranze alla revisione, anche nei casi in cui quest'ultima sia approvata a maggioranza assoluta e non a maggioranza dei due terzi. In secondo luogo se una revisione

²⁰¹² Sul tema si veda, per tutti: A. D'ATENA, *Democrazia e garanzie nel procedimento di revisione della Costituzione*, in *Lezioni di Diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2012, 61 ss.

costituzionale possa essere approvata da chi è sì maggioranza assoluta in Parlamento, ma è solo maggioranza relativa nel Paese, circostanza che potrebbe ricorrere in particolare per effetto dei correttivi maggioritari apportati alle leggi elettorali nelle ultime due decadi, e che peraltro sopravvive alla sentenza n. 35/2017 della Consulta, che ha mantenuto intatto il premio di maggioranza garantito dalla legge n. 52 del 6 maggio 2015 (c.d. “Italicum”) nel caso in cui sia raggiunta la soglia minima del 40%.

Doverosa premessa è quella per cui, come noto, la giurisprudenza della Corte Costituzionale è ormai consolidata nel ritenere che nella Costituzione repubblicana non sia rinvenibile una riserva implicita di sistema elettorale di tipo proporzionale, e pertanto sia nella piena disponibilità del legislatore la scelta di introdurre un sistema maggioritario, ovvero a correttivo maggioritario, a patto ovviamente che lo stesso sia ragionevole²⁰¹³.

Nella Commissione per la Costituzione, sin dall’apertura dei lavori nella Prima Sezione della Seconda Sottocommissione, Paolo Rossi (che fungeva altresì da relatore) si dichiarava contrario all’introduzione di una maggioranza qualificata (dei due terzi o superiore), in quanto ciò avrebbe consentito alla minoranza di “ostacolare sistematicamente una riforma della Costituzione”²⁰¹⁴. Da sottolineare come Rossi parlasse espressamente de “la minoranza”, e non di “una minoranza”, intendendo dunque verosimilmente che la maggioranza (assoluta, dal momento che si escludeva quella qualificata) dovrebbe essere pienamente legittimata a revisionare la Costituzione da sola, senza il concorso necessario della minoranza (intesa come l’insieme di tutte le forze non facenti parte della maggioranza, e dunque non solo quelle di opposizione). E del resto si ricorderà come l’originaria proposta del relatore prevedesse, in seconda lettura e dopo nuove elezioni, l’approvazione addirittura a maggioranza semplice, e dunque potenzialmente da parte di una minoranza.

Del pari, illuminante appare un ulteriore intervento di Rossi il quale, riassumendo gli approdi che avevano portato alla formulazione dell’articolo 138, specificava che la maggioranza assoluta era stata concepita come garanzia contro “colpi di mano minoritari”²⁰¹⁵. Similmente egli, nella propria esposizione dell’articolo in esame, spiegava come si fossero esclusi i procedimenti a maggioranza qualificata dei due terzi o superiore (se non quello eventuale di cui al terzo comma) poiché ritenuti in profonda antitesi rispetto al principio maggioritario, consentendo a minoranze anche esigue di ostacolare la revisione della Costituzione²⁰¹⁶.

²⁰¹³ Cfr. Corte Cost. n. 1/2014, Corte Cost. n. 429/1995, Corte Cost. n. 242/2012, Corte Cost. ordinanza n. 260/2002, Corte Cost. n. 107/1996, Corte Cost. n. 43/1961. Si vedano sul tema, *ex multis*: M. LUCIANI, *Il voto e la democrazia*, Roma, Editori Riuniti, 1991; L. PALADIN, *Il principio costituzionale d’eguaglianza*, Milano, Giuffrè, 1965; G. FERRI, *Il referendum nella revisione costituzionale*, cit. In senso contrario: C. LAVAGNA, *Il sistema elettorale nella Costituzione italiana*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3, 1952; P. PINNA, *Il premio di maggioranza inutile e incostituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n.2, 2013.

²⁰¹⁴ Cfr. Commissione per la Costituzione, Seconda Sottocommissione, Prima Sezione, verbale della seduta di mercoledì 15 gennaio 1947, 132 e 134.

²⁰¹⁵ Cfr. relazione dell’on. Paolo Rossi, 15 novembre 1947.

²⁰¹⁶ *Ibidem*.

Interessante notare come in quest'ottica la maggioranza assoluta prevista dal Costituente potrebbe addirittura essere interpretata quasi più come strumento di tutela delle maggioranze che delle minoranze. In un parlamentarismo compromissorio e consociativo, estremamente frammentato, la maggioranza assoluta diverrebbe quindi una ulteriore misura volta a scongiurare il rischio dei cosiddetti “assalti alla diligenza”.

Rossi osservava inoltre che la maggioranza dei due terzi, in un sistema proporzionale caratterizzato da una frammentazione partitica estrema, avrebbe certamente garantito la corrispondenza tra maggioranza parlamentare e maggioranza reale nel Paese (diversamente da quanto sarebbe potuto accadere con un sistema uninominale o bipolare). In questo senso, impedire il referendum nel caso in cui sia raggiunta la maggioranza dei due terzi equivale ad impedire, ancora una volta, ingerenze strumentali delle minoranze nel procedimento di revisione²⁰¹⁷.

Ragionando *a contrario* a partire dalle parole del relatore, se la corrispondenza tra maggioranza parlamentare e maggioranza del Paese può essere “presunta” in caso di approvazione a maggioranza dei due terzi (atteso l'ampio margine di consenso parlamentare), essa deve essere invece di norma verificata in concreto, qualora ne sia avanzata richiesta, per il tramite del referendum costituzionale. Portando questa tesi alle sue estreme conseguenze, si potrebbe ritenere che, secondo l'impostazione dei Costituenti, non dovrebbe preoccupare la circostanza per cui in un sistema maggioritario sia approvata una revisione costituzionale a maggioranza assoluta, poiché in questo caso sarebbe sempre possibile (ed anzi opportuno) ricorrere al referendum per verificare l'effettivo supporto della revisione stessa tra i cittadini. A preoccupare dovrebbe essere invece il caso in cui in un sistema maggioritario sia approvata a maggioranza qualificata dei due terzi una revisione costituzionale non voluta dalla maggioranza del Paese, senza che sia possibile sottoporla a referendum, come peraltro è di fatto successo con la costituzionalizzazione dell'equilibrio di bilancio nel 2012²⁰¹⁸.

In sede di Assemblea Costituente, nell'esplicare la formulazione a cui la Sottocommissione era addivenuta, anche Tommaso Perassi precisava che la maggioranza qualificata dei due terzi prevista dal comma terzo era stata ritenuta sufficiente affinché la corrispondenza della revisione alle esigenze della maggioranza del Paese si potesse ritenere “presunta”²⁰¹⁹. Il fatto che detta corrispondenza possa essere presunta solo nel caso di raggiungimento della maggioranza dei due terzi lascia intendere che i Costituenti ritenessero che potessero essere legittimamente approvate a maggioranza assoluta revisioni non corrispondenti alle esigenze della maggioranza del Paese: di qui lo scopo e la natura del referendum previsto al secondo comma, che non è strumento

²⁰¹⁷ *Ibidem*.

²⁰¹⁸ Sulla riforma del 2012 si veda, *ex multis*, P. BILANCIA, *La nuova governance dell'Eurozona e i “riflessi” sugli ordinamenti nazionali*, in *federalismi.it*, n. 23, 2012.

²⁰¹⁹ Cfr. Assemblea Costituente, verbale della seduta pomeridiana di mercoledì 3 dicembre 1947, 2764.

oppositivo, ma piuttosto costitutivo, volto a verificare in concreto la sussistenza della corrispondenza tra maggioranza parlamentare e maggioranza reale. Le minoranze sono in quest'ottica le garanti della verifica: qualora esse non facciano richiesta di referendum, la corrispondenza della riforma alle esigenze del Paese sarà, come in caso di approvazione a maggioranza dei due terzi, presunta.

La natura costitutiva del referendum era espressamente affermata, ancora una volta, da Perassi, il quale escludeva che il referendum di cui all'articolo 138 disegnato dalla Commissione avesse la "configurazione giuridica di un veto", precisando che anzi in detto meccanismo il concorso del voto del popolo assume "il valore giuridico di un elemento di formazione della legge costituzionale", e dunque la "perfezione" della revisione costituzionale è subordinata al consenso popolare²⁰²⁰.

Si deve pertanto ritenere che i Padri Costituenti avessero in effetti in mente una "vocazione proporzionale" del sistema di revisione, nel senso che alla maggioranza parlamentare (anche assoluta) che decida di modificare la Costituzione, dovrebbe sempre corrispondere una maggioranza "reale" nel Paese. E del resto è noto che il sistema proporzionale, pur non essendo prescritto espressamente (opzione che è stata pur sempre presa in considerazione, venendo poi scartata) ha permeato in più di un modo il dettato della Costituzione. Detta corrispondenza può tuttavia essere automaticamente ritenuta sussistente in caso di approvazione a maggioranza qualificata dei due terzi ovvero di mancata richiesta del referendum.

Al contrario, si deve ritenere che il concorso del primo comma dell'art. 138 con un sistema elettorale di tipo proporzionale non sia stato concepito come finalizzato a garantire (necessariamente) la partecipazione delle minoranze parlamentari al procedimento di revisione. In altre parole: la partecipazione delle minoranze può certamente essere presunta nel caso in cui sia raggiunta la maggioranza dei due terzi di cui al terzo comma; nel caso in cui la revisione sia invece approvata a maggioranza assoluta, le minoranze eventualmente escluse e contrarie alla modifica potranno partecipare, in ottica confermativa, chiedendo che la corrispondenza tra maggioranza parlamentare e maggioranza reale sia verificata per il tramite del referendum previsto dal secondo comma (che non a caso prevede che la richiesta possa provenire anche da una percentuale molto bassa dei membri di una delle due Camere).

A destare problematiche sotto il punto di vista della costituzionalità non è quindi tanto la revisione che venga approvata a maggioranza assoluta, e nemmeno quella che venga approvata a maggioranza assoluta senza il coinvolgimento delle minoranze, ma soltanto la revisione che venga approvata (a prescindere dalla maggioranza, assoluta o dei due terzi) da una maggioranza parlamentare che non sia rappresentativa della maggioranza reale del Paese.

²⁰²⁰ Cfr. Assemblea Costituente, verbale della seduta pomeridiana di mercoledì 3 dicembre 1947, 2763 ss.

È a questo punto evidente l'assoluta rilevanza, ai fini della presente analisi, del ragionamento svolto dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 1/2014, ed in ultimo con la sentenza n. 35/2017. Il rischio che una riforma a maggioranza assoluta sia approvata da una coalizione rappresentativa di una percentuale estremamente bassa degli elettori, correttamente evocato dalla dottrina, unico che sembra essere in effetti ritenuto sussistente anche dai Costituenti, era certamente rischio concreto con il premio di maggioranza attribuito dalla legge n. 270 del 21 dicembre 2005 (c.d. "Porcellum"), che artificiosamente rendeva una maggioranza anche estremamente ridotta del Paese maggioranza assoluta in Parlamento. Quello stesso rischio è stato tuttavia scongiurato con la sentenza n. 1/2014, mentre l'attribuzione di un numero di seggi eccedenti la maggioranza assoluta (340) alla lista che dovesse raggiungere almeno il 40% dei voti è stata recentemente ritenuta costituzionalmente legittima dalla Consulta (con la sentenza n. 35/2017), in nome degli obiettivi, di rilievo costituzionale, della stabilità del governo del Paese e della rapidità del processo decisionale.

4. Conclusioni.

Alla luce di quanto esposto, sembra possibile azzardare la seguente ricostruzione: i Costituenti ritenevano pienamente legittima la revisione della Costituzione a maggioranza assoluta (che rappresenta la modalità normale di revisione, rispetto al caso eccezionale integrato dal comma terzo dell'articolo 138) anche senza il coinvolgimento delle minoranze, a patto che la revisione sia sostenuta da una maggioranza parlamentare che corrisponda alla maggioranza reale del Paese. L'approvazione di revisioni della Costituzione a maggioranza assoluta può quindi forse essere considerata una forzatura dal punto di vista politico, ma non rappresenta certamente una forzatura dal punto di vista giuridico-costituzionale. E del resto, se non esiste, come chiarito dalla Consulta, una riserva costituzionale implicita di sistema elettorale proporzionale, bisogna concludere che le riforme "a maggioranza", pur nel mutato contesto partitico ed istituzionale, non sembrano dare adito a questioni di legittimità costituzionale, risultando estremamente difficoltoso rinvenire una disposizione che le vieti o almeno le sconsigli, direttamente o indirettamente.

Non appare sufficiente basarsi sulla generica *forma mentis* (presunta) dei Costituenti, e del resto applicare (paradossalmente) detto ragionamento ad altre questioni porterebbe a risultati aberranti (non si può certo ritenere, ad esempio, che il Costituente avesse in mente famiglie diverse da quella "tradizionale", o forme di disponibilità del diritto alla salute quali l'aborto e la c.d. eutanasia passiva). Peraltro, se si desidera sposare la teoria del presupposto extra-costituzionale relativo alla proporzionale, è necessario sposarla fino in fondo, e non soltanto con riferimento alle riforme "a maggioranza". Questo comporterebbe, ad esempio, la necessità di introdurre nel

procedimento di revisione costituzionale l'iniziativa popolare, che era stata originariamente esclusa dal Costituente proprio sulla base dell'argomento per cui con un sistema proporzionale ogni forza politica di una qualche entità avrebbe trovato rappresentanza in Parlamento²⁰²¹.

Una possibile alternativa potrebbe essere sostenere che il passaggio ad un sistema a vocazione maggioritaria avrebbe portato ad un "ribaltamento" dell'articolo 138, per cui sarebbe ora necessario ricorrere preferenzialmente al procedimento a maggioranza qualificata dei due terzi disciplinato dal terzo comma, il che equivarrebbe tuttavia a pretendere di dare un'interpretazione che è allo stesso tempo evolutiva (sulla base del mutamento del sistema elettorale) e storica (sulla base del fatto che il costituente voleva un sistema proporzionale) a seconda della convenienza, interpretazioni che concettualmente dovrebbero tuttavia essere tra loro incompatibili. Peraltro sembra difficile accettare che ad essere oggetto di interpretazione evolutiva possa essere addirittura la norma di chiusura dell'ordinamento costituzionale.

Deve quindi ritenersi che il procedimento di revisione costituzionale non sia connotato da una specifica "vocazione antimaggioritaria"²⁰²², e ciò perché i Costituenti hanno espressamente ribadito, in diverse occasioni, la necessità di delineare un procedimento che garantisca alle maggioranze (anche "soltanto" assolute) di modificare la Costituzione, impedendo ostruzionismi di minoranze pur consistenti. In questo senso il procedimento di revisione potrebbe anzi dirsi caratterizzato da una vocazione maggioritaria. Una vocazione anche (ma non solo) antimaggioritaria può riconoscersi invece, come si è detto, al referendum costituzionale, specie nella fase di iniziativa.

Va tuttavia sottolineato che nell'ambito della ricostruzione operata il referendum costituzionale non sembra caratterizzato da una natura prettamente oppositiva, quale strumento di veto nelle mani delle minoranze²⁰²³: ad essere connotata da una carica oppositiva sembra piuttosto l'intenzione dei richiedenti. Tuttavia, una volta attivato, il referendum è strumento di verifica in

²⁰²¹ Cfr. relazione dell'on. Paolo Rossi, 15 novembre 1947.

²⁰²² Sulla vocazione antimaggioritaria del procedimento di revisione si vedano: G. PARODI, *Le fonti del diritto. Linee evolutive*, Milano, Giuffrè, 2012, 12; V. SCIARABBA, *Riflessioni de iure condito e de iure condendo a proposito dell'art. 138 della Costituzione*, cit., 9; G. GUERRA, *La procedura di revisione della Costituzione e il ruolo del referendum: riflessioni sul metodo*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 3, 2016, 17.

²⁰²³ La natura oppositiva del referendum costituzionale è stata sostenuta, ad esempio e senza pretesa di esaustività, da: M. LUCIANI, *Art. 75*, in G. Branca – A. Pizzorusso (a cura di) *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli, 2005; P. BARILE – U. DE SIERVO, voce "Revisione della Costituzione", in *Novissimo digesto italiano*, vol. XV, UTET, Torino, 1968; T. E. FROSINI, *Potere costituente e sovranità popolare*, in F. Lanchester (a cura di), *Costantino Mortati. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale*, cit., 173 ss.; A. REPOSO, *Sulla natura giuridica del referendum costituzionale*, cit.; R. ROMBOLI, *Il referendum costituzionale nell'esperienza repubblicana e nelle prospettive di riforma dell'art. 138 Cost.*; T. GROPPI, *La revisione della Costituzione. Commento all'art. 138*, cit.; F. VARI, *Primi spunti sulle riforme a colpi di maggioranza e lo svuotamento della rigidità costituzionale*, cit., 3; V. TONDI DELLA MURA, *Il paradosso del "patto del Nazareno": se il revisore costituzionale resta imbrigliato nella persistenza di un mito*, cit., 25; A. PACE, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, cit.; B. RANDAZZO – V. ONIDA, *Note minime sulla illegittimità del quesito referendario*, cit., 1 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Loro diranno, noi diciamo: vademecum sulle riforme istituzionali*, cit. Per un'approfondita disamina delle diverse possibili funzioni del referendum costituzionale si veda G. FERRI, *Il referendum nella revisione costituzionale*, cit. Per una ricostruzione dell'evoluzione del referendum costituzionale a partire dai lavori della Costituente si veda G. BUSIA, *Il referendum costituzionale fino al suo debutto: storia di un "cammino carsico" di oltre cinquant'anni*, in *Nomos: le attualità nel diritto*, n. 2, 2003.

concreto della corrispondenza tra maggioranza parlamentare e maggioranza reale, presupposto necessario per la revisione della Costituzione. Non bisogna infatti dimenticare che, come si è visto, il referendum di cui all'articolo 138 nasce come strumento atto a garantire la partecipazione popolare al procedimento, in ossequio ad un principio espressamente approvato dai Costituenti, ed in sostituzione del ricorso alle urne dopo lo scioglimento delle Camere.

Il referendum non sembra quindi assumere tanto carattere di eccezionalità, carattere dal quale viene normalmente desunta la sua presunta natura oppositiva, quanto invece quello di normalità, quale strumento integrativo della volontà parlamentare: sembra quindi preferibile, alla luce dei lavori dell'Assemblea Costituente, attribuire al referendum costituzionale natura costitutiva²⁰²⁴. In altri termini, il procedimento ordinario di revisione prevede di norma il referendum, e ad essere eccezionale non è il referendum, bensì il caso in cui a referendum non si procede, qualora sia raggiunta la maggioranza qualificata dei due terzi ovvero qualora esso non sia richiesto. Vero è che la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 496/2000, ha affermato che il referendum previsto dall'articolo 138 è referendum eventuale, ma vero è altresì che vi è una notevole differenza tra eventualità ed eccezionalità, se con il primo termine si intende la non obbligatorietà²⁰²⁵. La Corte inoltre, configurando la volontà popolare quale mero “freno” di una “volontà parlamentare di revisione già perfetta”, dimostra una scarsa adesione al meccanismo delineato dai Costituenti, così come descritto ai paragrafi precedenti.

Se quindi per i Costituenti la vera preoccupazione circa la legittimità di una riforma che abbia formalmente seguito l'iter di cui all'articolo 138 è relativa alla conformità della stessa alla volontà della maggioranza del Paese, il principale problema a rimanere sul tappeto sembra essere quello della sorte di una revisione approvata a maggioranza assoluta da un Parlamento eletto con legge poi dichiarata incostituzionale per eccessiva sovra-rappresentazione della coalizione (o della lista) di maggioranza relativa. Detta circostanza si sarebbe in concreto verificata nel caso in cui il corpo elettorale avesse confermato la riforma Renzi – Boschi. In proposito, si è inoltre osservato che la sentenza n. 1/2014 non avrebbe posto alcun limite all'azione del legislatore eletto per mezzo della legge n. 270/2005, confermando così appieno la portata della sua azione, con riferimento anche alle riforme istituzionali²⁰²⁶.

²⁰²⁴ Si vedano: C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit.; T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, cit.; M. RUINI, *Commenti e note alla nostra Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1962; G. M. SALERNO, *Il referendum*, Padova, CEDAM, 1992; G. CONTINI, *La revisione costituzionale in Italia*, cit.; F. CUOCOLO, Ancora sulla procedura di approvazione degli statuti regionali, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2005.

²⁰²⁵ Il referendum costituzionale è stato altresì definito distinguendo tra la sua natura eventuale (con riferimento alla sua esclusione in caso di applicazione a maggioranza dei due terzi) e facoltativa (con riferimento alla possibilità che esso non venga richiesto). Si veda V. BALDINI, *(Ir)razionalità "del" procedimento (ex art. 138 Cost.) e (tentativo) di conferire razionalità "attraverso" il procedimento (referendum confermativo): ancora a proposito della revisione costituzionale in atto*, in *Diritti fondamentali*, n. 2, 2015, 2.

²⁰²⁶ Sulla legittimità della revisione costituzionale operata dal Parlamento eletto con la legge n. 270/2005 si vedano, *ex multis*, le opinioni di R. BIN, F. BIONDI, B. CARAVITA, S. CECCANTI, S. CURRERI, T. GROPPI, E. GROSSO, V. LIPPOLIS, N. LUPO, A. MORRONE, M. OLIVETTI, C. PINELLI, C. SALAZAR, S. STAIANO, G. TARLI BARBIERI, G. E. VIGEVANI, nelle risposte alle *Dieci domande sulla riforma costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2016.

In questo senso va precisato che, se si può forse discutere della legittimità della revisione costituzionale attuata da un Parlamento eletto con una legge elettorale dichiarata illegittima per avere garantito una eccessiva sovra-rappresentazione ad una maggioranza solo relativa nel Paese, e sopravvissuto in virtù del principio di continuità delle istituzioni²⁰²⁷, non si dovrebbe dubitare della legittimità di una revisione operata a maggioranza assoluta da una maggioranza parlamentare che abbia eventualmente beneficiato di un premio di maggioranza costituzionalmente compatibile dal momento che, come si è detto, non sembra esservi incompatibilità tra vocazione maggioritaria del sistema elettorale e revisione costituzionale a maggioranza assoluta.

A ben vedere, la chiave di volta sembra essere, ancora una volta, l'istituto del referendum costituzionale di cui al secondo comma dell'articolo 138, tramite il quale i Costituenti hanno sapientemente introdotto una vera e propria valvola di sfogo e di sicurezza del sistema.

In primo luogo, come si è detto, il referendum fuga qualsiasi dubbio circa la corrispondenza tra maggioranza parlamentare e maggioranza reale con riferimento all'approvazione a maggioranza assoluta di revisioni costituzionali in presenza di una legge elettorale a correttivo maggioritario. Nel referendum non esiste infatti premio di maggioranza, non si verifica alcun effetto distorsivo, in quanto il referendum è quanto di più proporzionale si possa concepire: il partito o la coalizione che avessero raggiunto la maggioranza assoluta parlamentare soltanto in modo "artificioso" (per via del sistema elettorale) rimarrebbero infatti maggioranza relativa al referendum.

Quanto appena affermato appare ampiamente dimostrato dalla storia delle tre grandi revisioni "a maggioranza" approvate dal Parlamento dalla svolta maggioritaria ad oggi: nei due casi in cui ad una maggioranza parlamentare (frutto del premio) non corrispondeva una maggioranza reale a sostegno della riforma (2006 e 2016), i "numeri" della maggioranza si sono inevitabilmente "sgonfiati" in sede referendaria. Al contrario, nel 2001, la riforma, seppur approvata a maggioranza assoluta in Parlamento, era espressione di una larga maggioranza reale del Paese, essendo di fatto sostenuta da ampie parti della minoranza di centrodestra.

In secondo luogo, la successiva conferma da parte del corpo elettorale potrebbe ben essere ritenuta idonea a sanare finanche una supposta carenza di legittimità di una revisione costituzionale adottata da un Parlamento eletto sulla base di una legge elettorale poi dichiarata (parzialmente) incostituzionale²⁰²⁸. Questo perché, come si è detto, il referendum sembra avere

²⁰²⁷ Sul tema si vedano, per tutti: F. LANCHESTER, *Un contributo per il discernimento costituzionale*, cit., 2 ss.; V. TONDI DELLA MURA, *Il paradosso del "patto del Nazareno": se il revisore costituzionale resta imbrigliato nella persistenza di un mito*, cit.; A. PACE, *Una riforma eversiva della Costituzione vigente*, cit.; A. LUCARELLI, *Il progetto politico della "grande" riforma renziana*, cit.; M. VILLONE, *La riforma Renzi-Boschi: Governo forte, Costituzione debole*, cit., 39 ss.

²⁰²⁸ In questo senso si è osservato che l'esito positivo del referendum conferirebbe legittimazione politica ad una revisione, anche organica, approvata a maggioranza assoluta. Si veda V. BALDINI, *(Ir)razionalità "del" procedimento (ex art. 138 Cost.) e (tentativo) di conferire razionalità "attraverso" il procedimento (referendum confermativo): ancora a proposito della revisione costituzionale in atto*, cit., 5.

prevalentemente natura non tanto oppositiva, quanto piuttosto confermativa, ed è dunque finalizzato a garantire la partecipazione dei cittadini alla revisione.

Infine, il referendum risulta posto al riparo da qualsiasi distorsione elettorale, se si considera che un premio che attribuisse la maggioranza qualificata dei due terzi, così consentendo di eludere il referendum, sarebbe indubbiamente costituzionalmente illegittimo, e che dunque l'unico limite che il referendum conosce è quello della volontà (e dell'interesse) a farvi ricorso in capo ai soggetti a ciò abilitati.

In questo senso non appare infondato ipotizzare che il referendum costituzionale, seppur caratterizzato da una funzione costante, da rinvenirsi nella verifica della corrispondenza tra maggioranza parlamentare e maggioranza reale, possa assumere una colorazione differente a seconda che il sistema elettorale sia proporzionale o a vocazione maggioritaria. In particolare, in un sistema proporzionale il referendum consente di verificare se il Parlamento che approva la revisione è ancora rappresentativo del Paese, mentre in un sistema maggioritario esso verifica la sopradescritta corrispondenza tra maggioranza parlamentare e maggioranza reale in senso stretto. L'incisività del referendum potrebbe quindi dirsi in un certo senso quasi inversamente proporzionale rispetto alla forza della vocazione maggioritaria del sistema elettorale.

Stando così le cose, non si può che condividere l'interpretazione per cui “il vero vincitore”²⁰²⁹ della stagione delle revisioni costituzionali sarebbe proprio il referendum costituzionale, che ha immancabilmente garantito la tenuta dell'impianto disegnato dai Padri Costituenti. Non risulta quindi inficiata dalla svolta in senso maggioritario e dalla stagione delle riforme “a maggioranza” la rigidità della Costituzione repubblicana, che ha anzi dato prova di grande resistenza. Il che non significa, tuttavia, che essa non possa essere logorata ed erosa, non già da un asserito utilizzo distorto del procedimento adottato per la sua revisione, che come si è visto sembra invece da ritenersi tendenzialmente compatibile con il disegno dei Costituenti, quanto dai termini e dalle modalità del dibattito politico (parlamentare e referendario) che detta revisione accompagna, questi ultimi sì spesso in contrasto con lo spirito che aveva animato i lavori dell'Assemblea.

²⁰²⁹ Secondo la felice espressione coniata da N. ZANON, *Il lascito del 25 e 26 giugno: perché modificare l'art. 138 cost.?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 30 agosto 2006. Resta peraltro sullo sfondo il problema della distorsività del quesito complesso nei confronti del cittadino, che non può essere trattato in questa sede, ma che è potenzialmente idoneo ad influire sull'efficacia dello strumento del referendum e sulla sua idoneità a fungere da “collante” del sistema. Il problema in esame è stato definito un “baco costituzionale” da F. LANCHESTER, *Premessa*, in F. Lanchester (a cura di), *Costantino Mortati. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale*, cit., 2.

Orizzonti di tecnica elettorale: problemi superati, irrisolti ed emersi alla luce della sentenza n. 35 del 2017*

di Gabriele Maestri**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Discutendo dell'ammissibilità. – 2.1 La via per arrivare alla Corte, per aggiustamenti successivi. – 2.2. Cancellata la “zona d'ombra”: una conferma dirimpente, Regola permettendo. – 3. Il problema dell'autorimessione e i dubbi sull'iter legislativo. – 4. Premio sì, ma non a ogni costo. – 4.1. In particolare: la natura del ballottaggio. – 5. Capilista e multicandidature: un cocktail distorsivo, anche senza opzioni? – 6. Orizzonti di tecnica elettorale per il futuro.

1. Introduzione

La sentenza della Corte costituzionale del 9 febbraio 2017, n. 35²⁰³⁰, dichiarando l'illegittimità parziale della legge n. 52 del 6 marzo 2015 (e delle modifiche apportate al testo unico per l'elezione della Camera dei deputati, d.P.R. n. 361 del 30 marzo 1957), ha posto studiosi e attori della scena politica davanti al secondo intervento della Consulta sulle norme elettorali politiche in pochi anni²⁰³¹. Entrambi provocati da azioni nate “dal basso” (a lungo ritenute inammissibili), hanno evidenziato principi in tema di legislazione elettorale di cui i parlamentari dovranno tener conto nel definire – numeri in aula permettendo – nuove regole per trasformare i voti in seggi.

Dall'ultima decisione e dal suo precedente, la sentenza n. 1/2014²⁰³², il legislatore dovrebbe trarre criteri e limiti per la propria azione, anche solo per armonizzare le regole elettorali “superstiti” di Camera e Senato. Per questo, vari passaggi del *decisum* della Corte richiedono un'analisi approfondita (anche quando certe norme non sono state dichiarate illegittime), così da valutare meglio i possibili riflessi delle sentenze in materia elettorale, anche in vista di eventuali nuovi sindacati di legittimità.

2. Discutendo dell'ammissibilità

Inevitabilmente il primo nodo sottoposto al giudice delle leggi riguardava l'ammissibilità delle questioni sollevate, in ordine cronologico, dai tribunali di Messina, Torino, Perugia, Trieste e Genova²⁰³³: varie voci di studiosi autorevoli si erano pronunciate in senso contrario. La stessa situazione si era vista in occasione

* Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

** Dottore di ricerca in Teoria dello Stato e Istituzioni politiche comparate. Cultore di Diritto dei partiti italiano e comparato, Dipartimento di Scienze politiche - Università di “Roma Tre”. L'autore è grato al prof. Fulco Lanchester, al prof. Antonio Agosta, al consigliere parlamentare Giampiero Buonomo e agli avvocati Enzo Palumbo, Anna Falcone, Felice Besostri, Aldo Bozzi, Roberto Lamacchia, Giuseppe Pennino, Vincenzo Paolillo, Giuseppe Sbisà e Claudio Tani, per l'attenzione prestata e per il materiale messo a disposizione.

²⁰³⁰ Corte cost., 25 gennaio – 9 febbraio 2017, n. 35 (pres. Grossi, red. Zanon).

²⁰³¹ Di «tappa ulteriore del percorso, probabilmente irreversibile, che ha portato la nostra Corte costituzionale a farsi giudice dei sistemi di elezione dei due rami del Parlamento» ha scritto L. TRUCCO, “*Sentenza Italicum*”: la Consulta tra detto, non considerato e lasciato intendere, in *Consulta OnLine*, 2017, 149. Tale iter, adottando un concetto ampio ed etimologico di «giustizia elettorale» (che, accanto alle tutele legate allo svolgimento delle competizioni, comprenda la tutela dalla legge elettorale, dalle sue storture, creando le condizioni per elezioni davvero “giuste”), potrebbe inquadarsi – *lato sensu* – in una visione che consideri detta giustizia elettorale come «una forma di giustizia costituzionale» (J. LUTHER, *Giustizia elettorale sarà fatta?*, in E. CATELANI, F. DONATI, M.C. GRISOLIA (a cura di), *La giustizia elettorale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, spec. 405-408).

²⁰³² Corte cost., 4 dicembre 2013 – 13 gennaio 2014, n. 1 (pres. Silvestri, red. Tesaurò).

²⁰³³ Trib. Messina, coll. dir. elett., (ord.) 17-24 febbraio 2016, r.g. n. 6316/2015 (pres. rel. Minutoli); Trib. Torino, sez. I civ., (ord.) 5 luglio 2016, r.g. n. 27796/2015 (giud. Contini); Trib. Perugia, sez. II civ., (ord.) 3 settembre 2016, r.g. n. 69052015 (giud. Moggi); Trib. Trieste, r.g. n. 3441/2015 (giud. Pacilio); Trib. Genova, sez. I civ., (ord.) 16 novembre 2016, r.g. n. 15186/2015 (giud. Scarzella).

della vicenda processuale culminata con la sentenza n. 1/2014 della Consulta. Rispetto a quel precedente (con cui la sentenza n. 35/2017 è «in stretta continuità»²⁰³⁴), certe argomentazioni erano state riproposte²⁰³⁵; altre si erano aggiunte per la peculiarità del caso.

Prima di analizzare ciò, però, va esaminato il percorso che ha portato alla pronuncia del giudice delle leggi sulle norme elettorali politiche. Il sentiero era stato tracciato tra il 2013 e il 2014, ma la dottrina non era concorde nel ritenerlo percorribile, mentre i “pratici” del diritto in precedenza avevano tentato altre vie. La sentenza n. 1/2014, in effetti, non aveva dissipato ogni dubbio sulla riproponibilità dell’azione civile di accertamento, per instaurare correttamente un giudizio *a quo* all’interno del quale il giudice potesse sollevare questioni relative ai vizi della legge elettorale politica.

2.1. La via per arrivare alla Corte, per aggiustamenti successivi

La sentenza n. 35/2017, ancor più del suo “storico” precedente della sentenza n. 1/2014, è frutto di un’azione metodica, studiata e concertata. Essa ha visto impegnati docenti universitari, studiosi di diritto costituzionale ed elettorale, parlamentari e altri eletti (molti aderenti al MoVimento 5 Stelle, ma non solo), esponenti della società civile e comuni cittadini. I loro nomi figurano, quali cittadini elettori, in oltre venti atti introduttivi di giudizio (citazioni o ricorsi), depositati presso altrettanti tribunali²⁰³⁶, perché i potenziali giudici *a quibus* sollevassero il maggior numero possibile di questioni di legittimità, augurandosi che il giudice delle leggi le ritenesse – come in parte ha fatto – fondate.

La strategia scelta – concentrarsi sui Tribunali civili e moltiplicare le sedi adite, sperando che il maggior numero possibile di questioni (sui vari motivi di illegittimità fatti valere) raggiungesse la Corte costituzionale²⁰³⁷ – è stata consentita dall’apertura della strada del giudizio di legittimità in via incidentale entro un’azione civile in materia elettorale, operata dalla sentenza n. 1/2014. Prima si era tentato in vari modi di trovare la via per sottoporre a sindacato di legittimità costituzionale alcune disposizioni della legge n. 270/2005. Pure la Consulta, valutando l’ammissibilità dei *referendum* del comitato Guzzetta-Segni (sentenze nn. 15/2008 e 16/2008), aveva segnalato «gli aspetti problematici di una legislazione che non subordina l’attribuzione del premio di maggioranza al raggiungimento di una soglia minima di voti e/o di seggi»; aveva però rinviato altre considerazioni a un procedimento instaurato con le «vie normali di accesso al giudizio di costituzionalità delle leggi»²⁰³⁸ (eventualità fino ad allora mai verificatesi²⁰³⁹).

²⁰³⁴ F. LANCHESTER, *Il corpo elettorale tra recessione del principio elettivo e ruolo delle Corti. Riflessioni sul caso italiano*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, 2017, 11; v. pure M. LUCIANI, Bis in idem: *la nuova sentenza della Corte costituzionale sulla legge elettorale politica*, in *Rivista AIC*, 2017, 3, quando parla di «un presente in perfetta linea con il passato».

²⁰³⁵ Per queste si rimanda intanto a G. MAESTRI, *La legge elettorale dopo la Consulta: quali paletti per il legislatore in materia (e quali spazi per nuove sentenze)?*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, 2013, 2-5; gli argomenti saranno ripresi e ampliati in seguito.

²⁰³⁶ L’idea del Coordinamento per la democrazia costituzionale era di presentare un atto introduttivo al tribunale del capoluogo di ciascuno dei 26 distretti di Corte d’appello; dall’azione concertata di cittadini e avvocati – coordinati da Felice Besostri – in realtà, a oggi, paiono scoperti i tribunali di Bolzano, Campobasso e Caltanissetta.

²⁰³⁷ Di «un vero e proprio “professionismo” del ricorso contro le leggi elettorali» ha parlato (forse non senza un amaro sarcasmo) G.M. SALERNO, *L’Italicum davanti alla Corte costituzionale: una sfida ad ampio raggio*, in *Federalismi.it*, 2016, 6.

²⁰³⁸ Corte cost., 16-30 gennaio 2008, nn. 15 e 16 (pres. Bile, red. Silvestri). Si segnala la partecipazione al giudizio proprio di Besostri, in qualità di avvocato – oltre che di se stesso, come cittadino elettore – di Popolari Udeur, Uniti a sinistra, Ars - Associazione Rinnovamento della Sinistra, Associazione RossoVerde - Sinistra Europea e Gruppo del Cantiere, nonché di Per la sinistra (con Vittorio Angiolini) e dello Sdi e del comitato promotore per il costituendo Partito socialista (con Costantino Murgia). Tutti costoro avevano chiesto di dichiarare il quesito referendario inammissibile, eccettuando tra l’altro l’illegittimità costituzionale della normativa di risulta per l’assenza di una soglia minima per l’assegnazione del premio di maggioranza. Proprio a partire da quella richiesta, la Corte avrebbe sviluppato le sue considerazioni in tema di incostituzionalità della legge oggetto di *referendum* o della normativa di risulta: lo stesso passaggio sulla mancanza di una soglia che facesse scattare il premio avrebbe tratto origine da quelle richieste di chi si era opposto all’ammissibilità del *referendum*.

²⁰³⁹ Sull’ipotesi, tuttavia, che la Corte – a dispetto dell’atteggiamento “timido” mostrato in questo caso – potesse comunque sindacare tanto le norme in vigore quanto quelle di risulta, soprattutto per dare effettività alla tutela dei principi costituzionali, v. M. CROCE, *Incostituzionalità ipotetiche, “probabilità concrete” e “aspetti problematici”*: quando la Corte vede ma non provvede, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 6 marzo 2008; sul fatto che la Corte in quell’occasione, avesse già dubitato indirettamente della legittimità

Essendo la proposizione di questioni di costituzionalità sulla legge elettorale politica un territorio quasi inesplorato, il sentiero fu tracciato con «tentativi e approssimazioni successive»²⁰⁴⁰: si tentò di adire vari giudici con mezzi diversi, spesso con risultati deludenti per i promotori²⁰⁴¹. Ci si rivolse *in primis* ai giudici amministrativi, per far annullare l'indizione delle elezioni e l'assegnazione del numero dei seggi ai territori: si chiese al contempo di sottoporre alla Corte costituzionale le questioni relative all'impossibilità di un voto diretto ai singoli candidati, al premio di maggioranza (senza soglia) e all'implicito voto per il capo della coalizione, come risultavano dalle norme vigenti²⁰⁴².

Il Tar²⁰⁴³ dichiarò inammissibile il ricorso: era riservata alle Camere la soluzione delle questioni circa le elezioni dei propri membri e vi rientrava l'accertamento della legittimità «di tutte le operazioni elettorali e, quindi, anche di quelle ricomprese nella fase precedente lo svolgimento della competizione elettorale vera e propria». Al più, in caso di «un eventuale concreto interesse alla verifica di legittimità delle operazioni elettorali», la Giunta delle elezioni di ciascuna Camera sarebbe stata titolata a esercitare funzioni giurisdizionali, anche sollevando questioni di costituzionalità. La carenza di giurisdizione sui provvedimenti impugnati non avrebbe però permesso al Tar di divenire giudice *a quo*; il citato passaggio delle sentenze nn. 15 e 16 della Corte costituzionale fu interpretato come un richiamo a che «la riflessione in ordine al sistema elettorale avvenga nella sede politica sua propria», benché una lettura limitativa dell'inciso paia impoverire il senso delle parole della Consulta.

Il Consiglio di Stato confermò la decisione di primo grado²⁰⁴⁴, sebbene i ricorrenti avessero lamentato come la lesione dell'esercizio del loro libero diritto di voto sarebbe rimasta senza garanzie di effettiva tutela a causa della sentenza del Tar. Per il collegio di seconde cure, anche quelli impugnati erano «atti politici», in quanto formati da organi di governo «preposti all'indirizzo ed alla direzione al massimo livello delle attività pubbliche» e attinenti a scelte di rilievo costituzionale e politico sul funzionamento dei pubblici poteri e delle istituzioni dello Stato²⁰⁴⁵; i ricorrenti avrebbero impugnato «scelte discrezionali del legislatore» sul sistema elettorale, non limitanti la pluralità dei partiti o la possibilità di scelta degli elettori, per cui la libera espressione del voto non sarebbe stata lesa. La possibilità che il giudice intervenga in ambiti identificabili come «scelte politiche di governo» si tradurrebbe in «un'interferenza del potere

costituzionale della legge n. 270/2005 per l'assenza di una soglia minima, v. A. GIGLIOTTI, *L'ammissibilità dei referendum in materia elettorale*, Milano, Giuffrè, 2009, 269-273.

²⁰⁴⁰ Espressione tratta da C. TANI, *La violazione del diritto di elettorato attivo e la relativa tutela giudiziale. Azioni di accertamento e/o di accertamento-costitutive e eventuali conseguenze risarcitorie: la relazione* (Milano, 14 marzo 2014, Solom) si legge all'indirizzo http://www.solom.it/index.php/riviste/monografie/item/download/4_d183531cc6fb494c4ea7a11972def398 (ultima visita 9 aprile 2017).

²⁰⁴¹ Il cammino è ripercorso, sulla base delle esperienze vissute, in F.C. BESOSTRI, *Una testimonianza di sei anni di battaglie*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, 2013, ID., *Un'Odissea elettorale-giudiziaria*, in M. D'AMICO, S. CATALANO (a cura di), *Prime riflessioni sulla "storica" sentenza 1 del 2014 in materia elettorale*, Milano, FrancoAngeli, 2014, 19-26 (il testo è quasi identico al precedente) e di nuovo in C. TANI, *La violazione del diritto di elettorato attivo*, cit. V. anche, in breve, C. PADULA, *Spunti di riflessione sull'azione di accertamento e l'incidentalità nel giudizio di costituzionalità*, in *Consulta OnLine*, 2013, 3 ss. Per il contesto politico-istituzionale, v. F. LANCHESTER, *Non ci sono "zone franche" nello stato di diritto costituzionale*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, 2013, 4 ss.

²⁰⁴² Si era chiesto di annullare, previa sospensione, la deliberazione del Consiglio dei Ministri adottata nella riunione n. 90 del 6 febbraio 2008, di approvazione dei due decreti presidenziali per l'assegnazione del numero dei seggi per l'elezione della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica; del d.P.R. n. 20/2008 che aveva convocato i comizi elettorali; di altri due decreti presidenziali (del 6 febbraio 2008) che avevano assegnato il numero dei seggi spettanti alle circoscrizioni elettorali (per la Camera), alle Regioni (per il Senato) e alle ripartizioni della circoscrizione Estero (per entrambe le Camere); ogni provvedimento era impugnato nelle sole parti in cui applicava le norme dei testi unici per l'elezione della Camera e del Senato. Ricorrenti furono Aldo Bozzi, Giuseppe Bozzi e Giuseppe Porqueddu; erano intervenuti *ad adiuvandum* Besostri e Domenico Gallo (futuro presidente del Coordinamento per la democrazia costituzionale).

²⁰⁴³ Tar Lazio (Roma), sez. II-*bis*, 27 febbraio 2008, n. 1855 (pres. Pugliese, rel. Cogliani).

²⁰⁴⁴ Cons. Stato, sez. IV, 11-13 marzo 2008, n. 1053 (pres. Trotta, est. Lodi). In entrambi i casi le spese furono compensate.

²⁰⁴⁵ Sulla natura dell'atto di indizione delle elezioni, anche a livello regionale, v. G. PERNICIARO, *L'atto di indizione delle elezioni: tra incertezze e dimenticanze normative, il giudice amministrativo «integrato» il codice del processo amministrativo*, in E. CATELANI, F. DONATI, M.C. GRISOLIA (a cura di), *La giustizia elettorale*, cit., 179-192, spec. 181-191.

giudiziario nell'ambito di altri poteri»²⁰⁴⁶: sulle scelte politiche avrebbe dovuto pronunciarsi il corpo elettorale, alle elezioni politiche o – per valutare le norme approvate dal Parlamento – nel *referendum*; Palazzo Spada confermò il *dictum* del Tar Lazio in tema di poteri delle Giunte delle Camere.

Si chiuse così – temporaneamente – la via della giurisdizione amministrativa per ottenere lo scrutinio delle leggi elettorali; come possibili giudici *a quibus*, tra l'altro, i ricorrenti con smacco si videro indicare le Giunte per le elezioni delle Camere «elette con legge n. 270/2005 di sospetta costituzionalità»²⁰⁴⁷.

Tutti i percorsi indicati dal Tar e dal Consiglio di Stato furono poi seguiti, come si vedrà. Nelle more, uno degli avvocati che, come cittadino elettore, aveva adito i giudici amministrativi si era rivolto al tribunale civile di Milano con un ricorso *ex art. 700 c.p.c.*: chiese in via d'urgenza – per la vicinanza delle elezioni politiche del 13-14 aprile 2008 – di sospendere e disapplicare gli stessi atti impugnati davanti al Tar, sempre «previa rimessione alla Corte costituzionale delle questioni di costituzionalità della vigente legge elettorale come modificata dalla legge n. 270/2005». Il tribunale però dichiarò inammissibile il ricorso²⁰⁴⁸. Esso ritenne che non si potesse chiedere un provvedimento *ex art. 700 c.p.c.* a cautela di una pronuncia solo dichiarativa, qualificata dal ricorrente come «di accertamento del diritto al libero voto»; nel caso di specie, poi, sarebbero stati «assolutamente vaghi» i contorni del *petitum* (del provvedimento chiesto al giudice e del bene della vita che si voleva ottenere dai convenuti, cioè la Presidenza del Consiglio e il Ministero dell'interno) e della *causa petendi*, ossia del contenuto del diritto leso. La giudice, poi, negò la carenza di giurisdizione pure dell'autorità giudiziaria ordinaria su atti non materialmente amministrativi. La Corte d'appello di Milano, adita dal ricorrente, ribadì il verdetto d'inammissibilità.

La via parlamentare suggerita dai giudici amministrativi fu tentata da un altro cittadino elettore, con una lettera-esposto indirizzata ai presidenti delle Camere e delle rispettive Giunte delle elezioni²⁰⁴⁹. Lui, come altri elettori, alle elezioni politiche del 2008 aveva rifiutato o restituito le schede elettorali: fece verbalizzare che il suo gesto era dovuto al venir meno dei presupposti minimi per l'esercizio del diritto di voto in condizioni di accertata e verificata legalità costituzionale, citando la sentenza n. 15/2008 della Consulta. Il cittadino elettore chiedeva che le Giunte esaminassero – *ex art. 87, comma 1 del d.P.R. n. 361/1957* e successive modifiche, che riserva alla Camera il giudizio sulle contestazioni, le proteste e, in generale, su tutti i reclami presentati agli Uffici elettorali di sezione – le contestazioni verbalizzate ai seggi e che, «in assenza di forme di accesso alla Corte Costituzionale in grado di garantire al singolo elettore di poter attivare il controllo di costituzionalità», le stesse Camere o le loro Giunte sollevassero la questione di legittimità davanti alla Consulta.

Le Giunte, tuttavia, rilevarono che la verifica dei poteri riservata alle Camere riguardasse solo i voti effettivamente espressi, non anche le ragioni alla base del rifiuto di esprimere un voto, irrilevanti ai fini della verifica dei risultati. Quanto alle censure di incostituzionalità, addirittura per l'organo della Camera «né la Giunta delle elezioni né l'Assemblea della Camera dei deputati possono qualificarsi come giudici *a quo* [...] in quanto difetta in capo ai medesimi organi parlamentari il requisito della terzietà che solo contraddistingue le autorità giurisdizionali propriamente dette»: sollevare la questione avrebbe avuto «l'ulteriore significato di rinuncia al ruolo di legislatore o addirittura di sostanziale vanificazione dello

²⁰⁴⁶ Sul punto la sentenza citava Cass., sez. un. civ., (ord.) 16-18 maggio 2006, n. 11623: per essa «[n]on sono [...], per i loro caratteri intrinseci, soggetti a controllo giurisdizionale solo un numero estremamente ristretto di atti in cui si realizzano scelte di specifico rilievo costituzionale e politico; atti che non sarebbe corretto qualificare come amministrativi e in ordine ai quali l'intervento del giudice determinerebbe un'interferenza del potere giudiziario nell'ambito di altri poteri (si pensi ad atti del Presidente della Repubblica quali la concessione di una grazia, o lo scioglimento delle camere [...])».

²⁰⁴⁷ F.C. BESOSTRI, *Una testimonianza*, cit., 5.

²⁰⁴⁸ Trib. Milano, sez. I civ., (ord.) 31 marzo 2008 (giud. Gandolfi). In questo caso e nel giudizio di seconde cure, peraltro, la pronuncia d'inammissibilità ebbe come conseguenza la condanna del ricorrente Aldo Bozzi alle spese processuali.

²⁰⁴⁹ V. sul sito www.riforme.info le lettere indirizzate dal cittadino elettore Franco Ragusa (gestore dello stesso sito) agli organi della Camera (11 giugno 2008: <http://www.riforme.info/iniziative/noschede2008/161-esposto>; 24 aprile 2009: <http://www.riforme.info/iniziative/noschede2008/201-camera-violazione87>) e agli organi del Senato (24 aprile 2009: <http://www.riforme.info/iniziative/noschede2008/202-senato-violazione87> – link consultati il 9 aprile 2017).

stesso»²⁰⁵⁰. La Giunta delle elezioni e delle immunità del Senato rivendicò invece la sua «veste giurisdizionale riconosciuta dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 113 del 1993 (e da ultimo ribadita anche nella recentissima sentenza n. 259 del 2009)»²⁰⁵¹: avrebbe potuto sollevare la questione²⁰⁵², ma la ritenne non rilevante, al pari delle lamentele che avevano portato a non esprimere quei voti²⁰⁵³.

L'altra via suggerita indirettamente dal Consiglio di Stato nel 2008 era quella referendaria, pensata però per espungere dall'ordinamento le norme ritenute illegittime, non per adire la Consulta come giudice delle leggi. Dopo il voto sui tre quesiti del comitato Guzzetta-Segni (ammessi dalla Corte nel 2008, rimandati al 21-22 giugno 2009 per lo scioglimento anticipato del Parlamento e non validi per il mancato raggiungimento del *quorum*), si provò a seguire quella strada con la raccolta di firme a sostegno di altri due quesiti, proposti dal comitato Morrone-Parisi-Castagnetti²⁰⁵⁴: essi miravano ad abrogare – uno *in toto*, uno in parte, con riguardo essenzialmente agli *alinea* – la legge n. 270/2005, nel tentativo di far rivivere la normativa elettorale previgente (cd. “legge Mattarella”), sperando di ovviare alle obiezioni sulla natura “costituzionalmente necessaria” delle leggi sulle elezioni politiche.

Com'è noto, la Corte costituzionale dichiarò inammissibili entrambe le proposte²⁰⁵⁵: ribadì la natura di leggi costituzionalmente necessarie per le norme elettorali, negando l'ammissibilità di *referendum* su una legge elettorale per intero (né l'abrogazione referendaria avrebbe prodotto, come auspicato dai promotori, la reviviscenza automatica delle norme previgenti); escluse poi che espungere gli *alinea* delle disposizioni (con cui i testi previgenti sono sostituiti, abrogati o modificati) potesse abrogare pure le norme introdotte, introducendo un pesante carico di contraddittorietà nell'ordinamento.

Nonostante ciò, nel «considerato in diritto» (punto 3), il giudice delle leggi richiamò l'*obiter dictum* delle sentenze nn. 15 e 16 del 2008, circa gli «aspetti problematici» dovuti all'assenza di una soglia minima di voti e/o di seggi per far scattare il premio di maggioranza. Benché la Consulta avesse reso impraticabile di fatto anche la via referendaria per rimuovere le disposizioni ritenute illegittime – deludendo le speranze di chi, in modo più o meno palese, si augurava che in quel caso la Corte avrebbe sollevato davanti a se

²⁰⁵⁰ Camera dei Deputati, XVI legislatura – Giunta delle elezioni – 17 giugno 2009 (resoconto sommario), 4.

²⁰⁵¹ Senato della Repubblica, XVI legislatura – Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari – 3 novembre 2009, n. 44 (resoconto sommario).

²⁰⁵² Nel resoconto c'è il riferimento al pronunciamento (voto negativo a maggioranza) della Giunta del Senato – in data 1° luglio 2009 – sulla richiesta avanzata dal senatore Vidmer Mercatali, relatore per la Campania, di sollevare questione di costituzionalità sulle disposizioni del d.lgs. n. 533/1993 che prevedevano il parametro dei voti validi della coalizione e lo sbarramento del 3% tra le liste ammesse. Per esaminare le articolate ragioni a sostegno della proposta di sollevare la questione e capire cosa pensasse la maggioranza (contraria a tale esito perché, tra l'altro, riteneva inopportuno che il Parlamento interpellasse la Consulta «su una legge da esso stesso approvata»), v. Senato della Repubblica, XVI legislatura – Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari – 1° luglio 2009, n. 37 (resoconto sommario).

²⁰⁵³ Sulla differente posizione delle Giunte di Camera e Senato v. anche G. BUONOMO, *Elezioni (ed eletti) sub indice*, in www.goleminformazione.it, 12 aprile 2013, nota n. 10.

²⁰⁵⁴ Alla base dei quali, peraltro, c'era uno studio di E. PALUMBO (*La via referendaria per tornare alla legge Mattarella*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 5 luglio 2011), gran parte del quale era stato concepito dal sottoscritto (oltre che da E. SAPONARO).

²⁰⁵⁵ Corte cost., 12-24 gennaio 2012, n. 13 (pres. Quaranta, red. Cassese). Non potendo dar conto di tutti gli scritti in materia, tra quelli *ex ante* v. gli interventi al seminario «La reviviscenza in ambito referendario» (Università di Roma «La Sapienza» - Scienze politiche, 22 settembre 2011), raccolti dal prof. Fulco Lanchester e pubblicati in questa rivista (sul n. 1/2012), e il seminario preventivo di *Amicus Curiae* «Nel limbo delle leggi» (Università di Ferrara – Giurisprudenza, 16 dicembre 2011; v. pure il sito <http://www.amicuscursiae.it/index.phtml?id=85> per consultare altro materiale), trasfuso nel volume di R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Nel limbo delle leggi. Abrogazione referendaria della legge Calderoli e reviviscenza delle leggi Mattarella?*, Torino, Giappichelli, 2012. Tra gli studi pubblicati dopo la decisione, v. almeno A. PERTICI, *La Corte costituzionale conferma la propria giurisprudenza: quesiti referendari inammissibili se la normativa elettorale “di risulta” non è direttamente applicabile*, in *Rivista telematica del Gruppo di Pisa*, 2012; A. RUGGERI, *Davvero inammissibili i referendum elettorali per la (supposta) impossibilità di “reviviscenza” della normativa previgente rispetto a quella oggetto di abrogazione popolare? (A prima lettura di corte cost. n. 13 del 2012)*, in *Consulta OnLine*, 2012; M. RUOTOLO, *Un'inammissibilità annunciata. Commento a prima lettura a Corte cost., sent. n. 13/2012*, in *Federalismi.it*, 2012; G. SERGES, *Usi e abusi della reviviscenza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Federalismi.it*, 2012; L. TRUCCO, *Note minime sul “prima e il “dopo” la sentenza della Corte costituzionale n. 13 del 2012 di inammissibilità dei referendum in materia elettorale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2 aprile 2012; T.F. GIUPPONI, *Davvero inammissibile il referendum elettorale “parziale”? La sent. n. 13/2012 della Corte costituzionale, tra “forma” e “sostanza”*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2012 (s.d.).

stessa le questioni legate a vari punti della legge n. 270/2005 – con quel riferimento spronava di nuovo il Parlamento ad agire²⁰⁵⁶ e, soprattutto, teneva aperta la porta del giudizio di legittimità costituzionale. A patto, ovviamente, che si trovasse un giudice disposto a sottoporre i propri dubbi alla Consulta stessa.

Qualcuno intanto aveva cercato altre strade per reagire a ciò che pareva un «diniego di giustizia»²⁰⁵⁷; altri, in vista delle nuove elezioni politiche, ritentavano senza successo la via della giustizia amministrativa per annullare gli atti prodromici, sperando di arrivare così alla Corte costituzionale²⁰⁵⁸. Con atto di

²⁰⁵⁶ Avrebbe continuato a farlo anche in altre occasioni meno “tipiche”, specie con la relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2012 dell’allora presidente Franco Gallo. Sul punto si conceda il rinvio a G. MAESTRI, «*Sospetto di incostituzionalità: riflessioni sul monito del presidente della Corte sulla legge elettorale*», in *Forum di Quaderni costituzionali*, 15 aprile 2013.

²⁰⁵⁷ V. innanzitutto il conflitto di attribuzione promosso da Felice Besostri dopo le citate sentenze amministrative del 2008, in cui egli era parte. Il conflitto – in cui intervennero Aldo Bozzi, Natalina Raffaelli e altri cittadini elettori – fu sollevato da Besostri «quale componente dell’organo costituzionale “corpo elettorale”» contro l’ordine giudiziario e il Parlamento, lamentando il contrasto delle pronunce amministrative con gli artt. 6 e 13 Cedu e con gli artt. 24, 103, 111, 113 e 137 Cost. e chiedendo di ritenere ammissibile il ricorso per colmare «la lacuna dell’inesistenza di un accesso diretto alla Corte costituzionale» e ottenere dalla stessa Corte che esaminasse, in autorimessione, i vizi della legge elettorale sulla mancanza della soglia minima per attribuire il premio. La Consulta dichiarò inammissibile il conflitto – Corte cost., (ord.) 9-16 luglio 2008, n. 284 (pres. Bile, red. De Siervo) – ritenendo che in nessun caso il singolo cittadino, nemmeno come «componente dell’organo costituzionale “corpo elettorale”», potesse essere legittimato a sollevare un conflitto di attribuzione davanti alla Consulta (e nessun cittadino potrebbe configurarsi “organo” che esercita le funzioni del corpo elettorale); peraltro, il conflitto di attribuzione non potrebbe mai divenire un mezzo improprio per criticare precedenti decisioni giudiziarie (dovendosi sempre usare i «rimedi consueti riconosciuti dagli ordinamenti processuali delle diverse giurisdizioni») o per sottoporre alla Corte questioni di costituzionalità con un atipico accesso diretto per il *quivis de populo*.

Bisogna tener conto anche della sentenza Corte Edu, sez. II, 13 marzo 2012 – ricorso n. 11583/08 (Saccomanno e altri c. Italia) e altri 16 ricorsi, presentati quasi tutti nel 2008 (tranne uno, del 2009). I 91 ricorrenti, elettori italiani, si dolevano – sia pure articolati in modo diverso, essendo molti i ricorsi – del pregiudizio alla libera espressione del voto, della violazione della sovranità popolare, della rappresentanza (e del principio di proporzionalità) a causa delle liste bloccate e del premio di maggioranza introdotti dalla l. n. 270/2005, nonché della mancanza di un ricorso effettivo a un giudice terzo e alla Corte costituzionale per rimediare a tali doglianze; chi aveva partecipato a processi civili e amministrativi in materia aveva lamentato pure che gli sarebbe stato impedito «di far valere dinanzi a un tribunale indipendente» il proprio «diritto costituzionale di esercitare il proprio diritto di voto conformemente alla Costituzione italiana».

Per la Corte Edu i diritti *ex art. 3* del Protocollo n. 1 («dibere elezioni a scrutinio segreto, in condizioni tali da assicurare la libera espressione dell’opinione del popolo sulla scelta del corpo legislativo») non son assoluti: c’è spazio per «limitazioni implicite», da valutare in base al principio di proporzionalità, di libera espressione dell’opinione del popolo e alla luce dell’evoluzione politica del Paese interessato, sapendo che su dette limitazioni e sul modo di scrutinio gli Stati godono «di un ampio margine di discrezionalità». I giudici ritennero giustificata l’introduzione delle liste bloccate «in considerazione del ruolo costitutivo dei partiti politici nella vita dei Paesi democratici» (senza che sia dimostrato che esse ostacolano la partecipazione alla vita politica del Paese o favoriscano certi partiti o candidati); i premi di maggioranza poi «non sembrerebbero di natura tale da pregiudicare l’equilibrio tra i principi della giusta rappresentanza e della stabilità di governo» pur mancando una soglia minima, favorirebbero anzi «le correnti di pensiero sufficientemente rappresentative e la costituzione di maggioranze sufficientemente stabili nelle assemblee». La lamentata violazione del diritto a un tribunale (*ex art. 6*, par. 1) non esisterebbe perché il contenzioso elettorale non rientrerebbe nel campo di applicazione dell’art. 6 (relativo a «diritti e doveri di carattere civile») o alla «fondatezza di un’accusa penale», non a diritti a carattere politico; il diritto a un ricorso effettivo *ex art. 13* richiederebbe alla base un «motivo difendibile», che per la Corte Edu non c’era. V. L. TRUCCO, *Sistema di elezione e di giustizia elettorali (italiani): anche per Strasburgo tutte le strade portano al legislatore (italiano)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2012 (s.d.); F. SGRÒ, *Garanzie e preclusioni nei processi di riforma del sistema elettorale italiano*, in *Rass. parl.*, 2013, 35 ss.; R. DICKMANN, *Rappresentanza vs governabilità. Rileggendo la sent. Corte Edu, Saccomanno vs Italia, del 13 marzo 2012, alla luce della sent. Corte cost. 1/2014*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 29 gennaio 2014.

²⁰⁵⁸ Tar Lazio (Roma), sez. II-*bis*, 4 aprile - 22 maggio, n. 5163 (pres. Pugliese, est. Cogliani). La decisione fu originata dal ricorso del cittadino elettore Franco Ragusa (con gli interventi *ad adiuvandum* di Felice Besostri, Aldo Bozzi e Claudio Tani) volto ad annullare – sul modello del tentativo di Bozzi e altri del 2008 – i decreti presidenziali di convocazione dei comizi elettorali e di assegnazione dei seggi per le elezioni del 24-25 febbraio 2013, atti che il ricorrente aveva ritenuto lesivi del proprio «libero esercizio del diritto di voto» garantito dalla Costituzione e dalla Cedu. Egli aveva lamentato, oltre che l’esistenza del premio di maggioranza senza soglia, la mancata previsione nel codice del processo amministrativo della competenza della giustizia amministrativa in tema di elezioni politiche (con il mancato esercizio della delega prevista dalla legge n. 69/2009): chiedeva l’annullamento di quegli atti per illegittimità derivata dall’incostituzionalità delle norme elettorali che applicavano, ciò dopo aver ottenuto la sospensione degli stessi e la rimessione delle questioni di legittimità alla Corte costituzionale (anche per quanto riguarda la mancata previsione della giurisdizione amministrativa in materia elettorale). I giudici (presidente e relatore coincidevano con quelli che avevano emesso la sentenza n. 1855/2008) si concentrarono soprattutto sulla mancanza di giurisdizione, vista la devoluzione della verifica delle elezioni (intesa in senso estensivo) alle Camere e alle loro Giunte: dopo

citazione del 3 novembre 2009, però, era iniziato davanti al tribunale di Milano il procedimento che nel 2013 avrebbe portato la Corte di cassazione a sollevare la questione di costituzionalità su alcuni punti della legge n. 270/2005. Quell'ufficio nel 2008 aveva sbarrato la via del ricorso *ex art.* 700 c.p.c. per disapplicare gli atti legati alla convocazione dei comizi elettorali; restava da tentare la strada di un'altra azione dichiarativa, sganciata da un preciso evento elettorale e dagli atti che lo precedono (dunque senza connotati di urgenza).

Oggetto della domanda era l'accertamento del «diritto dell'attore [...] di esercitare il proprio diritto di voto libero e diretto», garantito da varie disposizioni costituzionali (artt. 1, 2, 48, 56, 58, 67 e 117, comma 1) e dall'art. 3 del Protocollo 1 Cedu, diritto che sarebbe stato leso dalle norme introdotte dalla legge n. 270/2005. L'accertamento del diritto di voto e della sua lesione dunque non potevano prescindere dallo scrutinio di costituzionalità delle disposizioni «incriminate» della n. 270/2005, in particolare quelle relative alle liste bloccate (che non avrebbero consentito di scegliere tra più candidati, non dando luogo a un voto libero *ex art.* 48, comma 2 Cost. e ponendo in discussione il suffragio diretto che caratterizza le Camere) e al premio di maggioranza (tacciato di incostituzionalità perché avrebbe leso l'uguaglianza del voto, «con l'aggravante» dell'assenza della soglia minima)²⁰⁵⁹.

Poiché il percorso ha permesso alla questione di arrivare davanti alla Corte costituzionale, è bene analizzarne le tappe, non scontate. In primo grado²⁰⁶⁰ il tribunale di Milano ha rigettato le richieste dell'attore e degli intervenuti, ma la decisione merita attenzione. *In primis* la giudice ha negato che in questo caso – a differenza di quelli già visti – potesse ribadirsi il difetto di giurisdizione ordinaria in materia elettorale: in questione era «il dedotto contrasto fra la legge elettorale di riferimento e l'esercizio del diritto di voto dell'elettore nei termini costituzionalmente garantiti». La giurisdizione civile doveva essere riconosciuta per «garantire la piena attuazione della tutela» giurisdizionale, anche in caso di lesioni non attuali: bastava «l'incertezza oggettiva sull'esatta portata del diritto politico» e la sua rimozione era un risultato utile, conseguibile solo con l'intervento del giudice.

Dall'inizio, peraltro, il tribunale aveva escluso che il *petitum* della causa coincidesse *ex se* con la questione di legittimità, pur riconoscendo «la prospettazione di incostituzionalità della normativa di riferimento» come «la sola ragione della proposizione della domanda di merito». Per la giudice, la discussione sulla costituzionalità della legge elettorale «seppure strumentalmente, è stata introdotta in via incidentale [...] e non esaurisce la controversia di merito, che ha portata più ampia in quanto introdotta mediante la formulazione di una domanda di accertamento suscettibile di accoglimento soltanto previa caducazione di disposizioni della legge n. 270/2005».

La decisione di prime cure aveva tracciato il sentiero per sottoporre alla Corte costituzionale le questioni in materia elettorale politica; di più, l'argomento non è stato trattato dalla sentenza d'appello (ma l'Avvocatura dello Stato aveva ribadito in seconde cure «le richieste e le eccezioni svolte in primo grado»²⁰⁶¹) e in Corte di cassazione la Presidenza del Consiglio e il Ministero dell'interno «non hanno svolto attività difensiva», non presentando il ricorso incidentale. Non erano stati contestati i profili

la sentenza n. 259/2009, non esisteva motivo per cambiare linea sul difetto assoluta di giurisdizione amministrativa. Non ci fu spazio, dunque, per trattare le questioni di costituzionalità evidenziate dal ricorrente.

²⁰⁵⁹ Nell'atto di citazione, redatto dall'avvocato Aldo Bozzi, figurava anche una censura della legge n. 270/2005 per la violazione dell'art. 138 Cost., poiché sarebbero stati limitati i diritti degli elettori e si sarebbe mutata surrettiziamente la forma di governo – con una sostanziale investitura diretta del capo della forza politica o della coalizione – mediante una semplice legge ordinaria (e addirittura l'istituto del premio di maggioranza potrebbe quasi vanificare i congegni di rigidità della Costituzione, rendendo molto più facili da raggiungere le maggioranze previste dal procedimento di revisione).

²⁰⁶⁰ Trib. Milano, sez. I civ., 16 marzo – 18 aprile 2011, n. 5330 (giud. Baccolini). Nella causa promossa contro il Ministero dell'interno e la Presidenza del Consiglio sono intervenuti altri 25 cittadini elettori, tra i quali gli avvocati Claudio Tani, Emilio Zecca, Felice Besostri, Giuseppe Porqueddu e Biagio Di Maro e l'ex magistrato Domenico Gallo.

²⁰⁶¹ Sul punto, l'ordinanza di Cassazione ha sentito il bisogno di precisare che «La corte d'appello, nel confermare «integralmente» la sentenza del tribunale, ha rigettato l'eccezione che [...] era stata riproposta in appello».

dell'interesse ad agire e della giurisdizione, pertanto poteva dirsi correttamente formato un giudicato interno sul punto.

A prescindere dall'assenza di difesa, la Suprema corte si era interrogata sul problema della *fictio litis*. Aveva rilevato che un'azione di accertamento è proponibile anche solo se c'è «uno stato di dubbio o incertezza oggettiva sull'esatta portata dei diritti e degli obblighi scaturenti da un rapporto giuridico [...] in quanto tale idonea a provocare un ingiusto pregiudizio non evitabile» se non per il tramite del richiesto accertamento giudiziale della concreta volontà della legge». Di più, sarebbe stato preferibile parlare di azione di accertamento - costitutiva: vero interesse dei ricorrenti era infatti rimuovere un pregiudizio dato dalla modifica della realtà giuridica avvenuta con legge n. 270/2005, per cui era arduo sostenere l'astrattezza di quell'accertamento e del pregiudizio subito dagli elettori²⁰⁶². Sulla necessità che l'oggetto del giudizio *a quo* fosse più ampio rispetto a quello del giudizio incidentale, il collegio aveva ritenuto esaustiva la linea del tribunale di Milano: si potevano distinguere i *petita* delle domande (e il contenuto delle sentenze) tra giudizio costituzionale e giudizio *a quo* di un'azione di accertamento - costitutiva; l'eventuale sentenza di accoglimento della questione non avrebbe esaurito la tutela chiesta al giudice.

Tornando alla vicenda processuale legata alla sentenza n. 1/2014, lo sforzo dei ricorrenti di aver tracciato il sentiero già nel 2011 - anche se mancava ovviamente l'avallo della Consulta, che avrebbe potuto considerare inammissibile la questione - fu vanificato nei primi due gradi dall'esame di merito del tribunale e della Corte d'appello di Milano. La giudice di prime cure rilevò la manifesta infondatezza di tutte le censure²⁰⁶³; il collegio di secondo grado fece lo stesso, precisando alcuni profili²⁰⁶⁴. Soltanto la Corte di cassazione ritenne che le questioni di legittimità costituzionale fossero, oltre che rilevanti, non manifestamente infondate, sottoponendole al giudice delle leggi²⁰⁶⁵.

2.2. Cancellata la “zona d'ombra”: una conferma dirompente, Regola permettendo

Dopo questo *excursus*, - è necessario tornare alla vicenda della legge n. 52/2015 e all'ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale, per poi passare all'analisi della loro fondatezza.

Tra i profili nuovi - rispetto al 2014 - a favore di un'inammissibilità delle questioni (per difetto di rilevanza), l'Avvocatura generale dello Stato aveva sviluppato a fondo quelli relativi al *tempus quaestionis*.

²⁰⁶² Per il collegio, anzi, ritenere improponibile un'azione di questo tipo o condizionarla «al maturare di tempi indefiniti o al verificarsi di condizioni non previste dalla legge (come, ad esempio, la convocazione dei comizi elettorali)» sarebbe contrario all'effettività e alla tempestività della tutela giurisdizionale. In seguito, fu sempre la Cassazione a dire che quando una legge crea immediatamente restrizioni dei poteri in capo a certi soggetti, pregiudicandoli fin dalla sua entrata in vigore (anche senza l'accadimento di fatti particolari), l'azione di accertamento può essere «l'unica strada percorribile per la tutela giurisdizionale di diritti fondamentali» non tutelabili altrimenti in modo efficace (e se c'è una lesione effettiva e concreta di valori costituzionali primari, impedire l'accesso alla Corte costituzionale sembrerebbe persino illegittimo).

²⁰⁶³ Per la giudice non si era dimostrata la preferenza costituzionale per il sistema proporzionale (non ravvisabile in automatico dagli artt. 1 e 48); il principio di libertà di voto era da interpretare come divieto di condotte atte a coartare il voto o costringere l'elettore ad astenersi, mentre le liste bloccate sarebbero state una modalità di selezione delle candidature con limiti e difetti, al pari del sistema delle preferenze; anche la locuzione «suffragio diretto» avrebbe avuto un diverso significato (escludendo solo elezioni di secondo grado, senza avere riguardo alla possibilità di esprimere preferenze). La giudice aveva richiamato una precedente decisione del suo ufficio - Trib. Milano, (ord.) 2-6 novembre 2008, giud. Marangoni - che chiedeva di tener conto, valutando l'ammissibilità delle questioni sulle leggi elettorali, della loro natura di leggi costituzionalmente necessarie e dell'esigenza di ottenere una normativa di risulta autoapplicativa: sarebbe stato «oggettivamente dubbio [...] se l'eventuale declaratoria di incostituzionalità di alcune disposizioni della legge elettorale [potesse] consentire alla norma residua di garantire il funzionamento del sistema elettivo a garanzia dell'espletamento delle successive consultazioni». Non erano state quasi analizzate le doglianze relative all'art. 3 del Protocollo 1 Cedu (ritenute generiche) e quelle circa la presunta lesione alle prerogative del Presidente della Repubblica per l'indicazione del capo della forza politica o della coalizione (giudicate irrilevanti rispetto alla domanda presentata).

²⁰⁶⁴ Corte App. Milano, sez. IV civ., 18-24 aprile 2012, n. 1419 (pres. Urbani, rel. Roggero).

²⁰⁶⁵ Cass., sez. I civ., (ord.) 21 marzo - 17 maggio 2013, n. 12060 (pres. Vitrone, rel. Lamorgese).

In tutti e cinque i casi all'origine dei procedimenti *a quibus*²⁰⁶⁶ – precedeva al 1° luglio 2016: in quel momento il nucleo della legge n. 52/2015 era sì entrato in vigore, ma non era ancora applicabile. Con riguardo al giudizio introdotto dal Tribunale di Messina, l'obiezione riguardava pure l'ordinanza di quel giudice *a quo*, la prima ad essere emessa, datata 17 febbraio 2016.

A tali argomenti si aggiungeva – per i giudizi in via incidentale – il rilievo in base al quale, al di là della data dell'atto introduttivo, le disposizioni impugnate non erano mai state applicate, non essendosi svolte elezioni in base a queste. Per la difesa erariale, ciò non consentiva paralleli col caso della sentenza n. 1/2014 (che seguiva a tre turni elettorali regolati dalla legge n. 270/2005): non c'era «un diritto di voto che aveva già avuto modo di esplicarsi con le menomazioni riconducibili ad una legge poi dichiarata incostituzionale», ma «un'ipotetica e futura applicazione della disciplina elettorale»²⁰⁶⁷, che non avrebbe dato concretezza alla lesione del diritto di voto e, dunque, neanche alla questione sollevata dai giudici, per totale mancanza dell'interesse ad agire in capo ai cittadini elettori.

La valutazione di ammissibilità era delicata per varie ragioni²⁰⁶⁸. A fronte dei cinque giudizi arrivati davanti alla Corte, in altre pronunce i giudici avevano rilevato la mancanza di interesse ad agire, sulla base del differimento dell'efficacia della nuova legge elettorale. I giudici avevano ritenuto che il rinvio degli effetti escludesse «*ipso facto* la attualità della pretesa lesione del diritto di voto lamentata dagli attori»: appariva «impredicabile, allo stato, ogni interesse concreto ed attuale all'azione, e, con esso, il presupposto stesso della domanda, evidentemente volta alla tutela diacronica di un diritto la cui esistenza e consistenza» pareva allora «*in itinere*»: non si sarebbe verificato uno «stato di incertezza oggettiva in relazione alla non conformità alla Costituzione [...] di una legge» non ancora efficace²⁰⁶⁹. In un paio di

²⁰⁶⁶ Lo segnala Trib. Genova, sez. I civ., (ord.) 16 novembre 2016, dunque la relativa ordinanza di promovimento; in effetti la sentenza n. 35/2017 parla anche in questo caso di ricorso *ex art.* 702 c.p.c., ma si tratta evidentemente di un errore. Si precisa che le eccezioni preliminari dell'Avvocatura dello Stato alla domanda presentata dagli attori, incentrate sull'inapplicabilità delle norme tacciate di illegittimità costituzionale e sulla non concretezza del loro eventuale scrutinio di costituzionalità, erano già state decise con sentenza non definitiva (Trib. Genova, sez. I civ., 4-8 agosto 2016, n. 2711).

²⁰⁶⁷ Citazioni tratte dalla memoria dell'Avvocatura dello Stato relativa al giudizio promosso dal Tribunale di Messina, 4.

²⁰⁶⁸ Si ricordi che la decisione della Corte è seguita al rinvio dell'udienza pubblica (inizialmente fissata per il 4 ottobre 2016) operato dal giudice costituzionale il 20 settembre; la nuova data era stata fissata all'indomani del *referendum* del 4 dicembre 2016 sull'entrata in vigore della riforma costituzionale. Prima esigenza alla base della scelta era evitare che la sentenza costituzionale intervenisse a campagna referendaria in corso, con conseguenze politiche della decisione: dei giudici della Corte che hanno «chiarissimo il riflesso delle loro pronunce» ha parlato F. FABRIZZI, *La Corte, L'Italicum e gli altri (Il Presidente della Repubblica, il Parlamento, il Governo)*, in *Federalismi.it*, 2017, 2; di assoluta «opportunità» di aver fissato una data lontana dalla data del *referendum*, per evitare le accuse di influenze sull'esito del voto e lasciare alle forze politiche lo spazio sufficiente (non sfruttato) per approvare rapidamente una riforma elettorale minima che prevenisse un nuovo intervento del giudice delle leggi ha scritto M. SICLARI, *Prime considerazioni sul parziale accoglimento delle questioni di legittimità costituzionale sollevate nei riguardi della legge n. 52 del 2015, alla luce del comunicato emesso dalla Corte, il 25 gennaio 2017*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, 2017, 1-2. Il rinvio dell'udienza ha pure consentito di decidere sulle questioni senza incertezze sull'architettura costituzionale in cui la legge elettorale *sub iudice* si sarebbe collocata. Avevano contemplato, accanto al rinvio, l'ipotesi di una pronuncia di inammissibilità da ricondurre «all'ipotesi di interferenza con l'iter aggravato di revisione e al possibile conflitto di attribuzione» A. LUCARELLI, S. LIETO, *La Corte e l'Italicum*, in *Federalismi.it*, 2016, 4.

Restando sull'ammissibilità della questione, è bene rilevare che – nelle more dell'udienza e nelle settimane precedenti il *referendum* costituzionale – si era diffusa l'ipotesi che, ove il corpo elettorale avesse approvato l'entrata in vigore della riforma, la Corte avrebbe potuto dichiarare inammissibili le questioni sollevate dai tribunali, invitando in un *obiter dictum* le minoranze parlamentari a servirsi dello neointrodotto istituto del giudizio preventivo di legittimità costituzionale sulle leggi elettorali politiche (previsto dall'introducendo art. 73, comma 2 Cost. ed esteso alle leggi promulgate nella XVII legislatura dall'art. 39, comma 11 del testo di legge costituzionale approvato dalle Camere). Detta soluzione avrebbe peccato di scarsa coerenza con la sentenza n. 1/2014, tuttavia essa, da una parte, avrebbe accontentato la dottrina più intransigente sulla questione della *fiction litis*, isolando del tutto il «precedente» del 2014 grazie alla disponibilità di uno strumento previsto direttamente dalla Costituzione; dall'altra, avrebbe responsabilizzato le forze politiche di minoranza (chiedendo a loro di individuare i possibili vizi della legge) e avrebbe consentito alla Corte di «prendere tempo», rinviando a un momento sufficientemente lontano dalle tensioni post-referendarie la propria decisione (che peraltro, in caso di accordo per approvare una nuova legge, non sarebbe stata nemmeno necessaria).

²⁰⁶⁹ Trib. Milano, sez. I civ., 22 marzo 2016, n. 3708 (giud. Flamini) e Trib. Milano, sez. I civ., (ord.) 21 giugno 2016, r.g. n. 64293/2015 (giud. Flamini): le pronunce, peraltro, parlano erroneamente della l. n. 52/2015 come di una «legge non ancora entrata in vigore» (ma tale errore si ritrova, ahimè, anche in non pochi articoli di dottrina). La prima delle due ordinanze

casi, poi, la proposizione dell'azione e la discussione in udienza prima del 1° luglio 2016 ha impedito ai tribunali di riconoscere come più ampio rispetto alla questione di legittimità costituzionale il *petitum* del giudizio civile instaurato, fornendo così altri motivi di non rilevanza²⁰⁷⁰.

Al di là delle decisioni dei giudici, una parte consistente della dottrina si era espressa prima della sentenza contro l'esame delle questioni di, parlando chiaramente di un «*vulnus* [...] al sistema di accesso al giudizio di costituzionalità delle leggi», aperto dalla sentenza n. 1/2014²⁰⁷¹ e potenzialmente aggravato dalle nuove ordinanze dei giudici *a quibus*. Se la Corte avesse voluto esaminare le doglianze nel merito, si sarebbero potuti causare «imprevedibili distorsioni del nostro sistema costituzionale»²⁰⁷².

I dubbi di questi studiosi, oltre che – *ad abundantiam* – sui dubbi sul “difetto di concretezza” delle questioni sollevate per la data di emissione di alcune ordinanze²⁰⁷³ e per la mancata applicazione delle norme impugnate²⁰⁷⁴, si basavano sostanzialmente sull'identificare quelli in esame come evidenti casi di *lites fictae*²⁰⁷⁵, anche per la ritenuta assenza di reale differenza tra i *petita* del giudizio *a quo* e di quello di legittimità costituzionale²⁰⁷⁶. Non erano state poche le perplessità, legate prima all'emissione dell'ordinanza con cui la Corte di cassazione aveva sollevato la questione di legittimità²⁰⁷⁷, poi alla scelta

“gemelle” (redatte dalla stessa giudice) è stata resa a seguito della citazione degli avvocati Aldo Bozzi, Claudio e Ilaria Tani ed Emilio Zecca (corrispondenti al gruppo di lavoro che aveva ottenuto la sentenza costituzionale n. 1/2014 e che avevano scelto di agire di nuovo per accertare i loro diritti elettorali pochi giorni dopo l'entrata in vigore della legge n. 52/2015); la seconda ha deciso il ricorso presentato da Felice Besostri e altri, dunque nell'ambito delle iniziative del Coordinamento per la democrazia costituzionale. Su una scia simile si colloca Trib. Ancona, sez. II civ., (ord.) 3 maggio 2016, r.g. n. 7124/2015 (giud. Piermartini). In tutti i casi (per i quali è stato proposto appello: le udienze sono previste nelle prossime settimane) la data della decisione precede il 1° luglio 2016; lo stesso però poteva dirsi per l'ordinanza del tribunale di Messina, la cui valutazione dell'interesse ad agire è stata diversa (e di fatto condivisa dalla Corte).

²⁰⁷⁰ Si tratta delle due citate ordinanze del Tribunale di Milano.

²⁰⁷¹ V., già dopo la sentenza n. 1/2014, A. ANZON DEMMIG, *Accesso al giudizio di costituzionalità e intervento “creativo” della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2014.

²⁰⁷² A. POGGI, *La Corte e la legge elettorale*, in *Federalismi.it*, 2016, 2-3. L'autrice, in particolare, temeva – con altri studiosi – che si potessero verificare distorsioni nell'accesso alla giustizia costituzionale – regolato tra l'altro anche da leggi costituzionali – e che questo potesse incidere pesantemente sul ruolo della Corte come garante della Costituzione, sulla sua posizione all'interno del nostro ordinamento (dopo che in Assemblea costituente si era espressamente esclusa un'ipotesi di accesso diretto); secondariamente, paventava pure una distorsione dei rapporti tra Corte e Parlamento.

²⁰⁷³ Per l'ordinanza di Messina, v. soprattutto S. GIANELLO, *L'Italicum “a processo”: la possibilità concreta per la Corte di un ritorno alla normalità (del giudizio incidentale)*, in *Rivista AIC – Osservatorio Costituzionale*, 2016, 8 ss.

²⁰⁷⁴ Dubbi sul punto erano espressi in A. LUCARELLI, S. LIETO, *Considerazioni in merito al controllo di costituzionalità dell'Italicum*, in *Federalismi.it*, 2017, 3: gli autori, pure contrari a un esame nel merito delle questioni, ritenevano che il fatto che alcune delle ordinanze fossero state emesse dopo l'entrata in efficacia delle disposizioni censurate avrebbe fatto venir meno uno degli ostacoli a una pronuncia nel merito, ma soprattutto che fosse ormai consolidato in giurisprudenza un orientamento che considera rilevante la questione anche in caso di mera «applicabilità in astratto» delle norme, «indipendentemente da atti applicativi», come sottolineato già dalla sentenza n. 1/2014.

²⁰⁷⁵ Per un'analisi dei precedenti giurisprudenziali in materia di “liti finte” e incidenti di costituzionalità, cfr. G. REPETTO, *Il divieto di fictio litis come connotato della natura incidentale del giudizio di costituzionalità. Spunti a partire dalla recente ordinanza della Corte di Cassazione in tema di legge elettorale*, in *Rivista AIC*, 2013.

²⁰⁷⁶ Prima della sentenza S. STAIANO (*La pietra d'inciampo*, in *Federalismi.it*, 2016, 8) riconosceva la natura diversa dei due giudizi: ciò «può valere però a distinguere i *petita* solo se, una volta che si sia pronunciata la Corte, residui al giudice *a quo* un accertamento non assorbito dalla decisione della Corte costituzionale; senza di che la distinzione addotta dalla Corte si fa evanescente, nominalistica, e la descrizione del modello di relazioni tra giudizio *a quo* e giudizio innanzi alla Corte quasi pleonastica». Ancora S. STAIANO (*Il giudizio sulla legge elettorale come decisione politica*, in *Federalismi.it*, 2017, 3) ha precisato il primo punto: «La diversità del *petitum* coinciderebbe con la diversità del tipo di giurisdizione svolta; cioè con la “portata” non del diritto violato, ma del potere del giudice decidente», impostazione che non doveva aver soddisfatto l'autore. Più *tranchante* F. FABRIZZI, *La Corte, L'Italicum e gli altri*, cit., 3: in punto di rilevanza, sarebbe mancato del tutto «il nesso di strumentalità tra la questione di costituzionalità e la risoluzione del giudizio *a quo*» (e i giudici *a quibus*, «lungi dallo svolgere il ruolo di “portieri” della Corte, [avrebbero] tentato piuttosto di aprire breccie» e la Corte avrebbe dovuto ricondurli «entro i limiti dovuti»).

²⁰⁷⁷ V. A. ANZON DEMMIG, *Un tentativo coraggioso ma improprio per far valere l'incostituzionalità della legge per le elezioni politiche (e per coprire una “zona franca” del giudizio di costituzionalità)*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, 2013; P. CARNEVALE, *La Cassazione all'attacco della legge elettorale. Riflessioni a prima lettura alla luce di una recente ordinanza di rimessione della Suprema Corte*, ivi (v. oltre per alcune “aperture” interessanti); R. BORRELLO, *Due problemi contrapposti: ammissibilità e “zona franca”*, ivi; E. GROSSO, *Riformare la legge elettorale per via giudiziaria? Un'indebita richiesta di “supplenza” alla Corte Costituzionale, di fronte all'ennesima disfatta della politica*, in *Rivista AIC*, 2013; E. ROSSI, *La Corte costituzionale e la legge elettorale: un quadro in tre atti dall'epilogo incerto*, in *Federalismi.it*, 2013.

della Consulta di analizzare la questione nel merito con la sentenza del 2014. Se alcuni avevano messo in luce dei passaggi logico-argomentativi poco omogenei della decisione citata²⁰⁷⁸, da più parti si è criticato il giudice delle leggi per aver creato una via di accesso sostanzialmente diretto o «diretto mascherato»²⁰⁷⁹ (che la legge riserva solo allo Stato o alle Regioni); in ogni caso, per avere cercato di giustificare una pregiudizialità poco o per nulla esistente²⁰⁸⁰, con il rischio che quel caso diventasse un precedente più o meno “ingombrante” (e, dunque, più o meno indefettibile) per nuovi casi simili²⁰⁸¹.

Altri dubbi erano sorti alla fine della vicenda processuale della legge n. 270/2005, dopo l'emissione della sentenza della Cassazione che accertava che i ricorrenti «non hanno potuto esercitare il diritto di voto nelle elezioni [...] svoltesi successivamente all'entrata in vigore della legge n. 270/2005 e sino alla data di pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014, secondo le modalità, previste dalla Costituzione, del voto personale, eguale, libero e diretto»²⁰⁸². La decisione, secondo più commentatori, non avrebbe individuato e verificato le «altre condizioni cui la legge fa dipendere il riconoscimento del diritto di voto» (come chiesto dalla Consulta): avrebbe solo dichiarato di dover accertare «le conseguenze della pronuncia costituzionale e, *in particolare*, se vi sia stata una lesione giuridicamente rilevante del diritto di voto», per poi dire che, «non essendovi ulteriori accertamenti di fatto da svolgere»²⁰⁸³, «per il periodo di vigenza delle disposizioni incostituzionali [...] i cittadini elettori non hanno potuto esercitare il diritto di voto personale, eguale, libero e diretto, secondo il paradigma costituzionale, per la oggettiva e grave alterazione della rappresentanza democratica, a causa del meccanismo di traduzione dei voti in seggi, intrinsecamente alterato dal premio di maggioranza disegnato dal legislatore del 2005, e a causa della impossibilità per i cittadini elettori di scegliere i propri rappresentanti in Parlamento». La mancata indicazione di altre «conseguenze» della pronuncia della Corte – al di là della «riparazione in forma specifica» operata dalla Consulta – diverse dall'accertamento della lesione passata del diritto al voto e del rimborso delle spese (per la soccombenza dell'erario), senza particolari motivazioni²⁰⁸⁴ ha fatto

²⁰⁷⁸ È interessante la ricostruzione fatta in M. BENVENUTI, *Zone franche che si chiudono e zone d'ombra che si aprono nella sent. n. 1/2014 della Corte costituzionale*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, 2013, spec. 8 ss. Per l'autore la Consulta si era prodotta in «una serie di argomentazioni non sempre conseguenti le une con le altre, quanto, piuttosto, nel loro complesso consequenziali» e denotanti un approccio essenzialmente pragmatico: l'intento di dichiarare illegittime alcune delle norme avrebbe finito per influire sulla valutazione di ammissibilità. Lo stesso saggio metteva in luce anomalie nella scelta e nella citazione dei precedenti; sul punto (e su una «pretesa coerenza giurisprudenziale» costruita pure su sentenze che paiono «tirate per i capelli»), cfr. G. ZAGREBELSKY, *La sentenza n. 1 del 2014 e i suoi commentatori*, in *Giur. cost.*, 2014.

²⁰⁷⁹ R. BIN, “*Zone franche*” e *legittimazione della Corte*, in *Giur. cost.*, 2014, 640-645. Poi A. RUGGERI, *Teoria della Costituzione e tendenze della giustizia costituzionale, al bivio tra mantenimento della giurisdizione e primato della politica*, in *Federalismi.it*, 2016.

²⁰⁸⁰ P. CARNEVALE, *La Corte vince, ma non (sempre) convince. Riflessioni intorno ad alcuni profili della “storica” sentenza n. 1 del 2014 della Corte costituzionale*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, 2013, 5 ss. Pur ritenendo in fondo convincente la parte sulla «evidente (ed esclusiva) necessità di assicurare il massimo rendimento possibile al principio di legittimità costituzionale», evitando il permanere di “zone franche”, l'autore criticava – in modo composto ma netto – i «tortuosi e [...] poco convincenti tentativi di dimostrare la necessaria duplicità dei giudizi *a quo* e *ad quem* e con essa il pieno rispetto del nesso di incidentalità».

²⁰⁸¹ Sulla sentenza n. 1 come precedente e sull'approccio successivo della Corte, v. M. POLESE, *L'eccezione e la regola: considerazioni sulla giurisprudenza costituzionale in tema di ammissibilità della questione a partire dalla sentenza n. 1/2014*, in *Rivista AIC*, 2016.

²⁰⁸² Cass., sez. I civ., 4-16 aprile 2014, n. 8878 (pres. Vitrone, rel. Lamorgese).

²⁰⁸³ Il corsivo è mio. Nota F. FERRARI, *Sotto la punta dell'iceberg: fictio litis e ammissibilità della q.l.c. nella sent. n. 35/2017*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 14 febbraio 2017, 3 che la stessa Cassazione che, nell'ordinanza di rimessione, aveva qualificato l'azione dei cittadini elettori come dichiarativo-costitutiva, nella sentenza l'ha di nuovo trattata come (solo) d'accertamento, senza motivare il *revirement*. Per l'autore, la prima qualificazione avrebbe dato corpo, agli occhi della Consulta, all'interesse ad agire e alla pregiudizialità alla base della *quaestio*; visto che però – in tesi – la sentenza di accoglimento avrebbe *ipso facto* eliminato la lesione al diritto «provocando l'inutilità dell'intervento costitutivo del giudice comune», la Suprema Corte avrebbe riqualificato l'azione come di solo accertamento, riducendo il *petitum* residuo a poca cosa. A. RAUTI, *I sistemi elettorali dopo la sentenza costituzionale n. 1 del 2014. Problemi e prospettive*, Napoli, Esi, 2014, 43 ammette che pare sia stato messo in ombra il requisito dell'autonomo svolgimento del giudizio *a quo*.

²⁰⁸⁴ Di «sequenza autoreferenziale delle proposizioni nelle quali consiste la motivazione della sentenza di merito», con l'accertamento della lesione al diritto di voto che si svelerebbe come «nucleo del *petitum* nel giudizio innanzi alla Corte» e «che coincide senza residui con quello del giudizio principale» parlava S. STAIANO, *La pietra d'inciampo*, cit., 9. Di «un iter argomentativo non scevro di taluni profili di apoditticità» ha scritto S. GIANELLO, *L'Italicum “a processo”*, cit. 4.

ulteriormente additare il caso come *factio litis*, presentata in altro modo per suggestionare la Consulta e poi svelata nella sentenza finale.

Più voci, insomma, si auguravano un passo indietro del giudice delle leggi²⁰⁸⁵, rispetto al salto in avanti fatto nel 2014. Ciò sarebbe stato necessario soprattutto per riportare il giudizio di legittimità nei binari legislativamente previsti del giudizio (realmente) incidentale: l'eventuale (nuovo) riconoscimento di una via di accesso diretto, tracciata in via "pretoria" e del tutto *praeter legem*, sarebbe stato poco auspicabile, anche per non snaturare e "politicizzare" il ruolo della Corte²⁰⁸⁶; l'abbandono della posizione tenuta nel 2014 avrebbe poi evitato un'indebita assimilazione dell'ordinamento italiano ai sistemi fondati sullo *stare decisis*²⁰⁸⁷. Un *overruling* rispetto alla sentenza sulla legge n. 270/2005, per gli stessi studiosi, sarebbe stato da preferire anche in coerenza con la "riluttanza" della Consulta, più volte emersa, a intervenire nella materia elettorale come giudice di costituzionalità (come dimostrato pure dalle recenti pronunce sulla legge per le elezioni europee²⁰⁸⁸), visto il margine di discrezionalità da sempre riconosciuto al legislatore.

La Corte costituzionale, per parte sua, ha rigettato in pieno le eccezioni della difesa erariale sull'ammissibilità, ritenendo che tutti i giudizi in via incidentale abbiano motivato a dovere l'esistenza dell'interesse ad agire da parte di attori e ricorrenti, senza che su ciò abbia inciso il fatto che gli atti introduttivi dei giudizi *a quibus* – e, per le questioni sollevate a Messina, la stessa ordinanza di rimessione²⁰⁸⁹ – fossero antecedenti alla data di entrata in efficacia della legge n. 52/2015²⁰⁹⁰.

Fin dall'inizio il giudice delle leggi ha eletto la propria sentenza n. 1/2014 come «precedente cui [...] attenersi» in tema di rilevanza di questioni di costituzionalità sollevate «nell'ambito di giudizi introdotti da azioni di accertamento aventi ad oggetto la «pienezza» [...] – ossia la conformità ai principi costituzionali – delle condizioni di esercizio del diritto fondamentale di voto nelle elezioni politiche». Ciò, si badi, non poteva lasciar presagire la scelta della Corte di dichiarare alcune questioni fondate²⁰⁹¹. Riconoscere la rilevanza non la obbligava ad accogliere anche un solo rilievo dei giudici *a quibus*: la Consulta avrebbe potuto confermare la bontà dell'instaurazione del giudizio di legittimità in quel modo (confermando proprie valutazioni pregresse) pur in assenza di questioni fondate.

²⁰⁸⁵ Sul fatto che fosse difficile attendersi una decisione di segno diverso rispetto alla sentenza n. 1/2014, per coerenza con quell'ingombrante precedente e per dare risposte valide per uno scenario politico complesso si erano espressi, tra gli altri, P. PASQUINO, S. LIETO, *Corte costituzionale e Italicum prima del referendum confermativo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 21 agosto 2016, 6 e M.G. RODOMONTE, *L'Italia dopo il referendum del 4 dicembre 2016: tra rischi di ritorno al passato, delegittimazione politica e prospettive future*, in *Federalismi.it*, 2017, 3.

²⁰⁸⁶ V. i due interventi – brevi e non supportati da note, ma comunque incisivi – di R. BIN, *Italicum: perché dalla Corte non bisogna aspettarsi nulla*, in *laCostituzione.info*, 11 dicembre 2016 e ID., *La Corte costituzionale può introdurre con una sentenza il ricorso diretto di costituzionalità delle leggi?*, ivi, 13 gennaio 2017. Sempre prima dell'emissione della sentenza, v. pure F. FERRARI, *Corte e Italicum: siamo proprio sicuri che interverrà?*, ivi, 8 dicembre 2016. A decisione emessa, v. A. MANGIA, *L'azione di accertamento come surrogato del ricorso diretto*, ivi, 15 febbraio 2017 (sulla stessa linea almeno nelle premesse, meno nelle conclusioni); F. FERRARI, *Perché la Corte non avrebbe dovuto giudicare nel merito l'Italicum*, ivi, 18 febbraio 2017. In modo più ampio, ID., *Sotto la punta dell'iceberg*, cit.

²⁰⁸⁷ A. POGGI, *La Corte e la legge elettorale*, cit., 3.

²⁰⁸⁸ Corte cost., 14 maggio – 15 giugno 2015, n. 110 (pres. Criscuolo, rel. De Pretis); Corte cost., (ord.) 14 giugno - 7 luglio 2016, n. 165 (pres. Grossi, rel. Zanon). La stessa Corte, all'interno della sentenza n. 35/2017, ha riconosciuto come i propri poteri conoscano dei limiti, specie in una materia, come quella elettorale, «connotata da ampia discrezionalità legislativa».

²⁰⁸⁹ Il giudizio promosso da quel tribunale era considerato quello più a rischio di inammissibilità. Il fatto che il comunicato stampa del 25 gennaio (http://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20170125174754.pdf, ultima visita 3 marzo 2017), pur premettendo che il collegio aveva «respinto le eccezioni di inammissibilità proposte dall'Avvocatura generale dello Stato» (senza precisare che la frase riguardava *tutti* i giudizi), avesse parlato delle questioni rigettate e accolte senza mai citare il Tribunale di Messina aveva fatto nascere il sospetto – non infondato – che i profili sollevati dai giudici siciliani non fossero stati valutati nel merito. La cosa invece è accaduta, sebbene alcuni profili siano stati ritenuti inammissibili – con una sorta di censura poco velata, al *modus motivandi* del collegio rimettente – e gli altri infondati).

²⁰⁹⁰ V., per l'ampiezza e il pregio delle argomentazioni dottrinarie usate per sostenere l'ammissibilità delle questioni, la memoria presentata alla Consulta da (e nell'interesse di) Paolillo e degli altri attori nel giudizio instaurato a Genova.

²⁰⁹¹ Del resto, per F. FABRIZZI, *La Corte, L'Italicum e gli altri*, cit., 3, la Corte non avrebbe dovuto «farsi tentare dalla possibilità di pronunciarsi sulla costituzionalità di una legge senza che ve ne [fossero] i presupposti».

La sentenza ha ripercorso i criteri fissati dalla sentenza del 2014 perché la questione fosse rilevante: la motivazione «sufficiente e non implausibile» nell'ordinanza, sull'interesse ad agire dei ricorrenti o attori; l'effettiva pregiudizialità, con la differenza dei *petita* dei due giudizi e l'individuazione di un «margine di autonoma decisione in capo al giudice *a quo*» in caso di accoglimento; il rilievo costituzionale del diritto da accertare nel giudizio *a quo*, con riguardo agli effetti negativi che un suo esercizio menomato potrebbe produrre sulla costituzione degli organi supremi dello Stato; l'esigenza di non sottrarre al sindacato di costituzionalità le leggi elettorali di «organi costituzionali essenziali per il funzionamento di un sistema democratico-rappresentativo». La Corte, però, ha poi precisato – prima di valutare in dettaglio i primi punti – che «[p]ermanendo l'esigenza di evitare, con riferimento alla legge elettorale politica, una zona franca rispetto al controllo di costituzionalità attivabile in via incidentale, deve *restar fermo quanto deciso con la sentenza n. 1 del 2014, negli stessi limiti ivi definiti*»²⁰⁹².

Bisogna riconoscere che la citazione si colloca subito dopo un confronto instaurato tra la sentenza n. 1/2014 e altri due precedenti recenti in materia elettorale (le ricordate decisioni sulla legge per le elezioni europee), caratterizzati sì da un verdetto d'inammissibilità, ma soprattutto perché per quelle disposizioni lo scrutinio di costituzionalità può trovare fonte «in un giudizio avente ad oggetto una controversia originatasi nel procedimento elettorale» preparatorio, cosa non prevista per le elezioni politiche²⁰⁹³: in qualche modo, la frase prima riportata si pone a chiusura di un'analisi minimamente approfondita del quarto punto indicato dalla Corte. Nonostante ciò, le parole utilizzate e il tono deciso di quell'affermazione sembrano suggerire un ribaltamento dell'ordine di importanza dei caratteri passati in rassegna: quasi che la necessità di evitare “zone franche” (pur nei «limiti ivi definiti») fosse il principale scopo perseguito dal giudice delle leggi, al di là dell'esito dello scrutinio.

Nell'analisi delle ordinanze di rimessione sotto il profilo dell'interesse ad agire, la Consulta ha ritenuto «sufficiente e non implausibile» la motivazione dei giudici *a quibus*, per cui le loro argomentazioni non dovevano essere riesaminate. A rendere oggettivamente più incerta la portata del diritto di voto provvedeva proprio l'entrata in vigore della nuova disciplina elettorale, reale momento di genesi dell'interesse ad agire. L'entrata in efficacia differita, il 1° luglio 2016 (data successiva alle domande dei cittadini elettori o, addirittura, all'emissione di alcune ordinanze) è stata vista invece come «un termine certo nell'*an* e nel *quando*» per l'applicazione di buona parte della legge: un termine in grado, da solo, di creare una «potenzialità lesiva» (in effetti non ancora accertata) di quelle norme, di «sicura applicabilità» in un tempo successivo. L'eventuale rimozione di quell'incertezza – con l'accertamento – era dunque «un risultato utile, giuridicamente rilevante e non conseguibile» senza l'intervento del giudice.

Non avrebbe avuto invece pregio l'argomento della mancata applicazione della nuova legge: stando alla giurisprudenza recente della Corte di cassazione, l'azione di accertamento non richiede per forza che il diritto sia già concretamente leso, mentre l'interesse ad agire sorge anche solo «al fine di scongiurare una

²⁰⁹² Il corsivo è mio.

²⁰⁹³ Il problema è cronico e impegna da anni la dottrina, a fronte di un imbarazzante “gioco a scaricabarile” (tecnicamente, un conflitto negativo di giurisdizione) sui ricorsi relativi al procedimento elettorale preparatorio tra giudici ordinari e amministrativi, da una parte, e Giunte delle elezioni, dall'altra, e dell'inattuazione da parte del governo (in parte per scelta, in parte per inazione) della legge delega n. 69/2009, limitatamente alla parte in cui si delegava l'esecutivo a introdurre la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nelle controversie sugli atti del procedimento elettorale preparatorio per le elezioni politiche. Tra i contributi più recenti v., volendo, G. MAESTRI, *Simboli e contrassegni elettorali* (voce), in *Dig. disc. pubbl.*, 6° agg., 2015, spec. 499-502; l'opera più completa in proposito è P. TORRETTA, *Verifica dei poteri e stato costituzionale. Saggio sull'articolo 66 della Costituzione*, Roma, Aracne, 2012. Tra gli altri scritti di rilievo, *ex multis*, v. G. PICCIRILLI, *Contenzioso elettorale politico e verifica dei poteri: riflessioni sulla effettività delle tutele procedurali*, in *Rass. parl.*, 2006, 785 ss.; E. LEHNER, *La verifica dei poteri nelle ultime Legislature del Parlamento italiano*, in *Giur. cost.*, 2009, 419 ss.; ID. *L'apertura condizionata della Corte sulla verifica dei poteri, tra tutela dell'autonomia parlamentare e garanzia dei diritti di elettorato passivo*, in *Giur. cost.*, 2009, 3620 ss. Si vedano poi, all'interno di E. CATELANI, F. DONATI, M.C. GRISOLIA (a cura di), *La giustizia elettorale*, cit., i contributi di M. CECCHETTI, *Il contenzioso pre-elettorale nell'ordinamento costituzionale italiano* (5-76), G. RIVOSECCHI, *Il contenzioso post-elettorale nell'ordinamento costituzionale italiano* (197-271, spec. 266 ss.) e L. TRUCCO, *La giustizia elettorale politica tra riforme mancate ed occasioni perdute* (357-372); l'ultima autrice si è occupata a più riprese dell'argomento su varie riviste, specialmente su *Rass. parl.* (2006 e 2009) e *Consulta OnLine* (2008).

futura lesione». La stessa sentenza n. 1/2014 aveva riconosciuto valido il principio «che impone di assicurare la tutela del diritto inviolabile di voto», diritto reso incerto proprio dai dubbi di costituzionalità della normativa elettorale «indipendentemente da atti applicativi della stessa, in quanto già l'incertezza sulla portata del diritto costituisce una lesione giuridicamente rilevante». Tale argomentazione era stata pensata per norme – la legge n. 270/2005 – già vigenti e applicabili, ma con lo scrutinio di costituzionalità svolto in un tempo lontano da procedimenti elettorali (per non far scattare, tra l'altro, il rischio d'attrazione del contenzioso “a monte” nell'ambito dell'art. 66 Cost.); qui la Corte sembra aver compiuto un passo in più, di fatto rilevando che non vi sarebbe differenza tra una norma vigente e produttiva di effetti, ma in quel momento non applicata e una norma altrettanto vigente, ma non ancora efficace e dunque non applicabile.

Della doglianza sulla mancanza di pregiudizialità, da ultimo, la Corte si sbarazza in fretta: essa cita di nuovo il suo precedente del 2014, ma pure la successiva sentenza n. 110/2015, per ribadire che «nel giudizio principale il *petitum* consiste nella richiesta di accertare la pienezza costituzionale del diritto di voto; nel giudizio costituzionale, invece, si chiede di dichiarare che il diritto di voto è pregiudicato dalla disciplina vigente». La presenza di una norma non ancora efficace e applicabile non sarebbe determinante: i ricorrenti chiedevano di «accertare la portata del diritto di voto», accertamento che può prescindere da eventuali lesioni già concretizzatesi, come si è visto sopra.

Per commentare questa prima parte della sentenza n. 35/2017, bisogna innanzitutto considerare che la decisione si fonda su un precedente singolare (la sentenza n. 1/2014), a sua volta emesso in quei termini pure sulla base di un altro fatto singolare: la mancata attività difensiva dell'Avvocatura dello Stato nell'udienza di Cassazione (che portò all'ordinanza di rimessione) e davanti alla Corte costituzionale²⁰⁹⁴. A dispetto dell'esame svolto (anche se non *funditus*) dal giudice *a quo* e dalla stessa Consulta, quella scelta – e la conseguente formazione di un giudicato interno sull'interesse ad agire e sulla giurisdizione dei giudici civili²⁰⁹⁵ – ha pesato nella valutazione positiva in punto di rilevanza, consentendo di arrivare alla declaratoria di incostituzionalità; pur nella ricordata differenza di contesti, è difficile negare come la sostanziale mancanza di dubbi (sulla propria giurisdizione in materia e sull'interesse ad agire del cittadino elettore) dei giudici intervenuti nella vicenda processuale più risalente abbia evitato di ostacolare il cammino verso la nuova pronuncia del giudice delle leggi²⁰⁹⁶.

Ciò detto, ammetto che, nella sostanziale conferma di gran parte dell'impianto della sentenza n. 1/2014, la Corte costituzionale ha di fatto esteso (e “anticipato”) in modo tangibile il proprio raggio d'intervento. Non era scontato che lo facesse, ma neanche improbabile: i precedenti recenti della Consulta in materia elettorale europea erano, come si è detto, poco assimilabili al caso esaminato²⁰⁹⁷. L'estensione riguarda soprattutto l'aver considerato ammissibili questioni “premature” e a basso livello di concretezza, essendo

²⁰⁹⁴ Per quanto riguarda la decisione dell'Amministrazione pubblica di non costituirsi davanti alla Corte costituzionale, M. POLESE, *L'eccezione e la regola*, cit., 11 la ritiene «determinata dalla volontà di non ostacolare l'accoglimento della questione di legittimità costituzionale», il che non è improbabile. Quanto alla scelta di non svolgere attività difensiva davanti alla Corte di cassazione, gli stessi ricorrenti ritengono che alla base ci fosse la scelta dell'esecutivo in carica, presieduto da Mario Monti, di non intervenire in nessun modo in materia elettorale, ritenuta esterna al proprio mandato governativo.

²⁰⁹⁵ Sul giudicato interno come «questione non secondaria ai fini dell'ammissibilità del giudizio incidentale di costituzionalità», v. F.C. BESOSTRI, *Una testimonianza*, cit., 6. R. BIN (“*Zone franche*” e *legittimazione della Corte*, cit.) ricordava che «la sussistenza dei presupposti non è stata sottoposta a controllo» per la formazione del giudicato interno.

²⁰⁹⁶ Pure per L. TRUCCO, “*Sentenza Italicum*”, cit., 152, «la verifica della legittimazione delle parti e quella della giurisdizione del giudice rimettente sono rimaste in ombra (come se la loro sussistenza fosse stata data, ormai, per assodata)».

²⁰⁹⁷ Anche P. CARNEVALE, *Leggendo in filigrana il comunicato-stampa della Corte costituzionale del 25 gennaio scorso... sperando di non incorrere in allucinazioni. Note a prima (non) lettura sulla decisione relativa alla legge n. 52 del 2015*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, 2017, dopo aver riconosciuto che quei precedenti potevano far pensare «ad un indirizzo maggiormente prudente della Corte, se non proprio ad un embrione di ripensamento», precisa che le decisioni del 2015 e 2016 sulla legge elettorale europea non paiono in contraddizione con la sentenza n. 1/2014: a produrre la decisione d'inammissibilità non era stato un *revirement*, ma la possibilità (non battuta) di adire la Corte nel corso di un giudizio sugli atti del procedimento elettorale davanti al giudice amministrativo, dunque non si poteva parlare di «sacche di inespugnabilità legislativa» da aggredire.

relative a norme non ancora applicate (e, guardando alla data degli atti introduttivi e della sola ordinanza messinese di rimessione, nemmeno applicabili)²⁰⁹⁸.

Va riconosciuto che, unendo le considerazioni sul *deficit* di concretezza a quelle sull'appropriatezza dell'azione di accertamento per fondare un giudizio *a quo*, è facile avere l'impressione di una "messa sotto stress", se non di un sacrificio delle norme processuali codificate nel tempo²⁰⁹⁹. Ogni sacrificio porta con sé inevitabili costi, che qui pare di dover identificare in un ripensamento parziale (e magari circoscritto) del concetto di incidentalità, come negli anni si è plasmato e consolidato. Ovviamente è lecito continuare a pensare che l'accertamento della "pienezza" del diritto di voto e la verifica dei profili di incostituzionalità sollevati in sostanza coincidano; è altrettanto lecito (e "giusto") battersi perché mantenere la via incidentale di accesso alla Corte non comporti «una "dispersione delle garanzie"»²¹⁰⁰, che mal si concilierebbe con uno stato democratico di diritto come il nostro.

Resta sacrosanto dire che «[o]ccorre che l'attore o il ricorrente abbiano di mira il soddisfacimento di una diversa e concreta pretesa, rispetto alla quale la dichiarazione d'incostituzionalità si ponga come strumentale» e che la conseguente differenza dei *petita* debba essere valutata dal giudice *a quo* e dalla Corte costituzionale, essendo inaccettabile una situazione in cui «la questione di costituzionalità [assorbisse] in sé integralmente l'oggetto della causa principale», trasformando il dubbio sottoposto alla Consulta in «una denuncia astratta da parte del giudice *a quo*, che solleva questione perché la norma non gli va (costituzionalmente parlando) a genio, e non perché deve applicarla nella sua attività giurisdizionale»²¹⁰¹. La Corte sembra però aver voluto consolidare una sorta di eccezione a tale regola o, almeno, un'interpretazione/applicazione duttile delle regole vigenti, nel senso che si dirà.

Si è detto che la sentenza n. 8878/2014 della Cassazione ha deluso chi attendeva di sapere cosa restasse da accertare delle «altre condizioni da cui la legge fa dipendere il riconoscimento del diritto di voto», ma ha avuto un merito. La difesa erariale (di nuovo costituitasi) aveva ritenuto cessata la materia del contendere, poiché il giudice delle leggi avrebbe soddisfatto l'interesse dei ricorrenti ripristinando «la legalità costituzionale del sistema elettorale» politico. Per la Suprema Corte, invece, l'eccezione era infondata: la Consulta aveva «ripristinato per il futuro (a partire dalla data di pubblicazione della sentenza n. 1 del 2014) la legalità costituzionale e la possibilità dei cittadini elettori di esercitare il diritto di voto personale, eguale, libero e diretto», senza però aver «potuto accertare quali effetti abbiano avuto le disposizioni incostituzionali della legge n. 270 del 2005 sul diritto di voto dei cittadini elettori nel periodo della loro vigenza», compito del giudice ordinario.

La Cassazione, allora, era consapevole – anche per non avallare l'accusa di aver agevolato una *lis fecta* – del fatto che non bastasse la sentenza della Corte a soddisfare le pretese dei cittadini elettori, essendo adeguata per il "dopo" e non per il "prima": un "prima" che, però, scontava l'essere ben poco concreto e tangibile²¹⁰² e lo sconta ancor più stavolta. Certo, il compito dei giudici sarebbe stato più facile se l'azione di accertamento fosse stata assistita da una richiesta di risarcimento, anche simbolico: anche se il risarcimento non fosse stato riconosciuto, non ci sarebbero stati dubbi sulla non coincidenza dei *petita*. Tale richiesta però non c'era né nella prima vicenda processuale, né nella nuova iniziativa giudiziaria: si voleva mantenere la natura elettorale dell'azione, con i conseguenti vantaggi in termini di spese di

²⁰⁹⁸ Definisce quella tracciata dal Tribunale di Messina come «un'agevole via incidentale che comporta un controllo di costituzionalità di tipo quasi astratto», senza che dalle parole traspaia una valutazione negativa, M. COSULICH, *Contra Italicum, ovvero dell'ordinanza del Tribunale di Messina del 17 febbraio 2016*, in *Rivista AIC – Osservatorio costituzionale*, 2016, 3.

²⁰⁹⁹ È il pensiero di A. RUGGERI, *La Corte alla sofferta ricerca di un accettabile equilibrio*, cit., 4.

²¹⁰⁰ A. CERRI, *Ci sarà pure un giudice a Berlino! Il mugnaio di Potsdam e la legge elettorale*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, 2013, 1.

²¹⁰¹ Citazioni tratte da G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2012, 285 ss.

²¹⁰² Come segnalato, *ex multis*, da R. BIN, "Zone franche" e legittimazione della Corte, cit.; G. REPETTO, *Il divieto di fictio litis*, cit., 11 parla di «un'accezione minima e tutta formale del rapporto di incidentalità».

giustizia²¹⁰³. Visto questo, la Corte costituzionale doveva decidere come agire, alla luce della situazione del 2017 e in considerazione di ciò che era avvenuto in precedenza.

Abortito lo strumento referendario (per opposizione della Consulta o per disinteresse del corpo elettorale, ammesso che per quella via si potessero cancellare norme illegittime senza produrne altre), sbarrata la strada dell'accesso alla Corte mediante l'impugnazione degli atti propedeutici alle elezioni (davanti ai giudici amministrativi e ordinari²¹⁰⁴) e risultata improduttiva quella della sollecitazione alle Giunte parlamentari, a fronte di un Parlamento che non ha voluto (e, in altre fasi, non è riuscito a) produrre norme diverse, per far valere i vizi di legittimità simili a quelli denunciati per la prima volta nel 2008 dal giudice delle leggi restava solo la strada tracciata per attaccare la legge n. 270/2005, che la sentenza n. 1/2014 ha riconosciuto e segnalato²¹⁰⁵ e la sentenza n. 35/2017 ha spianato, pur delimitandola in modo discreto nel contesto istituzionale uscito dal *referendum* del 4 dicembre 2016²¹⁰⁶.

Davanti al bivio tra sbarazzarsi di questioni ritenute inammissibili, relative a norme incostituzionali, ed espungere quelle norme, a costo di una non piena fedeltà alle regole consolidate, la Corte ha scelto la seconda via²¹⁰⁷, adattando la massima attribuita da Georges Bernanos alla Madre Priora nei *Dialoghi delle Carmelitane*: «la nostra Regola non è un rifugio, non è la Regola a custodire noi, siamo noi che custodiamo la Regola». Essa può suonare così: non ci si deve rifugiare e far ingabbiare nelle norme del giudizio di costituzionalità (credendo che la loro indefettibilità tuteli il sistema), non sono le norme a custodire noi (e il sistema), siamo noi a custodire le norme (e il sistema).

²¹⁰³ F.C. BESOSTRI, *Una testimonianza*, cit., 6: «La soluzione era semplice, accompagnare l'azione di accertamento ad una richiesta risarcitoria, contenuta nel simbolico 1 Euro. L'abbiamo scartata principalmente per una ragione di principio, doveva rimanere un'azione in materia elettorale e, *last but not least*, non si pagava il Contributo Unificato ed altri diritti».

²¹⁰⁴ Riesce perciò difficile aderire alla ricostruzione di M. BIGNAMI, *La Corte costituzionale interviene in via "semi-incidentale" sulla legge elettorale: un approccio prudente per un caso eccezionale*, in M. D'AMICO, S. CATALANO (a cura di), *Prime riflessioni sulla "storica" sentenza 1 del 2014*, cit., 35. In base a questa, avendo la sentenza n. 259/2009 considerato inammissibile la questione di costituzionalità dell'art. 87 del t.u. Camera rispetto all'art. 66 Cost. (quando, se avesse ritenuto che detta disposizione costituzionale avesse un oggetto più ampio rispetto alla mera convalida, avrebbe potuto ritenerla infondata), «la Costituzione non dovrebbe impedire l'espansione del sindacato giurisdizionale del giudice ordinario sulle operazioni elettorali», per cui «[n]on è [...] detto che questioni analoghe a quelle decise dalla sentenza n. 1 del 2014 non potessero trovare sbocco in un giudizio comune intentato nel corso delle operazioni elettorali, certo con un qualche esercizio di fantasia». Proprio quell'esercizio di fantasia che – sia pure prima della citata sentenza n. 259/2009 – il tribunale civile di Milano ha indirettamente “punito”, dichiarando la soccombenza dei cittadini elettori che avevano tentato di impugnare alcuni degli atti preparatori alle elezioni politiche 2008. La fantasia è sempre benvenuta, ma può assai poco di fronte a interlocutori che non considerano minimamente la possibilità di cambiare idea (e lo dimostrano in più occasioni).

²¹⁰⁵ Sulla tesi – condivisibile – in base alla quale sul giudizio di ammissibilità da parte della Consulta deve aver pesato il fatto che il ruolo del giudice *a quo* fosse stato rivestito dalla Cassazione, «supremo tutore e custode della legittimità ordinaria», che «aveva accettato non solo di considerare la questione, ma di sospendere il giudizio», v. E. BALBONI, *Annotazioni sulla sentenza acceleratoria: premesse, effetti e fine*, in M. D'AMICO, S. CATALANO (a cura di), *Prime riflessioni sulla "storica" sentenza 1 del 2014*, cit., 15.

²¹⁰⁶ È vero che la riforma costituzionale approvata dal Parlamento introduceva il giudizio preventivo delle leggi elettorali politiche (su ricorso motivato, entro dieci giorni dall'approvazione, di almeno un quarto dei deputati o di almeno un terzo dei componenti del Senato della Repubblica così come disegnato dalla stessa riforma) e che l'esito negativo del *referendum* non lo ha reso disponibile (e secondo alcuni è stato un bene); sarebbe sbagliato, tuttavia, ritenere per questo che i cittadini abbiano bocciato nello specifico anche la possibilità che le norme elettorali politiche siano sottoposte all'esame della Corte costituzionale e che, nello specifico, dopo il 4 dicembre 2016 non debba esservi alcuno spazio per un giudizio anche preventivo su quelle stesse norme, pur non essendo a disposizione uno strumento “tipico” e *ad hoc* come quella che la riforma avrebbe introdotto. Va ricordato, peraltro, che – come sottolineato da A. CIANCIO, *L'Italicum all'esame della Corte costituzionale: alcune osservazioni a sostegno dell'inammissibilità*, in *Federalismi.it*, 2017, 8 – il giudizio di legittimità preventivo avrebbe riguardato la legge elettorale nel suo complesso (e non singoli profili, come in questo caso) e, in caso di accoglimento del ricorso della minoranza, la nuova legge non sarebbe stata promulgata né sarebbe entrata in vigore, col risultato che non ci sarebbe stata nessuna sopravvivenza di una disciplina “manipolata” dalla Corte e la palla – per riprendere la metafora sportiva dell'autrice – sarebbe tornata «sul terreno di gioco della decisione (e della mediazione) propriamente politica».

²¹⁰⁷ E lo ha fatto cogliendo «lo spazio teorico e l'opportunità pratica» per questo *revirement*, procedendovi in un caso in cui «l'assenza di giurisdizione (costituzionale e ordinaria) priva di tutela un diritto politico fondamentale»: G. AZZARITI, *Lo spazio teorico e l'opportunità politica per un mutamento di giurisprudenza*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, 2013, 2.

La Corte costituzionale, che delle regole fondamentali – e, mediante quelle, del sistema – è garante, sembra aver scelto di non farsi ingabbiare dalle regole e dai suoi precedenti: ha finito così per creare una via d'accesso incidentale *sui generis*²¹⁰⁸, forse non distante nella sostanza da altre scelte passate della stessa Consulta, volte a una «espansione dell'area di azione del principio di legittimità costituzionale e conseguentemente del proprio scrutinio»²¹⁰⁹. Ciò sarebbe avvenuto soprattutto sulla base di due criteri «d'impronta marcatamente costituzionalistica»²¹¹⁰: da una parte il rilievo costituzionale del diritto di voto e della legge elettorale (che ne rende incerta la portata), dall'altra la necessità di evitare “zone franche” intorno a norme essenziali per costituire «organi costituzionali essenziali per il funzionamento di un sistema democratico-rappresentativo», norme altrimenti non sindacabili.

La Corte, calcando la mano su tale necessità, ha creato i presupposti per una nuova (o rinnovata) eccezione, com'era eccezionale il contesto in cui il giudice delle leggi ha operato. Il giudizio di ammissibilità non comportava per forza l'accoglimento delle questioni, ma non è assurdo pensare che la coerenza tra la sentenza n. 35/2017 e la n. 1/2014 sia stata agevolata dal bisogno di eliminare (di fronte a un Parlamento irrigidito e incapace di intervenire) la grave distonia tra le norme elettorali di Camera e Senato: col bicameralismo paritario intatto dopo il *referendum* del 4 dicembre, sarebbe stato critico (per rispettare la rappresentanza e formare maggioranze omogenee) far convivere un sistema con premio e ballottaggio a Montecitorio e il proporzionale quasi puro a Palazzo Madama²¹¹¹.

Risuona, è vero, un severo monito: «Un giudice che assume a fondamento d'una sua sentenza il nudo stato d'eccezione non è un giudice»²¹¹². La Corte, però, aveva addosso un carico di attese e pretese circa un proprio intervento: avrebbe potuto ignorarle, eluderle (dichiarando l'inammissibilità) o rigettare le questioni. Ha scelto invece, nel suo necessitato «esercizio di supplenza sul circuito partitico-parlamentare ingolfato»²¹¹³, di accoglierne alcune, tentando di eliminare alcuni problemi (senza andare oltre i suoi margini di manovra), ma per farlo occorreva superare lo scoglio dell'ammissibilità²¹¹⁴. Quanto alla scelta di intervenire quando le norme in esame non erano mai state applicate, la scelta di sottoporle al *test* di costituzionalità prima della loro applicazione per prevenire il rischio di votare con regole confliggenti con la Carta deve aver pesato di più rispetto alla poca concretezza della questione²¹¹⁵.

²¹⁰⁸ Così L. TRUCCO, “*Sentenza Italicum*”, cit., 152.

²¹⁰⁹ P. CARNEVALE, *La Cassazione all'attacco della legge elettorale*, cit., 6: l'autore, dopo l'ordinanza della Cassazione, pur esprimendo riserve sull'ammissibilità, aveva ricordato episodi di «uso quantomeno duttile (se non vere proprie forzature) degli istituti del processo costituzionale» da parte della Corte, specie riconoscendo legittimazione a sollevare le questioni a organi non giudiziari. D'altro avviso, ritenendo che tali deroghe o ampliamenti non permettano di allentare il metro di giudizio («il *favor* mostrato in tali occasioni verso l'ingresso della questione di costituzionalità [...] costituisce un esempio di esaltazione, anziché di compressione, dell'incidentalità») M. BIGNAMI, *La Corte costituzionale interviene in via “semi-incidentale”*, cit., 33.

²¹¹⁰ L. TRUCCO, “*Sentenza Italicum*”, cit., 152. Sul tema v. R. BALDUZZI, P. COSTANZO (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino, Giappichelli, 2007 (spec. M. SICLARI, *Il procedimento in via incidentale*, 11-27).

²¹¹¹ Prima del *referendum* parlava di «scrutinio di legittimità costituzionale dell'ipotesi di ballottaggio [...] molto più stretto in riferimento all'attuale situazione di bicameralismo paritario oppure se questa fosse destinata a permanere», essendo «attenuata la tutela dell'esigenza di stabilità governativa che, secondo la stessa Corte, deve bilanciare la compressione della rappresentanza» V. LIPPOLIS, *L'Italicum di fronte alla Corte e i tempi del referendum sulla riforma costituzionale*, in *Federalismi.it*, 2016, 4. L'idea è stata ribadita dopo il voto in V. LIPPOLIS, *Le disavventure dell'Italicum e la Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 2017.

²¹¹² G. ZAGREBELSKY, *La sentenza n. 1 del 2014*, cit.

²¹¹³ F. LANCHESTER, *La Corte e il voto: riflettendo su un comunicato stampa*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, 2017, 8.

²¹¹⁴ Si comprende come per A. RUGGERI, *La Corte alla sofferta ricerca di un accettabile equilibrio*, cit., 4, la Corte si sentisse «di portare sulle spalle una croce pesante e di doverla portare fino in cima perché è a ciò chiamata dal dovere di fedeltà alla Repubblica», sapendo «di dover entrare a tutti i costi nel merito e, fin dove possibile, correggere il dettato legislativo».

²¹¹⁵ Riconosce che «andare alle prossime elezioni con una legge a sospetto di incostituzionalità» sarebbe stato «un rimedio peggiore del male» S. CECCANTI, *I sistemi elettorali per le elezioni politiche dopo la 35/2017: una sentenza figlia del referendum, ma per il resto deludente per i proporzionalisti*, in *Federalismi.it*, 2017, 2. Sottolinea acutamente che un *revirement* restrittivo della Corte, magari motivato con la mancata applicazione della legge, «non avrebbe dato nessuna garanzia che una tale scelta sarebbe stata irreversibile e avrebbe esposto la legge elettorale ad un – questo sì, disastroso – giudizio di costituzionalità *ex post factum*» B. CARAVITA, *Il giudizio della Corte per temperare ma non interrompere il trend maggioritario*, in *Federalismi.it*, 2017, 3.

Il discorso finisce per essere accettabile, purché la fattispecie eccezionale o specialissima (a seconda di come la si costruisce) resti tale, senza essere generalizzata: certificata tale peculiare via di accesso alla Consulta per le leggi elettorali politiche, la si dovrebbe battere *cum grano salis*, col buon senso che purtroppo non è frequente in chi agisce di fronte ai tribunali italiani. La Corte, che ha ribadito la scelta coraggiosa di pochi anni prima (considerando la politicità della decisione e il carico di critiche che avrebbe attirato)²¹¹⁶, è parsa consapevole della necessità d'arginare i futuri tentativi di sottoporle questioni di legittimità nate nei più diversi giudizi di accertamento: ha cercato perciò di porre limiti, codificando i quattro caratteri della «rilevanza proceduralizzata»²¹¹⁷ enucleati dalla sentenza n. 1/2014.

È comprensibile temere puntuali impugnazioni di ogni nuova legge elettorale²¹¹⁸ – e, mediante l'azione di accertamento per attivare il giudizio *a quo*, pure d'altre norme relative a diritti di rilievo costituzionale; eppure, se l'ordinanza della Cassazione del 2013 aveva «violato»²¹¹⁹ e la Consulta pochi mesi dopo ha illuminato la nota «zona d'ombra»²¹²⁰ del controllo di costituzionalità delle leggi, la sentenza n. 35/2017 l'ha cancellata, almeno quanto all'ambito elettorale²¹²¹. Ciò perché in futuro, con le cautele del caso e gli oneri di motivazione richiesti ai giudici *a quibus*, nuove questioni sulla legge elettorale politica potranno finire davanti al giudice delle leggi in via incidentale²¹²², sempre che non emergano vie meno insidiose di accesso alla Corte, non attraverso i tribunali civili – già oberati di cause – ma grazie ad altri organi²¹²³.

3. Il problema dell'autorimessione e i dubbi sull'*iter* legislativo

²¹¹⁶ P.A. CAPOTOSTI, *Il coraggio della Corte*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, 2013, spec. 3.

²¹¹⁷ L. TRUCCO, “*Sentenza Italicum*”, cit., 151-153.

²¹¹⁸ V. A. LUCARELLI, S. LIETO, *Considerazioni in merito al controllo di costituzionalità dell'Italicum*, cit., 2-3. Lo scenario, prefigurato dopo la sent. n. 1/2014 (R. BORRELLO, *Ancora sull'ammissibilità del ricorso*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, 2013, 2), si era verificato pure per leggi elettorali regionali ed europee; solo la sent. n. 35/2017, però, ha portato la Corte a riesaminare la sua decisione su incidentalità e ammissibilità della questione: v. S. STAIANO, *La pietra d'inciampo*, cit., 6-7.

²¹¹⁹ L'immagine – anche se l'autore era poco convinto dell'ammissibilità della questione di costituzionalità – è di A. GIGLIOTTI, *Violata la “zona d'ombra”? La quaestio legitimitatis della legge elettorale*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, 2013.

²¹²⁰ Non concorda S. STAIANO, *La pietra d'inciampo*, cit., 10: «Le leggi per l'elezione parlamentare sono state sottratte al vaglio della Corte poiché nel sistema di controllo sulla legittimità delle leggi, incentrato sull'incidentalità, non è contemplata alcuna forma di gravame che possa condurre a incardinare un giudizio *a quo* in cui tali leggi funzionino da parametro: non di “zona franca” si tratta, ma di limiti posti in sede normativa [...] alla giurisdizione della Corte». La Consulta si sarebbe limitata a decidere «sulla estensione della propria giurisdizione, determinandola oltre il confine tracciato in sede normativa».

²¹²¹ Residuirebbe per L. TRUCCO, “*Sentenza Italicum*”, cit., 154, l'eventuale «zona franca» data dal differimento non più dell'efficacia di certe norme, com'era avvenuto con la legge n. 52/2015, ma della loro stessa entrata in vigore, essendo stato individuato quel momento dalla Corte come generativo dell'interesse ad agire (per cui l'autrice auspica che la giustiziabilità decorra invece dal tempo della promulgazione). La stessa autrice, peraltro, sottolinea (155) come la Consulta non giudicherebbe tanto sulla legge elettorale politica in sé, quanto «sull'impatto del (solo) sistema elettorale del Parlamento (solo) sul voto individuale (e non, in generale, sulle “elezioni”)».

²¹²² Parlava della «concretissima possibilità di un futuro (e abbastanza rapido) intervento del giudice costituzionale» come di «un dato presente e immanente», pur a fronte di un «grave *vulnus* all'incidentalità del sistema di giustizia costituzionale» N. ZANON, *Fare la legge elettorale “sous l'oeil des russes”*, in M. D'AMICO, S. CATALANO (a cura di), *Prime riflessioni sulla “storica” sentenza 1 del 2014*, cit., spec. 126. Pur condividendo l'idea del *vulnus* all'incidentalità, l'autore tre anni dopo ha redatto la sentenza n. 35/2017: per uno scherzo del destino, Zanon ha concretizzato la possibilità di intervento della Corte da lui preconizzato.

²¹²³ Risulta interessante (e convincente) la proposta di P. CARNEVALE, *Leggendo in filigrana il comunicato-stampa*, cit., 6: si potrebbero considerare le Giunte delle elezioni delle Camere quali giudici “ai limitati fini” della proposizione di questioni di legittimità costituzionale e, qualora si trovassero nelle condizioni per interpellare la Corte, estendere anche alle eventuali pronunce di accoglimento la “sterilizzazione” degli effetti scelta dalla stessa Consulta per la sentenza n. 1/2014, così l'eventuale declaratoria di incostituzionalità non metterebbe in discussione titoli e attività pregressa degli eletti in Parlamento, nonché la loro attività fino alla fine della legislatura. Proprio la “sterilizzazione” degli effetti della sentenza metterebbe le Giunte in condizione di proporre con “serenità” le questioni sulla legge elettorale ad esse sottoposte, cosa fin qui sistematicamente esclusa per l'inevitabile «carica “suicida” dell'iniziativa» (difficilmente un parlamentare avrebbe messo in discussione, oltre che l'istituzione che ha votato determinate norme, le regole elettorali in grado di legittimare il proprio ruolo pubblico): se si aprisse questa nuova strada, per Carnevale non ci sarebbe neanche più bisogno di ricorrere a quell'accesso “diretto mascherato” che la Corte costituzionale ha scelto di riconoscere con la sentenza n. 1/2014.

Iniziando a esaminare le valutazioni della Corte, si deve dar conto di un'altra porzione della sentenza con implicazioni processuali. La decisione ha dichiarato inammissibile la richiesta (avanzata dalle parti dei giudizi instaurati a Messina, Perugia, Trieste e Genova) di «sollevare di fronte a se stessa questione di legittimità costituzionale dell'intera legge n. 52 del 2015» per vizi *in procedendo*: erano stati segnalati ai giudici *a quibus*, ma questi li avevano ritenuti manifestamente infondati, senza sollevare questioni.

I cittadini elettori si dolevano per un'approvazione delle modifiche alla legge elettorale «in palese violazione dell'art. 72, commi 1 e 4, Cost. e dell'art. 3 del protocollo Cedu» (richiamato dall'art. 117, comma 1, Cost.): non sarebbe stata seguita la «procedura normale di esame e di approvazione diretta da parte della Camera» *ex art. 72, comma 4*. Al Senato ciò si doveva soprattutto alla forzatura causata dall'ammissione e dal voto del c.d. «emendamento premissivo» (anticipatore dei nuovi contenuti della riforma) a firma del senatore Pd Stefano Esposito²¹²⁴, la cui discussione avrebbe precluso l'esame di emendamenti in contrasto con esso²¹²⁵; il secondo passaggio alla Camera, invece, sarebbe stato vulnerato dall'approvazione degli artt. 1, 2 e 4 della futura legge n. 52/2015 mediante la questione di fiducia, con automatica compressione del dibattito e decadenza degli emendamenti su quelle disposizioni²¹²⁶.

Dovendo pronunciarsi subito su quel punto preliminare (poiché avrebbe messo in discussione l'intera legge), la Corte se n'è sbarazzata dichiarando inammissibile l'istanza: ha così confermato l'orientamento costante che – in stretta corrispondenza tra chiesto e pronunciato – limita il proprio esame a quanto riportato nell'ordinanza di rimessione, senza che le parti possano chiedere di «estendere o modificare il contenuto o i profili» dell'ordinanza²¹²⁷. Per il giudice delle leggi, i profili di incostituzionalità segnalati dalle parti nel giudizio *a quo*, ma non inseriti nell'ordinanza, non potevano essere esaminati, neanche con l'autorimessione: ciò avrebbe prodotto lo stesso effetto di estendere il *thema decidendum* rispetto al contenuto delle ordinanze dei giudici *a quibus*. Per rafforzare il verdetto d'inammissibilità, la Consulta ha allegato la valutazione di manifesta infondatezza, rinvenibile nelle cinque ordinanze di rimessione: un eventuale esame della Consulta sul punto – anche se avesse concluso per l'infondatezza – avrebbe trasformato il giudizio di costituzionalità in un'impugnazione delle ordinanze, natura ad esso estranea²¹²⁸.

Tale decisione può far pensare che l'istituto dell'autorimessione sia estraneo al giudice delle leggi, ma così non è: parte della dottrina aveva prefigurato un altro esito della pronuncia²¹²⁹. Dal 1960 la Corte più volte ha investito se stessa del controllo di costituzionalità, per dubbi su una norma da applicare in un giudizio instaurato davanti a sé: all'inizio l'ha fatto nei giudizi per conflitto di attribuzione²¹³⁰, ma ha praticato l'autorimessione pure negli altri giudizi, compreso quello di legittimità in via incidentale²¹³¹.

²¹²⁴ Su questo, per approfondire, v. G. PICCIRILLI, *Tutto in un voto (premissivo)! La fissazione dei principi dell'Italicum nel suo esame presso il Senato*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 30 gennaio 2015; L. CIAURRO, *L'emendamento premissivo omnibus: un nuovo modo di legiferare?*, in *Rivista AIC – Osservatorio costituzionale*, 2015; A. FALCONE, *La riforma elettorale alla prova del voto in Senato: il super-emendamento premissivo e il voto 'bloccato' sulla proposta di legge*, in *Rivista AIC – Osservatorio costituzionale*, 2015, 8-13.

²¹²⁵ Questa censura era stata formulata e ampiamente argomentata solo dai ricorrenti di Messina.

²¹²⁶ Nei loro atti di parte, i cittadini elettori segnalavano pure una procedura «anormale» per l'esame in Commissione Affari costituzionali al Senato e al secondo passaggio alla Camera, conclusa in entrambi i casi senza l'approvazione della relazione.

²¹²⁷ Come precedenti sono citate le sentenze n. 83/2015, n. 94/2013, n. 42/2011, n. 86/2008 e n. 49/1999, ma si può aggiungere anche la n. 63/1998.

²¹²⁸ Sulla scelta della Corte di non perseguire l'autorimessione per «mantenersi al possibile salda sul terreno della “via indiretta”» v. L. TRUCCO, *“Sentenza Italicum”*, cit., 155.

²¹²⁹ E.A. IMPARATO, *La Consulta alla prova dell'Italicum: la via dell'autorimessione*, in *Consulta OnLine*, 2017.

²¹³⁰ La prima pronuncia rilevante in questo senso – Corte cost., (ord.) n. 22/1960 – venne resa all'interno di un conflitto di attribuzione tra Stato e Regione Sicilia. Sulla decisione, oltre che E.A. IMPARATO, *La Consulta alla prova dell'Italicum*, cit., 15-16, v. F. MARONE, *Appunti su Corte costituzionale giudice a quo e giudizio di ammissibilità del referendum*, in *Federalismi.it*, 2013, 7-8.

²¹³¹ La strada venne aperta da Corte cost., (ord.) n. 73/1965, resa nel corso di un giudizio di legittimità (nato da un giudizio *a quo* di natura tributaria) per sollevare la questione su alcune norme della legge n. 798/1965 relative alla previdenza e all'assistenza forense, nella parte in cui prevedevano per gli avvocati il pagamento di alcune imposte legate all'esercizio della professione davanti alla Consulta. La Corte sospettò che ciò fosse contrario al principio costituzionale della gratuità degli atti del procedimento davanti a sé: richiamati i propri precedenti di autorimessione in sede di conflitto di attribuzione, precisò che le ragioni alla base di quelle scelte valevano «pure rispetto ad ogni altro procedimento davanti alla Corte, potendosi presentare

La possibilità di sollevare davanti a se stessa la questione apparve un “rimedio” alla posizione della Corte nei primi anni, che negava la propria natura di “giudice”²¹³² e (dopo il 1960) continuava a non prevedere l’ampliamento dell’oggetto del giudizio di legittimità: ciò avrebbe costretto la Consulta ad applicare leggi viziate da incostituzionalità o, al più, a disapplicarle nel singolo caso (limitando però *inter partes* gli effetti della propria decisione). La giustificazione del passo compiuto dalla Corte sta nel suo ruolo di «organo di chiusura del sistema»²¹³³: essa ha ritenuto di dover scrutinare norme che, vista pure la non impugnabilità delle proprie decisioni *ex art.* 137, comma 3 Cost., non potrebbero per altra via finire oggetto del proprio sindacato e (magari) espunte dall’ordinamento²¹³⁴.

In dottrina, a fronte di chi accolse con favore questo “auto-allargamento” dei poteri della Corte²¹³⁵, non mancarono voci contrarie, per la lesione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato²¹³⁶ e anche per un constatato affievolimento del concetto di pregiudizialità: il dubbio di costituzionalità non sorgeva davanti a un giudice che doveva conoscere di una controversia²¹³⁷ e poteva non parlarsi, a rigore, di intervento su una norma da applicare necessariamente nel caso in esame. Tali perplessità formali e procedurali, quasi certamente presenti anche ai giudici della Corte, sarebbero state superate dall’esigenza – ancora una volta – di evitare la sopravvivenza di “zone franche” della legislazione, potenzialmente o praticamente sottratte al sindacato di costituzionalità.

Su tale base, viene spontaneo chiedersi perché la Corte sia stata così *tranchante* nel non voler ricorrere all’autorimessione (soluzione apprezzata dalla dottrina in materia elettorale, pure a ridosso dell’udienza che avrebbe portato alla sentenza n. 35/2017²¹³⁸): leggendo la sentenza si nota come la Consulta non abbia fatto ricordato i precedenti episodi in cui lo stesso giudice delle leggi (per di più in un giudizio incidentale di costituzionalità) aveva ritenuto di poter e dover «risolvere una questione di legittimità

anche in tali altri giudizi la necessità di risolvere una questione di legittimità costituzionale pregiudiziale alla definizione della questione principale in questa sede, come strumentale alla decisione». La vicenda fu decisa da Corte cost., n. 75/1965, che dichiarò fondata la questione. Per un “censimento” dei precedenti in materia, v. A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, 5° ed., Milano, Giuffrè, 2008, 152-155: tra i più recenti – nei quali la possibilità per la Corte di sollevare davanti a se stessa una questione in un giudizio incidentale di costituzionalità si dà per scontata, senza doverla argomentare come all’inizio: cfr. Corte cost., (ord.) n. 100/1970 – v. Corte cost., (ord.) n. 294/1993 (in tema di benefici fiscali per i vitalizi percepiti dagli ex parlamentari, norma invocata come *tertium comparationis* per estendere il regime pure agli ex dipendenti pubblici; la questione è stata ritenuta fondata da Corte cost., n. 289/1994) e (ord.) n. 197/1996 (la Consulta che aveva indubbiato un decreto-legge reiterato per contrasto con l’art. 77 Cost.; l’ord. n. 366/1996 ha dichiarato la questione inammissibile, perché lo stesso giorno la Corte aveva emesso la nota sentenza n. 360/1996 e, mutando il quadro normativo, aveva fatto venir meno la pregiudizialità della questione da essa stessa posta). In questi casi, il dispositivo dell’ordinanza si apriva con «La Corte costituzionale dispone la trattazione innanzi a sé della questione di legittimità costituzionale [...]».

²¹³² Ha costituito un passo significativo Corte cost., (ord.) n. 103/2008: la Corte si è – per la prima volta – qualificata “giudice” e, come tale, si è ritenuta titolata a rimettere una questione alla Corte di giustizia dell’Unione europea, in sede di rinvio pregiudiziale (sia pure nell’ambito di un giudizio di legittimità costituzionale in via principale e non incidentale).

²¹³³ F. MARONE, *Appunti su Corte costituzionale giudice a quo*, cit., 10.

²¹³⁴ Cfr. E.A. IMPARATO, *La Consulta alla prova dell’Italicum*, cit., 15.

²¹³⁵ C. ESPOSITO, *La Corte costituzionale come giudice «a quo»*, in *Giur. cost.*, 1960, 212 ss.; V. CRISAFULLI, *Postilla all’ordinanza 12 novembre 1965, n. 73*, in *Giur. cost.*, 1965, 1218 (ma l’autore sottolineò come, *prima facie*, l’istituto dell’autorimessione fosse poco conciliabile con la scelta della Corte di non qualificarsi, specie in quella fase, come “giudice”).

²¹³⁶ M. CAPPELLETTI, *Il controllo di costituzionalità delle leggi nel quadro delle funzioni dello Stato*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 376 ss.; su una posizione analoga, in seguito, B. CARAVITA, *Appunti in tema di «Corte giudice a quo» (con particolare riferimento alle questioni sollevate nel corso dei giudizi incidentali di legittimità costituzionale)*, in *Giur. cost.*, 1988, 40 ss., spec. 51.

²¹³⁷ B. CARAVITA, *Appunti in tema di «Corte giudice a quo»*, cit., parla di «“svalutazione” della rilevanza» e di questioni «ai confini della rilevanza». Sulla rilevanza come “influenza” della decisione della Corte sul giudizio *a quo*, più che come applicabilità, v. però A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, 4° ed., Torino, Giappichelli, 2009, 190 ss.

²¹³⁸ Per la preferenza per la soluzione dell’autorimessione nel giudizio di legittimità della l. n. 52/2015, v. E.A. IMPARATO, *La Consulta alla prova dell’Italicum*, cit. Per l’applicazione di quell’istituto già in sede di valutazione dell’ammissibilità dei *referendum* del comitato Morrone-Parisi (ritenuta «soluzione complessivamente più equilibrata» rispetto alla questione di legittimità costituzionale sollevata in un giudizio di accertamento, pur dovendosi aggirare alcune criticità in tema di pregiudizialità) F. MARONE, *Appunti su Corte costituzionale giudice a quo*, cit., 25 ss. Sottolinea A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, cit., 152, come la soluzione dell’autorimessione, rispetto ad altre – compresa, in altre circostanze, la dichiarazione di illegittimità conseguenziale – comporti maggiori garanzie in tema di contraddittorio.

costituzionale pregiudiziale alla definizione della questione principale»²¹³⁹, quasi a volerli tenere lontani dal caso in esame. In realtà, la formula usata – specie il riferimento alla necessità di contenere il giudizio incidentale di legittimità nei limiti fissati dalle ordinanze di rimessione, non potendo trovare ingresso «profili ulteriori indicati dalle parti» – riprende dei precedenti analoghi.

La pronuncia in commento non la cita, ma è rilevante la sentenza n. 195/1972: una parte del giudizio *a quo* aveva chiesto alla Corte di sollevare d'ufficio una questione sulla stessa norma indubbiata per violazione di altre disposizioni costituzionali. La Consulta ribadì che l'ordinanza di rinvio «puntualizza e circoscrive i termini della questione» e giudicò inammissibile l'istanza: riconobbe i precedenti d'autorimessione, validi pure per i giudizi incidentali di costituzionalità, ma li giudicò applicabili solo ove il dubbio prospettato vertesse su norme «pregiudiziali e strumentali rispetto alla definizione della questione principale». Lì invece si sarebbero dovuti sollevare nuovi profili di legittimità sulla stessa norma: farli entrare nel giudizio, anche con l'autorimessione, avrebbe prodotto «una inammissibile estensione dell'oggetto».

Sulla scia della pronuncia ora ricordata era la sentenza n. 122/1976: essa evidenziava che la norma oggetto dell'eventuale questione sollevata dalla Corte doveva essere «diversa da quella impugnata» e il giudice delle leggi doveva essere chiamato «necessariamente ad applicar[la] nell'*iter* logico per arrivare alla decisione sulla questione che [gli] è stata proposta» (in quel caso, poi, l'eccezione di costituzionalità era emersa nel giudizio *a quo*, ma nell'ordinanza di rimessione non aveva trovato spazio). Discorso analogo si può fare per le sentenze in cui, pur non parlandosi espressamente di autorimessione negata, la dottrina più attenta aveva letto un simile rifiuto dietro la conferma dell'impossibilità per la Consulta di sollevare una questione di fronte a se stessa come «strumento improprio per allargare i termini ed i profili della questione come originariamente proposta»²¹⁴⁰.

Ora, non è difficile riconoscere in questi precedenti una cornice simile a quella della vicenda da commentare: certo, qui il dubbio che la Corte avrebbe dovuto far valere non era sulle stesse norme indubbiata nel giudizio *a quo*, bensì sull'intera legge che le conteneva, visti i suoi presunti vizi nell'*iter* di approvazione; è altrettanto vero, però, che difficilmente si poteva parlare di strumentalità della questione sull'intera legge rispetto a quelle sollevate dai giudici *a quibus*. In questo senso, gli spazi per l'autorimessione fin dall'inizio sarebbero stati ridotti quasi a zero, anche senza utilizzare l'argomento – certo non privo di pregio – dell'impossibilità che la Consulta sollevasse di fronte a se stessa una questione già sottoposta a tutti i giudici *a quibus* e ritenuta da tutti manifestamente infondata.

Fin qui la decisione della Corte. Aver considerato inammissibile l'istanza di autorimessione, com'è ovvio, non impedisce che gli stessi vizi sollevati dalle difese delle parti – al pari di quelli fatti valere nelle ordinanze di rimessione e ritenuti inammissibili – siano proposti ad altri giudici ordinari in altre cause di accertamento, o persino agli stessi giudici *a quibus* che hanno portato alla sentenza n. 35/2017 della Consulta. Ciò è puntualmente accaduto²¹⁴¹ e non è impossibile che nei prossimi mesi un tribunale si

²¹³⁹ Citazione tratta da Corte cost., (ord.) n. 73/1965.

²¹⁴⁰ A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, cit., 154. Oltre a quelle della nota n. 98, v. le sentt. nn. 56/1968 e 239/1984.

²¹⁴¹ Il 9 marzo 2017 i ricorrenti che avevano dato origine al procedimento *a quo* hanno depositato presso il Tribunale civile di Messina un ricorso per riassumere il giudizio dopo la sentenza n. 35/2017. Costoro, oltre a chiedere una sentenza che accerti e dichiari la lesione dei loro diritti elettorali, hanno riportato all'attenzione dei giudici cinque profili di illegittimità costituzionale che la Corte ha ritenuto inammissibili (la coesistenza del premio di maggioranza e dello sbarramento al 3%, le multicandidature solo per i capilista, le soglie di sbarramento al Senato, la disomogeneità delle discipline elettorali per i due rami del Parlamento, dopo la mancata entrata in vigore della riforma costituzionale), o che il tribunale non aveva sollevato, ritenendoli manifestamente infondati (è il caso del dubbio sull'*iter* parlamentare seguito). Sulle questioni prima ritenute inammissibili, non si discute – stante la somiglianza tra inammissibilità e restituzione degli atti al giudice *a quo* – la possibilità per gli stessi ricorrenti di chiedere al giudice di risollevarne la questione e per questi di interpellare di nuovo la Corte, avendo però cura di motivare meglio la non manifesta infondatezza e, se del caso, di specificare meglio il *petitum*. V. A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, cit., 235. In A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 129-130 si propugna la diversa idea della distinzione tra pronunce d'inammissibilità (decisioni definitive, con sentenza, che precluderebbero la possibilità di ripresentare

occupi ancora degli eventuali vizi *in procedendo* della legge che ha modificato il t.u. Camera: è dunque il caso di interrogarsi sulla fondatezza dei profili emersi e “rispolverati”.

Tutte e cinque le ordinanze di rimessione, si è visto, avevano considerato manifestamente infondata la censura al procedimento legislativo, ritenendo che non si fosse dimostrata adeguatamente la violazione della procedura «normale» ex art. 72, comma 1 Cost., sempre prescritta dal comma 4 per i disegni di legge – tra gli altri – in materia elettorale. Tutti i giudici *a quibus* hanno mostrato di aderire a una lettura della «procedura normale» strettamente legata al dettato costituzionale, ritenendo che fosse obbligatoria solo l’approvazione del testo articolo per articolo e con voto finale, dopo un primo esame del testo in (almeno) una delle Commissioni permanenti; in altre parole, l’art. 72, comma 4 serviva essenzialmente a fissare la riserva di assemblea, negando l’applicabilità ai d.d.l. elettorali del c.d. procedimento decentrato (commissione in sede deliberante) o di quello misto (in sede redigente). Se la lettura fosse questa, non ci sarebbero margini per ritenere fondata la questione: l’*iter* è stato rispettato nei suoi tratti fondamentali.

Potrebbe essere diverso il risultato considerando che sempre l’art. 72, comma 1 Cost. prevede che, nel rispetto della «procedura normale», l’esame sia condotto da ciascuna Camera «secondo le norme del suo Regolamento»? Alcune parti, infatti, ritenevano che solo con un completo rispetto dello stesso si potesse parlare di «procedura normale»: nel corso dei giudizi *a quibus* (e, almeno in parte, di quello incidentale di costituzionalità), sono stati messi in luce vari profili critici, che potrebbero rappresentare altrettante anomalie all’interno del procedimento legislativo²¹⁴². L’unico giudice cui sono stati espressamente portati all’attenzione, ossia il tribunale di Messina, li ha considerati non rilevanti (almeno in prima battuta), ma ha dedicato al punto un passaggio stringatissimo e una motivazione ben poco consistente, specie rispetto alla quantità di materiale sottopostogli²¹⁴³.

Per i ricorrenti messinesi, l’apposizione della questione di fiducia avrebbe violato la «procedura normale», avendo mutato il procedimento di approvazione della legge da ordinario a speciale: lo suggerirebbe un richiamo a un precedente parlamentare del 1980, legato all’allora presidente Nilde Iotti²¹⁴⁴. Lei, conscia dei «particolari effetti sull’ordinario *iter* di approvazione del provvedimento» seguenti alla richiesta di votare una questione di fiducia sull’unico articolo del d.d.l. di conversione di un decreto (dopo che peraltro era già stato presentato un ordine del giorno di non passaggio agli articoli), consultò la Giunta per il regolamento: alla fine Iotti statui che «la questione di fiducia, modificando in base all’art. 116 l’ordinario procedimento di discussione e approvazione dei progetti di legge, dà vita ad un *iter* autonomo e speciale, come confermato dalla sua stessa collocazione nella parte terza del regolamento»²¹⁴⁵. Applicando al caso in esame il principio del “lodo Iotti”, aver apposto la questione di fiducia all’*iter* della futura legge n. 52/2015 avrebbe trasformato la sua procedura di approvazione da «normale» a qualcosa di diverso («speciale», utilizzando le parole del “lodo Iotti”), venendo meno al rispetto di quanto prescritto

la questione) e pronunce di restituzione degli atti (decisioni non definitive, con possibilità di riproporre la questione); gli autori però riconoscono che «nel recente passato» (ma lo stesso sembra accaduto nel caso in esame) la Corte spesso ha deciso per l’inammissibilità «in sostituzione delle “ordinanze di restituzione”, estendendone la portata e finendo in pratica con l’annullare la ricordata distinzione».

²¹⁴² E, come tali, sindacabili alla luce della strada tracciata da Corte cost., nn. 3/1957 e 9/1959, a dispetto del progressivo *self restraint* del giudice delle leggi: sul punto, v. almeno M. MANETTI, *Procedimenti, controlli costituzionali e conflitti nella formazione degli atti legislativi*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Annuario 2010. Decisione conflitti controlli. Procedure costituzionali e sistema politico. Atti del XXV Convegno annuale – Parma, 29-30 ottobre 2010*, Napoli, Jovene, 2012, 3-44 e N. LUPO, *I tradimenti delle «promesse» sulla sindacabilità del procedimento legislativo contenute nella sentenza n. 9 del 1959 della Corte costituzionale*, ivi, 141-161.

²¹⁴³ Di «motivazione [...] estremamente succinta», senza valutazioni specifiche di ammissibilità e rilevanza e di rilievi di assenza di violazioni condotti «piuttosto apoditticamente» parlava L. IMARISIO, *La nuova legge elettorale di fronte alla Consulta, tra questioni che tornano a bussare e questioni che restano fuori dalla porta*, in *Rivista AIC – Osservatorio costituzionale*, 2016, 3.

²¹⁴⁴ Il precedente seguì alla scelta del governo di Francesco Cossiga di porre la fiducia sulla legge di conversione del d.l. n. 625/1979, che inaspriva la disciplina dei reati commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell’ordine democratico.

²¹⁴⁵ A.P., Camera dei Deputati, VIII legislatura – Discussioni, seduta del 23 gennaio 1980, n. 103 (resoconto stenografico), 8328. Precedente richiamato in A.P., Camera dei Deputati, VIII legislatura – Discussioni, seduta del 25 settembre 1980, n. 211 (resoconto stenografico), 18551, dopo che il governo Cossiga aveva posto la fiducia su un’altra legge di conversione.

dall'art. 72, comma 4 Cost: un principio, questo, che volendo sarebbe suffragato anche da almeno un precedente giurisprudenziale²¹⁴⁶.

La questione di fiducia rilevarebbe anche sotto il profilo dello scrutinio adottato per il voto sui tre articoli della legge (palese per appello nominale). Per l'art. 49, comma 1 del Regolamento della Camera, la norma è lo scrutinio palese, ma si effettuano a scrutinio segreto le votazioni riguardanti le persone e, se richiesto da trenta deputati (o da uno o più presidenti di gruppi che, pure congiuntamente, risultino di almeno pari consistenza) quelle che incidono su vari diritti e su alcuni tipi di leggi, comprese quelle elettorali; *ex art.* 116, comma 4, poi, la questione di fiducia non si può porre, tra l'altro, «su tutti quegli argomenti per i quali il Regolamento prescrive votazioni per alzata di mano o per scrutinio segreto».

In aula certe forze politiche avevano chiesto il voto segreto su alcuni emendamenti, ma il Governo aveva posto la fiducia sui tre articoli. Sollecitata da più parti, la presidente della Camera Laura Boldrini intervenne, sottolineando che i casi di esclusione della facoltà di porre la questione di fiducia *ex art.* 116, comma 4 del Regolamento erano «di stretta interpretazione» e per la materia elettorale il voto di fiducia non era espressamente escluso; quanto al fatto che sulla materia elettorale fosse ammissibile il voto segreto a richiesta, la presidente sottolineò come la natura “facoltativa” di quel tipo di scrutinio – dopo la riforma regolamentare del 1988, che aveva modificato soprattutto gli artt. 49 e 51 rispetto alla versione del 1971²¹⁴⁷ introducendo la regola del voto a scrutinio palese, prevedendo varie ipotesi di esclusione del voto segreto e innalzando il numero di deputati necessari a richiederlo – non osti all'apposizione della fiducia (esclusa solo quando sia prescritta la votazione per alzata di mano o per scrutinio segreto), richiamando a sostegno della sua tesi alcuni precedenti²¹⁴⁸.

²¹⁴⁶ Anche senza ricorrere al “lodo Iotti”, si potrebbe far perno – lo suggerisce L. CIAURRO, *Italicum e criticità procedurali: un feticcio che resiste?*, in N. LUPO, G. PICCIRILLI (a cura di), *Legge elettorale e riforma costituzionale: procedure parlamentari «sotto stress»*, Bologna, il Mulino, 2016, 122-123 – su Corte cost., sent. n. 391/1995: nel negare che l'approvazione dell'articolo unico di una legge di conversione di un decreto-legge attraverso la questione di fiducia violi l'art. 72, comma 1, perché accanto al procedimento ordinario esistono «procedimenti speciali, la cui disciplina viene affidata ai regolamenti parlamentari» e tra questi può essere ricompreso anche «quello concernente la posizione della questione di fiducia».

²¹⁴⁷ Le profonde riforme dei regolamenti del 1971 per Camera e Senato hanno rappresentato una pietra miliare del diritto parlamentare, ma certe novelle intervenute *medio tempore* – compresa la “svolta” sullo scrutinio segreto – non sono state di minor rilievo. V. G. MOSCHELLA, *La riforma del voto segreto*, Torino, Giappichelli, 1992; S. CURRERI, C. FUSARO, *Voto palese, voto segreto e forma di governo in trasformazione*, in *Il Parlamento del bipolarismo: un decennio di riforme dei regolamenti delle Camere (Il Filangieri. Quaderno 2007)*, Napoli, Jovene, 2008, 243-285. In una considerazione complessiva delle modifiche regolamentari (relative a Montecitorio), v. U. ZAMPETTI, *Le riforme del regolamento della Camera dei Deputati e i riflessi sull'amministrazione*, in A. Manzella (a cura di), *I regolamenti parlamentari a quarant'anni dal 1971*, Bologna, il Mulino, 2012, 81-104, spec. 84-86. Per uno sguardo d'insieme sulla portata dei regolamenti del 1971 e sui riflessi sulla forma di governo, è bene fare riferimento al volume curato da Manzella e a F. LANCHESTER (a cura di), *Regolamenti parlamentari e forma di governo: gli ultimi quarant'anni*, Milano, Giuffrè, 2013.

²¹⁴⁸ A.P., Camera dei Deputati, XVII legislatura – Discussioni, seduta del 28 aprile 2015, n. 417 (resoconto stenografico), 44-45. Tra gli interventi a sollecito della presidente, v. quello di Arcangelo Sannicandro (Sel). Tra i precedenti citati da Boldrini (le «esplicite affermazioni del Presidente della Camera del 24 gennaio 1990, 29 giugno 2004, 24 novembre 2004, 12 maggio 2009, che, rispondendo a specifiche obiezioni sulla questione, hanno ribadito come [...] dopo la riforma della disciplina regolamentare del voto segreto, si sia registrata [...] una prassi applicativa e interpretativa assolutamente costante e consolidata, nel senso di ammettere la posizione della fiducia su provvedimenti per i quali l'art. 49 preveda l'ammissibilità dello scrutinio segreto»), rientra un episodio, pure noto come “lodo Iotti”, ma successivo alla riforma dello scrutinio segreto. La presidente intervenne dopo un lungo dibattito sulla scelta del governo Andreotti di porre la fiducia sull'art. 4 della futura legge n. 142/1990 («Ordinamento degli enti locali»), dedicato agli statuti di province e comuni (e non a materia elettorale: v. L. CIAURRO, *Italicum e criticità procedurali: un feticcio che resiste?*, in N. LUPO, G. PICCIRILLI (a cura di), *Legge elettorale e riforma costituzionale*, cit., 120). Iotti – cfr. A.P., Camera dei Deputati, X legislatura – Discussioni, seduta del 24 gennaio 1990, n. 401 (resoconto stenografico), 46669-46670; il dibattito occupa le dieci pagine precedenti – rispose a Luciano Violante e altri deputati: costoro ritenevano improponibile la questione di fiducia (essendo stati presentati emendamenti in materia elettorale sui quali s'era chiesto il voto segreto), poiché altrimenti il Governo avrebbe potuto comprimere i residui spazi per la libertà di coscienza (tranne il voto sulle persone, benché il verde Francesco Rutelli avesse provocato in tal senso), presidiato dalle poche ipotesi di scrutinio segreto sopravvissute alla riforma del 1988.

La presidente precisò che la riforma regolamentare non aveva toccato l'art. 116 sulla questione di fiducia e che quella disposizione, in ogni caso, vietava al Governo l'uso di quello strumento «allorché determinate modalità di votazione – alzata di mano o scrutinio segreto – sono prescritte, cioè previste come obbligatorie»: l'aver soppresso certe fattispecie di scrutinio

La difesa dei ricorrenti al tribunale di Messina aveva proposto un'altra lettura²¹⁴⁹: se il sistema di voto "normale" («ordinariamente "prescritto"») è quello per alzata di mano, anche senza richieste di voto segreto si sarebbe dovuta applicare – trattandosi di norma in materia elettorale – la procedura «normale» alla luce dell'art. 72, commi 1 e 4 Cost. e del Regolamento della Camera (art. 53, comma 4), che non prevede sia posta la questione di fiducia con scrutinio per appello nominale²¹⁵⁰.

Il problema non sarebbe sorto se fosse stata completata la riforma del Regolamento di Montecitorio – in cantiere da anni – il cui testo in discussione esclude la possibilità di porre la fiducia su «progetti di legge costituzionale o elettorale»²¹⁵¹; il caso, in ogni modo, pone questioni non scontate. La dottrina più attenta

segreto obbligatorio (quali la votazione finale sulle leggi o la deliberazione preliminare sull'esistenza dei presupposti di necessità e urgenza per i decreti-legge) «non può indurre a pervenire in via meramente interpretativa alla conclusione che quel divieto, cioè quello relativo alla posizione della fiducia, riguardi ora le materie in cui è ancora possibile ricorrere allo scrutinio segreto, che resta, infatti, comunque facoltativo». Per ottenere questo, tanto per l'allora presidente Iotti (sensibile a una revisione delle disposizioni) quanto per l'attuale presidente Boldrini, occorrerebbe «un'esplicita modificazione» dell'art. 116, comma 4», dunque non ci sarebbe stato spazio per «imitare l'esercizio di quella che, attraverso una consolidata consuetudine, si è affermata come prerogativa del Governo». Riconosce nell'episodio «la prima, sofferta decisione del presidente della Camera di dare la prevalenza alla questione di fiducia», ma ritiene che si dovrebbe considerare «insuperabile lo scrutinio segreto anche di fronte alla questione di fiducia» A. MANZELLA, *Il parlamento*, Bologna, il Mulino, 2003, 404-405.

²¹⁴⁹ V. la memoria illustrativa per i ricorrenti Palumbo e altri, in vista dell'udienza pubblica per il giudizio incidentale di legittimità costituzionale (p. 131 ss.)

²¹⁵⁰ Per i ricorrenti, peraltro, le votazioni per alzata di mano, a Montecitorio come a Palazzo Madama, apparirebbero palesi nella loro espressione, ma «sempre "quasi segrete" quanto alla modalità di espressione individuale», non consentendo «di individuare agevolmente [...] come ciascun deputato si sia nell'occasione espresso». Ciò è vero in pratica: l'alzata di mano rappresenta visivamente il consenso o il dissenso, permette agli altri parlamentari di vedere come i loro colleghi (vicini) hanno votato, ma difficilmente consente agli spettatori di una seduta di distinguere il voto del singolo eletto (a meno che la persona non sia ben visibile dalla tribuna o, in ipotesi, le telecamere la inquadrino).

Quanto alla controprova mediante procedimento elettronico senza registrazione di nomi (*ex art. 53 Reg. Camera*), alla pressione del pulsante relativo al voto espresso si accende la luce del tabellone sinottico corrispondente alla postazione assegnata (stabilmente o temporaneamente) al parlamentare, quindi in teoria si potrebbe identificare il voto di ogni parlamentare mettendo a corrispondenza la singola luce colorata col punto corrispondente dello schema dell'emicycle, verificando a chi sia stato assegnato quel posto (sempre che, ovviamente, l'eletto non abbia votato in una delle postazioni non assegnate). È facile immaginare, però, come l'identificazione non sia agevole, in mancanza di ogni altra indicazione dettagliata sugli esiti della votazione: sui resoconti e sugli schermi grafici non appare nulla, mentre il sistema di elaborazione stampa solo i risultati numerici complessivi, offerti a chi presiede la seduta (senza che questi abbia l'obbligo di comunicarli, anche se è prassi che il dato, specie quanto all'entità dello scarto, sia reso noto a richiesta). Per avere più dettagli tecnico-pratici sul voto con procedimento elettronico, v. F. GUELFÌ, *Dispositivo elettronico di votazione* (voce del *Dizionario parlamentare*), in *Rass. parl.*, 2009, 651-658.

Tale caratteristica di "quasi segretezza", per i ricorrenti al tribunale di Messina, giustificerebbe tuttora la perdurante esclusione (*ex art. 116, comma 4 Reg. Camera*) della possibilità di porre la fiducia «su tutti quegli argomenti per i quali il regolamento prescrive votazioni per alzata di mano o scrutinio segreto», accomunando due diverse modalità di espressione del voto: «Se infatti – si legge nella memoria – fosse ammessa dal regolamento la questione di fiducia sulle materie per le quali si deve votare "per alzata di mano" ovvero con "procedimento elettronico senza registrazione dei nomi", ed essendo la questione di fiducia inevitabilmente votata per appello nominale, verrebbe meno la caratteristica della "quasi-segretezza" che è insita nel voto per alzata di mano e che la differenzia rispetto alle altre modalità di voto palese (divisione e appello nominale), in cui è invece agevole individuare e verbalizzare "chi ha votato e come"».

La tesi oggettivamente non è priva di fascino. Se però i ricorrenti temevano – con qualche ragione – che l'interpretazione della Presidenza consentisse di porre la fiducia «su tutto salvo che nelle votazioni sulle persone, così dando del Regolamento una lettura assolutamente fantasiosa ed impossibile», si deve ammettere che, portando all'estremo la tesi dei ricorrenti sulla votazione per alzata di mano come procedura normale e prescritta (e perseguendo una lettura rigida del Regolamento), si arriverebbe a effetti altrettanto improbabili: la questione di fiducia, per dire, non si potrebbe porre in nessun caso in cui non sia stata chiesta la votazione nominale *ex art. 51 Reg. Camera* (la stessa disposizione non fa alcun cenno al voto per appello nominale sulla questione di fiducia e l'art. 116 esclude espressamente le ipotesi di votazione per alzata di mano o per scrutinio segreto).

²¹⁵¹ Sul punto v. la divergenza tra la presidente della Camera, che pubblicamente – L. BOLDRINI, *Le regole della Camera*, in *la Repubblica*, 30 aprile 2015, 43 – rivendicò che «Se c'è bisogno di scrivere tale divieto nella riforma del Regolamento, è evidente che il testo ora in vigore invece lo consente», e un autorevole esponente della dottrina (A. PACE, *Quei dubbi sulla fiducia*, in *la Repubblica*, 3 maggio 2015, 32). Egli ricordò come, tenendo conto della prassi e delle consuetudini per l'applicazione del Regolamento della Camera, «la prima e unica volta che è stata posta la fiducia da un governo su una legge elettorale risale al 1953» (anno della nota "legge truffa"), senza che ciò si ripetesse sino al 2015; quanto alla proposta di modifica del Regolamento elaborata dalla competente Giunta, essa – più che comprovare l'esistenza di un'attuale prerogativa del Governo (eliminata de

alle evoluzioni del diritto parlamentare, se riconosce in modo generico che Boldrini ha aderito ai precedenti seguiti alla riforma dello scrutinio segreto (per cui la questione di fiducia sarebbe preclusa solo in caso di voti segreti obbligatori)²¹⁵², invita a un'interpretazione sistematica, che comprenda l'art. 51, comma 3 Reg. Camera («Nel concorso di diverse richieste prevale quella di votazione per scrutinio segreto»), disposizione che non si riferisce direttamente alla questione di fiducia, ma di cui occorre tener conto²¹⁵³) e non si affidi troppo a precedenti non del tutto assimilabili per materia al caso in esame.

Ora, è vero che considerare “prescritto” lo scrutinio segreto non solo quando è obbligatorio, come per i voti sulle persone, ma anche quando può richiederlo un gruppo qualificato di parlamentari (la Presidenza non potrebbe non concederlo: in questo senso il voto segreto sarebbe “prescritto”, cioè “stabilito”)²¹⁵⁴ depotenzia assai il verbo «prescrive»²¹⁵⁵, scelto in un'epoca in cui l'attenzione all'uso delle parole era di certo maggiore rispetto a oggi; così come – per restare in ambito semantico – si è detto del valore di solito attribuito all'espressione «procedura normale di esame e di approvazione diretta», contenuta nell'art. 72, comma 4 Cost. La combinazione di due elementi che si discostano dalla “normalità” del procedimento – lo scrutinio e gli effetti prodotti dalla questione di fiducia sulla discussione e sul destino degli emendamenti – non consentirebbe però di considerare una questione di legittimità sul punto come manifestamente infondata, come tutti i giudici *a quibus* hanno fatto²¹⁵⁶.

Quest'ultima valutazione sarebbe rafforzata dal fatto che le procedure parlamentari, poste davvero «sotto stress»²¹⁵⁷ durante l'esame della legge elettorale – cosa che può dirsi pure per l'altro versante particolarmente delicato, dibattuto e divisivo della XVII legislatura, le riforme costituzionali – hanno conosciuto altri episodi di dubbia “correttezza”: pur non traducendosi direttamente in possibili vizi di legittimità costituzionale, di certo contribuirebbero ad aggravare un quadro procedurale già parzialmente instabile. È il caso dell'emendamento “premissivo” presentato al Senato, del quale parte della dottrina riconosce l'ammissibilità (anche con riguardo alla non omogeneità del contenuto) ma ritenendolo un «pericoloso precedente»²¹⁵⁸; altrettanto vale per la cd. “sostituzione *ad rem*” di undici deputati Pd in

iure condendo) – si limiterebbe a recepire e confermare la prassi in atto fino al 2015 (e che la Presidenza della Camera avrebbe dovuto seguire), innovando la disposizione scritta ma non la norma vivente.

²¹⁵² Alla lettura aderisce S. CURRERI, *Questione di fiducia e legge elettorale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 11 maggio 2015; v. pure V. DI CIOLO, L. CIAURRO, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, Milano, Giuffrè, 2013, 670. *Contra* M. VILLONE, *L'ossimoro della fiducia segreta*, in *il manifesto*, 16 aprile 2015 e G. AZZARITI, *Il passo falso della Presidente Boldrini*, in *il manifesto*, 30 aprile 2015.

²¹⁵³ L. CIAURRO, *Italicum e criticità procedurali*, cit., 119-120. Per l'autore, la soluzione ottimale sarebbe – per il tramite dell'art. 51, comma 3 appena visto – dare la giusta prevalenza alla richiesta di voto segreto (anche solo sugli emendamenti) se presentata prima di un'eventuale apposizione della questione di fiducia.

²¹⁵⁴ È esattamente questa l'opinione di Villone e Azzariti, nei loro contributi destinati al quotidiano *il manifesto*.

²¹⁵⁵ V. R. IBRIDO, *La materia elettorale nel Regolamento della Camera: ragionando sull'iter di approvazione dell'Italicum*, in N. LUPO, G. PICCIRILLI (a cura di), *Legge elettorale e riforma costituzionale*, cit., 76: il verbo sarebbe privato «del proprio carattere imperativo».

²¹⁵⁶ Pur non essendo convinto dell'illegittimità costituzionale dell'intera legge n. 52/2015 per vizi *in procedendo*, sempre R. IBRIDO, *La materia elettorale nel Regolamento della Camera*, cit., 60 e 74 ss. pone il problema dell'apposizione della fiducia tra le questioni procedurali che «potrebbero integrare [...] dei veri e propri strappi alla legalità regolamentare» (assieme alle questioni sulla regolarità dei voti in I Commissione alla Camera) e non tra le mere «dissonanze» rispetto al “principio di sincerità”, alla lealtà e al *fair play* che dovrebbero connotare le relazioni pure nel circuito politico-parlamentare.

²¹⁵⁷ Oltre che i citati contributi di Ciaurro e Ibrido, v. M. DECARO, *Presentazione*, in N. LUPO, G. PICCIRILLI (a cura di), *Legge elettorale e riforma costituzionale*, cit., 7-11 (anche per la declinazione ed evoluzione del concetto di “stress” in ambito parlamentare ed extraparlamentare), nonché N. LUPO, G. PICCIRILLI, *Introduzione. I percorsi delle riforme istituzionali nella XVII legislatura*, ivi, 13-49, spec. 24-30: gli autori mettono in luce come le riforme elettorali e costituzionali siano state portate avanti con dei regolamenti parlamentari che hanno subito poche modifiche, spesso puntuali, contingenti e magari «di corto respiro» e pertanto hanno mostrato i loro limiti in più punti, dalla mancanza di “confini” al diritto a presentare emendamenti (compreso il problema dei subemendamenti in corso di seduta e degli emendamenti premissivi), fino ai problemi – già visti – legati all'ammissibilità del voto segreto e della questione di fiducia. V. pure D. CASANOVA, *Il procedimento legislativo di approvazione dell'“Italicum” e le sue numerose anomalie*, in *Rivista AIC – Osservatorio costituzionale*, 2015.

²¹⁵⁸ L. CIAURRO, *Italicum e criticità procedurali*, cit., 114. In verità, i ricorrenti presso il tribunale di Messina avevano lamentato il mancato rispetto della procedura “normale” di approvazione delle leggi, rappresentata dalla “regola di Bentham” (e codificata in alcune disposizioni regolamentari), in base alla quale l'esame degli emendamenti deve iniziare da quelli più lontani nel testo fino ad arrivare a quelli più vicini (soppressivi, sostitutivi, aggiuntivi e modificativi); avevano pure criticato la mancata decisione,

Commissione Affari costituzionali del 21 aprile 2015, rispettosa dell'art. 19, comma 3 Reg. Camera (che disegna un istituto noto e utilizzato), ma concretizzante per certi commentatori un «uso spregiudicato di una facoltà regolamentare in capo ai Presidenti dei gruppi»²¹⁵⁹.

Se, sulla base di quanto visto, un giudice volesse interrogare la Corte, decidendo stavolta che la questione sul procedimento legislativo non è manifestamente infondata, la Consulta dovrebbe esaminare il dubbio – oltre che sotto il profilo della rilevanza – anche nel merito. Nell'eventualità che l'esame desse esito positivo (cosa non scontata), al giudice delle leggi non resterebbe che dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'intera legge n. 52/2015 (*rectius*: di ciò che ne resta, dopo la sentenza n. 35/2017), facendo rivivere le norme previgenti: il sistema previsto dalla legge n. 270/2005, tuttavia privato del premio di maggioranza e con la possibilità per l'elettore di esprimere una preferenza, come deciso dalla sentenza n. 1/2014. L'esito, in fondo, potrebbe rassicurare la Corte sulla “sostenibilità” di una dichiarazione totale d'incostituzionalità²¹⁶⁰: consegnerebbe una normativa elettorale immediatamente applicabile²¹⁶¹ e – cosa non trascurabile – relativamente omogenea con quella vigente per il Senato.

Non è detto, però, che un tribunale voglia «avventurarsi nell'impervio terreno degli *interna corporis acta*», specie se «il parametro del giudizio di costituzionalità fossero i regolamenti parlamentari o, peggio ancora, la loro interpretazione»²¹⁶². Sarebbe più comodo allinearsi coi verdetti di manifesta infondatezza resi fin qui, anche perché le conseguenze – in caso di accoglimento della questione – potrebbero essere dirompenti: se la Corte, ad esempio, dovesse confermare il proprio precedente che non riconduce l'apposizione della questione di fiducia alla «procedura normale», il Governo non potrebbe più porla nemmeno sulle altre leggi enumerate dall'art. 72, comma 4 Cost., a partire dalla legge di bilancio (che a dicembre è stata approvata proprio così al Senato). Una decisione simile potrebbe essere vista come un nuovo atteggiamento interventista (e invadente) della Consulta, con prevedibile contorno di polemiche politiche; anche per questo, non stupisce che il giudice delle leggi non abbia realmente considerato la via dell'autorimessione. Si spera, in ogni caso, che (anche) al di là del sindacato sulle leggi elettorali, i potenziali giudici *a quibus* e la Corte costituzionale si impegnino a un vaglio più attento del procedimento delle singole leggi approvate e dei suoi eventuali vizi, perché sia garantito il rispetto delle disposizioni costituzionali in materia di *iter legis*, oltre che (e prima ancora) di quelle regolamentari²¹⁶³.

4. Premio sì, ma non a tutti i costi

Arrivando a esaminare le singole questioni sollevate dai tribunali di Messina, Torino, Perugia, Trieste e Genova, si deve dire che non c'è perfetta coincidenza tra i profili contestati dai giudici *a quibus* nelle loro rispettive ordinanze di rimessione. Anche quando più tribunali hanno sollevato questioni sullo stesso tema (come l'assegnazione del premio di maggioranza e le candidature multiple dei capilista), lo hanno

da parte del presidente Pietro Grasso, di mantenere unito l'articolo, senza “spacchettarlo” in disposizioni più piccole ma più coerenti tra loro. Ciò non è valso, tuttavia, a ricevere l'attenzione del giudice *a quo*.

²¹⁵⁹ L. CIAURRO, *Italicum e criticità procedurali*, cit., 118.

²¹⁶⁰ Della stessa opinione era, già all'indomani dell'emissione dell'ordinanza messinese, M. COSULICH, *Contra Italicum*, cit., 5.

²¹⁶¹ A non voler considerare, ovviamente, quelle perplessità che, all'indomani della sentenza n. 1/2014, avevo ritenuto di dover sollevare sulla completa autoapplicatività della cd. legge Calderoli “depurata” dalla Corte, con particolare riguardo alla possibilità di esprimere le preferenze e proclamare gli eletti in base a questi (servirebbe una legge per integrare le disposizioni in materia e sostituire il modello di scheda, avendo di fronte un decreto legislativo): sul punto, non sia considerato inelegante se rinvio di nuovo a G. MAESTRI, *La legge elettorale dopo la Consulta*, cit., 15-16. Oggi v. però anche M. LUCIANI, *Bis in idem*, cit., 7: «sulla piena applicabilità della legge elettorale per il Senato c'è da dubitare assai».

²¹⁶² M. COSULICH, *op. ult. loc. cit.*

²¹⁶³ Si condivide qui l'auspicio formulato da M. MANETTI, *La Corte costituzionale ridefinisce l'autonomia delle Camere (ben oltre i regolamenti parlamentari e l'autodichia)*, in *Rivista AIC – Osservatorio costituzionale*, 2014, 8.

fatto mettendo in dubbio aspetti diversi del problema²¹⁶⁴; per questo, sul medesimo argomento possono esserci stati verdetti differenti, a seconda del profilo considerato.

Un primo gruppo di questioni riguardava l'attribuzione del premio di maggioranza di 340 seggi, sia pure con riguardo ad aspetti differenti di quell'istituto e delle norme che lo prevedono. Sbarazzatosi rapidamente del dubbio di costituzionalità sollevato dal tribunale messinese, dichiarato inammissibile²¹⁶⁵, il giudice delle leggi ha considerato una delle questioni sottoposte dal tribunale di Genova, che censurava la legittimità del premio assegnato al primo turno²¹⁶⁶ (in rapporto agli artt. 1, comma 2, 3 e 48, secondo comma, Cost.), ravvisando già in quella sede un'irragionevole compressione dell'eguaglianza del voto e della rappresentatività della Camera: la giudice remittente aveva ritenuto che alla base della distorsione del "peso" del voto ci fosse la mancata previsione di «alcun rapporto fra i voti ottenuti rispetto non già ai voti validi ma al complesso degli aventi diritto al voto»²¹⁶⁷, pur dovendosi valutare pure gli effetti dello sbarramento nazionale al 3% (congegno che in astratto il tribunale riconosceva come «manifestazione della discrezionalità del legislatore»).

La Corte ha facilmente richiamato – anche a beneficio delle osservazioni successive sulle altre questioni – i suoi precedenti che fissavano la manifesta irragionevolezza come limite alla discrezionalità del Parlamento nella scelta del sistema elettorale²¹⁶⁸ e la necessità, nel caso di sistemi con riparto di seggi proporzionale su cui sia stato innestato un premio di maggioranza, di prevedere la nota «soglia minima di voti e/o di seggi» perché il premio scatti, come ricordato dal 2008 in avanti. Su tale base, la Consulta ha interpretato correttamente il 40% come soglia minima di voti validi per l'attribuzione del premio al

²¹⁶⁴ Per riepilogare le questioni sollevate dai giudici remittenti, v. G. BUONOMO, *Tavola sinottica sui ricorsi contro l'Italicum*, in *Alla vigilia della sentenza sull'Italicum*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, 2016, 12-25. L. TRUCCO, "Sentenza Italicum", cit, 156 segnala come i tribunali di Torino, Perugia, Trieste e Genova (monocratici) abbiano considerato il voto un diritto soggettivo, come nel procedimento iniziato da Bozzi; il tribunale di Messina, ritenendolo un diritto elettorale politico del cittadino elettore, ha deciso in composizione collegiale.

²¹⁶⁵ Il tribunale di Messina aveva sollevato la questione relativamente all'art. 1, comma 1, lettera f), della legge n. 52/2015, nonché agli artt. 1, comma 2, e 83, commi 1, 2, 3, 4 e 5, del d.P.R. n. 361/1957, modificati dalla legge n. 52/2015. Il sistema delineato da tali norme – al primo turno, attribuzione del premio di maggioranza alla lista che raggiunge il 40% dei voti, calcolato sul numero dei votanti e non degli aventi diritto; all'eventuale turno di ballottaggio premio comunque attribuito; soglia di sbarramento al 3% su base nazionale per accedere al riparto dei seggi – era parso in contrasto con l'art. 48, comma 2 Cost., poiché avrebbe liberato «le decisioni della più forte minoranza da ogni controllo dell'elettorato».

Dichiarate subito inammissibili le questioni aventi come parametro norme diverse dall'art. 48 Cost. (gli artt. 1, commi 1 e 2; 3, commi 1 e 2; 49; 51, comma 1; 56, comma 1 Cost.; nonché l'art. 3 del Protocollo addizionale alla Cedu), poiché non erano state affatto citate nella parte motiva dell'ordinanza (dunque senza alcuna argomentazione sulla non manifesta infondatezza), la Corte ha poi ritenuto che nemmeno quella sollevata in relazione all'art. 48 fosse ammissibile. La censura all'intero sistema del premio di maggioranza avveniva attraverso una «motivazione particolarmente sintetica, in cui non sono distinti i singoli profili di censura relativi ai diversi caratteri del sistema elettorale» e, appunto, l'evocazione di una sola disposizione costituzionale «che dovrebbe da sol[a] reggere l'intera censura sollevata»: la questione finiva «per sollecitare una valutazione dai caratteri indistinti ed imprecisati, relativa nella sostanza all'intero sistema elettorale introdotto dalla legge n. 52 del 2015» e diventava impossibile «comprendere l'effettivo *petitum* avanzato dal giudice *a quo*».

²¹⁶⁶ La censura era rivolta contro l'art. 1, comma 1, lettera f), della legge n. 52/2015 e gli artt. 1 e 83, commi 1, numeri 5) e 6), e 2, 3 e 4, del d.P.R. n. 361/1957, come rispettivamente modificati e sostituiti dall'art. 2, commi 1 e 25, della legge n. 52/2015. Si tratta, come si vede, di doglianze simili – anche nei contenuti – a quelle del tribunale di Messina, ma in questo caso la questione è stata valutata nel merito poiché la motivazione è stata ritenuta più consistente dalla Corte (ma non abbastanza perché le disposizioni fossero dichiarate incostituzionali). Bisogna ammettere, peraltro, che anche in questo caso la parte motiva dell'ordinanza non cita altra disposizione costituzionale che l'art. 48, quindi anche qui le censure relative alle altre norme parametro avrebbero – a rigore – potuto essere considerate inammissibili: se ciò non è stato fatto e la mancata citazione non è stata rilevata, si deve forse proprio alla motivazione non superficiale della non manifesta infondatezza.

²¹⁶⁷ Si noti che quest'osservazione si era avvalsa dei calcoli sull'indice di distorsione del "peso" del voto effettuati dal tribunale di Torino: in quel caso, tuttavia, il giudice aveva ritenuto che un indice massimo di distorsione di 1,375 (55% dei seggi con il 40% dei voti) per la lista maggioritaria e un indice minimo di 0,75% (45% dei seggi per il restante 60% dei voti) per tutte le liste maggioritarie producesse sì una sovrarappresentazione, ma non «tale da vanificare un effettivo rapporto di rappresentatività tra seggi conseguiti in base ai voti espressi e quelli conseguiti per effetto del premio di maggioranza» (il tribunale, in particolare, ritene che tale condizione si sarebbe verificata ove «il voto unico dato dall'elettore alla coalizione (*sic*) vincente» fosse valso o avesse "pesato" «più di due voti»).

²¹⁶⁸ Sono citate le sentenze n. 1/2014, n. 242/2012, n. 271/2010, n. 107/1996, n. 438/1993 e l'ordinanza n. 260/2002.

primo turno – oltre che, in quella fase, come elemento di passaggio al turno di ballottaggio in caso di mancato raggiungimento – e che accerta (e garantisce) come la lista che abbia raggiunto quella quota goda realmente di una «determinata maggioranza relativa». L'occasione è buona per il giudice delle leggi per ribadire la compatibilità (in astratto) con i principi costituzionali di rappresentatività delle assemblee parlamentari e di uguaglianza del voto di un premio di maggioranza, oltre che del premio di governabilità, attribuito a chi abbia già ottenuto la maggioranza assoluta dei voti o dei seggi, posto che entrambi i congegni sono volti a garantire la stabilità dell'esecutivo e un processo decisionale rapido.

Quanto alla ragionevolezza come solo limite alla discrezionalità del legislatore (per il premio in sé, configurato sull'unico turno di votazione per le assemblee parlamentari), la sentenza ha richiamato il *test* di proporzionalità con cui verificare che una soglia non sia «irragionevolmente bassa», al punto da determinare «una tale distorsione della rappresentatività da comportarne un sacrificio sproporzionato». Se sulla questione della proporzionalità si dovrà tornare, con riguardo al problema del ballottaggio, è bene concentrarsi sul punto relativo al calcolo della soglia rispetto al totale dei voti validi e non a quello degli aventi diritto. Per la Corte (pur ammettendo che, in astratto, in presenza di una robusta astensione, il premio possa essere attribuito a «una lista che dispone di un'esigua rappresentatività reale»), quel rilievo non aveva pregio: avrebbe prodotto il sindacato su una «delicata scelta politica, demandata alla discrezionalità del legislatore», il solo a poter decidere se adottare una soglia calcolata sui voti validi o sugli aventi diritto, non esprimendosi la Costituzione sul tema²¹⁶⁹.

Il dubbio della giudice *a quo*, peraltro, poteva fondarsi in parte sulla stessa sentenza n. 1/2014. La Consulta ha negato di essersi riferita agli aventi diritto al voto, avendo richiesto solo una «soglia minima di voti e/o di seggi»; non ha però valutato come quella soglia potesse essere considerata, oltre che in senso *relativo*, pure in senso *assoluto*, come quota numerica (non percentuale) di consensi che la lista – o la coalizione, se prevista – avrebbe dovuto ottenere per avere al premio: la stessa sentenza n. 1/2014 aveva stigmatizzato l'attribuzione del premio alla lista più votata, ma con un numero di voti «in assoluto molto esiguo». Certo, il numero degli elettori è soggetto a variazioni non trascurabili, ma fissare una soglia che (anche senza essere una quota fissa) tenesse conto del numero degli elettori avrebbe avuto il pregio di rispettare in pieno il *dictum* della Corte. Nella sentenza n. 1/2014 si censurava l'eventualità che i congegni elettorali scelti trasformassero «una formazione che ha conseguito una percentuale pur molto ridotta di suffragi in quella che raggiunge la maggioranza assoluta dei componenti dell'assemblea»: mancando un *quorum* strutturale per la validità delle elezioni politiche, una pur ragguardevole soglia del 40% dei voti validi non garantirebbe *ex se* che la maggioranza assoluta dei seggi non fosse attribuita a una lista con una «percentuale molto ridotta di suffragi», parametrata al numero dei cittadini elettori²¹⁷⁰.

La lettura data dalla Consulta ha fugato i dubbi sulla non necessità di interpretare in senso assoluto la soglia o di parametrarla agli aventi diritto al voto. Resta il dubbio di come avrebbe agito la Corte se la soglia per attribuire il premio fosse stata fissata a un livello più basso (come le prime stesure della futura legge elettorale indubbiata avevano fatto ipotizzare): un calo progressivo della partecipazione elettorale

²¹⁶⁹ Sul punto, peraltro, la Corte cita la propria sentenza n. 173/2005, che aveva ritenuto infondata la questione sollevata dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri contro l'art. 1, comma 2, della legge della Regione Friuli-Venezia Giulia n. 21/2003, il quale aveva escluso dal computo del *quorum* dei votanti delle elezioni comunali all'interno della Regione – per la validità delle consultazioni nei comuni inferiori, in presenza di una sola lista – degli elettori residenti all'estero. Benché uno dei profili di censura riguardasse il contrasto con il principio di eguaglianza del voto, è difficile trovare attinenza della pronuncia col punto sulla discrezionalità (del parametro per la soglia), visto che quel concetto non è mai evocato.

²¹⁷⁰ Lo scenario non è improbabile: dal 1987 in avanti, l'affluenza alle elezioni politiche è sempre calata (con flessione di oltre il 16% in 26 anni). Volendo prendere per buono il dato registrato alle ultime elezioni politiche, una lista che ottenesse il 40% in un turno elettorale con il 75,2% di affluenza potrebbe godere in realtà solo del 30,08% (lo ha ricordato anche A. RAUTI, in A. RUGGERI, A. RAUTI (a cura di), *Forum sull'Italicum. Nove studiosi a confronto*, Torino, Giappichelli, 2016, 37); immaginando una partecipazione al voto ancor più contenuta, ci si avvicinerebbe pericolosamente all'affidare la maggioranza assoluta alla Camera – e la responsabilità di formare il governo – a una forza comunque non marcatamente prevalente nel Paese (immaginando, ovviamente, che chi non si è presentato ai seggi non sia sostenitore di quel soggetto politico).

avrebbe potuto rendere rilevante – sul piano della scarsa rappresentatività del corpo elettorale intero, non solo della parte che ha votato – anche un lieve abbassamento della quota di consenso richiesta²¹⁷¹.

Lineare appare invece il passaggio sulla compresenza di premio di maggioranza al 40% e soglia di sbarramento al 3%, per cui quest'ultima – per la giudice *a quo* – avrebbe reso illegittimo il premio. Da un lato, la soglia del 3% è giudicata «non irragionevolmente elevata», non distorsiva (in modo sproporzionato) della rappresentatività della Camera; dall'altro, non è irragionevole di per sé combinare gli effetti di premio e soglia, essendo nella discrezionalità del legislatore farlo, anche per non ostacolare troppo la formazione di una maggioranza (che il premio dovrebbe stabilizzare) e, all'inverso, per non incentivare la frammentazione dell'opposizione (la sentenza riconosce che si attenuerebbero i disequilibri indotti dal premio, ma ciò avverrebbe sacrificando la rappresentanza).

4.1. In particolare: la natura del ballottaggio

Se il giudice delle leggi ha facilmente sciolto altri due dubbi – sollevati dal solo tribunale di Genova – relativi a “casi limite” della nuova disciplina elettorale legati all'assegnazione del premio al primo turno, concludendo di nuovo per la sua legittimità²¹⁷², la valutazione più attesa riguardava l'eventuale *ballottaggio* tra le due liste meglio classificate al primo turno²¹⁷³: un *unicum* nel panorama elettorale, su cui si erano concentrate le perplessità di buona parte della dottrina²¹⁷⁴. Per i remittenti, la maggioranza uscente dal ballottaggio era da considerare «artificiosa», combinandosi la riduzione dei contendenti alle due liste meglio piazzate al primo turno (a patto che superassero la soglia del 3% o, per chi rappresentava le minoranze linguistiche, del 20%), la scelta di attribuire il premio alla lista che ottenga la metà più uno dei

²¹⁷¹ Sarebbe un caso di applicazione del “paradosso del sorite”, considerato autorevolmente in materia elettorale da G. LODATO, S. PAJNO, G. SCACCIA, *Quanto può essere distorsivo il premio di maggioranza? Considerazioni costituzionalistico-matematiche a partire dalla sent. n. 1 del 2014*, in *Federalismi.it*, 2014. Resta valido il caveat in base al quale il giudice costituzionale «ben difficilmente potrebbe accettare di giudicare non più semplicemente l'assenza di una misura, ma la sua adeguatezza quantitativa» (A. D'ALOIA, *La sentenza n. 1 del 2014 e l'Italicum*, in *Confronti costituzionali*, 30 gennaio 2014, visibile al link http://gsipi.unipr.it/sites/st26/files/allegatiparagrafo/22-12-2015/daloia_la_sentenza_n.1_del_2014_e_litalicum.pdf - verificato il 4 maggio 2017), ma lo si dovrebbe sempre verificare alla prova dei fatti. Sull'osservazione per cui «se non altro in ragione del suo significato simbolico, sarebbe certamente problematica la fissazione di una soglia intorno al 25% dei suffragi» (già stabilita dalla “legge Acerbo”), mentre il 40% potrebbe anche essere considerato – salvo nuovi esami di proporzionalità, da svolgere in concreto – come nuovo limite minimo, sotto il quale non poter scendere in futuro, v. L. TRUCCO, “*Sentenza Italicum*”, cit., 168.

²¹⁷² La giudice remittente aveva dubitato – sempre avendo come parametro gli artt. 1, comma 2, 3 e 48, comma 2 Cost. – tanto della legittimità dell'assegnazione del premio al primo turno alla lista più votata, nel caso particolare in cui siano due liste a superare il 40%, quanto della costituzionalità del meccanismo che imporrebbe di svolgere comunque il ballottaggio anche in presenza di una lista che, pur senza arrivare al 40%, avesse già raggiunto 340 seggi (teoricamente possibile in caso di voti concentrati tra una lista maggioritaria che sfiori il 40% e poche altre liste di presenza medio-bassa, mentre una parte significativa di voti fosse andata dispersa, perché toccati a liste rimaste sotto soglia).

La prima ipotesi (sollevata dal tribunale di Genova sul presupposto che la seconda lista oltre il 40% sarebbe stata irragionevolmente penalizzata nei seggi che le sarebbero spettati in base alla sua quota di voti, per l'assegnazione del premio alla più votata) è stata risolta rilevando che l'attribuzione del premio – già considerato lecito – a scapito delle liste non vincitrici è «nella logica di un sistema elettorale con premio di maggioranza» e che comunque la Corte non potrebbe introdurre con pronuncia additiva – come chiesto dalla giudice *a quo* – una norma che non assegni il premio ove due liste superino il 40% (ma la stessa Consulta ha ritenuto che un tale sistema fosse affetto da «intrinseca contraddittorietà»).

Circa la seconda censura genovese, la Corte ha ricordato come la *ratio* della legge n. 52/2015 sia favorire la formazione di una maggioranza di (almeno) 340 seggi a vantaggio di una lista e dovrebbe applicarsi l'art. 83, comma 1, n. 7 del d.P.R. n. 361/1957: in base ad esso, resta ferma l'attribuzione dei seggi effettuata dall'Ufficio centrale se si verifici che la lista più votata ha già ottenuto 340 seggi, pure prescindendo dalla percentuale dei voti ottenuti dalla lista. Nell'improbabile ipotesi in cui la formazione più votata, pur non arrivando al 40%, avesse già ottenuto 340 seggi, non si terrebbe il ballottaggio.

²¹⁷³ La censura era diretta verso l'art. 1, comma 1, lettera f), della legge n. 52/2015 e l'art. 83, comma 5, del d.P.R. n. 361/1957, come sostituito dall'art. 2, commi 1 e 25, della legge n. 52/2015; a questi il tribunale di Genova aveva aggiunto pure l'art. 1 del d.P.R. n. 361/1957, come modificato dall'art. 2, comma 1, della legge n. 52/2015.

²¹⁷⁴ Non di tutti: v., all'interno di A. RUGGERI, A. RAUTI (a cura di), *Forum sull'Italicum*, cit., gli interventi di Antonino Spadaro, Giacomo D'Amico, Alessandro Morelli, Luigi d'Andrea, Giovanni Moschella e (in accordo solo parziale) Antonio Saitta e Alessio Rauti; contrari al premio assegnato al ballottaggio paiono Antonio Ruggeri e Giusi Sorrenti.

voti validi «senza alcuna considerazione per l'importanza, anche rilevante, che potrebbe assumere l'astensione dal voto [...] e quindi senza prevedere correttivi» e la mancata previsione di forme di collegamento tra liste prima del ballottaggio. Ciò avrebbe potuto alterare in modo sproporzionato la rappresentatività della Camera, assegnando il premio a «una formazione politica priva di adeguato radicamento nel corpo elettorale»: per questo, i giudici *a quibus* avevano sollevato la questione di legittimità delle norme che prevedevano e regolavano il ballottaggio, chiedendo una pronuncia ablativa il cui effetto sarebbe stato l'eliminazione del secondo turno di voto previsto dalla legge n. 52/2015.

La risposta della Corte costituzionale alle questioni poste sul secondo turno appare, ben di più rispetto alla parte relativa alla legittimità del premio in sé, volta a precisare ciò che era stato detto con la sentenza n. 1/2014 in tema di sistemi elettorali misti, frutto della combinazione di elementi maggioritari e proporzionali. Si è detto della liceità dell'operazione, purché non sovrarappresenti troppo la lista di maggioranza relativa; come tali considerazioni siano state calate in materia di ballottaggio (fatispecie non citata nella precedente pronuncia della Consulta²¹⁷⁵) lo si deve vedere ora.

Punto centrale della valutazione del giudice delle leggi è stata la considerazione del ballottaggio, disegnato dalla legge n. 52/2015, non «come una nuova votazione rispetto a quella svoltasi al primo turno, ma come la sua prosecuzione»²¹⁷⁶: lo confermerebbero l'accesso al turno per le sole due liste più votate, senza possibilità di apparentamenti, e la ripartizione dei seggi per tutte le formazioni non vincitrici (compresa la sconfitta al ballottaggio) in proporzione ai voti ottenuti al primo turno. In quanto «prosecuzione del primo turno», per la Corte è parso influente che la soglia per attribuire il premio si fosse innalzata dal 40% al 50%, rispetto al voto aperto a tutte le liste (innalzamento inevitabile, essendo solo due i concorrenti): si era sempre in presenza di un premio di maggioranza, non di governabilità, occorreva quindi che anche il ballottaggio, pensato per perseguire la stabilità di governo, non comprimesse troppo la rappresentatività dell'assemblea e l'uguaglianza del voto.

Ciò, secondo la Consulta, non era scongiurato dalla nuova legge elettorale, che permetteva alla lista seconda classificata di arrivare al ballottaggio «anche avendo conseguito, al primo turno, un consenso esiguo» e di ottenere il premio anche in caso di ribaltamento del risultato al secondo turno, «vedendo più che raddoppiati i seggi che avrebbe conseguito sulla base dei voti ottenuti» in prima battuta. L'obiettivo di assegnare col ballottaggio il premio non attribuibile al primo turno, dunque, non giustifica «uno sproporzionato sacrificio» dei principi di rappresentatività e uguaglianza del voto, «trasformando artificialmente una lista che vanta un consenso limitato, ed in ipotesi anche esiguo, in maggioranza assoluta»²¹⁷⁷. Questo causerebbe «una sproporzionata divaricazione tra la composizione di una delle due assemblee che compongono la rappresentanza politica nazionale, centro del sistema di democrazia rappresentativa e della forma di governo parlamentare prefigurati dalla Costituzione» e il risultato del voto dei cittadini, principale espressione della sovranità popolare: ciò è tanto più vero, come sottolineato alla fine della sentenza, dopo il *referendum* del 4 dicembre 2016.

²¹⁷⁵ Quando fu pubblicata la sentenza n. 1/2014, nessuna delle proposte realmente in discussione tra le forze politiche prevedeva il secondo turno: il ballottaggio, con possibilità di coalizzarsi già al primo turno, sarebbe stato formalizzato solo il 20 gennaio 2014 dalla prima versione “pubblica” della riforma elettorale, due giorni dopo il noto incontro tra Matteo Renzi e Silvio Berlusconi nella sede del Pd. In ogni caso, la Corte non aveva considerato l'ipotesi di un ballottaggio, forse perché era parsa del tutto irrealistica: era nota fino ad allora la contrarietà del *leader* di Forza Italia a ogni ipotesi di secondo turno.

²¹⁷⁶ Proprio configurando i due turni come due competizioni differenti e autonome, l'Avvocatura dello Stato aveva provato a tacciare i giudici *a quibus* di contraddittorietà, per avere richiesto un *quorum* strutturale degli aventi diritto al secondo turno, che prevedeva (secondo loro) solo un premio del 5%, mentre non avrebbero chiesto altrettanto al primo turno, per cui invece il premio poteva arrivare fino al 15%; l'eccezione, peraltro, era stata configurata in termini di ammissibilità, quando era chiaramente legata al merito (e, come si vede, non è comunque stata considerata pregevole).

²¹⁷⁷ Pare di rileggere una delle considerazioni di V. TONDI DELLA MURA, *La fiducia e l'Italicum: dal “primato della politica” al “primato dei meccanismi elettorali”*, in *Rivista AIC – Osservatorio costituzionale*, 2015, 2: si sarebbe di fronte all'introduzione «di un meccanismo premiale automatico e senza soglia di garanzia, capace di assicurare alla minoranza partitica più suffragata un premio parlamentare indefinito, suscettibile finanche di superare il 30% dei seggi a disposizione».

Per la Corte si è riprodotta una situazione analoga a quella censurata con la sentenza n. 1/2014, anche se con riguardo al solo ballottaggio (che pure, nella mente del legislatore, era stato introdotto anche per evitare nuove pronunce di incostituzionalità). Il giudice delle leggi – per rispondere in modo esauriente alle eccezioni erariali e dare indicazioni chiare al Parlamento – ha precisato che, pur conseguendo a un nuovo voto degli elettori, l’attribuzione del premio è dovuta solo alla «radicale riduzione dell’offerta politica» creata dalle «stringenti condizioni di accesso al turno»; in ogni caso, l’innesto maggioritario del ballottaggio «non cancella la logica prevalente della legge, fondata su una formula di riparto proporzionale dei seggi» (la stessa lista perdente al ballottaggio mantiene i seggi «guadagnati al primo turno»), così la diseguaglianza del “peso” del voto in uscita rimane censurabile.

Nella stessa ottica di voler (e dover?) dare indicazioni al legislatore perché questi eserciti la propria discrezionalità senza lasciare la via della compatibilità con la Costituzione, la Consulta si è preoccupata di precisare che il ballottaggio in sé non è affetto da illegittimità rispetto agli artt. 1, comma 2, 3 e 48, comma 2 Cost., come non lo è – smentendo ipotesi ampiamente diffuse dopo l’approvazione della legge n. 52/2015 – un ballottaggio tra liste: il problema era dato dalla specifica configurazione di *quel* ballottaggio tra liste. Certo, la Corte non poteva non cogliere le differenze tra il ballottaggio introdotto nel 2015 e quello legato all’elezione di cariche unipersonali (all’interno di sistemi maggioritari basati su collegi uninominali ridotti): la nuova legge elettorale politica non mirava a garantire la rappresentatività del candidato vincitore nel suo collegio²¹⁷⁸, ma ad «assicurare [...] la presenza, [nell’assemblea rappresentativa], di una maggioranza politica governante». Tale differenza di fini non rendeva illegittimo *ex se* il ballottaggio di lista, ma richiedeva di tener conto «della specifica funzione e posizione costituzionale» della Camera in una forma di governo parlamentare: per questo, pur restando legittimo favorire la formazione di un governo stabile, il sistema elettorale doveva prioritariamente «assicurare il valore costituzionale della rappresentatività», cosa che il premio in sé – assegnato al primo turno – faceva, il ballottaggio no, secondo la Consulta.

Fatta la diagnosi, la Corte ha peraltro chiarito – correttamente – che il suo intervento poteva essere solo ablativo: al mancato raggiungimento della soglia del 40% da parte di alcuna delle liste concorrenti consegue solo la ripartizione proporzionale di tutti i seggi tra le formazioni che abbiano superato le soglie di sbarramento. Erano da escludere sentenze diversamente manipolative, volte magari ad aggiungere un *quorum* strutturale basato sugli aventi diritto o ad assegnare il premio a una coalizione. Il campo, all’evidenza, è riservato alla discrezionalità del legislatore (il quale solo può scegliere quale congegno adottare); di più, dovendo la Corte «restituire [...] una disciplina elettorale immediatamente applicabile» vista la sua natura di “legge costituzionalmente necessaria”²¹⁷⁹, sarebbe stato comunque impossibile

²¹⁷⁸ Non a caso, prima di passare a occuparsi di altre censure, la Corte ha precisato che le considerazioni sul ballottaggio non hanno «alcuna conseguenza né influenza sulla ben diversa disciplina del secondo turno prevista nei Comuni di maggiori dimensioni», che peraltro aveva già passato il vaglio del giudice delle leggi (sentt. n. 275/2014 e n. 107/1996). Si tratta, all’evidenza, dell’elezione di una carica monocratica (il sindaco) in un territorio limitato (il Comune): benché la determinazione del sindaco abbia effetti sulla composizione del Consiglio comunale, il centro della disciplina è l’elezione diretta di chi è titolare della funzione esecutiva a livello locale, mentre a livello nazionale (con una forma di governo parlamentare) non è prevista l’elezione diretta. A ciò si aggiunge quanto la Consulta aveva detto nella sentenza n. 1/2014: marcano la differenza tra il Parlamento e «altre assemblee rappresentative di enti territoriali» i principi costituzionali che individuano le Camere come sedi esclusive della «rappresentanza politica nazionale», fondate sulla sovranità popolare espressa attraverso il voto e dunque affidatarie di funzioni fondamentali (comprese quelle d’indirizzo e controllo del governo, nonché la garanzia della Costituzione attraverso il procedimento aggravato di revisione).

²¹⁷⁹ È interessante notare che, nella serie di precedenti ricordati dalla Corte per ribadire la necessità di avere una normativa di risulta autoapplicativa, solo il primo – il più recente – riguarda una sentenza resa in un giudizio di legittimità costituzionale (è ovviamente la sentenza n. 1/2014). Le altre decisioni – le già viste sentenze n. 13/2012, nn. 15/2008 e 16/2008, n. 13/1999, n. 26/1997, n. 5/1995, n. 32/1993, n. 47/1991, n. 29/1987 – sono arrivate alla fine di giudizi di ammissibilità dei *referendum*, segno che (solo) in quella sede si riusciva a discutere dei problemi della legge elettorale politica, essendosi per anni esclusa la possibilità di adire la Corte come giudice di costituzionalità per quelle norme.

introdurre congegni che non avessero consentito, anche solo in astratto, un immediato rinnovo del Parlamento (ipotesi, peraltro, non esclusa da alcune forze politiche).

Se questo è il giudizio della Corte, proprio la valutazione sul ballottaggio è il punto della sentenza che, probabilmente, risente maggiormente dell'esito del voto del 4 dicembre 2016: più del premio assegnato al primo turno, l'assegnazione dello stesso in seguito alla competizione ristretta alle due liste più votate rispondeva alla logica di garantire comunque alla lista più votata la maggioranza in quella che era prevista come l'unica Camera elettiva e rappresentativa della Nazione. La sentenza, a ben guardare, rivela l'influenza del voto referendario sulla decisione: la motivazione sottolinea il ruolo della Camera come «una delle due sedi della rappresentanza politica nazionale», cita la concessione della fiducia al Governo e la titolarità della funzione di indirizzo politico come peculiarità che condivide col Senato. Su tali premesse, dire che applicare il «ballottaggio risolutivo, a scrutinio di lista» richiede che si tenga conto «della specifica funzione e posizione costituzionale di una tale assemblea» (che richiede un'adeguata rappresentatività) significa, tra l'altro, considerare pure il Senato e che è irragionevole regolare la formazione dei due organi in modo molto diverso²¹⁸⁰.

Osservato ciò, sembra di poter ritenere il ragionamento seguito dalla Corte costituzionale almeno coerente con quanto asserito nella sentenza n. 1/2014, anche se qualche riflessione pare necessaria. Si è accennato alla “doppia natura” della quota del 40%: al primo turno questa funziona come soglia per l'assegnazione del premio, quando però funziona come congegno per attivare il turno di ballottaggio di fatto annulla ogni garanzia sulla consistenza del consenso del vincitore. La sentenza nota che «se il primo turno dimostra che nessuna lista, da sola, è in grado di conquistare il premio di maggioranza, solo le stringenti condizioni di accesso al turno di ballottaggio conducono, attraverso una radicale riduzione dell'offerta politica, alla sicura attribuzione di tale premio»: arrivare al 50% al ballottaggio in cui siano ammessi solo due concorrenti non prova nulla sull'effettiva capacità di quella forza di raggiungere la soglia prevista al primo turno (di cui il ballottaggio è la prosecuzione).

La Corte non si “accontenta” del fatto che una lista, anche solo la stessa in prima battuta risultata prima, vinca pure il ballottaggio con oltre il 50% dei consensi: risultato obbligato, quando i concorrenti sono due. Al contrario, sembrerebbe richiedere – pur non affermandolo esplicitamente – che una delle due liste raggiungesse la quota assoluta di consensi corrispondente al 40% dei voti validamente espressi al primo turno²¹⁸¹: non si spiegherebbero altrimenti i dubbi del giudice delle leggi sulla rappresentatività dell'assemblea uscita da quel voto. Se la lista arrivata seconda al primo turno – magari a vari punti di distanza dalla più votata – prevalesse al ballottaggio ottenendo non solo la metà dei voti più uno, ma una quota assoluta di consensi pari o superiore a quella che al primo turno avrebbe permesso di conquistare il premio, la Corte rileverebbe sempre un effetto distorsivo (resterebbe l'accesso «al turno di ballottaggio anche avendo conseguito, al primo turno, un consenso esiguo» e il premio sarebbe ottenuto con un potenziale raddoppio dei seggi attribuibili «sulla base dei voti ottenuti al primo turno»), ma forse lo riterrebbe accettabile: non sarebbe frutto solo delle «stringenti condizioni di accesso al turno di ballottaggio», bensì di un voto inequivoco degli elettori.

Certamente la Consulta non avrebbe potuto introdurre una norma che condizionasse l'assegnazione del premio col ballottaggio al raggiungimento da parte della lista vincitrice della quota di voti che avrebbe attribuito il premio al primo turno; né avrebbe avuto la possibilità di vincolare la validità del secondo

²¹⁸⁰ Su questa stessa posizione – parlando peraltro di «una sorta di vizio d'illegittimità sopravvenuta», successivamente all'esito del referendum costituzionale – è A. MORRONE, *Dopo la decisione sull'Italicum: il maggioritario è salvo, e la proporzionale non un obbligo costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 13 febbraio 2017, 4.

²¹⁸¹ Se, ad esempio, su 40 milioni di elettori, i voti validi al primo turno fossero 30 milioni, la lista più votata dovrebbe superare i 12 milioni (il 40% di 30 milioni) per ottenere il premio; in caso di ballottaggio, però, se anche la stessa lista dovesse vincere, non è scontato che – in caso di affluenza più ridotta al secondo turno – superando il 50% otterrebbe in seconda battuta almeno quei 12 milioni di voti che avrebbero dovuto far assegnare il premio al primo turno.

turno al superamento di una quota minima di votanti, uguale o di poco inferiore all'affluenza riscontrata al primo turno, per garantire per quanto possibile la rappresentatività della seconda parte della consultazione. Queste clausole potrebbero essere introdotte dal legislatore, ma è difficile che trovino una maggioranza disposta a legificarle: potrebbero comportare – ove non siano soddisfatte le condizioni – l'invalidità del ballottaggio, con un evidente spreco di risorse, visto che sarebbe necessario ricorrere alla distribuzione proporzionale sulla base dell'esito del primo turno²¹⁸². Sarebbero nella disponibilità del Parlamento anche altri strumenti, quali la possibilità di allargare a tre i *competitor* ammessi al secondo turno, per allentare le «stringenti condizioni di accesso» e alterare meno il risultato del nuovo voto²¹⁸³ (ma questo potrebbe essere inutile perché, in un sistema sostanzialmente tripolare come sembra diventato quello italiano, si rischierebbe di fatto la ripetizione del risultato di due settimane prima²¹⁸⁴), come pure la possibilità di stabilire apparentamenti dopo il primo turno, se non proprio di costituire coalizioni, il tutto per rendere meno distorsivo il premio²¹⁸⁵.

Al di là delle possibilità messe in luce, anche solo indirettamente, dalla sentenza, occorrerebbe una riflessione più ampia. Avendo la Corte riconosciuto nel nuovo sistema elettorale un «effetto distorsivo analogo» a quello della legge n. 270/2005, è bene chiedersi se essa abbia mantenuto per intero la propria idea di allora sui *sistemi elettorali misti*, una posizione che nella sentenza n. 1/2014 era parsa piuttosto severa. Allora il giudice delle leggi aveva ricordato come in altri ordinamenti omogenei al nostro fosse acquisizione della giurisprudenza costituzionale che «qualora il legislatore adotti il sistema proporzionale, anche solo in modo parziale, esso genera nell'elettore la legittima aspettativa che non si determini uno squilibrio sugli effetti del voto, e cioè una diseguale valutazione del “peso” del voto “in uscita”, ai fini dell'attribuzione dei seggi, che non sia necessaria ad evitare un pregiudizio per la funzionalità dell'organo parlamentare»²¹⁸⁶; poco prima, quanto al sistema elettorale disegnato dalla legge n. 270/2005, la Consulta aveva censurato il fatto che le nuove norme, più che correggere l'assegnazione «in ragione proporzionale» (art. 1, comma 2, del d.P.R. n. 361/1957, modificato dalla cd. legge Calderoli), avessero «rovescia[t]o la *ratio* della formula elettorale prescelta dallo stesso legislatore del 2005», cioè «assicurare la rappresentatività dell'assemblea parlamentare».

A prima vista, non sembra che la Corte abbia cambiato idea (fatta eccezione, se si vuole, per l'avere “sdoganato” in modo esplicito il premio di maggioranza “ragionevole”, anche se in precedenza non c'era stato un giudizio negativo in astratto): si è visto che la Corte ha sottolineato come l'innesto di «tratti maggioritari [...] non cancell[+] la logica prevalente della legge, fondata su una formula di riparto proporzionale dei seggi»; fermarsi a questa frase, tuttavia, non pare opportuno. Riesaminando il caso alla base della sentenza n. 1/2014, all'epoca la Corte poté dire che il legislatore aveva scelto una formula

²¹⁸² Con l'aggravante, anzi, di dover magari attribuire i seggi in base ai voti dati al primo turno (l'unico che abbia permesso a tutte le forze politiche di misurarsi tra loro), sapendo che il ballottaggio potrebbe aver dato esiti opposti per quanto riguarda le due liste meglio piazzate, senza che questi vengano considerati.

²¹⁸³ La soluzione è stata suggerita di fatto dalla proposta di legge che ha come primo firmatario il deputato Pd Gian Mario Fragomeli – Atto Camera n. 4363: essa ripristinerebbe il secondo turno, ma lo aprirebbe a tutte le liste che abbiano ottenuto al primo turno almeno il 20% (difficile che siano più di tre, nel sistema italiano), vincolerebbe la sua validità al superamento del *quorum* del 50% più uno degli aventi diritto al voto e inserirebbe la clausola che subordina l'attribuzione del premio al raggiungimento della soglia del 37% (valida anche al primo turno) da parte di una lista *in entrambe le Camere*.

²¹⁸⁴ Il secondo turno sarebbe significativo ove nel primo ci fosse una dispersione di voti tra le liste diverse dalle prime tre classificate tale da rendere opportuno verificare come si redistribuirebbero quei consensi. L'esito di tale valutazione, ovviamente, è aleatorio: immaginando di far corrispondere a ciascuna coalizione ammessa dalla cd. legge Calderoli una lista unica federata (anche se, ovviamente, non è detto che i risultati reali sarebbero stati gli stessi), prendendo i risultati del 2013, le prime tre liste avrebbero ottenuto oltre l'84% dei voti validi; facendo lo stesso con il 2008, si sarebbe arrivati a sfiorare il 90%, mentre come è noto nel 2006 le due coalizioni principali insieme si aggiudicarono addirittura il 99,55%.

²¹⁸⁵ Ricorda tuttavia che «[+] la ragione della declaratoria di incostituzionalità sta nell'assenza di soglia, non nella preclusione alle coalizioni dell'accesso al premio» M. LUCIANI, *Bis in idem*, cit., 8.

²¹⁸⁶ A questo proposito, la Corte citava espressamente una serie di sentenze del Tribunale costituzionale tedesco, a partire da quella allora più recente – BVerfGE, sentenza 3/11 del 25 luglio 2012 – fino ad altre dei decenni precedenti.

proporzionale perché l'art. 1, comma 2 del d.lgs. n. 361/1957 diceva, nel testo allora vigente, che «la ripartizione dei seggi è effettuata in ragione proporzionale, con l'eventuale attribuzione di un premio di maggioranza». Eppure, autorevoli studiosi²¹⁸⁷ avevano notato che era stato un errore considerare quello delineato come un sistema proporzionale e non invece un sistema “maggioritario di coalizione” o “maggioritario con rappresentanza delle minoranze”²¹⁸⁸: all'evidenza, qualificando il sistema in quel modo e non come proporzionale a premio di maggioranza eventuale, il ragionamento della Corte costituzionale sarebbe stato più difficile da sostenere.

Se si guarda l'art. 1 t.u. Camera modificato dalla legge n. 52/2015, si nota che la formulazione è più ambigua rispetto a quella introdotta nel 2005. Sparito ogni riferimento diretto alla ripartizione proporzionale (indicata però dalla Corte come “logica prevalente” della formula elettorale), il rinvio al nuovo art. 83 dello stesso testo unico contempla sì la ripartizione proporzionale (dei seggi per le liste di minoranza che abbiano superato lo sbarramento), ma solo come ultima operazione, dopo la verifica delle condizioni per l'assegnazione del premio e la sua attribuzione. Rimane tuttavia l'espressione «con l'eventuale attribuzione di un premio di maggioranza», ove l'aggettivo enfatizzato riguarda certamente la possibilità che il premio non sia attribuito ove la lista più votata sia in grado di raggiungere da sola la quota di 340 seggi (dunque goda già di una maggioranza), ma può anche leggersi come subordinazione della natura maggioritaria a un'altra “logica prevalente”, che evidentemente la Corte costituzionale deve aver ritenuto proporzionale.

Ora, è vero che nella sentenza n. 35/2017 il discorso sulla “logica prevalente” alterata dal premio al ballottaggio è trattato dalla Consulta in subordine rispetto all'argomento della mancanza di garanzie sul rispetto della soglia minima dettata per il primo turno, argomento che poteva bastare per cassare il secondo turno così congegnato per difetto di ragionevolezza. È altrettanto vero, però, che aver voluto insistere sulla logica prevalentemente proporzionale di un sistema che, a mio modo di vedere, non è affatto proporzionale, se non per necessità (un modo per distribuire i seggi destinati all'opposizione bisogna pure trovarlo...) sembra porre un serissimo dubbio di costituzionalità – se non un vero e proprio veto, ovviamente a Costituzione invariata – su ogni forma di sistema elettorale *majority assuring*. E questo anche se il sistema si premura di attribuire (come faceva quello introdotto nel 2015 e come farebbe ora il sistema vigente alla Camera, ove scattasse il premio) alle liste di minoranza una quota significativa di seggi, non garantita da altri sistemi elettorali²¹⁸⁹.

Si può condividere o meno tale impostazione, ma pare difficile trarre una lettura diversa di quanto affermato dalla Corte nella sentenza da cui questo contributo ha origine. È noto che in dottrina certi autori hanno rilevato la sconfitta di un «tentativo proporzionalistico» certificata dall'ammissibilità del

²¹⁸⁷ A sostenere questa tesi è soprattutto Antonio Agosta, che l'aveva propugnata per la prima volta (lui parlò espressamente di «sistema maggioritario di coalizione, con successivo riparto proporzionale dei seggi spettanti tra le liste componenti») in una scheda – non firmata – scritta per il Ministero dell'interno e destinata al *Vademecum* predisposto dallo stesso Viminale per le elezioni di quell'anno; la stessa posizione, peraltro, sarebbe stata mantenuta in seguito, anche nell'audizione svolta nell'ambito dell'indagine conoscitiva disposta dalla I Commissione di Montecitorio all'indomani della sentenza n. 1/2014 (A.P., Camera dei Deputati – XVII legislatura, I commissione – Indagine conoscitiva, 17 gennaio 2014, n. 3, 32). Sul punto, peraltro, v. anche M. BIGNAMI, *La Corte costituzionale interviene in via “semi-incidentale”*, cit., 49 e N. ZANON, *Fare la legge elettorale “sous l'oeil des russes”*, cit., 131. Ritiene maggioritari i sistemi con premio di maggioranza, a dispetto del funzionamento in parte proporzionale, proprio per lo scopo dichiarato di definire una maggioranza parlamentare, G. SARTORI, *Ingegneria costituzionale comparata*, Bologna, il Mulino, 2000, 18-19. V. le riflessioni di F. BIONDI, *Il premio di maggioranza dopo la sentenza della corte costituzionale n. 1 del 2014*, in M. D'AMICO, S. CATALANO (a cura di), *Prime riflessioni sulla “storica” sentenza 1 del 2014*, cit., 64 ss.

²¹⁸⁸ Su sistemi di quel tipo, per un inquadramento storico v. G. SCHEPIS, *I sistemi elettorali. Teoria, tecnica, legislazioni positive*, Empoli, Caparrini, 1955, 37-60 (v. in particolare la Parte seconda, *I sistemi che consentono una rappresentanza alle minoranze*).

²¹⁸⁹ Nota correttamente che i sistemi che applicano la regola *first past the post*, non attribuendo alcun valore (al fine della determinazione degli eletti) ai voti dati ai candidati non vincenti, potrebbero consentire la conquista di tutti i seggi da parte della stessa forza politica (cosa che poteva accadere anche con la cd. “legge Mattarella”), mentre l'impianto originario della legge n. 52/2015, ballottaggio compreso, non l'avrebbe consentito P. PASQUINO, *La Corte decide di decidere ma non coglie la natura del ballottaggio*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2017, 2.

premio, pur dolendosi di una bocciatura del ballottaggio non troppo convincente, a partire dall'errore in cui – a loro dire – sarebbe incorsa la Consulta nel ritenerlo una prosecuzione del primo turno²¹⁹⁰; altri autori sono fermi nel ritenere illegittimo assegnare in premio seggi che «siano già stati assegnati a liste (rivelatesi) minoritarie», cosa che accadrebbe anche con il premio di maggioranza del 55% residuo in caso di superamento della soglia minima all'unico turno elettorale²¹⁹¹.

Tornando alla questione legata al ballottaggio, non si può non considerare che il valore dello stesso poteva essere messo alla prova dal calo della partecipazione al voto al secondo turno, come riscontrato negli ultimi anni (sia pure in una situazione diversa, quale quella delle elezioni comunali): si tratta, è vero, di un argomento «di tipo sociologico/politologico e non giuridico»²¹⁹² ma non può passare sotto silenzio, specie in tempi di scarsissima credibilità e legittimazione della classe politica e con riguardo agli effetti che il secondo turno così costruito poteva produrre. In un primo tempo il ballottaggio poteva esser stato concepito come “sanatoria *tout court*”, quale che fosse stato l'esito del voto al primo turno²¹⁹³ e a prescindere dalla partecipazione elettorale (sulla base del noto principio per cui – salvo precise eccezioni, come quella del *referendum* abrogativo – le decisioni le prende chi vota e non chi si astiene), il passaggio del premio dalla coalizione alla lista ha inevitabilmente accentuato i suoi effetti distorsivi, inducendo interpreti e giudici a serie riflessioni²¹⁹⁴. Di certo, verrebbe da dire che non ha alcun senso perseguire l'idea di un'assegnazione del premio “a tutti i costi”, anche attraverso un ballottaggio, richiamando la necessaria differenza tra una competizione per una carica individuale (come il sindaco o l'eletto in un altro collegio uninominale) e un'assemblea parlamentare, con funzioni di rappresentanza²¹⁹⁵.

5. Capilista e multicandidature: un cocktail distorsivo, anche senza opzioni?

Oltre alla questione relativa all'assegnazione del premio di maggioranza (al primo turno o solo al ballottaggio), l'altro istituto su cui si erano appuntate varie attenzioni e critiche, tradotte in censure dai

²¹⁹⁰ V. per tutti S. CECCANTI, *I sistemi elettorali per le elezioni politiche*, cit., 3: «dal punto di vista degli elettori col ballottaggio tutte le scelte rispetto a quelle del primo turno si azzerano e sono reversibili: quindi la discontinuità è comunque evidente e non un riflesso delle scelte delle forze politiche. Gli elettori si possono “apparentare” a prescindere dalle forze politiche di riferimento e anche in dissenso rispetto ad esse».

²¹⁹¹ Così R. DICKMANN, *La Corte costituzionale trasforma l'Italicum in sistema elettorale maggioritario “eventuale” ma lascia al legislatore l'onere di definire una legislazione elettorale omogenea per le due Camere*, in *Federalismi.it*, 2017, 17-18 e ID., *Le questioni all'attenzione del legislatore dopo la sentenza n. 35 del 2017 della Corte costituzionale*, in *Dirittifondamentali.it*, 2017, 4. Per l'autore, sarebbe opportuno attribuire proporzionalmente la gran parte dei seggi dell'assemblea, mentre il premio consisterebbe in una quota precisa di «seggi accantonati a tal fine» (ad esempio, il 10% o il 15% dei seggi totali): si noti che questo sistema era stato immaginato nelle prime versioni del disegno di legge elettorale elaborato in sede di “patto del Nazareno”.

²¹⁹² Lo nota A. SPADARO in A. RUGGERI, A. RAUTI (a cura di), *Forum sull'Italicum*, cit., 8; lo stesso nota che all'estero di norma l'affluenza al secondo turno è più consistente rispetto a quella registrata nel primo (e altrettanto fa A. RAUTI, 35-36, con riferimento alle esperienze di ballottaggio italiane tra '800 e '900).

²¹⁹³ Si noti che, con riguardo alla prima versione della legge elettorale discussa all'indomani della sentenza n. 1/2014 – e che prevedeva un premio di maggioranza “dedicato”, variabile e pari al massimo al 18% (fino ad arrivare al massimo al 55% dei seggi) alla lista o coalizione che abbia superato il 35% dei consensi; il ballottaggio fra le due liste/coalizioni più votate se nessuna aveva raggiunto la soglia; il divieto di apparentamento tra primo e secondo turno; soglie di sbarramento differenziate (12% coalizioni, 5% liste coalizzate, 8% liste non coalizzate); liste bloccate di 4-5 persone in territori ristretti – la dottrina più attenta aveva notato una fortissima distorsione dei voti in caso di premio assegnato al primo turno (con il valore del voto “in uscita” a favore della lista/coalizione vincente più che doppio rispetto a quello espresso per le restanti liste) e una correzione al ballottaggio, senza che questa faccia venire meno l'alterazione del primo turno (e senza contare l'effetto distorsivo aggravato dalla previsione di soglie di sbarramento molto alte): G. SCACCIA, *Riflessi ordinamentali dell'annullamento della legge n. 270 del 2005 e riforma della legge elettorale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014, 9.

²¹⁹⁴ N. ZANON, *Fare la legge elettorale “sous l'oeil des russes”*, cit., 129, notò come il primo monito della Corte costituzionale sull'assenza di una soglia minima per l'attribuzione del premio di maggioranza sia stato formulato con l'ammissione del *referendum* del comitato Guzzetta-Segni che mirava ad attribuire il premio solo alla lista, non alla coalizione: a valle di quella trasformazione, dunque, sarebbe stata rilevante la questione della soglia e, tornando alla vicenda della legge n. 52/2015, la Corte avrebbe fatto pesare anche sul ballottaggio la mancanza di una prova di consistenza adeguata per assegnare il premio.

²¹⁹⁵ A. RAUTI, in A. RUGGERI, A. RAUTI (a cura di), *Forum sull'Italicum*, cit., 35, ricorda i casi (di “anatra zoppa”) in cui il premio di maggioranza non è attribuito nelle elezioni dei comuni superiori; sulla carta, può accadere pure alle elezioni regionali.

giudici *a quibus*, era la disciplina dei cd. capilista bloccati. I giudici rimettenti, peraltro, non si erano concentrati tutti sullo stesso profilo di potenziale illegittimità, mettendo in dubbio sia la costituzionalità in sé del “blocco” al candidato di collegio, sia la combinazione delle multicandidature (concesse ai soli capilista fino a un massimo di dieci collegi) e dell’opzione del capolista multieletto.

Il primo profilo è stato sollevato dal solo tribunale di Messina²¹⁹⁶. Si riteneva che il diritto dell’elettore a esprimere un voto personale, libero e diretto non fosse garantito dal sistema previsto dalla nuova legge, non tanto per i sostenitori della lista che avesse ottenuto il premio (e che nella sua compagine di eletti avrebbe dato inevitabilmente la maggior parte dello spazio ai candidati votati dalle preferenze), quanto piuttosto per gli elettori delle liste di minoranza: queste facilmente sarebbero state rappresentate alla Camera dai soli capilista bloccati, «pur se con il correttivo della multicandidatura» (considerata, in questo caso, come fattore positivo, poiché l’eventuale elezione dei capilista in più collegi lascerebbe più spazio ai candidati scelti con le preferenze).

La Corte, tuttavia, ha ritenuto non fondata la questione «così formulata». Se la sentenza n. 1/2014 aveva cassato la mancata previsione del voto di preferenza nella cd. legge Calderoli, vista la previsione di liste bloccate molto lunghe su circoscrizioni ampie, che non rendevano conoscibili i candidati e non consentivano margini di scelta all’elettore (imponendo l’elezione in base all’ordine di lista), i congegni impiegati dalla legge n. 52/2015 – collegi più numerosi e ristretti, liste più corte, blocco del solo capolista con tanto di nome sulla scheda, doppia preferenza di genere – disegnano una situazione piuttosto diversa che non lede in sé la libertà di voto dell’elettore. La Consulta non ha negato il fatto che tra le liste di minoranza tutti o molti degli eletti possano essere capolista bloccati, ma lo ha considerato come conseguenza della concreta articolazione del sistema dei partiti, un «inconveniente di fatto» che non può rilevare automaticamente come *vulnus* alla legittimità costituzionale; lo stesso risultato, peraltro, potrebbe non prodursi tanto grazie all’impiego delle multicandidature, quanto in seguito ad altri fattori (come l’eventuale concentrazione del consenso della singola lista in determinati collegi, che li permetterebbe la conquista di più eletti in base alle preferenze, a patto naturalmente che la magnitudine del singolo collegio lo consenta).

I tribunali di Torino, Perugia, Trieste e Genova, invece, si erano concentrati sulla sola disposizione che affidava al capolista, candidato in più collegi ed eletto in più di uno di questi, la scelta del collegio di elezione (con conseguente surroga del primo dei non eletti)²¹⁹⁷. Ciò, lasciando l’opzione a una mera valutazione d’opportunità del candidato, senza applicare criteri oggettivi, predeterminati e rispettosi della volontà degli elettori, sarebbe stato contrario agli artt. 3 e 48 Cost.: avrebbe vanificato i voti di preferenza ottenuti dal primo dei non eletti nel collegio d’opzione (distorcendo il peso in uscita di quei voti), creando potenzialmente una situazione irragionevole perché nei collegi non prescelti dal multieletto sarebbero potuti subentrare candidati con un ridotto consenso personale.

Questa doglianza è stata accolta dal giudice delle leggi, ritenendo che il fatto che la scelta del collegio di elezione non fosse determinata da un criterio oggettivo e rispettoso del volere degli elettori fosse «in contraddizione manifesta con la logica dell’indicazione personale dell’eletto da parte dell’elettore» (ripristinata dalla stessa legge n. 52/2015 con le preferenze): la Corte sostiene che tale situazione attribuirebbe al multieletto indirettamente «un improprio potere di designazione del rappresentante di un dato collegio elettorale», finendo per condizionare «l’effetto utile dei voti di preferenza». Non ha pregio il tentativo – operato dalla difesa erariale – di giustificare l’opzione facendo paralleli con la disciplina proporzionale vigente fino al 1993 o con quella delle elezioni europee, in cui la libera scelta del collegio

²¹⁹⁶ Le disposizioni indubiate erano l’art. 1, comma 1, lettera g), della legge n. 52/2015 e gli artt. 18-*bis*, comma 3, primo periodo, 19, comma 1, primo periodo, e 84, comma 1 del d.P.R. n. 361/1957, modificati o sostituiti dalla legge n. 52/2015. Il tribunale aveva ritenuto fosse leso l’art. 48, comma 2 Cost. (e anche gli artt. 1, commi 1 e 2, 51, comma 1, 56, commi 1 e 4 Cost., ma solo nel dispositivo dell’ordinanza di rimessione, per cui queste censure sono state considerate inammissibili).

²¹⁹⁷ Oggetto della questione era l’art. 85 del d.P.R. n. 361/1957 (come modificato dall’art. 2, comma 27 della legge n. 52/2015).

di opzione si accompagnava all'estensione a tutti i candidati tanto del voto di preferenza (senza candidature bloccate), quanto della possibilità di candidarsi in più circoscrizioni. È stata dunque riconosciuta la distorsione in uscita del voto di preferenza – ad opera dell'opzione affidata all'arbitrio del capolista – in violazione dell'uguaglianza e della personalità del voto; la Corte dice anche chiaramente che chi ottiene l'elezione senza passare attraverso il voto di preferenza non può cercare per la libera scelta del collegio di elezione giustificazioni costituzionali in danno di candidati che hanno ottenuto espressi consensi (e, aggiungo, più che legittimamente possono aspirare a ottenere il seggio).

Riconosciuta la fondatezza della censura, occorre darle corpo in modo che la normativa di risulta fosse comunque autoapplicativa²¹⁹⁸, senza invadere gli spazi riservati alla discrezionalità del Parlamento: la Consulta si è così prodotta nell'ennesimo richiamo alla «rigorosa osservanza dei limiti dei propri poteri, tanto più in materia elettorale» (una sorta di *excusatio alternis diebus petita*, in bilico tra le frequenti accuse di ingerenza da parte di certe forze politiche e la contrastante attesa di un intervento che supplisca all'incapacità del sistema parlamentare di prendere decisioni). I vari criteri possibili per sottrarre all'opzione arbitraria la scelta del collegio, come l'elezione automatica nel collegio in cui il candidato con più preferenze abbia ottenuto il risultato percentuale peggiore (per dare spazio a quelli più votati) o nel collegio in cui la lista ha ottenuto la percentuale migliore, sono nella disponibilità del solo Parlamento (che può valutarne vantaggi e svantaggi), ma non lo erano certo in quella della Corte. Restava la possibilità – e, secondo il giudice delle leggi, il «dovere» – di dichiarare incostituzionale la parte di disposizione che richiedeva al deputato plurieletto di optare per il collegio d'elezione entro otto giorni dall'ultima proclamazione, facendo sopravvivere il criterio residuale del sorteggio, previsto dal secondo periodo dell'art. 85 del d.P.R. n. 361/1957, non oggetto delle censure dei giudici *a quibus* e, in qualche modo, residuo «dell'originaria volontà del legislatore».

Garantita l'immediata applicabilità della normativa di risulta, traspare però la consapevolezza della Corte sul fatto che la soluzione raggiunta sia poco soddisfacente²¹⁹⁹: emerge quando il giudice delle leggi affida «alla responsabilità del legislatore» la sostituzione del sorteggio con «altra più adeguata regola»; l'adeguatezza non pare tanto riferita alla corrispondenza con la volontà del Parlamento (comunque da accertare), bensì alla necessità di evitare aberrazioni o esiti indesiderabili al momento non impossibili. In effetti, se l'opzione arbitraria distorceva in uscita il volere degli elettori per mano della volontà del capolista (e del suo partito), ora le scelte di chi vota sono in balia del caso e non è escluso che l'alea neghi l'elezione al candidato con la maggior quota di preferenze; l'imbarazzo per la soluzione non ottimale offerta, in ogni caso, non poteva giustificare interventi diversi della Corte²²⁰⁰.

Personalmente condivido la scelta della Consulta di espungere dalle norme elettorali vigenti il diritto d'opzione per il capolista multieletto: non è più giustificato nel nuovo contesto normativo, non tanto per l'atto in sé, quanto per le conseguenze che esso produce in termini di sacrificio della volontà popolare

²¹⁹⁸ Si vedano però le preoccupazioni di R. ROMBOLI, *L'incostituzionalità dell'«Italicum»: la Consulta conferma il superamento della storica «zona franca» delle leggi elettorali, ma anche la creazione di una nuova per le leggi costituzionalmente necessarie*, in *Foro italiano*, 2017, I, 782 ss.: l'autore teme che il limite del dover ottenere l'autoapplicatività di una legge costituzionalmente necessaria comporti «che per una categoria di leggi estremamente importanti (tanto da essere appunto costituzionalmente necessarie) la corte si trova nella condizione, anche di fronte a situazioni di palese incostituzionalità, di non poter procedere alla dichiarazione di incostituzionalità qualora a seguito di quest'ultima non risulti una normativa immediatamente applicabile. [...] Paradossalmente la ricordata giurisprudenza della Corte costituzionale potrebbe indurre il legislatore ordinario ad approvare, per gli aspetti più importanti o controversi, leggi costituzionalmente necessarie in una forma tale che non consenta, in caso di dichiarazione di incostituzionalità, di lasciar residuare una normativa immediatamente applicabile. Con ciò impedendo alla corte di dichiararne l'incostituzionalità e determinando il crearsi di una «zona franca» dal controllo di costituzionalità».

²¹⁹⁹ R. ROMBOLI, *L'incostituzionalità dell'«Italicum»*, cit., nutre però forti dubbi sul fatto «che il sistema «residuale» del sorteggio vada esente da dubbi di conformità a quei principi costituzionali ritenuti dalla corte violati dalla libera scelta del capolista».

²²⁰⁰ L'impiego del sorteggio nel diritto pubblico, peraltro, pur non essendo stato ampiamente indagato dalla dottrina, è da tempo oggetto di discussioni, in bilico tra accuse di «azzardo» e giustificazioni di imparzialità, uguaglianza e necessità. Per un'ampia e meritoria ricostruzione dell'istituto del sorteggio, v. A. ZEI, *L'arbitrato del caso: applicazioni del metodo del sorteggio nel diritto pubblico*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, 2017.

espressa con le preferenze. È lecito pensare che a determinare la decisione del giudice delle leggi sia stata anche la consapevolezza che, probabilmente (e in quasi tutti i casi), la scelta delle candidature in posizione di capolista sarebbe stata rimessa in tutto ai dirigenti di partiti e movimenti, senza alcuna forma di partecipazione dei cittadini elettori alla determinazione. In un *obiter dictum*, la Corte segnala – benché in quel contesto la riflessione appaia sorprendentemente utilizzata per dare forza alle scelte dei partiti, pure nell’individuazione dei capilista – che «la selezione e la presentazione delle candidature [...] nonché, come nel caso di specie, l’indicazione di candidati capilista, è anche espressione della posizione assegnata ai partiti politici dall’art. 49 Cost.» e riconosce che l’indicazione dei capilista bloccati «deve essere svolta alla luce del ruolo che la Costituzione assegna ai partiti, quali associazioni che consentono ai cittadini di concorrere con metodo democratico a determinare, anche attraverso la partecipazione alle elezioni, la politica nazionale».

Se così è, ci si può chiedere se il verdetto sarebbe potuto essere diverso, ove fosse stato previsto per legge o fosse stato attivo nella prassi (ad esempio, come previsione degli statuti delle singole forze politiche) un sistema di consultazioni pre-elettorali, magari nella forma delle primarie, cui affidarsi per indicare il nome del candidato bloccato di collegio. La mancanza di preferenze per il capolista, in particolare, sarebbe stata bilanciata dalla scelta effettuata a monte dai cittadini, anche se ciò non avrebbe comunque risolto del tutto il problema della mancanza di un criterio oggettivo a guida della scelta del collegio di elezione in caso di capolista multicandidato e multieletto.

Facendo un passo indietro, tuttavia, risulta per me inevitabile una riflessione sull’istituto delle *multicandidature*²²⁰¹, non direttamente censurato dalle ordinanze di rimessione, ma presente negli atti introduttivi dei giudizi *a quibus*, come parte della disciplina (ritenuta irragionevole) dei capilista bloccati e della loro opzione²²⁰² o addirittura come autonomo profilo di illegittimità costituzionale²²⁰³. Anche qui, naturalmente, i dubbi (se non sulla legittimità, almeno) sull’opportunità non colpiscono tanto il congegno *tout court*, quanto piuttosto l’uso specifico fatto in un contesto di “blocco”.

Già commentando la sentenza n. 1/2014, dissi che le candidature multiple erano indubbiamente parte integrante e determinante del problema costituito dalle liste bloccate²²⁰⁴, per la loro capacità – ovviamente sotto la vigenza della cd. legge Calderoli – di produrre per un numero indefinito di volte la multielezione di un candidato, con la sua conseguente opzione per uno solo dei seggi conquistati e il subentro del primo dei non eletti (ammesso che questo non fosse stato, appunto, già eletto altrove). Il fatto che la legge n. 270/2005 consentisse a ogni candidato di candidarsi in tutte le circoscrizioni di una delle due Camere aveva amplificato drammaticamente il fenomeno ricordato²²⁰⁵, così pensavo che – pur non rientrando tra i profili di illegittimità fatti valere nell’ordinanza di rimessione – il tema delle multicandidature meritasse di più delle pochissime righe di sentenza che il giudice delle leggi aveva dedicato. Le candidature multiple apparivano espressione tanto della volontà dei partiti di garantire ad alcuni soggetti l’elezione (risultato inevitabilmente precluso ad altri, perché candidati in una sola circoscrizione o addirittura non inseriti in lista, avendo i multicandidati contribuito a esaurire i posti disponibili), quanto di avere maggiore (e

²²⁰¹ Sulla storia dell’istituto fino agli ultimi sviluppi, v. L. TRUCCO, *Le candidature multiple tra passato, presente...ed italicum*, in *Rivista AIC*, 2015.

²²⁰² V. in particolare il ricorso presentato al tribunale di Messina.

²²⁰³ V. il ricorso al tribunale di Torino, i successivi ricorsi ai tribunali di Perugia e Trieste e l’atto di citazione al tribunale di Genova, che risultano sul punto pressoché identici.

²²⁰⁴ C’è chi fu decisamente più *tranchant*: v. soprattutto M. AINIS, *Il testo è commestibile. Le pluricandidature no*, in *Corriere della Sera*, 30 gennaio 2014, 1, con l’autore che riteneva addirittura che la Corte, nella sentenza n. 1/2014, avesse «scritto a chiare lettere» che le multicandidature erano incostituzionali. Si vorrebbe poter condividere questa tesi, purtroppo smentita dalla stessa sentenza n. 35/2017, sia pure con le precisazioni che in seguito si faranno.

²²⁰⁵ Si ricordi che nel 2006 – lo segnalava C. FUSARO, *Memoria per l’audizione (alla Camera dei Deputati – Commissione Affari costituzionali)*, in *Forum di Quaderni costituzionali* – i 617 seggi in palio a livello nazionale furono conquistati da 398 candidati che si erano in gran parte candidati in altre circoscrizioni: si dovette procedere a 219 opzioni con altrettanti subentri.

irragionevole) controllo su chi, attraverso le opzioni e i subentri, sarebbe entrato in Parlamento e chi ne sarebbe invece rimasto fuori: una censura più decisa e marcata, insomma, sarebbe stata auspicabile.

Nella pronuncia all'origine di questo saggio, anche per l'assenza di contestazioni dirette dell'istituto²²⁰⁶, paradossalmente la Consulta esalta il ruolo delle candidature dello stesso soggetto in più collegi come soluzione per «liberare seggi per candidati scelti attraverso il voto di preferenza»: con tale affermazione la Corte costituzionale va ben oltre quanto affermato dal tribunale di Messina (nell'ordinanza si legge che può prodursi un effetto distorsivo della rappresentanza parlamentare «largamente dominata da capilista bloccati, *pur se con il correttivo della multicandidatura*») e quasi cita la memoria dell'Avvocatura dello Stato (per la quale le multicandidature «presentano sicuramente un effetto positivo rispetto all'impianto elettorale precedente, *consentendo di "liberare" seggi per le preferenze*»).

Alcune condizioni – riconosciute dalla Corte nella sentenza n. 35/2017 – sono oggettivamente mutate e (volendo) migliorate rispetto alla vigenza integrale della legge n. 270/2005: il “blocco” riguarda solo il capolista, l'ordine di elezione degli altri candidati è rimesso alla scelta degli elettori e non più dei partiti, non è possibile una multicandidatura “a tappeto” su tutto il territorio nazionale; le alterazioni della volontà popolare paiono effettivamente ridotte (anche se ovviamente la disciplina non è stata ancora messa alla prova). Non nego neppure che la presenza di candidature multiple finisca per attenuare l'incidenza dei candidati “blindati” sugli eletti della Camera (ma non è certo questo il motivo che le ha fatte reintrodurre). Ciò non elimina un problema di base: il fatto che solo i capilista bloccati possano candidarsi in più collegi li fa apparire, *à la* Orwell, «più eguali di altri».

È noto come le multicandidature, non previste nel disegno iniziale della nuova legge elettorale, siano state reinserite su pressione delle forze politiche medio-piccole quale rimedio agli effetti a loro sgraditi della distribuzione nazionale dei seggi (punto su cui si tornerà verso la fine). Non è scontato che i partiti minori ottengano seggi nei luoghi in cui sono più forti (dove magari potrebbero concentrare i loro candidati più rilevanti) piuttosto che altrove: il sistema di assegnazione dei seggi, sul piano territoriale, presenta infatti non pochi tratti di casualità, un po' come il lancio della pallina in una *roulette*. Si era ritenuto opportuno dare ai partiti minori la possibilità di candidare i loro esponenti più importanti in un numero maggiore di collegi, come se avessero a disposizione più *fiche* da giocare, per non correre il rischio che i loro *leader* e i funzionari di partito non fossero eletti²²⁰⁷.

Già questo, pur essendo chiarissimo sul piano politico, appare irragionevole giuridicamente: l'art. 51, comma 1 Cost. parla di accesso alle cariche elettive per tutti i cittadini «in condizioni di eguaglianza». Non si può pensare di applicare il principio solo in chiave di genere (riferendosi la norma ai cittadini «dell'uno o dell'altro sesso»): esso deve funzionare anche senza considerare il genere di chi si candida. Come si può parlare di accesso in condizioni uguali se quasi tutti hanno a disposizione solo una *fiche* e pochissimi possono averne addirittura dieci? La stessa ordinanza di rimessione del tribunale di Torino riconosce che è «insita una certa [...] distorsione del voto in un sistema che [...] contempra una speciale categoria di candidati (i capilista) che possono essere eletti grazie al solo voto di lista, e le cui possibilità di elezione vengono rafforzate con la possibilità di estendere territorialmente la candidatura»; precisa poi però che detta distorsione non è irragionevole. Anche quando i ricorrenti avevano lamentato la lesione dell'art. 51 Cost., peraltro, la questione è stata ritenuta irrilevante: la causa si fondava sulle doglianze in materia di elettorato attivo, mentre l'art. 51 riguarda piuttosto l'elettorato passivo. È evidente che a dolersi di questo potenziale lesivo delle multicandidature dovevano essere dei candidati non eletti, senza però avere alcuna

²²⁰⁶ Nei quattro casi in cui ai tribunali si è sottoposto il profilo di illegittimità delle multicandidature, i giudici *a quibus* hanno evidenziato il problema correlato dell'opzione arbitraria, senza dubitare della legittimità delle stesse candidature multiple.

²²⁰⁷ La spiegazione si ritrova, anche con un taglio divulgativo – come mostra l'immagine della *fiche* usata poc'anzi – e con esempi concreti, in R. D'ALIMONTE, *Multicandidature, regola per «salvare» i più eletti*, in *Il Sole 24 Ore*, 24 gennaio 2015.

certezza sulla volontà delle Giunte parlamentari di voler sollevare questioni di costituzionalità, come si è già detto nelle prime pagine di questo lavoro.

Si può anche accettare, volendo, il verdetto di non inammissibilità dei capilista bloccati, essendo stata limitata la “blindatura” a loro soltanto, rispetto all’intera lista²²⁰⁸; si possono riconoscere – come detto prima – che le multicandidature ridimensionano il tasso di “nominati” nell’assemblea parlamentare e che il venir meno dell’opzione da parte del capolista multieletto riduce i margini di incidenza dei partiti sulla composizione del Parlamento. Resta il fatto, però, che all’elettore sfugge ancora una parte significativa della determinazione degli eletti (che, a quel punto, più difficilmente possono dirsi suoi rappresentanti, condizione censurata dalla Consulta nella sentenza n. 1/2014)²²⁰⁹.

Non si dimentichi, poi, che al Senato si applica tuttora la cd. legge Calderoli, depurata sì del premio di maggioranza e integrata con la preferenza, ma la possibilità per *tutti* di candidarsi in *tutte* le circoscrizioni è rimasta intatta. In carenza di modifiche alla disciplina relativa a Palazzo Madama, l’assenza di candidati bloccati non sanerebbe l’irragionevolezza di un sistema che consentisse alle multicandidature diffuse (e all’opzione²²¹⁰) di distorcere molto gli esiti del voto: si potrebbero eleggere candidati con basse percentuali di preferenza, escludendo altrove soggetti con una quota maggiore, ma “sfortunati” per essersi presentati in una circoscrizione per cui vari plurieletti hanno optato.

6. Orizzonti di tecnica elettorale

La sentenza n. 35/2017, com’era accaduto con la n. 1/2014, nell’intervenire sul sistema elettorale, ne consegna un altro ben diverso, proprio grazie alle “amputazioni” praticate; allo stesso modo, anche i problemi e le criticità da affrontare cambiano, sempre in ragione dell’intervento del giudice delle leggi. Su questa base, è giusto cercare di riflettere prima *de iure condito (et relicto)*, per capire esattamente quali regole sono rimaste, poi di ragionare sull’attività *de iure condendo* necessaria.

Dopo la sentenza n. 35, alla Camera il sistema è a base proporzionale, fondato sul confronto tra liste, con sbarramento nazionale al 3% (più quello regionale del 20% per le liste rappresentative di minoranze

²²⁰⁸ Convince solo in parte il tribunale di Torino nel considerare la “blindatura” «non [...] del tutto priva di giustificazione, in quanto consente non solo, come prospettato dai ricorrenti, di operare candidature “calate dall’alto” attraverso procedimenti di selezione non trasparenti e comunque non prestabiliti dalla legge, ma anche di consentire, in questo modo, l’accesso alle cariche pubbliche a soggetti che, pur potendo dare il loro importante contributo alla vita parlamentare, potrebbero non essere, per la loro estrazione e formazione, particolarmente adatti a contendersi i voti in campagna elettorale (ad esempio come si potrebbe ipotizzare in presenza di candidature espresse dal mondo del mondo accademico o dell’arte, prive però di esperienza politica militante)». Il discorso poteva valere con le liste bloccate lunghe, ma il “blocco” limitato al capolista si presta ben di più a garantire o facilitare l’elezione di dirigenti politici: è irrealistico (e troppo rischioso) mettere come capilista soggetti con esperienza politica nulla o scarsa e sottoporre i soggetti più in vista del partito all’alea delle preferenze e della *roulette* della distribuzione nazionale dei seggi. Dire, come il giudice *a quo*, che «queste candidature sono pur sempre, attraverso il voto di lista, sottoposte alla scelta degli elettori», forse prova troppo. Sul fatto che la Corte paia riservarsi «un suo possibile intervento in tutte quelle ipotesi (concernenti [...] anche, al limite, profili interni oltre che attività esterne degli stessi partiti politici) diverse comunque dai meri “inconvenienti di fatto”, in cui, avendosi a che fare con una qualche forma di esercizio del potere elettorale, si presentino situazioni in grado “di per sé”, di “tradursi in un vizio d’illegittimità costituzionale”» v. L. TRUCCO, “Sentenza Italicum”, cit., 157.

²²⁰⁹ Il problema resta col nuovo testo base adottato in I commissione il 23 maggio, proposto dal capogruppo Pd Ettore Rosato. Il sistema – che assegna 303 seggi in collegi uninominali (accanto ai 9 attribuiti in analoghi collegi in Valle d’Aosta e Trentino - Alto Adige e ai 12 assegnati all’estero) e gli altri 306 in collegi plurinominali con riparto proporzionale e “listini” bloccati, da 2 a 4 candidati – non consente le multicandidature nei collegi uninominali, ma permette di candidarsi al più in 3 collegi plurinominali e ammette che il candidato in un collegio uninominale si presenti pure in quelli plurinominali (fino a 3). Con le liste bloccate, benché corte, la candidatura multipla sottrae sempre agli elettori parte della determinazione degli eletti, anche se il testo non prevede l’opzione (prevale l’elezione nei collegi uninominali; per i multieletti nei collegi plurinominali, l’elezione scatta là dove la lista ha ottenuto la percentuale minore).

²²¹⁰ Si consideri però con attenzione l’opinione (non infondata) per cui il rinvio al t.u. Camera *ex art.* 27 del d.lgs. n. 533/1993 (testo unico per l’elezione del Senato) «per tutto ciò che non è disciplinato» da questa fonte comporta, in automatico, il venir meno dell’opzione pure a Palazzo Madama, avendo la sentenza n. 35/2017 ha cancellato l’istituto a Montecitorio.

linguistiche) e l'assegnazione eventuale di un premio di maggioranza di 340 seggi complessivi per la lista più votata, se questa riesce a raggiungere il 40% dei voti validi espressi nell'ormai unico turno elettorale. Il territorio resta diviso in 20 circoscrizioni regionali e, a loro volta, in 100 collegi plurinominali (più quello uninominale della Valle d'Aosta); resta identica la scheda elettorale, con il capolista stampato accanto al simbolo e alle righe per la doppia preferenza di genere. Sopravvive la possibilità per i capilista di essere candidati al più in dieci collegi; ove uno di loro sia plurieletto – dopo la dichiarata incostituzionalità dell'opzione – la sorte deciderà il collegio d'elezione. L'attribuzione dei seggi è operata a livello nazionale e poi “ribaltata” a livello circoscrizionale e di collegio per ogni lista.

Al Senato, invece, al momento si applicherebbe ciò che resta della legge n. 270/2005, alla luce della sentenza n. 1/2014 della Corte costituzionale. Il sistema, dunque, sarebbe un proporzionale “quasi puro” basato su liste e coalizioni, senza alcuna forma di premio (né nazionale com'è alla Camera, né regionale com'era prima dell'intervento della Consulta). A non rendere del tutto puro il proporzionale è la presenza delle soglie di sbarramento regionali, differenziate a seconda dell'adesione o meno a una coalizione (8% per le liste “sciolte”, 3% per quelle coalizzate, 20% per la coalizione stessa). Al voto di lista si aggiungerebbe, dopo l'addizione effettuata dal giudice delle leggi, l'espressione di una preferenza, una novità assoluta per il Senato della Repubblica, che fino al 2001 ha sempre visto i nomi dei candidati stampati sulla scheda, spariti solo con l'avvento della lista bloccata: l'istituto della preferenza a Palazzo Madama, peraltro, dovrebbe essere meglio normato, a partire dal disegno di una nuova scheda, visto che quella attuale non prevede spazi e modi per esprimere regolarmente il sostegno a un candidato²²¹¹.

Su questa base, è evidente la situazione di «regole contrastanti» tra le due Camere, per usare le parole pronunciate dal Presidente della Repubblica a fine anno: il discorso precedeva la sentenza della Corte costituzionale (e Mattarella si guardò bene dal fare qualunque riferimento al giudizio di legittimità in corso, per non aggiungere alle aspettative già pressanti sulla Consulta anche quella del Quirinale), ma è invariata l'esigenza di «regole elettorali chiare e adeguate perché gli elettori possano esprimere, con efficacia, la loro volontà e questa trovi realmente applicazione nel Parlamento che si elegge». Se il sistema elettorale per la Camera dopo l'intervento della Corte è meno dissimile a quello in vigore per il Senato (seguito al primo, incisivo ritocco della Consulta), restano varie questioni da risolvere²²¹², se si cerca quell'armonizzazione di cui si è parlato prima e dopo la sentenza n. 35/2017.

Come premessa, il legislatore sarà libero di cambiare le regole partendo da uno dei due sistemi ora in vigore o di scegliere modelli del tutto diversi. Di certo, però, dovrà tenere in conto il monito che la Corte costituzionale ha posto alla fine della parte motiva della sentenza n. 35/2017: se «l'esito del *referendum ex art. 138 Cost.* del 4 dicembre 2016 ha confermato un assetto costituzionale basato sulla parità di posizione e funzioni delle due Camere elettive», per la Consulta la Carta «esige che, al fine di non compromettere il corretto funzionamento della forma di governo parlamentare, i sistemi adottati, pur se differenti, non

²²¹¹ Aggiungo che la nuova scheda per il Senato, anche nell'ipotesi in cui non ci fossero altri interventi sulle norme, dovrebbe essere consegnata in modo da essere *voter friendly*: non apparirebbero così alcuni progetti grafici, circolati all'indomani della sentenza n. 1/2014 (concepiti per l'eventualità che si dovesse andare rapidamente al voto), che prevedevano l'inserimento della riga per la preferenza sotto ciascuno dei contrassegni, mentre questi mantenevano la disposizione e lo sviluppo in linea orizzontale. Una disposizione simile avrebbe certamente messo in difficoltà gli elettori, che avrebbero avuto poco spazio per scrivere la preferenza; sarebbe meglio pensare a una struttura simile a quella valida per le elezioni regionali e nei comuni superiori (ovviamente senza alcuna indicazione del capo della forza politica o della coalizione, la cui stampa non è mai stata prevista), con lo sviluppo verticale di liste e coalizioni e la riga per la preferenza a fianco di ogni contrassegno.

²²¹² Sostiene che la natura autoapplicativa – sottolineata dalla Corte – delle due discipline «rende gli ulteriori interventi del Parlamento non strettamente necessari» S. CECCANTI, *Tre brevi riflessioni*, cit., 2. Si può concordare con questa tesi dando una lettura restrittiva del concetto di “necessità” (è necessario solo ciò che è indispensabile perché un congegno funzioni); aderisco personalmente a una diversa tesi, che ritiene necessario anche ciò che occorre per eliminare storture già presenti e individuabili (con la speranza che le innovazioni proposte e giudicate “necessarie” non producano altri problemi, ravvisabili dall'inizio o pronti a emergere nella pratica). Interpreta le parole del giudice concludendo che «la pretesa omogeneità delle formule elettorali può essere considerata solo un mero auspicio, specie dopo il fallimento del *referendum* costituzionale, e non può essere affatto il precipitato obbligato della Costituzione» A. MORRONE, *Dopo la decisione sull'Italicum*, cit., 6.

ostacolino, all'esito delle elezioni, la formazione di maggioranze parlamentari omogenee». L'osservazione è un avvertimento severo alle Camere a non produrre più norme che, già prima di essere messe in pratica, prefigurino o facilitino esiti divaricati²²¹³.

La disomogeneità più visibile riguarda il *premio di maggioranza*; al Senato è stato rimosso, mentre alla Camera è rimasto ma è solo eventuale (ove non scattasse, la composizione dei due rami del Parlamento potrebbe essere meno disarmonica). È improbabile che le forze politiche eliminino il premio alla Camera; è più facile immaginare che sia esteso (come premio di maggioranza e non di governabilità) al Senato, ma con certe accortezze. Da un lato, per evitare maggioranze disomogenee nelle due assemblee²²¹⁴, si potrebbe scegliere di attribuire il premio solo se *la stessa lista* supera la soglia minima *in entrambe le Camere*, limitandosi a un'assegnazione proporzionale ove il premio scatti in un solo ramo del Parlamento o sia conquistato da due liste diverse²²¹⁵; dall'altro, dopo la sentenza n. 1/2014, *l'attribuzione del premio non potrebbe più avvenire su base regionale* (per evitare una maggioranza frutto «casuale – così aveva scritto la Corte – di una somma di premi regionali, che può finire per rovesciare il risultato ottenuto dalle liste o coalizioni di liste su base nazionale»), ma su scala nazionale, per poi essere ripartito in base ai voti ottenuti dalla lista/coalizione in ogni Regione²²¹⁶.

²²¹³ Nonostante questo, la Corte ha dichiarato inammissibili due questioni sollevate dal tribunale di Messina, relative alle soglie di sbarramento regionali introdotte dalla legge n. 270/2005 a modifica del d.lgs. n. 533/1993 (la prima) e il differimento dell'applicabilità del nucleo della legge n. 52/2015 al 1° luglio 2016, che avrebbe prodotto – in caso di permanenza del Senato – «una situazione di paese ingovernabilità, per la coesistenza di due diverse maggioranze».

Anche qui, come per le altre censure del tribunale messinese, alla base dell'inammissibilità ci sarebbe una motivazione poco efficace da parte dei giudici *a quibus*. Circa le doglianze sulle soglie, mancava un confronto tra quelle previste per il Senato e l'unica soglia indicata dalla nuova disciplina per la Camera, a dispetto dell'aver lamentato successivamente la differenza tra le soglie e i sistemi elettorali dei due rami del Parlamento, che avrebbe pregiudicato la formazione di maggioranze omogenee (come se proprio le soglie fossero state in grado di produrre quell'effetto di divaricazione; non sarebbero state indicate le specifiche ragioni di violazione dei parametri costituzionali invocati (artt. 1, 3, 48, comma 2, 49 e 51 Cost.) e nemmeno quale dei due sistemi di sbarramento doveva essere uniformato all'altro (considerando che, a regola, sarebbe caduto quello del Senato, lasciando in piedi la soglia unica per la Camera; bisogna però riconoscere che, nei ricorsi delle varie parti, si chiariva come le soglie del Senato fossero irragionevoli perché sostanzialmente doppie rispetto a quelle previste in origine per la Camera, dunque il destino delle questioni non dipende dalla formulazione dei ricorrenti, bensì da quella dei giudici *a quibus*). Quanto alla questione relativa al differimento dell'applicabilità della legge n. 52/2015, per il tribunale gli effetti avrebbero dovuto essere differiti alla conclusione del procedimento di revisione costituzionale, mentre invece con quella disposizione eventuali rinnovi del Parlamento a Costituzione non ancora cambiata sarebbe avvenuto «con due sistemi elettorali differenti, sul presupposto – riassume la Corte – che questa difformità possa produrre maggioranze parlamentari non coincidenti». Per il giudice delle leggi, tuttavia, mancava ogni indicazione su quali differenze tra i due sistemi avrebbero portato a due maggioranze diverse e, dunque, all'ingovernabilità e anche qui non si era ritrovata una «distinta motivazione» circa la violazione delle norme costituzionali evocate (artt. 1, 3, 48, comma 1, 49, 51, comma 2, e 56, comma 1 Cost.; ma la Corte ha fatto notare che tra i parametri costituzionali non erano stati invocati gli artt. 94, comma 1, e 70, sulle Camere che danno la fiducia ed esercitano la funzione legislativa, ambiti che due leggi elettorali disomogenee potrebbero compromettere).

Qui la Consulta, pur avendo chiara l'incompatibilità con la Costituzione di sistemi elettorali che ostacolino maggioranze omogenee, ha ritenuto inopportuno accogliere le questioni, per la loro cattiva formulazione (che non rendeva chiaro cosa il giudice avesse censurato) e perché accogliere le doglianze non avrebbe rimosso le disomogeneità lamentate.

²²¹⁴ Si noti, al fine di omogeneizzare le due Camere, la proposta di M. LUCIANI, *A lezione di storia, in Nomos – Le attualità nel diritto*, 2017, 4: per evitare premi di maggioranza contraddittori, propone pure la «riforma dell'art. 58 Cost., per omologare elettorato attivo e passivo di Camera e Senato. Insomma: se bicameralismo perfetto ha da essere, che lo sia davvero».

²²¹⁵ È esattamente la soluzione proposta nella proposta di legge a firma del deputato Pd Giuseppe Lauricella – Atto Camera n. 4183 – e poi replicata in altri progetti di legge riconducibili ad altre forze politiche.

²²¹⁶ È noto che nella scelta del premio regionalizzato, nell'autunno del 2005, dopo una prima fase in cui si prevedeva l'assegnazione nazionale, ebbe un ruolo la Presidenza della Repubblica. Sui contenuti dei contatti tra l'allora segretario generale Gaetano Gifuni, e Gianni Letta (sottosegretario alla Presidenza del Consiglio del governo Berlusconi) si è detto molto – forse troppo – negli anni. Per cercare un'interpretazione «autentica», in mancanza di documenti ufficiali, ci si affida alle testimonianze dei cronisti più attenti alle vicende presidenziali: all'indomani del colloquio (con le osservazioni del Quirinale che, secondo quanto rivelato dall'Ansa e divulgato dai *media*, riguardarono pure la quota dello sbarramento nazionale, che avrebbe potuto lasciare senza rappresentanza le minoranze linguistiche, e l'indicazione del nome del capo della forza politica o coalizione sulla scheda) v. M. BREDA, *Proporzionale, dubbi del Quirinale su tre punti*, in *Corriere della Sera*, 7 ottobre 2005, 2 e P. PASSARINI, *In tre punti a rischio la mannaia del Colle*, in *La Stampa*, 7 ottobre 2005, 2. *Ex post*, con le parole dirette dell'ex Capo dello Stato (che circoscrivevano la segnalazione dei possibili vizi al «premio di maggioranza nazionale per il Senato, che si poneva in palese contrasto con l'articolo 57 della Costituzione», senza che ambienti del Quirinale abbiano pensato di «suggerire

Più grave e problematica di quella relativa al premio, tuttavia, sembra la disomogeneità sulle *coalizioni*, connessa a quella sulle *soglie di sbarramento*. Ciò che resta della disciplina per il Senato, più che ammettere le coalizioni, le incentiva (visto il sistema di soglie tuttora valido a Palazzo Madama); la legge n. 52/2015 le esclude espressamente alla Camera, così come non permette apparentamenti dopo il primo turno. I problemi giuridici (e non solo) da affrontare, al momento, sono due.

Il primo riguarda la paradossale situazione per cui, da una parte, è stata rimossa l'unica norma che non dava spazio alle coalizioni (l'ultima proposizione dell'art. 1, comma 1, lettera f), che escludeva «ogni forma di collegamento tra liste o di apparentamento tra i due turni di votazione», ove «collegamento tra liste» riguarda il primo – e ora unico – turno); dall'altra, i commi dell'art. 14-*bis* del d.lgs. n. 361/1957 che prevedevano modi e tempi per formalizzare i collegamenti per le coalizioni sono stati abrogati dal legislatore del 2015. Oggi nessuna norma consente la realizzazione (pratica) delle coalizioni²²¹⁷, così esse risultano non più escluse (anzi, addirittura previste per uno dei due rami del Parlamento), ma nemmeno più regolate: messa da parte la tentazione forte di classificare quello appena segnalato come uno degli «apparenti inconvenienti» che possono derivare da una pronuncia costituzionale in materia elettorale e risolvibili «mediante l'impiego degli ordinari criteri d'interpretazione» e, comunque, «mediante interventi normativi secondari, meramente tecnici»²²¹⁸, appare chiara l'opportunità di un intervento del legislatore.

Volendo uniformare le regole per Camera e Senato, specie se si reintrodusse il premio a Palazzo Madama, si dovrebbe agire per forza anche sulle coalizioni, scegliendo se cancellarle al Senato (estendendo l'impostazione del premio alla lista, più complesso da raggiungere anche adottando “listoni” o federazioni) o reintrodurle espressamente alla Camera (virando verso un sistema basato sul premio alla coalizione, obiettivo più a portata di mano). La scelta di quale strada battere, ovviamente, si qualifica come *political question*, riservata al legislatore; questi avrebbe però l'obbligo della coerenza e della ragionevolezza, per non esporsi ad altre pronunce costituzionali sfavorevoli.

Di certo la sentenza n. 1/2014, eliminando il premio di maggioranza, ha mutato la natura delle coalizioni (non oggetto di censure): non servivano più ad agevolare la conquista del premio, ma restava in vigore il

la sostituzione del premio nazionale con tanti premi di maggioranza regionali», mentre sarebbe stata proposta «l'opportunità di abbandonare l'idea di qualsiasi premio di maggioranza per l'elezione del Senato e di mantenere in vita la legge elettorale vigente, che aveva già dato risultati positivi, sul piano della “stabilità” della maggioranza al Senato nelle elezioni politiche del 1996 e in quelle del 2001», v. M. BREDI, *Ciampi e l'accusa di Berlusconi. «Gli consiglieri di evitare cambi»*, in *Corriere della Sera*, 10 marzo 2007, 6. Su quell'episodio, v. M. CAVINO, *L'irresponsabilità del Capo dello Stato. Nelle esperienze italiana (1948-2008) e francese (1958-2008)*, Milano, Giuffrè, 2008, 82.

²²¹⁷ Mette in luce questa situazione L. TRUCCO, “Sentenza Italicum”, cit., 166. L'autrice, peraltro, nota che la mancanza di regole per le coalizioni «finisce per coinvolgere anche il Senato», stante il citato art. 27 del testo unico per l'elezione del Senato («Per l'esercizio del diritto di voto e per tutto ciò che non è disciplinato dal presente decreto si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni del testo unico delle leggi per l'elezione della Camera dei deputati, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957, n. 361, e successive modificazioni»). L'autrice considera quella della disposizione citata un rinvio mobile, pure in ossequio a quanto stabilito a suo tempo da Corte cost., sent. n. 311/1993: «perché sia possibile configurare un rinvio recettizio [...] occorre che il richiamo sia indirizzato a norme determinate ed esattamente individuate dalla stessa norma che lo effettua», riferimento determinato che qui manca (cfr. L. TRUCCO, *La tecnica del rinvio tra “teoria” e “pratica”*, in P. COSTANZO (a cura di), *Rinvio statico o dinamico?*, Ricerca a cura dell'unità Fibr dell'Università di Genova, 2005, in <http://www.costituzionale.unige.it/dottorato/Rinvio.htm>; link consultato il 30 aprile 2017). La lettura è corretta e fondata; purtroppo, però, questa interpretazione “necessita” finisce per produrre un effetto assurdo e illogico, “spuntando” una norma (la previsione delle coalizioni al Senato) che nessuno aveva voluto abrogare e lo fa mediante un intervento normativo (quello sul sistema elettorale della Camera) che sul Senato non voleva produrre effetti.

²²¹⁸ Citazioni dalla sentenza n. 1/2014, nella parte che seguiva alla motivazione di illegittimità delle liste bloccate. La Corte aveva cercato di rispondere alle critiche (non immotivate) di chi aveva lamentato come l'introduzione della preferenza confliggesse con le norme allora in vigore e non dichiarate illegittime. Disse in particolare che le disposizioni che stabilivano la proclamazione degli eletti secondo l'ordine di lista «non appaiono incompatibili con l'introduzione del voto di preferenza, dovendosi ritenere l'ordine di lista operante solo in assenza di espressione della preferenza», oppure che gli impieghi di certi *fac simile* di scheda «non escludono che quegli schemi siano integrati da uno spazio per l'espressione della preferenza». Ora la Corte costituzionale non ha deciso nulla in materia di coalizione e non ci sono disposizioni da interpretare alla luce della sentenza, ma si potrebbe negare la sufficienza di un “intervento normativo secondario, meramente tecnico” per rimettere in operatività le coalizioni, almeno al Senato (visto che alla Camera non basterebbe)?

regime premiale degli sbarramenti, che favoriva le liste coalizzate rispetto a quelle che “correvano” da sole; ciò era evidente al Senato, con la previsione di una soglia regionale per le liste coalizzate (3%) più che dimezzata rispetto a quella dettata per chi non era in coalizione (8%). Vigente la legge n. 270/2005, coalizzarsi conveniva sia alle formazioni maggiori (che speravano di ottenere il premio) sia a quelle minori (cui interessava godere di una soglia più favorevole e, magari, dei seggi in più dati dal premio); ora al Senato l'ingresso in coalizione conviene solo ai partiti minori, mentre non avvantaggia i partiti più grandi. Per stringere una coalizione occorre però l'accordo di tutti i contraenti e i partiti maggiori di fatto hanno un potere discrezionale sul destino delle altre liste: spetta a loro decidere se una forza minore debba sforzarsi di raggiungere il difficile traguardo dell'8% o possa essere agevolata, abbassando sensibilmente l'asticella con l'accordo di coalizione²²¹⁹.

Si tratta, all'evidenza, di una situazione irragionevole, *ex artt.* 3 e 49 Cost. In un (meramente ipotetico) giudizio di legittimità, quelle norme potrebbero essere il parametro per far valere l'incostituzionalità delle disposizioni che prevedono le soglie dell'8% e del 20%²²²⁰, lasciando solo la soglia del 3% come alla Camera; è tuttavia difficile immaginare un giudizio *a quo* in cui far sollevare la questione, poiché un cittadino elettore non potrebbe far valere questi argomenti di illegittimità (non essendone direttamente lesa). La cosa migliore sarebbe intervenire con legge, sia per decidere come modificare la disciplina delle coalizioni (se escluderle o contemplarle in entrambi i rami del Parlamento: discipline diverse, specie in caso di premio da assegnare solo se ne beneficiano le stesse forze politiche tanto alla Camera quanto al Senato, sarebbero problematiche), sia come armonizzare le soglie di sbarramento, scegliendo se differenziarle rispetto alla presenza di coalizioni e valutando un loro ritocco (magari mantenendo una sola soglia del 3%, com'è a Montecitorio ora, o più elevata).

Accanto alle questioni viste fin qui, ci sarebbe almeno un altro profilo di disomogeneità, legato alla *doppia preferenza di genere*, prevista alla Camera, mentre non si applica al Senato: da una parte, la legge n. 270/2005 era assai precedente alle leggi che hanno introdotto l'istituto nel nostro ordinamento (prima la legge n. 215/2012, per le elezioni comunali, poi la legge n. 65/2014 per le europee, senza contare le leggi elettorali regionali); dall'altra, la Corte costituzionale con la sentenza n. 1/2014 non si è dovuta occupare del tema e, nell'introdurre di fatto la preferenza, ne ha avallato un'interpretazione quale preferenza unica (in ossequio al *referendum* del 1993). Volendo mantenere le preferenze, sarebbe difficile non vedere applicato anche al Senato il congegno ora in vigore per la Camera; in caso di liste bloccate corte, le regole dovrebbero essere più esigenti “a monte”, all'atto della compilazione degli elenchi dei candidati. Più complesso, ma non impossibile, sarebbe prevedere meccanismi di rispetto e incentivo della parità di genere ove si puntasse su un sistema basato sui collegi uninominali²²²¹.

Se, al di là degli interventi segnalati, si volesse comunque mantenere (e magari estendere al Senato) il sistema previsto per la Camera, altri problemi o, per lo meno, potenziali criticità resterebbero in campo,

²²¹⁹ Pare profilarsi una situazione opposta all'«enorme e del tutto sproporzionato potere “coalizionale”» attribuito ai piccoli partiti «nei confronti dei loro alleati maggiori» dal sistema proporzionale, situazione lamentata da S. LIETO, P. PASQUINO, *La Corte costituzionale e la legge elettorale: la sentenza n.1 del 2014*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 26 marzo 2014, 10; conferma quei «poteri di veto e di ricatto», in «provocazione “antiproporzionalista”», N. ZANON, *Fare la legge elettorale “sous l'oeil des russes”*, cit., 127 (si noti che l'autore, quale redattore della sentenza n. 35/2017, contribuendo a dichiarare inammissibile la questione sul sistema di soglie del Senato, non ha dato spazi di rianimazione a quei poteri di ricatto).

²²²⁰ Ci si riferisce all'art. 16, comma 1, lettera b), numeri 1) e 2).

²²²¹ Si veda il cd. sistema della “coppia aperta”: ogni partito o coalizione di simboli candida nel singolo collegio non un solo candidato, ma una coppia formata da un uomo e una donna e gli elettori sono chiamati a scegliere uno dei due; il seggio va alla lista o allo schieramento più votati (dopo la somma dei suffragi della coppia) e viene assegnato a chi, nella coppia, avesse avuto più consenso. V. L. CARLASSARE, *La rappresentanza femminile: principi formali ed effettività*, in F. BIMBI, A. DEL RE (a cura di), *Genere e democrazia. La cittadinanza delle donne a cinquant'anni dal voto*, Torino, Rosenberg & Sellier, 1997, 90-92 e L. CARLASSARE, *L'integrazione della rappresentanza: un obbligo per le Regioni*, in L. CARLASSARE, A. DI BLASI, M. GIAMPIERETTI (a cura di), *La rappresentanza democratica nelle scelte elettorali delle regioni*, Padova, Cedam, 2002, 52-55.

sebbene la Corte costituzionale abbia escluso la fondatezza di alcune censure²²²². È il caso degli “slittamenti” di determinati seggi che, pur dovendo essere assegnati in una circoscrizione, potrebbero essere assegnati a un’altra (se una lista in una circoscrizione ha esaurito il numero dei candidati potenzialmente eleggibili). La Consulta si è occupata della questione sollevata dal tribunale di Messina, per il contrasto di determinate norme della legge n. 52/2015 con l’art. 56, comma 4 Cost., che per il rimettente – nel disporre i criteri generali per il riparto dei seggi tra le circoscrizioni, specie la distribuzione «in proporzione alla popolazione di ogni circoscrizione» – poneva i principi di “rappresentanza territoriale” e di responsabilità dell’eletto verso gli elettori che l’hanno votato²²²³.

Il giudice delle leggi ha escluso l’illegittimità della disposizione – l’ultima parte dell’art. 83, comma 1, numero 8 del t.u.- Camera – che consente lo slittamento, perché esso è configurato come *extrema ratio*, dopo avere tentato altre vie per evitare compensazioni tra circoscrizioni diverse che alterino il frutto dell’assegnazione dei seggi a ogni circoscrizione in proporzione alla popolazione²²²⁴. Se l’art. 56 Cost. garantisce una «rappresentanza commisurata alla popolazione di ciascuna porzione del territorio nazionale», non garantisce però «la rappresentanza dei territori in sé considerati» (specie con riguardo alla Camera, che resta sede della rappresentanza politica nazionale) e va bilanciato col portato degli artt. 67 e 48 Cost.: si deve permettere l’attribuzione dei seggi sulla base della cifra elettorale nazionale di ogni lista (rispettando il riparto dei seggi a livello nazionale) e si deve tener conto del consenso di ogni lista nelle singole circoscrizioni. Per la Corte, poi, gli “slittamenti” non ledono il principio del voto diretto (art. 56, comma 1 Cost.): esso esige che i deputati siano frutto di un’elezione di primo grado, ma ciò non incide sulla distribuzione territoriale degli eletti.

Le osservazioni della Consulta meritano rispetto; resta il problema non secondario della scarsa e non predeterminabile conoscibilità dell’effetto del voto dell’elettore, circa l’individuazione territoriale dei seggi guadagnati da una lista. Il giudice delle leggi non nega che questo possa succedere, ma sembra derubricare il tutto a una questione «politicamente rilevante» (come dice in un altro punto della sentenza), non anche

²²²² La Corte ha poi dichiarato inammissibile la questione sollevata dal tribunale di Genova, per violazione degli artt. 1, comma 2, 3 e 48, comma 2 Cost., dell’art. 83, comma 3, del d.P.R. n. 361/1957 (novato dall’art. 2, comma 25 della legge n. 52/2015). La rimettente sembrava lamentare che il meccanismo di attribuzione dei seggi in Trentino-Alto Adige (con 8 collegi uninominali e 3 seggi di recupero proporzionale) violasse la rappresentatività delle minoranze *politiche* nazionali, ove queste non fossero collegate con una lista vincitrice di seggi in tale Regione (che la vincitrice fosse quella legata alla minoranza linguistica o un’altra): l’idea era che attribuire i tre seggi del recupero proporzionale (che fanno parte dei seggi da attribuire a livello nazionale) potesse erodere il patrimonio di seggi spettanti alle liste di minoranza a livello nazionale. L’inammissibilità era dovuta a un’erronea indicazione delle disposizioni da censurare (mancavano gli artt. 92-*bis*, 92-*ter* e 92-*quater* del d.P.R. n. 361/1957) e a una motivazione «talmente sintetica da rendere oscura la complessiva censura».

²²²³ La censura del giudice *a quo* riguardava l’art. 1, comma 1, lettere a), d) ed e), della legge n. 52/2015 e gli artt. 83, commi 1, 2, 3, 4 e 5, e 84, commi 2 e 4, del d.P.R. n. 361/1957, come sostituiti dall’art. 2, commi 25 e 26, della legge n. 52/2015. La Corte ha ritenuto inammissibile la questione sull’art. 84, commi 2 e 4, del d.P.R. n. 361/1957: tali norme non producono lo slittamento lamentato, ma quello tra collegi nella circoscrizione (su cui la motivazione era assente).

²²²⁴ Dopo la determinazione del numero di seggi spettanti a ogni lista a livello nazionale, questi vengono “ribaltati” nelle varie circoscrizioni, in proporzione al numero di voti ottenuti in ciascuna di esse dalla lista (con l’eccezione di Trentino-Alto Adige e Valle d’Aosta). Se la somma dei seggi che “scattano” a livello circoscrizionale non corrisponde al numero di seggi spettante alla lista a livello nazionale (quindi ci sono liste che, in base al calcolo dei quozienti, ottengono più seggi di quelli che spetterebbero loro, e altre che ne ottengono di meno), entrano in gioco vari meccanismi correttivi. I seggi sono sottratti alle liste che hanno ottenuto il maggior numero di seggi eccedenti con le minori parti decimali dei quozienti di attribuzione (ossia, con un numero minore di voti) per attribuirli, nella stessa circoscrizione, alle liste “deficitarie” per le quali le parti decimali dei quozienti di attribuzione si sono avvicinate all’unità superiore senza far scattare un nuovo quoziente intero; se non è possibile compensare in una circoscrizione, si cerca di farlo in un’altra con le stesse modalità (anche se questo penalizzasse la lista “eccedentaria” nella circoscrizione in cui ha ottenuto più voti). Solo se nemmeno quest’operazione è possibile (perché restano liste “deficitarie” a dispetto delle compensazioni effettuate all’interno delle varie circoscrizioni), alla lista ancora “eccedentaria” «vengono sottratti i seggi – così dice il testo indubbiato – nelle circoscrizioni nelle quali essa li ha ottenuti con le minori parti decimali del quoziente di attribuzione, e alla lista deficiente sono conseguentemente attribuiti seggi nelle altre circoscrizioni nelle quali abbia le maggiori parti decimali del quoziente di attribuzione non utilizzate».

giuridicamente; ciò non basta a dissipare i dubbi sull'opportunità di intervenire per regolare la distribuzione dei seggi in modo più rispettoso delle scelte degli elettori²²²⁵.

Anche questo discorso, ovviamente, sarebbe da archiviare se si scegliesse una cesura completa con i sistemi elettorali ora vigenti, adottando una formula del tutto diversa, a partire dal sistema tedesco da alcuni invocato da tempo²²²⁶ e che, a distanza di qualche settimana dalla sentenza della Corte, è finito sul tavolo delle proposte offerte alle forze politiche per la discussione. La soglia al 5% sarebbe gradita ai partiti maggiori, la competizione tra candidati nei collegi potrebbe piacere a chi aveva sostenuto l'opportunità di un ritorno alla cd. legge Mattarella (e consentirebbe la possibilità di presentare candidature indipendenti), l'impianto proporzionale per il secondo voto di lista accontenterebbe i fautori di quel sistema (magari nella speranza di poter ancora contare qualcosa). Si vedrà in futuro se l'idea troverà reali sponde o resterà priva di concretezza.

Per chiudere, due brevi considerazioni. Da una parte, diventa assolutamente necessario, specie ove rimangono i capilista bloccati, regolare in modo più compiuto la *democrazia interna ai partiti*, inducendoli concretamente a predisporre, fissare negli statuti e praticare le primarie o altre procedure trasparenti per selezionare le candidature (magari legando all'attuazione di ciò l'erogazione delle provvidenze pubbliche): al di là di un *obiter dictum* poco incisivo, anche stavolta la Consulta ha perso l'occasione di mettere in adeguata luce l'importanza dell'art. 49 Cost. nel procedimento elettorale preparatorio, dopo avere «scientemente obnubilato» la disposizione nella sentenza n. 1/2014²²²⁷.

Dall'altra, restando al procedimento preparatorio, quale che sia il sistema elettorale adottato, occorre ripensare le condizioni richieste per concorrere alle elezioni, a partire dalla *raccolta delle sottoscrizioni* a sostegno di liste e candidature. La legge la prevede per scoraggiare le candidature inconsistenti, ma negli anni si sono moltiplicate le iniziative dei partiti presenti in Parlamento per esentare la maggior parte di se stessi dall'onere di cercare le firme e, di recente, sono aumentati i casi di sottoscrizioni false²²²⁸. L'istituto, in un contesto di partiti sempre più deboli e male organizzati a livello locale, mostra la corda: lo si può abolire o, se proprio lo si vuole mantenere, dev'essere rivisto, *in primis* eliminando qualunque forma di esenzione e chiedendo a tutti i partiti, grandi e piccoli, di raccogliere le firme. Si dovrebbe poi tagliare sensibilmente per tutti il numero di sottoscrizioni richieste²²²⁹, purché nel contempo si riduca la platea dei soggetti autenticatori (specie escludendo i consiglieri comunali) e si perseguano i falsi. C'è da sperare che, tra i tanti temi elettorali da discutere nelle prossime settimane, trovi spazio anche questo.

²²²⁵ V. l'analisi di L. SPADACINI, *L'Italicum e alcune sue ulteriori criticità: la disciplina per Valle d'Aosta e Trentino Alto Adige, la distribuzione dei seggi tra i collegi e il differimento dell'applicazione della riforma*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015, 12-15.

²²²⁶ Il riferimento, inevitabile, è a M. LUCIANI, *A lezione di storia*, cit. e ID., *Bis in idem*, cit.

²²²⁷ F. LANCHESTER, *Dal Porcellum all'Italicum: nuovi collegamenti e nuovi orari, ma su vecchi binari*, in *Nomos - Le attualità nel diritto*, 2013, 8, ora in ID., *Le istituzioni costituzionali italiane tra globalizzazione, integrazione europea e crisi di regime*, Milano, Giuffrè, 2014, 241.

²²²⁸ Sul punto si perdoni il rinvio a G. MAESTRI, *Modifiche al procedimento elettorale preparatorio in tema di simboli e sottoscrizioni: spunti problematici de iure condito et condendo*, in *Federalismi.it*, 2015, 23 ss.

²²²⁹ L'aveva fatto il presidente della I commissione Andrea Mazziotti di Celso (Civici e innovatori), all'inizio relatore del progetto di riforma elettorale, proponendo del testo base da lui redatto un drastico taglio delle sottoscrizioni necessarie per presentare le liste (la "forchetta" si riduceva da 1500-2000 a 300-500). Purtroppo la misura non si accompagnava all'eliminazione delle esenzioni, ma se non altro la riduzione delle firme faceva apparire i soggetti esenti meno privilegiati e si dava finalmente la possibilità di raccogliere le sottoscrizioni in forma digitale. La contrarietà del Pd al testo proposto da Mazziotti, però, ne ha provocato il ritiro (e l'abbandono delle funzioni di relatore da parte del deputato).

Piero Alberto Capotosti. Un'incursione nel diritto sportivo*

di Maria Francesca Serra**

SOMMARIO: 1. Il senso di una incursione. – 2. Da Giannini all'attuale ripresa del principio di autonomia. – 3. Problematicità del rapporto tra sport e ordinamento giuridico 'generale'. – 4. Le trasformazioni del fenomeno sportivo. – 5. In tema di autonomia. – 6. Il ritorno al 'diritto dei privati'? – 7. Ordinamento sportivo e 'ordinamento civile'. – 8. La costituzionalizzazione del fenomeno sportivo. – 9. Pubblico e privato. – 10. L'impresa. – 11. La L. 280/2003. – 12. La sentenza n. 49/2011 della Corte costituzionale.

1. Il senso di una incursione

Negli atti di un Convegno su *Fenomeno sportivo e ordinamento giuridico* si rinviene un intervento di Piero Alberto Capotosti dal titolo *Rapporti tra ordinamento giuridico generale e impresa sportiva*²²³⁰.

Si tratta di poche pagine molto interessanti non solo da un punto di vista pubblicistico, ma anche sotto il profilo privatistico, in quanto l'Autore sembra cogliere la particolarità dell'attuale contesto giuridico in cui pubblico e privato finiscono per realizzare un rapporto stretto e ci fa riflettere su come, in quest'ottica, il fenomeno sportivo, con tutte le problematicità che la sua autonomia presenta, possa essere considerato emblematico delle trasformazioni intervenute negli ultimi decenni.

Del resto, Capotosti è stato un vigile lettore della realtà e ha discusso sempre dei temi costituzionali con occhio attento sia agli eventi storico-politici, sia alle dinamiche sociali²²³¹.

Lo studioso, ricordando Massimo Severo Giannini, mette subito in chiaro la distanza che separa i nostri tempi dagli anni in cui scriveva Giannini, quando l'organizzazione sportiva "era ancora embrionale e largamente impostata su base privatistica e sostanzialmente priva di connotazioni di carattere economico". Il tema del pluralismo giuridico sottende l'intero intervento di Capotosti che vi si sofferma per cogliere alcuni aspetti su cui oggi si dovrebbe ricominciare a riflettere.

2. Da Giannini all'attuale ripresa del principio di autonomia

Il merito che Capotosti riconosce a Giannini, nel contesto in cui scriveva - siamo nel 1949²²³² -, è quello di aver colto tutta la rilevanza "non soltanto del fenomeno sociale connesso allo sport e del gruppo

* Contributo sottoposto a *double blind peer review*

** Professore a contratto di Diritto privato, Università degli Studi Niccolò Cusano di Roma.

²²³⁰ AA.VV., *Fenomeno sportivo e ordinamento giuridico*, Atti del 3° Convegno Nazionale della SISDC, Napoli, ESI, 2009, pp. 697 ss. L'intervento fa riferimento alle numerose relazioni precedenti molte delle quali citeremo.

²²³¹ Ne sono testimonianze i suoi numerosi interventi sui quotidiani. Cfr. anche S. FERRARO, *Produzione scientifica ed emerografia del Prof. Piero Alberto Capotosti*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2015/1, anticipazioni. Il realismo politico di Capotosti è stato messo in evidenza da F. LANCHESTER, *Effetti della trasformazione dei partiti politici sulla forma di governo*, in Atti del Convegno *La riflessione scientifica di Piero Alberto Capotosti sulla forma di governo*, ora in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2015/1, pp. 245 ss. Lanchester non a caso fa riferimento a Giannini su cui Capotosti torna spesso, e a Leopoldo Elia, per individuare come "Capotosti, profondamente convinto che gli strumenti istituzionali non potessero essere rigidi, si sia inserito in modo originale nella discussione costituzionalista sulla base dello sviluppo dei concreti rapporti storico-politici".

²²³² Il riferimento di Capotosti è a M.S. GIANNINI, *Prime osservazioni sugli ordinamenti giuridici sportivi*, in *Riv. dir. sport.*, 1949, ma Giannini torna sullo stesso argomento in *Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Atti del XIV congresso internazionale di sociologia* (Roma, 30 agosto- 3 settembre 1950), IV, (1950), ora in ID., *Scritti (1949-1954)*, vol. III, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 405-421; *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1958, pp. 219-240. Nel più recente saggio, *Ancora sugli ordinamenti giuridici sportivi*, ivi, 1996, pp. 671 ss., Giannini ribadisce gli elementi

sociale che fa capo appunto ad esso, ma soprattutto dei risvolti di natura economica legati al fenomeno stesso, tanto che la norma di riferimento del sistema è vista nell'art. 41 Cost.²²³³, ovvero nell'articolo relativo all'iniziativa economica, alla sua libertà e al suo collegamento con l'utilità sociale e con la dignità umana. Naturalmente, non dobbiamo tralasciare l'importanza del terzo comma dello stesso articolo che attribuisce alla legge il compito di “determinare i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata”.

Giannini, ricorda Capotosti, inquadra il fenomeno sportivo “nell'ambito degli ordinamenti giuridici sezionali al pari di altri – basti pensare per tutti all'ordinamento del credito – notando che in esso sono presenti i tre elementi caratteristici e caratterizzanti tali ordinamenti, cioè l'elemento della plurisoggettività, quello dell'organizzazione e della normazione”²²³⁴.

Si pone l'interrogativo se ancora oggi possa considerarsi valida “la configurazione di ordinamento sezionale riferita al fenomeno sportivo”²²³⁵. Il ragionamento seguito per tentare di fornire una risposta ci fa riflettere su come oggi, dopo una parentesi di anni in cui l'intervento del legislatore ha cercato di avocare a sé la materia sportiva, si possa ricominciare a guardare al fenomeno sportivo tenendo presenti le sue caratteristiche speciali e, quindi, riconoscendo la necessità di legittimare in qualche modo la sua autonomia.

La locuzione “ordinamento sezionale” viene utilizzata più volte nell'intervento e viene riferita anche all'ordinamento del credito. Ma Capotosti la usa, in altro contesto, per ipotizzare la creazione di un vero e proprio ordinamento sezionale del sistema radiotelevisivo²²³⁶.

È con riferimento a Giannini, e all'art. 41 Cost., che Capotosti riserva uno spazio particolare al rapporto tra ordinamento giuridico generale e impresa sportiva, che collega al tema dell'autonomia che non può più essere vista solo all'interno del pluralismo dei tempi in cui ne discutevano anche Santi Romano e Cesarini Sforza, ma che va inserito in una visione pluralistica più ampia.

3. Problematicità del rapporto tra sport e ordinamento giuridico ‘generale’

Lo studioso ricorda anche che, al tempo di Giannini, il sistema sportivo era organizzato “sulla base di una iniziativa sostanzialmente privatistica”, con forme di autogoverno ma, soprattutto, “con indubbi aspetti di separatezza”.

Lungo il corso dell'intervento, che porta alla considerazione finale della distanza che separa quel tempo dal nostro, ma che fa anche riflettere su alcuni aspetti che si ripresentano, Capotosti presenta delle osservazioni interessanti sulle quali è utile soffermarsi e che riguardano la crescente rilevanza economica del fenomeno sportivo e la conseguente ingerenza crescente dello Stato sull'organizzazione del sistema²²³⁷.

della plurisoggettività, dell'organizzazione e della normazione. Ricorda che l'ordinamento sportivo ha come soggetti giuridici persone fisiche ed enti immateriali, che non è un ordinamento territoriale, che è originario, ma non è sovrano in quanto manca di piena effettività nell'ambito delle diverse realtà territoriali.

²²³³ P.A. CAPOTOSTI, *op. cit.*, p. 697.

²²³⁴ *Ivi*, p. 698.

²²³⁵ *Ibidem*.

²²³⁶ P.A. CAPOTOSTI, *Gli organi di governo del sistema radiotelevisivo*, in *Il diritto delle radiodiffusioni e delle telecomunicazioni*, 1986, p. 50. Sul punto cfr. B. CARAVITA DI TORITTO, *Libertà dei mezzi di informazione, innovazione tecnologica, effetti della democrazia*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2015/1, pp. 279 ss.

²²³⁷ P. A. CAPOTOSTI, *Rapporti tra ordinamento giuridico generale e impresa sportiva*, cit., p. 698, ricorda le varie leggi di modifica del settore nelle quali la pervasività dell'ordinamento dello Stato è sempre più evidente precisando che “il massimo di ingerenza statale” è stato raggiunto proprio “con il nuovo art. 117 Cost.”, che opera una ripartizione di competenze senza tener conto del tema dell'autonomia dell'organizzazione sportiva.

Ne derivano, così, alcune riflessioni sia sul tema dell'autonomia, sia sul tema dell'impresa sportiva, che istillano nel lettore anche suggestioni in merito alla problematicità attuale del rapporto tra sport e ordinamento giuridico nazionale - o generale, come detta il titolo della relazione - e spingono a indagare se non si possa comunque auspicare che tutto il comparto sportivo sia inserito nel contesto attuale delle autonomie riconoscendogli, per le sue caratteristiche di specialità, autonomia anche se non piena 'separatezza'.

A questo riguardo, la conclusione di Capotosti è pessimista, dal momento che ritiene che oggi non si possa "più parlare di un ordinamento giuridico sezionale a proposito del fenomeno sportivo, anche se si tratta dell'organizzazione di un fenomeno molto importante sia sul piano economico sia sul piano sociale". Ma aggiunge: "Questo discorso può avere una sua validità ove si ritenga, sia pure in linea estremamente problematica, che il consolidarsi del pluralismo nel nostro Stato ed anche l'ampliamento della sfera di intervento dell'ordinamento comunitario abbiano ormai determinato un complessivo quadro normativo in cui, in assenza di specifiche riserve costituzionali, sia molto difficile ipotizzare la configurabilità di tipi di organizzazione che per i loro caratteri sfuggano alla potestà ordinamentale di intervento e regolazione"²²³⁸.

Il punto su cui riflettere sta proprio in quell'inciso "sia pure in linea estremamente problematica" e nel riferimento alle "specifiche riserve costituzionali", che spingono a riandare proprio ad alcune disposizioni costituzionali, con attenzione ai cambiamenti socio-culturali che si sono realizzati negli ultimi tempi²²³⁹, anche a livello internazionale, e che ci riconducono al tema del pluralismo e, soprattutto, al rapporto tra ordinamento sezionale e ordinamento nazionale. La riflessione si estende anche alle contraddizioni di cui soffre il sistema italiano, da un lato portato ad una sorta di accentramento legislativo, che tende ad entrare capillarmente nel sistema sociale, anche toccando aspetti particolari della sua trama, dall'altro costretto a fare i conti con una serie di fenomeni a livello globale.

In questo contesto si inserisce il fenomeno multidisciplinare dello sport, che tuttora rivendica la sua autonomia che tocca una pluralità di soggetti e una normazione a cui essi sono sottoposti, oltre ad una complessa organizzazione, collegata anche all'organizzazione sportiva internazionale, sorta su basi privatistiche e basata su una lunga tradizione di autonomia, che risente di stratificazioni e retaggi di vari periodi storici, difficili da modificare e che hanno dato vita ad una sovrapposizione di regolamentazioni.

Si tratta di un settore che, per la sua specificità e per la varietà dei suoi molteplici aspetti, ha reso - e continua a rendere - problematico ogni intervento del legislatore nazionale, costringendolo, talvolta, anche a modificare disposizioni adottate con riferimento a situazioni emergenziali e a rivedere, anche sulla base dell'intervento comunitario, alcune categorie tradizionali. Le trasformazioni degli ultimi decenni spingono, infatti, ad adeguare determinati istituti giuridici del nostro diritto alla complessa realtà e l'ordinamento sportivo non è esente da tale adattamento. Al contrario, è stato notato come, proprio attraverso l'osservazione del fenomeno sportivo, sia "possibile riconsiderare le categorie fondamentali del diritto in generale e del diritto civile in particolare"²²⁴⁰.

4. Le trasformazioni del fenomeno sportivo

²²³⁸ P. A. CAPOTOSTI, *op. cit.*, p. 703.

²²³⁹ *Su questo punto, cfr. M.R. FERRARESE, Le istituzioni della globalizzazione, Bologna, Il Mulino, 2000.*

²²⁴⁰ D. MEMMO, *Relazione introduttiva a AA.VV., Fenomeno giuridico e ordinamento sportivo*, cit., p. 15. Mette in evidenza, tra l'altro, l'A. (p. 23) come, con "occhio attento agli interessi costituzionalmente protetti", occorra considerare "l'inserimento della persona dell'atleta all'interno della complessa organizzazione" e, quindi, "le due categorie fondamentali del lavoro e dell'impresa", nei cui ambiti si assiste ad una "concorrenza di fonti e di ordinamenti". E, aggiunge ancora (p. 25) che, "con riguardo alla categoria dell'impresa ed alla relativa attività economica, si può concludere che il fenomeno sportivo rafforza se possibile la propria complessità".

Nell'arco del secolo appena passato, il fenomeno sportivo ha subito notevoli trasformazioni che ne hanno modificato e complicato l'organizzazione. In particolare, sul piano storico-sociale, ha assistito ad una sua trasformazione in due direzioni tra di loro contrastanti che si sono innestate nella sua specificità, contribuendo anche ad approfondirla: è entrato nel mercato e, contemporaneamente, ne sono state riconosciute le molteplici funzioni sul piano culturale, didattico, sanitario ed è stato considerato veicolo di socializzazione e di crescita della persona. Indicativamente, quale conclusione di un lungo percorso in Italia, possiamo citare la Legge 19 luglio 2007, n. 106²²⁴¹ e il Libro Bianco del 2008 in Europa, che ribadivano sia la funzione sociale, educativa, culturale e di sanità pubblica dello sport, sia soprattutto la sua specificità.

Lo sport entra, quindi, nel mercato con un sovraccarico di funzioni che col mercato non sempre sono compatibili. Sottoposto, da un lato, all'intervento del legislatore, dall'altro alla pressione comunitaria, si è trovato a dover agire tra valori contrapposti e di difficile composizione, vale a dire, pur all'interno di un quadro di rivendicata autonomia, la garanzia dei diritti fondamentali e l'accettazione dei cardini del mercato.

La sua tradizionale autonomia si deve confrontare oggi con due tendenze contrapposte. Da una parte, si colloca l'intervento del legislatore nazionale che, pur avendo avviato una linea politica di privatizzazione, non rinuncia ad entrare capillarmente in tutti i settori della vita del cittadino e, direttamente o indirettamente, opera delle scelte che finiscono con limitare anche l'autonomia sportiva. Sotto altro profilo, ci si trova di fronte a una organizzazione che, se pure accetta la continua incursione statale per trarne benefici, cerca anche di mantenere, se non accrescere, la propria autonomia, da intendersi sia come autonomia del fenomeno - che per la sua specialità deve regolamentarsi *ex se* in tutti i suoi aspetti specifici -, sia come espressione dell'autonomia negoziale per tutti quegli aspetti che attengono alla vita delle Federazioni stesse e ai rapporti associativi.

Premettiamo, a tal proposito, che già in base all'art. 2 Cost. potrebbe essere legittimo parlare di autonomia funzionale dell'ordinamento sportivo poiché questo costituisce una chiara espressione di "formazione sociale", nella quale si coniugano i diritti inviolabili dell'uomo con i "doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale".

Tuttavia, nell'ottica di una interpretazione sistematica, non si può evitare di ricordare il già citato terzo comma dell'art. 41. Se passiamo al tema dell'impresa sportiva, caratterizzata da un ingresso dello sport nel mercato, anzi in un particolare tipo di mercato, Capotosti ci porta a riflettere sulla particolarità dell'associazionismo sportivo e sul contrasto intrinseco che sembra esservi tra l'impresa sportiva e la funzione culturale, sociale, di integrazione ecc., che allo sport viene riconosciuta ormai da anni sia in sede nazionale che in sede comunitaria e internazionale. Il che ci riporta anche al tema della specificità di un fenomeno che ha condotto negli ultimi anni al riconoscimento della *sporting exception* o, meglio, della *sporting exemption*²²⁴², per il quale, se non si attribuisce allo sport la stessa 'separatezza' di cui parlava Giannini, nella realtà si riconosce la necessità di una sistemazione 'a parte' dello sport rispetto al

²²⁴¹ La Legge 19 luglio 2007, n. 106 (delega per la revisione della disciplina della titolarità e della commercializzazione dei diritti audiovisivi e relativa ripartizione delle risorse provenienti dalla commercializzazione di tali diritti) ribadisce il carattere sociale dell'attività sportiva e riconosce la specificità del fenomeno.

²²⁴² Di *sporting exception* si è parlato sin da tempi remoti a proposito dell'esonero dell'obbligo di rispettare la Carta europea in ordine alle regole poste a base dell'attività sportiva quando questa non tocca aspetti economici. Di *sporting exemption* si parla con riferimento alla specificità dell'organizzazione sportiva che richiede una regolamentazione specifica. Dopo l'approvazione del TFUE, da un lato, si riconosce l'Unione Europea come fonte primaria con competenza diretta sulle attività sportive ma, dall'altro, si riconosce il principio dell'autonomia dell'ordinamento sportivo. Con la *sporting exemption* si realizza la trasposizione in chiave istituzionale della *sporting exception*. Cfr. L. DI NELLA, *Tutela della personalità dell'atleta*, in AA.VV., *Fenomeno sportivo e ordinamento giuridico*, cit., pp. 76 ss.; J. TOGNON, *Lo sport e il Trattato di Lisbona. L'irrisolto problema della specificità*, in AA.VV., *Le scienze dello sport: Il laboratorio atriano*, a cura di G. SORGI, Roma, Edizioni Nuova Cultura, 2012, p. 207; V. VIGORITI, *Diritto comunitario e sport: applicabilità, sporting exception, trasferimenti e nazionalità*, in *Contr. e impr. Europa*, 2, 2001, pp. 624 ss.

complesso articolato della normativa europea, dal momento che esso, per la sua specificità, reclama una sua autonomia con normative *ad hoc* che vanno giudicate secondo un principio di proporzionalità²²⁴³.

5. In tema di autonomia

Il tema dell'autonomia si presenta oggi certamente in una configurazione diversa rispetto ai tempi in cui si discuteva della pluralità degli ordinamenti giuridici e in cui lo sport si presentava nei termini di piena 'separatezza'. Eppure il fenomeno sportivo potrebbe essere inquadrato nel più ampio tema delle autonomie, anche alla luce delle trasformazioni verificatesi negli ultimi decenni e dovute sia al fenomeno della globalizzazione, sia alle dinamiche sociali, sia ai molti interventi del legislatore. Sembra, infatti, che regole di fonte privata possano oggi atteggiarsi a regole oggettive e disciplinare interi settori dell'esperienza socio-economica colmando vuoti di potere pubblico, anche senza il concorso o l'esplicito e formale riconoscimento da parte dell'ordinamento generale²²⁴⁴.

La tradizionale autonomia dell'organizzazione sportiva, che è stata messa a dura prova dagli anni settanta in poi nel contesto italiano, quando l'atteggiamento invasivo del legislatore ha fatto uscire dall'irrelevanza il fenomeno sportivo, richiede oggi di essere indagata anche al fine di trovare una sua legittimazione, oltre che una sua regolamentazione, sulla base delle trasformazioni avvenute, pur nel quadro di una coerenza sistematica. E, nell'ottica della coerenza della regolamentazione sportiva con la Costituzione, è evidente che si debba operare un'interpretazione sistematica del quadro costituzionale inquadrando le formule normative della regolamentazione sportiva, ancora basate su una continua rivendicazione dell'autonomia, nell'attuale contesto costituzionale e cioè prendendo in considerazione il titolo V nella sua completezza e collegandolo alle altre disposizioni.

Da una parte l'art. 117 Cost. sembra voler accentrare tutta la regolamentazione dello sport nelle mani pubbliche, limitandosi a definire il riparto di competenze tra Stato e Regioni. D'altra parte, però, la lettura complessiva del Titolo V, soprattutto del 4° comma dell'art. 118, coordinata con gli artt. 2, 18 e 41, potrebbe far pensare che si possa - e forse anche che si debba - recuperare l'autonomia sportiva nel quadro dei principi costituzionali, proprio per le caratteristiche peculiari dello sport che vede al suo interno una molteplicità di aspetti, ciascuno dei quali richiede di essere analizzato e regolamentato in virtù delle sue caratteristiche specifiche, non potendo essere inserito in una normativa di carattere generale, ma pretendendo quanto meno una regolamentazione flessibile.

Se ripercorriamo brevemente gli avvenimenti che hanno toccato lo sport nel secolo appena passato, notiamo un andamento ciclico: ad un periodo di piena 'separatezza' subentra l'interventismo, che comincia però a stridere con quanto avviene a livello globale, soprattutto con riferimento al tema del pluralismo e dell'autonomia.

Nella prospettiva giuridica italiana, dagli anni ottanta in poi, preso atto della complessità del fenomeno sportivo e anche nell'intento di evitare il moltiplicarsi del contenzioso, sia il legislatore sia i giuristi hanno iniziato a occuparsene nell'ottica dell'ordinamento giuridico nazionale - 'generale', come detta il titolo della relazione di Capotosti - e non soltanto nel suo aspetto di ordinamento autonomo, così come era stato inquadrato all'interno della visione pluralistica e come, forse, si giustificava fino a quando la sua regolamentazione, collegata anche alla regolamentazione internazionale, riguardava per lo più

²²⁴³ Negli ultimi anni, proprio di fronte alla difficoltà di coordinare il principio economico con le ampie finalità dello sport, l'Unione Europea ha riconosciuto che la regolamentazione sportiva possa anche essere in contrasto con la legge dell'Unione qualora si dovesse riscontrare un obiettivo legittimo e una protezione proporzionale dei soggetti. Cfr. B. FIDANOĞLU, *Sporting exception in the European Union's Sport Policy*, in *Ankara Bar Review*, 2011, 2, p. 71; R. SIEKMANN, *The specificity of sport: sporting exception in European Law*, The Hague, TMC Asser Press, 2012.

²²⁴⁴ A. PIZZORUSSO, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 22 ss.

l'organizzazione delle competizioni e i rapporti interni alle Federazioni, non suscitando obiezioni al suo interno e poco incidendo al suo esterno.

Con la crescita del fenomeno e soprattutto con la sua commercializzazione, ben individuata già da Giannini, e sottolineata da Capotosti, l'articolazione dell'ordinamento sportivo non poteva però più restare ferma ad una regolamentazione interna in quanto toccava anche molti altri aspetti connessi all'attività sportiva, come quello lavoristico e imprenditoriale, quello sanitario, quello economico, quello educativo, quello amministrativo, ecc., i quali, tutti tra loro collegati, necessitavano di essere considerati in relazione al ruolo specifico svolto dai soggetti dell'ordinamento sportivo nel settore e nella sua organizzazione e, quindi, anche con riferimento a quelle finalità di natura sociale che rappresentano il limite ma anche la ragione della stessa autonomia.

6. Il ritorno al 'diritto dei privati'?

Capotosti parla di 'separatezza' fino agli anni settanta e ricorda anche il 'diritto dei privati' di Cesarini Sforza. Dagli anni ottanta in poi, anche per via dell'interventismo, sarebbe stato ben difficile far riferimento con coerenza al 'diritto dei privati', quel diritto che si concretizza in una serie di ordinamenti che non traggono la loro giuridicità dalla posizione che occupano all'interno della gerarchia del diritto statale, ma costituiscono una "formazione giuridica non sottoposta, ma parallela al secondo"²²⁴⁵, in quanto "sono riconducibili a un vero e proprio ordinamento autonomo", che spiega i suoi effetti sul popolo dei suoi aderenti. In tal modo Cesarini, che tende ad affrancare la vita del diritto dal normativismo, non solo valorizza l'autonomia dell'ordinamento sportivo, come di altri ordinamenti che non possono essere ricondotti alla statualità, ma dà una indicazione sul rapporto tra questi ordinamenti e l'ordinamento statale riconoscendo a quest'ultimo non la creazione di norme valide per i primi ma "a quali rapporti, posti in essere dalle private volontà, lo Stato concede, ove ne sia richiesto, la sua tutela: lo Stato, infatti, non crea la giuridicità, ma stabilisce a quali applicazioni di esso è disposto a prestare la sua forza per realizzarle"²²⁴⁶.

La coesistenza di ordinamenti paralleli²²⁴⁷ pone il problema della rilevanza dei principi e delle norme dell'uno per l'altro. I casi estremi di rilevanza (un ordinamento fa proprio l'altro riproducendone le norme o rinviando ad esse) e irrilevanza (i due ordinamenti esistono senza interferenze reciproche), sono oramai inconferenti in ambito sportivo. Difatti, se era corretto far ricorso al principio di irrilevanza fino agli anni settanta, nel momento in cui l'ordinamento statale è intervenuto ripetutamente e costantemente in ambito sportivo, il fenomeno è uscito dall'irrilevanza. Ma soprattutto, questa nuova "condizione" del fenomeno non si è realizzata in termini di "concessione di tutela", ma lo Stato si è posto in una situazione asimmetrica rispetto all'ordinamento sportivo intervenendo anche su punti concreti della sua regolamentazione²²⁴⁸.

²²⁴⁵ W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, Milano, Giuffrè, 1963, p. 3: il diritto dei privati è "quello che i privati medesimi creano per regolare determinati rapporti di interesse collettivo in mancanza o nell'insufficienza della legge statale", vale a dire (p. 4) "il complesso delle norme che autorità non statuali emanano per regolare determinate relazioni giuridiche tra le persone ad esse sottoposte" (il saggio è uscito in *Riv. it. scienze giur.*, 1929).

²²⁴⁶ *Ivi*, p.13.

²²⁴⁷ Forse è bene ricordare che, pur nel continuo intervento invasivo dello Stato nel fenomeno sportivo, prima della L. 280 del 2003 i due sistemi si ponevano su prospettive parallele e mai convergenti, data la carenza di norme statali generali sulla giurisdizione sportiva, e questo comportava la impossibilità da parte dello Stato di riconoscere le pronunce del giudice sportivo, dal momento che non esisteva l'istituto della deliberazione di provvedimento proveniente da un ordinamento particolare.

²²⁴⁸ Ma, come è stato rilevato, se i tre casi dell'irrilevanza, della rilevanza e della opposizione dipendono dallo stesso Stato è evidente che cessi ogni possibilità di considerare paritaria la posizione (G.U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, Zanichelli, 1994-95⁴, p. 204).

Tuttavia, inquadrando l'organizzazione sportiva nel più ampio problema delle autonomie e con riferimento all'art. 2 Cost. e al Titolo V, sembra che si possa tornare a parlare, in un certo senso, di 'diritto dei privati', se pure con determinati accorgimenti e distinguo.

Una prima considerazione a proposito la suggerisce lo stesso Capotosti quando si sofferma sulla locuzione 'ordinamento sportivo' utilizzata nell'art. 117 Cost.

7. Ordinamento sportivo e 'ordinamento civile'

Va ricordato, come doverosa premessa, che ad una definizione di ordinamento sportivo che, prima della riforma del Titolo V, faceva riferimento esclusivamente all'organizzazione sportiva, sorta in maniera autonoma e che si autogestiva, si è affiancata, dagli anni ottanta in poi, una definizione relativa all'organizzazione voluta dalla normativa statale e dall'apporto della giurisprudenza nazionale e comunitaria. Quindi, quando si parla di 'ordinamento sportivo', sembra farsi riferimento quasi a due accezioni diverse. Da un lato, ci si riferisce a quell'assetto organizzativo autonomo che fissa le regole delle gare, ne disciplina lo svolgimento, ne accerta i risultati e ne regola le funzioni, che si è venuto costituendo nel corso del tempo anche nel disinteresse dello Stato. Dall'altro lato, si intende, inequivocabilmente, quel settore normativo specifico che prende in considerazione i molteplici aspetti dello sport che hanno suscitato l'interesse statale e regionale.

Ciò posto, bisogna ricordare che tutta l'organizzazione sportiva presenta confini labili e si pone al centro di una serie di intrecci di ambiti materiali e di competenze da cui è condizionata e che, a sua volta, condiziona.

Siamo oggi ben lontani dal contesto in cui la Cassazione definiva l'ordinamento sportivo come ordinamento giuridico sezionale a base plurisoggettiva, autonomo e originario che attinge la sua fonte dall'ordinamento giuridico internazionale e ha potestà amministrativa e normativa²²⁴⁹.

Più di recente, la Corte Costituzionale ha più volte richiamato l'espressione ordinamento sportivo, pur senza fornirne una vera e propria definizione²²⁵⁰.

In tema di definizioni bisogna ricordare che, proprio in relazione al rapporto Stato-Regioni, si comincia a parlare anche di 'ordinamento civile' e non più solo di ordinamento statale, quasi a mettere in relazione, o in contrapposizione, non l'ordinamento giuridico nazionale con quello sportivo, ma l'ordinamento civile con l'ordinamento sportivo. E ancora la Corte costituzionale, nel pronunciarsi sul riparto di competenza, ricorda come "negli interventi successivi all'entrata in vigore del nuovo Titolo V della Costituzione, si debba guardare all' 'ordinamento civile' non più come 'limite', bensì come 'materia'²²⁵¹, quasi a significare che l'ordinamento sportivo nel suo insieme è un *corpus* particolare e non un ordinamento a sé. Inoltre, la sentenza, che parla più volte di 'ordinamento civile', fa proprie numerose sentenze precedenti²²⁵².

La realtà è che oggi il diritto sportivo, nel suo complesso, è un insieme di norme multilivello nel quale compaiono direttive comunitarie, la Costituzione italiana, leggi nazionali e regionali, regolamenti e statuti

²²⁴⁹ Cass., 11 febbraio 1978, n. 625.

²²⁵⁰ C. Cost., 29 dicembre 2004, n. 424, in *Giur. Cost.*, 2005, 4503 ss. Per un commento critico alla sentenza cfr. R. BIN, *Quando la Corte prende la motivazione sportivamente*, nota a sentenza 424/2004, in *Regioni*, n. 4-5, 2005.

²²⁵¹ Vedi C. Cost., 18 marzo 2005, n. 106.

²²⁵² C. Cost., 19 dicembre 2003, n. 359, in *Foro it.*, 2004, I, 1692, e in *Contratti*, 2004, 177, con nota di G. ALPA; sent. C. Cost., 29 settembre 2003, n. 300, in *Corr. giur.*, 2003, 1567, con nota di G. Napolitano; sent. C. Cost., 26 giugno 2002, n. 282, in *Foro it.*, 2003, I, 394. Sul significato di 'ordinamento civile' cfr. anche G. ALPA, *Le fonti del diritto civile: policentrismo normativo e controllo sociale*, in AA.VV., *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Atti del primo Convegno Nazionale SISDIC Napoli, ESI, 2006. Sul concetto di ordinamento civile cfr. R. ROPPO, *Diritto dei contratti, ordinamento civile, competenza legislativa delle Regioni. Un lavoro complicato per la Corte costituzionale*, in *Corr. Giur.*, 2005, 9, 1301, il quale ricorda come la modifica del titolo V, e in particolare l'art. 117, abbia codificato la categoria di 'ordinamento civile' quale campo riservato al legislatore nazionale, e dunque barriera alla potestà legislativa delle Regioni.

sportivi nazionali e internazionali, usi e consuetudini in un sistema di fonti che, allo stato attuale, non possono più essere poste in ordine gerarchico ma richiedono di essere coordinate.

8. La costituzionalizzazione del fenomeno sportivo

Con riferimento alla riflessione sul problema delle fonti, il tema della organizzazione sportiva va riconnesso alla crisi del paradigma dell'esclusiva statualità del diritto e sembra avere "forti ragioni di simmetria con i vari sistemi di regole di fonte privata che oggi si sovrappongono (e spesso si impongono) alle regole di fonte statale"²²⁵³. E se pure si è poco propensi a prendere in considerazione "l'interferenza sul sistema delle fonti statuali di regole sottordinate a quel contesto di punti di riferimento normativi che trova la sua peculiare espressione nella legge dello Stato", è anche vero che si dà ormai per scontata "la possibilità che atti di autonomia privata possano produrre effetti al di là dell'ambito proprio delle parti sottoscrittrici. Allora, il vero problema dell'ordinamento sportivo (...) sembra che sia proprio questo: comprendere in che modo la prestazione sportiva possa assumere valenza di paradigma generale al di là di quella che possa essere una portata esclusivamente riferibile alle parti in contratto"²²⁵⁴. E resta il problema di come definire l'autonomia attuale dell'ordinamento sportivo nel suo rapporto con l'ordinamento generale²²⁵⁵.

Con la modifica del Titolo V, e in particolare con l'art. 117 Cost., si costituzionalizza il fenomeno sportivo e il legislatore usa il termine di 'ordinamento sportivo' senza ulteriori precisazioni e forse senza la consapevolezza della sua complessità. A tal riguardo, Capotosti nota correttamente come non vi sia stato da parte del legislatore nessuno sforzo di elaborazione dottrinale nell'adoperare il termine 'ordinamento', e aggiunge anche: "probabilmente per i redattori dell'articolo in questione il termine 'ordinamento' conferiva comunque una certa connotazione giuridica a determinate materie che si volevano regolare". La realtà è che, stante la complessità del diritto sportivo, è necessario passare ad una definizione estensiva di ordinamento sportivo, considerato 'materia senza alcun dubbio trasversale', quale comprendente non solo l'attività sportiva dell'individuo, ma tutto quanto ruota intorno ad essa. E in questo modo esso, da un lato, viene a collocarsi nell'ambito dei diritti di libertà e di quelli sociali²²⁵⁶ e, dall'altro, rientra pienamente nel mercato. Potrebbe essere, questa, anche la ragione per cui l'art. 117 parla di 'ordinamento sportivo', quasi a voler considerare l'organizzazione dello sport come ordinamento giuridico settoriale. Tuttavia, Capotosti si mostra scettico di fronte a questa possibilità interpretativa che sarebbe improntata, come dice, ad una "corretta cultura giuridica".

Proprio l'accento sulle molteplici funzioni dello sport, il peso crescente che in ambito sportivo hanno assunto i diritti di libertà e quelli sociali, pur in una realtà di piena commercializzazione del fenomeno, rendono più complesso il rapporto tra i due 'ordinamenti' e impongono una attenzione particolare a tutto

²²⁵³ Su questo punto, cfr. N. LIPARI, *Introduzione*, in AA.VV., *Fenomeno sportivo e ordinamento giuridico*, cit., p. 232.

²²⁵⁴ *Ibidem*.

²²⁵⁵ Si può richiamare l'attenzione sul fatto che, in relazione all'attività sportiva, si è parlato di 'diritto secondo' per indicare l'aggregarsi di una disciplina intorno a principi e categorie che si costituiscono in sistema (C. CASTRONOVO, *La responsabilità da attività pericolose e lo sport*, in AA.VV., *Temi di diritto sportivo*, a cura di L. SANTORO, Palermo, Edizioni Leopardi, p. 137. Dello stesso A., *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, pp. 307-423), di diritto speciale, di diritto specializzato (di quella specializzazione, determinata dalla tecno-economia e dalle esigenze dell'odierno capitalismo. Cfr. N. IRTI, "Codici di settore": *compimento della 'decodificazione'*, in M.A. SANDULLI, *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 20). La esistenza di microsistemi legislativi, incentrati su logiche di settore, spingerebbe a ipotizzare appunto un qualcosa di diverso dal diritto speciale. Ma al di là della differenza che possa cogliersi tra 'specialità', 'diritto secondo' e 'specializzazione', il problema sta nel rapporto che si pone tra le parti e il tutto. Si tratta certamente di una radicalizzazione della destrutturazione del sistema, ma si introduce anche il problema di un doppio ordine di coerenza e di sistematicità: coerenza tra la regolamentazione di settore, quella codicistica costituzionalmente orientata e l'assetto comunitario, e coerenza, all'interno della stessa regolamentazione di settore, tra le norme che lo reggono, che sono varie e multilivello. Si tratta di cogliere le interazioni tra le parti e l'intero, senza peraltro soggiacere alla passione sistematica. Sul tema cfr. anche L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, pp. 685-710.

²²⁵⁶ T. E. FROSINI, *L'ordinamento sportivo nell'ordinamento costituzionale*, in AA.VV., *Fenomeno sportivo e ordinamento giuridico*, cit., p. 305.

il Titolo V e alla piena attuazione del principio di sussidiarietà che, se correttamente inteso, spinge a potenziare il ruolo delle autonomie. Forse c'è da tener presente che “sul piano generale, la struttura ordinaria della normazione – sia essa di origine statale o comunitaria o internazionale – si è fatta duale: da un lato un nucleo di principi di diritto generale, retti dal principio di coesione ordinamentale e, dall'altro, l'affidamento della parte prevalente a fonti autonome”²²⁵⁷.

Il fatto è che i connotati ampi del termine autonomia richiedono interpretazioni flessibili, a seconda dei fenomeni ai quali essa è riferita e, per quanto ci riguarda, impongono anche una attenzione alla trasformazione del sistema delle fonti. In questo contesto, l'autonomia privata riguarda “un complesso di regole poste in essere mediante un atto o un comportamento da parte di soggetti che sono portatori di interessi privati e che sono delimitati, conformati, integrati da altre regole poste in essere da istituzioni provviste di poteri normativi propri o delegati”²²⁵⁸. Il tema della autonomia va ricondotto ai criteri in base ai quali si possa consentire che la regolamentazione di una materia possa essere attribuita al privato, sia singolo sia associazione, piuttosto che al legislatore. Cesarini Sforza poteva dire che il diritto dei privati è “quello che i privati medesimi creano per regolare determinati rapporti di interesse collettivo in mancanza o nell'insufficienza della legge statale”, vale a dire “il complesso delle norme che autorità non statuali emanano per regolare determinate relazioni giuridiche tra le persone ad esse sottoposte”²²⁵⁹. Oggi ci si può chiedere, sulla base anche della Riforma del titolo V (in particolare il comma 4 dell'art. 118), se il punto nodale non sia proprio il diritto, che si riconosce all'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli o associati, di svolgere attività di interesse generale sulla base del principio di sussidiarietà, che sembrerebbe ricalcare proprio quanto diceva Cesarini Sforza.

Vale ripeterlo: il diritto dei privati è “quello che i privati medesimi creano per regolare determinati rapporti di interesse collettivo in mancanza o nell'insufficienza della legge statale”.

9. Pubblico e privato

Torniamo così al rapporto pubblico-privato: proprio nella sua attuale riproposizione innovativa ci si chiede se non sia possibile ricominciare a discutere sia del ‘diritto dei privati’ di Cesarini, sia anche dell'istituzionalismo di Santi Romano, attraverso una interpretazione anch'essa evolutiva dello stesso termine autonomia.

Superando, o delineando in modo nuovo, la dicotomia pubblico-privato, i soggetti, tanto singolarmente quanto soprattutto in forma associativa, attraverso gli atti di autonomia potrebbero svolgere, pur perseguendo il loro interesse, anche una funzione pubblica in senso oggettivo²²⁶⁰. D'altro canto, oggi sono molte le associazioni a cui si riconosce questa funzione pubblica. Possiamo ricordare che, con riferimento all'art. 2 Cost. e ai “doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”, ivi richiamati, molte istituzioni senza fine di lucro si affiancano allo Stato, alle istituzioni pubbliche e al mercato per realizzare quelle finalità contenute nella norma. Finalità che le istituzioni pubbliche, per difficoltà di vario tipo, e il mercato, per definizione mirante al massimo rendimento economico, non riescono a realizzare.

²²⁵⁷ A. MANZELLA, *Ordinamento giuridico generale e istituzioni sportive*, in AA.VV., *Fenomeno sportivo e ordinamento giuridico*, cit., p. 706. Sul principio di sussidiarietà con riferimento specifico al tessuto pluralistico della società, cfr. A. MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti. Contributo allo studio dei criteri ordinatori del sistema delle fonti*, Padova, CEDAM, 2003, pp. 28 ss.

²²⁵⁸ G. ALPA, *Il contratto in generale, Principi e problemi*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 854.

²²⁵⁹ W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, cit., p. 4.

²²⁶⁰ D. DE FELICE, *Principio di sussidiarietà ed autonomia negoziale*, Napoli, ESI, 2008, p. 20.

Numerose sono le leggi speciali che rispondono all'esigenza "di assicurare da parte delle suindicate associazioni il rispetto di alcuni principi generali posti a garanzia degli associati e dei terzi"²²⁶¹. Capotosti non entra nel merito di queste assunzioni di responsabilità e di compiti attribuiti ai privati, ma il suo intervento suggerisce di ricordare le novità intervenute in relazione ad un associazionismo nel quale pubblico e privato si intrecciano, imponendo anche di tener conto del rapporto dicotomico tra stato e mercato che è poi un aspetto saliente del rapporto stato-società²²⁶².

Il diritto dei contratti, il 'diritto dei privati', è in grado di far superare questa dicotomia per quegli atti di autonomia che siano portati a svolgere una funzione pubblica in senso obiettivo, vale a dire, quando rispondano all'esigenza di assicurare, da parte delle associazioni, il rispetto di alcune finalità collegate a principi generali posti a garanzia non solo degli associati ma anche dei terzi. In questo caso, l'autonomia può essere ricondotta ai principi costituzionali (artt. 2. e 18 Cost.) e può meritare riconoscimento pieno purché non superi i limiti a cui necessariamente è sottoposta.

Ora, nel caso specifico, guardando al tema dell'autonomia sportiva nel suo rapporto col principio dell'utilità sociale, occorre che la libertà negoziale e la libertà contrattuale, che sono riconosciute ai soggetti istituzionali del comparto sportivo, siano coerenti sia con l'interesse pubblico, che enti e associazioni devono comunque perseguire, sia con quello delle categorie protette, o da proteggere, perché più deboli. E, da questo punto di vista, statuti, regolamenti e contrattualità tipiche dell'ambito sportivo conservano, malgrado l'intervento capillare del legislatore, una autonomia che va anche al di là della normativa statale, ponendosi, talvolta, anche in contrasto con i principi costituzionali²²⁶³.

Si tratta di una autonomia che si autolegittima anche in relazione alla specificità dello sport e che l'apparato sportivo continua a rivendicare, pur nella accettazione di alcuni provvedimenti che consentono all'organizzazione di godere di benefici, soprattutto fiscali.²²⁶⁴

A prescindere da queste brevi considerazioni, un punto saliente dell'intervento in commento è senza dubbio quello che riguarda l'ingerenza dello Stato rispetto ai requisiti della plurisoggettività, dell'organizzazione e della normazione: i molti soggetti (plurisoggettività) che appartengono all'ordinamento sportivo - dai singoli, agli enti, alle associazioni, vale a dire a quelle che oggi sono in molti casi diventate imprese sportive - si organizzano (organizzazione) e realizzano norme (normazione) vavevoli esclusivamente al loro interno.

10. L'impresa

Una delle domande che Capotosti si pone è se rimanga qualcosa dell'autonomia guardando, ad esempio, all'associazionismo sportivo nel quale la legge statale "incide profondamente (...), in particolare, sia sotto l'aspetto dell'oggetto sociale, che sotto l'aspetto della forma societaria". Vale a dire va ben oltre il principio del riconoscimento di tutela di cui parlava Cesarini. O anche, guardando alle Federazioni e al

²²⁶¹ Basta ricordare la L. 349/1986 sulle associazioni di protezione ambientale, la L. 266/1991 sul volontariato, la legge n. 281/1998, sulle cooperative sociali; la legge n. 328/2000, sulla promozione proprio dei soggetti operanti nel terzo settore; la legge n. 383/2000, sulle associazioni di promozione sociale. Cfr., anche, il recente D.lgs. del 3 luglio 2017, n. 117, che attua la delega per la riforma del terzo settore contenuta nella L. 106/2016.

²²⁶² F. PIZZOLATO, *La sussidiarietà tra le fonti: socialità del diritto ed istituzioni*, in *Pol. dir.*, 2006, 3, pp. 385 ss., ricorda come il rapporto tra autonomia privata e statualità faccia perno sulla "socialità" del diritto che discende, da un lato, dal riconoscimento di un limite alla legge posto dall'autonomia delle formazioni sociali e delle istituzioni intermedie e, dall'altro, dalla partecipazione sociale alla formazione della legge. Cfr. anche A. PIZZORUSSO, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 68.

²²⁶³ Ricordiamo solo un aspetto che ha ricadute a cascata, vale a dire la scelta della qualifica del professionismo lasciata alle Federazioni che comporta problemi sia per quanto riguarda il vincolo sportivo, sia per quanto riguarda le regole federali relative al professionismo di fatto, sia per quanto attiene ad alcune scelte discriminatorie, ad es. tra sport al maschile e sport al femminile.

²²⁶⁴ Sul punto cfr. AA.VV., *Sport Ue e diritti umani. Il fenomeno sportivo e le sue funzioni nelle normative comunitarie e internazionali*, a cura di J. TOGNON-A. STELITANO, Padova, CLEUP, 2011.

CONI, nota che, anche a questo riguardo, le forme di eteroorganizzazione, sia nazionali che sopranazionali, si accrescono.

Ma è proprio sull'associazionismo che si evidenzia la natura specifica sia dello sport sia della sua regolamentazione ed è in relazione a questo associazionismo che appare opportuno riflettere sulle attuali disposizioni normative, oltre che sulla peculiarità dell'impresa sportiva che, sovraccaricata delle finalità ampie dello sport, si trova a dover pretendere, per la sua stessa sopravvivenza, il diritto di gestirsi autonomamente - e quindi anche con riferimento allo sfruttamento economico degli eventi prodotti - ma anche a doversi cimentare con gli atleti in termini economici cercando di restare nel mercato e contemporaneamente rispettando le finalità importanti dello sport.

Soprattutto sul tema dell'impresa si palesa la complessità del fenomeno 'sport' in quanto nell'impresa sportiva si intrecciano, anche in virtù dello spazio riservato all'autonomia funzionale, diritto pubblico e diritto privato, scopi solidali e scopi di natura economica, anche se non di lucro, se pure a fini gestionali, per cui lo studioso, chiamato a comprendere le contraddizioni del fenomeno, e l'interprete, chiamato a dirimere le controversie, devono far ricorso al bilanciamento di interessi opposti di tutela dell'iniziativa privata e di garanzia della sicurezza, della libertà e della dignità umana (art. 41, comma 1 e 2 Cost.)²²⁶⁵.

Non che si trovi mai definita una nozione di impresa sportiva come attività economica organizzata e professionalmente esercitata²²⁶⁶. Anzi. In una visione idealistica dello sport, l'espressione 'impresa sportiva' sarebbe un vero e proprio 'ossimoro', un controsenso, in quanto lo sport che divenisse oggetto di attività professionale, o di attività di impresa, perderebbe le sue caratteristiche di sport²²⁶⁷. Ma, come aveva già visto Giannini, non si può negare che lo sport sia diventato oggetto di *negotium* e di *negotia*, quasi in tutte le sue espressioni: deve quindi non solo trovare fonti di finanziamento ma anche gestirle in termini economici. Quindi, in qualche modo, esso non può fare a meno di entrare, come di fatto è avvenuto, nel mercato - peraltro si tratta di un mercato del tutto particolare -, al quale deve adeguarsi, anche attraverso una qualche forma di attività economica. È evidente che ciò non può che toccare tutti i livelli dell'organizzazione sportiva.

Sulle particolari incursioni dello Stato nel fenomeno dell'associazionismo sportivo si sofferma Capotosti che chiaramente nota come la stessa autonomia funzionale del comparto sportivo ne risulti significativamente 'compressa'. Ma tra le righe del suo intervento emerge la contraddizione insita tra la gestione imprenditoriale, cui finiscono con l'essere necessitate le associazioni sportive, con tutte le limitazioni di legge che le riguardano, e l'assenza di fini di lucro cui devono rispondere, per di più sovraccaricate dell'impegno della formazione dei giovani.

La Corte di Cassazione, in una risalente pronuncia²²⁶⁸, ha riferito il concetto di impresa a qualsiasi entità che svolga una qualunque attività economica, a prescindere dalle sue finalità, dal suo *status* giuridico e dalle sue modalità di finanziamento. Sul punto, la più recente sentenza della Corte di giustizia, riconoscendo che "costituisce attività economica qualsiasi attività che consiste nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato", ha ribadito che la nozione di impresa va riferita a qualsiasi ente che eserciti attività economica a prescindere dalla sua forma giuridica²²⁶⁹. Quindi, le imprese orientate a fini

²²⁶⁵ D. MEMMO, *Relazione introduttiva* a AA.VV., *Fenomeno giuridico e ordinamento sportivo*, cit., p. 25.

²²⁶⁶ Cfr. A. DI AMATO, *Prime osservazioni su nozione e statuto dell'impresa sportiva*, in AA.VV., *Fenomeno sportivo e ordinamento giuridico* cit., p. 489.

²²⁶⁷ M. STELLA RICHTER, *Società sportive quotate*, in AA.VV., *Fenomeno sportivo e ordinamento giuridico*, cit., p. 480. Cfr. anche A. DI AMATO, *Prime osservazioni su nozione e statuto dell'impresa sportiva*, cit., p. 489.

²²⁶⁸ Cass., 23 aprile 1991, n. 4415.

²²⁶⁹ Corte di giustizia, 1° luglio 2008, c. 49/07. Al punto 41 della sentenza si legge: "secondo consolidata giurisprudenza della Corte, la nozione di 'impresa' comprende, nel contesto del diritto dell'Unione europea in materia di concorrenza, qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, a prescindere dallo *status* giuridico di tale attività e dalle sue modalità di finanziamento". Si legge nel dispositivo: "Una persona giuridica le cui attività consistono non soltanto nella partecipazione alle decisioni amministrative che autorizzano l'organizzazione di gare motociclistiche, ma anche nell'organizzare direttamente tali gare e nel concludere in tale contesto contratti di sponsorizzazione, di pubblicità e di assicurazione rientra nella sfera di applicazione degli artt. 82 CE e 86 CE".

solidaristici e anche le imprese sportive non possono sottrarsi all'ambito di applicazione delle norme comunitarie e statali.

Per la direttiva CE 2004/18, art. 1, par. 8, i termini 'imprenditore', 'fornitore', 'prestatore di servizi' "designano una persona fisica o giuridica o un ente pubblico o un raggruppamento di tali persone e/o enti che offra sul mercato rispettivamente la realizzazione di lavori e/o opere prodotte o servizi".

Sul fronte interno la definizione di imprenditore si rinviene nell'art. 2082 c.c.: "chi esercita professionalmente un'attività economica al fine della produzione e dello scambio di beni e servizi". Se consideriamo l'impresa sotto il profilo funzionale essa è l'attività imprenditrice²²⁷⁰, e può essere considerata come una "organizzazione di elementi personali e reali operata in funzione di un risultato economico e attuata in vista di un intento speculativo dell'imprenditore"²²⁷¹.

Possono esistere, quindi, varie nozioni di impresa "dettate in funzione degli specifici aspetti normativi regolati e degli interessi specifici cui si intende dare attuazione"²²⁷². E non v'è dubbio che il profilo funzionale consenta la valutazione dell'impresa con riferimento alla funzione perseguita dall'ordinamento.

Anche se il crescente peso economico dello sport porta a guardare all'organizzazione delle società in termini imprenditoriali, sulla base dell'art. 2082 c.c., è opinione ormai consolidata che esso non implichi necessariamente "la concreta produzione di un guadagno e una determinata destinazione del lucrato, essendo sufficiente l'adozione di un metodo astrattamente lucrativo che consenta all'impresa di permanere e durare a lungo sul mercato"²²⁷³. Dunque, se a caratterizzare l'impresa è senza dubbio la sintesi tra organizzazione stabile e attività economica, è l'aggettivazione "sportiva" a mettere in luce alcune peculiarità relative alla vita e allo sviluppo delle associazioni sportive che si qualificano come impresa, per cui il loro inquadramento giuridico non può essere sempre ricondotto entro gli schemi tradizionali²²⁷⁴.

Da questo punto di vista, l'impresa sportiva richiede attenzione specifica ma il fatto che essa rientri negli enti *non profit* non ne esclude la qualificazione come impresa, dal momento che, comunque, per essi si fa riferimento all'esistenza di un mercato nel quale operano²²⁷⁵.

D'altra parte, anche se il carattere imprenditoriale è chiaramente connaturato all'attività di quelle società sportive che organizzano eventi e può far riferimento all'art. 41 Cost. che riconosce la libertà di iniziativa economica, l'impresa sportiva, decisamente *sui generis*, sia come organizzazione sia come attività, non può essere ricondotta negli schemi usuali. Il che, peraltro, è perfettamente in linea con la specificità dell'intero settore sportivo.

Inserita in un contesto socio-politico, l'impresa sportiva si trova a dover anche assolvere ad un compito educativo, socializzante ecc., come ribadisce la già citata L. 19 luglio 2007, n. 106 sui diritti televisivi, ed è chiaro che tutto questo incide sulla sua organizzazione, sul suo rapporto col mercato e sul rapporto che viene a crearsi tra società e atleta. Ne discende che all'impresa sportiva si applicano sia le norme sulla concorrenza – pur nella difficoltà che il tema specifico della concorrenza incontra nello sport

²²⁷⁰ Nel lontano 1942, A. ASQUINI, *Profili dell'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, I, p. 6, ai fini di cogliere il pieno significato della nozione giuridica di impresa individuava un profilo soggettivo, un profilo funzionale, un profilo patrimoniale e un profilo corporativo. Per il primo l'impresa si identifica con l'imprenditore, per il secondo l'impresa è l'attività imprenditrice, per il profilo patrimoniale essa è patrimonio aziendale o azienda, per il profilo corporativo è istituzione dedita alla produzione e allo scambio di beni e servizi. Per i contratti di impresa cfr. G. ALPA, *Il contratto in generale*, cit., pp. 695 ss.

²²⁷¹ G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, UTET, 1986, p. 34 (ultima ed. a cura di C. ANGELICI, 2016).

²²⁷² L. DI VIA, *L'impresa*, in AA.VV., *Diritto privato europeo*, 2 voll., a cura di N. LIPARI, Padova, CEDAM, 1997, p. 264.

²²⁷³ *Ivi*, p. 491.

²²⁷⁴ G. MORBIDELLI, *Introduzione alla Tavola rotonda Caratteri dell'impresa sportiva*, in AA.VV., *Fenomeno sportivo e ordinamento giuridico*, cit., p. 453.

²²⁷⁵ *Ivi*, p. 277: "il problema si presenta particolarmente stimolante in Italia dove la legge-quadro sul volontariato, 11 agosto 1991, n. 226, disciplinando le organizzazioni di volontariato, all'art. 3, comma 2, dispone che esse 'possano assumere la forma giuridica che ritengono più adeguata ai loro fini, salvo il limite di compatibilità con lo scopo solidaristico'....In questo caso si affrontano da una parte i principi della solidarietà, dall'altra quelli dell'incidenza di tali attività su settori nei quali esercitano la propria attività entità riconducibili alla categoria dell'impresa e come tali operanti in un regime di libero mercato".

caratterizzato dalla competitività -, sia quelle sul rispetto di determinati diritti quali il divieto di discriminazione, la dignità della persona ecc. Con la predetta legge, alla logica della produzione il legislatore contrappone “la logica della sovra-ordinazione pubblicistica degli organi associativi, ai quali è demandato l’interesse dell’intera collettività e di tutti i soggetti coinvolti”²²⁷⁶.

Anche in questo ambito è chiarissima la volontà del legislatore di intervenire capillarmente sul fenomeno sportivo sottraendo sempre più ai privati spazi di autonomia, ma questa volontà sembra contrastare sia con il *trend* della privatizzazione sia con la logica della *governance* multilivello.

Quanto detto è ancora una volta una prova della complessità e della peculiarità del comparto sportivo. Esso entra nel mercato con tutta una sua specificità, sia come fatto sia come regolamentazione, ma, malgrado ciò, ad alcune regole del mercato deve obbedire.

Il punto è come si possa determinare questo assetto regolamentare per quanto attiene al fenomeno sportivo che comporta, oltre che una particolare attenzione ad una realtà complessa dalle molteplici finalità, anche un equilibrio tra quelli che continuano ad essere ordinamenti diversi. In altre parole, è opportuno riflettere su come conciliare un mercato, nel quale comunque lo sport si inserisce, con alcune finalità imprescindibili e che vengono regolamentate in risposta all’interesse e al funzionamento delle competizioni che non sempre collimano con l’esercizio di attività d’impresa. Bisogna verificare, dunque, come si realizza – se mai si realizza – l’equilibrio tra finalità e ordinamenti diversi in relazione all’associazionismo sportivo legato, in molti suoi aspetti, all’impresa e al mercato e, quindi, connotato economicisticamente e, al tempo stesso, ad un’etica dello sport e dell’impresa sportiva che sempre più spesso viene richiamata. Un associazionismo basato sul volontarismo che, per il suo essere inserito in una organizzazione che regola le competizioni sportive, deve collegarsi alle Federazioni e al CONI e seguirne tutte le disposizioni.

Indubbiamente, le difficoltà nel rapporto Stato-Sport trovano la loro origine nella L. 91/81 che, pur avendo risolto alcuni problemi, altri ne ha creati, specie con riferimento alla contraddizione insita tra il primo e il secondo articolo²²⁷⁷.

11. La L. 280/2003

Come si è ricordato, l’autonomia sportiva ha connotati molto ampi ed è stata riconosciuta a livello normativo con la L. 280 del 2003, anche se, come dovrebbe essere evidente, l’autonomia dell’ordinamento sportivo nazionale può trovare il suo fondamento ancor prima nei principi che costituiscono l’ossatura della Costituzione (art. 2 e 41 ad es.)²²⁷⁸.

La L. 280/2003, all’art. 1, recita “La Repubblica riconosce e favorisce l’autonomia dell’ordinamento sportivo nazionale”, e precisa: “I rapporti tra l’ordinamento sportivo e l’ordinamento della Repubblica sono regolati in base al principio di autonomia, salvo i casi di rilevanza per l’ordinamento giuridico della Repubblica di situazioni giuridiche soggettive connesse con l’ordinamento sportivo”. Si tratta di una norma che riconosce all’ordinamento sportivo la capacità di dettare regole al suo interno, senza tuttavia contravvenire ai principi fondamentali dell’ordinamento della Repubblica.

²²⁷⁶ M. ORLANDI, *Mercato dei diritti sportivi*, in AA.VV., *Fenomeno sportivo e ordinamento giuridico*, cit., p. 411.

²²⁷⁷ L’ art. 1 della L. 91/81, recante norme in materia di rapporti tra società e sportivi professionisti, enuncia l’importante principio per cui: “l’esercizio dell’attività sportiva, sia essa svolta in forma individuale o collettiva, sia in forma professionistica o dilettantistica, è libero”. Ma l’art. 2 circoscrive immediatamente la portata innovativa dell’art. 1.

²²⁷⁸ Cfr. R. CAPRIOLI, *Il significato dell’autonomia nel sistema delle fonti del diritto sportivo*, in N.G.C.C., 2007, p. 285: l’autonomia “trae fondamento dai principi generali che costituiscono l’ossatura della costituzione repubblicana, piuttosto che dall’enfatica enunciazione contenuta nell’art. 1, L. 280/2003”.

Ciò non toglie che, nella realtà, si realizzino situazioni di contrasto, che vanno interpretate e risolte alla luce di una normativa variegata e multilivello ma, contemporaneamente, tenendo presente quella specificità del fenomeno sportivo, che ne ha fatto riconoscere la *sporting exemption*.

Nella complessità dei rapporti interordinamentali, su alcuni aspetti - tra di loro collegati - deve concentrarsi l'attenzione: da una parte, il rilievo che viene attribuito alle situazioni giuridiche soggettive meritevoli di tutela; dall'altra, a chiarimento anche di queste situazioni soggettive, il ruolo che al fenomeno sportivo viene riconosciuto in relazione al tema della persona e dei suoi diritti.

È di tutta evidenza che, a questo punto, il problema si sposta sul piano giurisdizionale e sul rapporto tra giustizia domestica e giustizia ordinaria dove riscontriamo, comunque, una non omogeneità di posizioni²²⁷⁹. Inoltre, la modifica statutaria del CONI, riguardante il nuovo sistema di giustizia sportiva, adottata dal CONI con deliberazione n. 1518 del 15 luglio 2014, rappresenta un tentativo di riaffermare la specialità e completezza dell'ordinamento sportivo, rivendicandone l'autonomia²²⁸⁰. Anche su questo punto, Capotosti interviene ricordando come "il rapporto tra l'ordinamento generale e l'ordinamento sezionale (*sic*), di cui ci stiamo occupando, appare in tutta la sua problematicità forse proprio sotto il profilo del riparto tra la tutela giurisdizionale statale e quella affidata all'ordinamento sportivo in quanto tale, cioè una tutela rimessa ad organi di giustizia interni". Senza entrare nei dettagli di questa problematicità, Capotosti sottolinea l'illegittimità costituzionale dell'arbitrato obbligatorio, del vincolo di giustizia, della scelta dei criteri di riparto a proposito della delimitazione degli ambiti di competenza della giustizia sportiva in ordine a cosiddetti illeciti sportivi²²⁸¹. E conclude il suo intervento ribadendo, nuovamente, "un graduale restringimento degli spazi di autonomia" riconosciuti alle fonti dell'ordinamento sportivo.

12. La sentenza n. 49/2011 della Corte costituzionale

Il Convegno nell'ambito del quale Capotosti presentava le riflessioni di cui sopra precede di alcuni anni un'importante sentenza della Corte costituzionale al riguardo²²⁸² che avrebbe probabilmente fornito ulteriori spunti di riflessione allo studioso. Il TAR del Lazio aveva sollevato, "in relazione agli artt. 24, 103 e 113 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, commi 1, lettera b), e, *in*

²²⁷⁹ Su questo punto, senz'addentrarsi nei particolari, basti ricordare alcune sentenze tra loro non omogenee: da un lato la sentenza Cons. di stato, sez. VI, 9 luglio 2004, n. 5025, in *Foro it.*, che riconosce la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per le controversie aventi ad oggetto i provvedimenti di ammissione di una società sportiva ad un determinato campionato. In questa direzione anche TAR Lazio, sez. III *ter*, 22 agosto 2006, n. 7331, per il quale la penalizzazione di alcuni punti, determinando l'esclusione di un'associazione sportiva dalla graduatoria delle società ripescabili in un campionato nazionale e la conseguente retrocessione in un campionato regionale, incideva sullo status dell'associazione in termini non solo economici, ma anche di onorabilità. Per la rilevanza esterna all'ordinamento delle sanzioni disciplinari inflitte dagli organi di giustizia sportiva cfr. anche TAR Lazio, sez. III *ter*, 14 dicembre 2005, n. 13616; TAR Lazio, sez. III *ter*, 18 aprile 2005, n. 2801. Ma per TAR Lazio, sez. III, 21 gennaio 2005, n. 527, il ricorso alla clausola compromissoria, per l'instaurazione della procedura d'arbitrato per i contenziosi sull'iscrizione delle squadre ai campionati nazionali di calcio professionistico, fa sì che il giudice amministrativo possa soltanto decidere sull'impugnazione del lodo arbitrale per nullità ai sensi degli artt. 827 e 829 c.p.c. oppure per l'invalidità dell'accordo compromissorio e dell'attività degli arbitri, senza possibilità di prospettare *errores in iudicando* (v. anche TAR Lazio, sez. III, 7 aprile 2005, n. 2571). Sul rapporto giustizia sportiva giustizia statale cfr. A. BONOMI, *Giustizia sportiva e giustizia statale. Qualche riflessione sulla legittimità costituzionale della legge 17 ottobre 2003, n. 280*, in *Rivista costituzionale*, 2004, pp. 171 ss.

²²⁸⁰ Su questa modifica si è iniziata una discussione di cui è testimonianza, innanzitutto, il Congresso che, immediatamente dopo la modifica, si è svolto a Padova su *Le nuove frontiere della giustizia sportiva* (29 settembre 2014), con relazioni di P. MORO, *Giustizia e sport oggi*, L. DI NELLA, *Il sistema sportivo tra unitarietà dell'ordinamento e orientamento giurisprudenziale*, FRATTINI, *Le linee della riforma della giustizia sportiva*, A. DE SILVESTRI, *Il diritto dello sport tra evolucionismo, ideologia ed esigenze di normalizzazione*. Successivamente sul tema gli interventi si sono moltiplicati. Ricordiamo qui A.E. BASILICO, *La riforma della giustizia sportiva*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 6; D. LUPO-M. ROSSETTI-A. SIROTTI-GAUDENZI, *Il nuovo Codice della giustizia sportiva. Disciplina e commento*, Milano, Maggioli, 2015; G. SCIANCALEPORE-P. STANZIONE-S. PALAZZI, *Lineamenti di giustizia sportiva*, Torino, Giappichelli, 2015; A. GRECO, *La giustizia sportiva nel calcio dopo la Riforma*, Milano, E. FAG, 2016. Cfr. anche P. SANDULLI, *Brevi note in tema di giusto processo sportivo*, in *RDES*, 2015, 1, pp. 69 ss.

²²⁸¹ A proposito dei quali peraltro Capotosti ricorda la forza attrattiva che l'ordinamento generale esercita anche a ragione delle maggiori garanzie di terzietà e indipendenza che i giudici comuni sembrano offrire.

²²⁸² C. Cost., 49/2011. Per una interessante nota a questa sentenza cfr. F. BLANDO, *La Corte costituzionale individua lo sport come una 'formazione sociale' di dimensione internazionale*, in *Giustiziasportiva.it*, 2, 2011.

parte qua, 2, del decreto-legge n. 220 del 2003, convertito, con modificazioni, in legge n. 280 del 2003, nella parte in cui riserva al giudice sportivo la cognizione sulle controversie relative alle sanzioni disciplinari non tecniche inflitte ad atleti, tesserati, associazioni e società sportive, sottraendola al giudice amministrativo, anche là dove esse incidano su diritti ed interessi legittimi che, per l'ordinamento generale, il rimettente TAR è chiamato a tutelare". Si trattava, per la Corte, di operare un'*actio finium regundorum* tra queste due realtà. Il presupposto, da cui parte la Corte nell'affrontare il problema dell'autonomia, è che l'ordinamento sportivo italiano sia contrassegnato dalla 'singolarità' di essere l' 'articolazione' di un ordinamento di dimensione internazionale riconosciuto dall'ordinamento della Repubblica. Inoltre, traspare dalla decisione della Corte la convinzione che l'autonomia in questione trovi la sua radice negli [artt. 2 e 18 Cost.](#) come, del resto, era stato già precisato in precedenti giudizi, soprattutto in tema di vincolo di giustizia²²⁸³. La pronuncia si basa, d'altra parte, sul presupposto che l'ordinamento sportivo italiano sia caratterizzato da una tendenziale completezza e complessità.

Per la Corte la Legge 280 riconosce "l'autonomia dell'ordinamento sportivo nazionale", chiarendo che esso è "articolazione dell'ordinamento sportivo internazionale facente capo al Comitato Olimpico Internazionale", cioè di un più ampio ordinamento autonomo avente una dimensione internazionale e che risponde ad una struttura organizzativa extrastatale riconosciuta dall'ordinamento della Repubblica. Ne deriva, quindi, il necessario collegamento tra autonomia e autodichia dal momento che, se esiste un ordinamento legittimato a produrre regole, questo deve essere in grado di istituire organi autorizzati a valutare le controversie che dovessero insorgere. Questa completezza e complessità risulta anche precisata attraverso il nuovo codice di giustizia sportiva, volto a ridisegnare e rafforzare l'autonomia della giustizia sportiva.

Ma traspare anche un elemento determinante quando si vuole parlare di autonomia, vale a dire il necessario collegamento tra stato e società, tra autorità e libertà, tra ordinamento generale e ordinamento autonomo, oggi da definire in maniera dinamica nel senso che la libertà, che riguarda il potere delle parti di autoregolamentare i propri interessi, e quindi di definire autonomamente il contenuto del rapporto, trova dei limiti nel rapporto tra il principio della libertà e quello dell'eguaglianza.

In questo contesto, l'area di autonomia dei privati muta significato e la libertà va collegata anche con la uguaglianza dei soggetti alla cui difesa interviene, anche su richiesta dell'Unione Europea in termini di concorrenza, l'autorità statale. Molte delle ricostruzioni del diritto sportivo hanno come punto di riferimento proprio questa dialettica libertà-autorità²²⁸⁴.

²²⁸³Alcune sentenze della Corte di Cassazione rinviengono il fondamento dell'autonomia dell'ordinamento sportivo nella norma costituzionale di cui all'art. 18 Cost., sulla tutela della libertà associativa, e nell'art. 2 Cost., relativo al riconoscimento dei diritti inviolabili delle formazioni sociali nelle quali si svolge la personalità del singolo. Cfr. Cass., 28 settembre 2005, n.18919, in *Dir. e form.*, 2005, 1583 ss. Ma vedi anche [Cass. civ., sez. I, 27 settembre 2006, n. 21006](#), in *Corr. giur.*, 2007, 1108 ss., con commenti di C. CONSOLO, *Due Corti e la giustizia sportiva del calcio fra arbitrato e atto amministrativo e, più ancora, tra pubblico e privato*, ivi, pp. 1113 ss.

²²⁸⁴ Per l'attualità di tale categoria nell'ambito del diritto pubblico possiamo fare riferimento alle parole di Giampaolo Rossi: "La scienza amministrativistica ha destinato le sue migliori energie all'interno della dialettica autorità-libertà e, nella versione più moderna, ha posto limiti efficaci al potere fino ad arrivare ad una tutela delle situazioni soggettive nei confronti della pubblica amministrazione più soddisfacente, per molti versi, di quella che il singolo ha quando intrattiene rapporti con grandi organizzazioni private" (G. ROSSI, *Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della pubblica amministrazione: alla ricerca della tutela degli interessi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, p. 660 ss., in part. p. 683). Il problema non è tanto quello di risolvere un conflitto tra autorità e libertà quanto quello di contemperare la tutela di diverse ma complementari libertà (riconosciute rispettivamente al gruppo e all'individuo). Cfr. M. BASILE, *L'intervento dei giudici nelle associazioni*, Milano, Giuffrè, 1975, p. 42. Allo stesso tempo si può far riferimento a quanto nota Augusto Barbera secondo il quale oggi, come nella storia dello Stato moderno, "Il costituzionalismo tende a vedere soprattutto nello Stato il nemico delle libertà da tenere sotto controllo e nella società il luogo in cui si esercitano le libertà; ma la società non è solo il luogo in cui si sviluppano le libertà bensì anche il luogo in cui le libertà stesse (soprattutto quelle economiche, ma non solo) possono tradursi in potere sociale e opprimere altre libertà. Il tema è stato in questo dopoguerra più volte sfiorato dai costituzionalisti (con la cosiddetta *Drittwirkung* i costituzionalisti tedeschi hanno sostenuto l'efficacia *erga omnes*, quindi anche nei confronti di altri privati, dei diritti di libertà) ma siamo ancora lontani dai possibili traguardi" (A. BARBERA, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, in A. BARBERA (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, X ed., Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 32. Cfr. anche F. LANCHESTER, *Le istituzioni costituzionali italiane tra globalizzazione, integrazione europea e crisi di regime*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 5, il quale, proprio citando Barbera, mette in evidenza l'importanza delle dinamiche socioeconomiche per la definizione degli assetti istituzionali, quando riconosce che l'insieme "di regole che strutturano gli apparati potestativi dello Stato moderno al suo interno e nell'ambito dei rapporti internazionali, risulta frutto di specifici *principi filosofici e rapporti di potenza* che scaturiscono da individui e da gruppi concretamente situati".

La conclusione della Corte è che, per il principio di autonomia, si debbano prendere in considerazione gli interessi di coloro che aderiscono alla formazione sociale e che si debba evitare che, in nome di supposti interessi ‘superiori’, l'autorità statale possa arrivare a scardinare gli equilibri che la formazione sociale ha trovato al suo interno. Anche se ciò non toglie che la tutela giurisdizionale sia indeclinabile qualora siano in gioco diritti dell'uomo da qualificare ‘inviolabili’ in base a rigorose argomentazioni costituzionali.

Sembrerebbe quindi che, in questa chiave, gli [artt. 2 e 18 Cost.](#) esprimano il valore del *principio pluralista* anche in relazione al fenomeno sportivo dal momento che la sentenza ribadisce che non può porsi in dubbio che le associazioni sportive siano tra le più diffuse “formazioni sociali dove l'uomo svolge la sua personalità” e che debba essere riconosciuto a tutti il diritto di associarsi liberamente per finalità sportive, come si legge anche nell'art. 1 della L. 91/81, peraltro subito circoscritto in base all'art. 2 della stessa legge²²⁸⁵.

Purtroppo, il legislatore nazionale non è sempre chiaro ed esaustivo nelle sue disposizioni. Si prenda ad esempio l'art. 2 della L. 280, laddove limita la tutela giurisdizionale statale ai soli ‘casi di rilevanza’ per l'ordinamento statale di diritti soggettivi o interessi legittimi ‘connessi’ con situazioni sostanziali che sono tali solo per l'ordinamento sportivo, senza tuttavia specificare cosa si intenda per “rilevanza”. La genericità della disposizione ha dato luogo a interpretazioni contrastanti²²⁸⁶, alcune tendenti ad estendere l'area della tutela, altre a circoscriverla. In questa direzione si è mossa la sentenza citata per la quale l'intervento del giudice statale può essere solo risarcitorio.

Il problema della tutela dei diritti e degli interessi giuridici rilevanti si ricollega ancora ai connotati ampi del concetto di autonomia e, per quanto riguarda la tutela delle situazioni soggettive relative alle formazioni sociali, le tecniche normative si muovono in spazi che non sempre possono ricalcare gli schemi legali generali per lo più riconnettibili all'autonomia di tali formazioni²²⁸⁷.

È così che ci si trova di fronte ad una organizzazione, quale quella sportiva, i cui partecipanti sono titolari di diritti soggettivi o di interessi legittimi, ma anche di posizioni soggettive estranee per l'ordinamento statale, non suscettibili di essere sottoposte alle normali forme di tutela.

La pronuncia in questione potrebbe essere un punto fermo a favore della regola generale del rispetto dell'autonomia dei gruppi sociali organizzati, che devono essere liberi di poter scegliere con totale discrezionalità i loro obiettivi e gli strumenti giuridici con cui perseguirli.

²²⁸⁵ Cfr. F. BLANDO, *La Corte costituzionale individua lo sport come una ‘formazione sociale’ di dimensione internazionale*, in *Giustizia sportiva*, 2, 2011, il quale nota: “Circa un trentennio indietro, il discorso imperniato sugli [artt. 2 e 18 Cost.](#) ha consentito ad una insigne dottrina di allargare l'indagine sulle formazioni sociali al di là degli stessi ambiti tradizionali previsti dalla Costituzione (chiesa, famiglia, partiti politici e sindacati), portando pure l'attenzione alle associazioni sportive. Per questa indicazione preliminare, v. il classico saggio di C. MORTATI, *Note introduttive ad uno studio sulle garanzie dei diritti dei singoli nelle formazioni sociali*, in *Scritti in onore di S. Pugliatti*, vol. III, *Diritto pubblico*, Milano, 1978, p. 1565 ss., spec. p. 1578.

²²⁸⁶ Per una valutazione globale, da ultimo, L. FERRARA, *Giustizia sportiva*, in *Enc. dir.*, Annali III, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 491 ss., in particolare pp. 504 ss.

²²⁸⁷ Si riscontra grande eterogeneità di vedute sulle modalità e sui limiti delle forme di tutela all'interno delle formazioni sociali. Cfr. sul punto E. ROSSI, *Le formazioni sociali nella costituzione italiana*, Padova, CEDAM, 1989, pp. 119 ss.; ID., *Sub. art. 2*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI, *Comm. alla Cost.*, v. I, *Artt. 1-54*, Torino, UTET, 2006, pp. 52 ss.

Quale tutela, quale *favor* per il risparmio popolare*

di Mariangela Atripaldi**

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Il risparmio popolare nella Costituzione italiana: il ruolo svolto da Tommaso Zerbi in Assemblea costituente - 3. (*Segue*): Le matrici ideologiche e culturali che hanno legittimato l'introduzione del *favor* a tutela del risparmio popolare. - 4. Le dinamiche attuative dell'art. 47 secondo comma cost. - 5. La direttiva n. 59/2014 (Bank Recovery and Resolution Directive) ed il quadro di garanzie a favore del risparmio determinato dall'art. 47 cost. - 6. Una valutazione conclusiva.

1. Introduzione.

L'organizzazione di una giornata di studi sulla dualità istituzionale del risparmio popolare²²⁸⁸ ha consentito un confronto tra studiosi di diverse discipline per verificare innanzitutto se l'impianto normativo predisposto dalla Costituzione italiana del '48 offra le opportunità di garantire i risparmiatori che anche in questi ultimi tempi manifestano una posizione di debolezza. Quindi la prospettiva è quella di accertare se e in che misura quel nucleo identificato dal secondo comma dell'art. 47 cost. sia idoneo a resistere ai processi economici e finanziari in atto.

Nel contempo la presentazione degli organizzatori del Convegno ed i diversi interventi hanno offerto un contributo significativo non solo sul tema specifico ma anche su alcune tematiche a questo correlate.

* Contributo sottoposto a double *blind peer review*.

Relazione conclusiva presentata alla giornata di studi su "La dualità istituzionale del risparmio popolare". Università degli Studi di Firenze, 27 ottobre 2016.

La giornata di studi, organizzata dal Dipartimento di Scienze per l'economia e l'impresa e dalla Scuola di Economia e Management dell'Università degli Studi di Firenze, ha visto la partecipazione di diversi studiosi (economisti, aziendalisti e giuristi) al fine di «riconsiderare le ragioni ontologiche della presenza, nell'ordinamento costituzionale, di una norma dedicata specificamente alla tutela del risparmio in tutte le sue forme e al *favor* del risparmio popolare». Cfr. *L'introduzione* in A. BUCELLI-F. ZATTI (a cura di), *La dualità istituzionale del risparmio popolare*, Torino, in corso di stampa

La giornata di studi è stata organizzata in due sessioni: la prima dedicata alla *Tutela del risparmio popolare: ragioni economiche e forme giuridiche*, in cui sono state presentate le seguenti relazioni: "Il risparmio da meccanismo propulsore dell'economia capitalistica a potenziale di instabilità endogeno al sistema economico"; "La funzione sociale del risparmio nell'era della finanza globale"; "Bail-in: il potenziale impatto su correntisti e obbligazionisti delle banche italiane"; "Vulnerabilità del sistema bancario italiano e tutela del risparmio"; "La tutela del risparmio alla luce dei più recenti interventi del legislatore italiano. Un'analisi del contesto normativo di riferimento"; "La tutela penale del risparmio tra ineffettività e simbolismo: la sintomatica vicenda delle false comunicazioni sociali"; "Tutela del risparmio nel diritto internazionale e dell'Unione Europea: un quadro a tinte fosche?".

Nella seconda sessione, dedicata al *favor* del risparmio popolare, si sono susseguiti i seguenti contributi: "Accesso del risparmio popolare alla proprietà abitativa tra politiche per la casa e regole privatistiche"; "Dal credito agrario alla despecializzazione bancaria: il ruolo degli strumenti finanziari nell'attuazione delle politiche pubbliche per l'agricoltura"; "L'accesso alla proprietà coltivatrice diretta. L'attualità della disposizione costituzionale nel contesto della realtà economica"; "Gli strumenti volti a favorire l'investimento del risparmio nell'impresa azionaria: profili di diritto societario"; "Il *favor* all'investimento azionario nei grandi complessi produttivi del Paese tra disattese prospettive di democrazia economica ed esigenze di sviluppo del mercato finanziario nazionale".

Nell'occasione della giornata di studi è stato presentato il libro di Mariangela Atripaldi, *La tutela del risparmio popolare nell'ordinamento italiano, Dinamiche attuative dell'art. 47, Il comma, Cost.*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014.

** Professore associato di Istituzioni di Diritto pubblico, Università degli Studi di Roma Tre.

²²⁸⁸ Come si evince nella introduzione agli Atti del Convegno, per dualità istituzionale del risparmio popolare si intende la dualità che contraddistingue in particolare il risparmio popolare che, usando un'espressione di Karl Meessen, oscilla «tra due esigenze: da un lato la giustizia contrattuale e, dall'altro, la giustizia distributiva». Sul punto cfr. *L'introduzione*, in A. BUCELLI-F. ZATTI (a cura di), *La dualità istituzionale del risparmio popolare*, cit.

In questo contesto è emersa una sollecitazione ad identificare un corretto rapporto tra diritto ed economia. Una prospettiva di ricerca, questa, che in tempi più o meno recenti ha coinvolto studiosi sia dell'area economica che di quella giuridica. Basta citare il volume a cura di Pier Luigi Ciocca e Ignazio Musu "Economia per il diritto" che ha offerto ai giuristi un'occasione per riflettere sul futuro del diritto dell'economia e per gli economisti ha contribuito ad individuare il ruolo del diritto nei processi economici²²⁸⁹.

Su queste tematiche non mancano altri contributi. Fra gli altri si possono ricordare quelli di Tullio Ascarelli²²⁹⁰, Giuseppe Capograssi²²⁹¹, Federico Caffè²²⁹², Giuseppe Guarino, Luigi Mengoni²²⁹³, Dietrich Schindler²²⁹⁴. Un elenco che non può considerarsi certamente esaustivo.

Si può affermare che emerge la convinzione di non poter considerare il diritto e l'economia come due conchiuse unità contrapposte in quanto il diritto condiziona i processi economici e questi ultimi gli stessi quadri istituzionali, per cui il loro rapporto è da considerare costantemente vivo²²⁹⁵.

Va colta quindi l'esigenza di dover dar vita ad un laboratorio scientifico che non miri a realizzare il «solito confronto tra gli studiosi di diverse discipline sociali svoltosi nell'arco temporale di un convegno, ma il frutto di un lavoro analitico impostato compiutamente e svolto con notevole sforzo di coordinamento»²²⁹⁶.

Un complesso di riflessioni evidenziato anche dagli organizzatori di questo convegno quando si fa riferimento alla teoria delle istituzioni di Giuseppe Guarino secondo il quale, data l'impossibilità di individuare una teoria economica generale che dia una spiegazione coerente e

²²⁸⁹ Cfr. F. ZATTI, *Una occasione per i giuristi di riflettere sul futuro del diritto dell'economia*, in *Diritto e cultura*, 2005, anno XV, 1-2, p. 305 ss.

²²⁹⁰ Cfr. T. ASCARELLI, *Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione*, in *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1952, p. 55 ss.

²²⁹¹ Cfr. G. CAPOGRASSI, *Pensieri vari su economia e diritto*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, vol. I, Cedam, Padova, 1940, p. 202 ss.

²²⁹² Federico Caffè pur evidenziando la difficoltà di ogni incontro tra economia e diritto lo ritiene imprescindibile. Cfr. F. CAFFÈ, *In difesa del welfare state. Saggi di politica economica*, Rosenberg & Sellier, Torino, 1987, p. 87 ss.

²²⁹³ Cfr. L. MENGONI, *Forma giuridica e materia economica*, in A.A. V.V., *Studi in onore di Alberto Asquini*, III, Cedam, Padova, 1965, p. 1077 ss.

²²⁹⁴ D. SCHINDLER, *Verfassungsrecht und soziale Struktur*, Schulthess & Co., Zürich, 1932 (trad. it. a cura di R. BIFULCO, *Diritto costituzionale e struttura sociale*, Cedam, Padova, 1999).

²²⁹⁵ In altri termini «non vi è condotta economica, per quanto minima o insignificante, che possa prescindere da qualche regolamentazione giuridica. Ma nello stesso tempo non vi è comportamento umano, il più disinteressato ed altruista, che non si traduca immediatamente o mediamente in qualche atto di rilevanza economica». Così G. GUARINO, *Riflessioni sulle teorie economiche e sulla teoria delle istituzioni*, in *Diritto e Cultura, Per una teoria delle istituzioni tra diritto ed economia*, Gennaio-Dicembre 2004, n. 1-2, p. 46 ss.

²²⁹⁶ Così N. ACOCELLA, *Recensione a Governi ed economia: la transizione istituzionale nella XI legislatura*, di Atripaldi V., Garofalo G., Gnesutta C., Lotito P.F. (a cura di), Padova, Cedam, in *Studi e Note di Economia*, 3, 1999.

Un laboratorio peraltro destinato alla costruzione «di una figura di intellettuale in grado di analizzare con l'occhio del giurista i fatti economici ed interpretare con l'occhio dell'economista gli effetti della norma e della sua applicazione». Così C. GNESUTTA, *L' "economia per il diritto": alcune riflessioni intorno al libro di Ciocca-Musu*, in *Diritto e cultura*, 2005, anno XV, 1-2, p. 29 ss.

Giustamente Claudio Gnesutta evidenzia che dopo un lungo periodo in cui l'elaborazione scientifica degli economisti e dei giuristi, «si sono a lungo sviluppate, ignorandosi sostanzialmente», negli ultimi tempi «qualcosa è cambiato: le due discipline, pur sulla base di linguaggi e metodi ancora significativamente diversi, sono state sollecitate dalla pressione dei processi sociali ad un avvicinamento reciproco». Ne consegue, che «le relazioni tra diritto ed economia si collocano nel più ampio e complessivo processo sociale, all'interno del quale interagiscono in varia maniera non solo fra loro, ma con le altre dimensioni della società». Un approccio che in termini generali appare «talmente evidente da non richiedere alcun commento», ma che non lo è «se si pone la questione di come questa relazione si articola in un determinato momento storico ed in un determinato sistema sociale».

In questo contesto, secondo l'Autore, «per comprendere quale teoria economica è funzionale all'attività giuridica» è opportuno «partire dalla comprensione della natura e del ruolo della 'norma giuridica' nello svolgimento del processo economico».

sistematica di tutti i fatti della vita economica, si deve prospettare l'esigenza di individuare le teorie economiche nello studio delle diverse istituzioni²²⁹⁷.

Di qui l'esigenza di chiedersi se questa area di ricerca debba essere affidata allo studio di una scienza distinta, la teoria delle istituzioni, che non dovrebbe confondersi con il diritto, la sociologia, la politica, la filosofia, la storia, etc.²²⁹⁸.

È individuabile, altresì, in questo complesso di riflessioni quell'elogio della interdisciplinarietà che, secondo le considerazioni espresse da Pierluigi Ciocca, era stato già evidenziato dai giganti del pensiero economico²²⁹⁹. Una esigenza che appare anche nel contesto dell'oggi: «tornare a ricercare le intersezioni e le interazioni fra l'economico e il "resto", coltivare le terre di confine tra l'analisi economica e le altre discipline, in particolare le altre scienze sociali»²³⁰⁰. Un contesto che fa emergere un intreccio tra esperienza giuridica ed esperienza economica che, soprattutto nel mondo contemporaneo, evidenzia aspetti positivi e negativi²³⁰¹.

Certamente non è stata questa l'unica sollecitazione che il tema ha fatto emergere. Comunque prima di soffermarsi su alcune problematiche evidenziate dal più recente intervento normativo europeo si ritiene opportuno ripercorrere sia pur schematicamente l'itinerario che ha portato all'approvazione del secondo comma dell'art. 47 cost.

2. Il risparmio popolare nella Costituzione italiana: il ruolo svolto da Tommaso Zerbi in Assemblea costituente

Quando si fa riferimento al risparmio popolare si allude a alla forma di risparmio che deriva da quei redditi, che, per loro natura, determinano un accantonamento monetario limitato e a lenta

²²⁹⁷ Tali istituzioni possono offrire «dati istituzionali rigidi, basi stabili per le elaborazioni economiche» consentendo di «studiare i riflessi reciproci dei fattori non economici, tra gli stessi, e tra questi ed i fattori economici».

Non è certamente la sede per una compiuta ricostruzione della teoria delle istituzioni nella elaborazione di Giuseppe Guarino. Si rinvia pertanto al saggio apparso nel 2004 dal titolo *Riflessioni sulle teorie economiche e sulla teoria delle istituzioni*, in *Diritto e cultura*, anno XIV gennaio dicembre 2004 n. 1-2, p. 5 ss. nel quale l'Autore (p. 44) dinanzi al fenomeno del divenire istituzionale costatato che «la teoria economica non dispone di mezzi per inquadrarli» si chiede «se lo spazio non debba essere occupato da una scienza distinta, la teoria delle istituzioni». «L'oggetto della teoria dovrebbe essere costituito dalle istituzioni. Ad essa spetterebbe di chiarire i meccanismi di base che ne regolano il dinamismo o comunque lo condizionano, con cerchi sempre più ampi di osservazione che dai singoli tipi di istituzioni risalgono sino alla comprensione della rete delle istituzioni nella sua inscindibile integrazione mondiale».

Su questi aspetti si rinvia anche alle riflessioni già espresse in M. ATRIPALDI, *Il risparmio finalizzato agli investimenti socialmente rilevanti nell'ordinamento italiano, I, Dalle prime forme di risparmio alla Costituzione del '48*, Jovene editore, Napoli, 2009, p. 50 ss.

²²⁹⁸ Una scienza quindi che «dovrebbe essere informata delle acquisizioni ultime delle singole discipline ed osservare come le stesse, sia separatamente, sia nelle possibili integrazioni, vengano assorbite e mediate dai sistemi parziali e da quelli globali delle istituzioni, quali condizionamenti ne ricevono, quali influsso esercitano sulle dinamiche istituzionali». Cfr. G. GUARINO, *Riflessioni sulle teorie economiche e sulla teoria delle istituzioni*, cit. p. 45

²²⁹⁹ Tra questi l'A. ricorda in modo particolare Adam Smith che nella sua "Indagine sulla natura e sulle cause della ricchezza delle nazioni", nel collegare «strettamente fra loro le diverse dimensioni dell'agire degli uomini riuniti in società», utilizza la storia, la politica, le istituzioni, il diritto, la statistica, le culture in un intreccio con l'Economia.

Cfr. P. CIOCCA, *Ai confini dell'economia, Elogio della interdisciplinarietà*, Nino Aragno editore, Torino, 2016, p. IX.

²³⁰⁰ Cfr. P. CIOCCA, *Ai confini dell'economia, Elogio della interdisciplinarietà*, cit., p. X.

²³⁰¹ Solo apparentemente l'area giuridica salvaguardia da una parte «i cittadini dalla pervasiva intrusione dell'economico nei momenti meta-economici della vita della comunità», dall'altro consente alla economia di mercato di operare «nel nome di un progresso materiale sostenibile ed equo». Cfr. P. CIOCCA, *Ai confini dell'economia, Elogio della interdisciplinarietà*, cit., p. 81.

In altri termini «il diritto è per l'economia, più importante di quanto non pensino i suoi cultori e di quanto non abbiano a lungo pensato non pochi economisti. Lo conferma una dovizia crescente di analisi empiriche, comparate e per singoli paesi». Cfr. P. Ciocca, *Ai confini dell'economia, Elogio della interdisciplinarietà*, cit., p. 83

formazione²³⁰². Una interpretazione che, peraltro, era nella consapevolezza dell'onorevole Zerbi cui si deve la formula prevista nel secondo comma dell'art. 47 cost.

Il Costituente Tommaso Zerbi, studioso di Ragioneria presso l'Università Commerciale Luigi Bocconi di Milano, ha partecipato al dibattito in Assemblea costituente, confrontandosi anche con i diversi giuristi pubblici presenti in quella sede²³⁰³.

Nei suoi precedenti studi, Zerbi definisce come risparmio popolare quello «aperto non solo ai lavoratori delle grandi imprese, ma a tutti i piccoli risparmiatori siano essi contadini o pubblici impiegati liberi professionisti o artigiani». Ne consegue l'esigenza di dar vita a forme di azionariato popolare come «sistemi di compartecipazione individuali alla proprietà di grandi capitali o in libere associazioni di partecipazione a tali proprietà». Di qui il riconoscimento ai lavoratori risparmiatori di conseguire «un'organica ed efficace partecipazione» nell'amministrazione e «la conseguente partecipazione ai risultati economici»²³⁰⁴. Una evidente istanza di *Mitbestimmung* che è fatta propria dall'art. 46 cost²³⁰⁵.

Nella ricostruzione dell'itinerario volto a verificare l'attuazione del dato normativo espresso dal secondo comma dell'art. 47 cost., è opportuno farsi guidare da quella configurazione della Costituzione materiale accolta dalla dottrina²³⁰⁶ e dall'approccio sistemico alla complessità²³⁰⁷. Vero è che, nell'intraprendere l'interpretazione del secondo comma dell'art. 47 cost., non ci si può porre in una prospettiva riduzionistica tesa ad analizzare solo il “sottoinsieme” determinato dall'art. 47 secondo comma²³⁰⁸. È opportuno assumere la visione che è proprio della complessità sistemica e considerare il dato normativo come inserito in un sistema «costituito da parti, spesso anche da parti identificabili molto facilmente»²³⁰⁹.

Per rispondere a queste esigenze di metodo, l'indagine si sofferma ad analizzare tematiche di ordine generale. È opportuno verificare come l'istanza volta a favorire il risparmio popolare è legittimata da una Costituzione che ha come prospettiva di programma un processo di trasformazione socio istituzionale. In tal modo si giunge alla considerazione che il *favor* verso il risparmio popolare contribuisce ad alimentare la realizzazione di quel processo.

Questo complesso di riflessioni ha consentito di verificare il difficile cammino per l'attuazione della Carta costituzionale del '48. Soprattutto per quelle statuizioni introdotte attraverso norme

²³⁰² In questo senso si rinvia a F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, Cedam, Padova, 2011, volume V, p. 210; F. MERUSI, *Rapporti economici*, in *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1980, p. 185

²³⁰³ Sul ruolo dei giuristi pubblici presenti nelle fasi del processo Costituente vedi F. LANCHESTER, *Pensare lo Stato. I giuristi pubblici nell'Italia unitaria*, editori Laterza, Roma-Bari, 2004, p. 11 ss.

²³⁰⁴ Per una più precisa e completa valutazione dell'analisi condotta da T. Zerbi si rinvia alle riflessioni riportate nel saggio: T. ZERBI, *Capitalismo di classe, capitalismo di Stato, capitalismo di popolo*, in *La banca valori*, 1946, p. 212.

²³⁰⁵ Sulla partecipazione dei lavoratori alla gestione dell'azienda si rinvia a S. SCIARRA (a cura di), *Democrazia politica e democrazia industriale*, De Donato, Bari, 1978; G. GHEZZI, *Art. 46*, in *Commentario Costituzione Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1980, p. 69 ss.; R. WEIGMANN, *Azionariato dei dipendenti*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Sezione Commerciale, II, Utet, Torino, 1987, p. 122 ss.; M. D'ANTONA, *Partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese*, in *Enciclopedia Giuridica*, XXII, Enciclopedia giuridica Treccani editore, Roma, 1990, p. 1 ss.; A. MINERVINI, *Dall'informazione alla partecipazione*, Giuffrè, Milano, 2002; P. OLIVELLI, *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese*, in *Giornale di diritto del lavoro*, 2005 fasc. 3 p. 321 ss.; P. ICHINO, *La partecipazione dei lavoratori nell'impresa. Le ragioni di un ritardo*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2013 fasc. 4, p. 861 ss.; G. DE FERRA, *La partecipazione dei lavoratori alla gestione delle aziende (rectius delle imprese)*, in *Rivista delle società*, 2015, fascicolo 6, p. 1298 ss.

²³⁰⁶ Cfr. G. GUARINO, *Materia costituzionale, costituzione materiale, leggi costituzionali*, in *Diritto e giurisprudenza*, V, 1948, p. 36 ss.

²³⁰⁷ Cfr. C. S. BERTUGLIA - F. VAIO, *Complessità e modelli*, Prefazione di D. A. Lane, Bollate Boringhieri, Torino, 2011.

²³⁰⁸ Sull'esigenza di studiare la complessità «sia nell'ambito delle scienze della natura sia in quello delle scienze della società» cfr. C. S. BERTUGLIA - F. VAIO, *Complessità e modelli*, cit., p. 8.

²³⁰⁹ Giustamente questi «oggetti di studio non si prestano all'operazione di spezzettamento dei fenomeni in parte e successivo riassetto, come operato dal riduzionismo» Cfr. C. S. BERTUGLIA - F. VAIO, *Complessità e modelli*, cit., p. 4.

programmatiche in riferimento alle quali le diverse forze politiche e sociali presentano differenti modelli per la loro realizzazione²³¹⁰.

Successivamente si è ritenuto opportuno cogliere un altro aspetto di teoria generale: il superamento di una concezione strettamente strutturale dell'ordinamento per addivenire ad una concezione struttural-funzionalistica; il che ha consentito di individuare nella premialità lo strumento utilizzato per la realizzazione del secondo comma dell'art. 47 cost. e di soffermarsi compiutamente sullo strumento della incentivazione per cogliere tutte le implicazioni che questa scelta comporta anche in riferimento alla giurisprudenza della Corte europea per i diritti dell'uomo e della Corte di giustizia europea²³¹¹.

3. (Segue): Le matrici ideologiche e culturali che hanno legittimato l'introduzione del favor a tutela del risparmio popolare

La ricostruzione del processo storico che ha portato al riconoscimento nel nostro ordinamento costituzionale del risparmio popolare richiede di verificare quale è stato il contesto in cui è maturata l'esigenza di un intervento normativo a favore di questo tipo di risparmio²³¹².

Analizzando il nostro ordinamento a partire dall'Unità di Italia, si evidenzia come siano entrati nel sistema quei modelli espressi dagli ordinamenti europei che avevano condizionato la scelta degli ordinamenti pre-unitari e che soprattutto i modelli dell'ordinamento inglese e di quello tedesco hanno costituito un punto di riferimento per il legislatore italiano, incidendo anche nella costruzione del *welfare* inteso come *welfare from below* e come *welfare state*.

Una concettualizzazione quest'ultima adottata soprattutto dalla letteratura giuridica inglese in riferimento agli strumenti con i quali la *working class* ha cercato di creare condizioni destinate a produrre assistenza e previdenza sociale per colmare l'inadeguatezza delle disposizioni statali sul *welfare*²³¹³.

L'esame analitico fra i due modelli evidenzia come a partire dalla seconda metà del 1800 nel nostro ordinamento vi sia verificata la loro coesistenza, dal momento che accanto ad istituzioni proprie del *welfare from below* cominciarono ad emergere istituzioni del *welfare state*. Successivamente si assisteva ad un rafforzamento del *welfare state* soprattutto nel periodo fascista. Il tutto collegato

²³¹⁰ Su questi aspetti si rinvia, fra gli altri, a F. MODUGNO, *La teoria delle fonti del diritto nel pensiero di Vezio Crisafulli*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, fasc. 1, p. 487 ss.; M. AINIS, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, in *Politica del diritto*, 1999, fasc. 1, p. 25 ss.; M. RUSCIANO, *Il diritto del lavoro di fronte alla costituzione europea*, in *Rivista giuridica del lavoro e previdenza sociale*, 2006 fasc. 4, p. 891

²³¹¹ Sulla concezione struttural-funzionalistica dell'ordinamento un ruolo determinante è da imputare alla riflessione di Norberto Bobbio. A tal fine si rinvia a N. BOBBIO, *La funzione promozionale del diritto rivisitata*, in *Sociologia del diritto*, 1984, 3, p. 8; N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*. Prefazione di M. G. Losano, La Terza, Roma-Bari, 2007.

²³¹² Su questi aspetti si rinvia a M. ATRIPALDI, *Il risparmio finalizzato agli investimenti socialmente rilevanti nell'ordinamento italiano, I, Dalle prime forme alla Costituzione del '48*, cit. In questo volume, dopo aver ripercorso il processo storico, si analizzano compiutamente le motivazioni delle scelte operate con il secondo comma dell'art. 47 cost.

²³¹³ Cfr. F. ENGELS, *The condition of the working class in England, from personal observations and authentic sources*, Panther, London, 1969 p. 154 ss.; F. PROCHASKA, *The voluntary impulse: philanthropy in modern Britain*, Faber and Faber, London, 1988, p. 28 ss.; B. HARRIS, *The origins of the British welfare state*, Palgrave, Basingstoke, 2004, p. 76 ss.

anche alla forma di stato a tendenza statocentrica che in quella fase storica è utilizzata per accentuare il ruolo dello Stato nella dicotomia società-Stato²³¹⁴.

Ed è in questo contesto che si è andato collocando la disciplina del risparmio.

Lo studio del dibattito in Assemblea costituente mostra come il Costituente è stato condizionato innanzitutto dall'esigenza di soddisfare istanze macro-economiche. Invero nel testo approvato dalla Terza Sottocommissione della Commissione dei 75 e nell'articolato predisposto dal Comitato dei diciotto si intravede chiaramente la visione macro-economica²³¹⁵.

Il tentativo di innestare nel tessuto normativo anche la tutela delle posizioni soggettive di ciascun risparmiatore fu operato con la formulazione presentata da Tommaso Zerbi.

La proposta, sottoposta al Comitato dei diciotto e a quello istituito presso la Presidenza dei rappresentanti di tutti i gruppi, fu oggetto di valutazione critica. Soprattutto il Comitato dei diciotto chiedeva di espungere dalla struttura normativa proposta da Zerbi il *favor* verso gli investimenti socialmente rilevanti, invitando ad inserire quella formulazione solo in un ordine del giorno. Alla fine comunque fu proposta all'Assemblea la formulazione che ora leggiamo nell'articolo 47 cost.

Questa breve ricostruzione del processo che ha portato all'approvazione del secondo comma dell'art. 47 non può essere limitata solo a tale ambito in quanto questo dato normativo va collocato nel contesto di tutto l'articolato. In altri termini il secondo comma non può essere applicato prescindendo dalle indicazioni del primo comma dell'art. 47 cost.: il risparmio popolare non può essere favorito se non è innanzitutto tutelato.

L'itinerario percorso andrebbe completato, ad esempio, per individuare la funzione espletata dalle teorie economiche, ovvero per verificare con una analisi più dettagliata le incidenze di modelli espressi da altri ordinamenti. Sotto questo ultimo profilo sarebbe quanto mai rilevante cogliere l'eventuale contributo del modello di *Soziale Marktwirtschaft*, quello espresso dalla scuola di Friburgo²³¹⁶.

4. Le dinamiche attuative dell'art. 47, comma 2 cost.

Le diverse relazioni presentate al Convegno, sulla base della ricostruzione delle matrici che hanno determinato l'art. 47 cost., hanno individuato le dinamiche attuative del secondo comma di tale norma.

Va innanzitutto premesso che l'art. 47, comma 2 cost., è stato utilizzato dalla cultura giusprivatistica non solo nel dibattito per modificare l'istituto della società per azioni come era

²³¹⁴ Sul punto si rinvia a M. ATRIPALDI, *Il risparmio finalizzato agli investimenti socialmente rilevanti nell'ordinamento italiano*, I, *Dalle prime forme alla Costituzione del '48*, cit., p. 5.

²³¹⁵ Il comitato dei diciotto approvò la seguente formulazione: «La Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme, disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito».

²³¹⁶ Su questi aspetti si rinvia più ampiamente, fra gli altri, a J. LANGE-VON KULESSA, A. RENNER, *Die Soziale Marktwirtschaft Alfred Müller-Armacks und der Ordoliberalismus der Freiburger Schule*, in *Ordo*, 1998, p. 79 ss.; P. THUY, *50 Jahre Soziale Marktwirtschaft*, in *Ordo*, 1998, p. 281 ss.; A. SCHÜLLER, *Soziale Marktwirtschaft als ordnungspolitische Baustelle*, in *Ordo*, 2005, p. 61 ss.; E. M. STREIT, *Die Soziale Marktwirtschaft - zur Erosion einer wirtschaftspolitischen Konzeption*, in *Ordo*, 2005, p. 113 ss.; G. HIRSCHER (a cura di), *Soziale Marktwirtschaft und Demokratie*, München, Hanns-Seidel-Stiftung, 1994; H. WILLGERODT, *Soziale Marktwirtschaft - ein unbestimmter Begriff?*, in *Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker*, 1996, p. 329 ss.; A. MÜLLER-ARMACK *The Principles of the Social Market Economy (1965)*, in P. KOSLOWSKI (a cura di) *The Social Market Economy. Studies in Economic Ethics and Philosophy*, Springer, Berlin, Heidelberg; F. FELICE, *L'economia sociale di mercato*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2008.

disciplinato nel Codice del 1942, contribuendo a determinare il diverso regime delle società. Nell'ambito della stessa area giusprivatistica l'art. 47 cost. con l'art. 46 cost. ha inciso sulla innovazione della formula dell'art. 2349 cc secondo la quale nelle ipotesi sia prevista l'assegnazione di utili ai prestatori di lavoro dipendenti dalle società, posso essere emesse speciali categorie di azioni da assegnare individualmente ai prestatori di lavoro.

Altrettanto significativa è l'incidenza del secondo comma dell'art. 47 cost. sulle c.d. azioni di risparmio introdotte per la prima volta nella legge n. 216/1974.

Nell'area giuspubblicistica l'art. 47, comma 2 cost. ha offerto un contributo determinante al riconoscimento del diritto costituzionale all'abitazione.

In questo riconoscimento significativo è stato l'intervento della Corte costituzionale. Dopo una prima sentenza la n. 252 del 1983 nella quale la Corte si era espressa negativamente sul contributo del secondo comma dell'art. 47 cost., pur affermando che l'abitazione costituisce un bene primario che vada adeguatamente e concretamente tutelato dalla legge, con la sentenza n. 217 del 1988 si dà vita ad una giurisprudenza che, partendo dal secondo comma dell'art. 47 cost., va al riconoscimento del diritto costituzionale all'abitazione come «interesse di primaria importanza per la realizzazione della forma di Stato su cui si regge il nostro sistema costituzionale».

Lo studio delle ipotesi indicate dall'art. 47, comma 2 cost. deve essere condotto avendo alcuni punti di riferimento:

- a) sulla base delle indicazioni espresse dalla Corte costituzionale va ritenuto che il secondo comma dell'art. 47 cost. determina un indirizzo di politica economica e sociale che mira ad incoraggiare il risparmio popolare ed appartiene alle scelte legislative stabilire i modi ed i limiti onde dare attuazione al suddetto principio;
- b) lo strumento privilegiato attraverso il quale il legislatore realizza politiche pubbliche è individuato nella legge di incentivazione con la quale il vantaggio elargito consente di ottenere anche comportamenti che rispondono all'esigenza dell'economia nazionale;
- c) la scelta della legge di incentivazione comporta il rispetto del regime determinato per questa tipologia di atti legislativi anche dalla giurisprudenza. In particolare vanno individuati i limiti maggiormente significativi che provengono dal regime comunitario degli aiuti di Stato²³¹⁷.

5. La direttiva n. 59/2014 (Bank Recovery and Resolution Directive) ed il quadro di garanzie a favore del risparmio determinato dall'art. 47 cost.

La consapevolezza che l'analisi del secondo comma dell'art. 47 cost. va condotta necessariamente nell'ambito di tutto l'articolato e, quindi, anche del primo comma, consente di prevedere una serie di collegamenti per identificare i meccanismi predisposti a tutela di quella particolare forma di risparmio che è il risparmio popolare al fine di verificarne l'effettività.

In un contesto nel quale il risparmio, pur essendo un meccanismo propulsore dell'economia, acquista il ruolo «potenziale di instabilità endogeno al sistema economico»²³¹⁸, la crisi del sistema

²³¹⁷ Quando si fa riferimento agli aiuti di Stato dell'Unione si richiama la disciplina istituita dagli articoli 107, 108 e 109 TFUE e i regolamenti e tutti gli atti dell'Unione stabiliti o adottati ai sensi dell'articolo 108, paragrafo 4, o dell'articolo 109 TFUE.

²³¹⁸ In tal senso v. M. LOMBARDI, *Il risparmio da meccanismo propulsore dell'economia capitalistica a potenziale di instabilità endogeno al sistema economico*, in A. Bucelli-F. Zatti (a cura di), *La dualità istituzionale del risparmio popolare*, cit.

bancario ha evidenziato le difficoltà del risparmiatore a trovare negli strumenti predisposti dall'ordinamento una effettiva tutela.

Nel dibattito di questo convegno, qualche relazione ha rilevato un particolare interesse per la problematica determinata dalla direttiva 2014/59/EU la c.d. *Bank Recovery and Resolution Directive* (BRRD)²³¹⁹ e dai decreti attuativi: il decreto legislativo 16 novembre 2015 n. 180 ed il decreto legislativo 16 novembre 2015 n. 181²³²⁰.

L'emanazione di questa direttiva è stata preceduta da un intenso dibattito che ha preso l'avvio dalla crisi finanziaria emersa negli Stati Uniti e dalle conseguenze determinate dal suo diffondersi in Europa; un dibattito che ha evidenziato come sia di difficile soluzione il problema della prevenzione e della gestione delle crisi nell'ambito dell'ordinamento europeo²³²¹.

Vero è che a partire dall'inizio della crisi, la Commissione europea ha dato vita a diverse proposte finalizzate a predisporre una migliore regolamentazione del sistema finanziario, con la presentazione della proposta di direttiva nel giugno 2012²³²².

Le valutazioni che si stanno per fare sono esclusivamente mirate a dare una risposta ad alcuni punti emersi dagli interventi di alcuni relatori del Convegno. È evidente che in questa sede non si possono trattare in tutta la loro complessità aspetti riguardanti il Sistema Bancario Europeo che dal punto di vista normativo presenta cambiamenti rispetto alla situazione precedente. In particolare l'attenzione è finalizzata a verificare se ed in quale misura la direttiva che, fra l'altro, prevede la procedura del *bail-in*, possa determinare una violazione di quel quadro di garanzie immesso nel nostro ordinamento dall'art. 47 della Costituzione a favore del risparmio. La valutazione degli obiettivi degli strumenti di risoluzione previsti dall'art. 31 della BRRD appare, nella sua complessità, posta proprio a tutela del risparmio²³²³.

²³¹⁹ Su questi aspetti si rinvia, fra gli altri, a S. ANTONIAZZI, *L'unione bancaria europea: i nuovi compiti della Bce di vigilanza prudenziale degli enti creditizi e il meccanismo unico di risoluzione delle crisi bancarie*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc. 3-4, 2014, p. 717 ss.; A. GARDELLA, *Il bail-in e il finanziamento delle risoluzioni bancarie nel contesto del meccanismo di risoluzione unico*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc. 5, 2015, p. 587 ss.; V. SANTORO, *Crisi bancarie, ruolo dell'informazione e protezione del cliente*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2015, 4, p. 541 ss.; R. LENER, *Bail-in bancario e depositi bancari fra procedure concorsuali e regole di collocamento degli strumenti finanziari*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc. 3, 2016, p. 287 ss.; M. MAUGERI, *Banche popolari, diritto di recesso e tutela costituzionale della proprietà azionaria*, in *Rivista delle Società*, fasc. 6, 2016, p. 991 ss.; G. SANTONI, *La nuova disciplina della gestione delle crisi bancarie: da strumento di contrasto a generatore di sfiducia sistemica?*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc. 5, 2016, p. 619 ss.

²³²⁰ Direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014 che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento e che modifica la direttiva 82/891/CEE del Consiglio, e le direttive 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE e 2013/36/UE e i regolamenti (UE) n. 1093/2010 e (UE) n. 648/2012, del Parlamento europeo e del Consiglio.

Su questa direttiva si rinvia alle valutazioni, fra l'altro, di F. CIRAOLO, *Il Single Resolution Mechanism (Regolamento UE n. 806/2014). Lineamenti generali e problemi di fondo*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2015, 3, p. 357 ss.; L. ERZEGOVESI, *Il bail-in e le banche italiane: due visioni e tre risposte concrete*, in *Riv. dir. banc., dirittobancario.it*, 8, 2016; R. LENER, *Bail-in: una questione di regole di condotta?*, in *Riv. dir. banc., dirittobancario.it*, 9, 2016; M. M. SEMERARO, *Rischio d'impresa bancaria e discipline recenti*, in *Giustizia civile*, 2016, 4, p. 849 ss.; B. INZITARI, *Brrd, bail in, risoluzione della banca in dissesto, condivisione concorsuale delle perdite (d.lgs. n. 180 del 2015)*, in *Rivista di diritto bancario*, estratto dal n. 5 del 2016, p. 1 ss.

²³²¹ Per una valutazione generale di queste problematiche anche in prospettiva storica in riferimento al nostro ordinamento vedi fra tutti G. BOCCUZZI, *Gli obiettivi di vigilanza e gli strumenti per la prevenzione e la gestione delle situazioni di anomalia. Quadro di sintesi*, in G. BOCCUZZI (a cura di), *La crisi dell'impresa bancaria. Profili economici e giuridici*, Giuffrè, Milano 1998; V. SANASI D'ARPE, *La vigilanza nella crisi e nel risanamento dei gruppi bancari*, Jovene, Napoli, 2008, p. 15 ss.

²³²² Commissione europea, Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio che istituisce un quadro di risanamento e di risoluzione delle crisi degli enti creditizi e delle imprese di investimento e che modifica le direttive del Consiglio 77/91/CEE e 82/891/CE, le direttive 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE e 2011/35/UE e il regolamento (UE) n. 1093/2010, COM(2012) 280/3, Brussels, 6 giugno 2012.

²³²³ L'art. 31 della BRRD prevede i seguenti obiettivi: « a) garantire la continuità delle funzioni essenziali;

È da evidenziare che lo scopo della BRRD è quello di introdurre in tutti i Paesi europei una disciplina normativa idonea a prevenire e gestire le crisi delle banche e delle imprese di investimento al fine anche di impedire che vi sia un salvataggio delle stesse con un deciso intervento pubblico e, quindi, con oneri elevati per il contribuente. Una strategia che tende a ridurre gli effetti negativi sul sistema finanziario e sulla economia reale, predeterminando interventi prima che la crisi si manifesti pienamente, e persino durante la fase della normale attività delle banche²³²⁴.

Si è in presenza di un insieme di interventi affidati ad una architettura istituzionale sulla quale è opportuno offrire solo alcuni dati più significativi. Utilizzando anche le indicazioni fornite dal Regolamento UE/2014/806 e dagli altri interventi normativi dell'Unione Europea, chiamati a determinare i pilastri del processo di costruzione dell'Unione bancaria, al centro di questo quadro è posto il Meccanismo Unico di Risoluzione (*Single Resolution Mechanism*, SRM) cui è imputata la gestione accentrata delle crisi bancarie consentendo l'utilizzazione del Fondo di Risoluzione Unico (*Single Resolution Fund*, SRF), chiamato a finanziare le misure di risoluzione.

Un quadro che andrebbe completato con la individuazione del Meccanismo di vigilanza affidato alla Banca centrale europea ed al *Single Supervisory Mechanism*²³²⁵.

Il Meccanismo Unico di Risoluzione appare come un sistema articolato cui fanno parte le diverse autorità di risoluzione nazionale ed il Comitato Unico di Risoluzione (*Single Resolution Board*, SRB), costituito dai rappresentanti delle autorità nazionali e da alcuni membri permanenti.

Nell'ambito dell'area dell'euro, per alcune banche con una determinata qualificazione, così dette significative,²³²⁶ o con una operatività transfrontaliera nell'area dell'euro e delle principali

b) evitare effetti negativi significativi sulla stabilità finanziaria, in particolare attraverso la prevenzione del contagio, anche delle infrastrutture di mercato, e con il mantenimento della disciplina di mercato;

c) salvaguardare i fondi pubblici riducendo al minimo il ricorso al sostegno finanziario pubblico straordinario;

d) tutelare i depositanti contemplati dalla direttiva 2014/49/UE e gli investitori contemplati dalla direttiva 97/9/CE;

e) tutelare i fondi e le attività dei clienti. »

²³²⁴ Le motivazioni dell'intervento della Direttiva sono ben individuate nei primi 3 considerando della stessa Direttiva:

« (1) La crisi finanziaria ha evidenziato una mancanza significativa di strumenti adeguati a livello di Unione per gestire con efficacia gli enti creditizi e le imprese di investimento («enti») in crisi o in dissesto. Tali strumenti sono necessari, in particolare, per prevenire stati di insolvenza o, in caso di insolvenza, per ridurre al minimo le ripercussioni negative preservando le funzioni dell'ente interessato aventi rilevanza sistemica. Durante la crisi, queste sfide sono state un fattore determinante che ha costretto gli Stati membri a procedere al salvataggio degli enti utilizzando il denaro dei contribuenti. L'obiettivo di un quadro credibile di risanamento e di risoluzione è quello di ovviare quanto più possibile alla necessità di un'azione di questo tipo.

(2) La crisi finanziaria era di dimensioni sistemiche nel senso che ha influenzato l'accesso ai finanziamenti di gran parte degli enti creditizi. Per evitare un dissesto con conseguenze per tutta l'economia, una crisi di questo genere rende necessarie misure volte a garantire, per tutti gli enti creditizi altrimenti solvibili, l'accesso ai finanziamenti a condizioni equivalenti. Tali misure implicano un'assistenza di liquidità da parte delle banche centrali e garanzie da parte degli Stati membri per valori mobiliari emessi da enti creditizi solvibili.

(3) I mercati finanziari dell'Unione sono fortemente integrati e interconnessi, con molti enti che operano ampiamente oltre i confini nazionali. Il dissesto di un ente transfrontaliero può compromettere la stabilità dei mercati finanziari nei diversi Stati membri in cui esso opera. L'incapacità degli Stati membri di assumere il controllo di un ente in dissesto e risolverne la crisi in modo tale da prevenire con efficacia un danno sistemico più ampio può minare la fiducia reciproca degli Stati membri e la credibilità del mercato interno nel campo dei servizi finanziari. La stabilità dei mercati finanziari è quindi una condizione essenziale per instaurare il mercato interno e per il suo funzionamento». L'intervento nella fase risolutiva è in alternativa alla liquidazione coatta amministrativa prevista dal TUB, che sostituisce quella fallimentare prevista per le altre imprese.

²³²⁵ Su questi aspetti si rinvia a Senato della Repubblica VI commissione permanente (finanza e tesoro), indagine conoscitiva sul sistema bancario italiano nella prospettiva della vigilanza europea, audizione del Governatore della Banca d'Italia Ignazio Visco, Roma 22 aprile 2015.

²³²⁶ Le banche sono qualificate come significative ai sensi del Regolamento UE n. 1024/2013, sull'istituzione di un Meccanismo di Vigilanza Unico (*Single Supervisory Mechanism*). «La significatività è valutata sulla base dei seguenti criteri:

società di intermediazione mobiliare, compete al Comitato di predisporre *ex ante* le modalità attraverso le quali può essere gestita la crisi e, successivamente quando si manifesta, di determinare rispettivamente piani e programmi di risoluzione per la gestione in concreto della crisi.

In questo quadro si inserisce l'autorità di risoluzione nazionale (*National Resolution Authority*, NRA) alla quale spetterà l'attuazione delle disposizioni determinate dal Comitato.

Questo breve itinerario va completato con alcune considerazioni sul *bail in*, per verificarne l'ambito di applicazione e gli obiettivi. Va innanzitutto chiarito che questo è soltanto uno degli strumenti di risoluzione²³²⁷ che consente di disporre la riduzione del valore delle azioni e di alcuni crediti o la loro conversione in azioni per assorbire le perdite²³²⁸. Più precisamente, come è indicato dall'art. 1, comma 1, g) del decreto legislativo n. 180/2015 il *bail-in* consiste nella «riduzione o la conversione in capitale dei diritti degli azionisti e dei creditori, secondo quanto previsto dal Titolo IV, Capo IV, Sezione III».

Comunque le riflessioni già espresse sia pur schematicamente e una più attenta valutazione di tutto l'impianto offerto dalla normativa europea, evidenzia che nell'ambito della stessa normativa non è del tutto escluso l'intervento pubblico, peraltro legittimato sostanzialmente da quelle istanze che presiedono la disciplina dell'art. 47 della Carta costituzionale.

Un dato che conferma le indicazioni già espresse nel volume presentato in questo convegno²³²⁹.

i) dimensioni;

ii) importanza per l'economia dell'Unione o di qualsiasi Stato membro partecipante;

iii) significatività delle attività transfrontaliere.

Per quanto attiene al primo comma, un ente creditizio o società di partecipazione finanziaria o società di partecipazione finanziaria mista non sono considerati meno significativi, tranne se giustificato da particolari circostanze da specificare nella metodologia, qualora soddisfino una qualsiasi delle seguenti condizioni:

i) il valore totale delle attività supera i 30 miliardi di EUR;

ii) il rapporto tra le attività totali e il PIL dello Stato membro partecipante in cui sono stabiliti supera il 20 %, a meno che il valore totale delle attività sia inferiore a 5 miliardi di EUR;

iii) in seguito alla notifica dell'autorità nazionale competente secondo cui tale ente riveste un'importanza significativa con riguardo all'economia nazionale, la BCE decide di confermare tale significatività sulla scorta di una sua valutazione approfondita, compreso lo stato patrimoniale, dell'ente creditizio in questione.

Inoltre la BCE può, di propria iniziativa, considerare un ente di importanza significativa quando questo ha stabilito filiazioni in più di uno Stato membro partecipante e le sue attività o passività transfrontaliere rappresentano una parte significativa delle attività o passività totali soggette alle condizioni di cui alla metodologia.

Quelli per i quali è stata richiesta o ricevuta direttamente assistenza finanziaria pubblica dal FESF o dal MES non sono considerati meno significativi.

Nonostante i commi precedenti, la BCE assolve i compiti attribuiti dal presente regolamento nei confronti dei tre enti creditizi più significativi in ciascuno Stato membro partecipante, salvo circostanze particolari».

Una disciplina, questa, che varrà anche per le banche meno significative, qualora si richieda l'intervento del Fondo di Risoluzione Unico.

Per le altre banche meno significative la gestione è affidata alle autorità nazionali di risoluzione che, comunque, si muoveranno nell'ambito delle idee guida determinate dal Comitato di risoluzione unico.

²³²⁷ Secondo quanto dispone l'art. 37, capo IV, sezione 1 della BRRD gli altri strumenti di risoluzione sono: a) strumento per la vendita dell'attività di impresa; b) strumento dell'ente ponte; c) strumento della separazione delle attività.

²³²⁸ Secondo quanto dispone l'art. 43 della BRRD, il *bail in* può essere applicato per uno dei seguenti fini: «a) ricapitalizzare un ente o un'entità di cui all'articolo 1, paragrafo 1, lettera b), c) o d), della presente direttiva che soddisfi le condizioni per la risoluzione in misura sufficiente a ripristinarne la capacità di rispettare le condizioni di autorizzazione [...] e di continuare a svolgere le attività per le quali è autorizzato ai sensi della direttiva 2013/36/UE o della direttiva 2014/65/UE [...] e mantenere nel mercato una fiducia sufficiente nei confronti dell'ente o dell'entità;

b) convertire in capitale o svalutare il valore nominale dei crediti o dei titoli di debito ceduti:

i) a un ente-ponte al fine di fornirgli capitale; oppure

ii) nell'ambito dello strumento per la vendita dell'attività d'impresa o dello strumento della separazione delle attività».

²³²⁹ M. ATRIPALDI, *La tutela del risparmio popolare nell'ordinamento italiano*, cit., p. 200 ss.

I dati fin qui esposti vanno incrementati al fine di dare una risposta alla eventuale incostituzionalità dello strumento del *bail in*, una indicazione che è emersa nel dibattito del Convegno.

A tal fine va chiarito quale è il corretto rapporto tra norme comunitarie e norme costituzionali, per definire se e in che misura sussista il principio della prevalenza delle norme dell'Unione e quale è il meccanismo di tutela giurisdizionale chiamato a gestire questo rapporto²³³⁰.

Una risposta a queste domande è offerta sia pure in termini problematici dalla giurisprudenza della Corte costituzionale italiana. Si deve innanzitutto evidenziare che la Corte di giustizia europea già nelle prime sentenze aveva sostenuto la piena supremazia del Diritto comunitario su quello nazionale dei vari Stati membri, anche quello di carattere costituzionale (sentenza 15 luglio 1964 causa 6/64 Costa contro Enel; sentenza 17 dicembre 1970 causa 11/70 *Internationale Handesgesellschaft*), mentre la nostra Corte costituzionale ha una evoluzione giurisprudenziale lunga e complessa²³³¹. Dopo una prima sentenza del 7 marzo 1964 n. 14, con la quale la Corte negava il primato del diritto comunitario sul diritto nazionale, giungeva a conclusioni opposte con la sentenza dell'8 giugno 1984 n. 170.

Comunque ai fini delle riflessioni che si stanno portando avanti è da evidenziare che la Corte costituzionale nelle sua costante giurisprudenza ha affermato l'esistenza di c.d. "controlimiti" e li ha individuati nei principi strutturali dell'assetto costituzionale, nonché nei diritti fondamentali della persona²³³². Vero è che l'esistenza della configurazione di questi "controlimiti" in rapporto alla limitazione di sovranità italiana a favore della Comunità ex art. 11 cost. è stata rilevata dalla dottrina già presente nella sentenza del 17 dicembre 1965 n. 98 e compiutamente enunciata nella sentenza del 27 dicembre 1973 n. 183.

C'è un dato che bisogna fare emergere: quanto più la giurisprudenza della Corte si avvicina alle posizioni della Corte di Lussemburgo, tanto più l'esigenza del rispetto dei "controlimiti" assume una valenza maggiore.

Ed è in questo contesto, comunque, che la Corte costituzionale ritiene che la legge di esecuzione del Trattato CE può essere sottoposta al suo sindacato per l'eventuale contrasto di disposizioni di diritto comunitario con i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale o con i diritti inalienabili della persona umana (sentenza n. 183 del 1973, sentenza n. 70 del 1984).

²³³⁰ Sul tema dei rapporti tra Corti europee e sui c.d. "controlimiti costituzionali" la letteratura è quanto mai vasta. A titolo puramente indicativo si segnalano i diversi interventi al seminario svoltosi in Roma presso il Palazzo della Consulta il 20 aprile 2007 su "Diritto comunitario e diritto interno", pubblicati ora nel volume CORTE COSTITUZIONALE, *Diritto comunitario e diritto interno*, Milano, Giuffrè editore, 2008.

Tra questi interventi v. fra gli altri V. ONIDA, *Nuove prospettive per la giurisprudenza costituzionale in tema di applicazione del diritto comunitario*, p. 47 ss.; A. PACE, *La sentenza Granital 23 anni dopo*, p. 407; A. TIZZANO, *Ancora sui rapporti tra corti europee: principi comunitari e cd controlimiti costituzionali*, p. 76 ss.; U. VILLANI, *I "controlimiti" nei rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano*, p. 493 ss. Cui adde A. CELOTTO - T. GROPPI, *Diritto UE e diritto nazionale: primauté vs controlimiti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, fasc.6, 2004, p. 1309 ss.; M. CARTABIA - L. CHIEFFI, *Commento all'art. 11 Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006, p. 287 ss. e biblio ivi cit.; M. G. PULVIRENTI, *Intangibilità del giudicato, primato del diritto comunitario e teoria dei controlimiti costituzionali*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2009, p. 341 ss. ; più recentemente vedi R. MASTROIANNI, *Supremazia del diritto dell'Unione e "controlimiti" costituzionali. Alcune riflessioni a margine del caso Taricco*, in *Diritto penale contemporaneo*, reperibile in http://www.penalecontemporaneo.it/upload/MASTROIANNI_2016a.pdf; G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, Cedam, Padova, 2013, p. 202.

²³³¹ Su questi aspetti si rinvia a U. VILLANI, *I "controlimiti" nei rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano*, cit., p. 493 ss.

²³³² Sul punto cfr. U. VILLANI, *I "controlimiti" nei rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano*, in *Diritto comunitario e diritto interno*, cit., p. 499 ss.

Ma quali sono gli spazi contemplati dai c.d. “controlimiti”? Non certamente coincidono con l'intera Costituzione. È la stessa Corte che fa riferimento a quei «principi supremi che non possono essere sovvertiti, o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi» (sentenza n. 1146 del 1988).

Al di là di queste considerazioni va rilevato che nella maggior parte delle sue decisioni la riaffermazione da parte della Corte della esistenza dei “controlimiti” è fatta in termini generali ed astratti, quasi “in via cautelativa ed a futura memoria”²³³³.

D'altra parte stante l'insindacabilità della Corte di disposizioni e atti dell'ordinamento comunitario, il suo scrutinio dovrebbe riguardare la legge di esecuzione del Trattato comunitario “nella parte in cui” consenta l'emanazione di un atto comunitario che violi i c.d. “controlimiti”.

In questo contesto bisognerebbe soprattutto dimostrare se la tutela di cui all'art. 47 cost. possa rientrare nella categoria dei c.d. “controlimiti”. In altri termini la tutela del risparmio costituisce uno di quei «principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali»?

Inoltre sul piano procedurale bisognerebbe verificare altresì le relazioni tra la eventuale istanza di costituzionalità ed il rinvio pregiudiziale prefigurato dall'art. 267 TFUE²³³⁴.

Per quanto riguarda il rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE è quanto mai opportuno fare alcune riflessioni sulla sentenza C-105/14 della Corte di Lussemburgo (Grande sezione) dell'8 settembre 2015 emessa in riferimento alla domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunale di Cuneo con Ordinanza del 17 gennaio 2014 nel procedimento penale a carico del sig. Ivo Taricco ed altri. Nel procedimento penale agli imputati veniva contestata, nel corso degli esercizi fiscali dal 2005 al 2009, la costituzione e l'organizzazione di una associazione allo scopo di commettere più delitti in materia di imposta sul valore aggiunto (IVA)²³³⁵. Nel corso del procedimento, il Tribunale di Cuneo doveva applicare alcune norme del Codice penale italiano, riguardanti fra l'altro, il regime della prescrizione²³³⁶.

In questo contesto il Tribunale è stato chiamato a determinare se le disposizioni normative presenti nell'ordinamento italiano, specificamente in tema di prescrizioni, fossero compatibili con le istanze fissate a livello europeo e che garantiscono che l'IVA, dovuta nei territori degli Stati membri, sia interamente riscossa. Una compatibilità in modo particolare con l'art. 325 TFUE che obbliga gli Stati a lottare contro le attività illecite lesive degli interessi finanziari dell'Unione²³³⁷.

²³³³ Cfr. U. VILLANI, *I “controlimiti” nei rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano*, in *Diritto comunitario e diritto interno*, cit., p. 502.

²³³⁴ Sul punto al fine di determinare la funzione e l'oggetto del rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE vedi per tutti G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, cit., p. 290 ss.

²³³⁵ Gli imputati venivano accusati di aver realizzato operazioni giuridiche fraudolente finalizzate all'acquisto di bottiglie di champagne in esenzione da IVA. Più precisamente veniva contestato il reato di cui all'art. 416, comma 1, cp del Codice penale perché avevano costituito ed organizzato una associazione allo scopo di commettere più delitti di cui agli artt. 2 e 8 del Decreto legislativo n. 74 del 2000.

²³³⁶ Specificamente l'art. 157 c.p. (Prescrizione. Tempo necessario a prescrivere), art. 158 c.p. (Decorrenza del termine della prescrizione), art. 159 c.p. (Sospensione del corso della prescrizione), art. 160 c.p. con le modifiche apportate dalla legge n. 251 del 2005 (Interruzione del corso della prescrizione), art. 161 c.p. (Effetti della sospensione e della interruzione).

²³³⁷ Il contesto normativo riguardante il diritto dell'Unione deve tener conto non solo del contenuto determinato dall'art. 325 TFUE ma anche delle indicazioni della Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee firmata a Lussemburgo il 26 luglio 1995. Alla fine del preambolo di questa Convenzione, le parti contraenti, Stati membri della Unione Europea sono convinti «che la tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee esige che ogni condotta fraudolenta che leda tali interessi debba dar luogo ad azioni penali» e «della necessità di rendere tale condotte passibili di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive, fatta salva l'applicazione di altre sanzioni in taluni casi opportuni e di prevedere, almeno nei casi gravi, delle pene privative della libertà».

Vero è che per una parte di alcuni reati la pena si era già estinta per effetto della prescrizione; per tutti gli altri reati non prescritti lo sarebbe stata qualora non fosse stata pronunciata sentenza definitiva nei confronti degli imputati. In altri termini il Tribunale, sulla base delle date dei reati consumati, prevedeva che tutti gli altri reati si sarebbero prescritti al più tardi nell' 8.2.2018, con la conseguenza che gli imputati, accusati di avere commesso una frode, avrebbero potuto ottenere una impunità di fatto dovuta alla scadenza del termine di prescrizione.

Sulla base di queste considerazioni il giudice del rinvio ha ritenuto che le disposizioni italiane autorizzano indirettamente una concorrenza sleale da parte di alcuni operatori economici esistenti in Italia rispetto ad imprese con sede in altri Stati, violando gli artt. 101, 107 e 119 TFUE nonché l'art. 158 della direttiva 2006/112/CE del Consiglio del 28 novembre 2006, relativa al sistema comune di imposta sul valore aggiunto²³³⁸. Ne consegue che se non fosse consentito al giudice del rinvio disapplicare la normativa determinata dall'ordinamento italiano, l'applicazione effettiva del diritto dell'Unione non sarebbe garantita.

La Corte, dopo aver confermato che secondo l'art. 325 TFUE gli Stati membri sono tenuti a lottare contro le attività illecite lesive degli interessi finanziari dell'Unione utilizzando misure dissuasive ed effettive, afferma che «[i]l giudice nazionale è quindi tenuto a verificare, alla luce di tutte le circostanze di diritto e di fatto rilevanti, se le disposizioni nazionali applicabili consentono di sanzionare in modo effettivo e dissuasivo i casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione»²³³⁹.

Ne consegue che «[q]ualora il giudice nazionale giungesse alla conclusione che le disposizioni nazionali [...] non soddisfano gli obblighi del diritto dell'Unione, relativi al carattere effettivo e dissuasivo delle misure contro le frodi all'IVA, [...] sarebbe tenuto a garantire la piena efficacia del diritto dell'Unione disapplicando [...] tali disposizioni...»²³⁴⁰.

Peraltro, secondo la Corte, «se il giudice nazionale dovesse decidere di disapplicare le disposizioni nazionali di cui trattasi, egli dovrà allo stesso tempo assicurarsi che i diritti fondamentali degli interessati siano rispettati»²³⁴¹.

Sulla base di queste considerazioni la Corte (Grande sezione) dichiarava «1) Una normativa nazionale in materia di prescrizione del reato come quella stabilita dal combinato disposto

²³³⁸ Le questioni pregiudiziali sono state così sottoposte alla Corte di Lussemburgo:

«1. [S]e, modificando con legge n. 251 del 2005 l'art. 160 ultimo comma del codice penale italiano – nella parte in cui contempla un prolungamento del termine di prescrizione di appena un quarto a seguito di interruzioni, e, quindi, consentendo la prescrizione dei reati nonostante il tempestivo esercizio dell'azione penale, con conseguente impunità – sia stata infranta la norma a tutela della concorrenza contenuta nell'art. 101 del TFUE;

2. Se, modificando con legge n. 251 del 2005 l'art. 160 ultimo comma del codice penale italiano – nella parte in cui contempla un prolungamento del termine di prescrizione di appena un quarto a seguito di interruzione, e quindi, privando di conseguenze penali i reati commessi da operatori economici senza scrupoli – lo Stato italiano abbia introdotto una forma di aiuto vietata dall'art. 107 del TFUE;

3. Se, modificando con legge n. 251 del 2005 l'art. 160 ultimo comma del codice penale italiano – nella parte in cui contempla un prolungamento del termine di prescrizione di appena un quarto a seguito di interruzione, e quindi, creando un'ipotesi di impunità per coloro che strumentalizzano la direttiva comunitaria - lo Stato italiano abbia indebitamente aggiunto una esenzione ulteriore rispetto a quelle tassativamente contemplate dall'art. 158 della direttiva 2006 /112/CE;

4. Se, modificando con legge n. 251 del 2005 l'art. 160 ultimo comma del codice penale italiano – nella parte in cui contempla un prolungamento del termine di prescrizione di appena un quarto a seguito di interruzione e, quindi, rinunciando a punire condotte che privano lo Stato delle risorse necessarie anche a far fronte agli obblighi verso l'Unione Europea, sia stato violato il principio di finanze sane fissato dall'art. 119 del TFUE ».

²³³⁹ Cfr. il punto 44 della sentenza C-105/14.

²³⁴⁰ Cfr. il punto 49 della sentenza C-105/14.

²³⁴¹ Cfr. il punto 53 della sentenza C-105/14.

dell'articolo 160, ultimo comma, del codice penale, come modificato dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251, e dell'articolo 161 di tale codice – normativa che prevedeva, all'epoca dei fatti di cui al procedimento principale, che l'atto interruttivo verificatosi nell'ambito di procedimenti penali riguardanti frodi gravi in materia di imposta sul valore aggiunto comportasse il prolungamento del termine di prescrizione di solo un quarto della sua durata iniziale – è idonea a pregiudicare gli obblighi imposti agli Stati membri dall'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE nell'ipotesi in cui detta normativa nazionale impedisca di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea, o in cui preveda, per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea, circostanze che spetta al giudice nazionale verificare. Il giudice nazionale è tenuto a dare piena efficacia all'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE disapplicando, all'occorrenza, le disposizioni nazionali che abbiano per effetto di impedire allo Stato membro interessato di rispettare gli obblighi impostigli dall'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE.

2) Un regime della prescrizione applicabile a reati commessi in materia di imposta sul valore aggiunto, come quello previsto dal combinato disposto dell'articolo 160, ultimo comma, del codice penale, come modificato dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251, e dell'articolo 161 di tale codice, non può essere valutato alla luce degli articoli 101 TFUE, 107 TFUE e 119 TFUE»²³⁴².

Successivamente la Corte di Appello di Milano con Ordinanza del 18 settembre 2015²³⁴³ e la Corte di Cassazione, III sezione penale con Ordinanza del 30 marzo 2016 (dep. 8 luglio 2016) n. 28346, hanno investito la Corte costituzionale della questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 della legge 2 agosto 2008 n. 130 (ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione e alcuni atti connessi, con atto finale, protocolli e dichiarazioni, fatto a Lisbona il 13 dicembre 1007), nella parte in cui autorizza la ratifica e rende esecutivo l'art. 325, paragrafo 1 e 2 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), come interpretato dalla sentenza della Corte di Giustizia della Unione Europea (Grande sezione) dell'8 settembre 2015 nella causa C-105/14, riferibile a Taricco ed altri.

La Corte di Appello di Milano e la Corte di Cassazione ritengono che qualora si è in presenza delle condizioni indicate dall'art. 325, paragrafo 1 e 2 del TFUE, escludendo la prescrizione, si dovesse decidere nel merito, dovrebbe verificarsi se questa situazione non sia in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale italiano e con il rispetto dei diritti inalienabili della persona, con il principio di legalità in materia penale, codificati agli artt. 3, 11, 24, 25 secondo comma, 27 terzo comma, e 101 secondo comma della Costituzione.

²³⁴² La sentenza è stata ampiamente commentata. Si rinvia, fra gli altri, a M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016; E. LUPO, *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale (Riflessioni sulla sentenza Taricco)*, in *Dir. pen. cont.*, 29 febbraio 2016; C. PAONESSA, L. ZILLETTI, *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell'Unione Europea: a proposito della sentenza della Corte di Giustizia Taricco*, Pacini Editore, Pisa, 2016; cui adde i contributi degli *Atti del Convegno "aspettando la Corte costituzionale. Il caso Taricco e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo"*: C. CUPELLI, *Il caso Taricco e l'alibi della natura processuale della prescrizione*; L. DANIELE, *La sentenza "Taricco" di fronte alla Corte costituzionale: come deciderà la Consulta?*; E. GALLUCCI, *La difficile composizione tra i dicta della Corte di Lussemburgo e i principi fondamentali in materia penale*; M. GAMBARDELLA, *Il "caso Taricco": obblighi di disapplicazione in malam partem e compatibilità con i principi costituzionali della riserva di legge e di irretroattività*; F. S. MARINI, *Il caso Taricco fra riserva di legge, sovranità e materia penale*; G. RICCARDI, *Obblighi di disapplicazione in malam partem di fonte euro unitaria tra limiti di attribuzione 'internazionale' e controlimiti 'costituzionali'*, in *Rivista AIC*.

²³⁴³ Cfr. F. VIGANÒ, *Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE: La Corte d'Appello di Milano sollecita la Corte costituzionale ad azionare i "controlimiti"*, in *Diritto Penale contemporaneo*, 21 gennaio 2015

Sostanzialmente i giudici rimettenti chiedevano alla Corte di impedire che l'applicazione dell'art. 325 TFUE comporti l'ingresso nel nostro ordinamento di una regola contraria al principio di legalità.

Si è quindi in attesa della decisione della Corte costituzionale.

Nel contempo, ai fini della tutela costituzionale del risparmio popolare, andrebbe anche verificata la possibilità o meno della utilizzazione della tecnica del “*gold plating*”, sia pur nei limiti consentiti non solo dalla direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri del 16 gennaio 2013²³⁴⁴.

6. Una valutazione conclusiva

I diversi interventi della giornata di studi da una parte hanno confermato la linea interpretativa già evidenziata nel volume presentato, dall'altra hanno rilevato spunti per cogliere le carenze dell'attuale assetto istituzionale a svolgere un ruolo per la piena attuazione delle indicazioni fornite dalla normativa costituzionale. Ed è in questo contesto che anche nel dibattito è emersa l'esigenza di considerare l'art. 47 cost. dentro l'impianto della costituzione economica espresso dalla Carta costituzionale del '48. Ne consegue la corretta identificazione del ruolo affidato al risparmio popolare per l'attuazione di politiche tese a realizzare le istanze fatte proprie dalla Carta costituzionale.

Tutto ciò con la consapevolezza che diverse di queste istanze fanno parte di quel programma prospettato dalla Carta, il cui nucleo fondamentale è espresso dal secondo comma dell'art. 3 cost. nel quale la dottrina individua i connotati del modello di società prefigurata che non può essere considerato esclusivamente come un ideale o una speranza. Come si è correttamente evidenziato l'iniquità che costituisce uno degli elementi negativi nella gestione della economia dell'oggi, richiede un decisivo ruolo dello Stato. Nel nostro ordinamento è la Costituzione “che chiama lo Stato ad una azione perequatrice delle opportunità, dei redditi, delle garanzie economiche...”. La mancata realizzazione di queste istanze contrasterebbe con lo spirito e la lettera della Carta costituzionale²³⁴⁵.

Per raggiungere questo obiettivo la Carta individua una serie di strumenti: i principi, le norme programmatiche, le norme antifibologiche e, soprattutto, i concetti indeterminati che agiscono come *Ventilbegriffe* in quanto consentono all'ordinamento di recepire le istanze che emergono nella società.

In questo contesto alcune relazioni hanno consentito di soffermarsi su quel concetto di elasticità della Costituzione elaborato nella dottrina italiana da Luigi Rossi²³⁴⁶ e sul quale la cultura costituzionalistica ha offerto significativi contributi²³⁴⁷.

Un insieme di riflessioni che hanno certamente condizionato il dibattito ponendo nel contempo l'esigenza di verificare in che senso l'interpretazione del secondo comma 47 cost.

²³⁴⁴ Sul punto si rinvia alle riflessioni e alla bibliografia citata in M. ATRIPALDI, *La tutela del risparmio popolare nell'ordinamento italiano*, cit., p. 200 cui *adde* E. OJETTI, *Il controllo parlamentare sul gold plating. L'esperienza italiana nel quadro europeo*, in <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2016/02/ojetti.pdf>.

²³⁴⁵ Così P. CIOCCA, *Ai confini dell'economia, Elogio della interdisciplinarietà*, cit., p. 89 ss. secondo il quale la disciplina del rapporto di lavoro, la funzione redistributrice del bilancio pubblico, la identificazione del ruolo della istruzione, il riconoscimento del diritto della salute, la sicurezza sociale costituiscono istanze che non possono essere tradite.

²³⁴⁶ Cfr. L. ROSSI, *La “elasticità” dello statuto italiano*, in *Studi in onore di Santi Romano*, Cedam, Padova, 1940, I, p. 27 ss.

²³⁴⁷ Vedi fra tutti F. LANCHESTER, *La Costituzione tra elasticità e rottura*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 5 ss.

contribuisca a configurare il passaggio da una concezione strutturale ad una concezione struttural-funzionalistica dell'ordinamento.

Ecco quindi emergere l'esigenza di sollecitare i poteri pubblici a sostenere ed ampliare le politiche destinate a favorire le forme di risparmio finalizzato, per contribuire a rendere vivo il processo di trasformazione socio-istituzionale prospettato dalla Carta costituzionale del '48.

Un ordinamento che non tuteli il risparmio e non favorisca il suo investimento verso finalità socialmente rilevanti non contribuisce a rendere effettivi i principi e i diritti costituzionalmente sanciti.

È questo il messaggio che anche Piero Calamandrei, padre costituente, ci ha lasciato nel discorso sulla Costituzione tenuto il 26 gennaio 1955 nel salone degli affreschi della Società umanitaria di Milano.

« [...] Nella nostra Costituzione c'è un articolo che è il più importante, il più importante di tutta la Costituzione, il più impegnativo...» ed è quell'articolo che imputa alla Repubblica il compito di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscono lo sviluppo della persona umana. Soltanto quando si sarà realizzato «questo progresso continuo di tutta la società» la nostra Repubblica potrà essere chiamata fondata sul lavoro e potrà essere considerata democratica. «[P]erché una democrazia in cui non ci sia [...] uguaglianza di fatto, in cui ci sia soltanto una uguaglianza di diritto, è una democrazia puramente formale, non è una democrazia in cui tutti i cittadini veramente siano messi in grado di concorrere alla vita della società di portare il loro migliore contributo, in cui tutte le forze spirituali di tutti i cittadini siano messe a contribuire a questo cammino...»²³⁴⁸.

²³⁴⁸ Così il discorso di Piero Calamandrei, in *La costituente e la democrazia italiana*, Vallecchi editore, Firenze, 1969, p. 119 ss.

Iscrizione ai partiti politici, elettorato passivo e regime delle ineleggibilità per i magistrati nel (poco democratico) sistema dei partiti*

di Valeria De Santis**

SOMMARIO 1. Introduzione: il quadro sovranazionale della lotta alla corruzione del Consiglio d'Europa nella cornice della Convenzione europea dei diritti dell'uomo - 2. La (possibile) limitazione del diritto dei magistrati di iscrizione ai partiti politici. *Ratio* e brevi indicazioni sulla genesi della disposizione costituzionale - 2.1. Segue: L'imparzialità e la sua "apparenza" come garanzia di tutela dei diritti dei cittadini - 3. Democraticità dell'organizzazione interna dei partiti e utilità della limitazione di iscrizione dei magistrati ai partiti politici - 4. La partecipazione sistematica e continuativa a partiti politici - 5. L'elezione dei magistrati in Parlamento: assolutezza del diritto all'elettorato passivo e disciplina dell'ineleggibilità - 5.1. L'adeguatezza della disciplina dell'ineleggibilità e prospettive di riforma - 5.2. Ineleggibilità del magistrato nei casi di scioglimento anticipato ed elezioni suppletive - 6. L'elezione dei magistrati a livello regionale e locale e l'attribuzione degli incarichi esterni - 7. La questione del ricollocamento: magistrati non eletti, eletti e designati - 8. Brevi considerazioni finali

1. Introduzione: il quadro sovranazionale della lotta alla corruzione del Consiglio d'Europa nella cornice della Convenzione europea dei diritti dell'uomo

La questione della regolazione delle attività politiche svolte dai magistrati tocca diversi aspetti che spaziano dal diritto di partecipazione politica dei magistrati, ai limiti all'elettorato passivo per l'elezione ai vari livelli di governo, attraversando il tema della separazione dei poteri. Non esiste in materia una disciplina unitaria e le questioni dei limiti all'elettorato passivo dei magistrati, delle incompatibilità e del rientro nell'esercizio delle funzioni giudiziarie vanno ricostruite prendendo in considerazione diverse disposizioni costituzionali, legislative, secondarie, fino alle decisioni della sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura (di seguito CSM).

Le incoerenze del sistema italiano, di seguito illustrate, sono evidenti ed anche nella dimensione sovranazionale, in particolare nell'ambito del Consiglio d'Europa, vengono percepite come un elemento di arretramento e di rischio. Serie preoccupazioni per l'assenza di una disciplina organica dell'attività politica dei magistrati sono emerse, in particolare, nel recente Rapporto di valutazione sull'Italia adottato dal GRECO, il Gruppo di Stati contro la corruzione²³⁴⁹, durante il IV Ciclo di valutazione sulla prevenzione della corruzione dei

* Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

** Professore aggregato di Istituzioni di Diritto pubblico, Università degli studi Parthenope di Napoli.

²³⁴⁹ Il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, con due Risoluzioni (98) 7 e (99) 5, adottate rispettivamente il 5 maggio 1998 e il 1 maggio 1999, ha istituito il GRECO (*Groupe d'États contre la corruption*) che svolge funzioni di controllo contro la corruzione nell'ambito del Consiglio d'Europa. Secondo il proprio Statuto il GRECO è istituito con l'obiettivo di «migliorare la capacità degli Stati membri nella lotta contro la corruzione assicurando l'attuazione dei loro impegni in questo settore, attraverso un processo dinamico di mutua valutazione e pressione reciproca» (art. 1). Il GRECO realizza un controllo di tipo non giurisdizionale volto a seguire, attraverso un processo di valutazione e di pressioni reciproche, l'applicazione delle indicazioni e dei principi per la lotta alla corruzione. Ogni Stato membro del GRECO designa una delegazione composta da due rappresentanti, il GRECO elegge dunque al proprio interno il Presidente, il Vice-presidente e l'Ufficio di Presidenza che hanno importanti funzioni concernenti l'organizzazione delle procedure di valutazione. Possono essere membri del GRECO non solo gli Stati che fanno parte del Consiglio d'Europa ma anche quelli che prendono parte agli accordi parziali allargati,

parlamentari, dei giudici e dei pubblici ministeri. A conclusione della propria attività di monitoraggio della situazione italiana - nella 73^a riunione plenaria²³⁵⁰ - il gruppo di valutazione GRECO ha ribadito che deve essere consentito ai magistrati, in quanto cittadini, di partecipare alla vita politica e sociale del Paese, ma ha evidenziato l'assenza di equilibrio tra il diritto di partecipazione e la necessità di garantire la reale indipendenza ed imparzialità di chi esercita la funzione giudiziaria.

I magistrati, osserva il gruppo di valutazione del GRECO, dovrebbero astenersi dallo svolgere attività politica pubblica e la disciplina nazionale dovrebbe delimitare in modo netto l'esercizio delle attività politiche dall'esercizio delle proprie funzioni, così da garantire non solo la reale indipendenza dei magistrati, ma anche che essi siano percepiti come tali. La mancanza di una disciplina unitaria determina numerose incoerenze che si riflettono sull'effettiva separazione tra i poteri.

Il gruppo di valutazione del GRECO sofferma la propria attenzione su due fattori: l'assenza di disposizioni che impongano ai magistrati di prendere l'aspettativa per essere eletti o nominati negli organi di governo locali e la mancata disciplina del rientro dei magistrati, dopo la cessazione dell'incarico politico. A parte, dunque, la necessità di una disciplina organica che circoscriva l'esercizio delle funzioni e degli incarichi politici separandoli in modo rigoroso, il gruppo di valutazione del GRECO evidenzia soprattutto la necessità di regolare il rientro dei magistrati per evitare che tra le due funzioni, giudiziaria e politica, esista una comunicazione continua che incide negativamente sull'imparzialità, reale e percepita, del magistrato.

Il rapporto del gruppo di valutazione del GRECO individua le incongruità del sistema italiano che saranno di seguito analizzate, ma il quadro sovranazionale va completato tenendo presente che nell'ordinamento regionale di cui l'Italia è parte, non esistono tutele specifiche in tema di diritti politici dei magistrati. L'art. 11, co. 2 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (di seguito CEDU) si limita a considerare legittime le restrizioni del diritto di associazione e di riunione stabilite dalla legge nei confronti di determinate categorie di funzionari pubblici o appartenenti alle forze dell'ordine²³⁵¹.

facendone richiesta al Segretario generale del Consiglio. Gli Stati che invece ratificano la Convenzione penale e la Convenzione civile contro la corruzione (adottate a Strasburgo nel 1999) e che accettano di essere sottoposti alle procedure di valutazione entrano a far parte automaticamente del GRECO. Le procedure di valutazione del GRECO sono effettuate Paese per Paese e sono divise in cicli durante i quali il gruppo di valutazione raccoglie informazioni tramite questionari, visite, incontri con le autorità pubbliche e i gruppi locali anti-corruzione. Alla fine di questa fase viene redatta una relazione, esaminata e approvata dal GRECO, che contiene raccomandazioni rivolte allo Stato valutato, al fine di migliorare la propria legislazione e la prassi nella lotta alla corruzione. Successivamente, in una procedura separata di conformità, il GRECO valuta le misure adottate per attuare le raccomandazioni in quanto le procedure di monitoraggio sono volte anche alla condivisione e alla diffusione delle migliori pratiche adottate per la lotta alla corruzione. Sul funzionamento del GRECO, in part.: G. RAIMONDI, *Il Consiglio d'Europa e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, Ed. scientifica, 2005, 64 e ss.; S. BONFIGLI, *La dimensione sovranazionale dell'etica pubblica*, in F. MERLONI, R. CAVALLO PERIN (a cura di), *Al servizio della Nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*, Milano, Franco Angeli, 2009, 398 e ss. Sul primo rapporto sull'Italia del 2012 si vedano inoltre: E. DOLCINI, *Appunti su corruzione e legge anti-corruzione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, 527 e ss.; F. DI MASCIO, *Una relazione della Commissione europea sulle politiche anti-corruzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 548 e ss. In part. per l'influenza del primo rapporto del GRECO sulla disciplina dei partiti, realizzata dal legislatore italiano tra il 2012-2015, cfr. R. CALVANO, *Dalla crisi dei partiti alla loro riforma senza fermarsi...voyage au bout de la nuit?*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2015, 178-180.

²³⁵⁰ Strasburgo, 17-21 ottobre 2016.

²³⁵¹ In altre convenzioni internazionali e regionali - come il Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 (artt. 20-21); la Carta sociale europea adottata dal Consiglio d'Europa del 1961 (artt. 5-6); la Convenzione americana sui diritti dell'uomo del 1969 (artt. 16, co. 3) - le limitazioni sono circoscritte ai militari e agli appartenenti alle forze dell'ordine. La maggiore estensione della Carta EDU ha condizionato lo sviluppo della giurisprudenza dalla Corte EDU, sul punto P. RIDOLA, *Art. 11. Liberà di riunioni e associazione*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la*

In termini generali, la possibilità di porre limiti all'elettorato attivo e passivo non è prevista esplicitamente dalla Convenzione, ma la Corte di Strasburgo la ricava dall'art. 3 del Protocollo 1 (di seguito P-1) che impegna le Alte Parti contraenti a garantire elezioni libere in modo da assicurare la libera espressione dell'opinione da parte del corpo elettorale. La disposizione, adottata nel 1952, si limita ad individuare il nucleo essenziale del sistema di democrazia rappresentativa, ovvero, la garanzia del voto uguale libero e segreto, finalizzato ad assicurare «la libera espressione del popolo sulla scelta del corpo legislativo». Solo in via interpretativa, la Commissione prima e la Corte poi hanno sviluppato il profilo soggettivo dell'art. 3, P-1, ritenendo immediatamente tutelabili i diritti fondamentali di votare e di essere eletti²³⁵².

Sono comunque gli Stati a dover stabilire le condizioni e i limiti di esercizio dei diritti politici, in quanto la materia costituisce oggetto di scelte riservate agli ordinamenti nazionali. Anche la legittimità delle condizioni e dei requisiti necessari per l'esercizio dei diritti politici va valutata in relazione allo scopo perseguito dallo Stato, pur nel rispetto dei principi di legalità, necessità, non discriminazione e proporzionalità²³⁵³.

Per quanto riguarda i soggetti che svolgono funzioni pubbliche, la Corte EDU afferma che l'art. 3, P-1 non preclude limitazioni dell'elettorato passivo, sottoponibile da parte degli Stati a determinate condizioni per raggiungere obiettivi legittimi e proporzionati. Il diritto dei singoli a candidarsi può dunque essere limitato se è prevalente l'interesse generale a che non partecipino soggetti in grado di coartare la libera espressione della volontà del corpo elettorale, oppure, se l'esercizio delle funzioni pubbliche sia oggettivamente incompatibile con il mandato politico. Le restrizioni devono essere caratterizzate da prevedibilità e sono soggette sempre a stretta interpretazione²³⁵⁴. Infatti la Corte EDU considera convenzionalmente illegittima la disciplina nazionale che ritiene inleggibili categorie ampie e imprecise; la disciplina nazionale può restringere i diritti elettorali solo di chi appartiene a categorie determinate, valutando attentamente se il coinvolgimento politico costituisca, nel caso specifico, un possibile pericolo per l'ordine democratico²³⁵⁵.

Più precisamente la Corte EDU ha considerato legittima e proporzionata la disciplina della Costituzione greca che, con disposizioni estremamente dettagliate, vieta la candidabilità e

tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, Padova, Cedam, 2001, 353; A. GUAZZAROTTI, *Art. 11*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo*, Padova, Cedam, 2012, 448; V. COUSSIRAT-COUSTERE, *Art. 11*, § 2, in L.-E. PETTITI, E. DECAUX, P.-H. IMBERT (a cura di), *La Convention européenne des droits de l'homme*, Parigi, Economica, 1995, 432-433.

²³⁵² Commissione EDU, *W, X, Y e Z v. Belgium*, 1975; Corte EDU, *Mathieu-Mobin e Clerfayot v. Belgium*, 2.3.1987.

²³⁵³ M. STARITA, *Il 'diritto al voto' secondo la Corte comunitaria e secondo la Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2007, 530; L. TRUCCO, *La democrazia elettorale tra margine di apprezzamento degli stati e tutela dei diritti individuali*, in M. CARTABIA (a cura di), *Dieci casi sui diritti in Europa*, Bologna, Il Mulino, 2011, 244 e ss.; F. SGRÒ, *Garanzie e preclusioni nei processi di riforma del sistema elettorale italiano*, in *Rass. parlam.*, 2013, in part., 35 e ss. Le limitazioni non devono essere tali da incidere sul contenuto essenziale del diritto, il loro scopo deve essere legittimo e, infine, si deve trattare di misure proporzionate, Corte EDU, *Mathieu-Mobin and Clerfayot c. Belgio*, cit., § 52-54; Corte EDU, GC, *Yumak e Sadak c. Turchia*, 8.7.2008, § 65; Corte EDU, GC, *Hirst c. Regno Unito*, 6.10.2005, § 62; Corte EDU, *Aziz c. Cipro*, 22.9.2004, §§ 28-30, da ultimo, Corte EDU, *Oran c. Turchia*, 8.9.2014, §§ 49-53.

²³⁵⁴ Corte EDU, *Communist Party of Russia e altri c. Russia*, 19.6.2012; *Georgian Labour Party c. Georgia*, 8.10.2008.

²³⁵⁵ Nella pronuncia della Corte EDU, *Seyidzade c. Azerbaijan*, 3.12.2009, in part. § 30 e ss., sebbene in merito ad una diversa ipotesi di incompatibilità, non riguardante magistrati e funzionari, la Corte EDU ha ravvisato una violazione dell'art. 3 P-1 della disciplina contenuta nella Costituzione dell'Azerbaijan che nega l'elettorato passivo per l'elezione al Parlamento ai ministri di culto. La genericità della disciplina che non distingue tra una attività religiosa professionale e il semplice esercizio di attività religiosa rende la disciplina non sufficientemente dettagliata e chiara per non integrare una violazione del diritto all'elettorato passivo.

l'eleggibilità di funzionari, militari e altre categorie di amministratori pubblici nelle circoscrizioni elettorali in cui abbiano svolto per almeno tre mesi le proprie funzioni nell'arco dei tre anni precedenti alle elezioni. L'incandidabilità assoluta, prevista dalla maggior parte degli ordinamenti nazionali, mira ad assicurare l'uguaglianza tra i candidati e la libertà del voto, preservando il corpo elettorale da indebite pressioni che i candidati potrebbero esercitare in considerazione della loro carica²³⁵⁶. La Corte EDU traccia inoltre la differenza tra chi già ricopre incarichi politici, che risponde politicamente del proprio operato all'elettorato e chi, invece, sia ad esempio un funzionario pubblico o un appartenente alle forze dell'ordine, ovvero, in una posizione tale da poter condizionare o alimentare il sospetto, di possibili condizionamenti del voto²³⁵⁷.

L'obiettivo di garantire l'imparzialità politica dei funzionari pubblici giustifica altresì, in base all'art. 3 P-1, l'adozione di un regolamento, previsto - ad esempio - nell'ordinamento britannico, di severa limitazione delle attività politiche di funzionari locali²³⁵⁸. Nonostante la rigidità della disciplina - osserva la Corte EDU - il diritto all'elettorato passivo, nel suo contenuto essenziale, non è messo in discussione in quanto le limitazioni operano per il solo periodo in cui vengono svolte determinate funzioni pubbliche e chi intende partecipare alla competizione elettorale può comunque dimettersi²³⁵⁹. Il sindacato della Corte EDU appare piuttosto rigido, giustificando il rispetto delle regole democratiche e quelle limitazioni dell'elettorato passivo che possono ledere libertà ed uguaglianza del voto.

Gli Stati godono in materia di un ampio margine di apprezzamento; i diritti politici non sono certamente dotati di «assolutezza» e sono sottoposti a «limiti impliciti» che consentono agli Stati di condizionarne l'esercizio²³⁶⁰. L'esperienza che deriva dalla giurisprudenza EDU evidenzia la natura, per così dire, «ibrida» dei diritti politici che determina una stretta attinenza tra la loro disciplina e le modalità di organizzazione della stessa forma di democrazia rappresentativa, ampliando - di necessità - il margine di apprezzamento statale²³⁶¹. La stabilità del sistema democratico può essere garantita solo mediante misure specifiche, volte a proteggere la

²³⁵⁶ Corte EDU, *Gítonas e altri c. Grecia*, 1.7.1997.

²³⁵⁷ Infatti, a differenza dei magistrati, per Ministri e Sindaci la disciplina greca prevede il diritto all'elettorato passivo per le elezioni politiche a condizione di dimissioni prima dell'assunzione del nuovo incarico, in part. Corte EDU, *Gítonas c. Grecia*, cit., §§ 39-44. Sul punto, C. PINELLI, *Protocollo 1 - art. 3. Diritto a libere elezioni*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., 855. Si veda anche C. MORRIS, *Parliamentary Elections, Representation and the Law*, Oxford and Portland - Oregon, Hart, 2012, 37.

²³⁵⁸ Corte EDU, *Ahmed e altri c. Regno Unito*, 2.9.1998.

²³⁵⁹ Corte EDU, *Ahmed e altri c. Regno Unito*, cit., § 75.

²³⁶⁰ Corte EDU, GC, *Zdanoka c. Lettonia*, 16.3.2006, § 115 e §§ 103-106 Corte EDU, *Mathieu-Mobin and Clerfayt c. Belgio*, cit., § 52; Corte EDU, GC, *Yumak e Sadak c. Turchia*, cit., § 60; Corte EDU, GC, *Matthens c. Regno Unito*, 18.2.1999, § 63; Corte EDU, GC, *Hirst c. Regno Unito*, cit., § 61; Corte EDU, GC, *Sitaropoulos e Giakoumopoulos c. Grecia*, 15.3.2012, § 64; Corte EDU, GC, *Tanase c. Moldavia*, 27.04.2010, § 162; Corte EDU, *Py c. Francia*, 11.1.2005, § 45. Sul punto, in part., A. PECORARIO, *Il rovescio del giudizio della Grand Chambre, in tema di violazione dell'art. 3 primo protocollo e degli articoli 10 e 11 della convenzione, svela la complessità della transizione lettone*, in Archivio.rivistaaic.it, 2006; R. DICKMANN, *Rappresentanza vs governabilità. Rileggendo la sent. Corte EDU, Saccomanno vs Italia, del 13 marzo 2012, alla luce della sent. Corte cost. 1/2014*, in Forumcostituzionale.it, 29.1.2014; C. MARCHESE, *I diritti politici nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in C. BASSU, G.G. CARBONI (a cura di), *Rappresentanza e globalizzazione*, Torino, Giappichelli, 2016, 185 e ss.

²³⁶¹ M. STARITA, *Il 'diritto al voto' secondo la Corte comunitaria e secondo la Corte europea dei diritti umani*, cit., 544; GC, *Zdanoka c. Lettonia*, cit., § 115. L'espressione tra virgolette è utilizzata in riferimento al contesto statunitense, da V. D. AMAR, A. BROWNSTEIN, *The Hybrid Nature of Political Rights*, in *Stanford Law Review*, 1993, 917. Sul punto occorre precisare che con riguardo alla legislazione elettorale di contorno e alle limitazioni relative al diritto di voto la giurisprudenza EDU ha elaborato criteri che - tendenzialmente - possono ricevere applicazione uniforme, sul punto, cfr. F. R. DAU, *La Corte europea dei Diritti dell'Uomo e il diritto a elezioni libere. In merito alle pronunce Tanase c. Moldavia e Namat Aliyev c. Azerbaijan*, in Federalismi.it, n. 21/2012.

democrazia stessa, in quanto ogni sistema democratico deve essere in grado - afferma la Corte EDU - di “difendere se stesso”.

Di conseguenza le regole elettorali devono essere calibrate attentamente non solo in relazione allo scopo che si intende perseguire, ma anche in base al contesto di riferimento. La legittimità delle scelte statali inerenti alle limitazioni relative all'esercizio dei diritti elettorali va valutata alla luce dell'evoluzione storico-costituzionale e della «*democratic vision*», sviluppata da ciascun Paese²³⁶². Per questa ragione le limitazioni che risultano irragionevoli in determinati contesti possono essere ammessi in altri in considerazione della stretta attinenza della disciplina dei diritti politici rispetto al contesto storico e al grado di stabilizzazione e consolidamento delle istituzioni democratiche²³⁶³.

In considerazione di quanto osservato, per quanto in materia di diritti politici la Corte EDU sia cauta, lasciando ampio spazio alle scelte statali, la lacunosità e l'intrinseca contraddittorietà della disciplina dei diritti politici dei magistrati, rilevata dal GRECO e che di seguito verrà illustrata, non sembra conforme a Convenzione per molti aspetti. Proprio la preoccupazione espressa dal GRECO per i rischi (effettivi e potenziali) di commistione tra poteri, nonché la stretta connessione emersa nella giurisprudenza EDU tra sviluppo democratico e disciplina dei diritti elettorali, induce a domandarsi in quale misura i diritti di partecipazione politica dei magistrati possano e debbano essere limitati per essere coerenti rispetto al contesto politico-democratico esistente e a quello che si intende realizzare in base alle indicazioni costituzionali e convenzionali.

2. La (possibile) limitazione del diritto dei magistrati di iscrizione ai partiti politici. *Ratio* e brevi indicazioni sulla genesi della disposizione costituzionale

La partecipazione politica dei magistrati intercetta una pluralità di diritti e libertà evidentemente intrecciati tra loro. Per quanto possibile, i limiti all'iscrizione ai partiti, il diritto di

²³⁶² Corte EDU, *Mathieu-Mohin and Clerfayt c. Belgio*, cit., § 54; Corte EDU, *Vitrenko e altri c. Ucraina*, 16.12.2008; *Py c. Francia*, cit., § 46; Corte EDU, GC, *Zdanoka c. Lettonia*, cit., § 100 e § 115; Corte EDU, GC, *Hirst c. Regno Unito*, cit., § 61; Corte EDU, GC, *Sitaropoulos e Giakoumopoulos c. Grecia*, cit., § 66; Corte EDU, *Saccomanno e altri c. Italia*, cit., §§ 50-51; Corte EDU, GC, *Paksas c. Lituania*, 6.1.2011, § 96; Corte EDU, *Georgian Labour Party c. Georgia*, 8.10.2008, § 89. In dottrina, sulla “storicità” dei diritti politici, cfr. almeno: G. VOLPE, *Diritti politici*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, Istituto dell'Enciclopedia italiana, 1989, 1; S. SARTARELLI, *La Corte EDU e il diritto di voto dei condannati*, in *Federalismi.it, Focus on Human Rights*, n. 4/2013, 12; E. GROSSO, *La titolarità del diritto di voto*, Torino, Giappichelli, 2001, 1 e ss., in part. 2, osserva che la struttura del diritto politico «non si presta ad essere analizzata puramente in termini dogmatici» giacché se si facesse «si finirebbe per perdere di vista ciò che più ne caratterizza la natura: [...] la stretta connessione con l'evoluzione storica del sistema politico-rappresentativo». Sotto altro profilo, occorre tenere presente che in materia elettorale la specificità delle scelte statali deve essere salvaguardata anche in quanto espressione di un valore convenzionale fondamentale: il pluralismo, in tal senso, M. STARITA, *Convenzione europea dei diritti umani e problemi di costituzionalità della legge elettorale italiana*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, 695. Più ampiamente, ID., *Il 'diritto di voto' secondo la Corte comunitaria e secondo la Corte europea dei diritti umani*, cit., 507 e ss.

²³⁶³ Sul punto appare di grande interesse la giurisprudenza della Corte EDU che riguarda la transizione democratica affrontata da molti Paesi ex-comunisti. In particolare per quanto concerne l'elettorato passivo in diversi casi si è posto il problema di coloro che avevano ricoperto importanti cariche politiche e militari negli ordinamenti autoritari pre-esistenti e che si trovano, nel passaggio al nuovo ordinamento democratico, ad esercitare il proprio diritto all'elettorato passivo. In questi casi la Corte EDU tende a dare particolare rilievo al tempo trascorso e alla notorietà rispetto al ruolo svolto e ritiene particolarmente importante che l'ineleggibilità fondata sull'attività svolta nel passato regime deve essere dettagliata in modo da individuare le precise responsabilità di ciascuna persona, evitando che tali cause di ineleggibilità vengano usate solo per vendetta o con scopi punitivi; cfr.: Corte EDU, GC, *Zdanoka c. Lettonia*, 16.3.2006, § 133; *Adamsons c. Lettonia*, 24.6.2008, § 116 e ss. In dottrina, in part., V. ZAGREBELSKY, *La transizione alla democrazia dei Paesi dell'ex blocco sovietico*, in A. BALDINELLI, A. MANEGGIA (a cura di), *Processi politici nel Mediterraneo: dinamiche e prospettive*, Perugia, Morlacchi, 2009, 114, ma anche, M. STARITA, *Il 'diritto al voto' secondo la Corte comunitaria e secondo la Corte europea dei diritti umani*, cit., 525-526.

elettorato passivo e il regime delle incandidabilità vanno presi in considerazione disgiuntamente, prendendo le mosse dalle indicazioni costituzionali.

Il primo aspetto, nonché unico, sul quale la Costituzione introduce indicazioni specifiche sui diritti politici dei magistrati riguarda il divieto di iscrizione ai partiti politici che, invero, la Costituzione affronta, rimettendo al legislatore la decisione in ordine a possibili limitazioni. Il dibattito in Assemblea costituente, utile a comprendere il senso della disposizione, ha risentito di diverse e contrastanti istanze. Dopo l'esperienza autoritaria e le ingerenze politiche esercitate sui magistrati dall'esecutivo e dal regime nell'Italia statutaria e fascista, emergeva la necessità di proteggere l'indipendenza della magistratura. D'altra parte, i Costituenti avevano la diversa esigenza di aprire ogni settore dell'ordinamento repubblicano al pluralismo, nella consapevolezza che il formale divieto di iscrizione ai partiti politici non corrisponde in modo automatico e semplicistico ad una garanzia effettiva di imparzialità del giudice.

La magistratura in Carta costituzionale non è considerata un'appendice esecutiva del Governo, ma costituisce un potere radicato nella società e aperto alle sue istanze pluralistiche²³⁶⁴. L'autonomia della magistratura è tutelata limitando al minimo le ingerenze del potere esecutivo e, quindi, la subordinazione alla "sola" legge (art. 101 Cost.) rappresenta il modo per garantire la non interferenza tra il giudice e l'oggetto del proprio giudizio²³⁶⁵. Così l'indipendenza segna l'estraneità del magistrato rispetto al circuito politico rappresentativo che lega - senza soluzione di continuità - partiti, Parlamento e Governo.

Proprio perché indipendente e irriducibilmente soggetto solo alla legge, il magistrato è "politico", ovvero, parte integrante del sistema di democrazia pluralista²³⁶⁶. In tal senso la fedeltà

²³⁶⁴ L. PEPINO, *I giudici, la politica, la Costituzione*, in *Questione giustizia*, 2009, 218-219.

²³⁶⁵ S. SENESE, *Il Governo della magistratura in Italia oggi*, in P.L. ZANCHETTA (a cura di), *Governo e autogoverno della magistratura nell'Europa occidentale*, Milano, Franco Angeli, 1987, 20-21. La formulazione del co. 3 dell'art. 98 Cost. si deve ad un emendamento proposto da Clerici durante la complessa discussione in Assemblea. La Commissione, infatti, non era riuscita ad esprimere un parere univoco essendosi divisa tra i sostenitori della piena libertà di associazione partitica dei magistrati e coloro che, al contrario, ritenevano necessaria la soluzione opposta. In particolare, nella seduta antimeridiana del 5.12.1947, Clerici sottolineava che la limitazione di iscrizione del magistrato trova fondamento nella necessità di evitare l'insorgere del sospetto che le decisioni, sfavorevoli al singolo cittadino, possano essere condizionate da ragioni politiche e similmente che l'agente di pubblica sicurezza non rappresenti lo Stato, ma il partito di maggioranza al Governo. Lo «Stato» - affermava il relatore - «è superiore a tutte le maggioranze ed a tutti i Governi» e, di conseguenza, la disposizione limitatrice del diritto di iscrizione partitica per determinate categorie di funzionari pubblici è la più idonea a garantire la dignità dello Stato e la libertà dei cittadini. La posizione di Clerici fu sostenuta da Ambrosini, Bozzi, Calamandrei, Leone, Mannironi, Moro. Sui lavori in A.C., A. SAITTA, *Art. 98*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, II, Utet, Torino, 2006, 1921-1922; Sui lavori in Assemblea costituente, in part., V. ACCATTATIS, *L'iscrizione dei magistrati ai partiti politici*, in Id., *Il giudice nello Stato liberaldemocratico*, Firenze, Il Ponte ed., 2003, 64; V. CARULLO, *La Costituzione della Repubblica italiana. Illustrata con i lavori preparatori*, Bologna, Zuffi, 1950, 307-309. I lavori dell'Assemblea costituente si possono consultare sul sito della Camera dei deputati.

²³⁶⁶ G. BORRÈ, *Indipendenza e politicità della magistratura*, in P.L. ZANCHETTA (a cura di), *Governo e autogoverno della magistratura nell'Europa occidentale*, cit., p.145; C. GUARNIERI, *Magistratura e politica in Italia. Pesi senza contrappesi*, Bologna, Il Mulino, 1992, 24 e ss. Sul punto A. PIZZORUSSO, *Costituzione e sviluppo delle istituzioni in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1978, 139, sottolinea come la magistratura da corpo tecnico in posizione subordinata, si sia andata progressivamente delineando come «un potere costituzionale in posizione sovrana», consapevole del ruolo politico che la Costituzione le affida. Similmente, C. MEZZANOTTE, *Sulla nozione di indipendenza del giudice*, in B. CARAVITA (a cura di), *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, Roma-Bari, Laterza, 1998, 3 e ss. Sotto altro profilo, D. PULITANÒ, *Le istituzioni giudiziarie: dal formalismo alle politiche del diritto*, in *Democrazia e diritto*, 1982, 50-51, sottolinea come la magistratura nel fronteggiare il terrorismo e nel disvelare la questione morale è stata «un soggetto attivo nella dialettica politica del Paese». In quest'ultimo senso occorre però distinguere (con G. SILVESTRI, *Sovranità popolare e magistratura*, in L. CARLASSARE (a cura di), *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin*, Padova, Cedam, 2004, 241) tra «politicità intrinseca degli atti dei giudici» e «gli effetti politici dei processi giudiziari che non possono e non devono essere previsti e valutati». Più di recente si veda, L. VIOLANTE, *La crisi del giudice "bocca della legge" e l'emergere di nuove concezioni di ruolo giudiziario*, in C. GUARNIERI, G. INSOLERA, L. ZILLETTI (a cura di), *Anatomia del potere giudiziario. Nuove concezioni, nuove sfide*, Roma, Carocci, 2016, 15 e ss.

alla legge non è più da intendere come fedeltà del giudice-burocrate ad una determinata maggioranza (liberal-borghese), bensì come garanzia di indipendenza, nonché di apertura dinamica alle evoluzioni dell'ordinamento politico²³⁶⁷. In più sotto il profilo soggettivo, sulla spinta della liberazione dall'autoritarismo, la partecipazione politica è stata percepita come “dovere civico”, difficilmente riconducibile al solo diritto di esprimersi con il voto al momento delle elezioni²³⁶⁸.

Caduto il velo dell’“asetticità” del potere giudiziario, per garantire l'indipendenza e la trasparenza dell'operato dei magistrati si è deciso di introdurre una disposizione costituzionale che non impone alcun divieto di iscrizione ai partiti politici. Il comma 3 dell'art. 98 Cost., si limita, infatti, a stabilire che per determinate categorie, tra le quali i magistrati, la legge «può stabilire limitazioni al diritto di iscrizione ai partiti politici». La disposizione, adottata dopo un complesso e articolato dibattito, esclude il divieto, ma ammette che il legislatore possa operare in futuro scelte diverse. La Costituzione considera ammissibili le limitazioni che nell'esperienza storica e nella «verifica in concreto» delle diverse opzioni si sarebbero rese opportune²³⁶⁹, affidando al successivo sviluppo degli equilibri di potere e del rapporto tra magistratura e politica la valutazione in ordine all'opportunità di introdurre limitazioni al diritto di iscrizione.

La nascita di un nuovo ordinamento in cui il principio pluralistico costituisce un valore fondante, implicava l'accettazione della mutevolezza degli equilibri tra poteri, influenzati dall'evoluzione del contesto sociale, storico ed economico. Questo aspetto è stato ben presente al Costituente che sulla questione della partecipazione politica dei magistrati ha considerato opportuno lasciare al futuro legislatore il compito di adottare le limitazioni «più o meno ampie» che con il passare del tempo si sarebbero rese necessarie²³⁷⁰.

L'intrinseca storicità dei diritti politici, condizionati dall'evoluzione del sistema costituzionale e dal ruolo assunto dai partiti, ha indotto i Costituenti a rimettere al legislatore il compito di individuare limiti ragionevoli rispetto al contesto storico costituzionale. Similmente a quanto sarebbe emerso nella giurisprudenza EDU, si prende atto implicitamente della “relatività” dei diritti politici e del fatto che ogni democrazia deve sviluppare gli strumenti costituzionali, legislativi ed elettorali più adeguati per proteggere se stessa, per garantire l'equilibrio tra i poteri sovrani, attuando la forma di stato che l'ordinamento si è dato.

²³⁶⁷ G. BORRÈ, *Indipendenza e politicità della magistratura*, cit., 146-147. Sul passaggio dal fascismo alla democrazia, in part., L. PEPINO, *I giudici, la politica, la Costituzione*, cit., 216-217, sottolinea che in epoca liberale la magistratura, grazie alla struttura gerarchica del potere, costituiva di fatto «un'articolazione della classe politica di governo». Questa omogeneità tra magistratura e maggioranza politica ha consentito al fascismo di non intervenire e di lasciare inalterato il sistema giudiziario, in quanto la conformazione al regime avvenne in modo capillare e dall'interno. Si veda inoltre G. SILVESTRI, *I problemi della giustizia italiana fra passato e presente*, in *Diritto pubblico*, 2003, 327 e ss. in part. 331, sottolinea come la «moderata separazione dei poteri statutaria» ha ceduto ad una «identificazione del comando politico e dell'applicazione delle norme che non lasciava spazio ad una giurisdizione indipendente».

²³⁶⁸ G. BORRÈ, *Il 3° comma dell'art. 98*, in *Commentario della Costituzione* (fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso), *La pubblica amministrazione. Art. 97-98*, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. del Foro italiano, 1994, 443-444, sul punto ricorda le parole del Ministro della giustizia Arangio Ruiz che già nel 1944, quando la liberazione italiana non era ancora compiuta, rimosse il divieto che impediva al personale della magistratura e degli uffici giudiziari di fare pubblica professione di fede politica. Il guardasigilli considerava la partecipazione alla vita politica un dovere civico non limitabile al semplice atto di esercizio dell'elettorato attivo.

²³⁶⁹ S. SENESE, *Magistrati e iscrizione*, in *Quaderni giust.*, n.61/1986, 9.

²³⁷⁰ In part. Clerici, seduta antimeridiana del 5.12.1947. I lavori dell'Assemblea costituente si possono consultare sul sito della Camera dei deputati. Sul punto R. CHIEPPA, *Il divieto di attività politica dei magistrati: meglio tardi che mai (ricordi storici delle tesi dell'associazione dei magistrati)*, in *Giur. cost.*, 2009, 2584 e ss.

2.1. Segue: L'imparzialità e la sua "apparenza" come garanzia di tutela dei diritti dei cittadini

La necessità di bilanciare la libertà del magistrato quale cittadino, da una parte, e di tutelare il buon andamento della giustizia e il prestigio dell'ordine giudiziario, dall'altra, trovano composizione nella disposizione di cui all'art. 98, co. 3 Cost. che consente di subordinare il diritto di iscrizione ai partiti politici ai «valori coinvolti dallo *status* di magistrato»²³⁷¹. La possibilità di limitare il diritto di iscrizione dei magistrati legittima l'intervento legislativo limitativo che, altrimenti, sarebbe incostituzionale alla luce della norma generale sulla libertà di associazione partitica. La soluzione costituisce un'eccezione, ma al contempo appare necessitata nell'ordinamento che intenda garantire l'estraneità del magistrato rispetto a relazioni e rapporti che potrebbero mettere in dubbio la correttezza delle sue decisioni²³⁷².

La formulazione è aperta, non implica necessariamente l'adozione di un semplice divieto e lascia al legislatore la possibilità di regolare variamente l'iscrizione ai partiti politici per i magistrati e gli appartenenti alle forze dell'ordine. Il legislatore potrebbe introdurre, ad esempio, il divieto di accesso alle cariche direttive del partito²³⁷³, oppure, potrebbe imporre solo l'obbligo di rendere pubblica l'appartenenza partitica, come una forma di assunzione di responsabilità, volta ad evitare condizionamenti occulti, ancora più difficili da dimostrare²³⁷⁴.

Sembra peraltro che il legislatore non si possa limitare semplicemente ad escludere l'atto "formale" dell'iscrizione, in quanto i condizionamenti possono comunque essere realizzati in modo indiretto a prescindere dall'iscrizione partitica²³⁷⁵, tanto è vero che il legislatore - come si vedrà di seguito (al § 4.) - non si limita a porre il divieto di iscrizione, ma considera illecito disciplinare anche la partecipazione sistematica e continuativa all'attività di partito.

Il legislatore non può sopprimere i diritti di partecipazione politica del magistrato, ma è legittimato ad introdurre il divieto di iscrizione *tout court*²³⁷⁶ ed ha provveduto in questo senso solo con il d.lgs. n. 109 del 2006 che qualifica l'iscrizione dei magistrati come illecito disciplinare (art. 3, co. 1, lett. *h*). Prima di questo intervento era da tempo diffusa l'opinione della necessità della preclusione, tanto più che il codice etico dei magistrati includeva - all'art. 8 - tra i doveri del magistrato quello di «evitare qualsiasi coinvolgimento in centri di potere partitici o affaristici». Peraltro il legislatore aveva previsto il divieto per i giudici di pace (art. 8, lett. *c*), l. n. 374 del 1991) e per i giudici aggregati alle Sezioni Stralcio dei Tribunali civili per i quali aveva previsto un'ipotesi di incompatibilità per coloro che ricoprissero o avessero ricoperto nell'anno (o nel triennio)

²³⁷¹ N. ZANON, F. BIONDI, *Diritto costituzionale dell'ordine giudiziario*, Milano, Giuffrè, 2002, 48-49.

²³⁷² A. D'ALOIA, *Questioni in tema di responsabilità dei magistrati*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti, Annuario 2004, Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*, Padova, Cedam, 2008, 340-341. Sul punto ricorda la sent. n. 172 del 1982, punto n. 4 del considerato in diritto.

²³⁷³ A. CERRI, *Sindacati, associazioni politiche, partiti*, in *Giur. cost.*, 1966, 1913.

²³⁷⁴ S. SENESE, *Magistrati e iscrizione*, cit., 13; N. PIGNATELLI, *Il divieto di iscrizione dei magistrati ai partiti politici: un "cavallo di Troia"*, in AA.VV., *Scritti dei dottorandi in onore di Alessandro Pizzorusso*, Torino, Giappichelli, 2005, 344-345; F. DAL CANTO, *La responsabilità del magistrato nell'ordinamento italiano*, in *Archivio.rivistaaic.it*, 2007, 10 e ss.; G. BORRÈ, *Il 3° comma dell'art. 98*, cit., 443.

²³⁷⁵ In tal senso, almeno: A. CERRI, *Sindacati, associazioni politiche, partiti*, cit., 1919; G. ZAGREBELSKY, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, in AA.VV., *Scritti in onore di Costantino Mortati. Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, IV, *Le garanzie giurisdizionali e non giurisdizionali del diritto obiettivo*, Milano, Giuffrè, 1977, 866; L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, Padova, Cedam, 1974, 108.

²³⁷⁶ I. NICOTRA, *Riforma dell'ordinamento giudiziario: diritto di associazione e libertà di opinione dei magistrati*, in *Quad. cost.*, 2004, 131.

precedente alla nomina incarichi direttivi o esecutivi in partiti politici (art. 2, co. 8, lett. d) l.n. 276 del 1997).

L'iscrizione e l'assunzione di cariche politiche all'interno del partito sono dunque sanzionate come illecito disciplinare in quanto - secondo il giudice disciplinare, confermato dalla Corte costituzionale con la nota sent. n. 224 del 2009 - vulnerano l'indipendenza del magistrato che deve essere salvaguardata, quale valore primario della Costituzione.

La preclusione opera anche quando il magistrato non eserciti temporaneamente le funzioni giudiziarie, ma sia collocato fuori ruolo per l'espletamento di un compito tecnico²³⁷⁷. Tuttavia il divieto non opera qualora il magistrato sia posto fuori ruolo proprio per ricoprire un incarico politico, in quanto l'esercizio dell'elettorato passivo scrimina l'iscrizione e la partecipazione sistematica all'attività di partito²³⁷⁸. Peraltro, dopo lo svolgimento dell'incarico politico, con il ricollocamento del magistrato in ruolo, il divieto di iscrizione si ri-espande, riproponendo il rischio di appannare, anche sotto il profilo dell'immagine, l'indipendenza e l'imparzialità del magistrato, tornato alla funzione giudiziaria.

In ogni caso, lasciando al prosieguo qualche ulteriore considerazione sul ricollocamento dei magistrati (§ 7.), la *ratio* del sacrificio imposto ai magistrati, ribadita chiaramente dalla Corte costituzionale nella nota sent. n. 224 del 2009, consiste nel garantire l'estraneità del magistrato rispetto agli interessi perseguiti dai partiti. Nell'esercizio delle funzioni giudiziarie - ma anche quando il magistrato sia fuori ruolo per l'esercizio di funzioni tecniche - il cittadino deve essere rassicurato che le decisioni del magistrato non siano in qualche modo condizionate dalla volontà di far prevalere una determinata parte.

Nel bilanciamento con i principi di indipendenza e terzietà, il diritto di iscrizione partitica del magistrato può essere compresso non con il fine di "neutralizzare" la magistratura, ma per salvaguardare l'apparenza di estraneità che può far sorgere anche solo il sospetto di una decisione di parte²³⁷⁹. Il magistrato non solo deve comportarsi in modo imparziale, ma deve apparire tale, costituendo l'imparzialità «la principale garanzia dei diritti dei cittadini»²³⁸⁰.

Nello stesso senso, il giudice EDU sottolinea che il magistrato non deve solo essere imparziale in termini oggettivi, ma deve altresì apparire imparziale, anche nello svolgimento di funzioni non direttamente connesse all'esercizio delle funzioni giurisdizionali²³⁸¹. Così il diritto fondamentale dei magistrati di manifestare il pensiero, direttamente collegato con l'esercizio dei diritti politici,

²³⁷⁷ CSM, sent. 28.5.2008, n. 53; CSM, sent. 21.12.2001, n. 166; Corte cost. sent. n. 224 del 2009, punto n. 2 del considerato in diritto.

²³⁷⁸ S. DE NARDI, *L'art. 98, terzo comma, Cost. riconosce al legislatore la facoltà non solo di "limitare" bensì di "vietare" l'iscrizione dei magistrati a partiti politici (anche se sono collocati fuori ruolo per svolgere un compito tecnico)*, in *Giur. cost.*, 2009, 5128-5129; F. BIONDI, *Le attività politiche dei magistrati: alcune indicazioni dai giudici disciplinari*, in *Quad. cost.*, 2014, 413-414.

²³⁷⁹ Diversamente, L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, cit., 107, sostiene che le limitazioni di cui all'art. 98, co. 3, debbano essere interpretate restrittivamente, in quanto il pluralismo ideologico costituisce «di per sé garanzia di imparzialità». Di conseguenza, dalle limitazioni che il legislatore può imporre rimarrebbero fuori l'appartenenza al partito politico e «l'adesione ideologica anche apertamente manifestata».

²³⁸⁰ P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Milano, Ponte alle Grazie, 2008 (ristampa), 239, osserva che i magistrati «per goder della fiducia del popolo, non basta che siano giusti, ma occorre che si comportino in modo da apparire tali».

²³⁸¹ G. TARLI BARBIERI, *La partecipazione politica dei magistrati all'attività politica*, in *Criminalia*, 2009, 60-61; S. ALOISIO, *La libertà di espressione ed il potere giudiziario nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in A. PIZZORUSSO, R. ROMBOLI, A. RUGGERI, A. SAIITA, G. SILVESTRI (a cura di), *Libertà di manifestazione del pensiero e giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2005, 454. F. BIONDI, *La responsabilità del magistrato. Saggio di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2006, 302, nota n. 217, rammenta che naturalmente il giudice è imparziale fino a prova contraria e solo nel corso dell'accertamento processuale si potrà valutare in concreto la sussistenza di tale requisito. Sul punto cfr. Corte EDU, 28.1.2003, *Dell'Utri c. Italia*.

trova un limite nel dovere di riserbo²³⁸² per non minare la fiducia dei cittadini nei confronti dell'esercizio della funzione giudiziaria²³⁸³. Non a caso, nell'interpretazione del giudice EDU, assume rilievo specifico la capacità del giudice di comportarsi in modo da non compromettere la credibilità delle istituzioni giudiziarie e di meritare la fiducia dei cittadini²³⁸⁴.

Parallelamente, nell'ordinamento italiano, il divieto di iscrizione mira a conferire «*evidenza*» ad un dovere di imparzialità che grava sul magistrato, incidendo anche sull'esercizio dei propri diritti di cittadinanza²³⁸⁵. La preclusione del diritto di iscrizione partitica e le altre restrizioni previste dal legislatore (sulle quali ci si soffermerà di seguito §. 4 e ss.) costituiscono espressione dei doveri che gravano sul magistrato in ragione della peculiarità della funzione esercitata. La tutela dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura sono state previste in Costituzione non a vantaggio di un ordine (corporativo) e dei membri che vi appartengono, ma perché costituiscono il «presupposto della migliore e più effettiva tutela dei diritti dei cittadini»²³⁸⁶.

L'indipendenza della magistratura - osserva la Corte costituzionale - è posta a presidio non della tutela corporativa dell'ordine, ma della «correlazione tra il prestigio dell'ordine giudiziario e la credibilità dell'esercizio delle funzioni giudiziarie presso la pubblica opinione»²³⁸⁷. Delineata la *ratio* del divieto di iscrizione politica, occorre domandarsi se e quale utilità assuma il divieto in questione nell'attuale conformazione del sistema partiti.

3. Democraticità dell'organizzazione interna dei partiti e utilità della limitazione di iscrizione dei magistrati ai partiti politici

²³⁸² G.E. VIGEVANI, *Per la Corte di Strasburgo magistrati e politici pari non sono*, in *Quad. cost.*, 2003, 662; P. PALLARO, *La libertà di espressione dei pubblici funzionari nella giurisprudenza delle Corti di Strasburgo e di Lussemburgo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, 753 e ss.

²³⁸³ F. BIONDI, *La responsabilità del magistrato*, cit., 125-126; S. ALOISIO, *La libertà di espressione ed il potere giudiziario nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 453 e ss., sottolinea che nella giurisprudenza EDU emerge, in primo luogo, un dovere per il magistrato di esimersi dalle manifestazioni di pensiero da cui si evinca una sua militanza politica. Infatti questo comportamento di per sé contrasta con il dovere di imparzialità e indipendenza e contribuisce a ledere la fiducia dei cittadini nei confronti della giustizia. In secondo luogo, il giudice ha un preciso dovere di riservatezza; il giudice si deve astenere dall'esprimere convinzioni che possano far dubitare della sua imparzialità. Per tutte cfr., Corte EDU, 7.8.1996, *Ferrantelli e Santangelo c. Italia*. Si veda anche, R. PINARDI, *La libertà di manifestazione del pensiero dei magistrati nella giurisprudenza costituzionale e disciplinare*, in A. PIZZORUSSO, R. ROMBOLI, A. RUGGERI, A. SAIITA, G. SILVESTRI (a cura di), *Libertà di manifestazione del pensiero e giurisprudenza costituzionale*, cit., 293 e ss.

²³⁸⁴ In questa prospettiva il dovere di riserbo del magistrato viene in considerazione non tanto come violazione dell'art. 10, quanto dell'art. 6, par. 1 CEDU in cui si sancisce il diritto ad essere giudicati da un tribunale imparziale ed indipendente. Sul punto, M. CHIAVARO, *Art. 6* in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., 184, nonché, A. TAMIETTI, *Art. 6*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., 191, osserva che - ai fini della violazione dell'art. 6 - la valutazione di imparzialità deve riguardare, non solo la posizione soggettiva del giudice, ma anche che il giudizio offra delle «garanzie sufficienti ad evitare che il giudice possa essere considerato prevenuto» (in corsivo nell'originale). Sul punto: M. DE SALVIA, *Trasparenza della giustizia: equità del procedimento, presunzione di innocenza e informazione del pubblico. Dove collocare il punto di equilibrio?*, in *Riv. trim. diritti dell'uomo*, 1993, 610; D. CAVALLINI, *Gli illeciti disciplinari dei magistrati ordinari prima e dopo la riforma del 2006*, Padova, Cedam, 2011, 264 e ss. Più in generale, S. DE NARDI, *La libertà di espressione dei magistrati*, Napoli, Jovene, 2008, 451 e ss.; M. OROFINO, *La libertà di espressione tra Costituzione e Carte europee dei diritti. Il dinamismo dei diritti in una società in continua trasformazione*, Torino, Giappichelli, 2014, 35 e ss.

²³⁸⁵ G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1997, 148, in corsivo nell'originale.

²³⁸⁶ R. ROMBOLI, *La magistratura*, in ID. (a cura di), *Manuale di diritto costituzionale italiano ed europeo*, III, *Le fonti del diritto e gli organi di garanzia giurisdizionale*, Torino, Giappichelli, 2009, 297, sottolinea che autonomia, indipendenza e imparzialità del giudice costituiscono «valori fondanti il patto costituyente»; «un patrimonio indisponibile di tutti i cittadini». Si veda anche, P. DAMIANI, *La nuova disciplina della ineleggibilità dei magistrati in caso di fine anticipata della legislatura (una occasione persa)*, in *Rass. parl.*, 1998, 889.

²³⁸⁷ Corte cost. sent. n. 497 del 2000, punto n. 5 del considerato in diritto. Sul punto, F. DAL CANTO, *La responsabilità del magistrato nell'ordinamento italiano*, cit., 10-11.

La limitazione della partecipazione politica dei magistrati mediante il divieto di iscrizione partitica è consentita dall'art. 98, co. 3 Cost. al legislatore ed è considerata legittima (Corte costituzionale sent. n. 100 del 1981 e n. 224 del 2009), ma non costituisce, come osservato, una soluzione obbligata. Peraltro, nell'attuale assetto partitico, c'è da domandarsi se il divieto di iscrizione costituisca una compressione di un diritto soggettivo ancora effettivamente utile e proporzionata, rispetto all'obiettivo di garantire che l'immagine di imparzialità dei magistrati non venga offuscata.

La fluidità del sistema dei partiti, la ridotta caratterizzazione ideologica, la “crisi” dei partiti derivante dallo sviluppo di forme dirette di decisioni organizzate su problemi specifici, la mobilitazione di gruppi attraverso la rete *internet* e la riduzione delle organizzazioni territorialmente (e fisicamente) diffuse, danno l'idea di partiti poco incisivi che instaurano legami “blandi” con i propri iscritti. La diminuzione della capacità recettiva dei partiti, quali interlocutori sociali e vettori effettivi di partecipazione, ne indebolisce il sistema affievolendone altresì la funzione di rappresentanza di interessi e valori²³⁸⁸.

Tutto ciò sembra in effetti rendere i legami interni ai partiti labili e non particolarmente incisivi. Non vi è dubbio del resto che attualmente si può essere iscritti ad un partito senza svolgere alcun ruolo decisionale, né dare alcun significativo apporto organizzativo. Inoltre la partecipazione attiva e significativa alla vita di partito prescinde evidentemente dall'iscrizione e, all'inverso, lo dimostra il semplice fatto che si può ricorrere a candidature indipendenti, ovvero, a candidare chi non sia “formalmente” iscritto al partito. Seguendo questo ragionamento, l'iscrizione - non traducendosi necessariamente in un apporto effettivo all'attività di partito - non sarebbe di per sé in grado di ledere l'immagine del magistrato²³⁸⁹ mentre, in senso contrario, la possibilità di schierarsi apertamente potrebbe costituire un fattore di responsabilizzazione che, forse, darebbe maggiori garanzie rispetto alla mera “apparenza” di imparzialità²³⁹⁰.

Tuttavia la considerazione che la partecipazione politica attiva e la candidatura siano indipendenti dall'iscrizione, non sembra argomento completamente sufficiente a considerare del tutto inutile il divieto imposto dal legislatore. Se l'adesione pubblica ad un partito può essere garanzia di trasparenza, non di meno essa implica l'inserimento in una organizzazione partitica il cui grado di democraticità interna è tutto da verificare. Occorre quindi provare a domandarsi cosa comporti l'iscrizione e quali siano i doveri degli iscritti.

Gli statuti dei partiti anche laddove operino una distinzione tra semplici «elettori» e «iscritti» al partito²³⁹¹, oppure tra «militanti» e «sostenitori»²³⁹², impongono comunque ad entrambe le categorie il dovere di sostenere i candidati in modo leale e di essere coerenti con gli obiettivi del partito, favorendo la diffusione dei programmi politici e dei consensi verso il partito «negli ambienti sociali» e lavorativi in cui sono inseriti²³⁹³. Non esiste una categoria di iscritti che si limiti

²³⁸⁸ S. BARTOLINI, *Partiti politici e sistemi di partito*, in *Enc. delle scienze sociali*, VI, Roma, Istituto dell'Enciclopedia italiana, 1996, 531-532.

²³⁸⁹ In tal senso, da ultimo, I. NASSO, *Semel in anno... può un magistrato votare alle primarie di partito?*, in *Lacostituzione.info*, 27.3.2017.

²³⁹⁰ S. SENESE, *Magistrati e iscrizione*, cit., 7; ID., *La riforma dell'ordinamento giudiziario*, in F. DAL CANTO, R. ROMBOLI (a cura di), *Contributo al dibattito sull'ordinamento giudiziario*, Torino, Giappichelli, 2005, 15 e ss; F. DAL CANTO, *Responsabilità del magistrato*, cit. 18-19.

²³⁹¹ Statuto del Partito Democratico, art. 2 commi 2 e 3.

²³⁹² Statuto della Lega Nord, art. 33.

²³⁹³ Statuto del Partito Democratico, art. 2, co. 6; Statuto del Movimento Fratelli d'Italia, art. 3.

a sostenere la causa del partito senza che quest'ultimo non richieda, come è naturale, una forma di adesione e assunzione di un dovere di diffusione e ampliamento dei consensi.

In alcuni casi l'iscrizione ai movimenti viene legata alla necessità di una "presentazione" da parte di almeno un altro iscritto²³⁹⁴; una sorta di cooptazione che implica, di necessità, la creazione preliminare di relazioni personali, necessarie all'entrata nel partito. Se, di norma, l'iscrizione o l'adesione al partito è piuttosto trasparente ed è subordinata al possesso di semplici requisiti (età, cittadinanza, permesso di soggiorno e il non essere iscritti ad altri partiti politici), non mancano ipotesi in cui, invece, l'adesione viene subordinata ad una valutazione dei vertici dell'organizzazione, oppure, è rimessa a meccanismi non completamente chiari²³⁹⁵. In questi casi l'iscrizione sembra presupporre l'esistenza di una relazione tra i vertici del partito e l'interessato, nonché la valutazione della condotta di quest'ultimo da parte dei primi.

L'«opacità» dei meccanismi di selezione dei candidati²³⁹⁶ appartiene, talvolta, anche alla fase del tesseramento, ma - in generale - al complessivo funzionamento "privatistico" dei partiti caratterizzato, come noto, dalla mancanza di «evidenza pubblica»²³⁹⁷. È proprio la scarsa democraticità e trasparenza dell'attività dei partiti e movimenti²³⁹⁸, che non può non far sorgere qualche dubbio in ordine all'opportunità che i magistrati si iscrivano, in quanto l'adesione formale segna l'assunzione di un legame, la creazione di un vincolo²³⁹⁹, evidente laddove l'iscrizione implichi - ad esempio - di dover essere presentati da chi è già iscritto.

In più, a seguito dell'iscrizione, l'associazione partitica valuta il comportamento dei propri iscritti e sanziona chi abbia assunto una condotta non leale o contrastante con i fini del partito.

²³⁹⁴ Nello Statuto del Movimento Forza Italia, l'art. 3 richiede che la domanda di iscrizione sia firmata da almeno un socio presentatore.

²³⁹⁵ Nel "Non Statuto" del Movimento 5 Stelle, l'art. 5 richiede pochi requisiti per l'iscrizione ma affida la valutazione della domanda di iscrizione alla rete; «attraverso la rete verrà portato a compimento l'iter di identificazione del richiedente, l'eventuale accettazione della sua richiesta e l'effettuazione delle relative comunicazioni». In effetti non viene spiegato in cosa consista il processo di identificazione del richiedente e non si precisa come "la rete" possa decidere di ammettere o meno il richiedente nel movimento.

²³⁹⁶ M. LUCIANI, *Governo (forme di)*, in *Enc. del dir.*, Ann. III, Milano, Giuffrè, 2010, 593, evidenzia come la poca trasparenza nella selezione dei candidati costituisca uno degli elementi che «mortificano» le assemblee rappresentative, contribuendo a modificare in modo tacito la forma di governo. Sul punto G. TARLI BARBIERI, *La partecipazione politica dei magistrati all'attività politica*, cit., p.73-74, rammenta prassi come il "tesseramento gonfiato" che rendono difficile anche accertare l'iscrizione.

²³⁹⁷ R. BIN, *Rappresentanza e parlamento. I gruppi parlamentari e i partiti*, in *Forumcostituzionale.it*, 2009, 1.

²³⁹⁸ Non si può non considerare la figura del capo politico del Movimento 5 Stelle che assume tutta una serie di decisioni dall'uso del simbolo per iniziative e manifestazioni, alle decisioni da sottoporre a votazione in rete, fino ai noti poteri di espulsione. Molti sono gli aspetti oscuri in merito al funzionamento del Movimento 5 Stelle. Innanzitutto non si comprende come si svolgano le votazioni degli iscritti, non si capisce chi e come stabilisca su cosa si debba votare, né sono previsti meccanismi esterni per il controllo della regolarità del voto. La complessità del funzionamento è peraltro aggravata dalla confusione tra due associazioni omonime - denominate "Movimento 5 Stelle" - una fondata nel 2009 da Beppe Grillo e Gianroberto Casaleggio, cui sono iscritte più di centomila persone e un'altra fondata nel 2012 da Beppe Grillo, Enrico Grillo e Enrico Maria Nadasi. Questa seconda associazione è titolare del simbolo Movimento 5 Stelle e svolge tutte le funzioni tecnico-burocratiche necessarie per consentire la presentazione delle liste di candidati e trasmette i documenti necessari alla Commissione di garanzia degli statuti per il controllo dei rendiconti. L'aspetto interessante è, però, che lo Statuto di questa seconda associazione può essere modificato solo ed esclusivamente da parte dei soci fondatori - cui è stato successivamente aggiunto Gianroberto Casaleggio come socio ordinario - e, dunque, gli iscritti al movimento sono esclusi, non partecipano a tutta una serie di funzioni riservate ai vertici del movimento. In particolare è il Consiglio direttivo di quest'ultima associazione, formato solo dai tre soci fondatori, ad eleggere il presidente (Beppe Grillo), il quale svolge le funzioni di capo del Movimento, disponendo del simbolo e, di fatto, esercitando il potere di espulsione. Il capo del partito, in ultima analisi, non solo non è eletto dagli iscritti, ma la stessa modifica della disciplina statutaria e dei sistemi di funzionamento è sottratta agli iscritti al movimento. Sembra proprio precluso qualsiasi processo di democratizzazione interno che non sia anche voluto dai fondatori del Movimento stesso. Sulla scarsa trasparenza e democraticità dei processi decisionali interni, è emblematica la vicenda relativa all'annullamento del voto svolto in rete per la scelta del candidato Sindaco per la città di Genova (le cc.dd. "comunarie"), sul punto - che alla scelta dei candidati - si vedano di seguito le considerazioni svolte di seguito, in nota, al § 5.

²³⁹⁹ G. ZAGREBELSKY, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, cit., 864.

In tutti gli statuti il mancato rispetto dei doveri da parte degli iscritti comporta sanzioni che vanno, dal richiamo fino all'espulsione dal partito e non sempre l'adozione di tali misure è accompagnata da adeguate garanzie per gli iscritti²⁴⁰⁰. Per quanto i partiti abbiano perso gran parte della propria strutturazione ideale e anche organizzativa, essi restano associazioni scarsamente trasparenti e strutturate in senso oggettivamente verticistico. La professionalizzazione dell'organizzazione partitica e l'affermazione di oligarchie interne²⁴⁰¹, favorite da una partecipazione sempre più diradata e di limitata intensità, tendono a cristallizzare gli apparati partitici esistenti, riducendo la democraticità e la capacità di controllo da parte degli iscritti e degli elettori²⁴⁰². L'iscrizione al partito, del resto, non sostanzia e non esaurisce di per sé il diritto di partecipazione. L'assenza di adeguate garanzie, rende difficile per il singolo iscritto avere gli strumenti per incidere in modo democratico sulle scelte del partito, mentre le decisioni vengono adottate nel ristretto ambito della dirigenza di partito, spesso precludendo anche ai militanti un ruolo di effettiva (e regolata) partecipazione²⁴⁰³.

Lasciare la democraticità dei partiti alle regole privatistiche degli statuti e al limitato controllo realizzabile dalla giurisdizione ordinaria ha rafforzato le oligarchie dominanti, frustrando il ruolo di tramite tra la società e le istituzioni, affidato al partito dalla Costituzione²⁴⁰⁴. L'ambigua natura dei partiti politici, chiamati a svolgere funzioni concretamente pubblicistiche, ma secondo regole privatistiche²⁴⁰⁵, induce diffusamente a ritenere che sia necessaria una regolazione legislativa

²⁴⁰⁰ Sul punto non si può non ricordare i numerosi procedimenti di espulsione dal Movimento 5 Stelle caratterizzati da scarsa trasparenza e da meccanismi decisionali complessi e sfuggenti, per una ricostruzione del fenomeno cfr. F. CHIUSI, *Critica della democrazia digitale. La politica 2.0 alla prova dei fatti*, Torino, Codice edizioni, 2014, 63 e ss.

²⁴⁰¹ Cfr. almeno: P. RIDOLA, *Partiti politici*, in *Enc. del dir.*, XXXII, Milano, Giuffrè, 1982, 114; G. PASQUINO, *Art. 49*, in *Commentario della Costituzione* (fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso), *Rapporti politici*, Tomo I, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. del Foro italiano, 1992, 6; G.E. VIGEVANI, *Art. 49*, in S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, II ed., Padova, Cedam, 2008, 497.

²⁴⁰² A. OPPO, *Partiti politici*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO (a cura di), *Dizionario di Politica*, Torino, Utet, 2016, 690-691; A. RUGGERI, *Note minime in tema di democrazia interna*, in *Rivistaaic.it*, n.1/2010; G. RIZZONI, *Art. 49*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, cit., 990 ss. Sullo scarso ricambio e tendenza all'immobilismo dell'organizzazione dei partiti, in part., V. LIPPOLIS, *I partiti nelle istituzioni repubblicane*, in *Rass. parl.*, 2003, 933; R. BIN, *Rappresentanza e parlamento. I gruppi parlamentari e i partiti*, cit. Più ampiamente, sull'istituzionalizzazione dei partiti politici, sono sempre di grande interesse le considerazioni di G. BERTI, *La responsabilità pubblica (Costituzione e Amministrazione)*, Padova, Cedam, 1994, in part. 99-102.

²⁴⁰³ E. ROSSI, *La democrazia interna nei partiti politici*, in *Rivistaaic.it*, n.1/2011, 11; A. LANZAFAME, *Sui livelli essenziali di democrazia nei partiti*, in *Rivistaaic.it*, n.1/2017, 6.

²⁴⁰⁴ S. BARTOLE, *Partiti politici*, in *Dig. discipl. pubbl.*, Agg., I, Torino, Utet, 2000, 398 e ss. in part. 404. La riconduzione del partito politico nell'ambito del diritto di associazione ha ostacolato l'introduzione di qualsiasi forma di regolazione legislativa. Come associazioni, i partiti difficilmente avrebbero sopportato l'imposizione di un modello democratico, in tal senso P. BARILE, *Corso di diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1964, 249 e ss. Anche la Corte costituzionale ha più volte affermato che i partiti «sono garantiti dalla Carta costituzionale - nella prospettiva del diritto dei cittadini di associarsi - quali strumenti di rappresentanza di interessi politicamente organizzati; diritto di associazione al quale si ricollega la garanzia del pluralismo», ord. n. 79 del 2006, si veda anche l'ord. n. 120 del 2009 e la precedente sent. n. 396 del 1988. Sul punto G. RIVOSECCHI, *I partiti politici nella giurisprudenza costituzionale*, in *Osservatorioaic.it*, n. 3/2016, 11, osserva che l'attrazione dei partiti al fenomeno associativo rispecchia «il compromesso costituzionale, ovvero il consapevole rifiuto dell'incorporazione dei partiti nei pubblici poteri, venendo a radicarne la collocazione nel pluralismo associativo su cui si fonda il processo politico, e riconducendoli correttamente alle organizzazioni proprie della società civile». Sul punto, in termini non dissimili, G. CERRINA FERONI, *Partiti politici: una regolazione giuridica?*, in *Rass. parl.*, 2007, 261, osserva che il ricondurre la garanzia dei partiti all'art. 18 Cost., assimilandoli alle altre associazioni che perseguono fini politici, finisce per annullare le specificità di cui all'art. 49 Cost.

²⁴⁰⁵ Sul punto rilevato da molti cfr. almeno: P. RIDOLA, *Partiti politici*, cit., 74 e ss.; P. BARILE, *Corso di diritto costituzionale*, cit., in part., 255; S. CECCANTI, *Regolamentazione legislativa dei partiti ed elezioni primarie: un esempio del possibile ruolo del diritto comparato nell'iniziativa legislativa*, in *Dir. pubbl. comp. ed europeo*, 1999, 1069; G. CERRINA FERONI, *Partiti politici: una regolazione giuridica?*, cit., 258. Sulla natura complessa del partito come associazione ed elemento integrante la forma di governo, in part., C. ROSSANO, *Democrazia e Stato di partiti*, in *Scritti degli allievi offerti ad Alfonso Tesaurò nel quarantesimo anno dell'insegnamento*, II, Milano, Giuffrè, 1968, 685-690. Anche la Corte costituzionale riconosce che i partiti politici esercitano funzioni aventi rilevanza costituzionale, come la presentazione delle liste e la selezione dei candidati, ma nondimeno esclude che essi possano essere considerati poteri

dell'organizzazione interna dei partiti²⁴⁰⁶. La disciplina di aspetti organizzativi minimi potrebbe migliorare la qualità della rappresentanza politica in quanto la garanzia dei diritti all'interno del partito non interessa solo i singoli aderenti, ma l'intera collettività²⁴⁰⁷ perché contrasta il dilagare dei movimenti populistici, organizzati in modo poco trasparente e, di fatto, dominati dalla figura del capo del partito²⁴⁰⁸. La regolazione, in definitiva, potrebbe limitare l'arbitrio dei partiti per dare più spazio decisionale (regolato) ai propri iscritti ed elettori.

Il legislatore, negli ultimi anni, ha operato un tentativo in questo senso, ma è intervenuto su alcuni aspetti specifici della vita dei partiti con disposizioni che, tentando perlopiù di indurre i partiti all'autoriforma, si rivelano formali e poco incisive²⁴⁰⁹. Una disciplina organica, invece, tenendo conto dell'attuale conformazione del sistema dei partiti²⁴¹⁰, dovrebbe regolare gli aspetti fondamentali della vita del partito: l'iscrizione, la scelta dei candidati, la formazione delle maggioranze nelle assemblee, i procedimenti sanzionatori, la gestione dei finanziamenti²⁴¹¹, subordinando il funzionamento dei partiti al rispetto dei più basilari principi di trasparenza e democraticità.

Per quanto qui interessa, il legislatore potrebbe prendere atto del diverso ruolo che gli iscritti possono svolgere nei partiti, distinguendo tra coloro che partecipano o intendono partecipare attivamente alle decisioni e alla vita di partito e chi invece si limita a sostenerlo con la propria adesione, senza svolgere alcuna attività decisionale e di supporto. Solo in questo modo la *ratio* del divieto di iscrizione per i magistrati verrebbe meno. Si potrebbe consentire loro di partecipare al funzionamento (democratico) del partito, esercitando solo alcuni specifici diritti, magari di tipo consultivo e tecnico. In questo modo l'iscrizione sarebbe poco più che una estensione del diritto

dello Stato e conferma, invece, la loro natura di organizzazioni della società civile (ord. n. 79 del 2006), il punto è evidenziato, in part., da G. RIZZONI, *Art. 49*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, cit., 985.

²⁴⁰⁶ Sulla necessità dell'intervento di regolazione dei partiti politici, cfr. almeno: A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali, Parte speciale*, Padova, Cedam, 1992, 363 e ss.; G. MARANINI, *Stato di partiti non partitocrazia*, in *Studi politici*, 1960, 278 e ss.; C. ROSSANO, *Democrazia e Stato di partiti*, cit., 693 e ss.; P. BARILE, *Corso di diritto costituzionale*, cit., 254-255; F. LANCHESTER, *Il problema del partito politico: regolare gli sregolati*, in *Quad. cost.*, 1988, 437 e ss.; P. RIDOLA, *Partiti politici*, cit., 66; S. CECCANTI, *Regolamentazione legislativa dei partiti ed elezioni primarie: un esempio del possibile ruolo del diritto comparato nell'iniziativa legislativa*, cit., 1071 e ss.; G. CERRINA FERONI, *Partiti politici: una regolazione giuridica?*, cit., 253 e ss.; F. DI MASCIO, D. R. PICCIO, *La disciplina della politica. La regolazione dei partiti*, in S. CASSESE (a cura di), *Riforme istituzionali e disciplina della politica*, Milano, Giuffrè, 2015, 379 e ss.; A. LANZAFAME, *Sui livelli essenziali di democrazia nei partiti*, cit.

²⁴⁰⁷ A. CATELANI, *Partiti politici e garanzie costituzionali*, in *Nomos. Le attualità nel diritto.it*, n. 2/2015, 4. Sul punto, Calamandrei che, nella seduta del 4.3.1947 in Assemblea costituente ha evidenziato che «l'organizzazione democratica dei partiti è un presupposto perché si abbia anche fuori di essi vera democrazia».

²⁴⁰⁸ Cfr. almeno: S. BONFIGLIO, *La disciplina giuridica dei partiti e qualità della democrazia. Profili comparativi e il caso italiano visto nella prospettiva europea*, in *Nomos. Le attualità nel diritto.it*, n. 2/2015, 2; R. CALVANO, *Dalla crisi dei partiti alla loro riforma senza fermarsi... voyage au bout de la nuit?*, cit., 174-175. T.E. FROSINI, *È giunta l'ora di una legge sui partiti politici?* in *Dirittoestoria.it*, 2003.

²⁴⁰⁹ Il d.l. n. 149 del 2013, convertito in legge n. 13 del 2014, subordina l'accesso dei partiti alla ripartizione dei fondi del finanziamento pubblico derivanti dal 2 per mille dell'Irpef all'adozione di statuti che devono rispettare alcune prescrizioni organizzative ed introduce obblighi di trasparenza e di certificazione sui bilanci. La legge n. 52 del 2015 (il c.d. *Italicum*) prevede - a decorrere dal 1 luglio 2016 - che i partiti o gruppi politici organizzati che intendono presentare liste di candidati per l'elezione per la Camera dei Deputati siano tenuti a depositare lo statuto, oltre che il contrassegno con cui intendono contraddistinguere le liste presso il Ministero dell'interno. Sul punto, qui solo accennato, cfr. almeno: R. CALVANO, *Dalla crisi dei partiti alla loro riforma senza fermarsi... voyage au bout de la nuit?*, cit., 175 e ss.; A. LANZAFAME, *Sui livelli essenziali di democrazia nei partiti*, cit., 9; G. MAESTRI, *Simboli dei partiti, controllo degli statuti e registrazione: gli effetti delle nuove norme sul finanziamento*, in *Federalismi.it*, n. 5/2014; S. BONFIGLIO, *La disciplina giuridica dei partiti e qualità della democrazia. Profili comparativi e il caso italiano visto nella prospettiva europea*, cit., 30 e ss. Sui più recenti interventi normativi a livello nazionale ed europeo, cfr. G. GRASSO, *Partiti politici europei e disciplina costituzionale nazionale*, in *Nomos. Le attualità nel diritto.it*, n. 1/2017

²⁴¹⁰ G. CERRINA FERONI, *Partiti politici: una regolazione giuridica?*, cit., 273, osserva che la disciplina regolativa dovrebbe tenere conto della trasformazione dei partiti per non rischiare di disciplinare qualcosa che non esiste più.

²⁴¹¹ G. U. RESCIGNO, *Potere politico e sistema dei partiti: limitare il sovrano*, in *Politica del diritto*, 1984, 92.

di manifestazione del pensiero che, superando lo schermo fittizio dell'apoliticità del magistrato, delimiterebbe in modo più netto funzioni e responsabilità.

Tuttavia nella (ben nota) difficoltà di percorrere la strada della regolazione dall'attività e dell'organizzazione interna dei partiti²⁴¹², in assenza di reali garanzie di democraticità, il divieto di iscrizione del magistrato sembra essere ancora opportuno. Del resto il partito per quanto delegittimato dalla polemica anti-partitica, nell'attuale contesto storico, non ha alternative credibili²⁴¹³. In ultima analisi, tenendo conto della strutturazione assunta dal partito, ma anche della sua "ineludibilità" (nell'attuale contesto storico-sociale) il divieto di iscrizione imposto ai magistrati sembra essere ancora ragionevole.

Tale conclusione viene ulteriormente rafforzata dalla considerazione che l'adesione pubblica del magistrato ad un partito in un contesto maggioritario o comunque polarizzato implicherebbe la possibilità di connotare il magistrato come "vicino" alla maggioranza che governa²⁴¹⁴. Mentre nei Governi di coalizione tale identificazione appare meno immediata, in un sistema come quello attualmente esistente - sostanzialmente "tripolare" e caratterizzato da meccanismi maggioritari di funzionamento, almeno nella competizione - l'aperto schieramento del magistrato per il partito di maggioranza e di Governo continua a non sembrare opportuno.

4. La partecipazione sistematica e continuativa a partiti politici

La preoccupazione del legislatore di salvaguardare la posizione di imparzialità del magistrato in termini sostanziali implica non solo il divieto di iscrizione partitica, ma una più ampia valutazione dell'attività politica del magistrato. Del resto, proprio il riferimento alle "possibili" limitazioni, contenuto al co. 3 dell'art. 98 Cost., sembra esprimere l'esigenza che il legislatore trovi, in concreto, soluzioni diverse e proporzionate rispetto all'obiettivo di garantire, per quanto possibile, l'indipendenza del magistrato da commistioni di interessi, sia reali che percepite.

Così il legislatore ha qualificato come illecito anche la «partecipazione sistematica e continuativa a partiti politici», nonché il «coinvolgimento nelle attività di soggetti operanti nel settore economico finanziario» (art. 3, co. 1, lett. *b*), d.lgs. n. 109 del 2006, modificato dalla l. n. 269 del 2006). La disposizione, nel suo complesso, unisce diverse fattispecie con lo scopo di rafforzare l'immagine di indipendenza del magistrato rispetto ai vincoli partitici o ai condizionamenti derivanti dal coinvolgimento in attività economiche. Per quanto non omogenee,

²⁴¹² Sul punto, G. RIVOCCHI, *La disciplina della politica. Lo status degli esponenti politici e la crisi dei partiti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 339 e ss., osserva che la difficoltà del sistema politico di riformarsi ha spostato il fulcro della legislazione dalla disciplina dei partiti alla disciplina dei singoli esponenti di partito. Il legislatore si è occupato negli ultimi anni di rafforzare il regime di incandidabilità ed ineleggibilità ed ha introdotto una serie di obblighi in capo a determinati esponenti politici non parlamentari, imponendo - in ragione della funzione ricoperta all'interno del partito - specifici obblighi, soprattutto, di trasparenza dell'attività svolta.

²⁴¹³ S. BARTOLINI, *Partiti politici e sistemi di partito*, cit., 532; P. RIDOLA, *L'evoluzione storico-costituzionale del partito politico*, in AA.VV., *Partiti politici e società civile a sessant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione*, Napoli, Jovene, 2009, 47 e ss. Sul punto A. ALGOSTINO, *Partiti, conflitto e potere: spunti di riflessione sulla trasformazione del partito politico*, in *Nomos. Le attualità nel diritto.it*, n. 2/2015, 9, osserva che il partito appare in crisi rispetto ad un modello carico di ambizioni ideali, ma come meccanismo di gestione del potere non è affatto in crisi.

²⁴¹⁴ A. ROSSI, *Democrazia maggioritaria e giurisdizione*, in *Questione giustizia*, 1992, 525.

le due diverse ipotesi sono accomunate dall'esigenza di garantire l'apparenza di imparzialità del magistrato²⁴¹⁵.

L'indeterminatezza della disposizione, solo limitatamente temperata dalla l. n. 269 del 2006²⁴¹⁶, è stata, ed è tutt'ora, al centro di forti critiche perché la valutazione in ordine a cosa debba intendersi per partecipazione sistematica e continuativa all'attività dei partiti politici, in assenza di una qualsiasi ulteriore tipizzazione, finisce per conferire un ruolo centrale al giudice disciplinare nella qualificazione delle specifiche condotte vietate.

La Corte costituzionale ha però confermato la legittimità della disposizione, affermando che «accanto al dato formale dell'iscrizione» rileva lo schieramento con una delle parti politiche in gioco, che al pari dell'iscrizione è suscettibile di condizionare l'esercizio imparziale delle funzioni del magistrato e di «comprometterne l'immagine». Secondo l'interpretazione seguita dal legislatore e dalla stessa Corte costituzionale, il co. 3 dell'art. 98 Cost. è da interpretare in modo estensivo, così da sanzionare non solo la formale iscrizione ai partiti, ma la partecipazione continuativa e concreta alle attività di partito. In sostanza l'iscrizione e la partecipazione continuativa all'attività dei partiti vengono considerate equivalenti, anche se si tratta di fenomeni diversi²⁴¹⁷.

L'iscrizione, infatti, non necessariamente coincide con lo svolgimento di attività specifiche o con l'assunzione di particolari decisioni (§ 3.) e, d'altra parte, non è detto che la semplice partecipazione si traduca in una assunzione di legami stabili. È complesso fissare il confine tra lecito e illecito in quanto l'art. 98, co. 3 Cost. non distingue tra iscrizione formale e partecipazione effettiva all'attività di partito²⁴¹⁸. Nemmeno i lavori preparatori chiariscono l'intenzione del Costituente e, nella varietà di soluzioni prospettabili, sembra che il legislatore abbia voluto far ricadere il discrimine tra condotte consentite, o meno, nella valutazione della maggiore o minore intensità della partecipazione, nel suo tradursi, come afferma la Corte costituzionale, in un «organico schieramento» per una determinata parte politica²⁴¹⁹.

Anche sotto la vigenza del previgente art. 18 del r.d.l.n. 511 del 1946, il legislatore, pur in assenza di una qualsiasi tipizzazione degli illeciti disciplinari, faceva riferimento ad un criterio sostanziale, ovvero, alla necessità di proteggere «il prestigio dell'ordine giudiziario», individuando la responsabilità disciplinare nella condotta del magistrato che non si rendesse meritevole di «fiducia».

²⁴¹⁵ N. ZANON, *Azione disciplinare e modello di giudice*, in G. CAMPANELLI (a cura di), *Controllare i giudici? (cosa, chi, come, perché?)*, Torino, Giappichelli, 2008, 135.

²⁴¹⁶ La lett. b) dell'art. 3, co. 1 nella sua originaria formulazione vietava: «l'iscrizione o la partecipazione a partiti politici ovvero il coinvolgimento nelle attività di centri politici o operativi nel settore finanziario che possono condizionare l'esercizio delle funzioni o comunque compromettere l'immagine del magistrato». La disposizione è stata modificata con la già menzionata l.n. 269 del 2006 che ha cercato di circoscrivere il concetto di partecipazione all'attività partitica, qualificandola come *sistematica e continuativa* ed eliminando il troppo generico riferimento ai *centri politici*. Sul punto, A. D'ALOIA, *Questioni in tema di responsabilità dei magistrati*, cit., 346-347; S. ERBANI, *Gli illeciti disciplinari dei magistrati*, in D. CARCANO (a cura di), *Ordinamento giudiziario: organizzazione e profili processuali*, Milano, Giuffrè, 2009, 460-462.

²⁴¹⁷ G. FERRI, *I diritti politici garantiti dalla Costituzione e la responsabilità disciplinare dei magistrati per l'attività partitica (in margine alla sentenza della Corte di cassazione n. 27987 del 2013)*, in AA.VV., *Studi in onore di Maurizio Pedrazza Gorlero, I, I diritti fondamentali fra concetti e tutela*, Napoli, Ed. scientifiche italiane, 2014, 242.

²⁴¹⁸ C. ESPOSITO, *La Costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1954, 224, sottolinea che non può escludersi semplicemente che la legge si limiti a vietare l'iscrizione ufficiale in partiti, oppure, che essa vieti la partecipazione di fatto alla vita dei partiti, anche senza che vi sia pubblica adesione ad un partito.

²⁴¹⁹ Corte cost. sent. n. 224 del 2009, punto n. 2 del considerato in diritto. Sul punto, in part., F. BIONDI, *La responsabilità del magistrato*, cit., 310.

Certo, in quel momento, l'assenza di qualsiasi concreta determinazione dell'illecito lasciava al promotore dell'azione e all'organo di autogoverno della magistratura la delimitazione dell'illecito in via di concreta applicazione²⁴²⁰. Si trattava di una soluzione incompatibile con l'affermazione dei principi costituzionali e in linea, invece, con una prospettiva di difesa corporativa dell'ordine. Emergeva però anche una nozione "sostanziale" di illecito, secondo la quale è disciplinarmente rilevante quel comportamento che è in grado di compromettere il «nesso tra giudice e comunità che si esprime nella fiducia»²⁴²¹.

Con la pur limitata tipizzazione degli illeciti disciplinari, avvenuta con il d.lgs. n. 109 del 2006, la responsabilità disciplinare da responsabilità corporativa, verso l'ordine di appartenenza, viene delineata come responsabilità nei confronti dello Stato²⁴²². L'individuazione legislativa di alcune condotte che integrano illecito disciplinare extrafunzionale è stata realizzata dal legislatore con l'obiettivo di separare la funzione giudiziaria dall'attività politica²⁴²³. Tuttavia la limitata tipizzazione degli illeciti lascia al giudice disciplinare e alla Corte di Cassazione (come giudice di secondo grado) il non semplice compito di chiarire cosa si debba intendere per «partecipazione sistematica e continuativa ai partiti politici».

Secondo la Corte costituzionale l'estraneità, non solo formale, all'attività dei partiti costituisce un «valore» di particolare rilievo che, mirando a tutelare l'autonomia e l'imparzialità nell'esercizio delle funzioni giudiziarie, giustifica la limitazione dei diritti di libertà di chi svolge tali funzioni, così da evitare decisioni condizionate da legami e vincoli di natura politica²⁴²⁴.

In termini generali la disposizione dovrebbe consentire di sanzionare il significativo apporto del magistrato all'attività di partiti o movimenti che si pongono in concreto l'obiettivo di diventare maggioranza parlamentare, partecipando alla competizione elettorale. Il riferimento alla partecipazione continuativa ai partiti politici rimarca la necessità di operare un bilanciamento concreto tra i diritti di libertà garantiti a tutti i cittadini e la funzione peculiare svolta dal magistrato che - osserva la Corte costituzionale nella sent. n. 224 del 2009 - implica l'assunzione di specifici doveri²⁴²⁵.

Occorre quindi valutare - in relazione al contesto storico sociale - se la condotta del magistrato possa essere realisticamente condizionata da legami politici o possa compromettere la sua immagine di imparzialità. La necessità di fare una valutazione concreta della condotta è confermata dall'art. 3-*bis* del d.lgs. n. 109 del 2008, in base al quale non sussiste illecito se il fatto

²⁴²⁰ F. DAL CANTO, *La responsabilità del magistrato nell'ordinamento italiano*, cit., 12; N. ZANON, *La responsabilità dei giudici*, in *Archivio.rivistaaic.it*, 2004, osserva che in base all'art. 18 del r.d. lgs. n. 511 del 1946, la punibilità dell'azione era subordinata alla ricaduta negativa sull'ordine e dunque l'illecito si configurava, in una visione corporativa, come un danno al prestigio dell'ordine. L'A. peraltro evidenzia come l'indeterminatezza della norma lasciasse interamente l'individuazione delle condotte illecite al giudice disciplinare. A tal proposito, l'A. ricorda la Cass. civile, sez. un., 18.1.2001, n. 5, che sul menzionato art. 18 afferma che esso «contiene, per la definizione delle condotte sanzionabili, concetti o categorie giuridiche indeterminati. Non fornendo la norma, per sua intrinseca natura, elementi tassativi per la definizione delle condotte disciplinarmente illecite, il sindacato di legittimità sulla sussunzione non può non tener conto del fatto che la categoria normativa impiegata finisce con l'attribuire al giudice di merito un compito di individuazione concreta delle condotte sanzionabili, rispetto al quale non può ammettersi una sostituzione da parte del giudice di legittimità». Sul punto, F. BIONDI, *La responsabilità del magistrato*, cit., 281-290.

²⁴²¹ G. ZAGREBELSKY, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, cit., 842-843.

²⁴²² N. ZANON, *La responsabilità dei giudici*, cit.

²⁴²³ G. FERRI, *Gli illeciti disciplinari fuori dall'esercizio delle funzioni*, in M. VOLPI (a cura di), *La responsabilità dei magistrati*, Napoli, Jovene, 2008, 83 e ss.; D. CAVALLINI, *Gli illeciti disciplinari dei magistrati ordinari prima e dopo la riforma del 2006*, Padova, Cedam, 2011, 207 e ss.

²⁴²⁴ Corte cost. sent. n. 224 del 2009, punto n. 2 del considerato in diritto.

²⁴²⁵ In tal senso si veda anche la precedente sentenza della Corte cost. n. 100 del 1981, punto n. 7 del considerato in diritto.

è di «scarsa rilevanza». La tipizzazione e l'obbligatorietà dell'azione disciplinare vengono dunque temperate dalla concreta valutazione della condotta²⁴²⁶, confermando l'approccio “sostanziale” alla nozione di illecito disciplinare. Peraltro la stessa Corte costituzionale, sebbene prima dell'adozione della menzionata disciplina del 2006, nella sent. n. 100 del 1981 ha affermato che in materia disciplinare non è applicabile la riserva di legge di cui all'art. 25, co. 2 Cost., essendo impossibile tipizzare esattamente le condotte vietate²⁴²⁷.

Rispetto agli interrogativi applicativi aperti dalla disciplina, il giudice disciplinare si è pronunciato invero in non moltissime occasioni, ma ha adottato soluzioni diverse e condizionate dalla valutazione del fatto concretamente verificatosi. Già prima dell'introduzione della disciplina del 2006²⁴²⁸, ha qualificato come illecito disciplinare quella particolare partecipazione politica attiva, qualificabile come «dotta politica». In tale caso, ormai risalente, la sezione disciplinare del CSM ha limitato la libertà di manifestazione del pensiero che si sovrappone indistinguibilmente all'esercizio dei diritti politici e che è destinata a subire una contrazione particolare perché il magistrato, in considerazione della «posizione nella società», è tenuto ad un «contegno particolarmente riservato in relazione alla delicatezza della sua funzione e all'esigenza» di meritare la fiducia da parte di tutti i consociati²⁴²⁹. Al contrario è stata considerata lecita l'adesione pubblica del magistrato ad un documento di propaganda elettorale presentato da un partito in occasione della campagna elettorale²⁴³⁰ o il partecipare ad un comizio, prendendo la parola²⁴³¹.

Non basta la partecipazione in qualità di relatore ad un congresso di partito o ad un incontro elettorale a integrare l'illecito extrafunzionale in questione, perché deve sussistere una frequentazione assidua, non limitata nel tempo, alle attività dei partiti²⁴³². Il giudice disciplinare ha ravvisato l'illecito anche nel caso in cui la partecipazione abbia riguardato l'attività di propaganda di una lista civica che viene equiparata a quella di un partito²⁴³³. Tale partecipazione precisa la Cassazione a sezione unite, quale giudice di secondo grado, deve comunque avere carattere di continuità e non bastano singoli episodi, racchiusi in un lasso di tempo limitato, per integrare l'illecito²⁴³⁴.

Inoltre qualora il magistrato sia candidato alle elezioni amministrative o sia eletto in un organo rappresentativo in un circondario diverso da quello in cui esercita le funzioni giudiziarie, non è punibile per la partecipazione continuativa all'attività di partito. Anche se in circondari diversi, il magistrato si trova a svolgere contemporaneamente funzioni giudiziarie e politiche, ma l'accesso al pubblico ufficio (su cui si veda di seguito § 5. e ss.) costituisce esercizio di un diritto politico,

²⁴²⁶ F. DAL CANTO, *La responsabilità del magistrato nell'ordinamento italiano*, cit., 21. Sul punto, in part., P. FIMIANI, *Scarsa rilevanza del fatto ed illeciti disciplinari*, in P. FIMIANI, M. FRESA (a cura di), *Gli illeciti disciplinari dei magistrati ordinari*, Torino, Giappichelli, 2013, 373 e ss.

²⁴²⁷ Punto n. 3 del considerato in diritto. Questo aspetto è evidenziato, in part., da S. BARTOLE, *Il potere giudiziario*, Bologna, Il Mulino, 2012, 69.

²⁴²⁸ A. APOSTOLI, *Implicazioni costituzionali della responsabilità disciplinare dei magistrati*, Milano, Giuffrè, 2009, 248 e ss.

²⁴²⁹ CSM, sent. n. 43 del 1965.

²⁴³⁰ CSM, sent. n. 16 del 2004.

²⁴³¹ CSM, sent. n. 214 del 1977.

²⁴³² CSM, sent. n. 83 del 2014 e n. 15 del 2014.

²⁴³³ CSM, sent. n. 32/2013.

²⁴³⁴ Cass. civile, sez. un., 16.12.2013, n. 27987.

costituzionalmente garantito dall'art. 51 Cost. che scrimina la partecipazione continuativa alla vita di partito, evidenziando una delle anomalie più evidenti finora non risolte dal legislatore²⁴³⁵.

Anche l'assunzione da parte del magistrato dell'incarico di assessore esterno, pur non derivando da un'investitura popolare, costituisce esercizio di un diritto politico che scrimina la partecipazione all'attività di partito²⁴³⁶.

Qualche perplessità desta, invece, l'estensione della scriminante dell'esercizio dell'elettorato passivo all'attività di propaganda, svolta dal magistrato che "concorra" come vicesindaco. Secondo la Cassazione, il divieto di partecipare in modo continuativo ad un partito non infirma e non limita l'elettorato passivo del magistrato, né quello di propaganda in occasione della competizione elettorale. Se dunque il magistrato è stato "designato" pubblicamente a tale carica, la sua attività di propaganda è scriminata in quanto costituisce esercizio del diritto all'elettorato passivo. Il "fatto" di essere indicato e di concorrere a fianco del Sindaco, come possibile vicesindaco, costituisce - afferma la Cassazione - espressione del diritto all'elettorato passivo «in senso lato»²⁴³⁷ e non integra invece una partecipazione continuativa all'attività di partito.

In realtà il vicesindaco non viene eletto direttamente, ma è nominato dal Sindaco e non si comprende come possa operare la scriminante in assenza di una candidatura, ma sulla base di un semplice accordo politico che non poteva neanche essere formalizzato²⁴³⁸. L'assenza della candidatura, essendo la carica di vicesindaco non elettiva, non dovrebbe infatti consentire l'attivazione della scriminante dell'esercizio del diritto all'elettorato passivo. Tale pronuncia insieme alle altre, brevemente rammentate, mostrano la varietà delle soluzioni adottate dal giudice disciplinare, cui è rimesso integralmente l'apprezzamento della condotta del magistrato.

Di sicuro dalla giurisprudenza disciplinare emerge che la partecipazione occasionale, non abituale e non duratura - come la partecipazione ad un comizio o ad una riunione - non costituisce un illecito; la mera partecipazione, non continuativa, non è incompatibile con la funzione giudiziaria. Anche la partecipazione alle consultazioni primarie per la scelta del Segretario del partito, aperte peraltro anche ai non iscritti, non potrebbe integrare l'ipotesi di una partecipazione stabile e sistematica all'attività di partito²⁴³⁹. Non sembra neanche ragionevole escludere in assoluto la partecipazione dei magistrati a specifiche attività all'interno dei partiti. Se infatti sembra necessario precludere ai magistrati la partecipazione agli organi interni di indirizzo politico, non si vede perché precludere loro la partecipazione, ad esempio, agli organi di controllo, che gli statuti dei partiti aprono anche ai non iscritti per svolgere funzioni tecniche, di controllo e garanzia²⁴⁴⁰.

In definitiva, come il divieto di iscrizione ai partiti politici anche la partecipazione continuativa e sistematica potrebbe essere diversamente articolata dal legislatore, ripartendo dalla disciplina

²⁴³⁵ CSM, risoluzione del 28.4.2010; CSM, sent. n. 32 del 2013. Sul punto, F. BIONDI, *Le attività politiche dei magistrati: alcune indicazioni dai giudici disciplinari*, cit., 414; E. TIRA, *Il Csm invita il legislatore a porre dei limiti alle candidature dei magistrati alle elezioni politiche e amministrative*, in *Rivistaic.it*, n. 1/2011.

²⁴³⁶ CSM, sent. n. 15 del 2014.

²⁴³⁷ Cass. civile, sez.un., 16.12.2013, n. 27987, punto 6 del considerato in diritto.

²⁴³⁸ G. FERRI, *Il diritto di elettorato passivo e il divieto per i magistrati di partecipazione sistematica e continuativa ai partiti politici*, in *Rass. parl.*, 2015, p.145.

²⁴³⁹ G. TARLI BARBIERI, *La partecipazione politica dei magistrati all'attività politica*, cit., 77.

²⁴⁴⁰ G. FERRI, *Il diritto di elettorato passivo e il divieto per i magistrati di partecipazione sistematica e continuativa ai partiti politici*, cit., 149, nota n. 28, ricorda, ad esempio, che il Responsabile della funzione di controllo interno, previsto all'art. 14 dello Statuto del Nuovo Centrodestra, non è scelto tra gli iscritti. Anche i componenti della Commissione di garanzia, secondo l'art. 39 dello Statuto del Partito Democratico, sono scelti non solo tra gli iscritti ma anche tra i semplici elettori del partito.

interna dei partiti. La regolazione essenziale del funzionamento di alcuni meccanismi decisionali o di alcuni organi (non “di governo”) potrebbe, in effetti, includere anche la partecipazione dei magistrati, perché oggettivamente non idonea a compromettere l’immagine di indipendenza del magistrato.

Le limitazioni dei diritti di partecipazione politica del magistrato si devono fondare su disposizioni di legge che individuino in modo specifico le condotte vietate così che l’accertamento in concreto della condotta del magistrato non sia interamente lasciato alla valutazione del giudice disciplinare e possa colpire solo l’organico schieramento con una parte politica, salvaguardando, invece, il diritto del magistrato a manifestare la propria posizione ed opinione politica²⁴⁴¹. Tuttavia questo obiettivo non sembra realizzabile se non domandandosi in concreto come funziona al proprio interno il partito e fissando alcune regole (minime) di funzionamento.

5. L’elezione dei magistrati in Parlamento: assolutezza del diritto all’elettorato passivo e disciplina dell’ineleggibilità

Negli ordinamenti democratici, il principale obiettivo dei partiti e movimenti politici consiste nella massimizzazione del risultato elettorale per l’acquisizione della maggioranza parlamentare. Non vi è dunque dubbio che la partecipazione alla competizione elettorale costituisca il fulcro principale dell’attività partitica. Che il sistema elettorale sia maggioritario o proporzionale, la scelta dei candidati costituisce un momento fondamentale dell’attività del partito il cui ruolo principale e distintivo, rispetto a qualsiasi altra associazione, consiste appunto nel «determinare la politica nazionale» (art. 49 Cost.).

Peraltro l’eliminazione delle preferenze e il voto bloccato hanno rafforzato la centralità del momento della selezione dei candidati, affidando completamente ai vertici di partito la scelta dei candidati²⁴⁴². La scarsa democraticità dei partiti, l’assenza di una disciplina interna che garantisca

²⁴⁴¹ F. BIONDI, *La responsabilità del magistrato*, cit., 303-304 e 311-312.

²⁴⁴² La letteratura sul punto è molto ampia, sia dunque consentito un limitato rinvio a: G. TARLI BARBIERI, *I molti vizi e le poche virtù della nuova legge elettorale*, in *Democrazia e diritto*, 2006, 29 e ss.; C. DE FIORES, *Rappresentanza e sistemi elettorali*, in ID. (a cura di), *Rappresentanza politica e legge elettorale*, Torino, Giappichelli, 2007, 11 e ss.; C. FUSARO, *I limiti della legislazione elettorale vigente*, in C. FUSARO, R. D’ALIMONTE (a cura di), *La legislazione elettorale italiana*, Bologna, Il Mulino, 2008, 11 e ss.; G. MOSCHELLA, P. GRIMAUDO (a cura di), *Riforma elettorale e trasformazione del “partito politico”*, Milano, Giuffrè, 2008, (si vedano in part. i contributi di S. GAMBINO, A. RUSSO, F. GIUFFRÈ, rispettivamente alle 1 e ss., 153 e ss., 193 e ss.); G. SCACCIA, *La legge elettorale “Italicum” fra vincoli sistemici ed equilibri costituzionali*, in *Questione Giustizia*, n. 1/2015, 16 e ss.; A. RUGGERI, A. RAUTI (a cura di), *Forum sull’Italicum. Nove studiosi a confronto*, Torino, Giappichelli, 2015, in part. 73 e ss.; G. AZZARITI, *Legge elettorale e democrazia d’investitura. Quattro criticità costituzionali per un modello di democrazia*, in *Nomos-Le attualità nel diritto.it*, n. 3/2015; M. VILLONE, *La legge 52/2015 (“Italicum”): da pochi voti a molti seggi*, in *Costituzionalismo.it*, n.1/2015; M. VOLPI, *“Italicum”: un sistema anomalo e antidemocratico*, ivi; A. LANZAFAME, *Le simmetrie necessarie. “Italicum”, forma di governo e disposizioni costituzionalmente consequenziali*, in *Rivistaaic.it*, n 4/2015.

un minimo di trasparenza nella scelta dei candidati²⁴⁴³ estromette la scelta del cittadino, finendo per accentuare la sensazione che il Parlamento sia formato da “nominati”, più che da “eletti”²⁴⁴⁴.

Questi meccanismi elettorali, sovrappostisi alla generale riduzione della pervasività del ruolo politico dei partiti, ha accentuato il professionismo politico, inducendo forme di cooptazione dall’alto di esperti e di personalità di spicco nelle varie sfere sociali e professionali²⁴⁴⁵. In questo senso non si può mettere in dubbio che, storicamente, il dissolvimento dei partiti politici costituenti - avvenuto a seguito delle inchieste dei primi anni Novanta del XX Secolo - ha sovraesposto la magistratura²⁴⁴⁶, favorendo l’aumento delle candidature dei magistrati, “utilizzati” spesso per conferire credibilità e legittimazione a vecchi e nuovi protagonisti politici, sia nella competizione elettorale che, successivamente, mediante il conferimento di incarichi di governo²⁴⁴⁷.

A differenza dell’iscrizione ai partiti e della partecipazione politica attiva, limitabile in virtù della sopra esaminata disciplina contenuta al co. 3 dell’art. 98 Cost., nulla si stabilisce in Costituzione in merito al diritto di partecipazione dei magistrati alla competizione elettorale. Sembra dunque che l’elettorato passivo dei magistrati rientri nell’ambito del diritto fondamentale di tutti i cittadini di concorrere alle cariche elettive in condizioni di parità secondo i requisiti stabiliti dalla legge (art. 51, 1 co., Cost.).

Il dibattito in Assemblea costituente è stato caratterizzato da una forte attenzione alla tutela dei diritti politici del cittadino, tanto è vero che nella discussione non è stata nemmeno profilata l’ipotesi di limitare l’elettorato passivo del magistrato. Era radicata l’idea che la sovranità del corpo

²⁴⁴³ A tal proposito è emblematica la vicenda relativa all’annullamento del voto svolto in rete per la scelta del candidato Sindaco per la città di Genova (le cc.dd. “comunarie”). Nel caso, sottoposto al Trib. di Genova, sez. I, ord. del 10.04.2017, la candidata Cassimatis con la sua lista aveva vinto le consultazioni locali, svoltesi tra gli iscritti al movimento residenti a Genova, ma era stata successivamente esclusa dalla competizione con l’annullamento del voto avvenuto mediante una dichiarazione da parte del capo del partito, nonché garante del Movimento, Beppe Grillo. Il voto quindi veniva ripetuto, allargando la consultazione per la scelta del candidato Sindaco di Genova al livello nazionale, ma escludendo la lista vincitrice a livello locale. Nel ricostruire la vicenda il giudice di Genova mette in evidenza come le regole organizzative del Movimento non sono affatto di agevole ricostruzione essendo contenute in diversi regolamenti e atti. Nondimeno rileva l’illegittimità statutaria dell’annullamento disposta dal capo politico del movimento e garante del Movimento che non ha il potere di “veto” sulla selezione delle candidature. La selezione dei candidati è infatti rimessa - dal “Non Statuto” (art. 7) e dal Regolamento (art. 1.1 lett. c)) - alle assemblee telematiche locali e l’eventuale convalida che può essere richiesta dal capo del partito (art. 2, co. 5 Reg.), o da un quinto degli iscritti, consente di sottoporre il medesimo quesito già sottoposto all’assemblea locale. Nel caso di specie la lista Cassimatis è stata invece esclusa illegittimamente perché le deliberazioni delle assemblee elettive non possono essere poste nel nulla dal capo politico, né dal garante del partito che ha poteri di censura nei confronti dei portavoce o degli eletti e non dei semplici candidati, la cui selezione è rimessa alle assemblee elettive. Il Giudice di Genova sottolinea attentamente come la democraticità del Movimento 5 Stelle è garantita dall’equilibrio tra il momento assembleare e l’istanza dirigista riconosciuta alla figura di Beppe Grillo, il quale in seno all’organizzazione cumula sia la qualità di capo politico, come indica il Regolamento, sia la qualità di garante del Movimento, come indica il Codice etico. In giudice conclude evidenziando che le complesse procedure per le candidature e la sovrapposizione delle competenze, affidate al capo del partito-garante confermano la scarsa trasparenza e democraticità del funzionamento interno del Movimento.

²⁴⁴⁴ A. D’ALLOIA, *Una riforma da riformare: la legge elettorale 270/2005*, in C. DE FIORES (a cura di), *Rappresentanza politica e legge elettorale*, cit., 83; A. FLORIDIA, «*Scendere in campo*»: *L’accesso alla competizione elettorale tra barriere formali e incentivi politici*, in C. FUSARO, R. D’ALIMONTE (a cura di), *La legislazione elettorale italiana*, cit., 89.

²⁴⁴⁵ A. OPPO, *Partiti politici*, cit., 689.

²⁴⁴⁶ V. ZAGRELBELSKY, *Candidature di magistrati e credibilità della magistratura*, in *Cass. pen.*, 1994, 245.

²⁴⁴⁷ Per una ricognizione puntuale della presenza dei magistrati in Parlamento, F. VENTURINI, *I magistrati eletti al Parlamento italiano, 1861-2013: dati e metodologia* in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 174 e ss. sottolinea che nella ricognizione dei magistrati che entrano in politica si deve tenere conto anche di tutti coloro che - per le più varie ragioni - hanno dato le dimissioni, scegliendo poi di candidarsi.

elettorale non potesse essere in alcun modo interdetta²⁴⁴⁸, limitando l'elettorato passivo di chi - come i magistrati - avrebbe potuto dare un contributo significativo alla costruzione dell'ordinamento democratico. In definitiva, nel dibattito costituente è stata profilata solo la possibilità di limitare la partecipazione politica, ovvero, il diritto di iscrizione ai partiti politici dei magistrati, mentre non è stata prevista alcuna forma di restrizione specifica dell'elettorato passivo dei magistrati²⁴⁴⁹.

Sotto diverso profilo, accantonata l'idea di diversificare la rappresentanza del Senato con una forma di rappresentanza organica dei vari raggruppamenti sociali ed economici²⁴⁵⁰, nell'art. 56 del progetto di Costituzione comparivano, tra le varie categorie di eleggibili per la carica di senatore, anche i magistrati²⁴⁵¹. Tuttavia in Assemblea, in una situazione di scontro e sostanziale stallo, è prevalsa la soluzione di non differenziare affatto sotto il profilo soggettivo gli eleggibili al Senato, evitando il rischio di riprodurre soluzioni che, in particolare secondo le sinistre, avrebbero rotto l'unità della volontà e della rappresentanza popolari²⁴⁵².

Complessivamente il diritto dei cittadini di accedere alle cariche elettive, a livello nazionale e locale, costituisce un principio "fondante" per l'ordinamento in quanto l'esercizio dell'elettorato passivo consente, in modo circolare, di garantire e conservare la democraticità dell'ordinamento²⁴⁵³. È chiaro il collegamento tra la tutela della democraticità dell'ordinamento e l'elettorato passivo, inteso - ex art. 51, co. 1, Cost. - come diritto soggettivo ad essere eletti, o meglio, a candidarsi²⁴⁵⁴. Data la centralità conferita ai diritti politici, le limitazioni per l'elezione a livello nazionale devono essere previste dalla legge che disciplina, ex art. 65 Cost., i casi di ineleggibilità all'«ufficio di deputato o di senatore».

²⁴⁴⁸ A tal proposito, A. RUIZ, *Eleggibili ed eletti*, Napoli, Jovene, 1885, 34-35, affermava che non si può interdire «al corpo elettorale di eleggere chi ad esso meglio talenti: elegga pure il magistrato, entri pure costui in Parlamento, sulla soglia però ponga la toga per sempre».

²⁴⁴⁹ F. RIGANO, *L'elezione dei magistrati al Parlamento*, in *Foro it.*, 1985, IV, col. 33-34.

²⁴⁵⁰ In part. questa soluzione fu proposta, come noto, da Mortati, Assemblea costituente, Seconda Sottocommissione, resoconto sommario, seduta del 7.9.1946, cit., 149. Sulla politicità e non corporatività della soluzione proposta, C. MORTATI, *Il potere legislativo nel progetto di costituzione*, in *Raccolta di Scritti*, I, Milano, Giuffrè, 1972, 462. Sul punto cfr.: P. RIDOLA, *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, Torino, Giappichelli, 2011, 67; ID., *Rappresentanza e pluralismo*, in G. PASQUINO (a cura di), *Rappresentanza e democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 1988, 101 e ss. F. BRUNO, *I giuristi alla Costituente: l'opera di Costantino Mortati*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, II, Protagonisti e momenti del dibattito costituzionale, Il Mulino, Bologna, 1980, 114-115; F. LANCHESTER, *C. Mortati e la dottrina degli anni trenta* e D. SCHEFOLD, *Mortati e la «dottrina» tedesca*, in F. LANCHESTER (a cura di), *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, Napoli, Ed. Scientifiche Italiane, 1989, rispettivamente a 89 e 111; C. ANTONUCCI, *Il bicameralismo nell'opera di Costantino Mortati*, in M. GALIZIA (a cura di), *Forme di stato e forme di governo: nuovi studi sul pensiero di Costantino Mortati*, Milano, Giuffrè, 2007, 103.

²⁴⁵¹ Questo punto è messo in evidenza da F. RIGANO, *L'elezione dei magistrati al Parlamento*, cit., col. 34. Il progetto di Costituzione fu elaborato da un Comitato di redazione e fu presentato alla Presidenza dell'Assemblea costituente il 31. 1.1947. L'art. 56, al co. 1 stabiliva che: «sono eleggibili a Senatori gli elettori, nati o domiciliati nella Regione, che hanno compiuto trentacinque anni d'età, e sono o sono stati: [...] magistrati e funzionari dello Stato e di altre pubbliche amministrazioni di gradi non inferiori o equiparati a quelli di consigliere di cassazione o direttore generale [...]».

²⁴⁵² Cfr. almeno: P. AIMO, *Bicameralismo e Regioni. La camera delle autonomie: nascita e tramonto di un'idea. La genesi del Senato alla Costituente*, Milano, Ed. di Comunità, 1977, 112 e ss.; M. VILLONE, *Il bicameralismo: problemi vecchi e nuovi*, in *Pol. dir.*, 1992, 205.

²⁴⁵³ U. POTOTSCHNIG, *Art. 97 [e 51]*, in *Commentario della Costituzione* (fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso), *La pubblica amministrazione. Art. 97-98*, cit., 361, sottolinea che l'art. 51, 1 co., Cost. pur non essendo ricompreso «tra i primissimi articoli della Costituzione ha di sicuro valore di «principio fondamentale» dell'ordinamento costituzionale».

²⁴⁵⁴ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, Cedam, 1991, 479-480, rileva che «l'eleggibilità a cariche pubbliche forma il contenuto di un vero e proprio diritto subiettivo» che è autonomo rispetto a quello ad essere ammesso nell'ufficio dopo che l'elezione sia avvenuta. Sul punto, V. MESSERINI, *Eleggibilità e sistema democratico. Le limitazioni alle scelte dei rappresentanti del corpo elettorale nel Parlamento e nei Consigli regionali, provinciali, comunali*, Milano, Giuffrè, 1984, 110; G.E. VIGEVANI, *Stato democratico ed eleggibilità*, Milano, Giuffrè, 2001, 35; M. MIDIRI, *Art. 51*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, cit., 1016 e ss.;

Per i magistrati il testo unico delle leggi recanti norme per l'elezione della Camera dei deputati - il d.p.r. n. 361 del 1957, all'art. 8, co. 1 - stabilisce che non sono eleggibili nelle circoscrizioni sottoposte, in tutto o in parte, alla giurisdizione degli uffici ai quali si sono trovati assegnati o presso i quali hanno esercitato le loro funzioni in un periodo compreso nei sei mesi antecedenti la data di accettazione della candidatura. A tale disposizione rinvia l'art. 5 del d.lgs. n. 533 del 1993 che per l'elezione al Senato della Repubblica stabilisce che sono eleggibili gli elettori che non si trovano nella condizione indicata all'art. 8 del d.p.r. n. 361 del 1957.

La disciplina introduce una forma di ineleggibilità relativa, ossia limitata ad una parte del territorio, quella nella quale il magistrato ha ricoperto la propria carica. L'ineleggibilità costituisce una forma di inidoneità, non di incapacità, all'assunzione della stessa candidatura²⁴⁵⁵, in questo caso specifico limitata territorialmente.

La finalità, evidentemente, consiste nella necessità di evitare che il magistrato possa influenzare il voto popolare, esercitando - in ragione della funzione ricoperta - una qualche forma di condizionamento²⁴⁵⁶. Sono esclusi da tale incompatibilità i magistrati delle giurisdizioni superiori per i quali non è possibile operare una delimitazione territoriale, essendo la loro competenza di livello nazionale. Inoltre in considerazione della loro competenza, è più difficile immaginare che sulle singole circoscrizioni i magistrati delle giurisdizioni superiori possano esercitare un'influenza determinante²⁴⁵⁷.

La seconda parte del comma 1 dell'art. 8, del d.p.r. n. 361 del 1957 precisa che tutti i magistrati, anche quelli delle magistrature superiori, non sono in ogni caso eleggibili se all'atto dell'accettazione della candidatura non sono in aspettativa²⁴⁵⁸. A differenza dell'ineleggibilità, prevista nella prima parte del menzionato art. 8, questa causa di incompatibilità mira ad impedire lo svolgimento della funzione giudiziaria dopo che sia stata ufficializzata la candidatura. Oggetto della tutela non è la salvaguardia della libertà del voto, ma consiste piuttosto nella tutela dell'imparzialità per evitare che venga svolta la funzione giudiziaria mentre si partecipa alla campagna elettorale.

Il collocamento in aspettativa viene disposto dal CSM, a seguito della domanda del magistrato che si intende candidare, così da evitare comportamenti non imparziali volti - ad esempio - a danneggiare altri concorrenti alla competizione elettorale²⁴⁵⁹. Complessivamente nelle sue due

²⁴⁵⁵ G. FERRARI, *Elezioni (teoria generale)*, in *Enc. del dir.*, XIV, 1965, Milano, Giuffrè, 646, sottolinea che «è ineleggibilità qualsiasi causa che travolga l'atto [elettivo], è incompatibilità qualsiasi causa che, senza alcuna minima incidenza sull'atto, impedisca l'esercizio della funzione conseguente all'atto in contemporaneità all'esercizio di altra attività non riconducibile all'atto». Sul punto, cfr. almeno: C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 477; F. MOHRHOFF, *Incompatibilità parlamentare*, in *Novissimo Dig. it.*, VII, Torino, Utet, 1962, 585; C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, Utet, 1979, 650; A. MANZELLA, *Il parlamento*, Bologna, Il Mulino, 2003, 229; L. ELIA, *Incertezze di concetti e pronunzie in tema di ineleggibilità nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1972, 1051.

²⁴⁵⁶ V. DI CIOLO, *Sulla eleggibilità dei magistrati nelle elezioni politiche*, in *Giur. cost.*, 1976, 329 e ss.; G. FERRI, *L'elezione dei magistrati al Parlamento e l'imparzialità della funzione giurisdizionale*, in *Rass. parl.*, 2013, 320. In generale, G. RIVOCCHI, *Art. 65*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, II, cit., 1254.

²⁴⁵⁷ Peraltro, diversamente disponendo, si dovrebbe escludere proprio l'elettorato passivo per i magistrati delle giurisdizioni superiori. Cfr. G.E. VIGEVANI, *Stato democratico ed eleggibilità*, cit., 200, sul punto ricorda il pensiero espresso da Mortati nel dibattito in Assemblea costituente.

²⁴⁵⁸ Per quanto concerne le elezioni al Parlamento europeo, la legge n. 18 del 1979 non prevede cause di ineleggibilità per i magistrati; è solo previsto che i lavoratori dipendenti di enti pubblici o privati che sono ammessi come candidati possano chiedere di essere messi in aspettativa (art. 52). Il magistrato eletto al Parlamento europeo è invece sempre collocato in aspettativa (art. 68 del d.lgs. n. 165 del 2001).

²⁴⁵⁹ G. FERRI, *L'elezione dei magistrati al Parlamento e l'imparzialità della funzione giurisdizionale*, cit., 322.

parti, la disposizione (di cui al citato art. 8) tutela, da un lato, la libertà di voto degli elettori e, dall'altro, mira ad evitare lo svolgimento di funzioni e attività tra loro incompatibili.

Sotto il profilo funzionale e seguendo l'indicazione proveniente anche dalla giurisprudenza costituzionale, l'incompatibilità è volta a tutelare il diritto di voto e il corretto svolgimento della competizione elettorale, per garantire l'uguaglianza effettiva tra i competitori. L'ineleggibilità, invece, è posta a salvaguardia della funzione pubblica ed è volta a prevenire possibili conflitti di interesse, derivanti dal cumulo di più uffici, per assicurare il libero esercizio del mandato parlamentare, nonché l'imparzialità e il buon andamento dell'amministrazione²⁴⁶⁰.

Tuttavia - come è largamente noto - nella prassi applicativa, legislativa e giurisprudenziale, le due ipotesi sono state confuse tra loro in modo da ricondurre l'ineleggibilità all'incompatibilità. La soluzione ribadita sistematicamente nella giurisprudenza costituzionale più risalente, a ben vedere, è stata giustificata dalla duplice finalità assumibile dall'ineleggibilità che ha l'obiettivo di tutelare la regolarità della competizione elettorale ma che può, al contempo, essere finalizzata a garantire l'esercizio del pubblico ufficio ricoperto²⁴⁶¹. In questa prospettiva, pur rimanendo giustificati da finalità diverse e pur essendo accertabili in momenti diversi, i due istituti sono legati dal fatto di costituire strumenti necessari a garantire «una corretta realizzazione del rapporto rappresentativo»²⁴⁶², particolarmente evidente laddove siano dei magistrati a voler concorrere alla competizione elettorale.

5.1. L'adeguatezza della disciplina dell'ineleggibilità e prospettive di riforma

La disciplina sull'ineleggibilità per i magistrati alla carica di deputato o senatore, appena delineata, si limita a fissare regole piuttosto blande che precludono l'eleggibilità nella circoscrizione nella quale si è esercitata la funzione nei sei mesi precedenti alla candidatura e impone di essere comunque fuori ruolo al momento dell'accettazione. L'interrogativo è dunque

²⁴⁶⁰ Corte cost. sentt. nn.: 38 del 1971; 45 del 1971; 5 del 1978; 162 del 1985; 235 del 1988; 53 del 1990; 450 del 2000. Si vedano almeno: V. DI CIOLLO, *Incompatibilità ed ineleggibilità (dir. cost.)*, in *Enc. del dir.*, XXI, Milano, Giuffrè, 1971, 41 e ss.; C. DE CESARE, *Incompatibilità ed ineleggibilità parlamentari*, in *Enc. giur.*, XVI, Roma, Istituto dell'Enciclopedia, Italiana, 1989; C. PINELLI, *Diritto di elettorato passivo e libertà di voto «condizioni ambientali particolari»*, in *Giur. cost.*, 1990, 3109; G. LONG, *Ineleggibilità e incompatibilità*, in *Dig. discipl. pubbl.*, VIII, Torino, Utet, 1993, 274 e ss.; G. RIVOSECCHI, *Art. 65*, cit., 1256; ID., *Incidibilità, ineleggibilità, incompatibilità con la carica di membro del Parlamento*, in *Rivistaaic.it*, n.3/2011; M. MIDIRI, *Art. 51*, cit., 1015 e ss. Per una analisi dettagliata della giurisprudenza costituzionale, in part., E. GRIGLIO, *La giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di ineleggibilità, incandidabilità e incompatibilità* in G. MELONI (a cura di), *I sistemi di ineleggibilità e incompatibilità ai differenti livelli rappresentativi*, Roma, Formez, 2007, 71 e ss.

²⁴⁶¹ Corte cost. sent. nn. 171 del 1984; 45 del 1977; 5 del 1978; 53 del 1990. U. POTOTSCHNIG, *Art. 97 [e 51]*, cit., 390-391, sottolinea che la giurisprudenza costituzionale ha insegnato che è necessario ricavare sempre la *ratio* di ogni ineleggibilità per verificare se la disciplina temporale è coerente, ovvero se - rispetto all'obiettivo perseguito - è ragionevole rilevare l'impedimento prima o dopo le consultazioni elettorali. Altrimenti il rischio è quello di applicare uno «schema rigido e non veritiero» secondo cui tutte le cause di illegittimità devono ritenersi rivolte ad impedire l'inquinamento del voto, mentre, le incompatibilità sarebbero rivolte a garantire il corretto esercizio del mandato. Invece può ben accadere che l'ineleggibilità risponda ad entrambe le finalità, oppure, che sia ispirata da ragioni diverse, in tutto o in parte. Sul punto, anche per una analisi della giurisprudenza costituzionale che ha ricondotto l'ineleggibilità ad ipotesi di incompatibilità, F. BERTOLINI, *Requisiti di eleggibilità e parametri di controllo della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1993, 569 e ss. Si vedano inoltre: L. ELIA, *Incertezza di concetti e di pronunzie in tema di ineleggibilità nella giurisprudenza più recente della Corte costituzionale*, cit., 1946; F. GABRIELE, *La Corte costituzionale fra ineleggibilità ed incompatibilità nelle elezioni amministrative*, in *Il Foro amm.*, 1976, I, 306 e ss.; R. SCARCIGLIA, *La ratio delle cause di ineleggibilità: profili ricostruttivi e rilievi critici*, in *Quad. cost.*, 1997, 345 e ss.

²⁴⁶² A. PERTICI, *Il conflitto di interessi*, Torino, Giappichelli, 2002, 141 e 150 e ss., osserva che, spesso, ineleggibilità e incompatibilità continuano ad essere confuse, ma sono giustificate da una diversa *ratio*: le incompatibilità sono un «*aliud*» piuttosto, che un «*minus*», rispetto all'ineleggibilità.

se le misure adottate siano effettivamente adeguate e sufficienti rispetto all'obiettivo di garantire una equilibrata separazione tra la funzione giudiziaria e politica.

Uno dei problemi principali sorge in considerazione del fatto che l'accertamento della sussistenza di una causa di ineleggibilità non avviene al momento della presentazione della candidatura, ma - come noto - è rinviata al momento successivo della convalida. L'elezione può essere proclamata, anche in presenza di una causa di ineleggibilità che potrebbe essere successivamente accertata da parte delle Giunte per le elezioni. Nonostante le cause di ineleggibilità siano finalizzate, come osservato (al § 5.), a garantire la libertà del voto e pari opportunità nella competizione elettorale il loro accertamento può avvenire solo in un momento successivo quando, ormai, le elezioni si sono tenute²⁴⁶³.

Anche la Corte costituzionale ha rilevato l'evidente incongruità del meccanismo che non assicura «la genuinità della competizione elettorale, nel caso in cui l'ineleggibilità sia successivamente accertata». Di più, le cause di ineleggibilità possono indurre il cittadino a candidarsi violando la norma che ne prevede l'ineleggibilità e, a differenza dell'incandidabilità, non consentono di far emergere l'ineleggibilità in sede di presentazione della liste agli uffici elettorali²⁴⁶⁴. La Corte costituzionale non ha potuto pronunciarsi nel merito della questione perché è compito del legislatore disciplinare discrezionalmente i vari aspetti che riguardano i diritti politici ed elettorali, ma in due occasioni ha comunque ribadito la palese incoerenza del regime dell'ineleggibilità²⁴⁶⁵.

Per completezza, occorre inoltre considerare che le Giunte - secondo prassi consolidata - interpretano le disposizioni in tema di ineleggibilità ed incompatibilità in modo restrittivo²⁴⁶⁶ e discrezionale per favorire comunque l'eleggibilità e il cumulo delle cariche.

Alla luce di questi elementi, *de jure condendo*, non sembra molto utile che il legislatore si limiti ad irrigidire i termini temporali o spaziali entro i quali la candidatura è preclusa, come hanno proposto diversi disegni di legge presentati nelle precedenti legislature²⁴⁶⁷. Appare invece più opportuna la soluzione prospettata dal disegno di legge A.S. XVII Legislatura, n.116²⁴⁶⁸, trasmesso alla Camera dei Deputati il 4 aprile 2017, che trasforma l'ineleggibilità dei magistrati in incandidabilità, stabilendo che i magistrati non possano essere candidati per l'elezione alla carica di deputato, senatore e di membro del Parlamento europeo se prestano servizio, o lo hanno prestato, nei cinque anni precedenti la data di accettazione della candidatura, presso sedi o uffici giudiziari con competenza ricadente, in tutto o in parte, nella circoscrizione elettorale. Oltre ad irrigidire opportunamente il termine temporale, il disegno di legge in questione introduce un divieto di candidabilità. Nello stesso senso il progetto di legge costituzionale, approvato dalla

²⁴⁶³ A. PERTICI, *Il conflitto di interessi*, cit., 152-157.

²⁴⁶⁴ Corte cost., sent. n. 84 del 2006, punto n. 5 del considerato in diritto, in questo caso - in materia elettorale regionale - la Corte costituzionale ha dovuto dichiarare inammissibile la questione per carenza di incidentalità.

²⁴⁶⁵ Corte cost., sent. n. 257 del 2010, punto n. 8 del considerato in diritto.

²⁴⁶⁶ Cfr. almeno: N. LUPO, G. RIVOSECCHI, *La disciplina delle incandidabilità, ineleggibilità e incompatibilità con il mandato parlamentare*, in C. FUSARO, R. D'ALIMONTE (a cura di), *La legislazione elettorale*, cit., 276 e ss.; A. MANZELLA, *Il Parlamento*, cit., 174 e ss.; V. DI CIOLO, L. CIAURRO, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, Milano, Giuffrè, 2013, 209 e ss.

²⁴⁶⁷ Ad esempio, per limitarsi alle legislature più recenti: A.S. XVI Legislatura, n. 2810; A.C. XVI Legislatura, n. 2323; A.S. XV Legislatura, n. 1119; A. C. XIV Legislatura, n. 4779.

²⁴⁶⁸ XVII Legislatura, A.S. 116, 273, 296, 394 e 546, approvato dalla Camera dei deputati con modificazioni il 30.3. 2017, recante «Disposizioni in materia di candidabilità, eleggibilità e ricollocamento dei magistrati in occasione di elezioni politiche e amministrative nonché di assunzione di incarichi di governo nazionale e negli enti territoriali».

Commissione parlamentare per le riforme costituzionali della XIII legislatura (la c.d. Bicamerale), all'art. 125, co. 7, stabiliva che i magistrati non potessero partecipare alla competizione elettorale nella Regione in cui avessero esercitato le loro funzioni negli ultimi cinque anni²⁴⁶⁹.

In entrambe le ipotesi di tratta di una preclusione limitata territorialmente e temporalmente che, scattando al momento della candidatura, è accertabile al momento della presentazione delle liste. Verrebbe dunque superata l'incertezza in ordine all'operatività dell'ineleggibilità che, invece, è accertabile solo dopo lo svolgimento delle elezioni quando - ipoteticamente - potrebbe già essere stato leso l'interesse al corretto svolgimento della competizione elettorale.

Secondo il disegno di legge A.S. XVII Legislatura n. 116, la preclusione si applica a tutti i magistrati, ma non sono previste disposizioni specifiche per i magistrati delle giurisdizioni superiori. In questo caso l'incandidabilità dovrebbe però estendersi su tutto il territorio nazionale, impendendo in radice la candidatura, ma questa soluzione non si concilia con la previsione riguardante la ricollocazione dei magistrati che - agli artt. 5-6 del disegno - prende esplicitamente in considerazione i magistrati appartenenti alle giurisdizioni superiori. Sebbene il progetto non lo escluda esplicitamente, per i magistrati delle giurisdizioni superiori sembra non poter operare la preclusione in oggetto, ma un chiarimento in proposito sarebbe opportuno.

Il progetto - all'art. 1, co. 2 - prevede apprezzabilmente anche l'irrigidimento della disciplina che impone al magistrato di essere in aspettativa da almeno sei mesi all'atto dell'accettazione della candidatura. Allo stato dell'*iter* parlamentare, il progetto non solo consente di accertare subito l'esistenza di un impedimento che potrebbe alterare la competizione, ma interpreta in modo rigoroso l'esigenza di allontanare - fisicamente e temporalmente - il magistrato dalla sua attività giurisdizionale rispetto all'inizio dell'attività politica, in modo da limitare le ipotesi di commistione e sovrapposizione degli interessi in gioco.

5.2. Ineleggibilità del magistrato nei casi di scioglimento anticipato ed elezioni suppletive

La limitazione territoriale-temporale dell'elettorato passivo dei magistrati, prevista dal co. 1 dell'art. 8 del d.p.r. n. 361 del 1957, è stata estesa e rafforzata da una disposizione - introdotta con la l. n. 13 del 1997 - che estende il divieto di candidarsi (nella stessa circoscrizione cui si è assegnati nei sei mesi precedenti) anche in caso di scioglimento anticipato e di elezioni suppletive.

La disciplina originaria del t.u. del 1957, contemplava questa ipotesi (all'art.7) solo per altre categorie di pubblici funzionari²⁴⁷⁰ e prevedeva che, nell'ipotesi di scioglimento anticipato, fosse

²⁴⁶⁹ L. BIANCHI, *Disciplina elettorale di contorno e conflitto di interessi*, in P. CARETTI (a cura di), *La riforma della costituzione nel progetto della bicamerale*, Padova, Cedam, 1998, 163 e ss.; O. ROSELLI, *Lo status di magistrato, il p.m. ed il problema dell'obbligatorietà dell'azione penale (art. 117.2 (rinvio), 3,120.1 (rinvio), 124,125,126.2 e 132)*, in V. ATRIPALDI, R. BIFULCO (a cura di), *La Commissione parlamentare per le riforme costituzionali della XIII legislatura*, Torino, Giappichelli, 854 e ss.

²⁴⁷⁰ Si tratta di: presidenti delle Giunte provinciali; sindaci dei Comuni con popolazione superiore ai 20.000 abitanti; il capo e vice capo della polizia e gli ispettori generali di pubblica sicurezza; i capi di Gabinetto dei Ministri; il Rappresentante del Governo presso la Regione autonoma della Sardegna, il Commissario dello Stato nella Regione siciliana, i commissari del Governo per le regioni a Statuto ordinario, il commissario del Governo per la regione Friuli-Venezia Giulia, il presidente della Commissione di coordinamento per la regione Valle d'Aosta, i commissari del Governo per le province di Trento e Bolzano, i prefetti e coloro che fanno le veci nelle predette cariche; i viceprefetti e i funzionari di pubblica sicurezza; gli ufficiali generali, gli ammiragli e gli ufficiali superiori delle Forze armate dello Stato, nella circoscrizione del loro comando territoriale. La Corte costituzionale con la sent. n. 344 del 1993 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale nella parte in cui l'art. 7, del d.p.r. n. 361

possibile rimuovere la causa di ineleggibilità, cessando l'esercizio delle proprie funzioni entro sette giorni successivi alla data di pubblicazione del decreto di scioglimento, in Gazzetta ufficiale.

L'assenza di indicazioni per i magistrati aveva determinato l'insorgere del dubbio se, ricorrendo l'evenienza dello scioglimento anticipato, i magistrati fossero egualmente ineleggibili nelle circoscrizioni in cui avessero esercitato le funzioni nei sei mesi antecedenti la candidatura o se anche nei loro confronti si applicasse il disposto previsto al menzionato art. 7 secondo il quale è possibile rimuovere la causa di ineleggibilità, cessando l'esercizio delle funzioni entro sette giorni dallo scioglimento.

Le Giunte delle due Camere in qualche occasione, e non senza contrasti interni, si sono espresse nel senso dell'applicazione estensiva dell'art. 7 del d.p.r. n. 361 del 1957 in modo da rimuovere l'ostacolo dell'incandidabilità in un'ipotesi in cui, in considerazione della non prevedibilità dell'evento, si riteneva che il bene protetto - il regolare svolgimento della competizione elettorale - non potesse essere pregiudicato da una condotta pregressa del magistrato²⁴⁷¹.

D'altra parte la mancata previsione per i magistrati dei casi di scioglimento anticipato ed elezioni suppletive, era motivata dalla specialità della norma, derivante dalla particolare posizione istituzionale dei magistrati non equiparabile a quella di altri funzionari²⁴⁷² che imponeva, nella volontà del legislatore, di evitare completamente ed in ogni caso la possibilità di candidature nell'ambito della propria circoscrizione. Peraltro lo scioglimento anticipato delle Camere non era certo un fatto infrequente e soprattutto - in particolare a partire dai primi anni Novanta - sono aumentate le candidature dei magistrati, ponendo il problema di regolare una situazione di possibile alterazione della competizione elettorale.

In quell'arco temporale cambiava anche la legge elettorale che, introducendo un sistema in prevalenza maggioritario, con collegi uninominali, creava per le candidature di magistrati - più o meno "eccellenti" e noti - una situazione di possibile alterazione della competizione elettorale e di condizionamento del voto. Estendendo la disciplina del citato art. 7, i magistrati si trovavano a poter competere nel collegio coincidente, in tutto o in parte, con l'ambito territoriale in cui le funzioni giudiziarie erano appena state svolte, conferendo magari particolare risalto all'immagine pubblica del magistrato.

Per queste ragioni, brevemente ricordate, ma utili a capire una disposizione di non facile lettura, il legislatore ha disposto, con legge n. 13 del 1997, l'ineleggibilità dei soli magistrati nelle circoscrizioni sottoposte, in tutto o in parte, alla giurisdizione dei loro uffici in un periodo compreso nei sei mesi antecedenti la data di accettazione della candidatura anche in caso di scioglimento anticipato o di elezioni suppletive. In questo modo il legislatore ha irrigidito la disciplina, imponendo comunque il periodo definito di "sterilizzazione"²⁴⁷³ dei sei mesi, che si applica anche quando le elezioni non sono quelle ordinarie di fine legislatura.

del 1957 prevedeva l'ineleggibilità di deputati e consiglieri regionali, si veda M. VOLPI, *L'ineleggibilità al Parlamento dei consiglieri regionali tra declaratoria di incostituzionalità e necessità di una nuova disciplina legislativa*, in *Giur. cost.*, 1993, 2695 e ss.

²⁴⁷¹ Casi: Valiante, *Atti parl. Camera, comm.*, III Legislatura, Doc. X, n. 1; Rizzo, *Atti parl. Senato*, VI Legislatura, Doc. III, n. 4; Bonito, Magrone e Scermino, *Atti parl. Camera*, XII Legislatura, *Giunta delle elezioni*, sedute del 3.8.1994, 13.9.1994 e 20.9.1994. Si veda V. DI CIOLO, L. CIAURRO, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, cit., 186.

²⁴⁷² V. DI CIOLO, *Sulla eleggibilità dei magistrati nelle elezioni politiche*, cit. 331-332; G.E. VIGEVANI, *Stato democratico ed eleggibilità*, cit., 202-203.

²⁴⁷³ G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, cit., 149.

A differenza degli altri funzionari pubblici, ai magistrati viene imposto un limite ulteriore e invalicabile; l'ineleggibilità diventa assoluta ed insanabile in quanto i magistrati, nelle ipotesi di scioglimento anticipato ed elezioni suppletive, non possono rimuovere la causa di ineleggibilità e possono candidarsi solo ed esclusivamente al di fuori della propria circoscrizione²⁴⁷⁴. L'ineleggibilità è posta dall'art. 65 della Costituzione non solo per tutelare l'esercizio della funzione parlamentare ma - è evidente soprattutto in questo caso - per garantire il «buon andamento della giustizia» ed «il prestigio dell'ordine giudiziario»²⁴⁷⁵.

Rimane tuttavia aperto un dubbio nell'ipotesi in cui le elezioni suppletive si svolgano solo nella circoscrizione dove presta servizio il magistrato perché in questa ipotesi sarebbe impedito in radice l'esercizio dell'elettorato passivo; infatti solo se le elezioni suppletive si tengono tutte insieme il magistrato potrebbe candidarsi in altra circoscrizione²⁴⁷⁶.

Il regime che si viene a creare non mette il magistrato che voglia competere alle elezioni a livello nazionale in una condizione di eleggibilità e crea, in definitiva, una situazione di vera incapacità elettorale²⁴⁷⁷. La disposizione speciale più rigida per i magistrati sembra dunque porsi in contrasto con l'interpretazione restrittiva delle cause di ineleggibilità ed incompatibilità che orienta la giurisprudenza costituzionale, e non solo, consentendo sempre a chi vuole candidarsi di mettersi in condizione di eleggibilità²⁴⁷⁸. La centralità conferita in Costituzione ai diritti politici comporta che chi ricopre uffici pubblici o cariche da cui deriva l'ineleggibilità deve poter rimuovere l'impedimento con atti e comportamenti propri²⁴⁷⁹.

Il fatto che l'ineleggibilità sia limitata alla circoscrizione in cui vengono esercitate le proprie funzioni costituisce un bilanciamento, anche se non sempre efficace, rispetto alla preclusione imposta al magistrato che intenda concorrere alla competizione elettorale. Occorre infatti tenere presente che, a differenza delle elezioni di fine termine, le consultazioni suppletive e anticipate sono difficilmente prevedibili. La programmabilità delle elezioni naturali consente al magistrato di operare una scelta e consente al legislatore di imporre una separazione temporale e territoriale (volendo anche rigida) rispetto al pregresso svolgimento della funzione giudiziaria. Al contrario ciò non è possibile per le elezioni suppletive e anticipate per le quali il divieto di candidarsi all'interno della circoscrizione elettorale potrebbe risultare eccessivo²⁴⁸⁰. Essendo le elezioni

²⁴⁷⁴ G. RIVOSECCHI, *Art. 65*, cit., 1260.

²⁴⁷⁵ In tal senso si veda Corte cost. sent. n. 172 del 1982, n. 4 del considerato in diritto. Sul punto, in part., N. LUPO, G. RIVOSECCHI, *La disciplina delle incandidabilità, ineleggibilità e incompatibilità con il mandato parlamentare*, cit., 269.

²⁴⁷⁶ G. FERRI, *L'elezione dei magistrati al Parlamento e l'imparzialità della funzione giurisdizionale*, cit., 329-330.

²⁴⁷⁷ V. DI CIOLO, *Sulla eleggibilità dei magistrati nelle elezioni politiche*, cit. 334. Diversamente dall'ineleggibilità, l'incandidabilità rende nulla l'elezione, senza la possibilità per l'interessato di rimuovere l'impedimento.

²⁴⁷⁸ U. POTOTSCHNIG, *Art. 97 [e 51]*, cit., 385-386; G. RIVOSECCHI, *Incandidabilità, ineleggibilità, incompatibilità con la carica di membro del Parlamento*, cit., 3. La Corte costituzionale ha più volte ribadito che le cause di ineleggibilità devono essere indispensabili in modo da garantire l'esigenza primaria di assicurare una libera competizione elettorale. Per questo - afferma la Corte costituzionale sent. n. 344 del 1993, cons. in diritto n. 4 - «l'eleggibilità è la norma, l'ineleggibilità è l'eccezione». «Di modo che, ove la giustificazione dell'eccezione si rivelasse ragionevolmente priva di un legame necessario con l'esigenza di assicurare una corretta e libera concorrenza elettorale, non può non seguirne la dichiarazione d'illegittimità costituzionale della disposizione che la prevede». In tal senso si vedano le sentt. nn. 388 e 310 del 1991; 539 del 1990; 510 del 1989; 1020 e 235 del 1988, nonché Cass. civile, sez. I, 29.11.2000, n. 15285.

²⁴⁷⁹ Fin dalla sent. n. 46 del 1969 la Corte costituzionale ha affermato che le cause di ineleggibilità possono essere rimosse mediante le dimissioni e l'astensione del dimissionario da ogni attività di ufficio. Corte cost. sentt. nn.: 45 del 1977; 571 del 1989; 84 del 2006.

²⁴⁸⁰ Quando la legge elettorale preveda collegi uninominali, con l'eventuale possibilità di esprimere preferenze appare evidente che il non potersi candidare dove si è conosciuti penalizza il candidato. Anche quando non sia previsto il collegio uninominale, ma se la lista è composta da un numero limitato di candidati, la conoscibilità di ogni singolo candidato costituisce un fattore importante nella dinamica della competizione.

suppletive ed anticipate difficilmente prevedibili, è peraltro difficile immaginare che il magistrato abbia potuto condizionare con le proprie decisioni il voto o abbia potuto danneggiare gli altri competitori in vista di una circostanza futura ed eventuale.

In definitiva sembra che la preclusione assoluta di potersi candidare nel luogo in cui si gode di maggiore visibilità costituisca - in questo caso specifico - un sacrificio eccessivo, secondo alcuni, non proporzionato di un diritto politico fondamentale²⁴⁸¹. Complessivamente mentre la disciplina dell'ineleggibilità a deputato e senatore, prevista dall'art. 8, co. 1 del d.p.r. n. 361 del 1957 appare sostanzialmente piuttosto blanda (§ 5- 5.1), l'estensione del divieto di candidarsi anche ai casi di elezioni non programmabili, avvenuta con la novella del 1997, non convince pienamente per il suo eccessivo rigore che rischia di limitare in modo radicale l'elettorato passivo dei magistrati, quando lo svolgimento dell'elezione è difficilmente - se non affatto - prevedibile o programmabile.

Le incertezze e la difficoltà di lettura della disposizione in questione sono probabilmente alla base della soluzione adottata dal disegno di legge A.S. XVII Legislatura, n.116 che all'art. 1, co. 2 si limita a stabilire che in caso di scioglimento anticipato delle Camere o di elezioni suppletive non sono candidabili i magistrati che non siano in aspettativa all'atto dell'accettazione della candidatura. Certo la disposizione fa salvo quanto previsto nel comma precedente e si potrebbe anche ipotizzare una lettura secondo la quale i magistrati non sarebbero comunque candidabili nell'ambito della circoscrizione coincidente, in tutto o in parte, con quella in cui hanno espletato la propria funzione nei cinque anni precedenti, riproponendo così una lettura non dissimile da quella attualmente vigente. Tuttavia i rilevati dubbi di legittimità dovrebbero decisamente far optare per un'interpretazione ampia che renda possibile la candidatura dei magistrati nelle ipotesi di elezioni diverse da quelle di fine legislatura.

6. L'elezione dei magistrati a livello regionale e locale e l'attribuzione degli incarichi esterni

Per quanto concerne le elezioni locali, la disciplina contenuta all'art. 60 del d.l.gs. n. 267 del 2000 prevede che i magistrati non siano eleggibili nel territorio nel quale esercitano le loro funzioni. L'impedimento può essere rimosso dall'interessato che cessi dalle funzioni «per dimissioni, trasferimento, revoca dell'incarico o del comando, collocamento in aspettativa non retribuita non oltre il giorno fissato per la presentazione delle candidature» (art. 60, co. 3). La medesima preclusione viene estesa all'assunzione della carica di assessore esterno²⁴⁸².

Non esistono cause di ineleggibilità o di incompatibilità per il magistrato eletto Sindaco, consigliere comunale o nominato assessore al di fuori del territorio in cui esercita le proprie funzioni giudiziarie. Qualora sussista coincidenza tra l'ambito territoriale di svolgimento della

²⁴⁸¹ Dubitano della legittimità costituzionale di questa preclusione: G.E. VIGEVANI, *La legge 3 febbraio 1997, n. 13: si restringono gli spazi per i magistrati in politica*, in *Diritto pubblico*, 1998, in part., 234 e ss.; N. LUPO, G. RIVISECCHI, *La disciplina delle incandidabilità, ineleggibilità e incompatibilità con il mandato parlamentare*, cit., ivi; G. RIVISECCHI, *Art. 65*, cit., 1260; G. E. VIGEVANI, *Stato democratico ed eleggibilità*, cit., 203. In senso più restrittivo, invece, P. DAMIANI, *La nuova disciplina della ineleggibilità dei magistrati in caso di fine anticipata della legislatura (una occasione mancata)*, cit., 887-889, ritiene che al magistrato che intenda partecipare alla competizione elettorale dovrebbe essere imposto di abbandonare l'ordine giudiziario.

²⁴⁸² Gli assessori esterni possono essere nominati dal Sindaco, nei Comuni con popolazione superiore ai 15.000 abitanti, fra i cittadini in possesso dei requisiti di eleggibilità, candidabilità e compatibilità alla carica di consigliere (art. 47, co. 3 del d.l.gs. n. 267 del 2000). Nei Comuni con popolazione inferiore è possibile se previsto espressamente dallo Statuto.

funzione giurisdizionale e quello della circoscrizione elettorale, il magistrato è obbligato a mettersi in aspettativa. Nel caso contrario, invece, in virtù dell'art. 81 d.l.gs. n. 267 del 2000, il magistrato può chiedere di essere messo in aspettativa non retribuita per il periodo dell'espletamento del mandato; al di fuori del territorio in cui esercita le funzioni giudiziarie, il magistrato non ha l'obbligo, ma solo la facoltà di mettersi in aspettativa.

Teoricamente il magistrato eletto Sindaco, magari di una grande metropoli potrebbe continuare ad esercitare le funzioni giudiziarie semplicemente esercitando in una diversa circoscrizione. Anche il CSM ha rilevato che l'assenza di cause di ineleggibilità, al di fuori del territorio di competenza, unita alla mancanza di una aspettativa obbligatoria è incongrua perché mette il magistrato eletto a livello locale in condizione di esercitare in contemporanea funzioni politico-amministrative e giudiziarie, anche se in territori diversi. In queste ipotesi, essendo l'aspettativa facoltativa, il CSM non è neanche in condizione di fare una ricognizione del numero di magistrati impegnati contemporaneamente anche nell'esercizio di funzioni politico-amministrative²⁴⁸³.

La situazione appare sostanzialmente analoga per le cariche elettive regionali. La legge n. 165 del 2004, all'art. 2, lett. b), in attuazione dell'art. 122, 1 co., Cost., stabilisce solo l'inefficacia dell'ineleggibilità qualora cessino le attività e le funzioni che determinano l'ineleggibilità, non oltre il giorno per la presentazione delle candidature o altro termine anteriore. Le Regioni possono dunque prevedere un termine precedente, ma la legislazione regionale si è di fatto conformata alla previsione legislativa statale²⁴⁸⁴, senza disporre soluzioni diverse.

Nel dare attuazione all'art. 122 Cost., le Regioni hanno anche esteso agli assessori regionali esterni le cause di incompatibilità previste per la carica di consigliere regionale con l'obbligo dell'aspettativa, qualora si assuma l'incarico nella stessa circoscrizione in cui si esercitano le funzioni giudiziarie. Del resto la mancata estensione sarebbe del tutto incongruente, in contrasto con il principio di uguaglianza (rispetto a quanto previsto per gli Enti locali)²⁴⁸⁵ e poco ragionevole.

Al di fuori della circoscrizione in cui sono esercitate le funzioni giudiziarie, non esiste però l'obbligo dell'aspettativa per il magistrato che assuma l'incarico di assessore esterno. Infatti solo per il livello nazionale, l'art. 2, co 5 della l. n. 215 del 2004 dispone il divieto di assumere incarichi di Governo per i magistrati che non siano collocati in aspettativa.

A livello regionale per i magistrati nominati assessori esterni manca anche un'indicazione in merito alla possibilità di mettersi in aspettativa (quando l'incarico politico sia assunto in altra circoscrizione), analoga alla previsione contenuta all'art. 81 del d.lgs. n. 267 del 2000, applicabile agli assessori comunali.

Tuttavia il CSM, confermato dal Consiglio di Stato, ha ammesso la possibilità di estendere la disciplina sull'aspettativa che deve essere riconosciuta anche agli assessori regionali nominati dal Presidente della Regione in quanto, pur non essendo esplicitamente prevista, non può non essere attribuita in ragione di un'interpretazione estensiva delle disposizioni che la prevedono per tutti

²⁴⁸³ CSM, risoluzione del 28.4.2010, nonché delibera del 21.5.2014.

²⁴⁸⁴ Sul punto cfr. almeno A. PERTICI, *Art. 122*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., 2438 e ss.

²⁴⁸⁵ M. VOLPI, *L'attribuzione ai magistrati di incarichi politici locali e regionali: carenze legislative e passività del CSM*, in *Studium iuris*, 2015, 501-502.

gli altri uffici ai quali sono conferite funzioni simili o assimilabili sia presso lo Stato (per la carica di Ministro o di Sottosegretario) o presso gli enti locali. Altrimenti, pur non essendo vietata, sarebbe “di fatto” impedita al magistrato l’assunzione dell’incarico di assessore esterno in considerazione della mancanza di permessi e licenze²⁴⁸⁶.

Le insufficienze del sistema dell’ineleggibilità a livello locale e regionale sono evidenti e il CSM ha più volte ribadito la necessità di prevedere una disciplina più rigorosa. Come nelle elezioni a livello nazionale, si dovrebbe almeno evitare il contemporaneo esercizio delle funzioni politico-amministrative e giudiziarie, che contrasta senza dubbio con l’immagine di autonomia e indipendenza del magistrato²⁴⁸⁷.

Il mandato elettivo e l’assunzione dell’incarico politico assimilato costituiscono espressione del diritto all’elettorato passivo e non tollerano limitazioni; è escluso - peraltro anche dall’art. 16 del r.d. 12 del 1941 - che sul magistrato gravi l’onere di chiedere al CSM una preventiva autorizzazione²⁴⁸⁸. L’accesso al pubblico ufficio costituisce un diritto politico riconosciuto dall’art. 51 Cost. e non può essere soggetto ad autorizzazione per nessun cittadino, a prescindere dalla funzione esercitata²⁴⁸⁹. Nondimeno è però necessario precludere il cumulo delle funzioni, mediante la previsione del collocamento in aspettativa e il collocamento fuori ruolo in ogni caso in cui il magistrato assuma l’incarico politico.

Il collocamento in aspettativa dovrebbe essere previsto direttamente dalla legge e in questo senso sembra andare il già menzionato disegno di legge A.S. XVII Legislatura, n.116 che, all’art 2, prevede il divieto di assumere incarichi di governo per i magistrati che non siano collocati in aspettativa. Il divieto, attualmente previsto solo per gli incarichi di Governo a livello nazionale, viene esteso anche agli incarichi a livello regionale e locale, introducendo una disciplina più rigorosa ed omogenea.

La soluzione prospettata dal disegno, attualmente all’esame della Camera dei deputati, consentirebbe di superare l’incertezza in merito alla possibilità, o meno, per il CSM di concedere

²⁴⁸⁶ Sul punto, CSM, delibere 29.5.2008; 24.6.2009; Cons. di Stato, sez. IV, sent. n. 1181 del 1988; Cons. di Stato, sez. IV, sent. n. 1265 del 1989.

²⁴⁸⁷ CSM, risoluzione del 28.4.2010.

²⁴⁸⁸ Contrariamente il Consiglio di Stato, sez. IV, nella sent. n. 3795 del 2011, ritiene necessaria l’autorizzazione per consentire lo svolgimento dell’incarico di assessore esterno al magistrato amministrativo. Dando ragione al Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa che aveva negato l’autorizzazione, il Consiglio di Stato fonda la decisione sulla differenza tra il mandato elettivo e l’incarico di assessore esterno. Il Consiglio di Stato ritiene che l’equiparazione dell’assessore esterno rispetto alle altre cariche elettive sotto il profilo delle garanzie strumentali all’espletamento della funzione, «non muta la natura di fiduciario del Sindaco e non di mandatario dell’elettorato». Di conseguenza l’espletamento della funzione di assessore, non riconducibile alla volontà degli elettori ma a quella del Sindaco, non può costituire espressione del diritto fondamentale garantito dalla Costituzione di cui all’art. 51, co. 3, Cost. Per queste ragioni il Consiglio di Stato ritiene che - non rientrando nell’alveo del diritto di elettorato passivo - l’incarico di assessore esterno, ove ne sia investito un pubblico dipendente, non può sottrarsi al regime generale degli incarichi esulanti dai compiti e doveri di ufficio posto dall’art. 53 del d.lgs. n. 165/2001 e, quindi, ad autorizzazione (ove non previsto o disciplinato per legge o da altra fonte normativa). Per i giudici amministrativi, le ragioni di buon andamento dell’amministrazione, la necessità di tutelare l’immagine di imparzialità ed indipendenza potrebbero legittimamente fondare un provvedimento di diniego. Così la gravosità dell’impegno, oppure, la natura delle deleghe conferite potrebbero costituire le ragioni alla base del diniego dell’esercizio dell’incarico di assessore esterno.

²⁴⁸⁹ CSM, parere del 21 maggio 2014.

l'aspettativa. Il Consiglio ritiene infatti di essere sostanzialmente tenuto a concedere l'aspettativa, ma la questione attualmente non è affatto pacifica.

L'art. 23-*bis* del testo unico sul pubblico impiego (il d.lgs. n. 165 del 2001) per varie categorie di pubblici dipendenti, tra i quali anche i magistrati, disciplina l'istituto dell'aspettativa senza retribuzione «per lo svolgimento di attività presso soggetti e organismi, pubblici o privati» e prevede che possa essere concessa «salvo motivato diniego dell'amministrazione di provenienza». Il dubbio che si può sollevare è se effettivamente l'incarico pubblico, cui si riferisce il menzionato art. 23-*bis*, possa includere l'incarico politico locale, oppure, al contrario abbia ad oggetto esclusivamente solo gli incarichi amministrativi²⁴⁹⁰. In ogni caso, anche prescindendo per un momento da questo aspetto, la concessione dell'aspettativa implica l'adozione di un procedimento - disciplinato dalla Circolare del CSM n.13778 del 2014 - che richiede al Consiglio di adottare una decisione motivata, valutando gli interessi che vengono in considerazione per l'organizzazione e l'amministrazione della giustizia. L'art. 121 della menzionata Circolare estende, infatti, alle disposizioni in materia di fuori ruolo anche all'aspettativa prevista dall'art. 23-*bis* del d.lgs. n. 165 del 2001 e indica che le preminenti ragioni organizzative ostative alla concessione dell'aspettativa sono quelle indicate all'art. 105, co. 4, ovvero: «le ricadute provenienti dallo svolgimento dell'incarico fuori ruolo sotto il profilo della possibile lesione della immagine di imparzialità e indipendenza del magistrato o del pregiudizio derivante al prestigio della magistratura». Non sembra che vi sia un obbligo di concedere l'aspettativa, ma il Consiglio tende invece a considerare doverosa la scelta di concedere l'aspettativa per lo svolgimento dell'incarico politico e finisce per non operare alcuna valutazione in merito all'opportunità di concederla.

Occorre comunque tenere presente che il “chiamato” deve aver necessariamente instaurato legami politici, e magari essersi schierato - in modo più o meno evidente - per il candidato Sindaco o aver intrattenuto relazioni che fanno sorgere un rapporto fiduciario. Il collocamento in aspettativa garantisce la separazione delle funzioni dal momento in cui l'incarico è assunto, ma non per la fase antecedente in cui si potrebbe nutrire il sospetto che le decisioni del magistrato, assunte nel territorio in cui poi viene chiamato, possano essere state condizionate dagli organi politici²⁴⁹¹. Sul punto il menzionato disegno di legge, in esame alla Camera dei Deputati, prevede la messa in aspettativa da almeno sei mesi solo per la partecipazione alla competizione elettorale, tuttavia si potrebbe forse ipotizzare di estendere l'obbligo dell'aspettativa anche all'assunzione dell'incarico di assessore esterno. Appare infatti evidente - come ha precisato lo stesso CSM - che l'assunzione dell'incarico di assessore esterno costituisca esercizio di una funzione di indubbia natura politica, pur non derivando da un'investitura popolare²⁴⁹².

7. La questione del ricollocamento: magistrati non eletti, eletti e designati

²⁴⁹⁰ Secondo A. ZACCARIA, *Le “chiamate” dirette dei magistrati allo svolgimento di funzioni politiche: inopportunità (certa) e (discutibile) inquadramento giuridico*, in *Forumcostituzionale.it*, 2015, Part. 23-bis del d.lgs. 165 del 2001 riguarda solo lo svolgimento delle funzioni amministrative e arriva a questa soluzione, evidenziando come l'art. 1 del medesimo provvedimento, nel definirne le finalità, elenca: l'accrescimento dell'efficienza delle amministrazioni, la razionalizzazione del lavoro pubblico e la realizzazione della migliore utilizzazione delle risorse umane nelle pubbliche amministrazioni. Al contrario, M. VOLPI, *L'attribuzione ai magistrati di incarichi politici locali e regionali: carenze legislative e passività del CSM*, cit., 502, ritiene che almeno gli incarichi a livello locale, aventi natura politico-amministrativo potrebbero rientrare nella categoria in oggetto.

²⁴⁹¹ A. ZACCARIA, *Le “chiamate” dirette dei magistrati allo svolgimento di funzioni politiche: inopportunità (certa) e (discutibile) inquadramento giuridico*, cit.

²⁴⁹² CSM, sent. n. 15 del 2014.

Uno dei nodi da affrontare nel rapporto tra lo svolgimento di funzioni giurisdizionali e politiche, evidenziato anche nell'ultimo rapporto sull'Italia del GRECO, consiste nel disciplinare in modo rigoroso il rientro dei magistrati che non siano stati eletti o che abbiano espletato il mandato politico. L'esigenza principale - evidenziata tanto dal GRECO tanto dal CSM - consiste nell'evitare che il magistrato si trovi a prendere decisioni in ambiti o su questioni che possono collegarsi all'esperienza politica o alla gestione amministrativa appena conclusa²⁴⁹³. La comunicazione tra i due settori, ovvero, il passaggio diretto tra lo svolgimento della funzione politico-amministrativa e quella giudiziaria può compromettere significativamente l'immagine di imparzialità dell'ordine giudiziario.

Anche su questo punto, la disciplina legislativa vigente si mostra piuttosto lacunosa e non adeguata a porre una separazione effettiva tra le due funzioni e, più volte, il CSM ha esortato il legislatore a provvedere. Per quanto concerne le elezioni politiche nazionali, il comma 2 dell'art. 8 del d.p.r. n. 361 del 1957 stabilisce che in caso di mancata elezione, i magistrati per cinque anni non possono esercitare le loro funzioni nella circoscrizione nel cui ambito si sono svolte le elezioni, ossia laddove hanno preso parte alla competizione elettorale come candidati. La disposizione non mira a tutelare la regolarità della competizione elettorale, come fa il primo comma del medesimo articolo (§ 5.), ma piuttosto intende tutelare il magistrato e il corretto esercizio della funzione giurisdizionale. Solo indirettamente la disposizione garantisce la parità di *chances* tra i candidati in quanto il voto potrebbe essere condizionato dal timore di future ritorsioni da parte del magistrato, determinando un vantaggio ingiustificato a favore del magistrato nell'accesso alla carica.

A differenza degli altri impiegati pubblici, il magistrato candidato, non eletto, potrebbe facilmente aver instaurato rapporti e relazioni tali da potere far dubitare della correttezza delle sue decisioni. La preclusione in oggetto non opera nei confronti dei magistrati delle giurisdizioni superiori per i quali è più difficile che al magistrato vengano assegnati processi provenienti dal collegio nel quale si è candidato. Inoltre, come rilevato dalla Corte costituzionale nella sent. n. 172 del 1982, la questione può essere risolta, assegnando al magistrato i processi provenienti da altre circoscrizioni.

La legittimità della limitazione dell'elettorato passivo dei magistrati, non eletti, deriva dalla necessità di salvaguardare il buon andamento della giustizia e il prestigio dell'ordine giudiziario, protetti direttamente dalla Costituzione. Nella pronuncia del 1982, la Corte costituzionale ha precisato che il diritto alla conservazione del posto di lavoro - di cui all'art. 51, co. 3, Cost. - consiste nel diritto a mantenere il rapporto di lavoro e di impiego, ma non già nel diritto a continuare l'esercizio delle funzioni espletate dall'impiegato²⁴⁹⁴. Il trasferimento è dunque una soluzione razionale rispetto ai principi costituzionali in quanto mira ad evitare che possano sorgere dubbi sull'operato del magistrato e sulla oggettività delle sue decisioni.

Tuttavia proprio dalla lettura coordinata dei due commi dell'art. 8 del d.p.r. n. 361 si può evincere che, di norma, la circoscrizione in cui vengono svolte le elezioni è diversa da quella in cui il magistrato esercitava le funzioni al momento delle elezioni in quanto - come osservato (§

²⁴⁹³ In part. CSM, delibera del 21.10.2015. Sul punto in part. G.U. RESCIGNO, *Note sulla indipendenza della magistratura alla luce della Costituzione e delle controversie attuali*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2007.

²⁴⁹⁴ Sul punto, F. RIGANO, *L'elezione dei magistrati al Parlamento*, cit., col. 37-38; M. MIDIRI, *Art. 51*, cit., 1025-1026.

5.) - il co. 1 del ricordato art. 8 stabilisce che non è eleggibile il magistrato che nei sei mesi antecedenti all'accettazione della candidatura ha esercitato le funzioni in un ufficio compreso nella circoscrizione elettorale. Appare evidente che - non coincidendo le due circoscrizioni - non si procederà al trasferimento e il magistrato tornerà ad esercitare le funzioni nella medesima sede di provenienza. È piuttosto dubbio che la soluzione prospettata dal citato art. 8, co. 2 sia adeguata rispetto all'obiettivo da garantire e il dubbio si aggrava laddove il magistrato non si sia semplicemente candidato in una lista per l'elezione parlamentare, ma si sia posto come capo della forza politica o della coalizione che si candida a governare, svolgendo una serrata campagna elettorale di rilievo politico nazionale²⁴⁹⁵. In questi casi sarebbe forse più opportuno precludere direttamente per legge il ritorno alle funzioni giurisdizionali, prevedendo il collocamento fuori ruolo e l'assegnazione ad altre funzioni presso il Ministero della giustizia.

Non sembra però che il legislatore sia intenzionato a perseguire questa strada; il già citato disegno di legge A.S. XVII Legislatura, n.116²⁴⁹⁶ si limita a stabilire all'art. 5 che i magistrati candidati non eletti sono ricollocati nel ruolo di provenienza, ma per due anni possono svolgere solo funzioni giudicanti, non inquirenti, e non possono essere assegnati a qualsiasi titolo ad un ufficio con competenza ricadente, in tutto o in parte, nella circoscrizione elettorale in cui hanno presentato la candidatura.

Nella legislazione vigente non è previsto nulla a livello primario per la partecipazione alla competizione a livello locale e regionale. Vengono quindi in considerazione solo le disposizioni secondarie contenute nella già menzionata circolare del CSM n. 13378 del 2014 che fissano tutta una serie di preclusioni all'atto del rientro in ruolo per i magistrati che abbiano partecipato alla consultazione elettorale²⁴⁹⁷. L'ipotesi è invece contemplata nel disegno di legge A.S. XVII Legislatura, n.116 che all'art. 5, co. 2 che per i magistrati candidati non eletti a livello locale e regionale prevede che non possano esercitare per un periodo di due anni le funzioni inquirenti e non possano essere assegnati nel distretto di corte di appello con competenza ricadente nel territorio della regione o del Comune per i quali hanno presentato la candidatura. Anche in tal caso resta il dubbio se la soluzione sia adeguata, soprattutto nelle ipotesi in cui il magistrato si sia - ad esempio - candidato come Sindaco di una grande metropoli, esponendosi di fatto a livello nazionale.

²⁴⁹⁵ G. FERRI, *L'elezione dei magistrati al Parlamento e l'imparzialità della funzione giurisdizionale*, cit., 348, nota n. 14, ricorda il caso del magistrato Ingroia che nelle elezioni politiche del 24-25.02.2013 ha assunto il ruolo di capo della lista "Rivoluzione civile".

²⁴⁹⁶ Approvato dalla Camera dei deputati con modificazioni il 30.3.2017, recante «Disposizioni in materia di candidabilità, eleggibilità e ricollocamento dei magistrati in occasione di elezioni politiche e amministrative nonché di assunzione di incarichi di governo nazionale e negli enti territoriali».

²⁴⁹⁷ In particolare stabilisce che «qualora la candidatura sia stata presentata nell'ambito di una circoscrizione elettorale non compresa nel territorio del distretto di appartenenza e questo non sia competente ex articolo 11 c.p.p. rispetto a quello ove si sono svolte le elezioni, il magistrato è assegnato all'ufficio di appartenenza, se vacante» (art. 124, co. 2). Invece «nel caso in cui non sia possibile l'assegnazione al posto di provenienza il magistrato, fermi i limiti su indicati, è assegnato a un altro posto vacante di un ufficio di pari grado della stessa sede o di altri uffici del medesimo distretto o di un distretto viciniore» (art. 124, co. 3). «Se la candidatura sia stata presentata nell'ambito di una circoscrizione elettorale compresa nel territorio del distretto di appartenenza, il magistrato è assegnato in un posto vacante, anche non pubblicato, che si trovi in un distretto viciniore diverso da quello competente ai sensi dell'articolo 11 c.p.p. rispetto a quello di provenienza» (art. 124, co. 4). In ogni caso il magistrato che sia stato candidato alle elezioni politiche, amministrative ed europee, nel caso in cui non sia stato eletto non può essere destinato, per il periodo di cinque anni (art. 124, co. 6) «a sedi del distretto o dei distretti in cui erano ricomprese la circoscrizione o le circoscrizioni elettorali ove è stato candidato, ovvero del distretto o dei distretti competenti ai sensi dell'articolo 11 c.p.p.».

Per quanto concerne la questione del rientro del magistrato a seguito dello svolgimento del mandato, viene in considerazione la disciplina contenuta all'art. 50 del d.lgs. n. 160 del 2006 in materia di ricollocamento in ruolo dei magistrati. In particolare la disposizione si limita a stabilire che, nel caso di cessato esercizio di una funzione elettiva extragiudiziaria, il magistrato venga ricollocato in una sede diversa vacante, appartenente ad un distretto sito in una regione diversa da quella in cui è ubicato il distretto presso cui è posta la sede di provenienza, nonché in una regione diversa da quella in cui, in tutto o in parte è ubicato il territorio della circoscrizione nella quale il magistrato è stato eletto. A questa disciplina fa eccezione il caso in cui il magistrato svolgesse le sue funzioni presso la Corte di cassazione o la Procura generale presso la Corte di cassazione o la Direzione nazionale antimafia.

La disciplina primaria è integrata dalla più stringente normazione secondaria del CSM che - nella circolare n. 13378 del 2014, all'art. 124, co. 7 - introduce un limite di cinque anni entro i quali, in caso di elezione, non può essere disposto il trasferimento del magistrato a sedi del distretto o dei distretti nell'ambito dei quali è stato eletto, ovvero del distretto o dei distretti competenti (ai sensi dell'articolo 11 c.p.p.). Lo stesso avviene per gli incarichi di governo non elettivi nazionali e locali, infatti, l'art. 50 del d.lgs. n. 160 del 2006 stabilisce che il magistrato all'atto della cessazione della carica potrà rientrare in ruolo nel posto precedentemente occupato, mentre la circolare del CSM, almeno per gli incarichi locali e regionali, stabilisce che per cinque anni il magistrato non può essere assegnato, né può essere trasferito al distretto o ai distretti ove si trova la circoscrizione territoriale nella quale abbia ricoperto l'incarico politico, nonché del distretto o distretti competenti.

Rimane aperta l'ipotesi in cui il magistrato abbia ricoperto un incarico di governo a livello nazionale in quanto in base alla disciplina legislativa il magistrato, cessato l'incarico, avrebbe la possibilità di tornare a svolgere le funzioni giudiziarie.

Dunque - paradossalmente - un magistrato nominato Ministro o Sottosegretario potrebbe tornare a svolgere la funzione giudiziaria in virtù del diritto a conservare il proprio posto di lavoro, di cui all'art. 51, co. 3, Cost. Non dissimile è l'ipotesi in cui gli incarichi politici siano di lunga ed ininterrotta durata. In entrambe le ipotesi, il principio alla conservazione del posto di lavoro dovrebbe essere interpretato dal legislatore in senso ampio, ma dovrebbe essere esclusa in radice l'ipotesi che sia possibile un ritorno all'esercizio della funzione giudiziaria.

Sul punto del rientro dei magistrati dopo lo svolgimento del mandato politico, il disegno di legge A.S. XVII Legislatura, n. 116 introduce una disciplina più rigorosa e stabilisce diverse ipotesi.

Per quanto concerne il mandato elettorale nazionale e lo svolgimento degli incarichi di Governo nazionale il magistrato può decidere di essere ricollocato nel ruolo di provenienza, ma se già in servizio presso le magistrature superiori può essere ricollocato nell'ufficio di provenienza, senza ricoprire incarichi direttivi per tre anni. Gli altri magistrati potranno essere ricollocati presso un ufficio della Corte di appello diverso da quello in cui è compresa la circoscrizione elettorale in cui sono stati eletti e per tre anni, oltre a non poter ricoprire incarichi direttivi, non potranno esercitare funzioni inquirenti o giudicanti monocratiche (art. 6-7). I magistrati potranno anche decidere di essere inquadrati nell'Avvocatura dello Stato o in un ruolo autonomo, da istituire con regolamento, presso il Ministero della Giustizia. Regole simili vengono

previste anche per i magistrati responsabili di uffici di diretta collaborazione o nominati in Autorità o commissioni di vigilanza (7, co. 2).

Per quanto concerne il ricollocamento dopo lo svolgimento del mandato politico (elettorale e di governo) a livello regionale e locale è escluso il ricollocamento per tre anni in un ufficio giudiziario del distretto di corte d'appello in cui è compresa la circoscrizione elettorale, sono escluse le funzioni inquirenti e le funzioni giudicanti monocratiche, infine, sono esclusi gli incarichi direttivi (art.9), mentre per i magistrati delle giurisdizioni superiori, eletti negli enti territoriali, non è prevista una disciplina speciale per il ricollocamento in ruolo.

La disciplina prospettata dal disegno di legge introduce alcuni elementi di razionalizzazione, resta solo il dubbio se le soluzioni prospettate siano adeguate nelle ipotesi in cui il magistrato si sia dedicato alla politica per molti anni, ricoprendo incarichi di primo piano e qualora abbia assunto funzioni di governo, concorrendo a determinare la politica nazionale del Paese in modo sostanziale. Forse, per queste limitate ipotesi, sarebbe opportuno prevedere una cesura decisa ed escludere il rientro in ruolo, prevedendo la possibilità invece di essere ricollocati presso il Ministero della giustizia per lo svolgimento di funzioni diverse da quella giurisdizionale.

8. Brevi considerazioni finali

La regolazione dell'esercizio dei diritti politici dei magistrati è una necessità, da sempre. Le lacune e le incogrità illustrate - l'assenza di regole omogenee per i vari livelli di governo, la possibilità di rientri e passaggi tra funzione giudiziaria e politica - costituiscono un fattore di rischio e di arretramento dell'ordinamento. L'esame delle disposizioni costituzionali, ma anche le indicazioni provenienti dall'ordinamento EDU, brevemente tratteggiate, consentono di ribadire con forza che le ragioni sottese a tale esigenza di regolazione risiedono nella necessità prioritaria per ogni sistema democratico di tutelare gli interessi e i diritti dei cittadini.

Se non può esistere tutela dei diritti dove non vi sia separazione dei poteri, ovvero dove non esista equilibrio tra i poteri sovrani, appare chiaro che la commistione tra attività giurisdizionale e politica costituisca un pericolo per la tenuta dell'ordinamento democratico. Attualmente in tutto il mondo occidentale, la complessità dei sistemi sociali ed economici espone la magistratura a forti tensioni. Chiamata sempre più spesso a risolvere conflitti sociali ed a colmare i (troppi) vuoti lasciati dal legislatore, la magistratura viene sovra-esposta e - non potendo denegare giustizia - finisce per prendere decisioni su questioni sensibili, su diritti e interessi, che in assenza di regolazione normativa, trovano nella decisione giurisprudenziale il modo per potersi affermare²⁴⁹⁸. La magistratura diventa il recettore di problemi che le istituzioni, ovvero i partiti, tardano ad affrontare perché, spesso, non hanno la forza per farlo.

Non vi è dubbio che l'aumento del peso del potere giudiziario, rispetto al legislativo costituisca un dato ineludibile nello sviluppo della democrazia pluralista²⁴⁹⁹. Non è però meno vero, sotto

²⁴⁹⁸ Tra i molti, S. BARTOLE, *Il potere giudiziario*, cit., 80-81. Sull'aumento del ruolo della magistratura in tutte le democrazie contemporanee, si veda l'analisi puntuale di C. GUARNIERI, P. PEDERZOLI, *La democrazia giudiziaria*, Bologna, Il Mulino, 1997, 9 e ss., e in part. 17, evidenziano come il ricorso al giudice tende a diventare uno strumento di partecipazione politica; i giudici diventano canali di articolazione delle domande politiche accanto ai canali istituzionali classici e spesso in competizione con essi.

²⁴⁹⁹ P. CARETTI, *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio* e G. SILVESTRI, *Magistratura e politica: quale equilibrio?* In A. CARDONE, F. DONATI, M.C. GRISOLIA, G. TARLI BARBIERI (a cura di), *Il rapporto tra giudice e legislatore nella*

altro ma collegato profilo, che sono necessarie adeguate garanzie perché il fisiologico aumento del ruolo del giudiziario non si traduca in un'alterazione del principio della separazione dei poteri, dell'indipendenza e dell'imparzialità del magistrato che continuano a costituire presupposti necessari per la tutela dei diritti.

L'aumento del peso della magistratura va infatti collocato, in un contesto in cui - forse altrettanto fisiologicamente - i partiti politici cambiano in senso sempre più personalistico (e populistico), affermando tendenze verticistiche di organizzazione interna. La legislazione elettorale asseconda tali dinamiche; liste bloccate e pluricandidature, in un sistema partitico organizzativo scarsamente trasparente e democratico, accentuano la tendenza oligarchica dei partiti, non favoriscono il ricambio politico e perpetuano, invece, reciproche strumentalizzazioni di potere. Il rafforzamento dei vertici di partito che della formazione della lista fanno uno strumento di cooptazione, unitamente alla necessità di massimizzare il risultato elettorale costituiscono fattori che spingono a candidare personaggi di spicco, aumentando l'"attrazione" tra magistratura e politica.

Una reale volontà di rinnovamento politico non si misura solo nella legislazione elettorale, ma dovrebbe indurre a regolare il sistema dei partiti, mettendo mano contestualmente ad una disciplina organica in materia di diritti politici ed elettorato passivo dei magistrati. La regolazione resta in definitiva l'unico modo per recuperare le distanze tra i poteri, evitando di mettere sotto pressione, torcendoli, i principi fondanti del sistema democratico. Sotto il profilo qui analizzato, si potrebbero evitare indebite e reciproche strumentalizzazioni, nonché commistioni tra magistratura e politica che non giovano all'amministrazione della giustizia, ma - a lungo andare - nemmeno alla credibilità dei partiti politici.

tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio. Lectio magistralis di Paolo Caretti, Napoli, Ed. Scientifiche italiane, 2016, rispettivamente, in part., 25 e ss. e 44-45.

CONVEGNI

Le istituzioni nella storia costituzionale repubblicana: continuità o rottura rispetto al passato?

Continuità e rottura come problema giuridico*

di Luca Albino**

SOMMARIO: 1.Premessa - 2.Continuità e rottura come problema giuridico – 3.La prospettiva Kelseniana – 4.La prospettiva Schmittiana – 5.Approcci e prospettive della dottrina italiana – 6.Considerazioni di sintesi – 7.La transizione italiana 1943-1946. Continuità e rotture.

1. Premessa

Gli ordinamenti costituzionali non vivono in una dimensione atemporale, ma collocata nel solco di una storia che prima di essere costituzionale è anche storica e politica. Di conseguenza, lo studio dei profili di un ordinamento costituzionale statale comporta anche l'analisi dei suoi profili dinamici. Ponendoci in tale dimensione temporale, il dato da cui occorre partire risiede nel fatto che un dosaggio tra elementi di continuità ed elementi di discontinuità o rottura è in genere presente in tutti i grandi svolgimenti storici anche in quelli che si autodefiniscono rivoluzionari. Il passaggio da un ordinamento costituzionale ad un altro non è infatti mai netto, con una linea di demarcazione ben definita nel segno della rottura ovvero della continuità, ma comporta una serie di fasi storiche di transizione costituzionale o fasi costituenti nelle quali si sovrappongono siffatti elementi in una estrema variabilità di forme.

Per poter procedere ad un'analisi dettagliata di un singolo ordinamento costituzionale nella sua dimensione dinamica occorre preliminarmente chiarire cosa si debba intendere per

* Contributo pubblicato previa accettazione del comitato scientifico del Convegno. Relazione presentata al Convegno svoltosi il giorno 5 aprile 2017, presso la Sala lauree del Dipartimento di Scienze Politiche di Sapienza, Università di Roma, patrocinato e organizzato da ANPPIA (Associazione Nazionale Perseguitati Politici Italiani Antifascisti) e Master in Istituzioni Parlamentari “Mario Galizia” per Consulenti d'Assemblea.

** Ricercatore confermato, professore aggregato di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università della Calabria.

‘continuità’ e di conseguenza cosa sia una ‘rottura’. La problematica del rapporto continuità/rottura ha una sua complessità strutturale, la letteratura sul tema è vastissima e in questa sede se ne potrà dare solo una traccia sintetica così come sarà evidentemente possibile affrontare in rapida sintesi l’analisi di oggetti quali Stato, Costituzione, popolo che presiedono al problema in esame. In modo particolare, l’ambito temporale-spaziale oggetto del presente studio è quello della transizione italiana degli anni 1943-1946. Tale vicenda politico-istituzionale si colloca nello sfondo storico della drammatica vicenda bellica della seconda guerra mondiale e si intreccia con le vicende del superamento del modello di stato liberale da un lato e del crollo dello stato totalitario dall’altro. Si è scelto dunque, nell’economia del presente lavoro, di analizzare i diversi approcci dottrinari (che sinteticamente possono essere definiti normativisti, sostanzialisti e istituzionalisti) attraverso il pensiero di alcuni tra i maggiori esponenti, con un particolare focus di attenzione su alcuni dei migliori contributi della dottrina italiana.

2. Continuità e rottura come problema giuridico

Come ricordava R. Orestano, riflettendo sul concetto di ordinamento giuridico: *“Ogni concetto, ogni astrazione della scienza del diritto è da reputarsi infatti come una decisione metodologica, come un deliberato proponimento di guardare gli «oggetti» considerati in certe maniere e non in altre, di dare rilievo a certi tratti, di stabilire e considerare essenziali certe relazioni. Da ciò il carattere «arbitrario» dei concetti giuridici. E non ci si allarmi della parola, perché qui «arbitrario» si dice nel senso in cui oggi si dice «arbitraria» ogni scienza nel porre – attraverso un delicatissimo gioco di scelte – le proprie stipulazioni fondamentali, mediante le quali essa costruisce ad un tempo il proprio «oggetto», il proprio linguaggio e se medesima.”*²⁵⁰⁰

E dunque le ricostruzioni della dottrina sono simili oppure divergenti, distinguendosi per gli approcci teoretici che stanno alla base di tali studi, ma anche risentendo delle diverse concrete esperienze storico-politiche, con le conseguenti determinazioni dogmatiche, che hanno portato - e porteranno sempre - a differenziazioni ma anche a parallelismi non solo nelle tesi conclusive ma anche nelle ipotesi di partenza.

Come si diceva poc’anzi, l’analisi di una questione giuridica come quella in esame è debitrice dei diversi approcci dottrinari ma anche della definizione degli oggetti di studio, primo fra tutti quello di Stato. Com’è noto, il concetto di Stato si manifesta, agli occhi dello studioso, come uno di quelli dotati di grande ricchezza e pluralità di significati. Senza alcuna pretesa di compiutezza si può ricordare che l’espressione Stato può rimandare da un lato al concetto di istituzione sociale organizzata che ha un ordinamento giuridico dotato di una forza particolare e che si manifesta nelle sue norme, dall’altro al concetto di ordinamento giuridico quale sistema normativo ordinato, sistema di norme.

Dunque il problema della continuità dell’identità dello Stato può tradursi o nel problema della continuità dell’identità del gruppo sociale che sta alla base dello Stato e che si esprime anche attraverso le sue norme o nel problema della continuità dell’identità del sistema normativo.

Nell’economia del presente lavoro l’analisi comporta dunque la necessità di porsi in una duplice prospettiva. In primo luogo occorre individuare l’oggetto dell’analisi e cioè è il c.d. ordinamento statale di riferimento. L’individuazione di tale ordinamento (fattore teoretico) va

²⁵⁰⁰ R. ORESTANO, *Concetto di ordinamento giuridico e studio storico del diritto romano*, in *Jus*, 1962, 35 ss.

fatta con criteri formali, di teoria generale (teoretici appunto) volti a individuare i profili di continuità e rottura rispetto agli altri ordinamenti statali soprattutto di quelli che lo hanno preceduto. In altri termini, tale punto di vista osserva il fenomeno dal punto di vista esterno cioè esaminando i rapporti tra Stati per arrivare a definire, in una specifica vicenda storica concreta, l'esistenza di un rapporto di continuità cioè il permanere dell'identità ovvero uno di rottura che comporta l'estinzione e la nascita di un nuovo Stato.

In secondo luogo, individuato e distinto l'ordinamento statale di riferimento in riferimento agli altri ordinamenti statali, occorre poi passare ad analizzare le norme costituzionali di tale ordinamento nel loro rapporto di continuità/rottura con quelle immediatamente previgenti o quelle ancora anteriori. Tale operazione valutativa (fattore dogmatico) va fatta con criteri sostanziali, tenendo conto del diritto positivo quanto al contenuto, all'oggetto, ai mezzi o alle forme del mutamento ed in particolare dei molteplici rapporti tra i nuovi principi fondamentali e quelli dell'/degli ordinamento/i previgente/i²⁵⁰¹. In tal senso tale prospettiva si focalizza, nell'analisi dell'ordinamento costituzionale, sulla società di riferimento. Il problema della continuità/rottura di un ordinamento statale può quindi sintetizzarsi nello stabilire se un ordinamento statale o gli ordinamenti statali che succedono ad un altro siano realmente nuovi oppure se uno di essi possa ricollegarsi con un vincolo di continuità al precedente Stato.

In via preliminare va detto che, pur avendo scelto un approccio teoretico per l'analisi del profilo della c.d. continuità esterna, l'estinzione di uno Stato e quindi l'interruzione della sua continuità non può farsi solo in astratto. Il metodo deve comunque tenere conto delle esperienze concrete, e come si vedrà, le diverse ricostruzioni teoretiche concordano sul rilievo da dare, in tale prospettiva al criterio dell'effettività variamente identificato. D'altro canto, come è assodato, i casi della vita sono infiniti e le norme sono finite ed inoltre l'analisi della continuità dello Stato viene generalmente operata con riferimento ad una specifica situazione storico-politica. Peraltro, come si accennava all'inizio, la nozione di Stato è una di quelle definite polisemiche; per cui in ragione delle opzioni scelte – soprattutto per ciò che riguarda gli elementi costitutivi – si avranno risultanze diverse in merito al problema della continuità.

Ad ogni modo, fatte queste premesse si può dire che la rottura della continuità dello Stato da un punto di vista esterno e cioè la perdita della sua identità, si ha quando vengano meno gli elementi essenziali correlati che definiscono l'entità Stato. In via definitiva e preliminare e con riserva di ritornare sull'argomento per analizzare i diversi approcci dottrinari, si può dire che caratteristica essenziale di un ordinamento statale è quella di assumere decisioni ultime, nei limiti che sono dati dai suoi fini, nell'ambito di un certo popolo e di un certo territorio e di pretendere l'esercizio esclusivo della coercizione fisica²⁵⁰².

Interrogarsi sul rapporto di continuità/rottura da tale prospettiva vuol dire affrontare il problema di quali limiti alla revisione costituzionale vadano superati affinché si produca una rottura della Costituzione vigente cioè una frattura dell'identità dello Stato da un punto di vista interno. Invece, la relazione tra continuità 'esterna' e continuità 'interna' non è strutturata secondo un rapporto di implicazione semplice per cui ad ogni rottura costituzionale corrisponde la rottura della continuità esterna dello Stato e quindi la sua estinzione. Le due variabili possono

²⁵⁰¹ Così A. CERRI, *Istituzioni di diritto pubblico. Casi e materiali*, Milano, Giuffrè, 2009, 24 ss.

²⁵⁰² Così A. CERRI, *Istituzioni di diritto pubblico. Casi e materiali*, Milano, Giuffrè, 2009, 23.

incrociarsi tra loro secondo diverse modalità e anche relativamente a questo secondo profilo l'analisi giuridica è evidentemente debitrice ai diversi approcci dottrinari.

3. *La prospettiva Kelseniana*

Secondo l'approccio che si può definire normativistico e che vede in **Hans Kelsen** probabilmente il suo maggior esponente, l'esistenza di uno Stato presuppone non solo uno spazio (il territorio) ma anche un tempo. Spazio e tempo definiscono così le sfere di validità territoriale e temporale di uno Stato²⁵⁰³. Kelsen afferma il principio per cui un ordinamento giuridico statale debba essere efficace per essere valido. Per comprendere tale affermazione occorre ricordare quali sono i postulati della riflessione kelseniana sul diritto e sugli ordinamenti. Secondo l'Autore esistono 'i due regni'. Il primo, il regno della realtà, dell'effettivo comportamento umano, dell'essere è quello al quale appartiene l'efficacia. Il secondo regno è quello del diritto, del sistema di norme, del dover essere, al quale appartiene il concetto di validità. Tali 'regni' devono essere necessariamente separati, ma devono presupporre reciprocamente. Non esiste cioè diritto senza efficacia in quanto *“ogni norma perde la sua validità quando l'ordinamento giuridico totale alla quale essa appartiene perde, nel suo complesso, la sua efficacia. (...) L'efficacia dell'intero ordinamento giuridico è una condizione necessaria per la validità di ogni norma nell'ordinamento”*²⁵⁰⁴.

Tuttavia Kelsen precisa che l'efficacia dell'ordinamento giuridico totale è condizione, non fondamento della validità delle norme che lo compongono. In altri termini, le norme sono valide non perché l'ordinamento totale sia efficace, bensì perché sono state create in modo conforme alla costituzione. La loro validità è tuttavia condizionata dall'efficacia dell'ordinamento totale al quale appartengono. Viceversa, le norme cessano di essere valide non soltanto quando vengono abrogate in modo conforme alla costituzione, ma anche quando l'ordinamento totale cessa di essere efficace. In conclusione secondo Kelsen: *“il principio di legittimità è quindi limitato dal principio di effettività”*²⁵⁰⁵. Anche la norma fondamentale di un ordinamento non sfugge a tale schema. Infatti *“il contenuto di una norma fondamentale è determinato da quei fatti mediante i quali mediante i quali un ordinamento viene creato ed applicato, ed ai quali si conforma, in complesso, il comportamento degli individui regolato da tale ordinamento. La norma fondamentale di qualsiasi ordinamento positivo conferisce autorità legale solo a fatti mediante i quali sia creato ed applicato un ordinamento, in complesso, efficace”*²⁵⁰⁶.

A ben vedere tale assunto altro non è che il principio di effettività proprio del diritto internazionale il quale stabilisce che un ordinamento statale incomincia ad essere valido non appena è diventato, nel complesso, efficace e cessa di essere valido non appena perde questa

²⁵⁰³ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (ed. ital. a cura di S. COTTA e G. TREVES), Milano, Edizioni di Comunità, 1952, 223.

²⁵⁰⁴ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (ed. ital. a cura di S. COTTA e G. TREVES), Milano, Edizioni di Comunità, 1952, 122-123

²⁵⁰⁵ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (ed. ital. a cura di S. COTTA e G. TREVES), Milano, Edizioni di Comunità, 1952, 120

²⁵⁰⁶ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (ed. ital. a cura di S. COTTA e G. TREVES), Milano, Edizioni di Comunità, 1952, 122

efficacia²⁵⁰⁷. L'Autore ricorda come ai sensi di tale principio, *“una autorità in fatto costituita, è il governo legittimo, l'ordinamento coercitivo posto in essere da tale governo è l'ordinamento giuridico, e la comunità costituita da tale ordinamento è uno Stato nel senso del diritto internazionale, in quanto questo ordinamento è, nel suo complesso, efficace. Dal punto di vista del diritto internazionale, la costituzione di uno Stato è valida soltanto se l'ordinamento giuridico stabilito sulla base di questa costituzione è, nel suo complesso, efficace. E' questo generale principio di effettività, norma positiva del diritto internazionale, che, applicato alle circostanze concrete di un particolare ordinamento giuridico statale, fornisce la norma fondamentale di questo ordinamento giuridico statale. Pertanto, le norme fondamentali dei vari ordinamenti giuridici statali sono esse stesse basate su una norma generale dell'ordinamento giuridico internazionale”*²⁵⁰⁸. La conseguenza com'è noto, è da un lato quella del 'primato' del diritto internazionale, quale ordinamento giuridico al quale sono subordinati tutti gli ordinamenti giuridici statali, dall'altro quella che *“l'unica vera norma fondamentale, quella norma cioè che non è creata mediante un procedimento giuridico, ma è presupposta dal pensiero giuridico, è quindi la norma fondamentale del diritto internazionale”*²⁵⁰⁹.

Dal principio di effettività discendono gli elementi che, secondo Kelsen, identificano l'ordinamento statale e cioè l'esistenza di un governo indipendente, l'emanazione, da parte del governo indipendente, di un ordinamento coercitivo per un dato territorio, l'effettività del potere del governo, cioè la capacità del governo di ottenere obbedienza al suo ordinamento da parte degli individui viventi in quel territorio. Partendo da tali condizioni e passando al problema della continuità esterna dello Stato, anche questa viene fatta dipendere dalle categorie del diritto internazionale. Lo Stato conserva la propria identità fin tanto che il territorio resta essenzialmente lo stesso. Kelsen sottolinea infatti che il punto essenziale, che consente di definire la cessazione dell'esistenza di uno Stato, non è l'effettività del potere di un governo, ma quello territoriale. In altri termini, se il territorio resta nella sua integrità territorio di uno Stato non si può affermare che uno Stato abbia cessato di esistere e che un altro Stato sia nato in quel territorio. In questo caso è sempre lo stesso Stato che continua ad esistere, ma sotto un nuovo governo salito al potere mediante un evento rivoluzionario. Come afferma l'Autore: *“una rivoluzione vittoriosa o un colpo di stato riuscito non distrugge l'identità dell'ordinamento giuridico che esso muta.”*²⁵¹⁰. Così il governo portato al potere da un evento rivoluzionario è, ai sensi del diritto internazionale, il governo legittimo dello Stato la cui identità non è toccata da questi eventi.

Passando al secondo profilo – e cioè la continuità da un punto di vista 'interno', occorre ricordare come, secondo tale approccio, ogni ordinamento giuridico statale si fonda su una norma fondamentale di riconoscimento o sulla produzione giuridica (“Grundnorm”) dalla quale derivano tutti gli atti fonte legittimati a produrre validamente le altre norme che compongono l'ordinamento stesso. Come è noto Kelsen sostiene la tesi che *“la norma fondamentale non è creata mediante un procedimento giuridico da un organo che crei il diritto. Essa non è valida – come lo è una norma*

²⁵⁰⁷ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (ed. ital. a cura di S. COTTA e G.TREVES), Milano, Edizioni di Comunità, 1952, 225.

²⁵⁰⁸ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (ed. ital. a cura di S. COTTA e G.TREVES), Milano, Edizioni di Comunità, 1952, 123

²⁵⁰⁹ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (ed. ital. a cura di S. COTTA e G.TREVES), Milano, Edizioni di Comunità, 1952, 123

²⁵¹⁰ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (ed. ital. a cura di S. COTTA e G.TREVES), Milano, Edizioni di Comunità, 1952, 225.

giuridica positiva – perché è stata creata in una determinata maniera da un atto giuridico, ma è valida perché è presupposta valida; ed è presupposta valida, perché senza tale presupposto nessun atto umano potrebbe essere interpretato come un atto giuridico, e specialmente come creativo di norme (...). L'intera funzione di questa norma fondamentale è quella di conferire il potere di creare diritto all'atto del primo legislatore ed a tutti gli altri atti basati sul primo atto".²⁵¹¹ Tale Grundnorm sta fuori e oltre la costituzione positiva di uno Stato e si riconduce al principio di effettività incorporato nel diritto internazionale. Tale principio va però riferito alla c.d. prima costituzione di uno Stato e quindi solo a questo ordinamento preso come un tutto. In altri termini, se noi consideriamo la validità dell'ordinamento nel suo complesso è evidente che essa è legata alla sua effettività. Tuttavia, secondo Kelsen, tale schema di rapporto validità-efficacia può – a certe condizioni – essere applicato anche all'analisi della struttura e della continuità da un punto di vista interno, in particolare al caso della perdita della validità dipendente da una perdita di efficacia: la desuetudine. Ma può rilevarsi anche il caso di validità di norme costituzionali del tutto sganciata dalla loro effettività. Anche una norma mai applicata potrebbe esserlo un bel giorno e non si potrebbe contestarne l'invalidità quale conseguenza della sua mancata applicazione²⁵¹². L'ordinamento giuridico continua ad esistere fintanto che ogni modificazione costituzionale, più o meno vasta, possa venire legittimata in base ad un rapporto di coerenza con la norma fondamentale di riconoscimento. In tal senso si parlerà di continuità dell'ordinamento. In altri termini, ogni ordinamento costituzionale regola la propria produzione normativa ed in particolare la costituzione stabilisce nelle proprie disposizioni il procedimento di revisione della stessa.

Quando invece le modificazioni costituzionali non trovano più la loro legittimazione sulla norma fondamentale di riconoscimento dell'ordinamento anteriormente vigente, bensì su di una nuova, si determina una situazione di rottura e l'estinzione del vecchio ordinamento. E' evidente che tale modificazioni sono, rispetto all'ordinamento precedente, illegittime poiché tali modificazioni o addirittura la completa sostituzione della Costituzione precedentemente vigente con un'altra avvengono in modo non conforme alle disposizioni normative vigenti. In tale eventualità si parlerà evidentemente di rottura tra ordinamenti statali. Kelsen definisce tale eventualità 'rivoluzione'²⁵¹³. La rivoluzione, in senso lato comprensiva anche del colpo di stato, è "ogni modificazione costituzionale illegittima, cioè eseguita non conformemente alle disposizioni della costituzione, ovvero la sostituzione di una costituzione con un'altra. (...)". Il fallimento dell'azione 'rivoluzionaria', invece, avrà come conseguenza la sopravvivenza del vecchio ordinamento e l'illiceità degli atti varati da coloro i quali avevano posto in essere l'azione rivoluzionaria. La conseguenza sarà che non nascerà nessun nuovo ordinamento e che il precedente ordinamento riesca a contrastare il tentativo rivoluzionario riaffermandosi nella sua vigenza ed effettività. In tal senso non vi sarebbe nessuna nuova norma fondamentale e la rivoluzione non sarebbe un procedimento per produrre

²⁵¹¹ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (ed. ital. a cura di S. COTTA e G. TREVES), Milano, Edizioni di Comunità, 1952, 127-128

²⁵¹² Così M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della costituzione repubblicana*, in G. BRUNELLI, A. CAZZETTA (a cura di) *Dalla costituzione "inattuata" alle costituzione "inattuale"*, Milano, Giuffrè, 2013, 37.

²⁵¹³ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, (ed. ital. a cura di M. LOSANO), Torino, Einaudi 1966, 236.

nuovo diritto ma, ai sensi della costituzione vigente ed in particolare del diritto penale fondato su quest'ultima e ancora valido, una manifestazione del delitto di alto tradimento²⁵¹⁴.

Kelsen s'interroga, inoltre sull'essenza di una costituzione democratica e la rinviene anzitutto nel suo avere un fondamento normativo che, in ultima istanza, ritiene la costituzione valida perché è presupposta valida²⁵¹⁵. L'ordinamento può dirsi democratico se tutti i poteri sono subordinati alla costituzione. In altri termini, la costituzione democratica non potrà non essere repubblicana, ma anche e soprattutto pluralistica. E' questo un passaggio chiave della teoria kelseniana della costituzione; l'Autore, infatti, ritiene che la costituzione democratica non possa avere un fondamento unitario mediante il richiamo al potere costituente del popolo. La democraticità delle costituzioni del novecento risiede dunque nel loro essere senza autore, in quanto frutto di un complesso processo d'interrelazioni di svariati fattori e soggetti²⁵¹⁶. Appare centrale, quindi, il ruolo del Parlamento, quale organo nel quale, attraverso il processo della rappresentanza politica, il pluralismo trova la sua composizione. Tuttavia, la concezione procedurale della democrazia e della costituzione, non può non comportare la previsione di limiti alla legge quale atto della volontà della maggioranza parlamentare. In altri termini, la prevalenza della volontà maggioritaria non può arrivare fino al punto di divenire dominio di alcuni interessi sugli altri. Di conseguenza, la costituzione costituisce un limite preciso alla stessa legge che può essere fatto valere attraverso l'istituzione del controllo di costituzionalità delle leggi.

Kelsen sembra, così, voler sintetizzare due secoli di costituzionalismo, evidenziando la necessità di recuperare l'intuizione di quello americano della necessaria coerenza delle leggi con la costituzione. Ciò sul piano teorico si giustifica attraverso l'applicazione della costruzione gerarchica del sistema delle fonti del diritto. In altri termini, la prevalenza della costituzione non è altro che la prevalenza di una fonte di livello superiore la quale individua un modello di composizione della pluralità degli interessi rispetto ad un'altra fonte che è tale, solo in quanto individuata come fonte di produzione nella costituzione e che deve produrre diritto coerentemente al modello tracciato nella fonte superiore. Se, perciò, la costituzione democratica è necessariamente pluralista, anche la legge, per non essere dichiarata invalida, non può essere più ricondotta ad un elemento unitario e dominante.

Secondo Kelsen l'essenza di quello che si può definire potere costituente, risiede nell'esercizio di un potere di fatto rilevante per il diritto. Di conseguenza, l'organizzazione politica 'di fatto' si trasformerebbe in un'organizzazione giuridica e la costituzione sarebbe posta dallo Stato, perché lo Stato esiste prima del diritto. E anche quest'accezione è riconducibile alla già esaminata teoria, secondo cui la validità della costituzione deriva dalla norma fondamentale. Tale norma presupposta, consente di valutare l'attività costituente come norma giuridica oggettivamente valida. L'attività costituente è, in altri termini, un fatto giuridicamente rilevante perché qualificato come tale dalla norma fondamentale. Il rapporto tra fatto e diritto viene così

²⁵¹⁴ H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, (ed. ital. a cura di M.LOSANO), Torino, Einaudi 1966, 238

²⁵¹⁵ Cfr. H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (ed. ital a cura di S.COTTA e G. TREVES, Milano, Edizioni di Comunità, 1952, 118

²⁵¹⁶ Cfr. M. FIORAVANTI, *Costituzione*, Bologna, Il Mulino 1999, 152.

capovolto; non è più il fatto che produce il diritto, ma il diritto che riconosce al fatto la capacità di produrre il diritto stesso²⁵¹⁷.

Nell'ambito delle teorie normativistiche possiamo ricomprendere anche la riflessione scientifica di Adolf Merkl²⁵¹⁸. Anche Merkl nei suoi studi individua una continuità interna, la c.d. Staatsrechtlichtekontinuität (tra costituzioni di uno Stato) e una continuità esterna, la c.d. Völkerrechtlichtekontinuität (tra Stati nell'ambito del diritto costituzionale). Nell'ambito della prima vanno distinte le modifiche conformi alle regole stabilite dalla costituzione (c.d. Verfassungsmässige) da quelle contrastanti con esse (c.d. Verfassungwidrige). Le seconde ovviamente comporteranno sempre una rottura della Costituzione (c.d. Verfassungsbruch).

4. La prospettiva Schmittiana

Come si accennava all'inizio, se si cambiano postulati, se si selezionano altre variabili di contesto, mutano in un certo modo anche le conclusioni. Esaminando l'approccio che si può definire sostanzialistico non si può non far riferimento a **Carl Schmitt**. La riflessione dell'Autore, (soprattutto nella *Verfassungslehre* (Dottrina della costituzione)²⁵¹⁹ del 1928 e nel *Der Hüter der Verfassung* (Il custode della costituzione)²⁵²⁰ del 1931,) si colloca storicamente in un periodo nel quale la riflessione kelseniana, il metodo formale normativistico viene sottoposto, soprattutto in Germania, a critiche serrate anche in considerazione di una realtà sociale ed economica particolarmente difficile. Tuttavia, tra l'approccio sostanzialistico e quello normativistico appena visto, relativamente al problema che si va affrontando in questa sede, esiste un comune punto di partenza: in caso di rivoluzione, possono essere introdotte nuove forme senza che cessi lo Stato, cioè l'unità politica di un popolo. L'approccio schmittiano a tale problema è però diverso da quello kelseniano. Secondo Schmitt il fattore da analizzare, per comprendere se, in una situazione di rottura costituzionale, ci si trovi di fronte anche ad una rottura della continuità dello Stato ovvero ad un permanere della stessa, è quello del comune fondamento del potere costituente. Di conseguenza non sono utili né le categorie del diritto pubblico interno né quelle del diritto internazionale in quanto “*il fatto che secondo il diritto internazionale, cioè in rapporto agli altri Stati non venga meno in questo caso la continuità dell'unità politica, è generalmente riconosciuto. Dal punto di vista del diritto pubblico interno da questa continuità discende che le leggi e le ordinanze precedenti, purché non contraddicano alla nuova disciplina, continuano senz'altro ad essere valide, cioè senza un particolare atto di accettazione (senza recezione)*”²⁵²¹. Tale comune fondamento non verrebbe meno anche qualora ci fosse un mutamento nella specie fino ad allora esistita del potere costituente, ad esempio nel caso di una sostituzione di una costituzione monarchica nella quale il titolare del potere costituente è il re, con una democratica. In questi casi (e Schmitt a tale proposito cita alcuni esempi storici in cui il nuovo governo ha contestato la continuità dal punto di vista del diritto internazionale e del diritto

²⁵¹⁷ Cfr. M. DOGLIANI, voce *Costituente*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1989, 283.

²⁵¹⁸ A. MERKL, *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano ed altri saggi* (ed. ital. A cura di C. GERACI), Milano, Giuffrè, 1987.

²⁵¹⁹ C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione* (ed. ital. a cura di A. CARACCILO), Milano, Giuffrè, 1984.

²⁵²⁰ C. SCHMITT, *Il custode della costituzione* (ed. ital. a cura di A. CARACCILO), Milano, Giuffrè, 1981.

²⁵²¹ C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione* (ed. ital. a cura di A. CARACCILO), Milano, Giuffrè, 1984, 133

interno) sembrerebbe interrompersi la continuità dello Stato. In realtà secondo l'Autore anche in tali situazioni dovrebbe potersi parlare di continuità poiché è possibile *“ricondere ogni costituzione, che abbia una durata, alla volontà espressa o tacita del popolo quale che sia il governo, cioè la forma di esercizio di questa volontà”*²⁵²². Schmitt a tale proposito sostiene la tesi della continuità tra il Reich tedesco fondato nel 1871 e lo Stato tedesco che si era dato la Costituzione di Weimar del 1919.

Proprio perché molto legata alla vicenda storica tedesca, la riflessione schmittiana presenta una serie di limiti dal punto di vista teoretico. Rinvenendo infatti la continuità giuridica dello Stato anche in presenza di mutamenti nella specie del potere costituente, Schmitt nega essenzialmente la possibilità di una rottura della continuità dello Stato basandola su un concetto – espresso in forma piuttosto apodittica – quale quello di decisione politica fondamentale, di potere costituente vero e proprio che non può essere trasferito, alienato assorbito o consumato²⁵²³. Schmitt, in altri termini, sostiene la tesi che la continuità dello Stato non vada rinvenuta utilizzando il criterio dell'effettività che presiede al rinvenimento della personalità giuridica di diritto internazionale, ma sulla base della presunta inconsumabilità del potere costituente a prescindere dalle forme di esplicazione dello stesso. E tuttavia anche il potere costituente è un fatto, deve essere effettivo.

Secondo l'approccio c.d. sostanzialistico l'ordinamento anche nei suoi profili dinamici va analizzato soprattutto con riferimento alla sua costituzione materiale. Il rapporto di continuità (o di rottura) tra ordinamenti costituzionali va dunque analizzato tenendo conto dell'assetto complessivo degli interessi in un dato ordinamento o del fine perseguito dalle forze politiche dominanti o delle scelte politiche fondamentali di un determinato regime politico al di là dei dati ricavanti dalle disposizioni normative. Schmitt parte dal concetto di costituzione – in senso assoluto - di un determinato Stato come forma effettiva dell'unità politica di un popolo, ovvero *“il concreto modo di esistere che è dato spontaneamente con ogni unità politica esistente”*²⁵²⁴. In tale accezione la costituzione può indicare rispettivamente la concreta condizione generale dell'unità politica e dell'ordinamento sociale di un determinato Stato, la forma particolare del potere che esiste in ogni Stato cioè la forma di Stato e anche il *“principio del divenire dinamico dell'unità politica, del processo di nascita e di formazione sempre nuova di questa unità (...). Qui lo Stato è concepito non come qualcosa di esistente, di quietamente statico, ma come qualcosa che diviene, che nasce sempre di nuovo”* e che forma quotidianamente l'unità politica²⁵²⁵. Il termine costituzione – sempre in senso assoluto - può tuttavia anche significare un sistema normativo unitario e chiuso dalle norme più alte ed ultime cioè il concetto di costituzione come norma sulle norme. Afferma testualmente l'Autore: *“Qui la costituzione non è una condizione conforme a se stessa, e neppure un divenire dinamico, ma qualcosa di normativo, un semplice «dovere». Non si tratta però di singole leggi o norme, anche se forse molto importanti e poste in rilievo con contrassegni esteriori, ma in genere della normazione globale della vita statale, della legge fondamentale nel senso di una unità conclusa, di «legge delle leggi». Tutte le altre leggi e norme devono poter essere ricondotte a questa unica norma. Con questa accezione del termine lo Stato diventa un ordinamento giuridico che poggia sulla costituzione in quanto norma fondamentale, cioè una unità di norme giuridiche. Qui la parola «costituzione» indica una unità ed una generalità. È perciò pure possibile identificare Stato e costituzione. Non però come nel precedente significato della parola, dove è Stato =*

²⁵²² C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione* (ed. ital. a cura di A. CARACCILO), Milano, Giuffrè, 1984, 132

²⁵²³ C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione* (ed. ital. a cura di A. CARACCILO), Milano, Giuffrè, 1984, 130

²⁵²⁴ C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione* (ed. ital. a cura di A. CARACCILO), Milano, Giuffrè, 1984, 16

²⁵²⁵ C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione* (ed. ital. a cura di A. CARACCILO), Milano, Giuffrè, 1984, 18

*costituzione, ma viceversa: la costituzione è lo Stato, poiché lo Stato è considerato come qualcosa che deve essere conforme ad una norma e si vede in essa soltanto un sistema di norme, un ordinamento «del diritto», che esiste non conformemente all'essere, ma vige conformemente al dovere, che però ciononostante istituisce un concetto assoluto di costituzione – poiché qui è posta una unità sistematica, conclusa di norme ed è equiparata allo Stato –*²⁵²⁶. Schmitt, come si accennava precedentemente, precisa tale concetto volendo sottolineare la differenza del suo approccio con quello delle teorie normativistiche e ovviamente in modo particolare con la riflessione scientifica di H. Kelsen. Quest'ultimo “*rappresenta pure lo Stato come un sistema e un'unità di norme giuridiche, a dire il vero senza il minimo tentativo di spiegare il principio logico e oggettivo di questa «unità» e di questo «sistema», e senza chiarire come accade e secondo quale necessità si verifica che le numerose disposizioni legislative positive di uno Stato e le diverse norme legislative costituzionali formino un simile «sistema» o una «unità». L'essere o il divenire politico dell'ordine dell'unità statale è trasformato in un funzionare, la contrapposizione di essere e dovere è continuamente confusa con la contrapposizione di essere sostanziale e funzionamento conforme alla legge.*”. La differenza è netta. L'Autore, infatti, prosegue evidenziando come secondo Kelsen, invece, “*hanno vigenza soltanto norme positive, cioè quelle norme che hanno effettiva vigenza; esse vigono non perché debbono vigere per la loro maggiore giustezza, ma senza riguardo a qualità come razionalità, giustizia, ecc., solo perché sono positive. Qui cessa improvvisamente il dovere e cade la normatività; al suo posto appare la tautologia di una cruda effettività: qualcosa vige, se vige e perché vige. Questo è «positivismo». Chi insiste seriamente sul fatto che «la» costituzione deve valere come norma fondamentale e da qui deve derivarsi quanto altro v'è di vigente, non può prendere come fondamento di un puro sistema di pure norme qualsivogliano concrete disposizioni perché sono poste da una determinata autorità, sono riconosciute e perciò sono indicate come «positive», cioè sono solo fattualmente efficaci. Solo da principi sistematici, normativamente conseguenti senza riguardo alla vigenza «positiva», cioè giusti in se stessi, in forza della loro razionalità o giustezza, si può far derivare una unità o un ordinamento normativo.*”²⁵²⁷.

Posto ciò Schmitt passa alla successiva determinazione secondo cui una costituzione vige, perché emana da un potere costituente (cioè, potestà o autorità) ed è posta dalla sua volontà. E ancora si evidenzia la contrapposizione con l'approccio kelseniano. Il concetto di potere costituente in contrapposizione alle mere norme, porta con sé la parola «volontà», indicando una entità esistente in quanto origine di un dovere. Il concetto di norma fondamentale presupposta non convince l'Autore in quanto una norma non può porre mai se stessa. Dire che una costituzione non vige per la sua giustezza normativa, ma soltanto per la sua positività e che ciò nonostante in quanto pura norma fonda un sistema o un ordinamento di pure norme, è una confusione del tutto contraddittoria. In conclusione, secondo Schmitt, la costituzione vige come norma fondamentale poiché essa è in grado di reggere un sistema chiuso di principi giusti in forza di determinate qualità logiche, morali o di altro genere attinenti al contenuto. In altri termini “*non esiste nessun sistema costituzionale chiuso di genere puramente normativo ed è arbitrario considerare come unità e ordinamento sistematico una serie di singole disposizioni, che sono intese come leggi costituzionali, se l'unità non sorge da una volontà unitaria presupposta*”²⁵²⁸. Con riferimento alla costituzione all'epoca vigente l'Autore afferma che “*le raffigurazioni e le parole che parlano della costituzione come di una «legge fondamentale» o di una «norma fondamentale», sono per lo più oscure o imprecise. Esse attribuiscono ad una serie*

²⁵²⁶ C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione* (ed. ital. a cura di A. CARACCILO), Milano, Giuffrè, 1984, 21

²⁵²⁷ C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione* (ed. ital. a cura di A. CARACCILO), Milano, Giuffrè, 1984, 22

²⁵²⁸ C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione* (ed. ital. a cura di A. CARACCILO), Milano, Giuffrè, 1984, 23 ss.

di norme assai diverse, per es. ai 181 articoli della costituzione di Weimar, una «unità» sistematica, normativa e logica. Davanti alla diversità concettuale e contenutistica delle singole disposizioni contenute nella maggior parte delle leggi costituzionali ciò è nient'altro che una gigantesca finzione. L'unità del Reich tedesco poggia non sui 181 articoli e sulla loro vigenza, ma sull'esistenza politica del popolo tedesco. La volontà del popolo tedesco, cioè qualcosa di esistenziale, superando tutte le contraddizioni sistematiche, le sconnessioni e le oscurità delle singole leggi costituzionali, fonda l'unità politica e di diritto pubblico. La costituzione di Weimar vige perché il popolo tedesco «si è data questa costituzione».²⁵²⁹ La costituzione ha dunque l'efficacia di una legge fondamentale nel suo essere la decisione fondamentale con cui il potere costituente determina attorno a particolari valori ed interessi la forma dell'unità politica di uno stato; una dimensione, perciò, essenzialmente politica che trova poi anche una traduzione in disposizioni normative. In altri termini, l'atto della legislazione costituzionale costituisce la forma e la specie dell'unità politica la cui esistenza è presupposta; cioè l'unità politica non si forma perché è data una costituzione, ma l'unità politica preesistente estrinseca se stessa, si determina consapevolmente in un atto formale. Come si accennava poc'anzi la costituzione non trova il fondamento della propria validità in una norma presupposta ma nella decisione politica del titolare del potere costituente che si pone accanto e al di sopra della costituzione. In altri termini, tale decisione vale perché preesiste un'unità politica e il titolare del potere costituente nel porre la costituzione stabilisce la specie e la forma di questa esistenza²⁵³⁰. Tale volontà non può essere naturalmente procedimentalizzata e vincolata ma nasce e si sviluppa in una situazione paragonabile ad uno 'stato di natura' che, attraverso l'opera creativa della forza o dell'autorità, fa emergere dal disordine l'ordine che dà attuazione alla vita costituzionale della comunità.

Interrogarsi sui profili della continuità o della rottura costituzionale in una specifica situazione concreta vuol dire, nella prospettiva schmittiana, interrogarsi su un conflitto costituzionale che tocca i presupposti della decisione politica fondamentale. A tale interrogativo può essere data una risposta solo ricostruendo correttamente la volontà del soggetto che in quella specifica situazione è titolare del potere costituente²⁵³¹. Nel rapporto di continuità tra costituzioni non può esserci evidentemente alcun rapporto di dipendenza gerarchica tra atti di siffatta natura. Afferma infatti Schmitt che laddove si giunga ad una nuova costituzione con l'abolizione della costituzione precedente, la nuova costituzione non è "illegittima" perché è stata rimossa la vecchia. Altrimenti la vecchia costituzione pur abolita continuerebbe ad aver validità. Schmitt, evidenziando come la legittimità della costituzione di Weimar si basa sul potere costituente del popolo tedesco, ribadisce che una nuova costituzione non può essere sottoposta ad un giudizio di conformità alle normative preesistenti e non più vigenti. Il porsi tali problemi si spiega "solo per un male interpretato bisogno di normatività"²⁵³². In tal senso, come ha avuto modo di evidenziare da tempo la dottrina²⁵³³, la riflessione schmittiana più che una ricostruzione teoretica della dottrina della costituzione è una ricostruzione molto legata al dato dogmatico e al dato storico della concreta situazione in cui venne concepita e quindi non facilmente applicabile a

²⁵²⁹ C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione* (ed. ital. a cura di A. CARACCILO), Milano, Giuffrè, 1984, 24.

²⁵³⁰ C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione* (ed. ital. a cura di A. CARACCILO), Milano, Giuffrè, 1984, 124

²⁵³¹ C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione* (ed. ital. a cura di A. CARACCILO), Milano, Giuffrè, 1984, 111.

²⁵³² C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione* (ed. ital. a cura di A. CARACCILO), Milano, Giuffrè, 1984, 126

²⁵³³ M. FIORILLO, *La nascita della Repubblica italiana e i problemi giuridici della continuità*, Milano, Giuffrè, 2000, .256 ss.

situazioni storiche diverse²⁵³⁴. E' dunque evidente la distanza tra le due concezioni di democrazia e di costituzione. La prima, quella schmittiana, è volta a legare indissolubilmente la democrazia al popolo sovrano il quale nella sua presupposta unitarietà, attraverso l'esercizio del potere costituente, genera una costituzione che lo rappresenta e lo manifesta quale unità politica. In questa concezione non può esserci evidentemente spazio per un pluralismo che metta in discussione tale unità. La seconda, quella kelseniana, è volta a proporre un modello di costituzione democratica che rifugga da modelli unidimensionali e che, viceversa, si fondi su quel pluralismo che è fattore di garanzia e che trova la propria concretizzazione, per un verso, nella pluralità delle forze politiche presenti in parlamento e per un altro nella giustizia costituzionale. In tale teoria non può esserci spazio per una concezione del potere costituente che metta in discussione il valore del pluralismo.

5. *Approcci e prospettive della dottrina italiana*

Il primo approccio metodologico che si vuole esaminare è quello di **Santi Romano** il quale afferma che nella successione tra Stati, laddove si verificano eventi connessi a mutamenti di struttura (riduzioni territoriali, estinzione personalità giuridica di diritto internazionale) non è detto che vi sia la dissoluzione dell'ordinamento giuridico nel suo complesso. Tale dissoluzione si ha solo quando, con atto esplicito, positivo, il nuovo ordinamento intenda farlo. Il principio generale è dunque quello della continuità; la discontinuità va esplicitata²⁵³⁵. Invece dalla prospettiva c.d. 'interna', ponendosi il problema della legittimazione di un nuovo ordinamento costituzionale sorto in contrasto con quello vigente, **Santi Romano** conviene che il processo costituente sia da ritenersi un potere di fatto. Tuttavia, l'inizio della vigenza della sfera giuridica non avviene nel momento in cui viene posta la costituzione quale atto fondamentale scritto del nuovo ordinamento, ma nel momento in cui *"si ha uno stato effettivo vivo e vitale; la norma invece può essere posta da esso in seguito"*²⁵³⁶. In altri termini, non è il nuovo Stato - quale organizzazione di fatto - a generare il nuovo diritto e la nuova costituzione, ma è esso stesso, quale nuova istituzione, ad essere il nuovo diritto. In seguito, vi sarà un'opera di legittimazione a posteriori del procedimento costituente che riguarderà anche quelle norme emanate nei periodi di transizione che, altrimenti, verrebbero private del necessario supporto giuridico. Tale operazione è, peraltro, necessaria da un punto di vista pratico e concreto per garantire prevedibilità e certezza, ma lo è anche da un punto di vista logico e ontologico in quanto ogni Stato non può rinnegare gli elementi che si pongono alla base della propria nascita²⁵³⁷. Tale processo, nonostante sia ricompreso nella

²⁵³⁴ Cfr. F. LANCHESTER, *Le radici imperiali della forma di governo weimariana*, in F. LANCHESTER, *Momenti e figure nel diritto costituzionale in Italia e in Germania*, Milano, Giuffrè, 219.

²⁵³⁵ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1977, 169 ss.

²⁵³⁶ Cfr. S. ROMANO, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, in *Scritti minori*, Milano, 1952, 110; IDEM, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni 1977, 50 ss..

²⁵³⁷ Cfr. S. ROMANO, voce *Costituente*, in *Digesto italiano*, VIII, Torino 1899-1903, p.350 ss.; IDEM, voce *Rivoluzione e diritto*, in IDEM., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1953, 223.

sfera fattuale, è oggetto di qualificazioni giuridiche differenziate in virtù della pluralità degli ordinamenti che, com'è noto, è un'altra delle colonne portanti della dottrina romaniana. In tale prospettiva è evidente che un processo costituente, in primo luogo, venga considerato illecito dal vigente ordinamento entro il quale si svolge; in secondo luogo esso potrebbe suscitare interesse da parte di altri ordinamenti statuali che potrebbero porre in essere interventi di svariato tipo; in terzo luogo, potrebbe consentire all'ordinamento internazionale di intervenire nel contesto con modalità variamente articolate²⁵³⁸. L'Autore afferma infatti: *“quando poi si costituisce un ordinamento nuovo, risorge la possibilità che la rivoluzione sia di nuovo qualificata da un diritto positivo, che sarà quello che avrà sostituito l'antico. Di regola, è da ritenersi che tale nuovo ordinamento, se sarà stato precisamente instaurato dalla rivoluzione di cui si tratta, legitimerà quest'ultimo, giacché non vorrà rinnegare i suoi prodromi e il procedimento da cui è sorto. Donde la conseguenza che, in mancanza di disposizioni contrarie, che pure può darsi che vengano emanate, gli atti compiuti dalla e per la rivoluzione acquisteranno quella legittimità che prima non avevano. Se, al contrario, la rivoluzione fallisce e il vecchio ordinamento viene restaurato, questo, di solito, a meno che, per ragioni di opportunità, di clemenza, di oblio, non stabilisca diversamente, continuerà a considerare illegittimi gli atti rivoluzionari. Infine, se una rivoluzione non riesce, ma l'ordinamento vigente è ugualmente abbattuto da un altro movimento, dipenderà dall'ordinamento nuovo la valutazione giuridica degli atti in cui sarà concretato il primo e non è possibile dire a priori quale siffatta valutazione potrà essere: che se esso, come può anche darsi, non li prenderà in considerazione, gli atti stessi dovranno considerarsi giuridicamente irrilevanti”*²⁵³⁹.

Più specificatamente Santi Romano distingue - nell'ambito dei processi costituenti - l'ipotesi dell'instaurazione di un ordinamento costituzionale posta in essere da forze superiori e contrarie al diritto finora vigente e l'instaurazione di un ordinamento non in opposizione alle norme vigenti, ma al di fuori di esse. Nel primo caso, in momenti di crisi, può accadere che venga meno l'efficacia del diritto di un ordinamento e che questo venga sostenuto, a sua volta, dall'efficacia di un diritto estraneo ad esso. Ad esempio, in conseguenza di una sconfitta bellica, all'estinzione dello Stato segue l'instaurazione di fatto, di una nuova costituzione, così come voluta e prevista dalle forze vincitrici. Nel secondo caso si parla, invece, d'instaurazione 'di fatto' del nuovo ordine costituzionale, quando il rispetto delle norme vigenti è solo esteriore e fittizio poiché l'ordinamento costituzionale, che viene qualificato come 'nuovo' da chi ha voluto e attuato il mutamento, deriva da una enorme forzatura interpretativa e applicativa. Si attua, in pratica, una sostanziale violazione o una falsa applicazione delle norme vigenti, con l'intento di pervenire e di facilitare la legittimazione dell'instaurazione di un 'nuovo' ordine costituzionale; tutto ciò non al fine di prestare ossequio al 'vecchio' ordine anche se modificato. Si può, quindi, affermare che l'instaurazione di un nuovo Stato avviene sempre e solamente 'di fatto', perché esso non può trovare la sua qualificazione giuridica da un preesistente ordinamento giuridico. Il procedimento costituente e gli atti di transizione trovano, allora, la propria giuridicità, il fondamento, nel 'dover essere' contenuto nella costituzione che si afferma²⁵⁴⁰. In altri termini, l'effettività del procedimento costituente, secondo Santi Romano, è elemento di supporto della giuridicità che,

²⁵³⁸ Cfr. a tale proposito P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Il diritto costituzionale*, in *Le dottrine di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Milano, Giuffrè 1977, 88 ss..

²⁵³⁹ S.ROMANO, *Rivoluzione e diritto*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1947, 221

²⁵⁴⁰ Cfr. P. BARILE, *Corso di diritto costituzionale*, Padova, CEDAM 1967, 597 ss.

nello stato di transizione, è obiettivamente incerta²⁵⁴¹. La conclusione è che nelle situazioni di transizione costituzionale è inevitabile un certo affievolimento della certezza del diritto o, quantomeno, maggiori difficoltà interpretative-applicative di disposizioni e norme. Ad esempio la transizione italiana del 1945-47, anche se rinviene un fondamento iniziale nel vecchio ordinamento statutario, viene guidata successivamente da regole nuove, formalizzate nelle costituzioni provvisorie, che si sovrappongono al precedente ordinamento fondato sullo Statuto Albertino. Tale processo ha avuto una sua gradualità e non è pervenuto ad un totale superamento dell'ordinamento precedente anche perché, fino al referendum istituzionale e all'elezione dell'Assemblea costituente, le nuove norme di funzionamento degli organi costituzionali sopravvissuti, cioè le regole della c.d. transizione costituzionale, si sono intrecciate non solo con alcune delle regole proprie dell'Istituto monarchico, quanto più in generale con norme e regole del precedente ordinamento²⁵⁴².

Invece secondo **Veziò Crisafulli**, la rottura della continuità esterna dello Stato – e questo è estremamente rilevante per il caso della transizione italiana - non può avvenire solo per il venir meno dell'organizzazione autoritaria sostituita da un'altra anche dopo una fase provvisoria di poliarchia o di temporanea sospensione dell'esercizio della sovranità per altre cause o anche in presenza di alcuni mutamenti negli elementi materiali quali il territorio. Secondo Crisafulli l'elemento decisivo è il mantenere ferma l'unità politica del gruppo. Occorre dunque chiedersi se quel popolo, in presenza di mutamenti dell'organizzazione autoritaria, possa ritenersi sottoposto al potere che è espressione del gruppo stesso. In altri termini occorre rilevare, anche qui basandosi sull'analisi della concreta manifestazione della situazione di presunta rottura, se esso rimanga popolo indipendentemente dai mutamenti quantitativi che possano intervenire nella sua composizione per ragioni di ordine naturale o di ordine politico-giuridico o viceversa²⁵⁴³. Certamente la diversa strutturazione dell'organizzazione governante (attorno alla quale si ricostituisce l'unità politica del gruppo), il suo richiamarsi a diversi principi, ad una nuova costituzione, sono elementi fondamentali per analisi di tipo politico, storico ed anche per ciò che riguarda il diritto internazionale (ad es. rapporti tra Stati), ma sono irrilevanti dal punto di vista dell'analisi di diritto costituzionale volta a interrogarsi sui profili della continuità/rottura²⁵⁴⁴. In tali casi la sovranità e il popolo si estinguono necessariamente tutti insieme perché viene meno appunto il collegamento tra il gruppo sociale e il potere politico al quale si subordina che ne è espressione. E dunque non appaiono elementi discriminanti la situazione di continuità o di rottura la permanenza o meno di strutture normative, amministrative o giudiziarie perché *“l'esperienza giuridica non si arresta ad un tratto per ricominciare da capo”*²⁵⁴⁵. Né rileva la concreta strutturazione della forma di Stato o di governo successiva alla fusione, all'incorporazione, al frazionamento. E dunque il fatto fondamentale che costituisce uno Stato è quello che sempre

²⁵⁴¹ Cfr., sul punto, le considerazioni di A. PACE, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova, CEDAM 1997, 104

²⁵⁴² Così A. SACCOMANNO, *La transizione italiana: le costituzioni provvisorie*, in S. GAMBINO (a cura di), *Costituzionalismo europeo e transizioni democratiche*, Milano, Giuffrè, 2003, 412

²⁵⁴³ V. CRISAFULLI, *La continuità dello Stato*, ora in *Stato, popolo, governo*, Milano, Giuffrè, 1985, 40

²⁵⁴⁴ V. CRISAFULLI, *La continuità dello Stato*, ora in *Stato, popolo, governo*, Milano, Giuffrè, 1985, 40

²⁵⁴⁵ V. CRISAFULLI, *La continuità dello Stato*, ora in *Stato, popolo, governo*, Milano, Giuffrè, 1985, 40

Crisafulli chiamava l' "ordinarsi subordinandos?". Al di là quindi delle qualificazioni che il diritto interno di uno Stato possa dare dell'esperienza statale previgente (continuità o rottura), da un punto di vista teoretico esisterà o una rottura della continuità dello Stato, con conseguente estinzione dello stesso e della sua identità e nascita di un nuovo Stato oppure una situazione di continuità (con o senza modificazioni normative) che non comporta l'estinzione del vincolo politico tra il popolo e il detentore del potere.

Naturalmente l'analisi teoretica rapportata ai casi concreta va completata da quella dogmatica, atteso che ogni ordinamento stabilisce una serie di norme di diritto positivo volte a stabilire le regole di appartenenza o meno al popolo di quello Stato. E qui si innesta un'altra difficoltà di ordine concettuale a seconda se si delimita l'oggetto di studio 'popolo' solo a coloro i quali, positivamente, posseggono la cittadinanza di quello Stato oppure se allarghiamo i confini correlando tale concetto a quello di sovranità popolare e ai diritti di cittadinanza²⁵⁴⁶. Inoltre il popolo, nell'ambito di una scelta politica di fondo che vuole inglobare il pluralismo sociale (quale è stata quella che ha dato vita alla Costituzione italiana ad esempio), non è un soggetto unitario ma un soggetto necessariamente disomogeneo perché pluralista.

Il problema del parametro su cui basare il discriminante tra una situazione di rottura è uno dei punti approfonditi nella riflessione di **Costantino Mortati**. Anche Mortati rigetta uno dei postulati delle teorie normativistiche e cioè quello di configurare in modo unitario i vari ordinamenti giuridici sovrani con la conseguente supremazia del diritto internazionale sul diritto interno. E dunque, afferma l'Autore: "*se si ritenesse che esiste un principio di diritto internazionale, secondo cui la personalità internazionale di uno stato rimane immutata qualunque sia il mutamento verificatosi nell'organizzazione dei poteri costituzionali o nel suo fine fondamentale, si sarebbe in possesso di un criterio sicuro atto ad eliminare ogni indagine rivolta al mutamento costituzionale, bastando a dare ragione del mantenimento dell'identità dello stato la permanenza del suo elemento materiale ed indirettamente di quello personale. (...) 'forma regiminis mutata non mutatur ipsa civitas'*"²⁵⁴⁷. Secondo l'Autore vi sono tuttavia altre forme di mutamento per le quali tale criterio non è sufficiente ma per valutare la continuità o meno di un dato Stato nell'ambito dell'ordinamento internazionale si deve tener conto dell'ordinamento interno. In tali casi "*non potrebbe non procedersi ad un'indagine di specie rivolta ad indagare di volta in volta quando gli organi di uno stato che hanno subito la mutazione di uno dei suoi elementi si possano considerare proscrittori degli antichi e quando no*"²⁵⁴⁸. Se infatti nelle variabili che subiscono il mutamento non ci sono solo le istituzioni costituzionali, ma anche l'elemento territoriale sia nel senso dell'ampliamento che nel senso della riduzione, la conclusione non è detto che si collochi nel senso della continuità necessaria dello Stato nel senso appena illustrato. Ancora una volta riemerge la necessità di un'analisi che tenga conto delle effettive vicende storiche. La conclusione di Mortati, diversamente da Schmitt, è che la questione della continuità dello Stato deve essere affrontata sia utilizzando le categorie di diritto internazionale che quelle di diritto interno ognuna di esse con un rilievo autonomo. In tal senso, nella prospettiva dei rapporti tra Stati, vengono rigettate dall'Autore, in primo luogo, le ricostruzioni monistiche del diritto che affermando la

²⁵⁴⁶ Su cui cfr. ad es. C. AMIRANTE, voce *Cittadinanza (teoria generale)*, in *Enciclopedia Giuridica* (vol. XII – Aggiornamento), Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana Treccani, 2004)

²⁵⁴⁷ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, CEDAM 1969, 71.

²⁵⁴⁸ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, CEDAM 1969, 72.

supremazia dell'ordinamento internazionale su quelli interni affermano la necessità di configurare in modo unitario gli ordinamenti statali. In secondo luogo, Mortati non è convinto neanche dalla ricostruzione schmittiana laddove viene posto il richiamo alla decisione fondamentale del popolo quale forma del potere costituente e “*fonte di giuridificazione di qualsiasi instaurazione costituzionale*” che afferma la continuità dello Stato qualsiasi sia l'entità del mutamento intervenuto²⁵⁴⁹.

Per ciò che riguarda invece la c.d. continuità interna secondo Mortati occorre utilizzare categorie o variabili di diritto interno atte a rilevare se esista un nuovo ordinamento costituzionale sopravvenuto e se esso si ponga in una relazione di continuità o di rottura con l'ordinamento previgente. In tal senso l'elemento decisivo ai fini di una tale configurazione è quello della volontà dello stesso ordinamento sopravvenuto espressa dai suoi organi di vertice o rinvenibile in atti politici o normativi. Tuttavia, se è vero che la volontà dello stesso ordinamento sopravvenuto ha rilevanza decisiva, è vero altresì che tale volontà non si palesa in ogni circostanza, né sempre in modo univoco²⁵⁵⁰. Di conseguenza, relativamente al problema della continuità interna, occorre rinvenire un criterio di distinzione maggiormente dettagliato. L'Autore ritiene che ci si trovi di fronte ad una frattura tra il vecchio e il nuovo tutte le volte che la trasformazione attenga alla costituzione materiale operando una sovversione del preesistente assetto sociale e l'annientamento delle forze che lo sostenevano. In tal senso dunque non rileva l'aspetto procedimentale (l'aver rispettato le procedure di revisione previste dalla costituzione previgente o no) ma il risultato sostanziale.

Mortati dunque non accoglie le ricostruzioni kelseniane perché può avvenire che il nucleo della costituzione materiale venga intaccato anche da procedure formalmente conformi alla costituzione previgente. Per ciò che riguarda il potere costituente diversamente dalle concezioni finora esposte che, si ricorda, evidenziano come la costituzione sia il prodotto di un atto unilaterale di un soggetto ben determinato (popolo o nazione), le concezioni bilaterali o dualiste, alla quale può essere ricondotta la riflessione mortatiana, sottolineano un'accezione ‘neocontrattualista’ nella nozione di potere costituente. Secondo questo modello, il momento iniziale dei processi costituenti va ricondotto all'azione di un soggetto promotore, di una élite che si impone con la forza dell'effettività. In seguito, però, è indispensabile l'adesione, esplicita o implicita, a tale progetto da parte della comunità. L'adesione della comunità dei sottoposti non va considerata, riduttivamente, quale mera ratifica di un atto e di un processo posto in essere da altri, bensì quale fonte di legittimazione del potere costituente esercitato in concreto da una minoranza di promotori, di costituenti. In tale direzione si colloca la nozione di potere costituente contenuta nella teoria mortatiana della costituzione materiale che riafferma la funzione strumentale del diritto, il quale cessa di essere unicamente valido in sé e ritorna ad essere funzionale per qualcosa che è fuori di sé²⁵⁵¹. La costituzione non viene così analizzata solo in riferimento alla sua validità ed effettività, ma, soprattutto, analizzando la corrispondenza esistente

²⁵⁴⁹ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, CEDAM 1969, 74.

²⁵⁵⁰ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, CEDAM 1969, 72.

²⁵⁵¹ Cfr. in generale C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, (ristampa inalterata con una premessa di G. ZAGREBELSKY) Milano, Giuffrè, 1998.

tra il contenuto delle sue norme e l'insieme dei principi strutturanti la società regolata dalle norme stesse. Il potere costituente in tale prospettiva non viene ad essere limitato ad una mera dimensione fattuale, ma è l'espressione di un insieme di forze che mirano all'ordine; è l'inizio di un processo che conduce alla costruzione di un nuovo ordine, di una nuova costituzione. In altri termini, tra costituente e costituito non sussisterebbe una contrapposizione logica e concettuale, ma una linea di continuità di tipo temporale, laddove il processo costituente è l'inizio di ciò che verrà costituito successivamente. Il potere costituente nel momento in cui si afferma come tale, attuando l'ordine di cui è portatore, diviene già esso stesso Stato, cioè un'organizzazione giuridica dotata dell'attributo della sovranità²⁵⁵². Il contenuto essenziale del potere costituente non risiederebbe, perciò, nella libertà di volere, ma nell'equilibrio dei rapporti di forza politici. Il titolare del potere costituente, diviene, così, non più la nazione, il popolo, o gli individui, ma l'effettiva organizzazione politica che si realizza sulla base dei rapporti di forza. Il titolare del potere costituente non è più un soggetto unitario e conseguentemente universale, ma un insieme di forze che sono in equilibrio tra loro. D'altronde tale concetto si sostituisce a quello, antico, di *convenant* tra tutti i membri della comunità politica. Una volta, comunque, che il processo costituente abbia raggiunto il suo obiettivo, la legittimazione del nuovo ordinamento si traduce nella legittimazione degli atti compiuti dal governo provvisorio, ai sensi del diritto prodotto dal nuovo ordinamento e non più secondo il diritto prodotto dal governo provvisorio stesso. Il governo provvisorio diverrebbe, pertanto, organo del nuovo stato in quanto assorbito da quest'ultimo per identità di interessi²⁵⁵³.

6. Considerazioni di sintesi

Se dunque è palese la diversità di conclusioni a cui si giunge partendo da diversi punti di vista e quindi selezionando variabili diverse, è anche vero che, come si accennava all'inizio, esistono parallelismi tra le costruzioni c.d. 'formalistiche' e quelle c.d. 'sostanzialistiche'. Già Mortati aveva evidenziato tale fatto rilevando che *“non senza sorpresa si constata come vengano a confluire verso risultati convergenti correnti di pensiero, le quali pur muovono da punti di vista contrapposti. Così, per esempio, il solco che sembra dividere l'istituzionalismo del ROMANO ed il normativismo del KELSEN si appiana per il fatto che l'uno e l'altro finiscono con il respingere nel campo del pregiuridico la realtà sociale, richiamata da entrambi, ma su presupposti e con fini diversi. Così ancora il formalismo kelseniano, svincolando la volontà della suprema autorità da ogni limite sostanziale di contenuto, consentendole qualunque mutamento, anche il più radicale dell'ordine costituito, viene in certo senso a sboccare nel «decisionismo»²⁵⁵⁴.*

Ma anche Crisafulli sottolineava che *“tanto il Kelsen quanto lo Schmitt, il primo beninteso, nell'ordine normativistico formale, il secondo sopra un terreno istituzionalistico accentuatamente sociologico, muovono dallo sdoppiamento del concetto di costituzione (...). Come, per lo Schmitt, la decisione politica fondamentale non si*

²⁵⁵² C. MORTATI, *La Costituente*, ora in *Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato. Raccolta di scritti*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1972, 11ss..

²⁵⁵³ Cfr. in tal senso G. P. CALABRO' *Potere costituente e teoria dei valori – La filosofia giuridica di Costantino Mortati*, Lungro, Marco editore, 1997, 44 ss..

²⁵⁵⁴ C. MORTATI, voce *Costituzione (Dottrine generali)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XI, Milano, Giuffrè, 1962, 162

identifica con le “leggi costituzionali”, ma le precede e condiziona, così, per il Kelsen, la Grundnorm sta fuori ed oltre la costituzione positiva (o la serie delle costituzioni positive l’una dall’altra deducibili) (...) condizionante la costituzione in senso giuridico-positivo. Ed è, rispettivamente nella Grundnorm (o nella decisione politica suprema, per lo Schmitt) e non nella costituzione positiva (...) che consisterebbe l’identità dello Stato. Ma poiché la Grundnorm non è che una “cifra” in chiave normativistica per indicare il fatto storico originario o la “fattispecie fondamentale” che sta a base dell’ordinamento (la deliberazione di una assemblea o l’arbitrio di un usurpatore, come dice ripetute volte Kelsen), appare evidente il parallelismo di fondo tra questa concezione e quella schmittiana; tanto più che da quest’ultima, all’inverso, non riesce ad essere del tutto assente un elemento normativistico”²⁵⁵⁵. E dunque “anche per le dottrine normativistiche formali s’impone una scelta che, per non essere astrattamente arbitraria, deve avere pur riferimento all’esperienza [sia che] si operi tale scelta all’atto di individuare la prima costituzione originaria e la sua Grundnorm, ovvero in un momento ulteriore quando, interrottasi la concatenazione produttiva, si debba riconoscere una nuova Grundnorm”²⁵⁵⁶. Tale situazione potrebbe preludere ad una sorta di problema irrisolvibile per le contraddizioni insite nelle premesse (aporia). In altri termini come ricordava Crisafulli, “per individuare una la costituzione (o la norma fondamentale) di un ordinamento, bisogna muovere induttivamente da quella stessa esperienza che si tratta di qualificare giuridicamente. Ma l’aporia è inevitabile se voglia farsi scienza del diritto positivo”²⁵⁵⁷

Cercando di trarre delle conclusioni di sintesi, è allora senz’altro da preferirsi l’approccio metodologico di **Augusto Cerri** volto a superare le tesi che, come si è potuto vedere, privilegiano nell’analisi continuità/rottura l’aspetto formale ovvero quello sostanziale²⁵⁵⁸. Viceversa, un tale approccio, maggiormente articolato, consente di utilizzare categorie e criteri formali nell’individuazione dell’ordinamento di riferimento e categorie e criteri sostanziali nella valutazione delle norme costituzionali dell’ordinamento oggetto dell’analisi nel loro rapporto con quelle dell’ordinamento statale previgente. Tutto ciò in modo correlato e non scisso. Sempre secondo Cerri infatti, i principi fondamentali di un ordinamento costituiscono fattore formale e sostanziale di identità dell’ordinamento stesso. I suddetti principi, infatti, non possono essere modificati da organi e procedure costituite ed hanno un contenuto normativo in contrasto con le norme c.d. rivoluzionarie o innovative. Laddove dunque si verificasse una tale antinomia sarebbe evidente il rinvenire una situazione di rottura sia da un punto di vista formale che da quello sostanziale.

In tal senso i problemi inerenti al rapporto continuità/rottura possono essere così sintetizzati. Per ciò che riguarda le rotture nella continuità esterna, esse sono riconducibili a quelle che la dottrina chiama la formazione secondaria previa estinzione di uno o più Stati che può avere luogo secondo le forme del frazionamento, della fusione e dell’incorporazione. In tutti questi casi sorge il problema dell’identità; in altri termini occorre stabilire se l’ordinamento statale o gli ordinamenti statali successivi a tali eventi siano realmente nuovi oppure se uno di essi possa

²⁵⁵⁵ V. CRISAFULLI, *La continuità dello Stato*, ora in *Stato, popolo, governo*, Milano, Giuffrè, 1985, 5

²⁵⁵⁶ V. CRISAFULLI, *La continuità dello Stato*, ora in *Stato, popolo, governo*, Milano, Giuffrè, 1985, 38

²⁵⁵⁷ V. CRISAFULLI, *La continuità dello Stato*, ora in *Stato, popolo, governo*, Milano, Giuffrè, 1985, 38

²⁵⁵⁸ A. CERRI, *Istituzioni di diritto pubblico – Casi e Materiali*, Milano, Giuffrè, 2009, 24ss.

ricollegarsi con un vincolo di continuità al precedente Stato²⁵⁵⁹. Come si è visto il problema non è di semplice soluzione dal punto di vista teoretico, dipendendo tale soluzione da come si ritiene configurare i c.d. elementi costitutivi dello Stato. Ma c'è di più; nella realtà giuridica tali modificazioni rilevano da un punto di vista applicativo e quindi dogmatico con riferimento al singolo Stato in quanto, nei casi specifici, si tratta di risolvere i problemi concreti relativi alle diverse situazioni giuridiche soggettive che possono venir toccate dalle vicende in esame e per le quali occorre rinvenire la loro base giuridica²⁵⁶⁰. In tal senso l'analisi della questione della continuità esterna dello Stato, come si accennava all'inizio, deve essere necessariamente accompagnata da quella della c.d. continuità interna.

Per ciò che riguarda quest'ultima, si può dire che le teorie normativistiche, sia quella di Kelsen che quella di Merkl, pur nel rigore metodologico riconosciuto, scontano il limite di un approccio esclusivamente teoretico basato fondamentalmente sul concetto di norma fondamentale presupposta e configurata come norma di riconoscimento sulla produzione normativa che semplifica l'analisi dei contenuti concreti (dogmatici) della modificazione costituzionale. Tali teorie infatti ritengono che gli unici limiti alla revisione costituzionale siano quelli procedurali o quelli espliciti, escludendo la possibilità di limiti impliciti. In tal senso, tende a semplificare il problema ritenendo sussistente il rapporto di continuità c.d. interna in presenza di qualsiasi mutamento, anche il più profondo, che però si ponga in un rapporto di coerenza/validità con la norma fondamentale sulla produzione giuridica cioè che rispetti essenzialmente i profili procedurali stabiliti nella costituzione vigente. Di conseguenza, si dovrebbe parlare di rotture costituzionali solo in presenza di profili di contrasto con le suddette variabili. Le teorie sostanzialistiche scontano invece il limite di utilizzare come parametro una serie di elementi politico-sociali (decisione fondamentale del popolo, costituzione materiale) che non possono per loro natura avere le stesse caratteristiche di esattezza e precisione di un criterio teoretico-formale. In particolare riguardo al rapporto tra popolo e potere costituente è stato ad esempio fatto notare che ricostruzione schmittiana sancisce la sostanziale estraneità del popolo reale alla determinazione della forma politica. Come ha affermato AZZARITI: *“Solo rifiutando il popolo reale Schmitt può porlo a base del potere costituente. Un popolo, che può essere indicato come il portatore dell'infinita energia del potere costituente, solo in quanto trasceso, assunto non nella sua reale soggettività, ma in base ad un processo di astrazione e dunque idealizzato, privato di ogni differenziazione al proprio interno e di ogni concreta dialettica storica e materiale”*²⁵⁶¹.

Ed allora, come si diceva inizialmente, sembra opportuno incrociare le due variabili che si sono scelte e analizzate: il procedimento seguito nella revisione costituzionale e i contenuti normativi della revisione stessa. I risultati potranno essere allora riconducibili alle seguenti alternative:

²⁵⁵⁹ Si può ricordare a tale proposito il problema relativo all'unificazione italiana del 1861 che vide confrontarsi dialetticamente DIONISIO ANZILLOTTI (*La formazione del Regno d'Italia, nei riguardi del diritto internazionale*, 1912, ora in *Scritti di diritto internazionale pubblico*, Padova, CEDAM, 1956, 631 ss.) il quale sostenne la tesi che gli Stati preunitari si fossero fusi in una nuova entità: il Regno d'Italia e SANTI ROMANO (*I caratteri giuridici della formazione del Regno d'Italia*, 1912, ora in *Scritti minori*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1950, 327 ss.) secondo cui, invece, gli Stati preunitari erano stati incorporati dal Regno di Sardegna che si era trasformato in Regno d'Italia.

²⁵⁶⁰ P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto Costituzionale*, Napoli, Jovene, 1989, 71

²⁵⁶¹ G. AZZARITI, *Critica della democrazia identitaria*, Bari, Laterza 2008, 35

a) Revisione costituzionale conforme alle procedure costituite – Contenuti coerenti con i principi della costituzione previgente

In questo caso trattasi di un classico caso di semplice revisione costituzionale che si manifesta negli ordinari poteri costituiti. Si parlerà dunque di una continuità formale e sostanziale.

b) Revisione costituzionale conforme alle procedure costituite – Contenuti contrastanti con i principi della costituzione previgente

In questo caso ci si trova di fronte ad una revisione costituzionale che si è svolta secondo le procedure formalmente previste ma che, contenutisticamente, ha intaccato il nucleo duro dei principi della costituzione. Ci sarà dunque una rottura sostanziale nell'ordinamento costituzionale pur avendo rispettato una continuità di tipo formale-procedurale. Ipotesi questa, si ricorda, che viene rigettata dalle teorie normativistiche di tipo kelseniano.

c) Revisione costituzionale contraria alle procedure costituite – Contenuti contrastanti con i principi della costituzione previgente

Queste ipotesi di rottura, formale e sostanziale, sono state variamente classificate. La dottrina le ha ricondotte alle fattispecie della rottura, della deroga e della sospensione²⁵⁶². In sostanza ci si trova di fronte ad una consapevole rimozione della forza normativa di alcune disposizioni costituzionali al fine di perseguire un mutamento sostanziale da un punto di vista politico-costituzionale.

d) Revisione costituzionale contraria alle procedure costituite – Contenuti coerenti con i principi della costituzione previgente

Questo caso, che si potrebbe definire di rottura formale e continuità sostanziale sembrerebbe una mera ipotesi di scuola. Tuttavia, a ben guardare, non è così. La dottrina fa ricadere sotto tale ipotesi la vicenda stessa dello Statuto Albertino che, concepito come rigido, venne in seguito ritenuto e trattato come costituzione flessibile. Come ricorda CERRI, in primo luogo il regime configurato da questo statuto era probabilmente di tipo costituzionale ma fin dall'inizio subì un'evoluzione parlamentaristica; in secondo luogo esso, nato come liberale e con elettorato ristrettissimo, attraverso successivi ampliamenti legislativi dell'elettorato attivo si trasformò in liberal democratico. Ora questi mutamenti, queste revisioni rilevanti sotto il profilo formale e dei rapporti tra fonti del diritto, potrebbero essere configurati come atti di rottura costituzionale anche da un punto sostanziale, costituenti dunque. Ma non così vennero intese *“nel contesto del « regime » di volta in volta « attuale », che sempre rivendicò una sua continuità con quello « statutario » delle origini”*²⁵⁶³.

Dunque le due prospettive, esterna ed interna, sono concettualmente differenziate e nella trattazione fin qui seguita si è cercato di mostrare quali siano le variabili e le tipologie di situazioni che possono generarsi. Tuttavia, come si diceva all'inizio, l'analisi complessiva dei profili dinamici di un ordinamento costituzionale va fatta tenendo contestualmente presenti le due prospettive. Se dunque si è appurato che continuità dell'ordinamento costituzionale da un punto di vista interno e continuità dell'identità dello Stato da un punto di vista esterno (e correlativamente

²⁵⁶² M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della costituzione repubblicana*, in G. BRUNELLI, A. CAZZETTA (a cura di) *Dalla costituzione “inattuata” alla costituzione “inattuale”*, Milano, Giuffrè, 2013, 37.

²⁵⁶³ A. CERRI, *Istituzioni di diritto pubblico. Casi e materiali*, Milano, Giuffrè, 2009, 28.

rottura dell'ordinamento costituzionale da un punto di vista interno e rottura dell'identità dello Stato da un punto di vista esterno) non possono essere in corrispondenza biunivoca, potremo dunque avere le seguenti situazioni:

a) Continuità dell'ordinamento costituzionale e continuità dell'identità dello Stato

Queste situazioni sono quelle che possono ricondursi all'ordinaria manifestazione di poteri costituiti come i casi di revisione costituzionale avvenuti seguendo le procedure previste.

b) Rottura dell'ordinamento costituzionale e rottura dell'identità dello Stato

Tale eventualità è ascrivibile al caso in cui, seguendo la riflessione di CRISAFULLI, si verifica un mutamento costituzionale che non solo trasforma modi e forme organizzative dello Stato, ma addirittura fa venir meno il vincolo politico unitario e sovrano²⁵⁶⁴. Secondo l'Autore tale situazione non è così scontata o frequente. Va anche detto che se si opera secondo l'implicazione contraria, allorquando si verifichi l'estinzione di uno Stato, la rottura della sua identità esterna, molto più frequentemente ci sarà una rottura della Costituzione previgente e la sua sostituzione con un nuovo atto normativo fondamentale espressione dell'identità del nuovo Stato.

c) Rottura dell'ordinamento costituzionale e continuità dell'identità dello Stato

Tale eventualità è, con tutta probabilità, quella statisticamente più diffusa. Come si vedrà più avanti anche la transizione italiana 1943-1946 viene fatta rientrare in questa categoria. In siffatte situazioni come ricorda E. Tosato *“nonostante il rivolgimento costituzionale, popolo e territorio restano determinati nella loro consistenza dalle norme, di natura sostanzialmente se non formalmente costituzionali, già vigenti in materia. Cadono solo le norme, costituzionali o non, incompatibili con il nuovo ordine, e restano in vigore tutte le altre, costituzionali o non, che non siano esplicitamente o implicitamente abrogate dalle nuove norme”*²⁵⁶⁵.

Tale risultanza, come si è visto precedentemente, accomuna sia la riflessione kelseniana che quella schmittiana; in caso di rivoluzione, possono cioè essere introdotte nuove forme senza che cessi lo Stato, cioè l'unità politica di un popolo.

d) Continuità dell'ordinamento costituzionale e rottura dell'identità dello Stato

Tale eventualità appare piuttosto remota a verificarsi in quanto appare evidente che un mutamento sostanziale nell'identità esterna dello Stato non si accompagni anche ad una nuova Costituzione.

Nelle vicende della successione temporale degli Stati, in caso si verifichi una rottura sia nella prospettiva che si è definita 'esterna' sia in quella 'interna' uno dei problemi principali è quello del rapporto tra fonti del diritto appartenenti ai due ordinamenti. Sia nel caso di estinzione dello Stato sia nel caso di nuova costituzione dello Stato, infatti, non vengono mai meno tutte le norme vigenti nell'ordinamento anteriore né esse degradano per il fatto in sé della rottura a meri fatti. Come scrive CRISAFULLI: *“Quel che «si estingue», nella realtà dell'esperienza giuridica, è la capacità produttiva di diritto delle vecchie fonti (...) alle quali altre vengono, in tutto od in parte, a sostituirsi per l'avvenire”*²⁵⁶⁶. Nel corso di queste fasi di rottura normalmente si assiste dunque ad una sostituzione della Costituzione e di alcune leggi 'politicamente essenziali', mentre un certo numero di norme vigenti sotto la precedente costituzione resta in vigore in una relazione di apparente continuità.

²⁵⁶⁴ V. CRISAFULLI, *La continuità dello Stato*, ora in *Stato, popolo, governo*, Milano Giuffrè, 1985, 48

²⁵⁶⁵ E. TOSATO, voce *Stato (diritto costituzionale)* in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1984, 775

²⁵⁶⁶ V. CRISAFULLI, *La continuità dello Stato*, ora in *Stato, popolo, governo*, Milano Giuffrè, 1985, 29

Nell'immediatezza e nella fluidità caratterizzanti le fasi di transizione di tali periodi l'*horror vacui* non può che spingere a soluzioni di tal genere. Certamente va sempre ricordato che il nuovo ordinamento può valutare come meglio crede il diritto precedente; tuttavia generalmente vengono applicati i consueti criteri cronologico e gerarchico di risoluzione delle antinomie o anche quelli relativi alla forza del giudicato²⁵⁶⁷. In altri termini, per le norme vigenti nell'ordinamento precedente permangono tali fino a che il nuovo ordinamento non disponga esplicitamente in modo contrario. Tale disporre può passare fisiologicamente attraverso le specie dell'abrogazione *ex nunc*, ma anche di quella *ex tunc* in alcuni casi. Naturalmente la rottura ordinamentale - statale e/o costituzionale - genera quasi sempre problemi di 'patologia' cioè di validità. Ebbene, com'è noto, l'eventuale annullamento di norme anteriormente vigente potrà aversi per vizi formali (relativamente al rispetto delle forme e dei procedimenti previgenti) ma soprattutto per vizi materiali derivanti dal contrasto di contenuto normativo tra i due ordinamenti.²⁵⁶⁸

7. La transizione italiana 1943-1946. Continuità e rotture.

Nell'economia del presente lavoro, che non può evidentemente compiere un'analisi esaustiva secondo le categorie delle scienze storiche, al fine di analizzare la transizione italiana nel periodo 1943-1946 con riferimento al parametro continuità/rottura, occorre anzitutto definire alcune variabili di contesto: la vicenda bellica che in quegli anni non vede coinvolte le forze armate italiane solo all'estero ma che apre un altro fronte sul territorio nazionale; le strategie contrastanti dei Tedeschi e degli Alleati che combattono sul territorio nazionale su fronti contrapposti, ma anche quelle differenziate, mutevoli nel tempo e quindi non sempre coerenti tra loro degli stessi Alleati; le strategie delle forze politico-partitiche italiane; il ruolo della Corona.

In tal senso si può far riferimento alla teorizzazione mortatiana che sottolinea come il potere costituente sia frutto di spinte endogene ed esogene che lo condizionano ed evidenzia come nel caso italiano siano state "le condizioni esogene che hanno imposto la democratizzazione dell'ordinamento, mentre gli accordi endogeni hanno certificato sia la tregua istituzionale sia il percorso del cambiamento."²⁵⁶⁹

La strategia perseguita dalla Corona nel deporre Mussolini e nell'affidare il Governo a Badoglio era dunque quella di generare una rottura con il Regime fascista tentando di creare una situazione di continuità con l'assetto del Regno d'Italia pre-1922. Questo allo scopo di scindere le responsabilità della Corona da quelle del regime fascista nel timore che la caduta del regime potesse travolgere anche la monarchia. Tale operazione di rivendicazione della continuità fu in un certo senso facilitata perché, com'è noto, il regime fascista non aveva eliminato l'istituzione monarchica pur avendola svuotata notevolmente dei suoi poteri. Tuttavia, sostanzialmente, è come se tale strutturazione del sistema avesse generato un duplice 'senso di appartenenza' e

²⁵⁶⁷ F. PIERANDREI, *La rivoluzione e il diritto*, in *Nuova rivista di diritto commerciale, diritto dell'economia, diritto sociale*, 1952, 138.

²⁵⁶⁸ Sul punto si possono vedere le considerazioni di H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (ed. ital. a cura di S. COTTA e G. TREVES), Milano, Edizioni di Comunità, 1952, 119. Per ampie valutazioni critiche e ulteriori riferimenti dottrinari si veda V. CRISAFULLI, *La continuità dello Stato*, ora in *Stato, popolo, governo*, Milano Giuffrè, 1985, 15 ss.

²⁵⁶⁹ Così F. LANCHESTER, *Introduzione generale al Convegno: Mortati e la "legislatura costituente"*, Roma - Sala del Cenacolo di Vicolo Valdina Camera dei Deputati, 14 dicembre 2015

dovere di fedeltà per i cittadini. Da un lato allo Stato italiano rappresentato dalla monarchia, dall'altro al Regime fascista. Tale duplicità si manifestò tragicamente negli eventi che si succedettero in quel periodo soprattutto nella contrapposizione tra chi ritenne prevalente il dovere di fedeltà allo Stato italiano anche nel mutato scenario politico-militare e chi invece ritenne prevalente il dovere di fedeltà al regime fascista, alle sue alleanze politico-militari. La continuità ricercata dal sovrano con il Regno pre-1922 “mettendo tra parentesi” l'esperienza fascista si fondava sul tentativo di salvare l'istituzione monarchica in un contesto politico-militare quanto mai difficile ed ambiguo e che di lì a pochi mesi avrebbe portato all'armistizio. E' indubbia invece la rottura costituzionale ‘interna’ con il Regime Fascista. La deposizione di Mussolini fu un fatto che ruppe parzialmente con l'assetto costituzionale vigente in merito alle vicende inerenti la figura del Capo del governo. Dunque la deposizione fu un legittimo atto di revoca del sovrano ai sensi dell'art. 65 dello Statuto senza che il Gran Consiglio del Fascismo attivasse l'applicazione dell'art.13 della legge 2693 del 1928 che prevedeva l'elaborazione di una lista di ‘nominabili’ da parte dello stesso Gran Consiglio²⁵⁷⁰.

Il governo Badoglio si caratterizzò per essere di fatto un governo militare che si poneva in un rapporto di frattura con il regime fascista anche perché di esso non faceva parte il segretario del PNF (secondo quanto disposto dal Rdl 11 gennaio 1937 n.4). In questo senso, e le analisi storiche paiono confermarlo, Vittorio Emanuele III approfittò della deliberazione del Gran Consiglio del Fascismo per creare una sorta di governo tecnico-militare sotto l'egida del re, creando consapevolmente una frattura con il Regime Fascista. Al di là delle considerazioni appena svolte, ciò è spiegato sia dall'aver vanificato le aspettative di alcuni dei membri del Gran Consiglio che pare sperassero di instaurare una sorta di ‘fascismo senza Mussolini’, sia dello stesso Mussolini che si recò nella residenza privata del sovrano, contando di conservare il suo potere in virtù del suo rapporto personale col re e senza timore di essere arrestato. In tal senso la dottrina pare rinvenire nelle vicende del 25 luglio 1943 i caratteri del colpo di Stato – voluto consapevolmente da alcuni e inconsapevolmente da altri - concretizzanti in una trasformazione

²⁵⁷⁰ Cfr. Statuto Albertino,
Art. 65 “Il Re nomina e revoca i suoi Ministri”;

L. 24 dicembre 1925, n. 2263 - N. 2531, (in Gazz. uff., 29 dicembre, n. 301) - Attribuzioni e prerogative del capo del governo, primo ministro segretario di Stato.

Art. 1. Il potere esecutivo è esercitato dal Re per mezzo del suo governo. Il governo del Re è costituito dal primo ministro segretario di Stato e dai ministri segretari di Stato.

Il primo ministro è capo del governo.

Art. 2. Il capo del governo primo ministro segretario di Stato è nominato e revocato dal Re ed è responsabile verso il Re dell'indirizzo generale politico del governo.

Il decreto di nomina del capo del governo primo ministro è controfirmato da lui, quello di revoca dal suo successore.

Legge 9 dicembre 1928, n. 2693 - Ordinamento e attribuzioni del gran consiglio del fascismo. (pubblicata nella gazzetta ufficiale n.287 del 11 dicembre 1928)

Art.2 Il capo del governo, primo ministro segretario di stato, è, di diritto, il presidente del gran consiglio del fascismo. Egli lo convoca quando lo ritiene necessario e ne fissa l'ordine del giorno.

Art.13 Il gran consiglio, su proposta del capo del governo, forma e tiene aggiornata la lista dei nomi da presentare alla corona, in caso di vacanza, per la nomina del capo del governo, primo ministro segretario di stato.

Ferme restando le attribuzioni e le prerogative del capo del governo, il gran consiglio forma altresì e tiene aggiornata la lista delle persone che, in caso di vacanze, esso reputa idonee ad assumere funzioni di governo.

anticostituzionale volta al sovvertimento del regime politico vigente ma non all'estinzione dello Stato da un punto di vista esterno²⁵⁷¹.

Tale volontà di porsi in una condizione di rottura con il regime precedente appare ancora più evidente alla luce di una serie di provvedimenti normativi volti a smantellare alcuni assi portanti, da un punto di vista 'costituzionale' e istituzionale, del regime stesso. In tale senso si possono ricordare il R.d.l. 29 luglio 1943 n. 668. Soppressione del Tribunale speciale per la difesa dello Stato, il R.d.l. 2 agosto 1943 n. 704 . Soppressione del Partito Nazionale Fascista; il R.d.l. 2 agosto 1943 n. 705. Scioglimento della Camera dei fasci e delle corporazioni, il R.d.l. 2 agosto 1943 n. 706. Soppressione del Gran Consiglio del Fascismo, il R.d.l. 9 agosto 1943 n.721. Soppressione degli organi corporativi centrali. Interessante appare, a tale proposito, il disposto dell'art unico del R.d.l. 705/1943 laddove nello sciogliere la Camera dei Fasci e delle corporazioni prevedeva che *“Sarà provveduto, nel termine di quattro mesi dalla cessazione dell'attuale stato di guerra, alla elezione di una nuova camera dei deputati e alla conseguente convocazione ed inizio della nuova legislatura. Il presente decreto, che entra in vigore il giorno della sua pubblicazione nella Gazzetta ufficiale del regno, sarà presentato alle assemblee legislative per la conversione in legge.”*

Come si accennava poc'anzi, il governo Badoglio si caratterizzò anche da misure normative di segno chiaramente autoritario la cui ragion d'essere può farsi rinvenire da un lato nella contingenza tumultuosa con il timore, da parte del re, che la caduta del fascismo comportasse la caduta della monarchia, dall'altro con la volontà regia di creare una sorta di potere personale tendente all'assoluto.

Dal punto di vista delle fonti del diritto appare interessante operare alcune considerazioni. La soppressione del Gran Consiglio e lo scioglimento della Camera dei fasci e delle corporazioni con la contestuale chiusura della legislatura, comportarono l'assunzione di fatto della funzione legislativa da parte del Governo che la esercitò nella forma dei regi decreti legge. Tali atti non potevano avere alcun limite di materia posto che, con la soppressione del Gran Consiglio, veniva soppresso anche il potere di quest'organo su tutte le questioni aventi carattere costituzionale; con ciò intendendo introdurre una distinzione gerarchica tra materie di carattere costituzionale e di carattere non costituzionale che all'indomani del Rdl 705 veniva a cadere sia sul piano formale che da quello sostanziale.

L'armistizio dell'8 settembre, letto da un punto di vista della continuità/rottura dell'ordinamento giuridico statale e costituzionale, rappresentò un ulteriore fattore di complessità. Da un punto di vista strutturale ci si trovò dinanzi ad una situazione di divisione sul territorio italiano. L'Italia meridionale era soggetta all'occupazione Alleata, l'Italia centro settentrionale diventò nei giorni immediatamente successivi all'armistizio soggetta all'occupazione Tedesca. In tale scenario nel quale le vicende belliche furono preponderanti si innestarono due situazioni giuridicamente di grande rilievo per i problemi che si vanno trattando. Da un lato la fuga del re e dei ministri a Brindisi, nel territorio soggetto al controllo alleato, consentì di esercitare la sovranità - seppure in modo limitato secondo quanto avevano stabilito gli Alleati - all'inizio solo su quattro province: Brindisi, Lecce, Taranto e Bari e quindi di garantire la continuità dello Stato italiano. Dall'altro il 27 settembre 1943 si costituì, nel territorio dell'Italia

²⁵⁷¹ Cfr. M. FIORILLO, *La nascita della Repubblica Italiana e i problemi giuridici della continuità*, Milano Giuffrè, 2000, 41.

centro settentrionale controllata dai tedeschi, la Repubblica Sociale Italiana le cui autorità sia politiche che amministrative erano sottoposte all'autorità del Reich tedesco. Peraltro va ricordato come le province di Trento, Bolzano e Belluno da un lato e quelle di Udine, Gorizia, Trieste, Pola, Fiume erano state affidate alla diretta potestà dei Gauleiter tedeschi. Tali situazioni ordinamentali, com'è noto, proprio in virtù dell'evolversi della guerra andarono progressivamente a modificarsi e comunque vanno analizzate separatamente.

Nelle zone che vennero via via soggette all'occupazione alleata, partendo dalla Sicilia, l'amministrazione diretta veniva esercitata dall'AMGOT poi AMG, cioè dal Governo Militare Alleato dei Territori Occupati. In altri termini, il Governo militare alleato esercitava di fatto il potere sui territori via via occupati e dunque, rientrando tale ipotesi nella fattispecie dell'occupazione bellica disciplinata dal diritto internazionale, il potere di fatto si trasformava in autorità di diritto. Tale situazione perdurò fino all'8 settembre 1943. La firma dell'armistizio nelle sue versioni lunga e breve, e l'entrata in vigore delle relative clausole ampliarono la base normativa di tale forma di occupazione che accompagnava alle Convenzioni internazionali vigenti, gli atti dell'armistizio. Tale forma di occupazione bellica va fatta rientrare in quella comunemente definita occupazione mista o d'armistizio. Venne stabilito che l'amministrazione militare non si esercitasse inizialmente sulle province di Brindisi, Lecce, Bari, Taranto affidate all'amministrazione del Governo Badoglio. Tuttavia la Commissione Alleata di Controllo (ACC) aveva poteri di vigilanza anche su queste province. Tale situazione fu progressivamente estesa. In altri termini, man mano che la 'risalita' degli Alleati proseguiva, i territori provinciali vennero restituite all'amministrazione italiana e quindi sottratte all'AMG²⁵⁷², ma il controllo dell'ACC proseguì addirittura fino a guerra finita (esattamente fino al 28 dicembre 1945). I poteri dell'amministrazione militare alleata furono assai pervasivi sia nei confronti dei cittadini cui venne inflitto un trattamento ispirato al modello delle colonie, sia nei confronti del Governo i cui poteri sovrani furono veramente molto limitati tanto che alcuni studiosi hanno parlato di totale perdita della sovranità nazionale e quindi di una frattura nella continuità dello Stato da un punto di vista esterno²⁵⁷³. Tuttavia bisogna sempre ricordare che tali misure per quanto dure furono accettate dal Governo Badoglio e dallo stesso Re, probabilmente quale condizione necessaria proprio per garantire la sopravvivenza dell'identità statale e della continuità monarchica nel quadro convulso di una guerra tra potenze in atto sul territorio nazionale.

Questo lo scenario da un punto di vista internazionale. Da un punto di vista interno invece si sviluppò e si accentuò il dissidio tra partiti politici democratici e Corona. In tal senso va ricordato che i primi si erano coalizzati nei Comitati di Liberazione Nazionali i quali rappresentarono un ulteriore elemento di novità della transizione italiana e che furono uno degli elementi via via più determinanti della vera e propria fase costituente. Tali comitati si caratterizzarono per una duplice modalità di azione. Nelle zone via via attribuite nuovamente all'Amministrazione italiana svolsero un'azione di pressione politica incentrata sulla questione istituzionale che, come si vedrà, trovò importanti formulazioni normative mentre, nelle zone

²⁵⁷² Si veda ad es. il r.d.l. 11 febbraio 1944 n. 30 con il quale il Governo italiano riassumeva "l'esercizio di tutti i poteri dello Stato" nei territori a sud dei limiti settentrionali delle province di Salerno, Potenza e Bari, nonché sulla Sicilia e isole adiacenti fatta eccezione per Pantelleria, Lampedusa e Linosa.

²⁵⁷³ Così U DE SIERVO, *La transizione costituzionale (1943-1946)*, in *Diritto Pubblico*, 1996, 552.

militarmente occupate dai Tedeschi e nel territorio della RSI, operarono con un'organizzazione politico-militare autonoma in rapporto dialettico con il Governo italiano e con l'Amministrazione militare alleata. La contrapposizione tra Corona e CLN conobbe una sospensione dal 12 aprile 1944 quando il PCI decise di posticipare a guerra finita la questione istituzionale (c.d. tregua istituzionale).

In buona sostanza, in questo quadro a più dimensioni, la Corona tentò di rilegittimarsi davanti al popolo cercando di salvare se stessa e la continuità dinastica; il Governo cercò di ripristinare progressivamente l'autorità dello Stato cercando di attenuare la politica delle potenze militari alleate occupanti; il CLN di ricostruire un quadro politico e civile sul comune denominatore dell'antifascismo nonostante ci fosse un pluralismo molto accentuato tra le forze politiche, specchio di visioni del mondo anche molto diverse; gli Alleati quello di guidare la trasformazione politica nel medio e lungo periodo anche alla luce di un quadro internazionale che andava modificandosi rapidamente e che, era chiaro fin da allora, avrebbe visto la fine delle alleanze tenute insieme anche qui dalla guerra comune al nemico nazifascista e la nascita di nuove contrapposizioni²⁵⁷⁴.

Tornando al problema della continuità esterna va detto che nonostante tale soggezione, l'amministrazione militare alleata non ebbe l'obiettivo di anettere il territorio nazionale a quello delle potenze occupanti e quindi di estinguere lo Stato italiano. Essa restò nell'ambito della tradizionale occupazione militare bellica, disciplinata dal diritto internazionale caratterizzata dalla temporaneità e dalla necessità. Da un punto di vista giuridico tale assunto può trovare un suo riscontro ad esempio nel Rdl 11 febbraio 1944 n.31 "Provvedimenti sul regime giuridico dei territori italiani liberati" che trasferì peraltro la sede del Governo a Salerno²⁵⁷⁵. Ad esso seguirono

²⁵⁷⁴ Sul punto si può vedere M. FIORILLO, *La nascita della Repubblica italiana e i problemi giuridici della continuità*, Milano, Giuffrè, 2000, 141.

²⁵⁷⁵ Rdl 11 febbraio 1944 n.31 "Provvedimenti sul regime giuridico dei territori italiani liberati"

Art. 1 Con la cessazione della Amministrazione Militare alleata non avranno più vigore nei territori Italiani già ad essa sottoposti tutti i proclami e le ordinanze finora emanate dal Generale Governatore militare delle Forze Alleate o dai suoi delegati. Resta ferma l'efficacia degli atti o fatti compiuti dalle Autorità Militari Alleate, di cui al comma che precede, in virtù di detti proclami ed ordinanze, comprese le nomine e licenziamenti da uffici pubblici o privati, cui sarà riconosciuta in ogni caso piena validità agli effetti di legge, come se compiuti dal Governo Italiano. Lo stato giuridico ed economico di coloro che siano stati assunti a pubblici uffici dal Governo Militare alleato sarà regolato a norma delle leggi Italiane.

Art. 2 Resta ugualmente ferma l'efficacia delle sentenze pronunciate dai Tribunali Militari Alleati che ad ogni effetto avranno valore come se pronunciate da tribunali Italiani, a meno che non siano revocate o modificate dalla Commissione Alleata di Controllo o il consenso della Commissione Alleata. I procedimenti presso i Tribunali militari Alleati per i reati precedentemente commessi, previsti dai proclami e dalle ordinanze di cui all'art. 2, saranno continuati e definiti da detti Tribunali, ai sensi di dette norme.

Art. 3 Chiunque entro il territorio Italiano liberato compia atti ostili o delitti contro il patrimonio in danno delle forze Militari Alleate e dei membri di esse o dei funzionari, rappresentanti od agenti delle Nazioni Unite, o compia manifestazioni sediziose contro le Forze Alleate o atti che comunque ostacolano lo sforzo bellico o aiutino il nemico, sarà passibile delle pene previste dalle leggi penali italiane e sarà giudicato dai Tribunali Militari Alleati, secondo la propria procedura. Nell'ipotesi di cui al comma che precede, qualsiasi membro delle Forze Armate alleate potrà procedere all'arresto di ogni persona che si abbia ragionevole motivo di ritenere implicata nei fatti ivi previsti, salvo che si tratti di un Ufficiale o di un alto funzionario italiano, nel qual caso il Governo Italiano o la competente superiore Autorità locale sarà richiesta di cooperare negli atti cui si ritenga necessario procedere.

Art. 4 Qualora nel territorio Italiano liberato vengano istituite da parte delle forze Armate Alleate zone militari, sarà riservato alle stesse, nell'ambito di dette zone, anche ogni potere di polizia, compreso quello di emanare ed applicare in esse regolamenti ed ordinanze.

una serie di atti normativi che si ponevano in un rapporto di coerenza con quanto appena detto: il Rdl 8 febbraio 1944 n.100 (Sezioni speciali Corte di Cassazione), il Rdl 12 aprile 1944 n.109 (Sezioni speciali Corte dei Conti), il Rdl 16 marzo 1944 n.136 (Ridenominazione da Capo del Governo in Presidente del Consiglio), il Rdl 29 maggio 1944 n.136 (Trasformazione del Ministero dell'Educazione in Ministero della Pubblica Istruzione), il Rdl 4 aprile 1944 e 14 aprile 1944 (Ripristino degli organismi provinciali e comunali ma non elettivi).

In altri termini nel territorio del c.d. Regno del Sud ci fu una coesistenza di due ordinamenti statali di cui quello italiano era chiaramente in uno stato di soggezione politica, amministrativa e giudiziaria e di funzionalizzazione agli interessi degli occupanti. Si configurò pertanto la c.d. occupazione armistiziale nella quale la gran parte degli attributi tipici della sovranità statale vengono esercitati in un lasso di tempo limitato dallo stato occupante previa accettazione – con l'armistizio - dello stato occupato. Allo stato occupato, che mantiene in via generale l'architettura ordinamentale, restano alcuni limitati poteri che vanno via via espandendo man mano che le contingenze politico-militari lo consentono. Naturalmente la particolare situazione portò allo stravolgimento delle modalità di esercizio dei poteri normativi, amministrativi ma anche giudiziari che videro la compresenza ed anche la sovrapposizione di fonti tipiche ed atipiche provenienti sia dagli organi delle potenze alleate sia da quelli dello Stato italiano. Situazione eccezionale frutto dell'emergenza.

Per quanto riguarda la vicenda della Repubblica Sociale Italiana il problema principale per quello che si sta trattando, è quello di inquadrare la RSI dal punto di vista teorico e cioè, da un lato, che cosa fu la RSI dal punto di vista del diritto internazionale soprattutto alla luce dei suoi rapporti con l'occupante tedesco; dall'altro come si pose da un punto di vista dei profili della continuità/rottura con l'ordinamento precedente del Regime Fascista soprattutto ma anche del Regno d'Italia. La RSI a detta dei suoi fondatori e uomini di governo non volle porsi come Stato nuovo, quindi come momento di rottura da un punto di vista esterno rispetto all'Italia. In altri termini non si volle avallare l'idea di un frazionamento dello Stato italiano dopo l'8 settembre 1943 in due nuovi Stati, la RSI appunto e il c.d. Regno del Sud. L'idea invece fu quella in primo luogo di reputarsi, da un punto di vista esterno, l'unico Stato in grado di rivendicare la continuità con lo Stato italiano contrapposto al Regno del Sud considerato invece quale governo di usurpatori. A titolo di esempio si può citare il Decreto del Duce del fascismo – Capo dello Stato repubblicano 27 ottobre 1943 – (Scioglimento delle forze armate regie e costituzione delle forze armate repubblicane) nel quale veniva dichiarato lo scioglimento delle forze armate regie poiché esse erano state deliberatamente tradite dalla dinastia e dai capi militari ad essa legati e disonorate con la resa dell'8 settembre 1943. La costituzione delle nuove forze armate repubblicane voleva così riprendere un'ideale continuità in nome dell'onore militare e nazionale e una concreta continuità mantenendo i soggetti che avrebbero fatto parte delle nuove forze armate nel grado di appartenenza. Dal punto di vista delle fonti del diritto si possono citare i Decreti del Duce del fascismo – Capo dello Stato repubblicano 3 dicembre 1943 n.794 (Ricostituzione del tribunale speciale per la difesa dello Stato); 23 gennaio 1944 n. 38 (Riconoscimento giuridico del Partito Fascista Repubblicano e riorganizzazione delle associazioni già dipendenti dal Partito Nazionale Fascista) che dichiaravano l'abrogazione esplicita dei già citati R.d.l. 29 luglio 1943 n. 668. Soppressione del Tribunale speciale per la difesa dello Stato e R.d.l. 2 agosto 1943 n. 704 .

Soppressione del Partito Nazionale Fascista approvati dal Governo Badoglio che ne avevano dichiarato la soppressione

In secondo luogo però, da un punto di vista interno, costituzionale, si volle avvalorare l'idea di una discontinuità con lo stato monarchico-fascista pre-25 luglio. Infatti nel Manifesto di Verona elaborato durante il congresso del Partito Fascista Repubblicano del 14 Novembre 1943, si poteva leggere al punto 1) *“Sia convocata la Costituente, potere sovrano d'origine popolare, che dichiari la decadenza della monarchia, condanni solennemente l'ultimo re traditore e fuggiasco, proclami la repubblica sociale e ne nomini il Capo.”* In sostanza si immaginò un modello di repubblica presidenziale così come venne poi esplicitato nel progetto di costituzione della RSI. Inoltre, sempre da un punto di vista delle dichiarazioni programmatiche, si volle avvalorare l'idea di una sorta di ritorno alle origini del fascismo da un punto di vista sociale ed economico anche qui creando una discontinuità costituzionale sia rispetto allo Stato Monarchico ma anche rispetto a quello che era stato il Regime Fascista fino al 25 luglio 1943. Riemerse così con la creazione della RSI il problema della doppia appartenenza Monarchia-Fascismo che la RSI sciolse ovviamente in favore del secondo.

Com'è noto la RSI subì, per l'andamento delle vicende belliche, un progressivo assottigliamento territoriale e contemporaneamente il c.d. Regno del Sud-Regno d'Italia un progressivo ampliamento. Da un punto di vista teoretico, si può dire, che la RSI non fu uno Stato nuovo ma nemmeno un mero organo amministrativo del Reich tedesco. La RSI da un punto di vista ordinamentale fu un ordinamento giuridico originario inquadabile nell'ambito del governo di fatto, locale, a fini tendenzialmente generali²⁵⁷⁶.

Anche per ciò che riguarda le fonti del diritto ci fu una grande sovrapposizione di atti normativi sia di provenienza dagli organi della RSI che da parte dell'occupante tedesco. Più in generale la produzione di atti normativi ed amministrativi provenienti dal Regno del Sud e dalla RSI generò anche una serie di problemi concreti relativi a precise situazioni giuridiche soggettive che dovettero essere successivamente affrontati man mano che le province occupate dagli Alleati vennero restituite al governo del Regno. In tal senso centrale fu il d.l.lgt 5 ottobre 1944 n. 249 che non andò ad affrontare direttamente il problema della natura della RSI come ordinamento giuridico, ma piuttosto l'esistenza e l'effettività di atti normativi, amministrativi e giurisdizionali della RSI che dovevano essere in qualche modo valutati relativamente alle situazioni giuridiche soggettive da essi creati in capo a soggetti che progressivamente, in ragione dell'andamento delle vicende belliche, vennero sottoposti nuovamente ai poteri delle autorità del Regno d'Italia. Questo venne fatto, da un lato, per segnare una discontinuità, una rottura esplicita tra i due ordinamenti che nasceva evidentemente da un contrasto a livello di principi fondamentali; dall'altro però si volle evitare che tale rottura producesse effetti pregiudizievoli in capo ai singoli per fattispecie prive di rilevanza politica, garantendo così la continuità dell'efficacia o della validità di tali atti. In tal senso il d.l.lgt 249/1944 distinse gli atti della RSI in tre categorie: atti privi di efficacia giuridica per il loro contenuto politico; atti privi di efficacia giuridica ma che entro un anno dall'entrata in vigore del decreto potevano essere convalidati in ragione del loro contenuto spiccatamente amministrativo e non politico; altri provvedimenti non riconducibili alle categorie precedenti che possono essere dichiarati inefficaci; atti che *ope legis* venivano dichiarati produttivi

²⁵⁷⁶ M. FIORILLO, *La nascita della Repubblica italiana e i problemi giuridici della continuità*, Milano, Giuffrè, 2000, 133; ivi per ulteriori riferimenti bibliografici.

di effetti in ragione della loro oggetto riconducibile ad alcune fattispecie di diritto privato o all'ambito dello stato civile.

L'anno 1944, per ciò che riguarda i problemi che si stanno trattando, apparve di fondamentale importanza. Come si vedrà, nel quadro di una continuità esterna dello Stato italiano, gli avvenimenti di quest'anno segnarono una frattura, una discontinuità costituzionale interna. Lo scenario di questa fase della transizione italiana fu chiaramente legato anche qui all'evolversi della vicenda bellica ed in tal senso vanno ricordati:

- a) Il proclama del Re del 12 aprile 1944 con il quale venne annunciata la nomina del figlio a Luogotenente generale subordinandone l'effettività all'ingresso delle truppe alleate a Roma²⁵⁷⁷.
- b) La nascita del II Governo Badoglio (22.04.1944 - 08.06.1944) Governo di unità nazionale.
- c) L'ingresso delle truppe alleate a Roma avvenuto il 4 giugno 1944.
- d) Il Rdl 5 giugno 1944 n. 140 che formalizzò la nomina di Umberto di Savoia a Luogotenente.
- e) La nascita del I Governo Bonomi (Presidente del CLN centrale) del 18.06.1944; Governo supportato da una coalizione politica di cui facevano parte DC - PCI - PSI- PLI - PRI - PdL - Pd'A - PSIUP.

La Luogotenenza generale fu un istituto *sui generis* che non può essere letto in un rapporto di continuità con lo Statuto. Sostanzialmente il Re si ritirò senza abdicare anticipando la rottura costituzionale 'interna' sancita pochi giorni dopo dal d.l.lgt 25 giugno 1944 n. 151 non a caso definita la prima costituzione provvisoria²⁵⁷⁸. La rottura 'interna' fu evidente e palese fin dal titolo

²⁵⁷⁷ “Il popolo italiano sa che sono stato sempre al suo fianco nelle ore gravi e nelle ore liete. Sa che otto mesi or sono ho posto fine al regime fascista e ho portato l'Italia, nonostante ogni pericolo e rischio, a fianco delle Nazioni Unite, nella lotta di liberazione contro il nazismo. L'Esercito, la Marina, l'Aviazione, rispondendo al mio appello, si battono intrepidamente da otto mesi contro il nemico fianco a fianco con le truppe alleate. Il nostro contributo alla vittoria è, e sarà, progressivamente più grande. Verrà il giorno in cui, guarite le nostre profonde ferite, riprenderemo il nostro posto, da popolo libero accanto a nazioni libere. Ponendo in atto quanto ho già comunicato alle autorità alleate e al mio governo, ho deciso di ritirarmi dalla vita pubblica nominando Luogotenente Generale mio figlio Principe di Piemonte. Tale nomina diventerà effettiva, mediante il passaggio materiale dei poteri, lo stesso giorno in cui le truppe alleate entreranno in Roma. Questa mia decisione, che ho ferma fiducia faciliterà l'unità nazionale, è definitiva e irrevocabile.”

²⁵⁷⁸ Decreto-legge luogotenenziale 25 giugno 1944, n. 151. Assemblea per la nuova costituzione dello stato, giuramento dei membri del governo e facoltà del governo di emanare norme giuridiche.

Umberto di Savoia Principe di Piemonte luogotenente generale del regno

In virtù dell'autorità a Noi delegata;

Visto il R. decreto-legge 30 ottobre 1943, n. 2/B; Visto l'art. 18 della legge 19 gennaio 1939, n. 129;

Ritenuta la necessità e l'urgenza per causa di guerra; Sentito il Consiglio dei Ministri; Sulla proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri, Primo Ministro Segretario di Stato;

Abbiamo decretato e decretiamo:

Art. 1

Dopo la liberazione del territorio nazionale, le forme istituzionali saranno scelte dal popolo italiano che a tal fine eleggerà, a suffragio universale diretto e segreto, una Assemblea Costituente per deliberare la nuova costituzione dello Stato.

I modi e le procedure saranno stabiliti con successivo provvedimento.

Art. 2

È abrogata la disposizione concernente la elezione di una nuova Camera dei Deputati e la sua convocazione entro quattro mesi dalla cessazione dell'attuale stato di guerra, contenuta nel comma terzo dell'articolo unico del R. decreto-legge 2 agosto 1943, n. 175, con cui venne dichiarata chiusa la sessione parlamentare e sciolta la Camera dei fasci e delle corporazioni.

Art. 3

I Ministri e Sottosegretari giurano sul loro onore di esercitare la loro funzione nell'interesse supremo della Nazione e di non compiere, fino alla convocazione dell'Assemblea Costituente, atti che comunque pregiudichino la soluzione della questione istituzionale.

laddove si legge ‘Assemblea per la nuova Costituzione dello Stato’ e prosegue all’art. 1, il quale sia pure con una tempistica indeterminata e con forme e procedure da stabilire, deliberò l’attribuzione al popolo italiano delle future forme istituzionali per il tramite di un’Assemblea Costituente. Il decreto luogotenenziale si mosse peraltro in coerenza con la scelta sia delle potenze alleate che con gli intendimenti dei partiti che formavano il Governo Bonomi. Ulteriore elemento di rottura risiedette nella configurazione delle fonti del diritto individuata dagli artt. 4 e 5 che porta a qualificare tutta la legislazione successiva al d.lgs 151 e soprattutto i c.d. decreti legislativi autorizzati quali atti normativi *extra ordinem*. In sostanza la c.d. prima costituzione provvisoria fu appunto il frutto di una situazione provvisoria e di transizione nella quale il vecchio assetto costituzionale era venuto ormai meno e il nuovo assetto di principi, fini e valori era ancora in embrione anche in ragione della situazione bellica che, come si è visto, non consentiva previsioni precise dal punto di vista temporale-procedurale; una sorta di soluzione temporanea collegata alla decisione costituente. Come ebbe a scrivere C. MORTATI la forma di governo di questa fase fu la risultante di una definizione dei rapporti fra Luogotenenza, Comitato di liberazione nazionale e Governo: il Luogotenente era vincolato alle decisioni del Comitato di liberazione nazionale – che in quella fase assunse il ruolo di una sorta di Parlamento – per quel che riguarda l’indirizzo politico e la scelta delle persone destinate ad attuarlo, così come per eventuali mutamenti ministeriali. L’atipicità della figura del Luogotenente, capo dello Stato, fu il segno più evidente dell’instaurazione di un ordinamento provvisorio²⁵⁷⁹.

Il quadro delle fonti del diritto ne è ulteriore testimonianza. I decreti legislativi non furono più subordinati ai requisiti di necessità e urgenza e furono svincolati da ogni successivo esame del Parlamento che si sarebbe costituito e quindi costituirono delle vere e proprie “leggi formali” emanate dal Consiglio dei Ministri che, in quella particolare e straordinaria situazione, fu l’unico organo che poteva porre in essere atti normativi di siffatta natura. Certo tali atti non erano privi di limiti i quali erano da rinvenire nella stessa prima costituzione provvisoria che all’art. 3 impediva ai membri del Governo compiere, fino alla convocazione dell’Assemblea Costituente, atti che comunque pregiudicassero la soluzione della questione istituzionale.

Art. 4

Finché non sarà entrato in funzione il nuovo Parlamento, i provvedimenti aventi forza di legge sono deliberati dal Consiglio dei Ministri.

Tali decreti legislativi preveduti nel comma precedente sono sanzionati e promulgati dal Luogotenente Generale del regno con la formula: Vista la deliberazione del Consiglio dei Ministri; Sulla proposta di ...Abbiamo sanzionato e promulghiamo quanto segue...

Art. 5

Fino a quando resta in vigore la disposizione dello art. 2, comma primo, del R. decreto-legge 30 ottobre 1943, n. 2/B, i decreti relativi alle materie indicate dall’art. 1 della legge 31 gennaio 1926, n. 100, sono emanati dal Luogotenente Generale del regno con la formula: Sentito il Consiglio dei Ministri; Sulla proposta di ..Abbiamo decretato e decretiamo ...

Art. 6

Il presente decreto entra in vigore il giorno stesso dalla sua pubblicazione nella Gazzetta ufficiale del Regno - serie speciale - e sarà presentato alle Assemblee legislative per la conversione in legge.

Il Presidente del Consiglio dei Ministri, proponente, è autorizzato a presentare il relativo disegno di legge.

Ordiniamo, a chiunque spetti, di osservare il presente decreto e di farlo osservare come legge dello Stato.

Dato a Napoli, addì 25 giugno 1944

UMBERTO DI SAVOIA

²⁵⁷⁹ C. MORTATI, *La Costituente. La teoria. La storia. Il problema italiano* (1945), in IDEM., *Raccolta di scritti. I. Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato*, Milano, Giuffrè, 1972, 224

Il d.lgs 151 conteneva poi una norma, l'art. 6, di dubbia comprensibilità e coerenza con il resto dell'atto. Infatti non si capisce quale possa essere stata la ragione della previsione della futura presentazione alle Assemblee del decreto stesso per la conversione viste le premesse normative contenute nei primi cinque articoli ed in particolare della previsione della non conversione per i decreti lgt. Ad ogni modo, anche quest'ultimo elemento può essere inquadrato in un contesto straordinario, rappresentando un tentativo di salvare una continuità con un passato assetto ormai perduta.

E' comunque indubbio che il d.lgs 151 fu sicuramente atto costituente, di rottura col precedente ordinamento perché mutò il fondamento della sovranità affidandola alla decisione del popolo sulla forma di Stato e la cui base ideologica e politica non era più né quella dello Statuto albertino né tantomeno quella del regime fascista.

Nel periodo della prima costituzione provvisoria vennero poi approvati una serie di decreti di particolare importanza: il d.lgt n.247 del 28 settembre 1944 – Compilazione liste elettorali; il d.lgt.n. 23 del 1 febbraio 1945 – Estensione diritto di voto a tutte le donne; il d.lgt nn. 146 del 5 aprile 1945 e 168 del 30 aprile 1945 – Istituzione della Consulta Nazionale; il d.lgt n.435 del 31 luglio 1945 – Istituzione del Ministero per la Costituente.

Non rientrando nell'economia del presente lavoro un'analisi dettagliata e storico politica del periodo si può porre a confronto il d.lgt 151/1944 con il successivo d.lgt 98/1946 noto come seconda costituzione provvisoria al fine di operare alcune considerazioni sempre nel segno del problema della continuità o rottura da un punto di vista 'interno'²⁵⁸⁰. Se si presta attenzione

²⁵⁸⁰ DECRETO LEGISLATIVO LUOGOTENENZIALE 16 MARZO 1946, N. 98
INTEGRAZIONI E MODIFICHE AL DECRETO-LEGGE LUOGOTENENZIALE 25 GIUGNO 1944, N. 151,
RELATIVO ALL'ASSEMBLEA PER LA NUOVA COSTITUZIONE DELLO STATO, AL GIURAMENTO DEI
MEMBRI DEL GOVERNO ED ALLA FACOLTÀ DEL GOVERNO DI EMANARE NORME GIURIDICHE
UMBERTO DI SAVOIA Principe di Piemonte Luogotenente Generale del Regno

In virtù dell'autorità a Noi delegata;

Visto il decreto-legge luogotenenziale 25 giugno 1944, n. 151, relativo all'Assemblea per la nuova costituzione dello Stato, al giuramento dei Membri del Governo ed alla facoltà del Governo di emanare norme giuridiche;

Visto il decreto legislativo luogotenenziale 1 febbraio 1945, n. 58, concernente nuove norme sull'emanazione, promulgazione e pubblicazione dei decreti luogotenenziali e di altri provvedimenti;

Ritenuta la necessità di apportare integrazioni e modifiche al sopra citato decreto-legge luogotenenziali 25 giugno 1944, n. 151;

Udito il parere della Consulta Nazionale;

Vista la deliberazione del Consiglio dei Ministri;

Sulla proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri, Primo Ministro Segretario di Stato, e del Ministro per la Costituente di concerto con tutti i Ministri;

Abbiamo sanzionato e promulgato quanto segue:

Art. 1

Contemporaneamente alle elezioni per l'Assemblea Costituente il popolo sarà chiamato a decidere mediante referendum sulla forma istituzionale dello Stato (Repubblica o Monarchia).

Art. 2

Qualora la maggioranza degli elettori votanti si pronuncerà in favore della Repubblica, l'Assemblea, dopo la sua costituzione, come suo primo atto, eleggerà il Capo provvisorio dello Stato, che eserciterà le sue funzioni, fino a quando sarà nominato il Capo dello Stato a norma della Costituzione deliberata dall'Assemblea.

Per l'elezione del Capo provvisorio dello Stato è richiesta la maggioranza dei tre quinti dei membri dell'Assemblea. Se al terzo scrutinio non sarà raggiunta la maggioranza, basterà la maggioranza assoluta.

Avvenuta l'elezione del Capo provvisorio dello Stato, il Governo in carica gli presenterà le sue dimissioni e il Capo provvisorio dello Stato darà l'incarico per la formazione del nuovo Governo.

Nella ipotesi prevista dal primo comma, dal giorno della proclamazione dei risultati del referendum e fino alla elezione del Capo provvisorio dello Stato, le relative funzioni saranno esercitate dal Presidente del Consiglio dei Ministri in carica nel giorno delle elezioni.

all'intitolazione e quindi da un punto di vista strettamente formale, il decreto legislativo n. 98 del 1946, integrò e modificò il decreto-legge luogotenenziale n. 151 del 1944. In realtà i mutamenti costituzionali e quindi l'ordinamento costituzionale transitorio vennero profondamente cambiati in ragione del mutamento politico intervenuto tra il 1944 e il 1946. Se la prima Costituzione provvisoria, aveva rinviato la decisione sulle forme istituzionali all'Assemblea «a tal fine eletta», la c.d. seconda Costituzione provvisoria, introdusse innanzitutto un elemento di profonda novità con la previsione, all'art.1, del referendum istituzionale sulla forma di Stato contemporaneamente

Qualora la maggioranza degli elettori votanti si pronuncerà in favore della Monarchia, continuerà l'attuale regime luogotenenziale fino alla entrata in vigore delle deliberazioni dell'Assemblea sulla nuova Costituzione e sul Capo dello Stato.

Art. 3

Durante il periodo della Costituente e fino alla convocazione del Parlamento a norma della nuova Costituzione il potere legislativo resta delegato, salva la materia costituzionale, al Governo, ad eccezione delle leggi elettorali e delle leggi di approvazione dei trattati internazionali, le quali saranno deliberate dall'Assemblea.

Il governo potrà sottoporre all'esame dell'Assemblea qualunque altro argomento per il quale ritenga opportuna la deliberazione di essa.

Il Governo è responsabile verso l'Assemblea Costituente.

Il rigetto di una proposta governativa da parte dell'Assemblea non porta come conseguenza le dimissioni del Governo. Queste sono obbligatorie soltanto in seguito alla votazione di una apposita mozione di sfiducia, intervenuta non prima di due giorni dalla sua presentazione e adottata a maggioranza assoluta dei Membri dell'Assemblea.

Art. 4

L'Assemblea Costituente terrà la sua prima riunione in Roma, nel Palazzo di Montecitorio, il ventiduesimo giorno successivo a quello in cui si saranno svolte le elezioni.

L'Assemblea è sciolta di diritto il giorno dell'entrata in vigore della nuova Costituzione e comunque non oltre l'ottavo mese dalla sua prima riunione. Essa può prorogare questo termine per non più di quattro mesi.

Finché non avrà deliberato il proprio regolamento interno l'Assemblea Costituente applicherà il regolamento interno della Camera dei deputati in data 1 luglio 1900 e successive modificazioni fino al 1922.

Art. 5

Fino a quando non sia entrata in funzione la nuova Costituzione le attribuzioni del Capo dello Stato sono regolate dalle norme finora vigenti, in quanto applicabili.

Art. 6

I provvedimenti legislativi che non siano di competenza dell'Assemblea Costituente ai sensi del primo comma dell'art. 3, deliberati nel periodo ivi indicato, devono essere sottoposti a ratifica del nuovo Parlamento entro un anno dalla sua entrata in funzione.

Art. 7

Entro il termine di trenta giorni dalla data del decreto luogotenenziale che indice le elezioni della Assemblea Costituente i dipendenti civili e militari dello Stato devono impegnarsi sul loro onore a rispettare e far rispettare nell'adempimento dei doveri del loro stato il risultato del referendum istituzionale e le relative decisioni dell'Assemblea Costituente.

Nessuno degli impegni da essi precedentemente assunti, anche con giuramento, limita la libertà di opinione e di voto dei dipendenti civili e militari dello Stato.

Art. 8

Con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, sentito il Consiglio dei Ministri, saranno emanate le norme relative allo svolgimento del referendum, alla proclamazione dei risultati di esso e al giudizio definitivo sulle contestazioni, le proteste ed i reclami relativi alle operazioni del referendum, con facoltà di variare e integrare, a tali fini, le disposizioni del decreto legislativo luogotenenziale 10 marzo 1946, n. 74, per l'elezione dei deputati dell'Assemblea Costituente e di disporre che alla scheda di Stato, prevista dal decreto anzidetto, siano apportate le modificazioni eventualmente necessarie.

Per la risposta al referendum dovranno essere indicati due disegni contrassegnati.

Art. 9

Il presente decreto entra in vigore il giorno della sua pubblicazione nella Gazzetta ufficiale del Regno.

Ordiniamo che il presente decreto, unito del sigillo dello Stato, sia inserito nella raccolta ufficiale delle leggi e dei decreti del Regno d'Italia, mandando a chiunque spetti di osservarlo e di farlo osservare come legge dello Stato.

Dato a Roma, addì 16 marzo 1946

UMBERTO DI SAVOIA

alle elezioni per l'Assemblea Costituente. Tale novità pose un vincolo preciso alla stessa Assemblea che, nel suo esercizio del potere costituente, doveva rispettare la deliberata volontà popolare sulla forma di Stato. Per ciò che riguarda la forma di governo e specificatamente per ciò che riguarda i rapporti tra gli organi costituzionali, lo stesso d.lgt stabilì, per il periodo transitorio, una forma di governo di tipo parlamentare con la previsione del rapporto fiduciario tra Governo e Assemblea Costituente (art. 3). Il potere legislativo restò delegato al Governo (art. 3), salva la materia costituzionale e ad eccezione delle leggi elettorali e di quelle di approvazione dei trattati internazionali riservate all'Assemblea Costituente. Il Governo poteva, peraltro, sottoporre all'esame dell'Assemblea Costituente qualunque argomento per il quale ritenesse opportuna la sua deliberazione. Venne introdotta anche la ratifica dei provvedimenti legislativi adottati dal Governo da parte del nuovo Parlamento entro un anno dalla sua entrata in funzione (art. 6). In sostanza, la scelta politica fu quella di riservare all'Assemblea Costituente la funzione costituente di scrittura della nuova Costituzione e di approvazione di alcune leggi ordinarie nelle materie sopradette. Secondo la dottrina la c.d. seconda costituzione provvisoria non si pose in un rapporto di rottura interna con la prima costituzione provvisoria. Tuttavia il d.lgt 98/1946, pur permanendo nel solco della continuità, circoscrisse e depotenziò il contenuto innovativo del d.lgt 151/1944²⁵⁸¹.

Tale scelta fu rappresentativa di un quadro politico mutato e di un dopoguerra che stava vedendo la modificazione di alcune variabili significative nello scenario politico internazionale e quindi interno. Sul piano internazionale la fine della guerra aveva palesato le divergenze profonde tra gli Alleati con la sostanziale divisione, quantomeno dell'Europa, in zone d'influenza. Sul piano interno al II Governo Bonomi (12.12.1944 - 19.06.1945), sostenuto da una coalizione politica formata da DC - PCI - PLI - PdL - Pd'A - PSIUP era succeduto al termine della guerra il Governo Parri (21.06.1945 - 08.12.1945), e poi il I Governo De Gasperi (10.12.1945 - 01.07.1946) sostenuti sostanzialmente dalle stesse forze politiche. Nel frattempo, per ciò che riguarda la forma di Stato l'abdicazione, il 10 maggio 1946 di Vittorio Emanuele III, ruppe la c.d. tregua istituzionale, con la trasformazione del ruolo di Umberto da Luogotenente a Re in un quadro sicuramente più confuso da un punto di vista formale, ma che non cambiò sostanzialmente il corso degli eventi. Il referendum istituzionale del 2 giugno 1946 servì a ribadire la rottura costituzionale che già c'era stata fin dalla prima costituzione provvisoria e l'avvio di una nuova legalità costituzionale legittimata dal voto popolare che trovò successivamente la sua espressione normativa nella Costituzione della Repubblica Italiana deliberata ed approvata dall'Assemblea Costituente.

²⁵⁸¹ Cfr. M. FIORILLO, *La nascita della Repubblica Italiana e i problemi giuridici della continuità*, Milano Giuffrè, 2000, 188

Legalità e legittimità costituzionale nel dopoguerra*

di Tatiana Gallozzi**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La fase transitoria e l'Assemblea costituente. – 3. L'inattuazione costituzionale. – 4. Il “disgelo costituzionale” e la “grande supplenza”. – 5. La fedeltà alla Costituzione e alle leggi.

1. Premessa

L'ordinamento giuridico italiano, nell'immediato dopoguerra, esprime il rinnovamento della legalità e dei principi costituzionali nel *referendum* del 2 giugno 1946 che, per la prima volta, demanda al popolo la scelta istituzionale. Vi si afferma una nuova legalità, sia nella partecipazione popolare alle scelte istituzionali, sia nell'essere questo *referendum* la prima fonte di diritto della nuova Repubblica, che vincolerà l'Assemblea costituente a quel modello costituzionale prescelto, senza potersene discostare; ma vi si intravedono anche i fermenti di una nuova Costituzione materiale (pur in assenza di quella scritta), intesa come insieme dei principi e dei fini pubblici essenziali perseguiti dalle forze politiche dominanti, nell'ambito di un'unità politica organizzata.

Il concetto di legalità presuppone quello di libertà, in quanto garantisce l'insieme delle regole che ne assicurano il rispetto; è traduzione nell'ordine politico, cioè pratico, dell'idea morale di libertà; l'obbedienza alle leggi propria dello spirito del giurista (non come formalismo statico ma corrispondente al significato sostanziale del concetto di legalità) ed il sentimento di giustizia trovano la loro sintesi nello Stato legalitario, che vede la collettività partecipe del processo di formazione delle leggi ed il politico dotato di strumenti predisposti dalle norme costituzionali per operare quei cambiamenti necessari al mutamento degli interessi comuni, per adattare continuamente la legalità alla giustizia, senza ricorrere alla rivoluzione.

Per altro verso la legalità non deve tramutarsi in onnipotenza della legge e supremazia dell'organo a ciò demandato; in proposito si è osservato che la tradizione liberale italiana dimostra come un'eccessiva focalizzazione sul parlamentarismo (quale ebbero Giolitti e Cavour) rischia di svuotare di significato il liberalismo ed i fermenti che lo hanno animato.²⁵⁸²

Nello Stato legalitario il riconoscimento dei diritti di libertà implica la tutela dei cittadini da parte dello Stato medesimo, non soltanto rispetto agli altri concittadini o alle istituzioni, ma anche “contro le sue stesse leggi”, in quanto limite interno alla funzione legislativa; dunque, anche l'autorità deve essere sottoposta alla legge (art. 54 Cost.), secondo criteri di autolimitazione determinati dalla

* Contributo pubblicato previa accettazione del comitato scientifico del Convegno. Relazione presentata al Convegno svoltosi il giorno 5 aprile 2017, presso la Sala lauree del Dipartimento di Scienze Politiche di Sapienza, Università di Roma, patrocinato e organizzato da ANPPIA (Associazione Nazionale Perseguitati Politici Italiani Antifascisti) e Master in Istituzioni Parlamentari “Mario Galizia” per Consulenti d'Assemblea.

** Ricercatrice del Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università degli Studi di Roma “La Sapienza”

²⁵⁸² A proposito dell'Italia statutaria Jemolo osserva che “il Paese legale erano i deputati, e solo il Paese legale contava” (cfr. U. Allegretti, *Profilo di storia costituzionale italiana: lo Stato liberale, il regime fascista*, Cagliari, 1983, 198).

dialettica democratica (*concordia discors*),²⁵⁸³ dalla separazione dei poteri e dalla disciplina delle forme costituzionali.²⁵⁸⁴ La Costituzione comprende la “disciplina del rapporto fondamentale autorità-libertà, governanti-governati”²⁵⁸⁵ e, nel costituire l’ordinamento vigente, è regola, limite e fondamento della sovranità, dei poteri, dei diritti;²⁵⁸⁶ la presenza di una Costituzione garantisce il “controllo del potere” sia da parte delle opposizioni che della società civile.²⁵⁸⁷ Caduto il fascismo, dunque, la sola strada per impedire il caos politico era la Costituente e coloro che avessero ostacolato questo cammino, avrebbero violato la legalità.²⁵⁸⁸

Ma il percorso per realizzare questo nuovo Stato repubblicano appare lungo e tormentato. L’ordinamento giuridico italiano infatti, all’indomani del ventennio fascista, si colloca in uno scenario del tutto diverso, che impone di tradurre il rinnovato modello costituzionale (concepito dalle nuove forze politiche in un’instabile dialettica di equilibri) in istituzioni governative, capaci di gestire le contingenze attuali e di far fronte a quelle future, all’interno di realtà storiche e sociali del tutto eterogenee.

Le notevoli difficoltà insorte ad un’effettiva obbedienza alle leggi e ad una sostanziale conformità ai principi contenuti nella Costituzione si legano al paradosso della nascita di una Costituzione unitaria, in un contesto di lacerazioni politiche e sociali talmente profonde da risultare incompatibili con gli equilibri politici, che sarebbero stati indispensabili alla sua fase attuativa.²⁵⁸⁹

2. La fase transitoria e l’Assemblea costituente

Nel periodo transitorio che va dalla caduta del fascismo (25 luglio 1943) all’entrata in vigore della Costituzione repubblicana (1° gennaio 1948) emerge già il nodo irrisolto della scarsa reciproca legittimazione tra le forze politiche, originatasi appunto all’indomani della caduta del fascismo e manifestatasi con evidenza al momento della prima realizzazione del nostro sistema istituzionale.

Ciò non significa necessariamente totale assenza di legalità, intesa come completo tradimento da parte delle forze di governo delle aspettative di democrazia assunte dal popolo con il rifiuto del fascismo, la lotta partigiana e il Comitato di Liberazione Nazionale, perlomeno nella fase transitoria dell’immediato dopoguerra. Se è vero, infatti, che si è ancora ben lontani dal fondare quel sistema ordinato di regole che assicurano il rispetto delle libertà dei cittadini e la partecipazione della collettività al processo di formazione delle leggi (il potere legislativo è affidato al Governo), è tuttavia

²⁵⁸³ Polemicamente richiamata da Benedetto Croce a proposito dei lavori della Costituente (cfr. L. Paladin, *Per una storia costituzionale dell’Italia repubblicana*, Bologna, 2004, 54).

²⁵⁸⁴ P. Calamandrei, *Opere giuridiche*, III, Napoli, 1965, 58, 123, 92 ss.

²⁵⁸⁵ V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, Padova, 1968, 108-109.

²⁵⁸⁶ G. Azzariti, *La costituzione come norma e la crisi del costituzionalismo contemporaneo*, in *Riv. it. scienze giuridiche*, 2013, 191.

²⁵⁸⁷ A. Pace, *La causa della rigidità costituzionale: una rilettura di Bryce, dello Statuto albertino e di qualche altra Costituzione*, Padova, 1996, 92.

²⁵⁸⁸ P. Calamandrei, *Scritti e discorsi politici – Storia di dodici anni*, I, Firenze, 1966, 85.

²⁵⁸⁹ Nel nuovo assetto delineatosi, i concetti giuridici di legalità e di legittimità costituzionale divengono un punto di valutazione dialettica dei nuovi principi rispetto ai previgenti, che inevitabilmente si originano da eventi storici, percorrono aspetti di sociologia politica, attingono alle rinnovate esigenze espresse dal popolo e si realizzano nelle risposte di una diversa forma di governo; e tali risposte, a loro volta, rappresentano il “banco di prova” dell’effettiva fedeltà del nuovo, democratico assetto istituzionale ai mutati interessi pubblici, all’insieme dei valori e degli ideali fondati sulla sovranità popolare. Tuttavia la parziale attuazione costituzionale durante l’arco repubblicano che vede progressivamente, da un lato, il radicamento dei diritti di libertà e degli istituti di garanzia ma, dall’altro lato, la permanenza dell’instabilità degli apparati istituzionali e delle strutture di governo (segnata negli anni ’90 dalla crisi dei partiti politici, dal tentativo di bicamerale, dal tramonto del principio proporzionalistico) sembrerebbe rispecchiare appunto una fragilità originaria (mai superata) delle forze politiche operanti nella transizione dal previgente all’attuale ordinamento giuridico.

possibile cogliere alcuni fermenti significativi, che si tradurranno nell'affidamento al popolo della scelta istituzionale (fortemente voluta dal partito di centro e considerata, fra l'altro, una scelta di opportunità politica)²⁵⁹⁰ e di quella elettorale per eleggere i membri dell'Assemblea costituente. A fronte dell'estrema eterogeneità delle forze politiche, i fatti succedutisi sembrano manifestare l'impegno a superare²⁵⁹¹ le numerose e profonde divergenze che si frapponivano continuamente alla realizzazione di decisioni comuni.

Sotto altro profilo la legalità, il rispetto della legge, è l'insieme delle regole riferibili alla permanenza di un ordinamento; per tali ragioni, a partire dalla caduta del fascismo, l'analisi della legalità repubblicana contiene il discusso problema della continuità o discontinuità fra ordinamento repubblicano e ordinamenti preesistenti, generalmente risolto in termini di cesura,²⁵⁹² perlomeno sul terreno giuridico.²⁵⁹³ Dal punto di vista interno al nuovo ordinamento, la delegittimazione sostanziale dei governi precedenti si ha con il *referendum* del 2 giugno del 1946, che evidenzia la fine di ogni legame del popolo con il regime fascista ma anche con quello statutario, che tramonta assieme alla figura del monarca destituito “per volontà della Nazione”.²⁵⁹⁴

La legalità fascista si recide con la revoca di Mussolini e i primi decreti legge approvati dal governo Badoglio; vige una sorta di reviviscenza della legalità statutaria, più in senso formale che sostanziale, come osservanza delle procedure previste dalla legge vigente nell'ordinamento statutario: Mussolini è destituito in base ad un preciso potere di revoca del primo ministro spettante al re (art. 2 della legge n. 2263/1925); legittimamente si ricorre ai decreti legge (“stato di necessità per causa di guerra” e rinvio alle leggi n. 100/1926 e n. 129/1939 sulla potestà legislativa esercitata dal Governo); il Senato dopo la quiescenza è soppresso con legge costituzionale n. 8/1947 e la Camera dei fasci è “sciolta”, per convocazione ed inizio di una nuova Legislatura (decreto legge n. 705/1943).²⁵⁹⁵

Con l'abdicazione di Vittorio Emanuele III e la luogotenenza c'è la “tregua istituzionale” che, se da un lato sedò fermenti rivoluzionari non ancora sopiti (il rischio di guerra civile era elevato), dall'altro lato fu considerato un espediente di continuità formale in contrasto con i nuovi ideali esprimenti cesura con i sistemi precedenti ed un primo incrinarsi della legalità sostanziale, che si fonda sulla fedeltà delle forze politiche ai principi democratici costituenti la base di fatto della nuova realtà delineatasi.²⁵⁹⁶

²⁵⁹⁰ M. Fiorillo, *La nascita della Repubblica italiana*, Milano, 2000, 181-182.

²⁵⁹¹ Già dal Patto di Salerno, nell'aprile del 1944, in cui Togliatti cerca di comporre i contrasti fra Badoglio (in carica dal 25 luglio del 1944), gli antifascisti ed i monarchici.

²⁵⁹² Cfr. L. Elia, *La difesa della Costituzione* in A. Cerri (a cura di), *Costituzione, storia, valori*, Roma, 2008, 83-84.

²⁵⁹³ Calamandrei affermerà *incipit vita nova* (*Scritti cit.*, I, 104).

²⁵⁹⁴ V. Crisafulli, *Lezioni cit.*, 156.

²⁵⁹⁵ V. Crisafulli, *Lezioni cit.*, 145-149.

²⁵⁹⁶ Benché già segnata da contrasti politici interni (la sinistra preme per l'anticipazione delle elezioni politiche, i monarchici al contrario sperano di temporeggiare anche con l'abdicazione di Vittorio Emanuele III e l'ascesa di Umberto II che rafforzano la loro posizione, De Gasperi ritiene più democratico e politicamente prudente rimettere la decisione istituzionale al popolo in sede referendaria), la “tregua istituzionale” è l'avvio di un primo compromesso che conduce a riunire, il 2 giugno, *referendum* istituzionale ed elezioni della Costituente. Sotto altro profilo, la tregua istituzionale evitò “una irrimediabile cesura costituzionale con il sistema preesistente, assorbendo i comitati di liberazione all'interno dell'organizzazione governativa monarchica” (A. Reposo, *Lezioni sulla forma di governo italiana: dalla monarchia statutaria al modello semipresidenziale*, Torino, 1997, 57), malgrado sancisse una continuità militare in evidente contrasto con la già proclamata discontinuità costituzionale, in ossequio al principio inglese *quieta non movere* che prevede il mantenimento della continuità delle forme anche in presenza di cambiamenti sostanziali, per non alimentare i dissensi politici (P. Calamandrei, *Scritti cit.*, I, 116).

Con il Patto di Salerno nell'aprile del 1944²⁵⁹⁷ e con l'elezione dell'Assemblea costituente anche la legalità statutaria tramonta definitivamente. I decreti legge 25 giugno 1944 n. 151 e 16 marzo 1946 n. 98 (definiti prima e seconda Costituzione provvisoria) regolano l'ordinamento provvisorio e delegano l'esercizio del potere legislativo al Governo; il primo indice l'elezione dell'Assemblea costituente a suffragio universale diretto e segreto, il secondo, modificando il primo, demanda la "scelta istituzionale" al popolo; è il primo caso di partecipazione popolare diretta e di consultazione referendaria ed elettiva contemporanea. L'adozione del sistema proporzionale pressoché puro,²⁵⁹⁸ per garantire la partecipazione democratica di un maggior numero possibile di forze politiche (dotate di un minimo di rappresentatività delle diverse ideologie nel popolo) alla redazione del testo costituzionale, è risultato l'"unico strumento atto a rappresentare la realtà, contraddistinta da un alto grado di frammentazione delle forze".²⁵⁹⁹

Tale scelta, al contempo, è anche espressione di fedeltà ad una Costituzione non ancora scritta ma già presente come spirito, nel principio democratico di garanzia delle minoranze²⁶⁰⁰ e, come Costituzione materiale, nel perseguimento degli interessi dell'intera collettività da parte delle forze politiche; ed è espressione di legalità, quale obbedienza dei governanti all'opzione repubblicana espressa dal popolo, mediante il riconoscimento di un diritto costituente in capo ad un ampio e diversificato numero di forze politiche.

Ciò che permane della normativa previgente nella rinnovata (se pure ancora transitoria) legalità repubblicana sarà indicato espressamente nelle V, VI, VII, IX, XVI disposizioni transitorie; la successiva conversione in legge di tutti i provvedimenti governativi adottati dopo il 25 luglio del '43 ad opera della Costituente (XV disp. trans.) sembra peraltro segnare discontinuità anche con il periodo transitorio, se è vero che la necessità di legittimare gli atti normativi anteriori secondo i principi dell'ordinamento giuridico legittimante presuppone una cesura ed un rinnovamento dell'intero sistema normativo.²⁶⁰¹

Ancor più netta la separazione con gli ordinamenti preesistenti ove si prenda in considerazione la Costituzione materiale, che offre già qualche spunto di analisi di questa fase storica, in termini costituzionali, pur in assenza della Costituzione scritta. La Costituzione materiale è intesa come assetto di principi intrinseci ad un dato ordinamento, come complesso di fini istituzionali, perseguiti dalle forze politiche dominanti.²⁶⁰² Per Schmitt la Costituzione è "decisione politica fondamentale del

²⁵⁹⁷ A. Reposo, *op. cit.*, 59-60.

²⁵⁹⁸ Scelta su cui incise anche la "etichetta fascista" del sistema maggioritario (A. Reposo, *op. cit.*, 64-65).

²⁵⁹⁹ Frammentazione riassumibile in quella che è stata definita la "esarchia" antifascista, interna alla Costituente (L. Paladin, *Per una storia cit.*, 25-26, 34) e corrispondente in sostanza alle tre principali culture: liberale, cristiana, marxista (A. Pizzorusso *Le stagioni della Costituzione – Postfazione al volume conclusivo de "Commentario della Costituzione"* in G. Branca, *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1995, XXXVI).

²⁶⁰⁰ La legalità nella democrazia è precostituzione delle regole ad evitare l'arbitrio *ex post*; la legge è "l'unica salvaguardia contro l'arbitrio della tirannia", non è strumento ma limite dell'autorità; e la democrazia repubblicana segna il passaggio a due fondamentali principi giuridici: la sovranità popolare che rende il popolo partecipe dall'interno al procedimento di formazione delle leggi e l'intangibile garanzia delle libertà individuali che preserva le libertà civili e politiche anche di coloro che, facendo parte della minoranza, non partecipano al processo posto in atto dalla maggioranza (limite all'onnipotenza della legge); in tal modo la Costituzione diviene lo strumento preventivo attraverso il quale si impedisce alla maggioranza di espugnare la voce della minoranza (P. Calamandrei, *Scritti cit.*, I, 75 ss.).

²⁶⁰¹ V. Crisafulli, *Lezioni cit.*, 154.

²⁶⁰² C. Mortati, *Costituzione*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 167, 169. (Sulle definizioni di Costituzione materiale cfr. V. Crisafulli, *Lezioni cit.*, 109, 110, 113, 117).

titolare del potere costituente”, è “unità politica di un popolo”; dunque c’è discontinuità quando il nuovo ordinamento risale ad un diverso potere costituente, è espressivo di una diversa decisione politica.²⁶⁰³ Se mutano i principi supremi il trapasso ad una nuova Costituzione materiale, anche se in forma legale, dà vita ad un ordinamento nuovo e l’indiscusso passaggio ad un diverso potere costituente, espressivo di un mutato contenuto politico sostanziale, segna la frattura del nuovo ordinamento anche in presenza della permanenza di norme previgenti, purché non incompatibili col nuovo ordinamento.²⁶⁰⁴

Non mancano, tuttavia, posizioni più favorevoli a ritenere che vi sia continuità fra il nuovo ed i precedenti ordinamenti giuridici, sul presupposto che l’ordinamento estinto non sia receduto a mero fatto, né la normativa anteriore a diritto straniero; ciò che si estingue non è l’ordinamento previgente ma la “capacità produttiva di diritto delle vecchie fonti” e la continuità è data dalla permanenza di quegli elementi essenziali affinché permanga lo Stato come ordinamento complessivo, e cioè il popolo “politicalmente ordinato”, un “corpo politico unitario” (*mutata forma regiminis non mutatur et ipsa civitas*) ed il territorio.²⁶⁰⁵ La successione degli ordinamenti, dunque, più che in termini di rottura va analizzata in termini di stratificazione degli uni sugli altri.²⁶⁰⁶

Una visione intermedia nega la presenza di una Costituzione materiale preesistente al dato testuale di una Costituzione scritta e coglie aspetti di continuità (normativi, burocratici, nelle istituzioni), alternati a concezioni del tutto nuove (una sorta di Giano bifronte); ferma restando l’indiscussa presenza di fermenti e ideali preesistenti alla redazione della Carta costituzionale, l’enucleazione in corrispondenti valori e beni giuridici da preservare è avvenuta con l’entrata in vigore della Costituzione scritta e la loro concretizzazione effettiva è stata un processo lento e graduale, nel corso del quale la democrazia ha assunto connotazioni più determinate e la Costituzione vivente si è progressivamente adattata alle mutevoli esigenze della realtà quotidiana.²⁶⁰⁷

²⁶⁰³ C. Schmitt, *Dottrina della Costituzione*, 1928, trad it., Milano, 1984, 41, 15, 132-133. In Schmitt il potere costituente si distingue dall’Assemblea costituente perché è primigenio, è “sempre nello stato di natura”, non è trasferibile, alienabile, né consumabile; il voto del popolo, che deve sempre partecipare direttamente, è una legittimazione a posteriori dell’originario potere costituente e ciò avviene quando, essendo lo Stato presupposto, non è più popolo ma Nazione, ovvero unità politica capace di agire politicamente (Id., 114, 130, 120 ss.). Diversamente da Schmitt, Mortati non crede nel primigenio potere costituente, ma in un comune fine politico non pregiudiziale bensì formante l’essenza stessa della Costituzione e dunque fonte prima del diritto dello Stato (C. Mortati, *Costituzione cit.*, 169 ss.).

²⁶⁰⁴ C. Mortati, *Costituzione cit.*, 212 ss. (Sulla Costituzione come “documento giuridico capace di esprimere gli orientamenti ideali in base ai quali debba evolversi l’assetto politico di un paese”, significato originatosi a partire dal XVIII sec., cfr. A. Pizzorusso, *La Costituzione ferita*, Bari, 1999, 3 ss.).

²⁶⁰⁵ V. Crisafulli, *La continuità dello Stato*, 1964, ora in *Stato, popolo, governo*, Milano, 1985, 16, 29, 32, 36 nota 47 e 37. È interessante notare una sorta di palinodia da parte di Crisafulli che, in precedenza, aveva sottolineato la presenza di criteri politici tra loro non omogenei fra il vecchio ed il nuovo ordinamento e sembrava manifestare maggiore propensione per la tesi sostanziale piuttosto che per quella formale, dunque, per la discontinuità (V. Crisafulli, *Lezioni cit.*, 179 ss.); resta solo da domandarsi se sulla rivisitazione delle posizioni assunte inizialmente non ci sia stata anche l’amarezza di constatare la persistente inattuazione costituzionale, negli anni successivi alla sua entrata in vigore, segnata dalla pubblicazione, nel 1951, dell’articolo intitolato “La Costituzione tradita” (in *Rinascita*, 1951, 118 ss.); ma già negli anni della inattuazione costituzionale non è mancato chi ha ravvisato nei suoi scritti, se pure implicitamente, il riconoscimento di una certa continuità di fondo (L. Paladin, *Saggi di storia costituzionale*, Bologna, 2008, 184-185).

²⁶⁰⁶ A sostegno della continuità vi sarebbero una serie di norme costituzionali (disp. trans. e norme costituzionali) che, rinviando al concetto di coordinamento e adoperando il termine “vigente” in riferimento all’ordinamento prerepubblicano (VII disp. trans.), sembrerebbero rivelare una continuità fra ordinamenti “stratificati”, rafforzata dalla permanenza dei magistrati e del personale amministrativo del periodo precedente (M. Fiorillo, *op. cit.*, 282-288; in senso analogo, cfr. V. Crisafulli, *Lezioni cit.*, 180-181).

²⁶⁰⁷ L. Paladin, *Per una storia cit.*, 33-40.

A prescindere dalla conclusione che la frattura ci sia stata o meno, le questioni pratiche relative al rapporto tra le norme anteriori e la nuova Costituzione rimangono analoghe.²⁶⁰⁸ Peraltro, durante la fase costituente, i continui contrasti politici hanno indotto a chiudere tra parentesi i lavori dell'Assemblea e della Commissione dei 75, creando una sorta di vita parallela fra gli sforzi di convergenza interni alla redazione della Carta costituzionale (ostacolati dall'intento di tradurre in norme costituzionali, che dettano regole di condotta, i propri programmi politici, all'esito di una "rivoluzione vittoriosa che non aveva ancora esaurito il proprio ciclo storico")²⁶⁰⁹ e la politica quotidiana.²⁶¹⁰ Il pluralismo politico, felice espressione del principio di libertà,²⁶¹¹ nel post-fascismo diviene però eterogenea frammentazione delle forze politiche; ben si comprende allora come una tale dispersione ideologica (sostanzialmente mai risolta), già dai lavori dell'Assemblea, abbia inciso a porre solide fondamenta all'unico obiettivo comune, una Costituzione antifascista, e non anche alle forme di governo che l'avrebbero dovuta attuare.²⁶¹² La massima moltiplicazione degli organi costituzionali, in contrasto con il previgente accentramento del potere in capo al primo ministro ha comportato, fra l'altro, l'inserimento nella Costituzione del principio di preminenza dell'organo legislativo su tutti gli altri,²⁶¹³ con evidenti conseguenze sul ruolo della legalità, da un lato, e sulla controversa questione dell'onnipotenza della legge, dall'altro.

Un'impostazione meno severa, tuttavia, ha evidenziato come in molti dei punti in cui si raggiunse un accordo fra le diverse ideologie politiche non vi fu compromesso, inteso come baratto (presente semmai nella Costituzione economica), ma "profonda convergenza su un umanesimo di varia origine", una "convergenza culturale di forze"²⁶¹⁴ che si espresse in particolare nell'articolato ambito dei diritti di libertà.²⁶¹⁵

²⁶⁰⁸ V. Crisafulli, *Lezioni cit.*, 179.

²⁶⁰⁹ P. Calamandrei, *Scritti cit.*, I, 290-294.

²⁶¹⁰ L'Assemblea costituente afferma quegli ideali che il Risorgimento aveva lasciato incompiuti, per la prevalenza data da Cavour all'endiadi unità-indipendenza rispetto ad un maggiore sviluppo in senso liberale e democratico, scelta che porterà poi alla crisi che aprirà la strada al fascismo (A. Pizzorusso, *La Costituzione cit.*, 11). Peraltro nel timore di un'Assemblea costituente "senza freni", in base al decreto n. 98 del 1946 il Governo manterrà un suo potere legislativo (ad eccezione di alcune materie) temperato da un vincolo di responsabilità politica verso l'Assemblea (si profila una forma parlamentare di governo, L. Paladin, *Per una storia cit.*, 26, 57; altra dottrina, più che di fiducia-responsabilità politica, ha parlato di attività consultiva, d'iniziativa legislativa ed ispettiva, cfr. M. Fiorillo, *op. cit.*, 179). All'esito del referendum nessun atto conteneva la proclamazione ufficiale della Repubblica, che dovrà attendere la dichiarazione testuale nell'art. 1 della Carta costituzionale (se pure "ricognitivo" della volontà già espressa da popolo) e nell'art. 139, rafforzato dal riconoscimento di una sorta di "supercostituzionalità", che ricorda la visione Schmittiana del potere costituente (V. Crisafulli, *Lezioni cit.*, 121-122).

²⁶¹¹ A. C. Jemolo, *La crisi dello stato moderno*, Bari, 1954, 100.

²⁶¹² Secondo questa impostazione, lo scopo primario di scongiurare il ritorno ad un regime autoritario e di garantirsi la sopravvivenza politica in caso di sconfitta elettorale è stato il solo punto di incontro di tutte le forze politiche operanti all'interno dell'Assemblea (al contrario, Calamandrei ricorda che "la schiettezza di una democrazia è data dalla lealtà con cui il partito che è al potere è disposto a lasciarlo", *Scritti cit.*, I, 521); ciò ha portato, in ordine al primo profilo, la moderazione dei poteri attribuiti al Primo ministro e la previsione di numerosi organi costituzionali ad erosione di un potere supremo; in ordine al secondo, ha determinato il rifiuto del bipartitismo e la conservazione di un sistema proporzionale pressoché puro (L. Paladin, *Per una storia cit.*, 2004, 61).

²⁶¹³ G. Ballardore Pallieri, *La Costituzione italiana nel decorso quinquennio*, in *Foro padano*, 1954, IV, 33 ss.

²⁶¹⁴ L. Elia, *La difesa cit.*, 86-88.

²⁶¹⁵ L. Paladin, *Per una storia cit.*, 56 ss. I diritti sociali (una rivoluzione promessa al posto di una rivoluzione mancata, dirà Calamandrei, cfr. Id, *Opere cit.*, 332), fortemente voluti dalle forze di sinistra al momento dell'elaborazione della Carta costituzionale e affiancati ai diritti tradizionali di libertà, implicano diritti a prestazioni da parte dello Stato, il che rende la nostra Costituzione un modello particolare; i due tipi di diritti si coniugheranno nel patto social-democratico avvenuto con il disgelo costituzionale del 1960-1963 (L. Elia, *La difesa cit.*, 85 e 91).

La propensione per l'una o l'altra delle accennate impostazioni comporta inevitabilmente valutazioni differenti in ordine all'effettiva fedeltà alla legge ed ai valori repubblicani, emersa in questa travagliata fase costituente.²⁶¹⁶

3. *L'inattuazione della Costituzione*

Con l'entrata in vigore della Costituzione e l'avvio della prima legislatura iniziano a porsi i nuovi quesiti circa la legalità e la Costituzione vivente; fino all'entrata in funzione della Corte costituzionale (che coinciderà con il “disgelo costituzionale” e si realizzerà dopo cinque anni di contrasti politici per giungere ad approvare la l. cost. 11 marzo 1953, n. 1 e la l. 11 marzo 1953, n. 87), la legittimità costituzionale rimarrà una questione insoluta interna alla questione della legalità, se non nella parte precettiva autoapplicativa (immediata e non differita),²⁶¹⁷ peraltro mantenuta ai margini delle norme programmatiche,²⁶¹⁸ che richiedevano necessariamente l'attuazione legislativa (Cassazione, SS. UU. penali del 7 febbraio 1948). Per l'esigua parte restante, la giustizia costituzionale sarà affidata al sindacato diffuso dei giudici comuni (ai sensi della VII disp. trans.), con sacrificio della omogeneità delle pronunce e talvolta, ad avviso di autorevole dottrina, della sensibilità democratica nelle decisioni.²⁶¹⁹

Tuttavia la carenza della magistratura nell'opera di attuazione costituzionale è certamente di grado inferiore rispetto alle mancanze imputabili al Legislatore e agli organi di governo.²⁶²⁰ Sebbene oscillante e non privo di contrasti, in ordine alle norme precettive non vi è dubbio che il lavoro svolto dai giudici comuni sia stato notevole ed esteso sia ai vizi formali che sostanziali²⁶²¹ delle leggi prevalenti; in ordine alle norme programmatiche, che esigevano invece l'intervento del Legislatore, il criterio seguito è stato la disapplicazione delle leggi incompatibili finché la Corte costituzionale, entrando in funzione, ne avesse dichiarato l'illegittimità; il che ha prodotto un'attuazione a “mosaico”

²⁶¹⁶ Calamandrei osserva che in questa fase la debolezza politica diviene debolezza giuridica e l'inattuazione dell'ordinamento costituzionale rimane sullo sfondo della lotta per il predominio ministeriale; l'insufficienza politica e morale della classe dirigente tradiscono quell'unità di valori che si auspicava di ritrovare dopo la disgregazione e l'isolamento fascista (P. Calamandrei, *Scritti cit.*, I, 272-275, 100). Ciò nonostante non si è mancato di sottolineare, per altro verso, il legame profondo con la Costituzione da parte delle forze di opposizione, oltre che di quelle di maggioranza (cfr. A. Cerri, *La Costituzione nella storia dell'Italia repubblicana*, in A. Cerri (a cura di), *Costituzione, storia, valori*, Roma, 2008, 121).

²⁶¹⁷ P. Calamandrei, *Scritti e discorsi politici – Discorsi parlamentari e politica costituzionale*, II, Firenze, 1966, 485-486.

²⁶¹⁸ L'estensione della natura programmatica anche a norme che sarebbero state immediatamente operative ridusse molto la diretta attuazione dei precetti costituzionali benché, al contrario, la fedeltà allo spirito della nuova Costituzione avrebbe richiesto il riconoscimento del carattere precettivo a tutte le norme che avessero presentato un minimo di applicabilità (G. Balladore Pallieri, *La Costituzione cit.*, 50 ss.; in tema, cfr. anche U. Allegretti, *Profilo cit.*, 401-402; A. Pizzorusso, *Le stagioni cit.*, XXXVIII; A. Cerri, *Spunti e riflessioni sulla Costituzione nella storia dell'Italia repubblicana e nel presente momento*, in A. D'Atena (a cura di), *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Milano, 2012, 407).

²⁶¹⁹ In tema di riserva di legge in materia penale, la divergenza di vedute espressa da autorevole dottrina favorevole all'avocazione a sé da parte della Corte costituzionale del sindacato su tutti gli atti del governo emanati anteriormente all'entrata in vigore della Costituzione, era stata giustificata dalla dottrina dissenziente con l'intento, fra l'altro, di sottrarne il relativo giudizio al sindacato diffuso, data la “minore sensibilità talvolta dimostrata dai giudici comuni nell'interpretare e applicare la Costituzione in chiave autenticamente democratica” (A. M. Sandulli, *Riserve di legge introdotte dalla Costituzione e regolamenti anteriori*, in *Giur. cost.*, 1969, 2173; analogamente, V. Onida, *L'attuazione della Costituzione fra magistratura e Corte costituzionale*, in AA. VV., *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Varese, 1977, 506-508, 542; si è anche parlato, in proposito, di consolidati orientamenti giurisprudenziali e dottrinali ancora vincolati al passato, cfr. L. Paladini, *Per una storia cit.*, 37-38).

²⁶²⁰ G. Azzariti, *La mancata attuazione della Costituzione e l'opera della magistratura*, in *Il Foro it.*, 1956, IV, 1 ss.

²⁶²¹ Cfr. le tre sentenze delle SS. UU. civili della Cassazione, 15 gennaio 1953, n. 107, n. 108 e n. 109.

delle diverse norme costituzionali²⁶²² ed un quadro giuridico del tutto eterogeneo e confuso: in attesa, infatti, della dichiarazione di illegittimità costituzionale operata dalla Corte, le norme incompatibili erano esecutorie, ma né valide, né obbligatorie (prima dell'entrata in funzione della Corte costituzionale, infatti, i giudici comuni potevano disapplicarle; successivamente, potevano sospendere il giudizio per rimettere la questione dinanzi ai giudici costituzionali).²⁶²³

Il ritardo nell'attuazione delle norme programmatiche è avvenuto, malgrado le disposizioni transitorie avessero affidato al Parlamento il compito primario di revisionare la legislazione anteriore entro dei termini precisi che, tuttavia, sono stati considerati meramente ordinatori;²⁶²⁴ ed, anzi, si sono approvate leggi che, al contrario, poco si discostavano dal regime autoritario del passato,²⁶²⁵ segnando una parentesi buia nel percorso di realizzazione e consolidamento del nuovo ordinamento repubblicano.²⁶²⁶ La mancata solerzia del Legislatore sia nell'ambito delle norme programmatiche, sia in quello della giustizia costituzionale lo aveva lasciato libero, sostanzialmente, di legiferare in assenza di un controllo democratico del suo operato. La legalità da sola considerata, infatti, presupporrebbe l'infallibilità del Legislatore (*summum jus summa iniuria*), mentre la diversificazione dei poteri fra distinti organi costituzionali comporta, fra l'altro, che il controllo di costituzionalità rappresenti un argine all'onnipotenza del Legislatore e la certezza del diritto non si trasformi in sacrificio della giustizia.²⁶²⁷ Ed è indubbio che ai giudici di merito non si sarebbe potuto chiedere di assumere di fatto il ruolo che l'organo costituzionalmente legittimato, il Parlamento, si esimeva dall'esercitare; ciò, a maggior ragione, se si considera il delicato rapporto fra il principio di legalità ed il principio di subordinazione dei giudici alla legge (art. 101 Cost.), in relazione all'indiscussa, effettiva capacità dei giudici di creare il diritto nonostante la "supremazia della legge",²⁶²⁸ della quale peraltro, nell'ambito del sindacato diffuso, la magistratura ordinaria ed amministrativa era chiamata a valutare anche i vizi di contenuto, oltre che di forma.

Sul terreno istituzionale, gli anni successivi all'entrata in vigore della Costituzione hanno visto un uso frequente della tecnica del "rimpasto" governativo, segnato da maggioranze di volta in volta diverse e legate alle contingenze politiche del momento, indicative della persistenza di un sistema istituzionale destabilizzato da monadi di partito, serrate nell'orto concluso degli interessi particolari, ed ancora incapaci di legittimarsi reciprocamente convergendo su una linea politica comune,²⁶²⁹ che

²⁶²² L. Paladin, *Per una storia cit.*, 78-79.

²⁶²³ C. Esposito, *La Costituzione italiana – saggi*, Padova, 1954, 270-272; A. M. Sandulli, *Fonti del diritto*, in *Nss. D. I.*, Torino, 1961, 526-527.

²⁶²⁴ Formalmente la natura perentoria avrebbe determinato la (inconcepibile) nullità degli atti posti in essere successivamente alla scadenza (G. Azzariti, *La mancata attuazione cit.*, 5 ss.), ma è chiaro che l'obbligatorietà dei termini si fondava sull'intero tessuto giuridico introdotto con la Costituzione repubblicana.

²⁶²⁵ Fra gli esempi più significativi vi furono la legge (n. 62/1953) istitutiva degli organi regionali che sostanzialmente ne svuotava l'autonomia; le leggi (n. 150/1953 e n. 343/1954) per il decentramento amministrativo, che non riformarono la pubblica amministrazione ma ne mantennero l'originaria impronta autoritaria; la legge di riforma del codice di procedura penale (n. 517/1955) che lasciò inalterata la politica giudiziaria fascista (poi modificata dalla Corte costituzionale a partire dalla sent. n. 54/1971 e fino alla riforma del 1988); la legge (n. 195/1958) istitutiva del CSM che di fatto lo privava di autonomia e ne conservava l'ingerenza politica e l'impronta gerarchica (successivamente rielaborata, a cominciare dalla sent. n. 168/1963, ad opera della Corte costituzionale) (A. Pizzorusso, *La Costituzione cit.*, 13-14).

²⁶²⁶ Cfr. E. Cheli, *Il problema storico della Costituente*, in *Pol. dir.*, 1973, 520 ss.

²⁶²⁷ P. Calamandrei, *Opere cit.*, 82, 85.

²⁶²⁸ S. Fois, *Legalità (principio di)*, *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, 695 ss.

²⁶²⁹ Si parlerà di violazione della legalità da parte di un governo che ha adattato la Costituzione a se stesso invece di adattarsi alla Costituzione, operando quei ritardi nell'emanazione delle leggi attuative delle norme costituzionali programmatiche, che non

fosse espressiva di una sovranità statale democratica ed autonoma rispetto alle pressioni esterne e agli scenari internazionali.²⁶³⁰ Sono dunque anni di arresto sul piano costituzionale, se non di retrocessione nella salvaguardia dei diritti di libertà, in cui l'atteggiamento politico che Calamandrei definirà "ostruzionismo di maggioranza"²⁶³¹ concorrerà a determinare il cosiddetto "congelamento costituzionale" (1948-1953).

Nel clima della guerra fredda, i vari governi centristi succedutisi al potere, da un lato, tendevano all'emarginazione delle forze di sinistra (che pure avevano contribuito, e non poco, alla formazione della Costituzione) e, dall'altro lato, si mantenevano in un atteggiamento difensivo dell'egemonia conquistata, in quella che è stata qualificata la "repubblica dei partiti".²⁶³² La permanenza della legislazione fascista, di un preesistente personale burocratico (almeno fino agli anni '60) e dei vecchi apparati repressivi, favoriti dall'assenza dell'organo di giustizia costituzionale, erano diffusamente considerati una precisa volontà della maggioranza volta al mantenimento dell'ordine pubblico e all'emarginazione delle forze di sinistra; questo, insieme al protrarsi di una certa organizzazione autoritaria, della mentalità e delle consuetudini maturate nell'epoca anteriore (come gli arresti o i licenziamenti *ad nutum* per motivi politici o sindacali), era avvertito come un profondo tradimento della fiducia riposta nel nuovo ordinamento repubblicano e come un'indebita compressione dei diritti di libertà.²⁶³³

Inneggabilmente, la forza "coesiva-inclusiva" della Costituzione è passata per un radicamento talmente travagliato da suscitare intense delusioni²⁶³⁴ ed autorevoli giuristi, ma soprattutto, appassionati sostenitori dei nuovi ideali sanciti nella Carta costituzionale non nascosero l'amarezza per un rinnovamento fallito: nel 1951 Crisafulli scriverà "*La Costituzione tradita*", Giannini "*La Costituzione fluida*", nel 1954 Ballardore Pallieri riassumerà nella parola "nessuna" l'entità dell'attuazione

avrebbero incontrato autorità superiori capaci di imporre l'obbligo di adempimento (P. Calamandrei, *Scritti cit.*, I, 520 e 556). Per tali ragioni questa è definita "epoca di crisi" in quanto lo Stato, invece che rappresentare un elemento di stabilità, costituisce motivo di incertezza e di timore per il futuro, malgrado le recenti deviazioni dallo Stato di diritto (come il fascismo) avrebbero dovuto infondere una rinnovata energia in coloro che operandovi, ne avrebbero potuto riaffermare i principi (G. Ballardore Pallieri, *La crisi della personalità dello Stato*, in AA. VV., *La crisi del diritto*, Padova, 1953, 150-152).

²⁶³⁰ A livello internazionale, anche i primi tentativi di integrazione europea si trasformano in terreno di contrasto politico: sono gli anni del piano Marshall (1947-1951), dell'ingresso nella Nato e del blocco occidentale (1949), dell'adesione alla Ceca (1952) e, soprattutto, della guerra fredda. A livello nazionale, nei primi anni '50, si hanno soltanto una parziale riforma agraria e l'istituzione della Cassa per il Mezzogiorno; dal punto di vista costituzionale è da rilevare la rivendicazione del Presidente Einaudi di alcuni dei poteri presidenziali previsti dalla Costituzione, come il potere di rinvio delle leggi alle Camere (art. 74, comma 1, Cost.) e la nomina dei senatori a vita (art. 59 Cost.).

²⁶³¹ P. Calamandrei, *Scritti cit.*, I, 516-519, 558-559; fenomeno "singolare", in quanto strumento "estremo" solitamente adottato dalla minoranza (A. Cerri, *La Costituzione cit.*, 120). A posteriori, tuttavia, lo stallo determinatosi fu paradossalmente considerato un bene per la "sopravvivenza" formale della Costituzione, che nell'acceso clima politico della prima Repubblica, specialmente dopo le elezioni del 18 aprile del 1948, avrebbe rischiato assai di più con un tentativo di attuazione di quanto sia avvenuto con il congelamento verificatosi; la "evasione costituzionale" è stato dunque il prezzo da pagare per mantenere il modello di gestione pluralista del potere, voluto dalla Costituzione (E. Cheli, *op. cit.*, 523-524).

²⁶³² A cui farebbe eccezione soltanto il *referendum* istituzionale che tuttavia, a ben guardare, appare anch'esso frutto di scelte politiche (L. Paladini, *Saggi cit.*, 138 ss.).

²⁶³³ L. Paladini, *Per una storia cit.*, 39, 93; V. Crisafulli, *Lezioni cit.*, 180; A. Pizzorusso, *Le stagioni cit.*, XXXVI-XXXVII; P. Calamandrei, *Scritti cit.*, I, 564-565. A. Cerri, *La Costituzione cit.*, 120-121. La Costituzione è passata "sopra gli apparati statali senza toccarli" determinando così, nei corpi burocratici, un'indubitabile continuità col passato (S. Cassese, *La formazione dello Stato amministrativo*, Milano, 1974, 227-228), che si è manifestata anche nei settori del giornalismo, dell'università, dell'industria, delle Confederazioni (A. C. Jemolo, *Italia tormentata (1946-1951)*, Bari, 1951, 40).

²⁶³⁴ L. Elia, *La difesa cit.*, 92.

costituzionale e Calamandrei, parlando del disfacimento della Costituzione, dirà che “non era neppure pensabile che un Parlamento nato dalla Costituzione potesse tradire l’impegno costituzionale che la Costituente gli aveva trasmesso”, operando una “deliberata volontà di lasciarla incompiuta”.²⁶³⁵ Nel 1952 il film “*Umberto D.*” esprimerà la sintesi dell’estrema miseria e della profonda dignità presenti nell’Italia di quel momento. Due anni dopo l’*Economist* definirà l’italiano comune “più un suddito che un cittadino”.²⁶³⁶

Il riflesso di tali contrasti si è manifestato nella difficoltà di raggiungere la maggioranza prevista per la nomina dei giudici costituzionali. L’incoerenza politica ha dunque prevalso, malgrado l’impegno dei governi De Gasperi succedutisi in quegli anni a comporre le divergenze (comprese le correnti contrarie interne al partito) e a mantenere all’interno della realtà istituzionale anche i partiti osteggiati da eventi esterni²⁶³⁷ (la scomunica dei comunisti ad opera di Pio XII nel 1949, la formazione del Msi malgrado il divieto prescritto dalla XII disp. trans.). Benché non siano mancati passaggi di emendamenti fra le due Camere volte all’ostruzionismo, i cinque anni occorsi per l’approvazione delle due leggi regolanti, la prima, il procedimento dinanzi alla Corte costituzionale, e la seconda, la costituzione e il funzionamento della Corte (l. cost. 1/1953 e l. 87/1953) sono stati determinati non da manovre dilatorie, ma da scontri politici volti a far prevalere ciascuno il proprio orientamento sui criteri di nomina dei componenti della Corte costituzionale (per gestirne l’operato) e sui rapporti di questa con gli altri organi costituzionali di indirizzo politico.²⁶³⁸ Il maggior timore risiedeva nella “divisione del potere” che la Consulta avrebbe reso effettiva con l’avvio della propria attività.²⁶³⁹

L’epilogo sarà la riforma elettorale del 1952 (definita “legge-truffa”), diffusamente ritenuta incostituzionale in quanto lesiva dei principi di uguaglianza e di garanzia dei partiti minori all’interno delle istituzioni.²⁶⁴⁰ L’evidente finalità di favorire il partito di governo nelle imminenti elezioni (che si sarebbero tenute l’anno successivo) renderà tale riforma la prima esplicita *conventio ad excludendum*²⁶⁴¹ che, già emersa nella prassi politica degli anni precedenti come tentativo di garantire maggioranze politiche a determinate forze di partito a scapito di altre, susciterà dubbi di costituzionalità,²⁶⁴² che tuttavia rimarranno irrisolti per l’assenza dell’organo costituzionale di controllo.²⁶⁴³

²⁶³⁵ V. Crisafulli, *La Costituzione tradita*, in *Rinascita*, 1951, 118 ss.; M. S. Giannini, *La Costituzione fluida*, in *Società*, 1951, 497 ss.; G. Ballardore Pallieri, *La Costituzione cit.*, 60; P. Calamandrei, *Scritti cit.*, I, 519-520.

²⁶³⁶ L. Paladin, *Per una storia cit.*, 94.

²⁶³⁷ U. Allegretti, *Storia costituzionale italiana. Popolo e istituzioni*, Bologna, 2014, 137 ss.

²⁶³⁸ L. Paladin, *Per una storia cit.*, 98 ss. In sede costituente la natura giurisdizionale della Corte aveva fatto prevalere la scelta di una composizione che fosse espressiva della massima differenziazione politica (L. Elia, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, in P. Barile, E. Cheli, S. Grassi (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, 522-523).

²⁶³⁹ A. Cerri, *La giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. trim. d. pubb.* 2001, 1328-1329; E. Cheli, *op. cit.*, 521.

²⁶⁴⁰ A. Reposo, *op. cit.*, 70-72.

²⁶⁴¹ L. Elia, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 657 ss. La convenzione “*ad excludendum*”, peraltro, risulta alternativa al progetto di “democrazia protetta” fortunatamente non riuscita (L. Elia, *La difesa cit.*, 90-91; cfr. anche L. Paladin, *Per una storia cit.*, 101 e 112 ss.), ma alimenta la sfiducia “quanto alla fedeltà alla costituzione” dei titolari del maggior partito di opposizione (A. Reposo, *op. cit.*, 87 ss.).

²⁶⁴² La legge elettorale del ’52 stabilirà un premio di maggioranza per garantire, formalmente, la stabilità di governo e, sostanzialmente (data l’entità dei 2/3 dei seggi al partito di maggioranza), per consegnare il potere in mano ad unico partito; tuttavia, alle elezioni del 1953, ne deriverà un indebolimento del partito centrista che l’aveva voluta, ed un rafforzamento delle forze di sinistra. Da questo momento la forma di governo italiana manifesterà una fragilità esposta a continui contraccolpi: per venticinque anni nessun partito metterà mano ad una consistente riforma elettorale (la legge elettorale del 1957 per lungo tempo rimarrà sostanzialmente inalterata, salvo i correttivi ad opera della l. cost. n. 2/1963, cfr. A. Reposo, *op. cit.*, 68) e la legge elettorale del ’52 sarà abrogata e sostituita da una legge di stampo proporzionalistico; anche nei comuni sarà tolto il premio di maggioranza e reintrodotta il sistema proporzionale.

²⁶⁴³ P. Calamandrei, *Scritti cit.*, I, 562 ss.

4. Il “disgelo costituzionale” e la “grande supplenza”

Dal 1954 la maggioranza centrista avvia un processo di apertura politica alla sinistra più moderata e l'elezione di Gronchi nel 1955²⁶⁴⁴ segna la prima fase del “disgelo costituzionale” (la seconda si avrà nel corso degli anni '60), un'inversione rispetto all'emarginazione delle sinistre, un concreto segnale di rinnovamento;²⁶⁴⁵ ne deriva l'inizio dell'attività del Consiglio Superiore della Magistratura e della Corte costituzionale (nel 1956) che, nell'avvio, risulta svincolata dalla politica e si fa portavoce degli ideali presenti all'interno della Costituzione, diffondendoli; contribuisce al cambiamento della legge istitutiva del CSM, che nella sua versione originaria ne svuotava l'indipendenza, per ricondurla all'interno del dettato costituzionale. Ci si rende conto che anche le strutture pubbliche fanno parte del complessivo assetto istituzionale, non ne rimangono fuori; anche esse sono la Costituzione.²⁶⁴⁶

In questa prima fase di giurisprudenza costituzionale, si evidenzia inoltre il contributo essenziale della sua opera che non si limita, in senso negativo, a reprimere le eventuali restrizioni delle libertà ma si estende, in senso positivo, a promuoverne la piena attuazione secondo i principi e le finalità di rinnovamento contenute nella Costituzione; tali principi, oltre a non poter essere modificati con legge, fissano per le leggi future quali scopi perseguire e da quali rifuggire, rispetto ai quali il controllo di costituzionalità rappresenta uno degli strumenti predisposti dal “diritto precostituito” (la Costituzione) per garantire maggiore effettività alle regole che disciplinano la produzione giuridica.²⁶⁴⁷ In tal modo la legittimità costituzionale diviene un aspetto della legalità sostanziale come supremo principio di giustizia immanente all'opera di attuazione del Legislatore.

Peraltro la Corte costituzionale si è trovata ad operare in una posizione intermedia fra giudiziario e legislativo ed il suo distacco dalla politica è emerso nei tentativi dell'Avvocatura dello Stato di escluderne il sindacato su leggi anteriori e norme programmatiche;²⁶⁴⁸ e non è un caso se al contrario, già nella prima sentenza (n. 1/1956), la Corte ne abbia rivendicato la piena cognizione, specificando la presenza di contenuti precettivi anche nelle norme costituzionali programmatiche (in modo da costituire anch'esse parametro di legittimità costituzionale delle leggi ordinarie di attuazione, quantomeno nello scopo da perseguire)²⁶⁴⁹ ed, al contempo, abbia adoperato una fermezza ed una prudenza tali da far escludere un'indebita invasione dell'ambito di discrezionalità sulle leggi che la Costituzione assegna al Parlamento.²⁶⁵⁰

L'indagine sul fondamento della giustizia costituzionale, sui confini del suo legittimo esercizio e sul rischio di oltrepassarne il limite si collega inevitabilmente, in questo periodo storico, all'inerzia del Legislatore, rispetto alla quale la Corte costituzionale, tramite sentenze manipolative e con il sostegno

²⁶⁴⁴ Elezione appoggiata dai partiti di sinistra, assai più che dalle forze di governo (G. Crifò, *L'Italia contemporanea alla luce delle sue costituzioni*, in A. Cerri (a cura di), *Costituzione, storia, valori*, Roma, 2008, 67).

²⁶⁴⁵ A. Cerri, *La Costituzione cit.*, 121. Anche a livello internazionale se ne intravedono i segnali: nel 1957 l'Italia è tra i paesi firmatari dei due Trattati di Roma, dando così il proprio contributo alla nascita della Comunità europea.

²⁶⁴⁶ S. Cassese, *op. cit.*, 229.

²⁶⁴⁷ C. Esposito, *La Costituzione cit.*, 264-265.

²⁶⁴⁸ A. Cerri, *La giurisprudenza cit.*, 1331 ss.

²⁶⁴⁹ A. Pizzorusso, *La Costituzione cit.*, 123.

²⁶⁵⁰ C. Mortati, *Premessa a P. Calamandrei, Opere cit.*, XVI-XVII, XXII-XXIV.

della dottrina e delle magistrature inferiori,²⁶⁵¹ ha avviato una vasta ed impegnativa attività di “ristrutturazione” della legislazione previgente, alla luce dei rinnovati principi costituzionali e senza lasciare vuoti normativi che avrebbero destabilizzato la già precaria realtà sociale.²⁶⁵² Per queste ragioni, si parlerà della “grande supplenza” operata dalla Corte costituzionale.²⁶⁵³

Particolarmente nel sindacato incidentale, infatti, si esercita una vera e propria attività normativa, che non si limita alla cessazione dell’efficacia di norme vigenti ma crea precetti che le sostituiscono e le integrano, così da assumere un ruolo simile a fonte del diritto, di supplenza del Legislatore.²⁶⁵⁴ Benché si sia parlato di ambiti “occupati a buon diritto” nello slancio che sostenne la faticosa attività di adeguamento della legislazione previgente al 1947 e nonostante la giurisprudenza costituzionale, nella sua complessità, abbia manifestato sin dall’inizio un atteggiamento costantemente in bilico fra audacia e cautela a non cedere a tentazioni surrogatorie,²⁶⁵⁵ non è mancata una visione più restrittiva che, pur riconoscendole un ruolo fondamentale nella garanzia dei diritti fondamentali dagli abusi del potere, ad un sindacato nel merito (che rischiava di lambire il confine della discrezionalità legislativa) avrebbe preferito un sindacato diffuso, più elastico e dalle conseguenze meno generalizzate.²⁶⁵⁶ È dalla medesima autorevole fonte, peraltro, che sono scaturite parole vibranti, fra le più intense che siano state scritte sul valore della Costituzione e della giustizia costituzionale.²⁶⁵⁷

D’altro canto qualsiasi argomentazione giuridica deve inevitabilmente tener conto, in un determinato momento storico ed in riferimento ad un dato ordinamento giuridico, dei rapporti fra legislatore e giudice; e per raggiungere i risultati perseguiti, la logica giuridica “deve sapersi negare dialetticamente come astrazione, andare al di là di questo pur essenziale momento per confrontarsi con i problemi reali.”²⁶⁵⁸

Sotto altro profilo, la questione della frattura-continuità della legalità repubblicana poneva il problema dell’adozione di criteri validi per filtrare le norme degli ordinamenti preesistenti, approvate anteriormente al 1° gennaio 1948, singolarmente considerate e, dunque, non travolte dalla complessiva operazione di cesura con la legalità fascista e statutaria. Posta l’evidente diversità formale dell’organo e dell’*iter* legislativo previsti nell’ordinamento repubblicano (Senato elettivo, suffragio

²⁶⁵¹ Non di rado, la manifesta infondatezza ravvisata dalle magistrature superiori è stata efficacemente compensata dalle motivazioni elaborate dai giudici delle magistrature inferiori, che hanno determinato l’accoglimento del ricorso dal parte della Corte (A. Cerri, *La Costituzione cit.*, 123; cfr. anche V. Onida, *L’attuazione cit.*, 542 ss.).

²⁶⁵² A. Cerri, *Spunti cit.*, 408-409. Per i sostenitori della frattura con il passato, sfuggire al rischio di anarchia è posta come giustificazione all’iniziale mantenimento della legislazione fascista che, altrimenti, avrebbe segnato continuità col vecchio regime (P. Calamandrei, *Scritti cit.*, I, 108). Di contrario avviso è la dottrina che ha rilevato come il ricorso ad interpretazioni adeguatrici, al posto di una più incisiva opera di “demolizione” della legislazione previgente, abbia invece sancito la continuità dell’apparato legislativo, in evidente contrasto con la discontinuità storica (V. Onida, *L’attuazione cit.*, 516 ss., 538 ss.).

²⁶⁵³ L. Elia, *La Corte cit.*, 525-526, 531. Quasi un “terzo incomodo” fra giudiziario e legislativo (A. Cerri, *La Costituzione cit.*, 121-122).

²⁶⁵⁴ A. Pizzorusso, *La Costituzione cit.*, 42 e 117. Per la funzione normativa dell’interpretazione, cfr. C. Mortati, *Costituzione cit.*, 180 ss.

²⁶⁵⁵ L. Elia, *La giustizia costituzionale nel 1984*, Conferenza stampa del Presidente Leopoldo Elia, Palazzo della Consulta, 8 febbraio 1985, in www.cortecostituzionale.it, 22.

²⁶⁵⁶ Il sindacato diffuso avrebbe scongiurato il rischio che il sindacato di legittimità operato dalla Corte costituzionale degenerasse in un “potere incontrollabile”, non tanto in ordine ai vizi formali delle legge, quanto a quelli sostanziali che implicano un giudizio nel merito, foriero di possibili conflitti politici (C. Esposito, *La Costituzione cit.*, 275-281).

²⁶⁵⁷ C. Esposito, *La Costituzione cit.*, 266.

²⁶⁵⁸ “La realtà del diritto ... è un interagire e contraddirsi di vari e molteplici elementi. E tra le regole più generali di conoscenza ... non può non esservi il rispetto del reale come movimento, difformità, storia.” (V. Marinelli, *L’argomentazione giudiziaria tra retorica e logica*, in *Verifiche*, 1983, 67-68).

universale), che se tradotta in criterio selettivo avrebbe travolto automaticamente tutte le leggi anteriori, è stato progressivamente privilegiato un criterio di valutazione sostanziale, fondato sui principi vigenti alla luce della Costituzione materiale, valutando, di volta in volta, quali atti dichiarare illegittimi perché incompatibili con il nuovo ordinamento repubblicano e con i diritti dei cittadini, così come delineati dalla Costituzione, e quali mantenere.²⁶⁵⁹

Chiariti sin dalla prima pronuncia i confini del sindacato costituzionale, nella sentenza n. 4/1959 la Corte sancisce “l'imperio della nuova Costituzione”, sotto la quale il criterio distintivo fra atti illegittimi ed atti da conservare è il tempo della loro applicazione e non quello della loro produzione,²⁶⁶⁰ avviando con ciò un successivo orientamento giurisprudenziale prevalentemente conforme a tale decisione.²⁶⁶¹ Ma si dovrà attendere la sentenza n. 30/1971 perché sancisca la intangibilità di alcune norme costituzionali (i principi supremi), non modificabili neanche con il procedimento di revisione di cui all'art. 138 della Costituzione.²⁶⁶²

In tema di riserva di legge, garanzia sostanzialmente assente nella produzione normativa prerepubblicana,²⁶⁶³ le pronunce della Consulta subiscono un'oscillazione: dall'iniziale dichiarazione di illegittimità di disposizioni regolamentari approvate dal governo precedente (sentenza n. 4/1962), successivamente ne afferma la piena validità ed applicabilità, riservando l'incostituzionalità ai soli regolamenti adottati successivamente al 1° gennaio 1948, in virtù dell'illegittimità sopravvenuta della previgente legge attributiva della competenza (sentenza n. 73/1968, ribadita dalla sentenza n. 117/1969). Fermo restando il chiaro intento della Corte di sorvolare su questioni vertenti più sui profili formali che sostanziali, più sul procedimento che sui principi,²⁶⁶⁴ la modifica dell'orientamento

²⁶⁵⁹ In tema è stata evidenziata l'analogia fra l'indicato criterio di valutazione, adottato dalla Corte costituzionale, e quello contenuto in una pronuncia della suprema Corte federale americana risalente al 1897 (cfr. A. Cerri, *Istituzioni di diritto pubblico. Casi e materiali*, Milano, 2009, 26).

²⁶⁶⁰ Secondo la decisione n. 4/1959 un giudice della Repubblica non può applicare una norma contraria alla Costituzione, ancorché la fattispecie concreta si sia originata anteriormente alla sua entrata in vigore in base ad una norma abrogata; ferma restando la distinzione fra abrogazione e dichiarazione di illegittimità costituzionale (la conservazione-abrogazione delle norme e delle regole previgenti in sede di controllo di legittimità costituzionale avviene in termini di validità e non più di incompatibilità-abrogazione ad opera dei giudici comuni), può ammettersi un giudizio di legittimità su una norma anteriore abrogata, qualora questa produca ancora situazioni giudicabili alla stregua della conformità alla Costituzione (cfr. C. Esposito, *Controllo di costituzionalità di leggi abrogate*, in *Giur. cost.*, 1959, 28). Nella prospettiva della Costituzione materiale, ove la costituzionalizzazione operi un mutamento di principi particolari l'abrogazione verte direttamente su questi e solo in via mediata sulle leggi; ove ci sia l'abrogazione dell'intero assetto di principi fondamentali si ha estinzione del potere; è impossibile dunque lasciar sussistere norme derivanti da un potere estinto e non è da distinguere il giudizio di accertamento dell'avvenuta abrogazione da quello di legittimità di cui all'art. 134, in quanto il fine pubblico, costitutivo degli atti delle pubbliche autorità, è condizione della loro validità in relazione all'assetto di interessi riferibile a quel dato momento; il venir meno di quegli interessi equivale comunque a vizio di legittimità (C. Mortati, *Abrogazione legislativa e instaurazione di un nuovo ordinamento costituzionale*, in AA. VV., *Scritti in memoria di Piero Calamandrei*, V, Padova, 1958, 109-112, 123-126).

²⁶⁶¹ A. Cerri, *Istituzioni cit.*, 38.

²⁶⁶² A. Pizzorusso, *La Costituzione cit.*, 32. Per la ineliminabilità di alcuni principi sostanzialmente costituzionali anche ad opera di leggi costituzionali e, dunque, come limite superiore anche di esse, cfr. anche C. Esposito, *La validità delle leggi*, Padova, 1934, (rist. Padova, 1964), 205-208.

²⁶⁶³ La riserva di legge, presente nello Statuto albertino in varie disposizioni sulle libertà individuali (artt. 24, 26-30, 32 St.), era tuttavia vanificata dalla flessibilità delle disposizioni statutarie che, in quanto tali, potevano essere liberamente derogate dal Legislatore a favore della competenza regolamentare; progressivamente l'emaneazione di atti con forza di legge da parte del Governo divenne una prassi che, nel periodo della guerra, si estese e si consolidò fino a svuotare di ogni significato questo importante istituto di garanzia.

²⁶⁶⁴ In linea con questo orientamento, nella sentenza n. 37/1957 la Corte costituzionale aveva ritenuto valide le deleghe esercitate anteriormente alla Costituzione, anche se non corrispondenti ai criteri dettati dal nuovo art. 76 della Costituzione; e, confermando un criterio di selezione ispirato alla conformità sostanziale e non formale con i principi costituzionali, nelle sentenze n. 29/1961 e

alimenta dibattiti dottrinali, che offrono spunti interessanti sul significato sostanziale della riserva assoluta di legge, in special modo, in materia penale. La dottrina conforme a tale indirizzo sottolinea come la riserva attenga alla validità dell'atto, alla sua formazione, alla competenza e non al contenuto normativo; dunque la dichiarazione di illegittimità non potrebbe retroagire ad un momento anteriore a quello in cui la norma è diventata incompatibile con i nuovi principi,²⁶⁶⁵ anche se tale norma derivasse da una “perdurante legittimazione del Governo ad emanare norme penali con una latitudine di poteri non compatibile con la riserva di legge stabilita dalla Costituzione”.²⁶⁶⁶

La posizione dottrinale contraria ritiene invece che il precetto della riserva non abbia carattere meramente organizzatorio, ma natura sostanziale e sia quindi volto a disciplinare gli effetti sulle situazioni giuridiche soggettive, anche con valore retroattivo;²⁶⁶⁷ e ciò, a maggior ragione, se si considera la delicatezza dell'ambito di incidenza della materia penale. In tal modo la riserva di legge diviene, più ampiamente, “garanzia della minoranza contro la maggioranza” e dei diritti dei singoli “fin nel loro fondamento, cioè appunto nelle norme della Costituzione”, dal momento che la procedura meno rapida imposta dall'*iter* legislativo impedisce alla maggioranza di governo di eludere i divieti costituzionali ed impone al Legislatore di osservare i limiti derivanti dal “trattamento” a cui sono sottoposti i suoi atti; questo, a sua volta, rappresenta una tutela obiettiva della Costituzione e delle sue norme.²⁶⁶⁸ Peraltro nella citata sentenza n. 4/1962, che ha preceduto le successive dichiarazioni di validità dei regolamenti anteriori, era stata proprio la Corte a porre in rilievo che, negli ambiti riservati alla legge, i principi informatori dell'ordinamento democratico richiedono che ogni specie di limite imposto ai diritti dei cittadini avvenga con il consenso dell'organo che trae da costoro la propria diretta investitura.²⁶⁶⁹

Complessivamente però si può affermare che, con l'entrata in funzione della Corte costituzionale, la divisione tipica della guerra fredda è mantenuta, ma con qualche allentamento, e la continuità segnata dalla conservazione delle norme previgenti non incompatibili subisce una lenta e progressiva attenuazione. La fedeltà alla Repubblica e ai principi costituzionali da parte delle forze politiche, nella seconda fase del disgelo costituzionale, sembra rafforzarsi e produce risultati politici di

n. 46/1964 la Corte sorvolerà sul divieto di retroattività delle leggi penali (art. 25 Cost.), stabilendo la legittimità di un decreto legge del 1946 che disponeva la confisca dei beni agli eredi di condannati per delitti legati al fascismo, quasi alla stregua di un'obbligazione civile da illecito (C. Pinelli, *Nel lungo andare. Una Costituzione alla prova dell'esperienza*, Napoli, 2012, 18-19). D'altro canto già nel 1947, per assicurare la continuità dei servizi pubblici, era stata sottolineata la necessità di distinguere tra gli atti di ordinaria e straordinaria amministrazione, limitando ai secondi la valutazione di conformità al nuovo ordinamento ed attribuendo ai primi una presunzione di efficacia (A. M. Sandulli, *Fatti dannosi della repubblica sociale e responsabilità dello Stato italiano*, in *Il Foro it.*, 1947, I, 156-157), pur se emanati da un governo illegittimo (o “irrelevante”, cfr. M. S. Giannini, *Il governo neofascista e i suoi atti normativi*, in *Giur. Cass. civ.*, 1945, I, 183), quale era il governo instauratosi nella repubblica sociale italiana, nel territorio poi riassorbito nello Stato italiano.

²⁶⁶⁵ A. M. Sandulli, *Riserve di legge cit.*, in particolare, 2174 ss.

²⁶⁶⁶ Corte cost., cit. sent. n. 73/1968.

²⁶⁶⁷ S. Fois, *Norme anteriori e riserva di legge*, in *Giur. cost.*, 1968, 1075-1077. Il regolamento è privo delle garanzie di forma e di sostanza assicurate dalla legge, come affermato dalla Corte medesima nella precedente sent. n. 4/1962 in cui, peraltro, la questione verteva sulla riserva prevista dall'ultimo comma dell'art. 41 Cost. in tema di libertà di iniziativa economica privata e non su quella ex art. 25 Cost.

²⁶⁶⁸ S. Fois, *La riserva di legge. Lineamenti storici e problemi attuali*, Milano, 1963, 295-303. È interessante notare che il “valore giuridico” della legge (il particolare “trattamento” che le è riservato dalla Costituzione) fosse stato posto in rilievo anche dalla medesima autorevole dottrina che successivamente ne afferma la natura meramente organizzatoria, in ordine alla disciplina della materia penale (A. M. Sandulli, *Legge, forza di legge, valore di legge*, in *Riv. trim. d. pub.*, 1957, 273 ss.).

²⁶⁶⁹ Già nel *Bill of Rights* del 1689 era previsto il divieto di imporre tributi o altre prestazioni patrimoniali o personali senza il consenso del Parlamento.

convergenza,²⁶⁷⁰ forieri di un riavvicinamento fra istituzioni e popolo; sul piano dell'attuazione costituzionale, nel 1962 è introdotta la scuola dell'obbligo, è nazionalizzata la rete elettrica, sono ammesse le donne nel pubblico impiego. La forza coesiva-inclusiva del dettato costituzionale sembra realizzare la prima rimozione della *conventio ad excludendum* della sinistra più moderata.²⁶⁷¹

Ma ciò non è sufficiente a recuperare la sintonia con una parte cospicua dell'elettorato, che sembra non esserci più o, meglio, non esserci mai stata. Nel 1968 la classe media e medio-colta avvia la contestazione insieme alla classe operaia, con il sostegno del Pci, e si formano gruppi extra-parlamentari che rappresentano il primo grave segnale di rescissione esplicita del legame fiduciario tra governanti e governati: la necessità di condurre al di fuori delle istituzioni la protesta popolare non segna soltanto la fine della legalità come strumento di giustizia e di adattamento della politica alle mutate esigenze sociali, ma esprime un'involuzione estrema del rapporto forze dominanti-perseguimento dei fini pubblici essenziali. Il 1969 è un anno caldo: contestazioni studentesche, prima guerra di mafia, indebolimento della Dc che, insieme ai socialisti, tenta alcune aperture alle richieste della collettività; ma gran parte di questa ormai è su una linea diversa dalle forze di governo e le risposte offerte dalla politica risultano inadeguate e tardive. L'emergenza istituzionale ed il disordine sociale di questi anni fanno sì che il sistema politico, "luogo, spesso inafferrabile, dove si formano le volontà che ci governano", non coincida con ciò che è scritto nella Costituzione e la democrazia non sia più avvertita come valore a cui orientare il proprio futuro, ma come un qualcosa rimasto dietro le spalle.²⁶⁷²

I tentativi di riallinearsi con forze di estrema sinistra e l'intervento incisivo della Corte costituzionale segnano la terza fase del disgelo costituzionale (tra la fine degli anni '60 e l'inizio degli anni '70), che si caratterizza per un cospicuo e significativo numero di riforme: il riallineamento dei sindacati e, nel 1970, l'approvazione dello Statuto dei lavoratori, la riforma pensionistica, l'istituzione delle Regioni (con capacità legislativa), la riforma del processo penale e dell'ordinamento penitenziario, la disciplina del diritto di assemblea, l'introduzione dell'istituto del divorzio; nonostante la disorganicità dei testi, la giurisprudenza costituzionale ed ordinaria offrono un contributo rilevante a realizzarne l'inserimento concreto nel tessuto legislativo applicabile.²⁶⁷³

Alla contestazione avviata nel '68 si associa la "contestazione giudiziaria", che vede parte di una magistratura ribelle reinterpretare i codici in modo meno repressivo e severo; ne deriverà un

²⁶⁷⁰ L'apertura a sinistra segna l'inizio di un più democratico pluralismo delle forze politiche (almeno rispetto a quelle socialiste) e di una significativa evoluzione culturale (tramite anche i mezzi di comunicazione di massa) ma, ancora, ne è tenuto fuori il partito comunista (A. Pizzorusso, *Le stagioni cit.*, XL-XLII).

²⁶⁷¹ Tra il '58 ed il '63 la parziale convergenza politica tra le due forze (le "convergenze parallele" dirà Moro) coincide con il c.d. miracolo economico (e forse non ne è completamente estranea), che sembra finalmente avviare quell'auspicato sollievo che dalla fine della guerra non si era ancora realizzato; questo ritardo aveva rappresentato uno dei segni più evidenti del tradimento, da parte della classe politica, delle aspirazioni e degli ideali del popolo che, ribellandosi all'oppressione, aveva sperato nel rinnovamento di cui la Repubblica e le nuove istituzioni sarebbero dovute essere portatrici (le riforme economiche, previste dalle norme programmatiche, che "promettevano ai poveri non la ricchezza, ma un po' meno di miseria, ai disoccupati non l'elemosina, ma un po' di lavoro", P. Calamandrei, *Scritti cit.*, I, 517). Al contempo tuttavia, negli anni '60 si origina un fenomeno in contrasto con la legalità ed i principi costituzionali, la partitocrazia, che si caratterizza per un indebito accesso al potere pubblico da parte dei partiti (sfruttando la propria rappresentanza parlamentare), che lo gestiscono in sostituzione degli organi previsti dalla Costituzione. Il 1963 è l'anno in cui si manifesta per la prima volta la criminalità organizzata; subentra Moro, che inizia l'opera di apertura a sinistra che avrà il tragico epilogo del 1978.

²⁶⁷² A. M. Sandulli, *Ombre sulle istituzioni*, in *Riv. trim. d. pubb.*, 1972, 477 ss.

²⁶⁷³ A. Pizzorusso, *La Costituzione cit.*, 16.

riavvicinamento delle magistrature, favorito anche dall'enucleazione del concetto di "diritto vivente" da parte della Corte costituzionale, come limite alle sentenze manipolative o interpretative della Corte medesima, in caso di indirizzo giurisprudenziale uniforme in ordine all'interpretazione di una legge.²⁶⁷⁴

Incalzeranno sempre più numerose le richieste di riforme costituzionali, come mezzo per raggiungere quegli obiettivi rimasti irrealizzati tramite la politica ordinaria²⁶⁷⁵ delegittimando, sostanzialmente, il testo costituzionale vigente;²⁶⁷⁶ la deriva di questa tendenza è che il procedimento di revisione costituzionale divenga l'espedito per una *conventio ad excludendum* definitiva, con conseguente svolta del potere in senso sostanzialmente autoritario.²⁶⁷⁷ Come osservato dai teorici della Costituzione materiale, la rottura col vecchio regime non necessariamente passa per la rivoluzione, essendo ben possibile che uno snaturamento sostanzialmente rivoluzionario avvenga tramite le medesime procedure legali previste per la revisione costituzionale.²⁶⁷⁸ Se invece permangono inalterati gli ideali e i valori espressi dalle forze politiche dominanti, il procedimento di revisione costituzionale di una Costituzione rigida scritta (che consentendo di misurare il potere si colloca logicamente al di sopra di questo) evita di vincolare le generazioni successive al rispetto di norme non più espressive delle dinamiche attuali ed, al contempo, evita che le modificazioni avvengano tramite espediti extralegali o azioni violente.²⁶⁷⁹

Al contrario, invece, sul finire degli anni '60 inizierà a manifestarsi la strategia della tensione.²⁶⁸⁰

5. La fedeltà alla Costituzione e alle leggi

Per certi aspetti, è possibile affermare che la dichiarazione di legittimità costituzionale di un atto normativo, riferita alla legalità in una determinata fase ordinamentale, investe anche (e più ampiamente) il principio di obbedienza alla Costituzione e alle leggi, sancito dall'art. 54 della Carta costituzionale medesima; in tal senso quindi vale l'assunto che la legalità è il fondamento della legittimità costituzionale, in quanto la garanzia della prima preserva la fedeltà alla Costituzione sia da

²⁶⁷⁴ A. Cerri, *La Costituzione cit.*, 125.

²⁶⁷⁵ A. Pizzorusso, *La Costituzione cit.*, 18. Ferma restando la convergenza delle forze politiche in ordine alle cause esterne che erano alla base delle proposte di riforma istituzionale (instabilità politica, scarsa legittimazione e rappresentatività delle forze politiche, inadeguata efficienza operativa), la "diagnosi" della situazione, e delle proposte conseguenti, appariva notevolmente divergente e riassumibile in due diversi orientamenti: il primo ne ravvisava l'origine nell'insufficienza della politica, incapace di cogliere i mutamenti sociali e di adeguarvi la propria attività; il secondo, tramite le riforme, intendeva riaffermare l'imperio della legge, strumento ordinatore dei contrasti e dei disordini della collettività (V. Onida, *Un anno di dibattiti sulle riforme istituzionali*, in *Riv. trim. d. pubb.*, 1972, 465 ss.). Nei fatti però (benché la prima richiesta di riforma avanzata sia già di poco successiva all'entrata in vigore della Costituzione), il limite principale è consistito ogni volta nella scarsa capacità di raggiungere le maggioranze necessarie; negli anni '80 il tentativo ha assunto più rilievo, ma poi ne è ancora mancata la maggioranza; il primo progetto concreto, poi fallito per la debolezza dei partiti, l'inadeguatezza e la mancanza di unità, sarà la bicamerale del 1992-1993 (cfr. A. Pizzorusso, *Le stagioni cit.*, XLIII-XLIV).

²⁶⁷⁶ A. Cerri, *La Costituzione cit.*, 129.

²⁶⁷⁷ Il rifiuto del dialogo e della reciprocità democratica fra i partiti di maggioranza e quelli di opposizione è già "un preludio al totalitarismo" (P. Calamandrei, *Scritti cit.*, 540).

²⁶⁷⁸ C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, rist. 1991, 76.

²⁶⁷⁹ A. Pace, *op. cit.*, 89-91.

²⁶⁸⁰ Gruppi eversivi della destra neofascista (piazza Fontana, 1969) e, a partire dagli anni '70, il susseguirsi di atti terroristici di varia natura e di oscuro significato ebbero nel caso Moro solo l'epilogo più clamoroso; brigate rosse, tentativo di golpe di destra (1970), organi statali deviati erano il sabotaggio ad una Italia repubblicana che stava perdendo ogni parvenza di legalità: corruzione, criminalità organizzata, finanziamento illecito ai partiti e progressivo indebitamento dello Stato per procacciare consensi ne sono gli esempi più emblematici (A. Pizzorusso, *Le stagioni cit.*, XXXI-XXXII).

parte dei rappresentanti delle istituzioni sia, simmetricamente, da parte dei consociati verso l'autorità chiamata ad attuare e rendere effettivi i valori fondamentali, codificati nella Costituzione e in cui la comunità si riconosce.²⁶⁸¹

Le leggi si impongono agli organi esecutivi allo stesso modo e per le medesime ragioni per cui si impongono ai cittadini e ai giudici, in quanto manifestazione del potere dello Stato e non per la supremazia di un organo costituzionale su un altro; in linea generale, dunque, il controllo giurisdizionale sulle leggi non crea la supremazia del giudiziario sul politico, non produce commistione di giuridico in politico, né viola la separazione dei poteri in quanto non costituisce esercizio di potere legislativo ma attività di “mero accertamento”; l'indipendenza del legislativo non esclude il controllo reciproco dei poteri divisi; per tali ragioni il controllo sulla legge è attuazione del principio per cui “il potere deve arrestare il potere, costituisce garanzia di libertà dei cittadini, limite all'onnipotenza degli organi legiferanti, estensione dello stato di diritto al campo medesimo della formazione delle leggi”.²⁶⁸²

E nella Costituzione sono confluiti i valori, le libertà, gli ideali ed i modi affinché questi siano realizzati; vi sono presenti la “memoria” (unità, indipendenza, antifascismo), un “progetto” (la trasformazione della società, art. 3 Cost.), il “credo repubblicano” (che l'art. 54 Cost. affida al principio di fedeltà alla Repubblica di tutti i cittadini). L'art. 54 Cost. richiede questo “credo repubblicano”, questo “patriottismo costituzionale”, prima che ai rappresentanti delle istituzioni (impegnati ad agire con disciplina e onore, comma 2), a tutti i cittadini; e non solo come sentimento, ma anche come conseguente comportamento di astensione dalla illegalità e come effettivo contributo di solidarietà civica.²⁶⁸³ Ma è vero anche che l'art. 54 Cost. contiene in sé una tautologia nel sancire un principio di obbedienza, soddisfabile a condizione che tale fedeltà sussista già.

In proposito è stato osservato che le “norme costituzionali si articolano con la comunità sociale e implicano la lealtà sociale nella forma di un'associazione legittimata in termini di valori”; la legge invece concerne “la moralità dei cittadini”, ma non necessariamente l'intera moralità nel suo complesso. “Sebbene l'elemento costituzionale possa essere presuntivamente applicato coercitivamente, tuttavia fa sorgere il problema della legittimità”, intesa come limite e giustificazione dei poteri governativi a protezione della comunità e a prevenzione dell'uso arbitrario del potere; in tal modo si ha la copertura di legittimità dell'azione dei governanti, esercitata secondo la loro interpretazione dell'interesse pubblico. Tale legittimazione passa attraverso l'interazione del popolo con il Legislatore (mediante le elezioni) e tramite il controllo di costituzionalità della legge.²⁶⁸⁴ È il codice istituzionalizzato (la Costituzione) che “definisce i diritti di partecipazione nel sistema di

²⁶⁸¹ C. Mortati, *Costituzione cit.*, 140.

²⁶⁸² C. Esposito, *La validità cit.*, 8, 14, 24, 26, 28-33, 205.

²⁶⁸³ U. Allegretti, *Popolo e istituzioni nella storia costituzionale dell'Italia unita*, in *Dir. pubb.*, 2014, 400-401, 409. Schmitt, nel sistema pluralistico di Weimar accentrato sui partiti, vede un modello colpevole di aver determinato un allentamento del dovere di fedeltà verso lo Stato (cfr. M. Fiorillo, *op. cit.*, 252, nota 30), che si evidenzia poi nei dilatori compromessi formali, operati dalle eterogenee forze politiche presenti nella costituente (C. Schmitt, *op. cit.*, 43-57).

²⁶⁸⁴ Il *leader* invece “non è legittimato dall'aver raccolto le preferenze dell'elettorato, ma dal riconoscimento popolare della legittimità della sua posizione” (che richiama l'acclamazione di cui parla Schmitt); i dittatori originariamente sono *leaders* di partito che partecipano alla competizione per il potere insieme agli altri, salvo attuare il modello “carismatico” denigratorio dell'opposizione; questo procedimento, certamente non ortodosso, conduce poi alla dittatura sostanziale, antidemocratica nell'eliminazione degli oppositori ma paradossalmente democratica in un punto, l'appello alle masse (T. Parsons, *Sistema politico e struttura sociale*, trad. it., Milano, 1975, 69-72, 136 ss., 151).

potere” che, a sua volta, deve essere considerato “autorità”; la collettività, invece, definisce l’ambito di estensione entro cui un sistema di diritti istituzionalizzati (secondo Costituzione) a detenere ed esercitare il potere, può essere fatto valere.²⁶⁸⁵

Ma come afferma Calamandrei, ricordando il *Critone*, quando la legge è concessa dall’alto, è espressione di tirannia, la sola alternativa all’inibita contestazione esplicita è la trasgressione, vissuta dai sudditi come unica forma di protesta contro l’oppressione, come un dovere civico;²⁶⁸⁶ la disobbedienza consegue alla “perdita di prestigio” della legge.²⁶⁸⁷ Ne deriva che la condivisione dei valori fondanti la produzione legislativa e la complessiva attività istituzionale è il nucleo originario della fedeltà alla Costituzione e alle leggi, ed è in grado di resistere e di adattarsi ai mutamenti contingenti assai più della soggezione-obbedienza, se è sostenuta da un’autentica ed attiva partecipazione popolare²⁶⁸⁸ (mediata dalla rappresentanza politica) al processo medesimo di formazione delle leggi.

Si tratterebbe solo di ritrovare nel “mutato contesto le ragioni di una fedeltà costituzionale, che talvolta è sembrata incrinarsi”. Venuta in essere in un momento in cui “le tensioni ideali hanno permesso di superare i particolarismi”, la Costituzione “trascende le circostanze della sua origine senza rinnegarle ma, anzi, confermandole”; “trascende le tentazioni della politica quotidiana”, senza la quale non potrebbe esservi la coscienza sociale che contribuì ad originarne il testo.²⁶⁸⁹ E, forse, la risposta alla perdita di fiducia risiede anche, semplicemente, nel non trasformare l’effetto in causa e, dunque, nel non attribuire al mancato rinnovamento della Costituzione la debolezza delle forze politiche e l’instabilità di quelle di governo, ma individuare essenzialmente nel fallimento politico e nell’assenza di legalità l’origine dell’incompleta, farraginoso, inadeguata attuazione dei principi costituzionali.

Quando i contrasti sono talmente accesi da divenire scontro aperto tra la massa sociale e gli apparati statali, l’analisi giuridica non può limitarsi all’indagine delle tradizionali fonti del diritto, ma deve andare più in profondità e tener conto di quel complesso sistema di interdipendenza che lega i fatti storici alle dinamiche politiche, sociali, economiche, da cui i principi medesimi di un dato ordinamento giuridico traggono la loro stessa ragion d’essere, il loro fondamento ultimo.

Il problema, sorto con la caduta del fascismo, si ripropone ogni qual volta la circolarità che lega le forze di governo al popolo e all’insieme dei principi e delle norme che ne costituiscono e ne

²⁶⁸⁵ L’autorità si fonda sull’istituzionalizzazione dell’ordinamento normativo, che consiste appunto nel “codice istituzionale in base al quale l’uso del potere come mezzo è organizzato e legittimato”; la delegazione del potere è compiuta come scambio con un “valore”, consistente nei mezzi necessari alla concreta realizzazione dei fini pubblici; il controvalore di questo scambio è il “consenso ad accettare l’autorità dell’organizzazione” (T. Parsons, *op. cit.*, p. 476, 474, 417-418).

²⁶⁸⁶ P. Calamandrei, *Opere cit.*, 133.

²⁶⁸⁷ F. Carnelutti, *La morte del diritto*, in AA. VV., *La crisi del diritto*, Padova, 1953, 181 ss.

²⁶⁸⁸ L’attiva partecipazione popolare è un contributo indispensabile ad arginare le possibili derive estreme nella gestione del potere (Jemolo parla dei “prudentissimi” che, “per non compromettere il prestigio delle istituzioni”, avevano ratificato il colpo di stato di Mussolini, lasciando che si compissero gravi violazioni delle libertà individuali, A. C. Jemolo, *La politica dei partiti nel 1953*, Parma, 1953, 11-12).

²⁶⁸⁹ A. Cerri, *La Costituzione cit.*, 129-131. Ricostruire il nesso costituzionale fra tradizione e mutamento non significa obsolescenza dei principi costituzionali, perdita della memoria della Costituzione dalla fondazione repubblicana alla sua prima attuazione, in un clima di scontri culturali prima che politici (*Premessa* a C. Pinelli, *op. cit.*); la complessiva stabilità delle istituzioni, le trasformazioni economiche, il progresso sociale, il rifiuto di “reiterate tentazioni autoritarie”, a fronte dell’onnipotenza partitica, delle tensioni sociali e di una lunga serie di attentati alla libertà, dimostrano che il quadro costituzionale possiede una forza ed una solidità di straordinaria portata (G. Crifò, *op. cit.*, 70).

regolano l'esistenza (la Costituzione e le leggi), in un rapporto di continua interrelazione dinamica, si altera e la reciproca equivalenza si trasforma in una spirale involutiva, in cui la progressiva sovraordinazione partitica erode, lentamente ma inesorabilmente, gli altri due elementi fondanti l'ordinamento democratico; soltanto un'inversione in senso evolutivo potrebbe ricondurli verso un percorso di riavvicinamento a quell'originario equilibrio circolare, alimentato dalla fiducia reciproca.

Già nel 1946 era stato evidenziato che “il perno di una Costituzione non è la lettera, ma l'uso che se ne fa” e che “ogni Costituzione vale non per le sue formule, ... vale per le forze che la mettono in movimento”.²⁶⁹⁰ Tutte “le leggi, anche quelle costituzionali ... vivono finché siano appoggiate a una forza politica capace di farle vivere”.²⁶⁹¹

²⁶⁹⁰ Frasi pronunciate, rispettivamente, da Einaudi e da Missiroli (L. Paladin, *Per una storia cit.*, 54).

²⁶⁹¹ P. Calamandrei, *Scritti cit.*, I, 525.

Alle origini della infinita crisi repubblicana italiana tra società, politica e magistratura*

di Giuseppe Allegri**

Ed allora ecco entrare sulla scena di questo teatro le centomila panacee dei nuovi sistemi elettorali, le famiglie di uccelli tropicali dei vari corporativismi, gli anelli fatali delle riforme credute di struttura, gli ippogrifi delle istituzioni di democrazia diretta, le brodaglie delle rieducazioni dei costumi, le dissolvenze delle riforme spirituali, e via di seguito...

Massimo Severo Giannini,
Prefazione a Georges Burdeau, *Il regime parlamentare*,
Edizioni di Comunità, 1950

*Muore ignominiosamente la repubblica.
Ignominiosamente la spiano
i suoi molti bastardi nei suoi ultimi tormenti.
Arrotano ignominiosamente il becco i corvi nella stanza accanto.
Ignominiosamente si azzuffano i suoi orfani,
si sbranano ignominiosamente tra di loro i suoi sciacalli.
Tutto accade ignominiosamente, tutto
meno la morte medesima – cerco di farmi intendere
dinanzi a non so che tribunale
di che sognata equità. E l'udienza è tolta.*

Mario Luzi, *Muore ignominiosamente la repubblica*,
in «Nuova Rivista Europea», settembre-ottobre 1977

SOMMARIO 1. Per un'altra temporalità della “crisi repubblicana”, tra continuità e rottura. – 2. 1957/1962: la grande trasformazione dell'Italia post-bellica e l'abbrivio “partitocratico”. – 3. Con Luciano Bianciardi e Adriano Olivetti, verso la società post-industriale – 4. 1962-1967: dal centro-sinistra ai “nuovi” movimenti, nella «crisi del Parlamento dei partiti» (Costantino Mortati) e dinanzi al “sommerso della Repubblica”. – 5. Per guardare al successivo ventennio: “crisi della democrazia” tra governabilità, riformismo impossibile, «torpore della scienza giuridica» (Massimo Severo Giannini), “rivoluzione dei giudici”.

* Contributo pubblicato previa accettazione del comitato scientifico del Convegno. Relazione presentata al Convegno svoltosi il giorno 5 aprile 2017, presso la Sala lauree del Dipartimento di Scienze Politiche di Sapienza, Università di Roma, patrocinato e organizzato da ANPPIA (Associazione Nazionale Perseguitati Politici Italiani Antifascisti) e Master in Istituzioni Parlamentari “Mario Galizia” per Consulenti d'Assemblea.

** Dottore di ricerca in *Teoria dello Stato e istituzioni politiche comparate*, Sapienza, Università di Roma.

1. Per un'altra temporalità della “crisi repubblicana”, tra continuità e rottura

Con questo intervento si prova a riprendere la riflessione sulla lunga crisi della Costituzione e delle istituzioni repubblicane del secondo Novecento italiano che si è già provato ad affrontare in precedenti interventi²⁶⁹². Il tentativo è quello di presentare un'altra lettura temporale di quella che tradizionalmente viene definita come la transizione tra la cosiddetta “prima” e la cosiddetta “seconda” Repubblica, solitamente confinata nel passaggio degli anni Novanta del Novecento. Si concorda infatti con chi indaga «la crisi della Costituzione» facendola risalire già «al 1968, con la sconfitta dell'ipotesi riformista del centrosinistra e con l'inizio della transizione infinita, divisibile in un ciclo lungo, all'interno dei soggetti originari (fino al 1993), ed in uno corto, che tuttora stiamo vivendo»²⁶⁹³. Evitando di cadere nell'errore di presentare una sorta di “contro-storia repubblicana”, e limitando lo spazio temporale di questa riflessione proprio fino al 1968, si vorrebbe invece ricostruire per brevi suggestioni la crisi dello *Stato dei partiti* (Antonio Negri, 1964) e della *Repubblica dei partiti* (Pietro Scoppola, 1991) andando ad indagare il decennio di passaggio agli anni Sessanta del Novecento, vero crocevia di una strana modernizzazione del Paese che solo una parte dei più attenti giuspubblicisti dell'epoca (Costantino Mortati, Leopoldo Elia e Massimo Severo Giannini *in primis*) lessero come una fase di radicale trasformazione sociale, culturale, economica, con contraddittori effetti sulla tenuta costituzionale della Repubblica fondata sul patto costituente tra i maggiori partiti politici di massa antifascisti. Ed è sempre in quel passaggio di decennio che nasce una peculiarità di lungo corso del nostro ordinamento costituzionale repubblicano e delle sue classi dirigenti: la difficoltà di tenere insieme i tentativi di modernizzazione sociale, culturale, economica di un Paese con processi riformistici, di adeguamento e modernizzazione anche delle istituzioni pubbliche, sempre evocati, ma mai realmente praticati e realizzati.

L'avvio della lunga crisi di quella che suole definirsi come “prima” Repubblica dei partiti di massa ha quindi a che fare con la peculiare modernizzazione post-bellica di un Paese che si trova sul crinale geografico della spartizione europea tra le due superpotenze, Usa e Urss, vincitrici della seconda guerra mondiale e garanti di un'Europa pacificata e aperta all'introduzione di sistemi di *Welfare* e di modernizzazione economica e sociale²⁶⁹⁴. E tale modernizzazione dovrebbe essere ricostruita nella dinamica tra individui, società ed istituzioni, attraverso il prisma delle relazioni tra protagonismo sociale dei diversi soggetti collettivi, livello della politica istituzionale (nel senso

²⁶⁹² Sia concesso segnalare alcuni interventi nei quali si è già provata una prima, parziale indagine costituzionalistica sulla “infinita crisi” delle nostre istituzioni repubblicane, rinviano alla bibliografia ivi citata: G. Allegri, *Dallo “Stato dei partiti” ai movimenti della governance*, Prefazione a A. Negri, *Dentro/contro il diritto sovrano. Dallo Stato dei partiti ai movimenti della governance*, a cura di Giuseppe Allegri, Ombre Corte, Verona, 2010, pp. 7-31, Id., *Quali sperimentazioni democratiche dopo il costituzionalismo statualista? Primi appunti*, in A. Arienzo, D. Lazzarich (a cura di), *Vuoti e scarti di democrazia. Teorie e politiche democratiche nell'era della mondializzazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012, pp. 111-134.

²⁶⁹³ Così F. Lanchester, *La Costituzione tra elasticità e rottura*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 51, che nel quadro di una ricostruzione della storia costituzionale repubblicana pone al centro il passaggio degli anni Sessanta del Novecento. Nel tempo molta storiografia si è interrogata sugli effetti di quel decennio rispetto alla stabilità istituzionale del patto repubblicano, a partire, tra gli altri, da Enzo Santarelli, Guido Crainz e Silvio Lanaro, ma per una particolare attenzione ai profili istituzionali del 1968, anche come in relazione alla crisi del sistema politico, si veda G. Orsina e G. Quagliariello (a cura di), *La crisi del sistema politico italiano e il Sessantotto*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2006.

²⁶⁹⁴ Tra gli altri ricostruisce in questo senso il novecento post-bellico europeo nel quadro della storia europea e globale contemporanea C. Galli, *1815-1915-2015: le tre date dell'Europa concentrica*, in A. Guerra, A. Marchili (a cura di), *Europa concentrica. Soggetti, città, istituzioni fra processi federativi e integrazione politica dal XVIII al XXI secolo*, Sapienza Università Editrice, 2016, pp. 61-71.

delle “classi dirigenti” dello “Stato dei partiti e sindacati”, con i due partiti maggioritari, Dc e Pci, che per certi versi replicavano quella frattura ideologica tra “atlantisti” e “sovietici”) e ruolo della magistratura (nel senso anche di una “giustizia politica” nel passaggio dagli “anni di piombo” alle inchieste degli anni Novanta), dinanzi allo sfinimento della società salariale del patto capitale-lavoro “tra i produttori” e della funzione mediatrice e inclusiva della rappresentanza politico-sindacale. Anche se, riprendendo una classica e probabilmente sempre valida battuta del compianto Marco Pannella, si potrebbe in realtà parlare di “primo e secondo tempo di una Repubblica dei partiti”, in cui il passaggio interno e globale 1989-1994 (con il crollo del Muro di Berlino, la fine della divisione del mondo in due blocchi ideologici figli del *Patto di Yalta* e l'operazione *Mani pulite/Tangentopoli* della magistratura italiana contro la corruzione nei partiti politici repubblicani) funge da intervallo quasi teatrale, per rassettare costumi e personaggi e donare nuovo protagonismo a una classe dirigente politica che in fin dei conti rimarrà culturalmente sempre figlia dei partiti politici precedenti, seppure in una società sempre più schiacciata tra lo spostamento in una dinamica globale dei flussi macro-economici, l'invasione di una malavita organizzata che domina ampi settori sociali ed economici, tra città e relazioni globali, uno speculare tira e molla tra “antipolitica” e “giustizialismo”. Così, nell'ultimo ventennio, il blocco del centro-sinistra è l'erede della sinistra sociale democristiana, del Pci e di un certo *establishment* burocratico e amministrativo; il centro-destra, seppure guidato da un imprenditore che diviene uomo politico nel cuore degli anni Novanta, rimane culturalmente legato alla tradizione del moderatismo italiano, ad un piccolo frammento liberal-liberista, che nelle intenzioni avrebbe dovuto guidare la “rivoluzione modernizzatrice”, e ad una ampia cultura identitaria della destra populista e sovranista, localistica e/o nazionale, che spesso sconfinava in un atteggiamento “anti-politico”. Con l'interrogativo che il 2018 possa rappresentare un'ulteriore svolta nel senso di una polarizzazione dell'offerta politica tra tre poli guidati da «partiti liquidi» plebiscitari e impolitici del centro-sinistra, del centro-destra e del nuovo populismo digitale²⁶⁹⁵.

Queste note, che mantengono l'approssimazione della relazione orale, vorrebbero quindi inserirsi nel più ampio dibattito sul confronto irrisolto nella nostra esperienza repubblicana e nel dibattito costituzionalistico tra crisi o riforma delle istituzioni; potere costituente e diritto costituzionale; continuità repubblicana o rottura istituzionale; movimenti sociali e istituzioni repubblicane; trasformazioni economiche e socio-culturali e mutamenti istituzionali.

2. 1957/1962: la grande trasformazione dell'Italia post-bellica e l'abbrivio “partitocratico”.

Quello che si vuole sostenere in queste note è che lo “sfilacciamento” del patto repubblicano dinanzi agli eventi del decennio 1968/1978 è anticipato dalla grande modernizzazione culturale, economica, dei costumi e delle forme di vita, prodottasi tra il 1957 e il 1962, con la conseguente affermazione del primo centro-sinistra al governo, quindi dei movimenti culturali, sociali e

²⁶⁹⁵ Si riprende l'analisi sulla democrazia plebiscitaria e impolitica dei partiti liquidi da D. Palano, *La democrazia senza partiti*, Vita e Pensiero, Milano, 2015, pp. 95 e ss.

sindacali che tra il 1965 e il 1967 anticipano la contestazione del '68 studentesco e dell'autunno caldo dell'anno successivo.

Sono questi i tempi in cui si passa dal quadro politico-culturale figlio dei governi centristi del “congelamento della Costituzione” nella prima legislatura (1948-'53), a quelli neo-centristi con le prime aperture a sinistra sul finire degli anni Cinquanta, del “disgelo costituzionale”, ma pur sempre della intesa o convenzione «*ad excludendum*» del Pci, nel senso di una «delimitazione della maggioranza» intorno alla Dc come partito di maggioranza relativa, che si aprirà definitivamente alla sinistra socialista dopo il tentativo del Governo Tambroni, di cui parleremo tra poco²⁶⁹⁶. Mentre nel dicembre 1956 viene creato il Ministero delle Partecipazioni Statali, con compiti e funzioni di regolazione, direzione e coordinamento delle imprese con partecipazione statale diretta o indiretta (a partire da Iri, Eni e dalla gestione del Fondo per l'Industria Meccanica). Diverrà il luogo istituzionale di mediazione tra imprese di Stato e settori strategici di un Paese che si incanalava nel solco del *boom economico*, del “miracolo” economico, nel quadro del nascente processo di integrazione continentale (i Trattati di Roma del 1957), sempre in una visione di politica internazionale filo-atlantica, entrando nel vivo della complicata relazione tra Stato ed economia, anche nel senso del nascente diritto pubblico dell'economia e con gli interrogativi posti da una parte della dottrina giuridica intorno a quale dovesse essere il rapporto tra programmazione economica, pianificazione statale, economia di mercato e «diritti della persona umana»²⁶⁹⁷. Ma soprattutto dinanzi a un «distorto utilizzo delle risorse pubbliche» in quegli anni in cui, dentro la frattura tra sviluppo industriale del Nord (Ovest, in particolare) e duratura “questione meridionale”, si snoda «il difficile consolidamento dell'economia pubblica e l'inizio della degenerazione partitocratica»²⁶⁹⁸, che porterà un celebre storico dell'economia a riflettere retrospettivamente come «ben pochi, allora, avrebbero potuto immaginare che, attraverso gli enti pubblici, la Dc e poi altri partiti di governo sarebbero giunti all'occupazione e alla lottizzazione di alcune importanti cerniere di comando fra politica ed economia, dando luogo a un groviglio di distorsioni clientelistiche e assistenziali destinate a caricare il settore economico pubblico di un fardello sempre più ingombrante di oneri impropri»²⁶⁹⁹. È quindi già nel cuore degli anni Cinquanta del Novecento che si avvia l'inesorabile processo di occupazione partitica della macchina statale dentro quel “miracolo economico” che affianca quella che può essere definita come una vera e propria “rivoluzione antropologica”, una *grande trasformazione* culturale, ancor prima che politica, della società italiana, nelle relazioni sociali e negli stili di vita, per dirla con un attento e sensibile studioso delle trasformazioni culturali come Goffredo Fofi: «il periodo che va

²⁶⁹⁶ Sull'evoluzione istituzionale della storia repubblicana in questi anni si fa riferimento al classico volume di L. Paladin, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, Il Mulino, Bologna, 2004, quindi si segue la celebre analisi proposta da L. Elia, *Forme di governo*, Voce estratta da *Enciclopedia del Diritto*, vol. XIX (stampato 1970), Giuffrè, Milano, 1985, spec. pp. 10, 26 e 28.

²⁶⁹⁷ Per riprendere il titolo del *Convegno di studio (1954) sul tema “La pianificazione economica e i diritti della persona umana”*, convegno dei giuristi cattolici, cui partecipò anche Carlo Esposito, gli interventi del quale sono raccolti ora in C. Esposito, *Scritti giuridici scelti. Vol. III, Diritto costituzionale repubblicano*, edizione a cura di J.-P. Berardo, Jovene editore, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Camerino, 1999, pp. 83-93. Per una ricostruzione di questi anni, anche nella relazione tra politica interna ed internazionale, si rinvia al classico lavoro di G. Mammarella, *L'Italia dopo il fascismo: 1943-1973*, Il Mulino, Bologna, 1974.

²⁶⁹⁸ Come nota L. Paladin, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, cit., pp. 163-174, a proposito del rifinanziamento della Cassa per il Mezzogiorno (creata nel 1950), ad opera della legge del 29 luglio 1957, n. 634, che prolungava la durata della cassa fino al giugno 1965 e in relazione all'istituzione del succitato Ministero per le partecipazioni statali.

²⁶⁹⁹ Così la celebre, cruda e spietata, ricostruzione di V. Castronovo, *Storia economica d'Italia. Dall'Ottocento ai giorni nostri*, Einaudi, Torino, 1995, p. 442.

dal '57 al '62 è stato quello della massima trasformazione dell'Italia, il periodo che per la mentalità e i consumi degli italiani, per i loro modelli di comportamento e i loro valori risulta a ritroso il più rilevante nella storia della nazione; una vera, enorme, radicale rivoluzione antropologica»²⁷⁰⁰.

È il passaggio di decennio in cui dalla provincia ci si sposta nelle metropoli, dalla cultura contadina e provinciale si trapassa nella nascente urbanizzazione industriale, della società dei consumi e del lavoro delle “tute blu” nelle grandi fabbriche e dei “colletti bianchi” nell'impiego amministrativo, scolastico e burocratico, che comincia a diventare sempre più lavoro intellettuale e culturale. Sono gli anni in cui Federico Fellini realizza i due capolavori che dalla provincia della costa romagnola approdano alla capitale: *I vitelloni*, 1953 e *La dolce vita*, 1960, della quale *La vita agra* (1962) di Luciano Bianciardi sarà il controcanto. E nel 1962 esce un altro splendido libro di narrazione della nevrosi industriale che assale il Paese in quegli anni: *Memoriale* di Paolo Volponi, che molti anni dopo pubblicherà *La strada per Roma* (1991, ma che lo stesso Autore ha confessato di aver iniziato a scrivere prima di *Memoriale*), narrazione ancora una volta di un esodo dalla provincia (qui Urbino) verso Roma, per interrogare i mutamenti sociali e culturali che stanno avvenendo. E non a caso Fofi prende le date di pubblicazione della “trilogia della rabbia” di Luciano Bianciardi, *Il lavoro culturale* (1957), *L'integrazione* (1960) e *La vita agra* (1962), come spazi temporali della sua analisi, non dimenticando che il 1957, attuale sessantennale, è anche l'anno di fondazione a Cosio di Arroscia, in Liguria, dell'*Internazionale Situazionista*, collettivo di liberi artisti e pensatori che può in parte essere pensato come l'ultima avanguardia del Novecento, anticipatrice dell'effervescenza dei nuovi movimenti sociali metropolitani e del lavoro culturale di critica all'industria culturale che nei decenni Sessanta/Settanta del Novecento attraverseranno l'Italia e l'Europa con la loro vena contestatrice e creativa, dal 1968 al movimento del '77.

Dal punto di vista del rapporto tra società e istituzioni si dispiegava «il percorso segnato dalle lotte operaie e proletarie degli anni di svolta '59-'62»²⁷⁰¹, con lo «sviluppo di forti movimenti di lotta che sfoceranno nella rivolta sessantottesca», ma quelli sono anche gli anni «del rinnovamento e della sprovincializzazione della cultura italiana dopo l'isolamento idealistico e storicistico nel quale era stata tenuta dal protezionismo culturale di Benedetto Croce e Giovanni Gentile»²⁷⁰². Movimenti di piazza e nuovo protagonismo culturale tengono a battesimo il primo scorcio degli anni Sessanta e due date possono essere ricordate per esemplificare questo scarto.

Da un lato i moti di piazza antifascisti sanguinosamente repressi nel luglio 1960 a Genova (città medaglia d'oro per la Resistenza italiana), Reggio Emilia e in molte altre città, in occasione del congresso nazionale dei neofascisti del Movimento Sociale Italiano i cui parlamentari proprio in quella primavera (aprile-maggio) avevano dato il loro sostegno decisivo, votando la fiducia in favore del governo presieduto dal democristiano e più volte Ministro degli Interni Ferdinando Tambroni, nominato dal Presidente Giovanni Gronchi (1955-'62)²⁷⁰³. Dall'altra i violenti scontri tra forze dell'ordine e metalmeccanici di Piazza Statuto a Torino tra il 7 e il 9 luglio 1962, quando

²⁷⁰⁰ Questa la condivisibile analisi di G. Fofi, *Introduzione* a L. Bianciardi, *L'integrazione*, Bompiani, Milano, 1993 (1960), p. VII.

²⁷⁰¹ Così la *Presentazione* di Aa.Vv., *Operai e stato*, Feltrinelli, Milano, 1972, p. 11. Ma si veda anche Aa. Vv., *Movimento sindacale e contrattazione collettiva. 1945-1971*, Franco Angeli, Milano, 1972, 3° ed.

²⁷⁰² L. Ferrajoli, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 1999, p. 63.

²⁷⁰³ Per una ricostruzione dell'intera vicenda si veda il classico lavoro di P. Cooke, *Luglio 1960: Tambroni e la repressione fallita*, presentazione di L. Canfora, Teti editore, Milano, 2000.

la nuova composizione sociale di operai immigrati, poco o scarsamente qualificati che avevano fatto il loro ingresso nelle fabbriche e città industriali del nord Italia, a partire da Torino, decide di continuare lo sciopero e contestare l'atteggiamento remissivo di una parte dei sindacati sul rinnovo del contratto nazionale, in particolare la Uilm, finendo per ritrovarsi e tenere la piazza per tre giorni, completamente isolati anche da Pci e Cgil che «sconfessano l'iniziativa»²⁷⁰⁴. È la definitiva presa di parola pubblica di due soggettività che non si riconoscono nella rappresentanza politica e sindacale esistente, che è quella di partiti di massa e sindacati sentiti sempre più lontani da una società in radicale trasformazione.

3. Con Luciano Bianciardi e Adriano Olivetti, verso la società post-industriale

I “ragazzi con le magliette a righe” dell'estate 1960, insieme con i nuovi e giovani operai in lotta dentro e contro il fordismo all'italiana sono gli embrioni di un'effervescenza sociale che tiene a battesimo la formazione di un piccolo gruppo di intellettuali, militanti e ricercatori sociali che, proprio a partire da quegli anni, si muoveranno alla sinistra di Pci, Psi e sindacati, dando vita a quel pensiero “operaista”, intorno ai *Quaderni rossi* di Raniero Panzieri, in grado di diffondere una radicale innovazione nel pensiero critico e marxista, confrontandosi senza mediazioni con la già visibile crisi del patto sociale ed istituzionale repubblicano, incrinato proprio dai quegli inediti soggetti della grande trasformazione italiana: i giovani come soggetti politici portatori di proprio rivendicazioni che dall'antifascismo diventavano sempre più libertarie, antiautoritarie ed esistenziali, anche rispetto alle generazioni precedenti; il lavoratore metalmeccanico che da operaio specializzato diventava sempre più “operaio massa” poco incline alla mediazione della rappresentanza sindacale ed istituzionale, dentro una società in imprevedibile formazione. E proprio sul quarto numero dei *Quaderni rossi*, su proposta di Raniero Panzieri e per opera del grande germanista Renato Solmi²⁷⁰⁵, verrà tradotto per la prima volta in Italia il cosiddetto “frammento sulle macchine”, tratto dai *Grundrisse* di Karl Marx, in cui la centralità assegnata alla figura del *general intellect* nei processi di emancipazione collettiva nel rapporto con il capitale permetteva di inaugurare quella riflessione di lungo corso che dalla critica al patto sociale fordista e all'ideologia del lavoro, anche del socialismo di Stato nelle Repubbliche socialiste, arriverà all'indagine sulla società della conoscenza e sul post-fordismo all'italiana, fino all'attuale accelerazionismo tecnologico e digitale, con la consapevolezza che già molto stava cambiando in quei primi anni Sessanta del Novecento²⁷⁰⁶.

In Italia, in contemporanea con la prima fase di industrializzazione e migrazione interna e di quel ciclo di lotte sociali ricordate poco sopra, proprio con Luciano Bianciardi un'intera generazione di provinciali intellettuali in formazione si riversa nelle capitali di quel nascente lavoro culturale (oggi diremmo *cognitivo*, del lavoro della conoscenza, della comunicazione, dello

²⁷⁰⁴ M. Revelli, *Le spie ricorrenti del disagio sociale: jacqueries, rivolte urbane, proteste giovanili, subculture della protesta*, in C. Dellavalle (a cura di), *Repubblica, Costituzione, trasformazione della società italiana (1946-1996). Percorsi di cittadinanza*, Franco Angeli, Milano, 2000.

²⁷⁰⁵ Karl Marx, *Frammento sulle macchine*, trad. it. di R. Solmi, in «Quaderni rossi», 4, 1964, pp. 289-300 da *Grundrisse der Kritik der Politischen Ökonomie*, Dietz Verlag, Berlin 1953, pp. 583-594, nel tempo ripubblicato in molte riviste del pensiero critico e della nuova sinistra italiana, a partire da *Luogo Comune* (1990) a *DeriveApprodi* (1999).

²⁷⁰⁶ Riprende da ultimo questo filone M. Pasquinelli, *A mezzo secolo dalla ricezione del “Frammento sulle macchine” di Marx*, *Introduzione a M. Pasquinelli* (a cura di), *Gli algoritmi del capitale. Accelerazionismo, macchine della conoscenza e autonomia del comune*, Ombre Corte, Verona, 2014, p. 8.

spettacolo, dell'informazione e dell'immateriale): dalla Grosseto, descritta come una Kansas City dallo stesso Bianciardi, alla Milano dei giornali e dell'editoria, alla Roma della politica, ma anche dell'accademia, del teatro, del cinema e della televisione: della nascente "società dello spettacolo". In contemporanea con la Torino operaia di piazza Statuto, in queste città si vanno formando quei lavoratori neanche più terziari, gli impiegati nei servizi, ma «quartari» (i pubblicitari, i creativi, gli addetti alle pubbliche relazioni), che «non sono strumenti di produzione, e nemmeno cinghie di trasmissione. Sono lubrificante, al massimo, sono vaselina pura»²⁷⁰⁷. In questo scorcio temporale, le grandi città diventano il serbatoio di quello che solo pochi anni dopo diventerà il precariato metropolitano, del lavoro nell'indotto della società della comunicazione, informazione, istruzione, pubblicità, pubbliche relazioni, etc. Ecco i *knowledge workers*, nuovi lavoratori della conoscenza, dell'"industria culturale", dell'immateriale, della produzione di immaginario simbolico nel capitalismo che è già semio-capitalismo, in quella che comincia a divenire una "società post-industriale", in cui la prestazione lavorativa risulta difficilmente quantificabile e valutabile, sembra vita messa al lavoro, nelle relazioni quotidiane di cura, commercio, servizi, assistenza, in una dimensione che nei decenni successivi verrà definita bio-politica²⁷⁰⁸. Perché, per riprendere sempre Luciano Bianciardi, «nei nostri mestieri è diverso, non ci sono metri di valutazione quantitativa. [...] Non abbiamo altro metro se non la capacità di ciascuno di restare a galla, e di salire più su, insomma diventare vescovo. In altre parole a chi scelga la professione terziaria o quartaria occorrono doti e attitudini di tipo politico. La politica, come tutti sanno, ha cessato da molto tempo di essere scienza del buon governo, ed è diventata invece arte della conquista e della conservazione del potere»²⁷⁰⁹.

Il lavoro intellettuale, da traduttore, scrittore, giornalista, critico letterario, culturale, sportivo e molto altro ancora di Luciano Bianciardi diviene il paradigma vissuto in prima persona di un «proletarizzazione dell'intellettuale nella fabbrica culturale milanese»²⁷¹⁰, di un professionista del terziario o "quartario", in un Paese che è ancora pensato dentro il patto dei produttori tra campagne e industria, mentre proprio in quel decennio dei Sessanta europei sarà il lavoro culturale, intellettuale, della conoscenza a perdere irrimediabilmente l'aura borghese integrata nell'accademia e nella società letteraria o scientifica, finendo con il diventare sempre più

²⁷⁰⁷ L. Bianciardi, *La vita agra*, Biblioteca Universale Rizzoli, Milano, 1974 (1962), p. 111. In occasione del quarantennale della sua morte (1971) si è riflettuto sulla figura di Luciano Bianciardi, il lavoro culturale e le (mancate) trasformazioni sociali e istituzionali connesse in G. Allegri, A. Guerra, *Un precario contro il sistema. Ricordando Luciano Bianciardi*, in «Historia Magistra», n. 8, 2012, p. 119-131, cui si rinvia per ulteriori approfondimenti.

²⁷⁰⁸ Qui la bibliografia risulta sconfinata, perciò si limita a pochi classici Autori che in quegli anni già scandagliavano il superamento della società industriale e delle sue forme istituzionali nei partiti di massa e sindacati: oltre ai lavori della già citata *Internazionale Situazionista* e di uno dei suoi fondatori, Guy Debord con la sua *Società dello spettacolo* (1967), si ricordano P. F. Drucker, *Landmarks of tomorrow. A Report on the New "Post-Modern" World*, Harper & Brothers, New York, 1957, per la definizione di *knowledge workers*, quindi E. Morin, *L'Ésprit du temps*, 1962, tradotto in italiano l'anno successivo con il titolo *L'industria culturale. Saggio sulla cultura di massa*, Il Mulino, Bologna, 1963, D. Bell, *Notes on the Post-Industrial Society*, in «The Public Interest», Voll. 1, 2, 1967 e tradotte da D. Bratina per «L'Industrialista. Rassegna trimestrale di studi industriali», a cura del Centro di ricerche e documentazione dell'industria dell'Università di Torino, 1967, pp. 161-173, J. Baudrillard, *Le Système des objets. La consommation des signes*, Gallimard, Paris, 1968, A. Touraine, *La società post-industriale*, Il Mulino, Bologna, 1969.

²⁷⁰⁹ L. Bianciardi, *La vita agra*, cit., pp. 111-112.

²⁷¹⁰ Per riprendere l'analisi di A. Negri, *Dopo il Novecento: verso le istituzioni del comune. Una conversazione con Antonio Negri*, a cura di G. Allegri, in Id., *Dentro-contro il diritto sovrano*, cit., p. 226, che così proseguiva: «*La vita agra* narra perfettamente l'effervescenza culturale, relazionale, esistenziale che si sperimentava a Milano in quegli anni; ma anche e soprattutto l'aspetto faticoso della prima proletarizzazione dell'intellettuale, nella fabbrica culturale milanese. Erano anni formidabili e tremendi: era la vita agra! Fu un'educazione feroce! Era difficile trovare un soldo: e i soldi te li davano solo se inventavi cose funzionali al mercato. Era ed è il capitalismo, ragazzo!».

frammentato e messo immediatamente in produzione nella società della comunicazione, in assenza di una sua adeguata rappresentazione sociale, politica e istituzionale²⁷¹¹. E la classe dirigente politica ed economica non sembra percepire questa sotterranea, ma persistente, grande trasformazione sociale e occasione di mutamento istituzionale. Sembra una costante della storia repubblicana italiana: quella che già «Corrado Alvaro chiamava *inaderenza*: il baratro fra i rituali della politica e i bisogni e le potenzialità» di un Paese e delle sue cittadinanze, per riprendere le parole usate da Salvatore Settis nella presentazione della riedizione de *Il cammino delle Comunità* di Adriano Olivetti²⁷¹². E forse non è un caso che nello stesso ventennio tra il 1945 e il 1964 è proprio quella anomala figura di imprenditore, intellettuale, sperimentatore di comunità e agitatore sociale di Adriano Olivetti che prova a tenere insieme lavoro industriale e lavoro intellettuale (chiamando a sé molti intellettuali e architetti e scrittori, da Ottiero Ottieri a Paolo Volponi, autori di quella “letteratura industriale” protagonista in quegli anni), a fianco di una certa idea di Repubblica delle autonomie, fondata sull'autogoverno sociale delle città, partendo dai “Centri comunitari del Canavese”, sorti nel 1949 intorno alla sua idea di Comunità, improntata a criteri di giustizia sociale ed economica, insieme con una grande attenzione imprenditoriale nei riguardi all'innovazione tecnologica, all'avanguardia anche rispetto al panorama mondiale dell'epoca. Proprio nel 1964, accanto alle macchine da scrivere e calcolatrici, Olivetti produrrà il primo *personal computer* (Programma 101), quindi i primi computer e stampanti da ufficio. A fianco il *cammino della Comunità* diventerà il laboratorio di sperimentazione di un'altra, possibile, modernizzazione sociale, economica ed istituzionale, attenta alla centralità dell'essere umano e alle sue pretese di giustizia, all'autodeterminazione individuale e collettiva, alla partecipazione dei lavoratori, manuali e intellettuali, nell'impresa, alla redistribuzione delle ricchezze e a inedite forme di una democrazia partecipativa, con sperimentazioni che estendono il Movimento in altre provincie, a Treviso, come a Mestre, a Potenza, come a Matera, a Palermo, come a Messina, a Roma, come a Milano²⁷¹³. Processi che avrebbero permesso una concreta trasformazione antropologica ed istituzionale del Paese e che ebbero un effimero tentativo di inverarsi nel periodo transitorio e pre-costituente della nostra esperienza repubblicana quando, di ritorno dall'esilio svizzero durante la Repubblica Sociale Italiana, Adriano Olivetti è a Roma, collaboratore all'Istituto di studi del PSIUP, responsabile del settore urbanistica ed edilizia e conosce Massimo Severo Giannini che lo porterà al Ministero della Costituente, presieduta da Pietro Nenni. Lo scambio intellettuale e di esperienze tra Giannini e Olivetti permise di miscelare la spinta all'autogoverno territoriale ed economico delle *Comunità* pensate da Olivetti in un'ottica di combinazione tra lavoro industriale e cognitivo, con la ricostruzione giuridica delle strutture e delle procedure amministrative studiate da Giannini²⁷¹⁴. Questa contaminazione permise ai due di “inventare” un

²⁷¹¹ Nel dibattito dell'epoca si ricorda H.J. Krahl, *Produzione e costituzione (Konstitution)*, 1969, in Id., *Costituzione e lotta di classe*, Jaca Book, Milano, 1973, pp. 353-360, ma si veda diffusamente anche in altri interventi contenuti in quel volume, che raccoglie la produzione di un giovanissimo intellettuale, allievo assai eretico della “Scuola di Francoforte”, morto in un incidente automobilistico nel 1970 a soli 27 anni.

²⁷¹² In A. Olivetti, *Il cammino delle Comunità*, Edizioni di Comunità, Roma-Ivrea, 2013 (1956). C. Alvaro, *L'Italia rinunzia?*, Sellerio, Palermo, 1986 (1945).

²⁷¹³ A. Olivetti, *Il cammino della comunità*, Movimento di Comunità, Ivrea, 1956, pp. 21-22.

²⁷¹⁴ Interroga con sensibilità costituzionalistica questa esperienza A. Buratti, *Adriano Olivetti e l'ordine politico delle Comunità: un progetto scomodo in cerca di interlocutori*, in A. Buratti e M. Fioravanti (a cura di), *Costituenti ombra. Altri luoghi e altre figure della cultura politica italiana (1943-1948)*, Carocci, Roma, 2010, pp. 98-109, saggio e volume al quale si rinvia per una complessiva analisi dei sentieri interrotti della fase costituente repubblicana.

modello di autogoverno basato sull'autonomia amministrativa delle Comunità, come nucleo base di un'articolazione di livelli istituzionali che si opponevano tanto all'accentramento statalista – di matrice liberale e che guiderà l'agire repubblicano – quanto all'introduzione di un livello regionale, che entrerà a regime solo negli anni Settanta del Novecento. È l'intuizione, prontamente ignorata, di pensare un edificio istituzionale a partire dal basso, seguendo una peculiare concezione federalistica: dalla Comunità intesa come unità politica fondamentale dell'autogoverno territoriale, in un'ottica sussidiaria dei livelli istituzionali, con la regione intesa solo come sede di pianificazione economica, e l'instaurazione di una sorta di “democrazia molecolare”, superando la centralizzazione amministrativa e favorendo un concreto fine sociale delle attività lavorative e imprenditoriali, con l'obiettivo di una sempre maggiore inclusione dei diversi e plurali soggetti sociali, che non a caso lo stesso Costantino Mortati ricostruisce in quegli anni come la combinazione di «autonomie e pluralismo nel pensiero di Adriano Olivetti»²⁷¹⁵. Si tratta di un'immaginazione istituzionale che si poneva all'altezza di un possibile confronto con le istanze di autodeterminazione, giustizia sociale, innovazione culturale di quello che, superando il “quartario” di Luciano Bianciardi, può essere interpretato come il “quinto stato” pensato nella sua doppia accezione: quello che permane nel mondo contadino nella narrazione sul nord-est italiano di Ferdinando Camon, quindi quello che a cominciare dagli anni Settanta precipiterà nel precariato metropolitano, fuori dalla cittadinanza sociale del *Welfare* italiano pensato, a fatica, solo per il terzo e quarto stato²⁷¹⁶.

4. 1962-1967: dal centro-sinistra ai nuovi movimenti nella «crisi del Parlamento dei partiti» (Costantino Mortati) e dinanzi al “sommerso della Repubblica”

Lo scorcio temporale del passaggio tra gli anni Cinquanta e Sessanta del Novecento quindi già certifica quello scollamento irrecuperabile tra mutamenti sociali, economici, culturali, delle forme di vita e del lavoro – favoriti da scolarizzazione di massa, innovazione tecnologica, rinnovamento generazionale, inurbamento, mobilità interna – e immobilismo di classi dirigenti economiche e politiche cristallizzate in assetti istituzionali di governo che scontano un vizio di origine proprio nell'edificazione del *Welfare* nello Stato sociale repubblicano. Perché, come si notò già in fase costituente, «per un incredibile paradosso, lo Stato sociale che si afferma nel secondo dopoguerra in tutto il mondo occidentale per allargare l'“area della cittadinanza”, nel nostro Paese la restringe. Invece che avere un carattere “inclusivo”, lo Stato sociale all'italiana lo ha “esclusivo”, poiché

²⁷¹⁵ C. Mortati, *Autonomie e pluralismo nel pensiero di Adriano Olivetti*, Relazione presentata al *Symposium* su *La Regione e il Governo locale*, svoltosi a Firenze (27-30 maggio 1963) per iniziativa del Centro studi della Fondazione «A. Olivetti» e dell'Istituto di diritto pubblico comparato della Facoltà di Scienze politiche «C. Alfieri», ora contenuto in Id., *Raccolta di scritti – IV. Problemi di politica costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1972, pp. 233-250.

²⁷¹⁶ F. Camon, *Il quinto stato*, Garzanti, Milano, 1970, quindi G. Allegri, R. Ciccarelli, *Il quinto stato. Perché il lavoro autonomo e indipendente è il nostro futuro. Precari, autonomi, free lance per una nuova società*, Ponte alle Grazie, Milano, 2013 e Id., *La furia dei cervelli*, manifestolibri, Roma, 2011, dove questa ricostruzione è ampiamente approfondita.

non riconosce i diritti sociali a tutti i cittadini indistintamente ma soltanto ai lavoratori»²⁷¹⁷. Fu una scelta selettiva di inclusione nella cittadinanza sociale in un'idea di Welfare “occupazionale”, nel senso di un sistema sociale di un «“Bismarck corporativo” degli anni '30 costituzionalizzato»²⁷¹⁸, che, fatta salva la solidarietà informale intra-familiare (Welfare “solidaristico-familistico”), riconosce una porzione di diritti sociali solamente attraverso l'accesso al lavoro, inteso come cittadino-lavoratore salariato, dipendente e subordinato, e neanche pienamente quello, come osservato nella *Relazione* finale dei lavori della “Commissione per la riforma della previdenza sociale” (attiva tra il 4 luglio 1947 e il 29 febbraio 1948), presieduta dal sindacalista e deputato socialista Ludovico D'Aragona (1876-1961): «grosso modo beneficiano oggi della previdenza e assistenza solo i lavoratori dipendenti, con molte esclusioni e limitazioni [...] tra operai e impiegati, fra dipendenti pubblici e dipendenti privati. I lavoratori autonomi, dal più umile artigiano, al più rinomato professionista, sono totalmente al di fuori della sfera di azione della previdenza sociale»²⁷¹⁹.

Se queste erano le premesse “costituenti” del *Welfare* repubblicano, l'intera impalcatura, partitica, sindacale, istituzionale, cominciava inesorabilmente a scricchiolare a fronte di un protagonismo di soggetti da sempre esclusi nella mediazione sociale del patto repubblicano che reclamano un posto nel mondo: i giovani, le donne, i nuovi movimenti sociali, dentro e fuori fabbriche, scuole, università, sempre più diffusi in quelle che cominciano a diventare le metropoli di una società in transizione tra campagna, città, industrie e “lavoro immateriale”, mentre lo «Stato dei partiti» rimane impermeabile a queste epocali e inarrestabili trasformazioni, ripetendo errori commessi già in precedenza²⁷²⁰. Eppure è proprio a partire dall'effervescenza sociale degli anni Sessanta del Novecento che cittadini e gruppi sociali proveranno a pensare «le libertà tra diritti ed istituzioni», tenendo insieme garanzie sociali e affermazione e tutela di “interessi diffusi”, promozione dell'autonomia individuale e prospettive di integrazione sociale, pensando il rapporto tra formazioni sociali e comunità territoriali, non come sterili “autonomie”, ma robusti “poteri/istituzioni locali”, investendo un radicale ripensamento del rapporto tra le persone e le istituzioni pubbliche²⁷²¹.

E all'inizio di quel decennio sarà la breve e contraddittoria presidenza della Repubblica di Antonio Segni (maggio 1962 – dicembre 1964, terminata prematuramente a causa di un *ictus* che lo costrinse alle dimissioni volontarie) a certificare l'attenzione del vertice delle istituzioni repubblicane nei confronti delle “riforme istituzionali”, a partire dal messaggio presidenziale

²⁷¹⁷ L. Di Nucci, *Alle origini dello stato sociale nell'Italia repubblicana. La ricezione del Piano Beveridge e il dibattito nella Costituente*, in C. Sorba (a cura di), *Cittadinanza. Individui, diritti sociali, collettività nella storia contemporanea. Atti del convegno annuale SISSCO Padova, 2-3 dicembre 1999*, Roma, 2002, rintracciabile anche in: <http://www.sissco.it/articoli/cittadinanza-1075/alle-origini-dello-stato-sociale-nellitalia-repubblicana-la-ricezione-del-piano-beveridge-e-il-dibattito-nella-costituente-1084/>. Si riprende questo passaggio da un saggio in corso di stampa al quale si rinvia per ulteriori approfondimenti: G. Allegri, *Reddito di base, innovazione e inclusione sociale. A margine di alcune iniziative legislative*, in M. D'Onghia, E. Zaniboni (a cura di), *Tutela dei soggetti deboli e trasformazioni del lavoro tra diritti e libertà. Prospettive nazionali e internazionali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, pp. 13-31. Sia consentito anche rinviare alla prima parte, intitolata «de Costituzioni del lavoro», del volume G. Allegri, G. Bronzini, *Libertà e lavoro dopo il Jobs Act. Per un garantismo sociale oltre la subordinazione*, DeriveApprodi, Roma, 2015.

²⁷¹⁸ G. G. Balandi, *L'eterna ghirlanda opaca: evoluzione e contraddizione del sistema italiano di sicurezza sociale*, in *Lavoro e Diritto*, n. 2/2015, 313-327.

²⁷¹⁹ Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale, *Commissione per la riforma della previdenza sociale, Relazione sui lavori della Commissione* (4 Luglio 1947 – 29 Febbraio 1948), Roma, 1948.

²⁷²⁰ Cfr. A. Negri, *Alcune riflessioni sullo “Stato dei partiti”*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», I, 1964, pp. 1-60, ora anche in Id., *Dentro-contro il diritto sovrano*, cit., pp. 33-79.

²⁷²¹ In questo senso si veda l'analisi di A. Barbera, *Le libertà tra «diritti» e «istituzioni»*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati. Vol. 1. Diritto costituzionale generale. Storia costituzionale e politica costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1977, pp. 1-83.

indirizzato alle Camere il 17 settembre 1963, nel quale si proponeva all'attenzione parlamentare la richiesta di intervenire in particolare sulle istituzioni di garanzia repubblicana (dalla Corte costituzionale, alla soppressione del semestre bianco presidenziale, al divieto di un doppio mandato presidenziale) che di fatto rappresenta la prima proposta istituzionale di riforma, anticipando una costante del successivo cinquantennio repubblicano, quella delle “riforme istituzionali”, mancanti, come terreno politico, alternativamente di convergenza o di conflitto, tra le classi dirigenti politiche ed economiche²⁷²².

Ma la presidenza Segni è interessante in questa ricostruzione anche perché si muove tra due polarità. Da una parte assecondando le spinte riformistiche economico-sociali e di maggiore inclusione politica e apertura a sinistra della DC di Aldo Moro, con la formazione del primo governo del cosiddetto “centro-sinistra organico”, dopo le iniziali sperimentazioni seguenti il fallimento del succitato governo Tambroni, con il primo dei tre governi presieduti da Moro, con il sostegno del leader socialista Pietro Nenni – che dal dicembre 1963 giungeranno poi alla primavera 1968²⁷²³. Dall'altra il Presidente Segni si rende protagonista di una ambigua gestione della crisi ministeriale dell'estate 1964, del primo Governo Moro, appunto, consultando tra gli altri anche il comandante generale dell'Arma dei Carabinieri Giovanni De Lorenzo, che era già stato molto vicino al suo predecessore Giovanni Gronchi – considerando che proprio contemporaneamente a quel mandato presidenziale, tra il 1955 e il 1962, fu a capo del *Servizio informazioni delle forze armate* (Sifar), il servizio segreto militare italiano – mentre dalla primavera del 1964 era alle prese con la costruzione del “piano Solo” (cosiddetto poiché si trattava di un piano per la gestione delle istituzioni in casi di estrema emergenza, facendo riferimento “solo” all'Arma dei carabinieri) che anni dopo si scoprì a rischio di golpe: «un complotto al Quirinale - Segni e De Lorenzo preparavano un colpo di Stato», come fu titolato l'articolo di Lino Jannuzzi che fece esplodere il caso²⁷²⁴. È così esemplificata la tensione che attraversa l'Italia repubblicana di quegli anni, sospesa tra un quadro politico-istituzionale che tenta di assecondare l'innovazione sociale che si dispiega e propone un riformismo economico-sociale per ampliare gli spazi della cittadinanza nel quadro politico internazionale dato (di adesione all'atlantismo e al processo di integrazione continentale) e al contempo tensioni interne alle istituzioni che in modo poco trasparente sembrano gestire fasi di crisi istituzionali evocando un «sommerso della Repubblica», tra le maglie dei suoi apparati, che si ritroverà anche nella “strategia della tensione” dei cosiddetti “anni di piombo” nel corso del decennio successivo²⁷²⁵. E qui vengono in mente le osservazioni di Augusto Cerri, nell'introduzione a questo Convegno, a proposito di quei «regimi “duali” che

²⁷²² Nel pieno del dibattito sulle riforme istituzionali della fine degli anni Novanta del Novecento ricorda questo precedente E. Cheli, *La riforma mancata. Tradizione e innovazione nella Costituzione italiana*, Il Mulino, Bologna, 2000, p. 3.

²⁷²³ Si ricorda il classico lavoro di G. Tamburrano, *Storia e cronaca del centro-sinistra*, Bur – Rizzoli, Milano, 1990 che ricostruisce l'intera vicenda.

²⁷²⁴ L. Jannuzzi, *Complotto al Quirinale. Segni e De Lorenzo preparavano un colpo di Stato*, in «L'Espresso», 10 maggio 1967, che venne denunciato, insieme con Eugenio Scalfari a quei tempi direttore de *L'Espresso*, dal Generale De Lorenzo, ottenendo l'assoluzione solo in appello.

²⁷²⁵ Si riprende assai brevemente questa riflessione dal dibattito storiografico intorno all'opera *Storia dell'Italia repubblicana* Einaudi, coordinata da Francesco Barbagallo, e agli studi dello storico contemporaneista Franco De Felice, che partecipò all'opera einaudiana, a partire da *Doppia lealtà e doppio Stato*, in «Studi storici», XXX, 3/1989, pp. 493-563, che solo nominalmente riprende la formula del *Doppelstaat* di Ernst Fraenkel riguardo l'articolazione del potere nella Germania nazista. Per una puntuale ricostruzione di questo dibattito storiografico si veda F.S. Biscione, *Il sommerso della Repubblica. La democrazia italiana e la crisi dell'antifascismo*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003.

conservano un seme di autoritarismo estremamente rischioso, quando la tensione sociale supera certi limiti. Le forze della conservazione sociale possono, allora, trovare un appoggio, fatale per la democrazia, nei residui autoritari degli apparati»²⁷²⁶.

In realtà in quell'estate del 1964 fu in particolar modo la stampa estera a dipingere «l'Italia come un Paese sull'orlo del collasso economico e alla vigilia di un colpo di Stato»²⁷²⁷, in una situazione caotica rispetto alla quale, di lì a poco, risulterà spietata epperò assai centrata la celebre analisi fortemente critica di Costantino Mortati riguardo «l'interesse della classe politica al mantenimento dell'attuale stato di disordine, che rende possibili i nefasti del sotto-governo e che consente ai partiti (che ben si sa quanto siano divoratori di mezzi economici e dispensatori di favori) di interferire nell'azione amministrativa, determinandone una politicizzazione che opera come fattore potente di corruzione e la scredita sempre di più nella fiducia del cittadino»²⁷²⁸. È la denuncia di un immobilismo parlamentare e di una spartizione partitica dei benefici del sotto-governo che la sensibilità di Mortati, estremamente attenta alle trasformazioni culturali e sociali, riesce ad interpretare alla luce di spinte contrastanti, che vale la pena evidenziare perché centrano due profili estremamente centrali in questa nostra ricostruzione. Da un lato il giuspubblicista calabrese insiste sui fallimenti di una comunicazione politica tendenziosa e artefatta, sottolineando «come diseducativa riesca la forma ordinaria di comunicazione tra i partiti e gli elettori, che conta più sulla suggestione di una propaganda a base di slogan, o di vuoti schematismi ideologici, che non sulla discussione da svolgere sulla base di dati concreti in ordine ai singoli problemi cui si rivolge l'attesa della pubblica opinione»²⁷²⁹. Dall'altra non può non notare l'esigenza di innovazione sociale, economica ed istituzionale che attraversa il Paese in quegli anni, a partire dalle giovanissime generazioni dei movimenti della contro-cultura, affermando schiettamente che «occorre secondare in tutti i modi siffatto impulso di rinnovamento della coscienza collettiva, quale si palesa soprattutto nei giovani, ai quali si affida la speranza di un avvenire migliore»²⁷³⁰. Con una battuta si potrebbe dire che Mortati centra il dilemma di uno scacco epocale per la nostra storia repubblicana in quegli anni: il ripiegamento conservatore e immobilista nella “crisi del Parlamento dei partiti” e le domande di partecipazione democratica e trasformazione sociale, culturale, economica che provengono dai nuovi movimenti sociali delle più giovani generazioni, che sfoceranno nel lungo Sessantotto italiano, dinanzi ad una partitocrazia che appare inamovibile e monopolizza tutti gli spazi di confronto e dialogo sociale, in un'ottica clientelare, consociativa e autoreferenziale.

Come si noterà qualche anno dopo, riprendendo proprio la lucida riflessione di Costantino Mortati, è la cruda consapevolezza dello «spettro» della partitocrazia, per cui il regime politico-istituzionale repubblicano non era più designabile come regime parlamentare, ma come regime dei partiti, in cui la «confusa dittatura di assemblee», cui era giunto nella prassi il parlamentarismo

²⁷²⁶ A. Cerri, *Introduzione al Convegno “Le istituzioni nella storia costituzionale repubblicana: continuità o rottura rispetto al passato?”*, in *Nomos*, 1/2017, spec. p. 2.

²⁷²⁷ Così G. Tamburrano, *Storia e cronaca del centro-sinistra*, p. 328.

²⁷²⁸ C. Mortati, *La crisi del Parlamento*, dagli *Atti del Convegno* promosso dal “Movimento Salvemini” su *La sinistra davanti alla crisi del Parlamento* (11-14 maggio 1966), ora in Id., *Raccolta di scritti – IV, Problemi di politica costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1972, pp. 155 e ss.

²⁷²⁹ *Ivi*, p. 166.

²⁷³⁰ *Ivi*, p. 169. Sui movimenti della seconda metà degli anni Sessanta, che anticipano e incontrano il 1968 italiano, si rinvia a S. Casilio, *Una generazione d'emergenza. L'Italia della contro-cultura (1965-1969)*, Le Monnier, Firenze, 2013.

continentale, fu espropriata dalla «dittatura dei partiti e dei comitati direttivi dei partiti»²⁷³¹. In questo senso, sempre nei primi anni Sessanta, Leopoldo Elia aveva cominciato a parlare apertamente della «necessità dell'autoriforma dei partiti e della Democrazia Cristiana in particolare», che sembrava essere diventato un «partito di occupazione» della macchina statale complessivamente intesa²⁷³².

Come ha recentemente ricostruito Damiano Palano, in quegli anni anche Gianfranco Miglio e Vezio Crisafulli si scaglieranno contro il pervasivo “regime dei partiti”, mentre il tentativo di Leopoldo Elia è quello di porre, nonostante tutto, l'agenda dei partiti al centro di quella «società esigente» che è il Belpaese²⁷³³. Ma il rapporto tra società ed istituzioni è fortemente incrinato, con nuove domande di giustizia, nell'inarrestabile frammentarsi della realtà sociale italiana e nel connesso moltiplicarsi delle istanze di cambiamento provenienti da quelli che, nel passaggio degli anni Sessanta e Settanta del novecento europeo e globale, Jürgen Habermas, Alain Touraine e Claus Offe cominceranno a definire come “nuovi movimenti sociali”. Dinanzi a questi mutamenti delle forme del vivere sociale le istituzioni sono percepite come attardate nella difesa di antichi privilegi, con la cultura politica dei partiti politici che perde capacità di interpretazione, visione progettuale e potere di innescare cambiamenti istituzionali. Viene a mancare la forza propulsiva di un'amministrazione e una burocrazia di governo che avevano in parte esercitato una funzione di traino e trasformazione della società, anche con la leadership oppositiva di De Gasperi e Togliatti nei due partiti di maggioranza e di opposizione, di quel «bipartitismo imperfetto» tra democristiani e comunisti²⁷³⁴, quindi con i già ricordati anni del centro-sinistra, successivamente con il tentato “compromesso storico” tra il 1973 e il 1979, e così il profilo monolitico e imperscrutabile delle istituzioni statali si oppone al proliferante dispiegarsi di una società in trasformazione sempre più pluralistica, frammentata, molecolare e irriducibile alle tradizionali mediazioni delle esistenti formazioni sociali, politiche, sindacali. È quindi con la cesura del lungo Sessantotto italiano – che durerà fino ai movimenti femministi, giovanili e metropolitani del 1977 (quando “muore ignominiosamente la Repubblica”²⁷³⁵, ma anche anno dello scandalo del “caso Lockheed”), attraversando le riforme degli anni Settanta (dallo Statuto dei lavoratori, 1970, all'istituzione del Servizio Sanitario Nazionale, dicembre 1978) e la faticosa “solidarietà nazionale” che porterà al “consociativismo” – che la lenta e inesorabile crisi costituzionale italiana toccherà il suo apice, rimanendo però ostaggio del lato più oscuro e violento dell'incomunicabilità tra società e istituzioni: “strategia della tensione”, terrorismo e lotta armata nel susseguirsi di attentati, stragi e rapimenti che accompagnano il declino inesorabile e violento dell'assetto repubblicano post-bellico.

5. Per guardare al successivo ventennio: “crisi della democrazia” tra governabilità, riformismo impossibile, «torpore della scienza giuridica» (Massimo Severo Giannini), “rivoluzione dei giudici”

²⁷³¹ G. Perticone, *La partitocrazia è uno spettro*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati. Vol. 1*, cit. pp. 819-832.

²⁷³² L. Elia, *L'attuazione della Costituzione in materia di rapporti tra partiti e istituzioni*, in Comitato regionale della Democrazia cristiana lombarda (a cura di), *Il ruolo dei partiti nella democrazia italiana* (Atti del convegno promosso dalla DC Lombarda, Cadenabbia, 18-19 settembre 1965), Bergamo, 1966, pp. 67-93.

²⁷³³ D. Palano, *La democrazia senza partiti*, cit., 60 e ss., quindi L. Elia, *L'attuazione della Costituzione*, cit., p. 92.

²⁷³⁴ G. Galli, *Il bipartitismo imperfetto. Comunisti e democristiani in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1966, del quale si ricorda anche il recente *Storia d'Italia tra imprevisto e previsioni. Dal Risorgimento alla crisi europea (1815-2015)*, Mimesis, Milano, 2014.

²⁷³⁵ Per dirla con il poeta Mario Luzi dell'esergo.

Come anticipato questa prima parte di ricostruzione sulle lontani origini della “crisi costituzionale repubblicana” si ferma sul crinale degli anni Settanta del Novecento, spartiacque non solo simbolico rispetto alla transizione degli anni Novanta. Per concludere si vuole solo evocare lo spazio all'interno del quale ci si muoverà nell'analisi del successivo ventennio, che costituirà l'oggetto della seconda parte di ricostruzione delle “lontane origini della crisi repubblicana italiana”.

Il tema sarà la “crisi della democrazia”, a partire da quella rappresentativa, ma in una prospettiva che solo nel passaggio di millennio verrà definita di “post-democrazia” (Colin Crouch). È infatti del 1977 la traduzione italiana del celebre libro curato per il *think tank* della *Trilateral Commission* da Michel J. Crozier, Samuel P. Huntington e Jôji Watanuki, che è titolato proprio *Crisi della democrazia*²⁷³⁶: un lavoro nel quale viene affermata l'esigenza di una maggiore “governabilità” dinanzi ai sommovimenti di quelle porzioni di società che chiedono maggiore partecipazione, inclusione, giustizia sociale, diritti e redistribuzione economica. Ma questa “crisi della democrazia”, accanto alla centralità che assume l'esigenza di “governabilità” nel senso di una *governance* post-moderna di quelle che erano a tutti gli effetti già divenute «società complesse»²⁷³⁷, è inserita in un processo più ampio che attraversa l'intero vecchio Continente, come nota Maurizio Fioravanti: negli anni Settanta «si consuma in modo forse definitivo *un certo modello storico di costituzione e di democrazia*, che in fondo è quello scaturito dalla Rivoluzione francese, ed è imperniato sulla centralità del fattore politico-rappresentativo e del parlamento, inteso come strumento assolutamente privilegiato di attuazione della stessa Costituzione», che perde invece sempre più centralità, con un maggiore protagonismo, a partire dal caso italiano, dell'interpretazione giurisprudenziale, dal giudice ordinario alla Corte costituzionale²⁷³⁸. Infatti lo stesso Autore, insieme con Salvatore Senese, nel medesimo volume, nota come a partire dal XII congresso dell'Associazione nazionale magistrati del 1965, celebre come il “congresso di Gardone”, si affermi il protagonismo della magistratura ordinaria, del giudice al quale spetta «applicare direttamente le norme della Costituzione quando ciò sia tecnicamente possibile in relazione al fatto concreto controverso; [...] interpretare tutte le leggi in conformità ai principi contenuti nella Costituzione, che rappresentano i nuovi principi fondamentali dell'ordinamento giuridico statale»²⁷³⁹. È il cuore di quella che Senese definisce come una rivoluzione nella magistratura italiana, che va dal 1969 al 1981, ma più in generale è l'affermarsi di un maggiore protagonismo del ruolo della giurisdizione e del diritto giurisprudenziale nella crisi della legislazione prodotta dalla rappresentanza parlamentare: una tendenza che riguarda tutte le “democrazie mature”.

²⁷³⁶ M.J. Crozier, S.P. Huntington, J. Watanuki, *La crisi della democrazia. Rapporto sulla governabilità delle democrazie alla Commissione trilaterale*, prefazione di G. Agnelli, introduzione di Z. Brzezinski, trad. it. di V. Messina, Franco Angeli, Milano, 1977 (1975). La *Trilateral Commission* è un *think tank* creato nel 1973 per far incontrare politici, amministratori, imprenditori, uomini d'affari, intellettuali, giornalisti di Stati Uniti d'America, Europa e Giappone, con l'intento di diffondere, tra queste tre macro-aree geografiche e in tutto il globo, una rete di affari e politiche economiche in grado di sviluppare ulteriormente l'economia capitalistica di mercato.

²⁷³⁷ G. Pasquino (a cura di), *Le società complesse*, Il Mulino, Bologna, 1983.

²⁷³⁸ M. Fioravanti, *Le trasformazioni del modello costituzionale*, in G. De Rosa e G. Monina (a cura di), *L'Italia repubblicana nella crisi degli anni Settanta. IV. Sistema politico e istituzioni. Atti del ciclo di convegni, Roma, novembre e dicembre 2001*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2003, pp. 301-314, corsivo ad opera dell'Autore.

²⁷³⁹ Così recita la mozione finale di quel congresso riportata sia in M. Fioravanti, *Le trasformazioni*, cit., p. 309, sia in S. Senese, *La magistratura nella crisi degli anni Settanta*, in *Ivi*, p. 412.

Così la “crisi della democrazia” è anche in tensione rispetto a una funzione di supplenza della magistratura, tra garantismo ed emergenza, come in Italia accade negli anni Settanta, rispetto al terrorismo e alle stragi, quindi negli anni Novanta riguardo alle inchieste su *Mani pulite/Tangentopoli*. Mentre è l'affilata penna di Massimo Severo Giannini ad evidenziare come proprio nel passaggio tra gli anni Settanta e Ottanta del Novecento si sia dinanzi a «un certo quale torpore nella scienza giuridica»: «senza voler offendere alcuno, occorre dire apertamente che una buona parte della letteratura nuova che sta venendo fuori è una letteratura di "raccontini", di gente che racconta cioè come è fatta una legge, che cosa c'è dentro una legge»²⁷⁴⁰. Si tratta di «giuspubblicisti smarriti», che dovrebbero trovare la forza per «interpretare il mondo reale». E allora non è forse un caso che proprio in un volume di un paio di anni dopo, nel tentativo di definire una cultura garantistica nel pieno del “processo 7 aprile 1979” e degli “anni di piombo”, si rintraccia un'analisi impietosa dello scacco che attanaglia il Paese, nella cupa spirale tra terrorismo, legislazione di emergenza e assenza di riformismo: «il terrorismo è certo il sintomo più doloroso del malessere che ha colpito la “costituzione” italiana. Ma è il solo? [...] Non intendo parlare della corruzione – che, com'è noto, è carattere costante della vita statale moderna (è, si potrebbe dire, ciò che distingue e legittima ogni classe politica in un sistema a base egualitaria, qual è il sistema costituzionale statale) – quanto dell'incapacità, appunto fisiologica, di esercitare in Italia qualsiasi disegno riformistico»²⁷⁴¹.

Dinanzi a una Repubblica impossibile da riformare, che nel maggio del 1978 vedrà assassinato dalle Brigate Rosse, dopo 55 giorni di prigionia, Aldo Moro già cinque volte Presidente del Consiglio e allora presidente della Dc, sarà la cosiddetta «rivoluzione dei giudici» dei primi anni Novanta ad esercitare una funzione di supplenza «politica attiva di primissimo ordine, contribuendo in maniera decisiva al mutamento dei precedenti equilibri tra i poteri dello Stato»²⁷⁴². E l'eredità di quella “rivoluzione” ha lasciato intatta la guerra ideologica da contrapposizioni frontali tra gli schieramenti partitici, non più nella scelta tra capitalismo occidentale e socialismo sovietico, ma seguendo altre linee, come «corrotti e vittime della corruzione, parassiti saccheggiatori delle risorse pubbliche e loro accusatori (molti dei quali improvvisati tali)», inaugurando il lungo ventennio che è alle nostre spalle, sospeso tra diverse tonalità di populismo: da quello televisivo degli anni Novanta, all'attuale *digital populism*, passando per il permanere di un giustizialismo che coniuga le pulsioni anti-politiche con le tendenze del «populismo penale» diffuse nelle società post-democratiche di questo inizio millennio²⁷⁴³.

²⁷⁴⁰ Così M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, in *Cinquanta anni di esperienza giuridica. Atti del Convegno (Messina-Taormina, 3-8 novembre 1981)*, Giuffrè, Milano, 1982, pp. 364 e ss. ripubblicato in S. Cassese (a cura di), *Massimo Severo Giannini*, Laterza, Roma-Bari, 2010, pp. 233-246, col titolo *Il torpore della scienza giuridica negli anni Settanta*, dal quale è ripresa anche la citazione nella frase successiva.

²⁷⁴¹ P. Schiera, *Sono, fui, stato*, in A. Covi (a cura di), *La creatura e il pleroma. Dialoghi a distanza sullo stato della democrazia*, Lerici, Cosenza-Roma, 1983, p. 229.

²⁷⁴² M.L. Salvadori, *Storia d'Italia e crisi di regime. Saggio sulla politica italiana 1861-2000*, Il Mulino, Bologna, 2001, p. 125, dal quale è ripresa anche la citazione contenuta nella frase successiva.

²⁷⁴³ Sul populismo penale nel dibattito italiano si rinvia a S. Anastasia, M. Anselmi, D. Falcinelli, *Populismo penale: una prospettiva italiana*, Wolters Kluwer-Cedam, 2015.

La giurisdizione durante il regime costituzionale provvisorio e la sua valutazione nella giurisprudenza successiva^(**)

di Andrea Ridolfi^(*)

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il dibattito dottrinario sul regime costituzionale provvisorio – 3. Il regime provvisorio nella giurisprudenza – 3.1. La giurisprudenza dall'8 settembre 1943 al 31 dicembre 1947 – 3.2. La giurisprudenza successiva all'entrata in vigore della Costituzione – 3.3 La giurisprudenza sugli atti giurisdizionali – 4. Considerazioni conclusive

1. Introduzione

Il tema che affronterò – l'esercizio della giurisdizione nel corso del regime provvisorio e la sua valutazione nella giurisprudenza successiva – è inscindibilmente legato con il tema oggetto del Convegno, ovvero sia la problematica della continuità dello Stato e delle istituzioni²⁷⁴⁴. Per quanto riguarda l'articolazione della mia relazione, essa sarà suddivisa in quattro

^(**) Relazione al Convegno *La magistratura nella storia costituzionale repubblicana: continuità o rottura rispetto al passato?* (Università di Roma *La Sapienza*, Facoltà di Scienze Politiche, sociologia e Comunicazione, 5 aprile 2017). Debbo rivolgere, a questo proposito, un doveroso ringraziamento, per l'organizzazione di questo Convegno, ai proff. Augusto Cerri, che mi ha personalmente conferito l'incarico di svolgere questa relazione, al prof. Fulco Lanchester, mio *tutor* nei tre anni del Dottorato di Ricerca svolti proprio nella Facoltà di Scienze Politiche che ci ospita, ed all'A.N.P.P.I.A. Un altrettanto doveroso ringraziamento debbo rivolgere alle Dott.sse Elisabetta Bonocore, responsabile della Biblioteca del Dipartimento di Diritto ed Economia delle Attività Produttive, e Francesca Cinquina, responsabile della Biblioteca del Dipartimento di Economia e Diritto per il prezioso ausilio nell'attività di ricerca. Un ringraziamento debbo rivolgere anche al Dott. Leonardo Sacco, responsabile della Biblioteca della Sezione di Diritto Pubblico del Dipartimento di Scienze Giuridiche per la cortesia e la sollecitudine. Il presente lavoro è dedicato alla memoria del prof. Manlio Mazzotti di Celso, recentemente scomparso, che ho avuto l'onore di conoscere personalmente nel 2005, e la cui frequentazione è stata per me occasione di grande arricchimento sul piano umano e scientifico.

^(*) Dottore di Ricerca in Teoria dello Stato ed Istituzioni Politiche Comparate nell'Università degli Studi di Roma *La Sapienza* (XV Ciclo) e contrattista presso Università LUISS Guido Carli di Roma.

²⁷⁴⁴ Sulla problematica della continuità-discontinuità, oltre alla relazione di L. Albino, *Continuità e rottura come problema giuridico*, si vedano C. Pinelli, *Variazioni su stabilità e mutamento nel diritto costituzionale*, in AA.VV., *Liber amicorum in onore di Augusto Cerri. Costituzionalismo e democrazia*, Napoli 2016, p. 593 ss.; A. Cerri, *Istituzioni di diritto pubblico nel contesto europeo*, Milano 2015, p. 30 ss.; Id., *Istituzioni di diritto pubblico. Casi e materiali*, Milano 1999, p. 48 ss.; G. Acerbi, *Le leggi antiebraiche e razziali italiane ed il ceto dei giuristi*, II ed., Milano 2014, p. 214-215; U. Allegretti, *Storia costituzionale italiana. Popolo e istituzioni*, Bologna 2014, p. 69-70, 91 ss.; Id., *Costituente e costituzionalismo: continuità e discontinuità*, in *Democrazia e diritto* 2005, n. 4, p. 12 ss.; Id., *Profilo di storia costituzionale italiana. Individualismo e assolutismo nello Stato liberale*, Bologna 1989, p. 565 ss.; S. Cassese, *Governare gli italiani. Storia dello Stato*, Bologna 2014, p. 327 ss.; Id., *Lo Stato fascista*, Bologna 2010, p. 47 ss.; A.M. Di Stefano, *Da Salò alla Repubblica. I giudici e la transizione dallo stato d'eccezione al nuovo ordine (d.lgs.lgt. 249/1944)*, Granarolo dell'Emilia 2013, p. 83 ss.; A. Somma, *Alle origini della Repubblica Italiana. Cultura liberale e rimozione dell'esperienza fascista*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* 2008, n. 1, p. 91 ss., spec. p. 117 ss.; Id., *Fascismo e diritto: una ricerca sul nulla?*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 2001, p. 623 ss.; M. Benvenuti, *Il pensiero giuridico di Carlo Costamagna nel dibattito su metodo, diritto e Stato durante il regime fascista*, in *Nomos* 2005, n. 1-2, p. 17 ss.; L. Paladin, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, Bologna 2004, p. 33 ss.; Id., *Fascismo (dir. cost.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XVI, Milano 1967, p. 887 ss. (e in Id., *Saggi di storia costituzionale*, a cura di S. Bartole, Bologna 2008, p. 35 ss.); G. Azzariti, *Forme e soggetti della democrazia pluralista. Considerazioni su continuità e trasformazioni dello Stato costituzionale*, Torino 2000; P. Calamandrei, *La Costituzione e le leggi per attuarla*, Milano 2000, spec. p. 54 ss.; M. Fiorillo, *La nascita della Repubblica italiana e i problemi giuridici della continuità*, Milano 2000; Id., *Continuità dello Stato*, in M. Ainis (a cura di), *Dizionario costituzionale*, Roma-Bari 2000, p. 100-101; G. de Vergottini, *Diritto costituzionale*, Padova 1997, p. 132 ss.; G. Bognetti, *Nel quarantennale della Costituzione. Due lezioni*, Milano 1989, p. 3 ss.; A. Pizzorusso, L. Violante, *Dal Regno d'Italia alla Repubblica Italiana: il ruolo della Assemblea Costituente*, in E. Cheli (a cura di), *La fondazione della Repubblica. Dalla Costituzione provvisoria alla Assemblea Costituente*, Bologna 1979, p. 17 ss.; V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale, I. Introduzione al diritto costituzionale italiano (Gli ordinamenti giuridici – Stato e Costituzione – Formazione della Repubblica italiana)*, II ed., Padova 1970, p. 107 ss.; P. Biscaretti di

parti. La prima parte sarà dedicata all'inquadramento storico del problema, mentre nella seconda parte passerò ad esaminare il dibattito dottrinario sul regime costituzionale provvisorio. La terza parte, la più corposa dal punto di vista quantitativo, sarà incentrata sull'analisi della giurisprudenza sul regime provvisorio, e, a sua volta, si articolerà in tre paragrafi: il primo riguarderà la giurisprudenza dall'8 settembre 1943 al 31 dicembre 1947; il secondo la giurisprudenza successiva al 1 gennaio 1948; il terzo la giurisprudenza sugli atti giurisdizionali. Nella quarta ed ultima parte proverò, infine, a formulare qualche breve considerazione finale.

In generale, per regime costituzionale provvisorio si intende il lasso di tempo che va dal 25 luglio 1943, data della revoca di Benito Mussolini dalla carica di Primo Ministro, all'entrata in vigore della Costituzione repubblicana²⁷⁴⁵, anche se vi sono ricostruzioni che tendono a spostare la fine del regime provvisorio alla entrata in funzione delle nuove Camere, a seguito delle elezioni politiche del 18 aprile 1948²⁷⁴⁶. In ogni caso, il periodo che va dal 25 luglio 1943 al 1 gennaio 1948 è di tutta evidenza un periodo di transizione sul piano politico-costituzionale, in quanto alla costituzione non scritta del fascismo subentra una nuova costituzione, tuttora vigente²⁷⁴⁷. Il 25 luglio si configura, perciò, come un momento di rottura²⁷⁴⁸, ponendosi come prima fase di un

Ruffia, *Diritto costituzionale*, VIII ed., Napoli 1968, p. 75 ss.; F. Pergolesi, *Diritto costituzionale*, XIV ed., Padova 1960, p. 49 ss.; G. Ballardore Pallieri, *La nuova Costituzione italiana*, Milano 1948, p. 1 ss., 7 ss.

²⁷⁴⁵ Sul regime provvisorio e il processo costituente, si veda C. Mortati, *La Costituente. La teoria. La storia. Il problema italiano*, Roma 1945 (e in Id., *Raccolta di scritti, I. Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato*, Milano 1972, p. 3 ss.); G. Guarino, *Due anni di esperienza costituzionale italiana*, in *Rassegna di diritto pubblico* 1946, parte I, p. 61 ss.; G. Ballardore Pallieri, *La nuova Costituzione italiana*, cit., p. 2 ss.; P. Calamandrei, *Cenni introduttivi sulla Costituente e sui suoi lavori*, in AA.VV., *Commentario sistematico alla Costituzione italiana diretto da Piero Calamandrei e Alessandro Levi*, Firenze 1950, p. LXXXIX ss.; V. Gueli, *Diritto costituzionale provvisorio e transitorio*, Roma 1950, p. 39 ss.; P. Caretti, *Forme di governo e diritti di libertà nel periodo costituzionale provvisorio*, in E. Cheli, *La fondazione della Repubblica*, cit., p. 31 ss.; E. Bettinelli, *La formazione dell'ordinamento elettorale nel periodo preconstituente. All'origine della democrazia dei partiti (1944-1946)*, ivi, p. 129 ss.; C. Lavagna, *Ricerche sul sistema normativo*, Milano 1984, p. 1 ss.; G. Negri, *Il quadro costituzionale. Tempi e istituti della libertà*, Milano 1984, p. 66 ss.; Id., *Storia politica italiana dall'Unità alla Repubblica. Le istituzioni e la società nell'analisi dei fatti e dei documenti*, Milano 1994, p. 331 ss.; V. Onida (a cura di), *L'ordinamento costituzionale italiano dalla caduta del Fascismo all'avvento della Costituzione repubblicana. Testi e documenti con due saggi introduttivi sul periodo costituente e sulla Costituzione*, Torino 1991; A. Pichierri, *La Costituzione provvisoria. L'ordinamento dello Stato tra Fascismo e Repubblica*, Taranto 1996; G.U. Rescigno, *La discussione nella Assemblea Costituente del 1946 intorno ai suoi poteri, ovvero del potere costituente, delle assemblee costituenti, dei processi costituenti*, in *Diritto Pubblico* 1996, n. 1, p. 1 ss.; U. De Siervo, *La transizione costituzionale (1943-1946)*, ivi, n. 3, p. 543 ss.; P. Ciarlo, *Verso una costituzione normale. L'approdo costituente*, ivi, p. 583 ss. (e in AA.VV., *Le idee costituzionali della Resistenza. Atti del Convegno di studi. Roma 19, 20 e 21 ottobre 1995*, a cura di C. Franceschini, S. Guerrieri, G. Monina, Roma 1997, p. 340 ss.); Id., *Verso una costituzione normale. 1948 e dintorni*, in Associazione Italiana dei Costituzionalisti, *La nascita delle Costituzioni europee del secondo dopoguerra (Torino, 25-26 ottobre 1996)*, Padova 2000, p. 221 ss.; E. Di Nolfo, *Gli Alleati e la questione istituzionale in Italia. 1941-1946*, ivi, p. 13 ss.; P. Barile, *Il caso italiano*, ivi, p. 181 ss.; M. Fiorillo, *Costituzione provvisoria*, in M. Ainis, *Dizionario costituzionale*, cit., p. 126 ss.; G. Tuzzolo, *L'ultima notte del fascismo tra diritto e storia. Dall'ultima seduta del Gran Consiglio del Fascismo alla fine dell'esperienza della Repubblica Sociale. Le relative problematiche giuridico-istituzionali*, Foggia 2001; U. Allegretti, *Storia costituzionale italiana*, cit., p. 97 ss.; P. Pombeni, *La questione costituzionale in Italia*, Bologna 2016, p. 81 ss.

²⁷⁴⁶ Cfr., in proposito, P. Caretti, *Forme di governo e diritti di libertà nel periodo costituzionale provvisorio*, cit., p. 35-36.

²⁷⁴⁷ Così G.U. Rescigno, *La discussione nella Assemblea Costituente del 1946 intorno ai suoi poteri*, cit., p. 24-25. Per una ricostruzione del contesto politico, si vedano G. La Pira, *Per una architettura cristiana dello Stato*, II ed., Firenze 1954; P. Puntoni, *Parla Vittorio Emanuele III*, Milano 1958, p. 141 ss.; F. Calasso, *Cronache politiche di uno storico (1944-1948)*, Firenze 1975; P. Nenni, *La battaglia socialista contro il fascismo 1922-1944*, a cura di D. Zucaro, Milano 1977, p. 553 ss.; A. Moro, *Al di là della politica e altri scritti. «Studium» 1942-1952*, a cura di G. Campanili, Roma 1982; G. Salvemini, *Socialismo, riformismo, democrazia. Antologia di scritti politici, civili, autobiografici*, a cura di E. Tagliacozzo e S. Bucchi, Roma-Bari 1990, p. 237 ss.; L. Einaudi, *Diario dall'esilio 1943-1944*, a cura di P. Soddu, Torino 1997, p. 5 ss.; B. Croce, *Taccuini di guerra*, a cura di C. Cassani, Milano 2004, p. 13 ss.; E. Rossi, *Epistolario 1943-1967. Dal Partito d'Azione al centro-sinistra*, a cura di M. Franzinelli, Roma-Bari 2007; M. Teodori, *Pannunzio. Dal «Mondo» al Partito radicale. vita di un intellettuale del Novecento*, Milano 2010, p. 78 ss.; P. Togliatti, *La guerra di posizione in Italia. Epistolario 1944-1964*, a cura di G. Fiocco e M.L. Righi, Torino 2014.

²⁷⁴⁸ Sul 25 luglio come rottura nel sistema costituzionale insiste P. Caretti, *Forme di governo e diritti di libertà nel periodo costituzionale provvisorio*, cit., p. 43. Sul 25 luglio come crisi di regime, invece, si veda F. Lanchester, *I giuspubblicisti tra storia e politica. Personaggi e problemi nel diritto pubblico del secolo XX*, Torino 1998, p. 78 ss.; Id., *Pensare lo Stato. I giuspubblicisti nell'Italia unita*, Roma-Bari 2004, p. 101 ss.

lungo e travagliato processo costituente²⁷⁴⁹. Tuttavia, è da tenere presente che la netta discontinuità sul piano politico tra Stato liberale, Stato, fascista e Stato democratico-sociale, non significa affatto che non si possa o non si debba parlare di una continuità in senso tecnico-giuridico²⁷⁵⁰.

D'altra parte, con la nomina di Pietro Badoglio²⁷⁵¹ al posto del dimissionario Benito Mussolini ed il successivo armistizio dell'8 settembre, si apre una fase assolutamente peculiare nell'ambito della storia costituzionale italiana, ovverosia la coesistenza di due ordinamenti giuridici antagonisti nell'ambito del territorio italiano – da un lato, il «*Regno del Sud*»²⁷⁵², e, dall'altro, la «*Repubblica di Salò*»²⁷⁵³ –, ciascuno dei quali rivendicava la sovranità sull'intero territorio nazionale, con il relativo problema della convalida dei loro atti da parte dell'ordinamento repubblicano²⁷⁵⁴. È stato rilevato, in particolare, che il 25 luglio e l'8 settembre costituiscono, per motivi diversi, due snodi fondamentali della storia del nostro paese: con il primo ebbe origine il processo di rinnovamento costituzionale che condusse alla nascita della odierna Repubblica; il secondo comportò, invece, il capovolgimento delle alleanze sul piano militare e la creazione della paradossale situazione di

²⁷⁴⁹ Sul 25 luglio, si vedano F. Pergolesi, *Diritto costituzionale*, cit., p. 24 ss.; L. Salvatorelli, G. Mira, *Storia d'Italia nel periodo fascista, Volume II*, Milano 1969, p. 523 ss.; V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, cit., p. 119 ss.; G. Mammarella, *L'Italia dopo il fascismo: 1943-1973*, Bologna 1974, p. 38 ss.; P. Caretti, *Forme di governo e diritti di libertà nel periodo costituzionale provvisorio*, cit., p. 38 ss.; A. Pizzorusso, *Lezioni di diritto costituzionale*, II ed., Roma 1981, p. 72 ss.; G. Candeloro, *Storia dell'Italia moderna, X. La seconda guerra mondiale, il crollo del fascismo, la resistenza 1939-1945*, Milano 1984, p. 162 ss.; V. Onida, *L'ordinamento costituzionale italiano dalla caduta del Fascismo all'avvento della Costituzione repubblicana*, cit., p. XIV ss.; M. Mazziotti di Celso, *Lezioni di diritto costituzionale, Parte II. La Costituzione italiana: precedenti storici, principi fondamentali e rapporti civili*, II ed., Milano 1993, p. 32 ss.; Id., *Storia breve delle istituzioni italiane dal 1900 al 1994*, Padova 2000, p. 13 ss.; S. Labriola, *Storia della Costituzione italiana*, Napoli 1995, p. 275 ss.; S. Merlini, *Il governo costituzionale*, in R. Romanelli (a cura di), *Storia dello Stato italiano dall'Unità ad oggi*, Roma 1995, p. 3 ss., spec. p. 49 ss.; U. De Siervo, *La transizione costituzionale*, cit., p. 546 ss.; A. Pichierri, *La Costituzione provvisoria*, cit., p. 15 ss.; C. De Fiore, *Monarchia, partiti e popolo nel periodo provvisorio (1943-1944)*, in AA.VV., *Le idee costituzionali della Resistenza*, cit., p. 461 ss.; N. Bobbio, *Dal fascismo alla democrazia. I regimi, le ideologie e le culture politiche*, a cura di M. Bovero, Milano 1997, p. 121 ss.; G. de Vergottini, *Diritto costituzionale*, cit., p. 118 ss.; A. Reposo, *Lezioni sulla forma di governo italiana. Dalla monarchia statutaria al modello semipresidenziale*, Torino 1997, p. 53 ss.; C. Ghisalberti, *Storia costituzionale d'Italia 1848-1949*, Ristampa, Roma-Bari 2000, p. 380 ss., 389 ss.; M. Fiorillo, *La nascita della Repubblica italiana e i problemi giuridici della continuità*, cit., p. 13 ss.; P. Colombo, *Storia costituzionale della monarchia italiana*, Roma-Bari 2001, p. 110 ss.; G. Tuzzolo, *L'ultima notte del fascismo tra diritto e storia*, cit., p. 15 ss.; R. Martucci, *Storia costituzionale italiana. Dallo Statuto Albertino alla Repubblica (1848-2001)*, Roma 2002, p. 239 ss.; N. Tranfaglia, *Venticinque luglio 1943*, in V. de Grazia, S. Luzzatto (a cura di), *Dizionario del fascismo, Volume II (L-Z)*, Torino 2003, p. 781 ss.; F. Lanchester, *La rappresentanza in campo politico e le sue trasformazioni*, Milano 2006, p. 130 ss.; Id., *La costituzione italiana tra elasticità e rottura*, Milano 2011, p. 46 ss.; A.M. Di Stefano, *Da Salò alla Repubblica*, cit., p. 15 ss., 63 ss.; U. Allegretti, *Storia costituzionale italiana*, cit., p. 99 ss.; D. Fisichella, *Dittatura e monarchia. L'Italia tra le due guerre*, Roma 2014, p. 322 ss.; G. Volpe, *Storia costituzionale degli italiani, II. Il popolo delle scimmie (1915-1945)*, Torino 2015, p. 377 ss.

²⁷⁵⁰ Cfr., in proposito, A. Pizzorusso, L. Violante, *Dal Regno d'Italia alla Repubblica Italiana*, cit., p. 23.

²⁷⁵¹ Sulla figura di Badoglio, rinvio a N. Labanca, *Badoglio, Pietro*, in V. de Grazia, S. Luzzatto (a cura di), *Dizionario del fascismo, Volume I (A-K)*, Ristampa, Torino 2005, p. 129 ss.

²⁷⁵² Per un approfondimento, rinvio a G. Chianise, *Regno del Sud*, in V. de Grazia, S. Luzzatto, *Dizionario del fascismo, II*, cit., p. 485 ss.

²⁷⁵³ Sulla R.S.I., si vedano v. Gueli, *Diritto costituzionale provvisorio e transitorio*, cit., p. 85 ss.; L. Salvatorelli, G. Mira, *Storia d'Italia nel periodo fascista, II*, cit., p. 548 ss.; V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, cit., p. 129 ss.; G. Mammarella, *L'Italia dopo il fascismo: 1943-1973*, cit., p. 54 ss.; G. Candeloro, *Storia dell'Italia moderna, X*, cit., p. 241 ss.; M.S. Giannini, *Repubblica, II. Repubblica sociale italiana*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIX, Milano 1988, p. 894 ss.; G. Negri, *Il quadro costituzionale*, cit., p. 66 ss.; Id., *Storia politica italiana dall'Unità alla Repubblica*, cit., p. 333 ss.; G. Melis, *Storia dell'amministrazione italiana (1861-1993)*, Bologna 1996, p. 383 ss.; M. Fiorillo, *La nascita della Repubblica italiana e i problemi giuridici della continuità*, cit., p. 106 ss.; G. Tuzzolo, *L'ultima notte del fascismo tra diritto e storia*, cit., p. 97 ss.; D. Gagliani, *Repubblica sociale italiana (Rsi)*, in V. de Grazia, S. Luzzatto, *Dizionario del fascismo, II*, cit., p. 494 ss.; L. Martone, *Guerra civile e diritto: una costituzione per la Repubblica di Mussolini*, in *Giornale di storia costituzionale* 2008, n. 16, p. 167 ss.; G. Volpe, *Storia costituzionale degli italiani, II*, cit., p. 405 ss.

²⁷⁵⁴ Si vedano A.M. Di Stefano, *Da Salò alla Repubblica*, cit., p. 94 ss., 101 ss., 123 ss.; A. Cerri, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 41 ss.; C. Lavagna, *Ricerche sul sistema normativo*, cit., spec. p. 23 ss., 61 ss.; V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, cit., p. 133 ss.; P. Calamandrei, *Cenni introduttivi sulla Costituente e sui suoi lavori*, cit., p. XCIV; V. Gueli, *Diritto costituzionale provvisorio e transitorio*, cit., p. 89 ss.

«alleato-occupato» e di «alleato-amministrato» che caratterizzò la realtà italiana per circa due anni²⁷⁵⁵.

La storia costituzionale italiana di questo periodo è caratterizzata da una frattura nella frattura, nel senso che il precario equilibrio costituzionale che si cerca di mantenere all'interno della cornice statutaria, viene ulteriormente messo in crisi dagli avvenimenti successivi all'8 settembre, con la nascita dei due ordinamenti antagonisti (Regno del Sud e Repubblica di Salò), ciascuno dei quali sorretto da forze militari tra loro nemiche²⁷⁵⁶. Tuttavia, la contrapposizione frontale tra i due diversi ordinamenti nasconde, tuttavia, una realtà molto più complessa. Sebbene ciascuno di essi si considerasse come l'unico ordinamento legittimo, e sebbene entrambi considerassero la situazione di fatto determinatasi sul territorio nazionale come provvisoria, erano evidenti i fortissimi profili di continuità tra loro: basti pensare che tutte le norme dell'ordinamento italiano che vigevano al momento della costituzione della R.S.I., e che non vennero abrogate né dal Regno del Sud, né dalla Repubblica di Salò, rimasero in vigore in entrambi gli ordinamenti, e l'uniformità non riguardò solo il campo del diritto privato, ma finanche il diritto pubblico e costituzionale, rendendo il contrasto tra i due ordinamenti ancora più stridente²⁷⁵⁷.

C'è un campo, tuttavia, dove i due ordinamenti divergevano nettamente, ed è quello riguardante la persecuzione dei cittadini di religione ebraica²⁷⁵⁸: mentre la R.S.I. proseguì e aggravò la linea politica iniziata nel 1938, giungendo ad affermare nel *Manifesto* di Verona del 14 novembre 1943 che gli ebrei fossero da considerare come stranieri, in quanto appartenenti ad una nazionalità nemica²⁷⁵⁹, il Governo Badoglio cambiò decisamente rotta rispetto all'infamia delle leggi razziali, sebbene questo cambiamento si manifestò dapprima soltanto in via amministrativa, e solo successivamente in via legislativa²⁷⁶⁰. D'altra parte, è da tenere presente che la Costituzione repubblicana, nel proclamare come principio solenne l'uguaglianza di fonte alla legge senza

²⁷⁵⁵ Si vedano A.M. Di Stefano, *Da Salò alla Repubblica*, cit., p. 94; Y. Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation*, Cambridge-New York 2009, p. 37; D.W. Elwood, *Armistizio*, in V. de Grazia, S. Luzzatto, *Dizionario del fascismo*, I, cit., p. 100 ss.; Id., *Occupazione alleata*, in V. De Grazia, S. Luzzatto, *Dizionario del fascismo*, II, cit., p. 249 ss.; B. Mantelli, *Occupazione tedesca*, ivi, p. 253 ss.; C. Pavone, *Otto settembre 1943*, ivi, p. 291 ss.; R. Martucci, *Storia costituzionale italiana*, cit., p. 253-254; G. Tuzzolo, *L'ultima notte del fascismo tra diritto e storia*, cit., p. 79 ss.; A. Pichierri, *La Costituzione provvisoria*, cit., p. 109 ss.; J.B. Duroselle, *Storia diplomatica dal 1919 al 1970*, tr. it. a cura di F. Avantaggiato Puppo, Roma 1972, p. 360-361.

²⁷⁵⁶ Così A.M. Di Stefano, *Da Salò alla Repubblica*, cit., p. 64. Di irrimediabile e radicale discontinuità costituzionale a causa della rottura della Costituzione fascista e della perdita della sovranità nazionale parla anche U. De Siervo, *La transizione costituzionale*, cit., p. 545. Sull'8 settembre come vera e propria cesura costituzionale insiste M.S. Giannini, *Repubblica sociale italiana*, cit., p. 894-895.

²⁷⁵⁷ Cfr., in proposito, A.M. Di Stefano, *Da Salò alla Repubblica*, cit., p. 95.

²⁷⁵⁸ Sulla persecuzione nei riguardi dei cittadini italiani di religione ebraica, oltre al già citato lavoro di G. Acerbi, *Le leggi antiebraiche e razziali italiane ed il ceto dei giuristi*, si vedano G. Volpe, *Storia costituzionale degli italiani*, II, cit., p. 321 ss.; D. Fisichella, *Dittatura e monarchia*, cit., p. 289 ss.; S. Gentile, *La legalità del male. L'offensiva mussoliniana contro gli Ebrei nella prospettiva storico-giuridica (1938-1946)*, Torino 2013; B. Raggi, *Baroni di razza. Come l'Università del dopoguerra ha riabilitato gli esecutori delle leggi razziali*, Ariccia 2012; L. Garlati, T. Vettor (a cura di), *Il diritto di fronte all'infamia nel diritto. A 70 anni dalle leggi razziali*, Milano 2009; E. Collotti, *Il fascismo e gli ebrei. Le leggi razziali in Italia*, Ristampa, Roma-Bari 2006; G. Luzzatto Voghera, *Antisemitismo*, in V. de Grazia S. Luzzatto, *Dizionario del fascismo*, I, cit., p. 80 ss.; M. Sarfatti, *Leggi razziali*, in V. de Grazia, S. Luzzatto, *Dizionario del fascismo*, II, cit., p. 21 ss.; G. Gabrielli, *Razzismo*, ivi, p. 470 ss., spec. p. 474 ss.; C. Ghisalberti, *Storia costituzionale d'Italia 1848/1948*, cit., p. 379; S. Labriola, *Storia della Costituzione italiana*, cit., p. 269 ss.; R. De Felice, *Storia degli ebrei italiani sotto il fascismo*, IV ed., Torino 1993. Sulla legislazione razziale come ultimo anello di una lunga catena di provvedimenti illiberali del fascismo insiste L. Paladin, *Saggi di storia costituzionale*, cit., p. 44.

²⁷⁵⁹ Si vedano G. Volpe, *Storia costituzionale degli italiani*, II, cit., p. 352 ss.; G. Acerbi, *Le leggi antiebraiche e razziali italiane ed il ceto dei giuristi*, cit., p. 85 ss., 276 ss.; E. Collotti, *Il fascismo e gli ebrei*, cit., p. 126 ss.

²⁷⁶⁰ Cfr., in proposito, G. Acerbi, *Le leggi antiebraiche e razziali italiane ed il ceto dei giuristi*, cit., p. 168 ss.; E. Collotti, *Il fascismo e gli ebrei*, cit., p. 151 ss.

distinzione di razza segna in modo polemico il distacco dal tempo in cui, invece, la razza e la religione erano considerati titoli che giustificavano ripugnanti discriminazioni²⁷⁶¹.

Per quanto riguarda più propriamente la magistratura, è stato rilevato che il 25 luglio e l'8 settembre del 1943 posero molti problemi nel breve periodo, dando, nel contempo, ben poche soluzioni²⁷⁶². Un primo problema era dato dal fatto che, in virtù della divisione in due del territorio italiano, vi erano due diverse amministrazioni della giustizia. Un ulteriore problema era dato dal fatto che, in virtù dell'occupazione tedesca di Roma, una delle prime misure prese nel Regno del Sud era stata la sospensione dei termini di prescrizione e di decadenza dall'azione, con la conseguente interruzione a tempo illimitato dei processi civili ed amministrativi²⁷⁶³. A complicare ulteriormente il quadro va detto che in Italia dall'8 settembre 1943 al 25 aprile 1945 vigevano ben 5 differenti normazioni: al Nord, quelle dei comandi militari tedeschi e della Repubblica di Salò; al Sud, quelle del Governo militare alleato e del Regno d'Italia; nelle zone liberate o sottratte, sia pure in modo provvisorio al nazifascismo, quelle del C.L.N.A.I.²⁷⁶⁴. Trovandosi ad operare in questa gigantesca babele di norme, il ruolo dei giudici somigliava, se mi è consentito il paragone, a quello del giudice Ercole teorizzato da Ronald Dworkin²⁷⁶⁵. D'altra parte, occorre tener presente anche il ruolo sostanzialmente arbitrario, al di fuori della mischia tra nazisti e repubblicani da un lato, e partigiani ed alleati dall'altro, svolto dagli stessi sin dall'estate del 1943 e che li rende protagonisti di un ruolo cruciale per un decennio²⁷⁶⁶.

Per comprendere il fondamentale ruolo svolto dalle giurisdizioni nella transizione al nuovo ordine²⁷⁶⁷, bisogna considerare che, alla fine del 1944, quando l'esito della guerra sembrava ormai deciso, il Governo Bonomi adottò un provvedimento legislativo (il d.lgs.lgt. n. 249/1944), intitolato *Assetto della legislazione nei territori liberati*, volto a espungere dall'ordinamento italiano tutta l'attività giuridica della Repubblica di Salò connotata politicamente²⁷⁶⁸, delegando, nel contempo,

²⁷⁶¹ Così E. Collotti, *Il fascismo e gli ebrei*, cit., p. 152. Sul rapporto tra leggi razziali e Costituzione repubblicana, inoltre, si vedano T. Vettor, *L'esperienza delle leggi razziste tra passato e presente*, in L. Garlati, T. Vettor, *Il diritto di fronte all'infamia nel diritto*, cit., p. 35 ss., spec. p. 47-48; G.E. Vigevani, *L'influenza delle leggi razziali nell'elaborazione della Costituzione repubblicana*, ivi, p. 207 ss.

²⁷⁶² Su problemi della giustizia durante il regime provvisorio, si vedano G. Scarpari, *Obiettivo. I magistrati, il fascismo, la guerra*, in *Questione giustizia* 2008, n. 2, p. 71 ss.; Id., *Obiettivo. Tra fede e politica: giuristi e magistrati nel passaggio dal fascismo alla repubblica*, in *Questione giustizia* 2010, n. 3, p. 89 ss.; A. Meniconi, *Storia della magistratura italiana*, Bologna 2012, p. 235 ss.; R. Bianchi Riva, «Per superiori ragioni di giustizia e di pubblico interesse». *Legislazione eccezionale e principi liberali tra fascismo e Repubblica*, in F. Colao, L. Lacchè, C. Storti (a cura di), *Giustizia penale e politica in Italia tra Otto e Novecento: modelli ed esperienze tra integrazione e conflitto*, Milano 2015, p. 155 ss.; G. Focardi, C. Nubola (a cura di), *Nei tribunali. Pratiche e protagonisti della giustizia di transizione nell'Italia repubblicana*, Bologna 2015; A. Grilli, *Tra fronda e collaborazione. Magistrati nell'Italia occupata (1943-1945)*, Roma 2017.

²⁷⁶³ Si veda M. Fiorillo, *La nascita della Repubblica italiana e i problemi giuridici della continuità*, cit., p. 83-84.

²⁷⁶⁴ Così G. Melis, *Storia dell'amministrazione italiana*, cit., p. 404-405. Si veda, inoltre, M. Fiorillo, *La nascita della Repubblica italiana e i problemi giuridici della continuità*, cit., p. 82-83, 113 ss., che mette in evidenza anche i paralleli stravolgimenti della funzione normativa sia nell'ambito del Regno del Sud che nell'ambito della stessa Repubblica di Salò. Sull'attività normativa, amministrativa e giurisdizionale del C.L.N.A.I. nelle zone occupate militarmente dai tedeschi, si sofferma C. Lavagna, *Ricerche sul sistema normativo*, cit., p. 12 ss.

²⁷⁶⁵ Sulla metafora del giudice Ercole, si vedano H. Hofmann, *Introduzione alla filosofia del diritto e della politica*, tr. it. a cura di G. Duso, Roma-Bari 2003, p. 31 ss.; R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, tr. it. a cura di N. Muffato, II ed., Bologna 2010, p. 162 ss.; Id., *La giustizia in toga*, tr. it. a cura S.F. Magni, Roma-Bari 2010, p. 60 ss.

²⁷⁶⁶ Cfr., in proposito, G. Focardi, *Arbitri di una giustizia politica: i magistrati tra la dittatura fascista e la Repubblica democratica*, in G. Focardi, C. Nubola (a cura di), *Nei tribunali*, cit. p. 91 ss., che rileva come il decennio si concluda con il d.p.r. n. 922 del 19 dicembre 1953, promosso dall'ex-magistrato ed ex-Presidente della Cassazione, Antonio Azara, contenente l'amnistia per tutti i reati politici commessi sino al 18 giugno 1948, il quale consentì la scarcerazione degli ultimi fascisti rimasti ancora in carcere.

²⁷⁶⁷ Sulla problematica della transizione normativa e del diritto intertemporale, rinvio a P. Scarlatti, *Diritto costituzionale transitorio*, Napoli 2016, spec. p. 10 ss.

²⁷⁶⁸ Sul d.lgs.lgt. n. 249/1944, si veda A.M. Di Stefano, *Da Salò alla Repubblica*, cit., p. 102 ss.; M. Fiorillo, *La nascita della Repubblica italiana e i problemi giuridici della continuità*, cit., p. 115 ss.; G. de Vergottini, *Diritto costituzionale*, cit., p. 119; G. Negri, *Storia politica italiana dall'Unità alla Repubblica*, cit., p. 346; L. Paladin, *Diritto costituzionale*, cit., p. 94-95; V. Onida, *L'ordinamento*

proprio alla magistratura il compito di attenuare, se non addirittura annullare nella prassi, gli effetti concreti di norme legislative prodotte non tanto per disciplinare la società, quanto piuttosto per trasmettere ai consociati un messaggio rassicurante²⁷⁶⁹. In effetti, sebbene il principio ispiratore del provvedimento fosse quello dell'irrelevanza per lo Stato italiano dell'ordinamento repubblicano, questo principio così rigoroso subì, soprattutto nella prassi applicativa, numerosi temperamenti volti a disinnescarne la portata, poiché una sua applicazione puntuale avrebbe comportato una grave perturbazione della vita nazionale, compromettendo anche le aspettative di giustizia da parte dei cittadini²⁷⁷⁰.

Il d.lgs.lgt. n. 249/1944 distingueva tra atti efficaci ed atti inefficaci, da un lato, e, dall'altro, tra atti da espungere e atti da conservare, individuando 4 categorie di atti giuridici: gli atti assolutamente inefficaci; gli atti relativamente inefficaci; gli atti assolutamente efficaci; gli atti relativamente efficaci. Tra gli atti assolutamente inefficaci l'art. 1 d.lgs.lgt. n. 249/1944 elencava i provvedimenti legislativi, le norme regolamentari e gli atti di governo, le confische ed i sequestri disposti da qualsiasi organo amministrativo o politico, le sentenze emanate e i provvedimenti emessi dal Tribunale Speciale per la difesa dello Stato, e da ogni organo giurisdizionale costituito *ex novo*, le sentenze penali emanate dall'autorità giudiziaria ed i provvedimenti emessi in sede istruttoria, in applicazione di norme di carattere penale emanate dalla R.S.I., le concessioni e le revoche della cittadinanza, le sospensioni e le radiazioni dagli albi professionali determinate da motivi politici, ed il conferimento di decorazioni. Per quanto riguardava gli atti relativamente efficaci – suscettibili, cioè, di convalida *ex art.* 3 d.lgs.lgt. n. 249/1944 – l'art. 2 elencava i provvedimenti concernenti la nomina, la carriera e la cessazione dal servizio dei dipendenti dello Stato, degli enti pubblici e degli enti sottoposti a vigilanza o tutela ovvero nei quali lo Stato abbia comunque partecipato in qualche modo alla formazione del capitale o abbia concorso al finanziamento, i conferimenti di posti di agente di cambio e di notaio, gli atti amministrativi emanati sulla base di leggi e di regolamenti del governo repubblicano, le concessioni di beni demaniali e le alienazioni di beni patrimoniali dello Stato, gli atti comportanti disposizione di beni di enti pubblici, di federazioni, di associazioni sindacali dell'Ente nazionale della cooperazione, la messa in liquidazione e la fusione di tali enti. Per quanto riguarda gli atti assolutamente efficaci, l'art. 4 elencava gli atti dello stato civile, le iscrizioni ipotecarie, le trascrizioni e le operazioni catastali. Per quanto riguarda, infine, gli atti relativamente efficaci, l'art. 4 affermava che erano convalidati provvedimenti e atti amministrativi diversi da quelli indicati negli articoli 1 e 2, salva la possibilità di dichiararli inefficaci con decreto motivato del Ministro entro un anno dall'entrata in vigore del decreto.

costituzionale italiano dalla caduta del Fascismo all'avvento della Costituzione repubblicana, cit., p. 51 ss.; M.S. Giannini, *Repubblica sociale italiana*, cit., p. 897 ss.; C. Lavagna, *Ricerche sul sistema normativo*, cit., p. 61 ss.; V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, cit., p. 134; P. Biscaretti di Ruffia, *Diritto costituzionale*, cit., p. 81 ss.; V. Gueli, *Diritto costituzionale provvisorio e transitorio*, cit., p. 90 ss., 176 ss.

²⁷⁶⁹ Cfr. A.M. Di Stefano, *Da Salò alla Repubblica*, cit., p. 12. Si veda anche V. Gueli, *Diritto costituzionale provvisorio e transitorio*, cit., p. 91 ss., che sottolinea come la particolareggiata disciplina contenuta nel d.lgs.lgt. n. 249/1944 non sottraeva affatto alla materia ogni aspetto problematico. A suo avviso (ivi, p. 93), dalla legislazione non poteva trarsi la qualificazione giuridica del governo della Repubblica Sociale necessaria per determinare la portata dei suoi atti e del carattere ed estensione degli effetti giuridici ad essi collegati.

²⁷⁷⁰ Così nuovamente A.M. Di Stefano, *Da Salò alla Repubblica*, cit., p. 123.

Da un punto di vista storico-comparatistico, le problematiche riguardanti la Repubblica di Salò sono simili a quelle di altri due governi “collaborazionisti”²⁷⁷¹, come la Norvegia di Vidkun Quisling²⁷⁷², e la Francia di Vichy²⁷⁷³, così come sono simili i problemi riguardanti la restaurazione della legalità costituzionale violata, pur se le soluzioni concretamente adottate furono diverse²⁷⁷⁴. Va sottolineato, comunque, che, anche nella esperienza francese, all’affermazione di principio della nullità di tutti gli atti della Repubblica di Vichy contenuta nell’art. 2 dell’*ordonnance* del 9 agosto 1944 seguivano poi una serie di deroghe e di temperamenti: alcuni atti, infatti, erano semplicemente abrogati, altri, invece, suscettibili di convalida²⁷⁷⁵, e un capitolo a parte era rappresentato dagli atti giurisdizionali²⁷⁷⁶.

²⁷⁷¹ Sul paragone tra Vichy e Repubblica Sociale si sofferma P. Biscaretti di Ruffia, *Diritto costituzionale*, cit., p. 81-82. Sul paragone tra Quisling e Mussolini, si vedano G. Negri *Storia politica italiana dall’Unità alla Repubblica*, cit., p. 336; D. Fisichella, *Dittatura e monarchia*, cit., p. 158. Di diverso avviso è A.M. Di Stefano, *Da Salò alla Repubblica*, cit., p. 51 ss., secondo cui la R.S.I., pur collocandosi nel panorama del «nuovo ordine europeo nazionalsocialista», costituisce un *unicum*. Sulla peculiarità della situazione italiana insiste anche B. Mantelli, *Occupazione tedesca*, cit., p. 255-256. Una posizione intermedia è quella di E. Collotti, *Collaborazionismo*, in V. de Grazia, S. Luzzatto, *Dizionario del fascismo*, I, cit., p. 305 ss., secondo cui la Repubblica di Salò, pur rientrando tra le esperienze collaborazioniste al pari della Repubblica di Vichy e della Norvegia di Quisling, non si esaurisce integralmente in esse, in virtù della continuità con il fascismo del Ventennio. Per quanto riguarda la concezione nazista dell’ordine internazionale, si vedano G.H. Sabine, *Storia delle dottrine politiche*, tr. it. a cura di U. Campagnolo, Milano 1953, p. 703 ss.; D.F. Vagts, *International Law in the Third Reich*, in *The American Journal of International Law* 1990, vol. LXXXIV, p. 661 ss.; L. Klinkhammer, *Nuovo ordine europeo*, in V. de Grazia, S. Luzzatto, *Dizionario del fascismo*, II, cit., p. 245 ss.; J. Chapoutot, *Controllare e distruggere. Fascismo, nazismo e regimi autoritari in Europa (1918-1945)*, tr. it. a cura di F. Ieva, Torino 2015, p. 176 ss.

²⁷⁷² Sulla figura di Quisling e sull’occupazione della Norvegia da parte del Terzo Reich, si vedano L.B. Orfield, *The Growth of Scandinavian Law*, Philadelphia 1953, p. 160; W.L. Shirer, *Storia del Terzo Reich*, tr. it. a cura di G. Glaesser, Torino 1962, vol. II, p. 1032 ss.; J.B. Duroselle, *Storia diplomatica dal 1919 al 1970*, cit., p. 245-246; B. Mantelli, *Quisling, Abraham Vidkun*, in V. de Grazia, S. Luzzatto, *Dizionario del fascismo*, II, cit., p. 453 ss.; S.U. Larsen, *Charisma from below? The Quisling Case in Norway*, in *Totalitarian Movements and Political Religions* 2006, vol. VII, n. 2, p. 235 ss.; A.M. Di Stefano, *Da Salò alla Repubblica*, cit., p. 43 ss.; L. Borgersrud, *9 April revised: on the Norwegian history tradition after Magne Skodvin on Quisling and the invasion of Norway in 1940*, in *Scandinavian Journal of History* 2014, vol. XXXIX, n. 3, p. 353 ss.

²⁷⁷³ Sulla Repubblica di Vichy, rinvio a J.B. Duroselle, *Storia diplomatica dal 1919 al 1970*, cit., p. 246 ss.; J. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, XV ed., Paris 1997, p. 461-462; D. Turpin, *Droit constitutionnel*, IV ed., Paris 1999, p. 327 ss.; J.J. Chevallier, *Histoire des institutions et des régimes politiques de la France de 1789 à 1958*, IX ed., Paris 2001, p. 595 ss.; M. Morabito, *Histoire constitutionnelle de la France (1789-1958)*, VII ed., Paris 2002, p. 351 ss.; D. Peschanski, *Vichy*, in V. de Grazia, S. Luzzatto, *Dizionario del fascismo*, II, cit., p. 787 ss.; P. Ardant, *Institutions politiques & droit constitutionnel*, XVI ed., Paris 2004, p. 396-397; F. Hamon, M. Troper, *Droit constitutionnel*, XXIX ed., Paris 2005, p. 411 ss.; E. Cartier, *La transition constitutionnelle en France (1940-1945)*, Paris 2005, spec. p. 49 ss., 113 ss.; A. De Vita, *Proprietà e persona nella strategia dell’esclusione. Rimeditare Vichy: tutto in ordine, niente a posto*, in *Politica del diritto* 2006, n. 1, p. 25 ss.; H. Rousso, *La Francia di Vichy*, tr. it. a cura di V. Galimi, Bologna 2010; A.M. Di Stefano, *Da Salò alla Repubblica*, cit., p. 47 ss.; J. Chapoutot, *Controllare e distruggere*, cit., p. 202 ss.

²⁷⁷⁴ Sulla comparazione con il processo costituente francese, si veda P. Caretti, *Forme di governo e diritti di libertà nel periodo costituzionale provvisorio*, cit., p. 58-59, 70-71. Sulla restaurazione della legalità costituzionale in Norvegia ed in Francia, invece, si vedano S. Guerrieri, *Tradizione repubblicana e processo costituente: la rinascita della democrazia francese dopo la Liberazione*, in *Quaderni costituzionali* 1998, n. 3, p. 495 ss.; F. Moderne, *Il caso francese*, in Associazione Italiana dei Costituzionalisti, *La nascita delle Costituzioni europee del secondo dopoguerra*, cit., p. 193 ss.; M. Morabito, *Histoire constitutionnelle de la France (1789-1958)*, cit., p. 369-370; E. Cartier, *La transition constitutionnelle en France (1940-1945)*, cit., p. 21 ss., 87 ss., 109 ss., 175 ss., 333 ss.; H. Rousso, *La Francia di Vichy*, cit., p. 96-97; A.M. Di Stefano, *Da Salò alla Repubblica*, cit., p. 46 ss.

²⁷⁷⁵ Si vedano, in proposito, S. Guerrieri, *Tradizione repubblicana e processo costituente*, cit., p. 496; M. Morabito, *Histoire constitutionnelle de la France (1789-1958)*, cit., p. 370; E. Cartier, *La transition constitutionnelle en France (1940-1945)*, cit., p. 182 ss., 334 ss.; A.M. Di Stefano, *Da Salò alla Repubblica*, cit., p. 49-50. Sul fatto che l’*ordonnance* dell’agosto 1944 costituisca il precedente più immediato del d.lgs.lgt. n. 249/1944 si sofferma M. Fiorillo, *La nascita della Repubblica italiana e i problemi giuridici della continuità*, cit., p. 117.

²⁷⁷⁶ Cfr., in proposito, E. Cartier, *La transition constitutionnelle en France (1940-1945)*, cit., p. 344-345, 364 ss.

2. Il dibattito dottrinario sul regime costituzionale provvisorio

Passo ora ad analizzare brevemente il dibattito dottrinario sul regime costituzionale provvisorio, per le evidenti interferenze tra le interpretazioni dottrinarie e le soluzioni concretamente individuate dalla giurisprudenza. Due mi sembrano gli orientamenti di fondo dell'interpretazione del processo di transizione: uno volto a mettere in evidenza gli elementi di rottura sul piano costituzionale, l'altro, invece, teso a sottolineare gli elementi di continuità²⁷⁷⁷. Il punto di partenza è rappresentato naturalmente dall'interpretazione del 25 luglio, che ha generato un vivacissimo dibattito tra gli studiosi²⁷⁷⁸. Per quanto riguarda il primo orientamento, la grande maggioranza di coloro che hanno vissuto di persona gli avvenimenti ha parlato esplicitamente di un colpo di Stato da parte del Re, tesi fatta propria anche da esponenti della dottrina più recente²⁷⁷⁹. Alla tradizionale tesi del colpo di Stato monarchico si sono poi affiancate le ricostruzioni che hanno sostenuto l'ipotesi di un esercizio del potere costituente da parte del Capo dello Stato, o nella forma della dittatura sovrana²⁷⁸⁰, o del *coup de Majesté* di Antico Regime²⁷⁸¹, o, infine, di chi ha visto nel 25 luglio un esercizio di potere assoluto da parte del Sovrano, esercizio che insorgerebbe

²⁷⁷⁷ Cfr., tuttavia, G. Guarino, *Due anni di esperienza costituzionale italiana*, cit., p. 62-63, che ritiene l'intero processo di transizione caratterizzato da una tendenza legalitaria volta a nascondere anche le innovazioni più rivoluzionarie. Tra gli elementi di fatto che la tendenza legalitaria è riuscita a nascondere, Guarino cita la nomina di Badoglio, senza la previa consultazione della lista predisposta dal Gran Consiglio, l'esclusione dal Governo Badoglio del segretario del P.N.F., l'arresto di Mussolini, i decreti-legge in materia costituzionale adottati in violazione degli artt. 11 e 12 l. n. 2693/1928, la variazione del procedimento di pubblicazione di leggi e decreti, il sorgere dei partiti politici, pur in assenza di una esplicita abrogazione del loro divieto di costituzione, il venir meno delle norme penali dirette a tutelare l'onore e la reputazione del Sovrano, e, da ultimo, la stessa istituzione della Luogotenenza.

²⁷⁷⁸ Per una ricostruzione analitica delle varie posizioni, si veda A.M. Di Stefano, *Da Salò alla Repubblica*, cit., p. 64 ss.

²⁷⁷⁹ Cfr., in questo senso, G. Baschieri, L. Bianchi d'Espinosa, C. Giannatasio, *La Costituzione italiana. Commento analitico*, Firenze 1949, p. 1; P. Calamandrei, *Cenni introduttivi sulla Costituente e sui suoi lavori*, cit., p. XCII ss. (ove sottolinea il fatto che quello del 25 luglio fu un colpo di Stato nell'interesse della monarchia, anziché nell'interesse del popolo); G. Amato, *Decreto, IV. Decreto legislativo luogotenenziale*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XI, Milano 1962, p. 875 ss.; V.E. Orlando, *Per il rinvio dell'approvazione del disegno di legge relativo al Trattato di pace (Assemblea Costituente, seduta pomeridiana del 30 luglio 1947)*, in Id., *Discorsi parlamentari pubblicati per deliberazione della Camera dei Deputati, Volume IV*, Roma 1965, p. 1688 ss., spec. p. 1691 (ove parla di un colpo di Stato da parte del Re, accompagnato da una forma pseudo-parlamentare di voto di sfiducia rappresentato dal voto del Gran Consiglio); C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, VIII ed., Padova 1969, p. 81 ss.; Id., *Raccolta di scritti*, I, cit., p. 204 ss.; G. Treves, *Principi di diritto pubblico*, II ed., Torino 1973, p. 27; P. Caretti, *Forme di governo e diritti di libertà nel periodo costituzionale provvisorio*, cit., p. 38-39; E. Bettinelli, *La formazione dell'ordinamento elettorale nel periodo preconstituente*, cit., p. 129; C. Lavagna, *Istituzioni di diritto pubblico*, IV ed., Torino 1979, p. 111; Id., *Ricerche sul sistema normativo*, cit., p. 25 ss., 38; G. Candeloro, *Storia dell'Italia moderna*, X, cit., p. 175 ss.; G. Negri, *Il quadro costituzionale*, cit., p. 83; P. Barile, *Istituzioni di diritto pubblico*, VI ed., Padova 1991, p. 95-96; V. Onida, *L'ordinamento costituzionale italiano dalla caduta del Fascismo all'avvento della Costituzione repubblicana*, cit., p. XIV; S. Labriola, *Storia della Costituzione italiana*, cit., p. 277 ss.; E. Di Nolfo, *Gli Alleati e la questione istituzionale in Italia*, cit., p. 19; M. Fiorillo, *Colpo di Stato*, in M. Ainis, *Dizionario costituzionale*, cit., p. 66 ss.; Id., *Decreto legislativo luogotenenziale*, ivi, p. 137-138; N. Labanca, *Badoglio, Pietro*, cit., p. 131. Una ricostruzione diversa è quella di S. Merlini, *Il governo costituzionale*, cit., p. 48-49, il quale parla esplicitamente di un colpo di Stato interno allo stesso Regime, più che della stessa monarchia, in virtù del voto di sfiducia del Gran Consiglio nei confronti di Mussolini e della mancata volontaria indicazione di un successore. Sulla rottura costituzionale rappresentata dal voto del Gran Consiglio del Fascismo insiste anche U. De Siervo, *La transizione costituzionale*, cit., p. 546-547, il quale sottolinea come esso rappresenti qualcosa di estraneo al regime vigente, a cui si aggiunge anche la nomina del Governo Badoglio (ivi, p. 548-549), che si pone come ulteriore atto estraneo al sistema vigente, in quanto rappresentativo solo della monarchia. Di una duplice congiura, una interna al P.N.F. ed una esterna, parla N. Bobbio, *Dal fascismo alla democrazia*, cit., p. 130. Critico nei riguardi della tesi del colpo di Stato è, invece, U. Allegretti, *Storia costituzionale italiana*, cit., p. 99-100, secondo cui le tesi sul colpo di Stato non sembrano considerare che né il Gran Consiglio del Fascismo, né il Re riuscirono ad instaurare un diverso regime (un fascismo senza Mussolini il primo; il ripristino del regime statutario il secondo), trattandosi, invece, dell'atto iniziale della costruzione di un nuovo regime costituzionale. Critico è anche A. Pichierri, *La Costituzione provvisoria*, cit., p. 86, secondo il quale, se si interpretasse l'avvento al potere e la caduta del fascismo come due colpi di Stato, si dovrebbe ritenere, di conseguenza, che la Casa regnante avrebbe compiuto tre colpi di Stato in meno di 25 anni (l'avvento al potere del fascismo, il 25 luglio 1943 e l'abdicazione di Vittorio Emanuele III il 10 maggio 1946).

²⁷⁸⁰ Cfr., in proposito, G. Volpe, *Storia costituzionale degli italiani*, II, cit., p. 379 ss.

²⁷⁸¹ Così R. Martucci, *Storia costituzionale italiana*, cit., p. 245, secondo cui la revoca di Mussolini andrebbe inquadrata come azione regia qualificabile come una espressione immediata di sovranità.

nei momenti di debolezza delle strutture statali, quando queste ultime siano a forma monarchica²⁷⁸².

A queste tesi si è invece contrapposta l'interpretazione che ha visto nel 25 luglio nient'altro che una riaffermazione della prerogativa regia²⁷⁸³, stante la persistente vigenza dello Statuto albertino, pur se corretta, integrata o finanche svuotata dalla legislazione ordinaria²⁷⁸⁴. Una ricostruzione lievemente diversa è quella di chi, pur ammettendo la piena legittimità della revoca di Mussolini, ha però evidenziato le criticità per quanto riguarda la nomina del Governo Badoglio²⁷⁸⁵. Una interpretazione ulteriormente diversa è, infine, quella di chi, collegando il voto del Gran Consiglio e la nomina di Badoglio da parte del Sovrano, ha visto nel 25 luglio una transizione di regime avviata in modo costituzionalmente pertinente, visto il ruolo assunto dal Gran Consiglio del Fascismo nell'impianto istituzionale del Paese e visto il dovere del Monarca di conservazione dello Stato nel tramonto del regime fascista²⁷⁸⁶.

²⁷⁸² Cfr., in questo senso, A. Pichierri, *La Costituzione provvisoria*, cit., p. 86 ss., secondo cui nei momenti di incapacità delle strutture di governo democratico, il Re sarebbe sempre titolare di un potere assoluto che potrebbe usare a piacimento, preoccupandosi solo di garantire le proprie funzioni sovrane. Quanto alla mancata indicazione della lista dei successori a norma dell'art. 13 l. n. 2693/1928, Pichierri (ivi, p. 91 ss.) sottolinea che l'obbligo di presentazione della lista dei nomi di successori alla carica di Capo del Governo al Sovrano vincolava solo il Gran Consiglio, non il Re, che non era vincolato formalmente a tenerne conto, e che il presupposto per l'estrinsecazione del potere di intervento nella scelta del successore era la stretta intesa tra il Capo del Governo e il Gran Consiglio, cosa che mancava il 25 luglio. In senso simile, si veda U. De Siervo, *La transizione costituzionale*, cit., p. 549, secondo cui la scelta del Re di non riferirsi nella formazione del Governo ad esponenti politici antifascisti, né agli stessi fascisti contrari a Mussolini, ma solo a uomini di personale fiducia, espressivi degli apparati dello Stato, si fonda sulla convinzione che l'istituto monarchico, in un momento di catastrofe militare e di crisi interna del regime, rappresenti l'unico centro di riferimento per gli apparati statali e per la stessa opinione pubblica.

²⁷⁸³ Cfr., in proposito, G. Ballardore Pallieri, *La nuova costituzione italiana*, cit., p. 2; F. Pergolesi, *Diritto costituzionale*, cit., p. 50-51; L. Paladin, *Fascismo*, cit., p. 897; Id., *Diritto costituzionale*, Padova 1991, p. 92; Id., *Saggi di storia costituzionale*, cit., p. 54, 101; V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, cit., p. 119-120; R. Lucifredi, *Elementi di diritto pubblico premessa una parte introduttiva «principii generali del diritto»*, XXXI ed., Città di Castello 1978, p. 133-134; A. Pizzorusso, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., p. 73-74; F. Cuocolo, *Istituzioni di diritto pubblico*, V ed., Milano 1988, p. 150-151; M. Mazziotti di Celso, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, cit., p. 32-33; Id., *Storia breve delle istituzioni italiane dal 1900 al 1994*, cit., p. 13-14; G. Maranini, *Storia del potere in Italia 1848-1967*, III ed., Milano 1995, p. 303; G. de Vergottini, *Diritto costituzionale*, cit., p. 119; A. Reposo, *Lezioni sulla forma di governo italiana*, cit., p. 54-55; C. Ghisalberti, *Storia costituzionale d'Italia 1848-1949*, cit., p. 381-382, 389; G. Tuzzolo, *L'ultima notte del fascismo tra diritto e storia*, cit., p. 22 ss., spec. p. 26-27; A.M. Di Stefano, *Da Salò alla Repubblica*, cit., p. 83; A. Cerri, *Istituzioni di diritto pubblico nel contesto europeo*, cit., p. 34-35. Una posizione lievemente diversa è quella di P. Virga, *Diritto costituzionale*, VIII ed., Milano 1975, p. 11, che parla di esercizio di un potere caduto in desuetudine ed ammette che la restaurazione statutaria non poteva avvenire nel rispetto delle norme fissate dal Regime per la designazione del successore del Capo del Governo. Sulla legittimità della nomina di Badoglio, si sofferma anche P. Biscaretti di Ruffia, *Diritto costituzionale*, cit., p. 77, secondo cui essa era avvenuta con le modalità previste dalla l. n. 2263/1925, ed a seguito di una palese mozione votata dal Gran Consiglio del Fascismo nei confronti di Mussolini.

²⁷⁸⁴ Cfr., in questo senso, G. Melis, *Statuto Albertino*, in V. de Grazia, S. Luzzatto, *Dizionario del fascismo*, II, cit., p. 696 ss., che rileva (ivi, p. 699) come, tra i tanti silenzi dello Statuto, le prerogative regie rappresentavano l'unica eccezione evidente, fissata con esplicita solennità nei primi 23 articoli della Carta del 1848.

²⁷⁸⁵ Cfr., in questo senso, A. Gigliotti, *La responsabilità del Capo dello Stato per gli atti extrafunzionali*, Milano 2012, p. 110-111 (nota 28), che sottolinea i problemi circa la nomina del Governo Badoglio, l'arresto dello stesso Mussolini e lo scioglimento del partito fascista, e, più in generale, lo smantellamento progressivo del Regime tramite decreti legge. Nello stesso senso, si veda anche M. Fiorillo, *La nascita della Repubblica italiana e i problemi giuridici della continuità*, cit., p. 30-31, secondo cui se l'atto di revoca di Mussolini rientrava tra i poteri del Re, maggiori perplessità suscitava la nomina e la composizione del Governo Badoglio. A suo avviso (ivi, p. 42 ss.), il 24-25 luglio si è avuta una singolare congiura di palazzo perpetrata dal Gran Consiglio del Fascismo, e sfociata immediatamente, dopo l'intervento della Corona, in un colpo di Stato monarchico. In senso simile, C. De Fiores, *Monarchia, partiti e popolo nel periodo provvisorio (1943-1944)*, cit., p. 462 ss., secondo cui occorre scindere i due atti, che, seppur finalisticamente collegati, costituiscono due atti distinti, oltre che autonomi sotto il profilo giuridico. Una interpretazione diversa è quella di M.S. Giannini, *Repubblica sociale italiana*, cit., p. 894, che, pur parlando di un colpo di Stato, tuttavia, ritiene legittimi da un punto di vista costituzionale non soltanto il voto del Gran Consiglio sull'o.d.g. Grandi e l'accettazione, da parte del Re, delle dimissioni di Mussolini, ma anche la nomina di Badoglio, pur se in violazione della l. n. 2693/1928.

²⁷⁸⁶ Cfr., in proposito, D. Fisichella, *Dittatura e monarchia*, cit., p. 327 ss., che sottolinea, inoltre, come alla sostituzione di Mussolini non sia seguita alcuna particolare reazione di contrasto né da parte della M.V.S.N., che pure disponeva di molti reparti nell'area della Capitale, né da parte dello stesso Partito Fascista, i cui vertici (il segretario Carlo Scorza e il generale

Problemi giuridici pone anche l'attività normativa *extra ordinem* del Governo Badoglio, il quale, come è noto, operò con una serie di decreti legge²⁷⁸⁷, che, tuttavia, non potevano essere convertiti in legge dal Parlamento a causa dello scioglimento della Camera dei Fasci e delle Corporazioni²⁷⁸⁸: alla tesi prevalente della loro illegittimità²⁷⁸⁹, infatti, si contrappone chi ha cercato di dare una qualche giustificazione²⁷⁹⁰. E, d'altra parte, è da tenere presente che lo scioglimento della Camera

Enzo Galbiati) si misero, anzi, a disposizione del nuovo governo, salvo dileguarsi poco dopo. Sul ruolo del Gran Consiglio e della Corona, infine, si veda P. Biscaretti di Ruffia, *Introduzione al diritto costituzionale comparato. Le "forme di Stato" e le "forme di governo"*. *Le Costituzioni moderne*, IV ed., Milano 1980, p. 471 e 478, secondo cui, nel momento del crollo del Regime, gli unici organi costituzionali che potevano mantenere una certa autorità a fianco del Capo del Governo erano proprio la Corona ed il Gran Consiglio: la assenza di qualunque concreta opposizione, da parte sia degli iscritti al P.N.F. che della stessa M.V.S.N., alla revoca del Duce effettuata dal Sovrano dimostrava che il Regime aveva perso ormai ogni prestigio e valore per la grande maggioranza dei cittadini italiani.

²⁷⁸⁷ Di atti normativi *extra ordinem* a proposito del periodo costituzionale transitorio parla L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna 1996, p. 448 ss., che sottolinea come, a partire dal r.d.l. n. 705/1943, le regole previgenti in materia di creazione e modificazione delle norme vengono sconvolte. Del periodo transitorio come di un periodo governato per necessità con decreti legge e decreti legislativi spesso anomali parla A. Celotto, *L'«abuso» del decreto-legge, Volume I. Profili teorici, evoluzione storica e analisi morfologica*, Padova 1997, p. 240-241. Sulla decretazione d'urgenza come fattispecie rientrante sia nei casi in cui la necessità è prevista dalla norma, sia in quelli in cui la necessità si impone come fonte al di fuori di ogni previsione legale, si veda G. Azzariti, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Roma-Bari 2010, p. 141 ss.

²⁷⁸⁸ Sulla Camera dei Fasci e delle Corporazioni, si vedano P. Biscaretti di Ruffia, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, cit., p. 476; G. Negri, *Il quadro costituzionale*, cit., p. 54-55; Id., *Storia politica italiana dall'Unità alla Repubblica*, cit., p. 313-314; R. Martucci, *Storia costituzionale italiana*, cit., p. 230-231; S. Labriola, *Storia della Costituzione italiana*, cit., p. 262 ss.; A. Reposo, *Lezioni sulla forma di governo italiana*, cit., p. 47-48; C. Ghisalberti, *Storia costituzionale d'Italia 1848-1949*, cit., p. 372 ss.; A. Aquarone, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, III ed., Torino 2003, p. 273 ss.; M. Di Napoli, *Camera dei fasci e delle corporazioni*, in V. de Grazia, S. Luzzatto, *Dizionario del fascismo*, I, cit., p. 221 ss.; L. Paladin, *Saggi di storia costituzionale*, cit., p. 43-44; S. Cassese, *Lo Stato fascista*, cit., p. 133 ss.; G. Volpe, *Storia costituzionale degli italiani*, II, cit., p. 139 ss.

²⁷⁸⁹ Sulla illegittimità dei decreti legge del Governo Badoglio insistono G. Guarino, *I decreti legislativi luogotenenziali*, ne *Il foro penale* 1946, col. 189 ss. (secondo cui tutte le norme successive al 25 luglio sarebbero illegittime da un punto di vista formale, anche se poi lo stesso Guarino osservava che la legittimità di un ordinamento andava dedotta non da norme non più osservate, ma dal solo fatto della sua esistenza, con la conseguenza che tutti i decreti successivi al 25 luglio, benché formalmente incostituzionali, erano da considerarsi legittimi in virtù dell'esistenza stessa e della permanenza dell'ordinamento a cui si riferivano); P. Biscaretti di Ruffia, *Diritto costituzionale*, cit., p. 77 (secondo cui si può parlare di colpo di Stato, in virtù dei decreti legge nn. 705 e 706 del 1943, poiché, a suo dire, essi denotavano chiaramente quello che era un eccesso di potere legislativo. Ciò non toglie, tuttavia, che il Governo Badoglio, pur esercitando illegalmente alcuni poteri, continuasse ad essere il governo legale). Sui problemi giuridici derivanti dai decreti legge del Governo Badoglio, si sofferma V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, cit., p. 120 ss., il quale, pur ammettendo il loro fondamento nello stato di guerra, rileva, tuttavia, che essi non solo non potevano essere convertiti in legge dal Parlamento, ma, addirittura, andavano ad interferire in materie costituzionali (e, quindi, erano in aperta violazione dell'ordinamento vigente, che prevedeva una procedura aggravata, con il parere del Gran Consiglio). Forti perplessità sono manifestate anche da V. Onida, *L'ordinamento costituzionale italiano dalla caduta del Fascismo all'avvento della Costituzione repubblicana*, cit., p. XIV, secondo il quale la potestà legislativa d'urgenza utilizzata dal Governo Badoglio, pur se aveva un fondamento legale, rompeva nettamente con il sistema costituzionale vigente. Di illegittimità dei decreti-legge del Governo Badoglio parla M. Mazziotti di Celso, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, cit., p. 33-34; Id., *Storia breve delle istituzioni italiane dal 1900 al 1994*, cit., p. 14-15. In senso simile, si veda G. Volpe, *Storia costituzionale degli italiani*, II, cit., p. 381 ss., secondo cui l'attività normativa del Governo Badoglio era eversiva rispetto all'ordinamento vigente. Molti dubbi sono avanzati anche da L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, cit., p. 449-450, secondo cui, nonostante gli atti governativi si autoqualificassero come decreti-legge, la lettera del r.d.l. n. 705/1943 offriva una chiara conferma del fatto che quel provvedimento ignorasse il rapporto preesistente tra Governo e Parlamento, pretendendo di vigere per forza propria fino a quando non si fosse addenuti alla elezione di una nuova Camera dei Deputati. Dubbi sui d.l. nn. 704, 705 e 706 del 1943 sono avanzati anche da A. Picherri, *La costituzione provvisoria*, cit., p. 83 ss., 97 ss., secondo cui l'uso della decretazione d'urgenza per sopprimere organi costituzionali ed abrogare leggi costituzionali risultava incongrua: a suo dire, l'unico fondamento giuridico e politico di essi era nel potere assoluto del Re. Di una serie di violazioni delle normative in materia di decretazione legislativa (l. nn. 100/1926 e 129/1939) parla A. Reposo, *Lezioni sulla forma di governo italiana*, cit., p. 56. Di una politica del Governo Badoglio caratterizzata da misure spiccatamente autoritarie e repressive parla, infine, M. Fiorillo, *La nascita della Repubblica italiana e i problemi giuridici della continuità*, cit., p. 46 ss.

²⁷⁹⁰ Cfr., in proposito, G. Guarino, *Due anni di esperienza costituzionale italiana*, cit., p. 62, il quale sostiene che il trapasso dall'ordinamento fascista all'ordinamento democratico dovesse necessariamente avvenire superando la legalità fascista, in quanto essa era volta al rafforzamento di questo ultimo. Che la fuoriuscita del fascismo non potesse restare sul piano della legalità fascista è anche la convinzione di G. Ballardore Pallieri, *La nuova Costituzione italiana*, cit., p. 2, secondo cui non sarebbe stato possibile né materialmente, né moralmente convocare la Camera dei Fasci e delle Corporazioni ed il Senato, composto da quasi tutti membri nominati dal fascismo e ligi ad esso, e chiedere loro di concorrere nella approvazione delle prime misure

dei Fasci e delle Corporazioni²⁷⁹¹, e la convocazione entro quattro mesi dalla cessazione dello stato di guerra di una nuova Camera elettiva – il testo parlava significativamente di Camera dei Deputati, quasi a volere ripristinare la tradizione parlamentare statutaria, mettendo quindi tra parentesi le innovazioni istituzionali fasciste²⁷⁹² – venne deciso proprio con un decreto-legge²⁷⁹³. Strettamente connessa è la problematica della funzione legislativa successiva al c.d. «*patto di Salerno*»²⁷⁹⁴, disciplinata nel d.l.lgt. n. 151/1944, il quale riservava la funzione legislativa al

antifasciste. Una qualche giustificazione è anche in A. Pizzorusso, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., p. 75, il quale sottolinea il fatto che i decreti legge fossero l'unica fonte primaria praticabile in quelle circostanze. In senso simile, si veda L. Paladin, *Diritto costituzionale*, cit., p. 92, che rileva come l'impossibilità di ricorrere al Parlamento, composto in gran parte di personalità legate al regime fascista, rese necessaria la sistematica adozione di decreti legge. Sulla legittimità del Governo Badoglio a porre in essere quegli atti si interroga anche G. Tuzzolo, *L'ultima notte del fascismo tra diritto e storia*, cit., p. 37 ss., che, tuttavia, conclude (ivi, p. 48) nel senso che non si trattò di un ordinamento di fatto contrario al diritto, ma alla affermazione di un Governo legittimo, pur se il suo consolidamento avvenne in termini non legali. Diversa è la ricostruzione di C. Lavagna, *Ricerche sul sistema normativo*, cit., p. 26-27, secondo cui gli atti legislativi del Governo adottati dopo il 25 luglio si dovevano considerare emanati non sulla base della competenza eccezionale prevista dal precedente ordinamento, ma sulla base di una competenza nuova, fondata sulla natura stessa del governo dopo il colpo di Stato, cioè di un governo che accentrava in sé tutte le funzioni sovrane, tranne quella giurisdizionale. In caso contrario, si sarebbero dovute ritenere invalidi tutti gli atti legislativi di carattere costituzionale adottati dopo il 25 luglio (dalla soppressione della camera fascista, del P.N.F. e del Gran Consiglio, alla stessa convocazione della stessa Assemblea Costituente), in quanto non era giuridicamente ammessa, sulla base del diritto precedente, la modifica di leggi costituzionali tramite decreti-legge.

²⁷⁹¹ Di scioglimento parlano G. Guarino, *Due anni di esperienza costituzionale italiana*, cit., p. 63; Id., *I decreti legislativi luogotenenziali*, cit., col. 190; G. Ballardore Pallieri, *La nuova Costituzione italiana*, cit., p. 3; G. Baschieri, L. Bianchi d'Espinosa, C. Giannattasio, *La Costituzione italiana*, cit., p. 2; V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., p. 121; M. Mazziotti di Celso, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, cit., p. 33; Id., *Storia breve delle istituzioni italiane dal 1900 al 1994*, cit., p. 14; M. Di Napoli, *Camera dei fasci e delle corporazioni*, cit., p. 223. Di soppressione e non di semplice scioglimento parlano, invece, G. Amato, *Decreto*, IV, cit., p. 875; P. Caretti, *Forme di governo e diritti di libertà nel periodo costituzionale provvisorio*, cit., p. 40; E. Bettinelli, *La formazione dell'ordinamento elettorale nel periodo preconstituente*, cit., p. 130; C. Lavagna, *Ricerche sul sistema normativo*, cit., p. 25-26; L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, cit., p. 449; G. Volpe, *Storia costituzionale degli italiani*, II, cit., p. 382.

²⁷⁹² Cfr., in questo senso, V. Onida, *L'ordinamento costituzionale italiano dalla caduta del Fascismo all'avvento della Costituzione repubblicana*, cit., p. XIV. Che l'intento del Re fosse quello di una pura e semplice restaurazione dello Statuto albertino, liberato dalle incrostazioni introdotte dal fascismo, è sostenuto anche da N. Bobbio, *Dal fascismo alla democrazia*, cit., p. 160. Di una volontà dilatoria e di una mancanza di programmi politici a proposito del r.d.l. n. 705/1943 parla P. Pombeni, *La questione costituzionale in Italia*, cit., p. 81. Che lo scioglimento della Camera dei Fasci e delle Corporazioni e la convocazione di una Camera dei Deputati da eleggere nel termine di quattro mesi dalla cessazione dello stato di guerra fosse una illusione da parte del Re è la tesi di P. Calamandrei, *Cenni introduttivi sulla Costituente e sui suoi lavori*, cit., p. XCIII. Di finzioni a proposito sia della necessità derivante dallo stato di guerra, sia della clausola della presentazione alle Assemblee legislative per la loro conversione parla, infine, G. Guarino, *Due anni di esperienza costituzionale italiana*, cit., p. 63, che sottolinea come questa finzione fu superata dal d.l.lgt. n. 151/1944.

²⁷⁹³ Sulla legittimità dello scioglimento della Camera dei Fasci e delle Corporazioni insistono V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, cit., p. 121 (che richiama, a questo proposito, gli artt. 9 e 48 Statuto albertino); M.S. Giannini, *Repubblica sociale italiana*, cit., p. 894 (il quale, tuttavia accoglie, la tesi del colpo di Stato per quanto riguarda la soppressione di altre istituzioni fasciste come il Gran Consiglio, il P.N.F., il Tribunale Speciale per la Difesa dello Stato, ed altri organi collegiali collegati); G. Negri, *Storia politica italiana dall'Unità alla Repubblica*, cit., p. 367-368 (secondo cui il decreto non varcava formalmente i limiti posti dall'ordinamento albertino). Sulla strumentalità della decisione di convocazione di una nuova Camera dei Deputati entro quattro mesi dalla cessazione dello stato di guerra contenuta nel r.d.l. n. 705/1943 si sofferma S. Labriola, *Storia della Costituzione italiana*, cit., p. 280-281, che sottolinea come questa disposizione non aveva altro effetto che paralizzare il Senato del Regno. Perplexità anche in A. Reposo, *Lezioni sulla forma di governo italiana*, cit., p. 56, secondo cui la chiusura della sessione parlamentare poteva forse avvenire nel rispetto della legalità costituzionale, ma l'ossequio alle forme non poteva spingersi al punto di arrivare a mascherare la volontà politica effettiva, ovvero la distruzione in modo irreversibile delle istituzioni coesistenti al Regime, con una decretazione che mutava i caratteri di quegli organi costituzionali cui sarebbe spettata la conversione in legge (la Camera dei Fasci e delle Corporazioni). Di parere opposto a Crisafulli è M. Fiorillo, *La nascita della Repubblica italiana e i problemi giuridici della continuità*, cit., p. 49 ss., spec. p. 53, secondo cui il r.d.l. n. 705/1943 poteva, al massimo, trovare legittimità in una fonte del diritto straordinaria, in un fatto extra-giuridico, o una eccezionale competenza del sovrano, ma non nel sistema vigente, e, di conseguenza, nell'art. 9 Statuto albertino.

²⁷⁹⁴ Sul patto di Salerno, si vedano P. Pombeni, *La questione costituzionale in Italia*, cit., p. 83 ss.; G. Volpe, *Storia costituzionale degli italiani*, II, cit., p. 393 ss.; U. Allegretti, *Storia costituzionale italiana*, cit., p. 102; S. Pons, *Salerno, svolta di*, in V. de Grazia, S. Luzzatto, *Dizionario del fascismo*, II, cit., p. 577 ss.; R. Martucci, *Storia costituzionale italiana*, cit., p. 250, 254-255; M. Mazziotti di Celso, *Storia breve delle istituzioni italiane dal 1900 al 1994*, cit., p. 16 ss.; C. Ghisalberti, *Storia costituzionale d'Italia 1848/1948*, cit., p. 394 ss.; A. Reposo, *Lezioni sulla forma di governo italiana*, cit., p. 59 ss.; U. De Siervo, *La transizione costituzionale*, cit., p. 561 ss.; S. Labriola, *Storia della Costituzione italiana*, cit., p. 283 ss.; V. Onida, *L'ordinamento costituzionale italiano dalla caduta del Fascismo*

Governo attraverso appositi decreti legislativi sanzionati e promulgati dal luogotenente del regno. Secondo una prima ricostruzione, l'art. 4 del d.l.lgt. n. 151/1944 non costituiva affatto una delegazione di potestà legislativa al Governo²⁷⁹⁵, in quanto delegato e delegante coincidevano²⁷⁹⁶, ma non era altro che un atto sostanzialmente costituzionale con cui il Governo disciplinava e regolava la forma esteriore della potestà legislativa che già possedeva²⁷⁹⁷. Non sono mancate, tuttavia, interpretazioni diverse, che hanno parlato di una devoluzione di potestà legislativa al governo²⁷⁹⁸, o che hanno comunque evidenziato il fatto che la transitorietà della fase costituzionale si prestava a soluzioni anomale²⁷⁹⁹. In ogni caso, è stato evidenziato che, sebbene i d.lgs.lgt. successivi al d.l.lgt. n. 151/1944 trovassero il loro titolo di legittimazione in quest'ultimo, essi, al pari dei decreti-legge che li avevano preceduti, si legittimavano pienamente in fatto, ricevendo generale osservanza ed applicazione²⁸⁰⁰. Ulteriori problemi, in questo senso, sono costituiti dal d.lgs.lgt. n. 98/1946, che continuava a riservare al Governo la potestà legislativa, nonostante l'esplicita previsione dell'elezione di una assemblea rappresentativa (la

all'avvento della Costituzione repubblicana, cit., p. XIV; C. Lavagna, *Ricerche sul sistema normativo*, cit., p. 9; P. Caretti, *Forme di governo e diritti di libertà nel periodo costituzionale provvisorio*, cit., p. 44 ss.; E. Bettinelli, *La formazione dell'ordinamento elettorale nel periodo precostituzionale*, cit., p. 132 ss.; V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, cit., p. 124 ss.; P. Calamandrei, *Cenni introduttivi sulla Costituente e sui suoi lavori*, cit., p. XCVII ss.; G. Guarino, *Due anni di esperienza costituzionale italiana*, cit., p. 65-66.

²⁷⁹⁵ Per quanto riguarda le critiche alla tesi della delegazione di potere legislativo, si vedano G. Balladore Pallieri, *La nuova Costituzione italiana*, cit., p. 3 ss.; V. Gueli, *Diritto costituzionale provvisorio e transitorio*, cit., p. 78 ss.; L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, cit., p. 451; M. Fiorillo, *Decreto legislativo luogotenenziale*, cit., p. 137.

²⁷⁹⁶ Si vedano, in questo senso, G. Amato, *Decreto*, IV, cit., p. 876; V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, cit., p. 128; C. Lavagna, *Ricerche sul sistema normativo*, cit. p. 24-25.

²⁷⁹⁷ Cfr., in questo senso, G. Guarino, *Due anni di esperienza costituzionale italiana*, cit., p. 63-64; G. Amato, *Decreto*, IV, cit., p. 877-878; C. Lavagna, *Ricerche sul sistema normativo*, cit. p. 28. Sul carattere costituzionale delle norme contenute nel d.l.lgt. n. 151/1944 insiste V. Gueli, *Diritto costituzionale provvisorio e transitorio*, cit., p. 80. Diversa è la ricostruzione di G. Balladore Pallieri, *La nuova Costituzione italiana*, cit., p. 6, il quale parla del d.l.lgt. n. 151/1944 come di un atto rivoluzionario, con il quale il governo, senza curarsi di quello che disponeva il diritto, assumeva i poteri necessari per continuare a fare funzionare lo Stato con nuovi criteri politici.

²⁷⁹⁸ Si veda S. Labriola, *Storia della Costituzione italiana*, cit., p. 288-289, il quale, partendo dalla constatazione che mancava l'essenziale previsione dell'atto di delega e che i provvedimenti legislativi erano sanzionati e promulgati, e non emanati, rileva che con tali norme risultava devoluta al Governo una vera e propria potestà legislativa, fino alla entrata in vigore della nuova costituzione. Una interpretazione simile è quella di P. Caretti, *Forme di governo e diritti di libertà nel periodo costituzionale provvisorio*, cit., p. 52, secondo il quale il d.l.lgt. n. 151/1944, nel prevedere che i provvedimenti fossero deliberati dal Consiglio dei Ministri e sanzionati dal Luogotenente, finiva con l'assimilare la deliberazione del Governo a quella delle Camere, secondo il significato proprio della sanzione. Di autoinvestitura parla P.G. Grasso, *Decreto*, III. *Decreto legislativo*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XI, Milano 1962, p. 867 ss., spec. p. 870.

²⁷⁹⁹ Cfr., in tal senso, A. Reposo, *Lezioni sulla forma di governo italiana*, cit., p. 62. Dei decreti legislativi luogotenenziali come fonte *extra ordinem* avulsa dalla trama costituzionale disegnata dal regime fascista parla M. Fiorillo, *Decreto legislativo luogotenenziale*, cit., p. 137. Dei decreti legislativi luogotenenziali come unici atti con forza di legge utilizzabili nel periodo transitorio parla L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, cit., p. 451, il quale sottolinea come essi esorbitino dall'ambito di applicazione degli artt. 76 e 77 Cost., ma siano espressione di un autonomo e generale potere. Dei decreti legislativi luogotenenziali come di una figura anomala di fonte normativa non inquadrabile negli schemi consueti parlano anche V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, cit., p. 127-128; G. Amato, *Decreto*, IV, cit., p. 876 ss.; i quali negano che debbano essere considerati decreti-legge o decreti delegati. Dei decreti legislativi luogotenenziali come uniche leggi formali dell'ordinamento provvisorio parla, infine, G. Guarino, *I decreti legislativi luogotenenziali*, cit., col. 191; Id., *Due anni di esperienza costituzionale italiana*, cit., p. 63, secondo cui tali decreti non avevano nulla in comune con gli altri decreti legislativi, in quanto non solo avevano la forza di abrogare le preesistenti leggi formali, ma godevano anche di una forza passiva peculiare, poiché non potevano essere abrogati che da altri decreti legislativi luogotenenziali.

²⁸⁰⁰ Così nuovamente V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, cit., p. 127, il quale arriva a qualificare la norma contenuta nel d.lgs.lgt. n. 98/1946 di una ratifica di essi da parte del nuovo Parlamento entro un anno dalla sua entrata in funzione come mossa da eccessive preoccupazioni di natura formalistica. In senso simile, L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, cit., p. 450, che, a proposito della presentazione e conversione dei decreti-legge, tardivamente prorogate dal d.lgs.lgt. n. 185/1944, si riducono ad una foglia di fico tendente a restaurare una vuota parvenza di legalità formale.

Costituente)²⁸⁰¹, e dalla individuazione del giorno preciso entro il quale terminava la potestà legislativa provvisoria²⁸⁰².

Problemi giuridici riguardano anche i Comitati di Liberazione Nazionale (C.L.N.), visto il ruolo fondamentale assunto nel processo di transizione dallo Stato fascista alla Repubblica²⁸⁰³. Secondo Lavagna, occorre distinguere le attività dei C.L.N. nei territori liberati da quelli nei territori soggetti all'occupazione tedesca: mentre nei primi i C.L.N. non svolsero, né si attribuirono poteri in senso tecnico, limitandosi ad esercitare attività meramente ausiliarie e integrative delle pubbliche potestà, nei secondi i C.L.N. ebbero carattere insurrezionale, e svolsero funzioni assai più importanti²⁸⁰⁴. Da un punto di vista giuridico, i C.L.N. non avevano soggettività dal punto di vista dell'ordinamento internazionale, in conseguenza del fatto che né le potenze dell'Asse, né i Paesi neutrali ebbero con essi alcun rapporto formale, mentre gli Alleati, pur riconoscendo i C.L.N. come organismi agenti nell'ambito delle stesse finalità politico-militari, non attribuirono loro alcuna autonoma posizione di diritto internazionale²⁸⁰⁵. Sul piano dell'ordinamento italiano, invece, i C.L.N. assunsero dopo l'8 settembre, la veste di istituzioni pubbliche originarie, a vero e proprio carattere governativo²⁸⁰⁶. C'è comunque chi ha visto nel C.L.N. dopo il d.l. n. 151/1944 addirittura un vero e proprio sostituto del Parlamento, in quanto ne svolgeva le funzioni, dando addirittura luogo ad una trasformazione della forma di governo in senso parlamentare²⁸⁰⁷.

Problemi giuridici pone anche il rapporto tra Regno del Sud e autorità militare alleata dopo l'8 settembre²⁸⁰⁸, visti i relevantissimi poteri di condizionamento e di controllo che esse esercitarono nei riguardi dei governi Badoglio e Bonomi. Secondo una prima ricostruzione, l'occupazione

²⁸⁰¹ Sui problemi riguardanti l'art. 3 d. lgs. n. 98/1946, si veda P. Caretti, *Forme di governo e diritti di libertà nel periodo costituzionale provvisorio*, cit., p. 68 ss., il quale parla (ivi, p. 33-34) di una permanenza del potere legislativo in capo al Governo sulla base di una delega del tutto atipica.

²⁸⁰² Per una critica della tesi che la potestà legislativa provvisoria terminasse il 1 gennaio 1948, con l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, si veda, invece, C. Lavagna, *Ricerche sul sistema normativo*, cit., p. 35 ss., il quale ritiene corretta la data dell'8 maggio 1948, prima riunione del nuovo Parlamento.

²⁸⁰³ Sui C.L.N. si vedano G. Volpe, *Storia costituzionale degli italiani*, II, cit., p. 389 ss.; G. Chianese, *Comitati di liberazione nazionale (C.L.N.)*, in V. De Grazia, S. Luzzatto, *Dizionario del fascismo*, I, cit., p. 317 ss.; M. Fiorillo, *Comitati di liberazione nazionale*, in M. Ainis, *Dizionario costituzionale*, cit., p. 68-69; C. Lavagna, *Ricerche sul sistema normativo*, cit., p. 3 ss.; P. Caretti, *Forme di governo e diritti di libertà nel periodo costituzionale provvisorio*, cit., p. 51 ss.; G. Guarino, *Due anni di esperienza costituzionale italiana*, cit., p. 66 ss.

²⁸⁰⁴ Cfr., in proposito, C. Lavagna, *Ricerche sul sistema normativo*, cit., p. 11 ss.

²⁸⁰⁵ Cfr., in questo senso, C. Lavagna, *Ricerche sul sistema normativo*, cit., p. 15-16.

²⁸⁰⁶ Così C. Lavagna, *Ricerche sul sistema normativo*, cit., p. 17. Di diverso avviso è G. Volpe, *Storia costituzionale degli italiani*, II, cit., p. 392, secondo cui, sotto il profilo giuridico, si può riconoscere ai C.L.N. la natura di organizzazioni interpartitiche che svolgevano un ruolo di rilievo nella formazione del governo e nella determinazione del suo indirizzo, traendo la forza politica dalla rappresentanza dei partiti antifascisti, più che da una presunta rappresentatività di una volontà popolare, peraltro mai espressa.

²⁸⁰⁷ Cfr., in proposito, P. Caretti, *Forme di governo e diritti di libertà nel periodo costituzionale provvisorio*, cit., p. 50 ss., che sottolinea, da un lato, come il Capo di Governo torni ad essere, in virtù del r.d.l. n. 136/1944, il Presidente del Consiglio dei Ministri, e come il suo potere di nomina in capo al Luogotenente muti di significato, risultando privato di ogni margine di discrezionalità. Sulla parlamentarizzazione della forma di governo insiste anche G. Guarino, *Due anni di esperienza costituzionale italiana*, cit., p. 72.

²⁸⁰⁸ Sui rapporti tra governo militare alleato e governo italiano, si vedano G. Melis, *Storia dell'amministrazione italiana*, cit., p. 404 ss.; U. De Siervo, *La transizione costituzionale*, cit., p. 552 ss.; M. Fiorillo, *La nascita della Repubblica italiana e i problemi giuridici della continuità*, cit., p. 92 ss.; G. Tuzzolo, *L'ultima notte del fascismo tra diritto e storia*, cit., p. 87 ss.; U. Allegretti, *Storia costituzionale italiana*, cit., p. 101 ss.; G. Volpe, *Storia costituzionale degli italiani*, II, cit., p. 384 ss.

militare e le asprezze del suo concreto esercizio non comportarono mai una cessazione della sovranità statale italiana²⁸⁰⁹, anche se non mancano opinioni di diverso avviso²⁸¹⁰.

Problemi decisamente maggiori pone, infine, l'ordinamento della Repubblica di Salò, sulla cui qualificazione giuridica la dottrina si è divisa²⁸¹¹. Sin dalla sua nascita, per autolegittimarsi e forse anche per celare la sua natura sostanziale di governo-fantoccio del *Reich* nazista²⁸¹², la Repubblica mussoliniana dichiarava la continuità con il fascismo pre-25 luglio e con lo stesso Statuto Albertino, accusando, invece, il Governo Badoglio ed il Regno del Sud di essere il prodotto di un colpo di Stato²⁸¹³. Tuttavia, nonostante la R.S.I. mantenne sotto il profilo amministrativo, uno spiccato carattere di continuità con le istituzioni italiane²⁸¹⁴, ciò non è sufficiente per affermare una continuità dello Stato italiano attraverso la Repubblica di Salò, poiché è innegabile che dalla sua costituzione derivò una evidente frattura dell'ordinamento giuridico²⁸¹⁵. Quanto alla sua qualificazione giuridica, c'è chi ha visto in essa una mera organizzazione di guerra all'esclusivo interesse dell'occupante tedesco²⁸¹⁶, chi, addirittura, negandole anche la qualità di Stato-organizzazione provvisorio, la ritiene un ordinamento illegittimo fatto volto disciogliere l'unità dello Stato, configurando un vero e proprio delitto contro la personalità internazionale dello Stato²⁸¹⁷, ma la tesi prevalente è che la R.S.I. costituisse un governo di fatto²⁸¹⁸.

²⁸⁰⁹ Cfr., in tal senso, M. Fiorillo, *La nascita della Repubblica italiana e i problemi giuridici della continuità*, cit., p. 104. Di sospensione provvisoria (anche in diritto) della piena sovranità del Regno del Sud parla V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, cit., p. 133.

²⁸¹⁰ Di una vera e propria dittatura parla, invece, G. Volpe, *Storia costituzionale degli italiani*, II, cit., p. 388-389. Dubbi sono avanzati anche da G. Tuzzolo, *L'ultima notte del fascismo tra diritto e storia*, cit., p. 94, che parla di sovranità non soppressa formalmente, ma di fatto impedita. Di una assoluta pienezza del governo militare alleato di poteri parla, infine, U. De Siervo, *La transizione costituzionale*, cit., p. 556.

²⁸¹¹ Per quanto riguarda il dibattito dottrinario, si vedano A.M. Di Stefano, *Da Salò alla Repubblica*, cit., p. 137 ss.; L. Martone, *Guerra civile e diritto*, cit., p. 167-168; G. Tuzzolo, *L'ultima notte del fascismo tra diritto e storia*, cit., p. 98 ss.; M. Fiorillo, *La nascita della Repubblica italiana e i problemi giuridici della continuità*, cit., p. 118 ss.; G. Negri, *Storia politica italiana dall'Unità alla Repubblica*, cit., p. 343 ss.; Id., *Il quadro costituzionale*, cit., p. 75 ss.; M.S. Giannini, *Repubblica sociale italiana*, cit., p. 895 ss.; V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, cit., p. 129 ss.; V. Gueli, *Diritto costituzionale provvisorio e transitorio*, cit., p. 97 ss.

²⁸¹² Di governo-fantoccio dal punto di vista politico parla V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, cit., p. 131. Sulla diversità dei rapporti tra l'occupante tedesco e la R.S.I., da un lato, ed il governo militare alleato e il Regno del Sud, dall'altro, insiste D. Fisichella, *Dittatura e monarchia*, cit., p. 358. Sull'umiliante subalternità della R.S.I. nei rapporti con l'autorità germanica si vedano B. Mantelli, *Occupazione tedesca*, cit., p. 257 ss.; M. Fiorillo, *La nascita della Repubblica italiana e i problemi giuridici della continuità*, cit., p. 106 ss.; Id., *Repubblica sociale italiana*, cit., p. 401; G. Melis, *Storia dell'amministrazione italiana*, cit., p. 399 ss.; L. Salvatorelli, G. Mira, *Storia d'Italia nel periodo fascista*, II, cit., p. 555 ss.

²⁸¹³ Cfr., in questo senso, A.M. Di Stefano, *Da Salò alla Repubblica*, cit., p. 19; M. Fiorillo, *La nascita della Repubblica italiana e i problemi giuridici della continuità*, cit., p. 109 ss.; Id., *Repubblica sociale italiana*, cit., p. 400; G. Negri, *Storia politica italiana dall'Unità alla Repubblica*, cit., p. 334-335; Id., *Il quadro costituzionale*, cit., p. 67; L. Paladin, *Diritto costituzionale*, cit., p. 93; M.S. Giannini, *Repubblica sociale italiana*, cit., p. 896.

²⁸¹⁴ Sulla continuità dal punto di vista burocratico insistono G. Melis, *Storia dell'amministrazione italiana*, cit., p. 394 ss.; V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, cit., p. 129.

²⁸¹⁵ Così A.M. De Stefani, *Da Salò alla Repubblica*, cit., p. 23. Negano ogni fondamento giuridico alla continuità tra ordinamento statutario e Repubblica Sociale Italiana anche M. Fiorillo, *Repubblica sociale italiana*, cit., p. 400-401 (il quale mette in evidenza come il fondamento costituzionale di essa, il *Manifesto di Verona*, fosse del tutto nuovo); L. Paladin, *Diritto costituzionale*, cit., p. 93; M.S. Giannini, *Repubblica sociale italiana*, cit., p. 896.

²⁸¹⁶ Sulla qualificazione della Repubblica di Salò come mera organizzazione di guerra alle dipendenze dell'occupante tedesco insiste G. Volpe, *Storia costituzionale degli italiani*, II, cit., p. 408. Di un ufficio di polizia e di spionaggio a servizio dell'esercito invasore parla, invece, P. Calamandrei, *Cenni introduttivi sulla Costituente e sui suoi lavori*, cit., p. XCIV. Critico nei riguardi della tesi della R.S.I. come organo del Reich è V. Gueli, *Diritto costituzionale provvisorio e transitorio*, cit., p. 105 ss.

²⁸¹⁷ Cfr., in proposito, A.M. De Stefani, *Da Salò alla Repubblica*, cit., p. 23-24; G. Negri, *Storia politica italiana dall'Unità alla Repubblica*, cit., p. 346; Id., *Il quadro costituzionale*, cit., p. 77.

²⁸¹⁸ Cfr., in questo senso, G. Tuzzolo, *L'ultima notte del fascismo tra diritto e storia*, cit., p. 114; M. Fiorillo, *Repubblica sociale italiana*, cit., p. 400; M.S. Giannini, *Repubblica sociale italiana*, cit., p. 896-897; V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, cit., p. 130. Per una critica della tesi della Repubblica Sociale come governo di fatto, si veda V. Gueli, *Diritto costituzionale provvisorio e transitorio*, cit., p. 111 ss.

3. Il regime provvisorio nella giurisprudenza

3.1. La giurisprudenza dall'8 settembre 1943 al 31 dicembre 1947

Molti degli interrogativi (in particolare, quello della legittimazione degli ordinamenti) su cui hanno cercato di rispondere storici e studiosi se li sono posti anche gli stessi magistrati nelle loro sentenze. Se si analizza la giurisprudenza sul regime costituzionale provvisorio, bisogna distinguere, in primo luogo, tra atti del governo militare alleato, atti del C.L.N.A.I., atti dell'occupante tedesco ed atti della Repubblica Sociale. In secondo luogo, occorre fare una ulteriore distinzione tra giurisprudenza ordinaria ed amministrativa, in quanto, forse per anche la maggiore carica di politicità degli atti oggetto del loro sindacato, in alcuni casi i magistrati amministrativi non sembrano poi così propensi ad ampliare la sfera di efficacia degli ordinamenti diversi da quello legittimo.

Per quanto riguarda gli atti normativi dell'ordinamento legittimo, la giurisprudenza ritiene validi ed efficaci tutti gli atti normativi adottati dal governo Badoglio, anche quando si trattava di decreti legge non presentati al Parlamento per la loro conversione. Esempio, in questo senso, è Cass., 28 maggio 1946 (*Forte*), secondo cui le norme contenute nel r.d.l. n. 245/1943, così come di tutti gli altri decreti legge successivi al 25 luglio 1943 non presentati al Parlamento nei termini previsti dalla l. n. 100/1926 per la loro conversione in legge, erano efficaci in virtù della proroga contenuta nell'art. 1 d.lgs.lgt. n. 185/1944, che aveva forza di legge ai sensi del d.l.lgt. n. 151/1944²⁸¹⁹.

Per quanto riguarda il governo militare alleato, la giurisprudenza in linea di massima, ritiene i suoi atti generalmente efficaci, ma non mancano affermazioni di segno opposto. Interessante mi sembra, sotto questo punto di vista, C. Stato, sez. V, 22 gennaio 1946 (*Anastasio c. Ministero industria*), secondo cui la transitorietà dell'occupazione bellica comportava che gli atti amministrativi compiuti dall'occupante rivestissero carattere transitorio²⁸²⁰: se erano da considerarsi atti politici le intese tra il governo italiano e le autorità militari alleate di occupazione dirette al ristabilimento dell'efficacia dell'ordinamento italiano, tale non poteva considerarsi l'atto con cui, previo nulla osta dell'autorità alleata, il governo italiano facesse uso dei poteri che gli spettavano in base al suo ordinamento²⁸²¹. D'altra parte, occorre tenere presente che, per il Consiglio di Stato, i controlli delle autorità alleate non sostituivano i normali controlli ammessi nel nostro ordinamento, con la conseguenza che, contro gli atti delle autorità italiane in territorio occupato, erano esperibili i normali rimedi giurisdizionali, come il ricorso al Consiglio di Stato, salvo che sussistessero esplicite deroghe poste in essere dalla stessa autorità alleata (Cons. Stato, sez. V, 30 novembre 1945, *Cassa di Risparmio Cuneo c. Prefettura di Cuneo*)²⁸²².

Per quanto riguarda la giurisprudenza ordinaria, interessante è Corte App. Napoli, 2 giugno 1945 (*Ruocco c. Fiore*), secondo cui l'ord. n. 5 del governo militare alleato per la quale nessun fitto, relativo a terreni o fabbricati, potesse essere effettuato, per un periodo superiore ad un anno, senza il benestare scritto del capo degli affari civili, era da considerare una norma a carattere contingente, diretta allo scopo di evitare, nel campo dei diritti riferiti ad immobili, i perturbamenti

²⁸¹⁹ *Repertorio del Foro Italiano* 1946, vol. LXIX, voce *Legge, regolamento e decreto in genere*, col. 626, n. 59.

²⁸²⁰ *Repertorio del Foro Italiano* 1946, voce *Guerra (provvedimenti per la)*, col. 515, n. 22.

²⁸²¹ *Repertorio del Foro Italiano* 1946, voce *Giustizia amministrativa*, col. 499, n. 35.

²⁸²² *Ivi*, col. 498, n. 23.

che di solito accompagnavano una occupazione militare²⁸²³. In questa ottica, il benessere si mostrava, sia nella espressione che nel contenuto, attinente alla efficacia del contratto ed alla sua attuazione, non alla sua conclusione e validità: importava approvazione e consenso al contratto già perfezionato nei suoi elementi formali, anziché intervento nella sua fase conclusiva, e, perciò, doveva ritenersi valida l'approvazione successiva al perfezionamento, ma anteriore all'attuazione del contratto²⁸²⁴.

Sui rapporti tra atti del governo italiano ed atti della amministrazione alleata, si può citare anche Corte App. Napoli, 3 luglio 1945 (*Conte c. Aloschi*), secondo cui l'ord. 17 febbraio 1944, con cui il governo militare alleato stabiliva, per la regione di Napoli, che tutti i termini di prescrizione e decadenza, comunque stabiliti, in corso alla data del 1 ottobre 1943 erano sospesi sino a nuova disposizione, aveva spiegato la sua efficacia fino a quando non era intervenuta la pubblicazione in G.U. del d.lgt. n. 392/1944, che, munito della prescritta ordinanza di esecutorietà da parte del competente ufficio della amministrazione alleata, nel prorogare l'effetto di tutte le norme contenute nel r.d. 3 gennaio 1944, veniva implicitamente a richiamarle in vigore anche per tutto il territorio alla amministrazione alleata²⁸²⁵.

Nella prospettiva della piena efficacia degli atti dell'amministrazione alleata si muovono ben due sentenze del Tribunale di Genova, con identiche parti (*Camera di commercio Genova c. Società telefonica tirrena*), rispettivamente del 15 febbraio 1946 e del 28 marzo 1946. Nella prima di esse, il giudice afferma che, con la cessazione del governo militare alleato, non avevano più vigore i proclami e le ordinanze emesse da quel governo, ma le conseguenze delle norme che si protraevano al di là della cessazione dell'amministrazione alleata erano state riconosciute dal Governo italiano con l'art. 1 del d.lgs.lgt. n. 162/1944²⁸²⁶. Si trattava, nel caso di specie, dell'introduzione della tariffa telefonica a contatore. Il giudice motivava la sua decisione partendo dalla constatazione che la istituzione del governo militare alleato su singole zone d'Italia era collegata con la necessità di soddisfacimento dei propri interessi militari²⁸²⁷. Di conseguenza, proseguiva il giudice, la valutazione esclusiva dell'interesse militare in relazione ai singoli provvedimenti era devoluta agli organi del governo militare alleato, ed era, perciò, insindacabile da parte dell'autorità giudiziaria italiana²⁸²⁸. Nella seconda di esse, il giudice ribadisce che le disposizioni del governo militare alleato in materia di servizi pubblici conservavano la loro efficacia anche in seguito al passaggio dei relativi territori all'amministrazione italiana²⁸²⁹.

Ulteriore affermazione della piena efficacia degli atti del governo militare alleato è Cass., 10 gennaio 1947 (*Tognellini*), secondo cui i bandi del governo militare alleato avevano pieno vigore rispetto all'ordinamento giuridico italiano per il periodo di tempo nel quale il territorio era sotto l'amministrazione militare alleata²⁸³⁰. Pertanto, se un bando del governo militare alleato stabiliva la non punibilità per coloro che restituivano integralmente le cose illegittimamente possedute entro 15 giorni dalla pubblicazione del bando stesso, doveva essere annullata la sentenza che

²⁸²³ *Repertorio del Foro Italiano* 1946, voce *Occupazione del territorio nazionale*, col. 762, n. 8.

²⁸²⁴ *Ivi*, n. 9.

²⁸²⁵ *Repertorio del Foro Italiano* 1946, voce *Guerra*, cit., col. 517, n. 50.

²⁸²⁶ *Ivi*, col. 515, n. 25.

²⁸²⁷ *Ivi*, n. 23.

²⁸²⁸ *Ivi*, n. 24.

²⁸²⁹ *Repertorio del Foro Italiano* 1946, voce *Amministrazione dello Stato*, col. 33, n. 32.

²⁸³⁰ *Repertorio del Foro Italiano* 1948, vol. LXXI, voce *Legge, regolamento e decreto in genere*, col. 781, n. 71.

ometteva di prendere in considerazione l'assunto difensivo volto a dimostrare l'ottemperanza alle disposizioni del bando stesso²⁸³¹.

Se, tuttavia, gli atti dell'amministrazione militare alleata venivano considerati, in linea di massima, efficaci nei confronti dell'ordinamento italiano, altrettanto non poteva dirsi viceversa. Interessante mi sembrano, a questo proposito, due sentenze della Corte App. Trieste del 3 agosto 1947 (*Rosso c. Inail; Ubaldini c. Inail*), in cui viene affermato che il d.l. n. 1/1944 e il d.lgs.lgt. n. 392/1944 sulla sospensione del corso delle prescrizioni non trovavano applicazione nel territorio della regione giuliana soggetto alla amministrazione militare alleata²⁸³². D'altra parte, occorre tenere presente che, secondo la giurisprudenza, l'entrata in vigore di una legge – nel caso in questione, il d.lgs.lgt. n. 354/1945 – nel territorio dello Stato soggetto al governo militare alleato aveva luogo nel giorno in cui il prefetto della rispettiva provincia riceveva dal governo militare alleato una copia della G.U. (Corte App. Torino, 17 dicembre 1945, *Ardizzone*)²⁸³³.

L'efficacia generalizzata riconosciuta agli atti del governo militare alleato porta incredibilmente la giurisprudenza a riconoscere efficacia agli atti del C.L.N.A.I. solo in quanto fatti propri dallo stesso governo militare alleato. Esempio in questo senso è Trib. Cremona, 23 maggio 1947 (*Fabbrica d'armi Beretta c. Acciaieria Crema*), secondo cui il C.L.N.A.I. non aveva nessun legittimo potere di emanare norme giuridiche, anche dopo la insurrezione del 25 aprile 1945²⁸³⁴, ma le norme da esso emanate andavano applicate in quanto riconosciute dal governo militare alleato²⁸³⁵. Rispetto al governo militare alleato, assai minore considerazione è riservata, invece, agli atti posti in essere dalle forze di occupazione tedesche, di cui viene generalmente negata l'efficacia. In questo senso si possono vedere due sentenze del Tribunale di Firenze, rispettivamente Trib. Firenze, 10 dicembre 1945 (*Lucchesi c. Malfatti*), e Trib. Firenze, 26 luglio 1946 (*Panerai*), da cui sembra emergere un evidente disfavore. Nella prima di esse, infatti, viene affermato che era illegittima la requisizione di una automobile operata dalla autorità militare occupante, se essa non era destinata ai bisogni delle truppe di occupazione²⁸³⁶. Nella seconda di esse, invece, viene sostenuto che alle razzie operate in Toscana dalle truppe tedesche nell'estate 1944 era da negare ogni carattere di validità e di legittimità ai sensi della Convenzione dell'Aja del 1907²⁸³⁷.

Anche la Cassazione sembra muoversi su questo identico filone. In questo senso si possono leggere due sentenze della Cassazione penale, e precisamente Cass., 1 febbraio 1946 (*Businaro*), e Cass., 24 giugno 1947 (*Giovanardi*). Nella prima di esse, viene affermato che, in base alle norme di diritto internazionale, la violazione di un bando emesso da un comando militare nemico nel territorio nazionale occupato – si trattava del bando dell'11 ottobre 1943 del comando tedesco sulla consegna delle armi – non poteva più essere considerato reato nel momento in cui veniva a cessare l'occupazione del territorio nel quale il bando era applicabile²⁸³⁸. Nella seconda di esse, invece, viene sostenuto che non potevano invocare a loro favore bandi o ordinanze tedesche coloro che avevano violato norme sulla disciplina dei consumi²⁸³⁹.

²⁸³¹ Ivi, n. 72.

²⁸³² *Repertorio del Foro Italiano* 1948, voce *Territorio libero di Trieste*, col. 1354, n. 3.

²⁸³³ *Repertorio del Foro Italiano* 1946, voce *Legge*, cit., col. 624, n. 28.

²⁸³⁴ *Repertorio del Foro Italiano* 1948, voce *Legge*, cit., col. 781, n. 75.

²⁸³⁵ Ivi, n. 76.

²⁸³⁶ *Repertorio del Foro Italiano* 1946, voce *Occupazione del territorio nazionale*, cit., col. 752, n. 10.

²⁸³⁷ Ivi, col. 752-753, n. 11.

²⁸³⁸ Ivi, col. 625, n. 47.

²⁸³⁹ *Repertorio del Foro Italiano* 1947, voce *Calmieri e disciplina della produzione e della distribuzione*, col. 186, n. 20.

Per quanto riguarda la Repubblica di Salò mi sembrano emergere due diverse tendenze, una volta a circoscriverne il più possibile l'efficacia degli atti, e l'altra, invece, tendente ad ampliarne la portata. Rappresentativa di questa diversità di orientamenti è senza dubbio la giurisprudenza in materia di sospensione dei termini. A guerra non ancora finita, la Cassazione enuncia il principio secondo cui gli atti ed i provvedimenti emanati dal Governo della R.S.I. per disciplinare la vita amministrativa e giudiziaria che non rivestivano carattere politico rimanevano validi anche di fronte al governo legittimo, a meno di non essere espressamente revocati ed annullati²⁸⁴⁰. In virtù di ciò, viene ritenuto legittimo il d.m. 31 ottobre 1943 con il quale si disponeva la sospensione dei termini nella provincia di Roma (Cass., 19 aprile 1945, *Galiototo c. Ochoa*)²⁸⁴¹. In senso simile, può essere vista anche Cass., 30 giugno 1945 (*Mercatali c. De Marchis*), secondo cui la sospensione dei termini disposta con decreto 19 e 31 ottobre 1943 si applicava anche ai termini processuali (nel caso di specie, al termine per ricorrere in Cassazione)²⁸⁴². Altra sentenza che si inserisce in questo filone è Cass., 10 aprile 1946, n. 407 (*Rustici c. Gera*), secondo cui i d.m. 19 e 31 ottobre 1943 che avevano sospeso tutti i termini legali o convenzionali relativi a decadenza da una azione, eccezione o diritto qualsiasi, comprendevano in questa ampia dizione anche i termini processuali, non escluso quello per la proposizione dell'appello²⁸⁴³. Una interpretazione opposta è, invece, Corte App. Roma, 20 giugno 1945 (*Cortese c. Scalera film*), secondo cui i dd.mm. del 1943 e del 1944 sulla sospensione delle prescrizioni e dei termini legali e convenzionali non avevano efficacia giuridica, in quanto il sedicente governo della R.S.I. andava considerato come una organizzazione illegittima, sia nella origine che nel funzionamento concreto, perché sorto e mantenutosi in opposizione all'ordinamento dello Stato italiano, il quale non aveva mai cessato di avere vigore su tutto il territorio e su tutti i cittadini italiani²⁸⁴⁴.

Nell'ambito del filone giurisprudenziale volto ad ampliare la efficacia degli atti della R.S.I. vanno annoverate quelle pronunce che sostenevano che il vincolo di inefficacia contenuto nel d.lgs.lgt. n. 249/1944 operava *ex nunc*, e non *ex tunc*, facendo salvi diritti e benefici conseguiti proprio sulla base di questi atti²⁸⁴⁵. In questo filone giurisprudenziale si colloca senza dubbio Trib. Bologna, 4 luglio 1945 (*Società industrie nazionali cinematografiche c. Credito romagnolo*), secondo cui la sanzione di inefficacia nel d.lgs.lgt. n. 249/1944 colpiva di inefficacia *ex nunc* e pertanto non colpiva i diritti ed i benefici precedentemente conseguiti²⁸⁴⁶. Di inefficacia *ex nunc* dei provvedimenti legislativi adottati dalla R.S.I. parlava anche Corte App. Milano, 18 giugno 1946 (*De Simone c. Relly*)²⁸⁴⁷.

In senso simile, si possono citare anche due sentenze del Trib. Cremona, rispettivamente quelle del 15 novembre 1945 (*Bonucci c. Pallavicini*) e del 3 aprile 1946 (*Alberti c. Della Noce*), le quali, oltre a sostenere che il vincolo di inefficacia operasse solo *pro futuro*, ritenevano la R.S.I. un ordinamento statale in tutto e per tutto²⁸⁴⁸. Nella prima di esse, il giudice afferma che, pur essendo la R.S.I. uno Stato qualitativamente non dissimile da ogni altro per la presenza dei requisiti

²⁸⁴⁰ *Repertorio del Foro Italiano* 1946, voce *Legge*, cit., col. 624, n. 30.

²⁸⁴¹ *Ivi*, n. 31. Sull'importanza di questa sentenza si sofferma anche A.M. Di Stefano, *Da Salò alla Repubblica*, cit., p. 145-146.

²⁸⁴² *Repertorio del Foro Italiano* 1946, voce *Guerra*, cit., col. 517, n. 51.

²⁸⁴³ *Ivi*, n. 52.

²⁸⁴⁴ *Ivi*, nn. 53-54.

²⁸⁴⁵ Sul dibattito in giurisprudenza tra retroattività e irretroattività del d.lgs.lgt. n. 239/1944, si veda A.M. Di Stefano, *Da Salò alla Repubblica*, cit., p. 149 ss.

²⁸⁴⁶ *Repertorio del Foro Italiano* 1946, voce *Legge*, cit., col. 624, n. 33.

²⁸⁴⁷ *Ivi*, n. 34.

²⁸⁴⁸ Sull'importanza di queste due sentenze, si sofferma A.M. Di Stefano, *Da Salò alla Repubblica*, cit., p. 126 ss.

richiesti (territorio, popolazione, sovranità), e pur essendo i suoi provvedimenti legislativi, giurisdizionali ed amministrativi in sé stessi validi, essi, tuttavia, in virtù del d.lgs.lgt. n. 249/1944, non potevano esplicare efficacia giuridica nel territorio del Regno d'Italia²⁸⁴⁹, ma l'inefficacia non poteva spiegare i suoi effetti, se non dal giorno della entrata in vigore del provvedimento che la prevedeva²⁸⁵⁰. Nella seconda sentenza, il Tribunale ritiene che i provvedimenti della R.S.I., qualunque fosse la loro natura, potevano essere dichiarati solo inefficaci, ma non nulli²⁸⁵¹, essendo la R.S.I. uno Stato qualitativamente non dissimile dagli altri²⁸⁵²: di conseguenza, i rapporti costituiti in virtù di provvedimenti legislativi emanati dalla R.S.I. e definiti prima dell'entrata in vigore del d.lgs.lgt. n. 249/1944 non erano soggetti a riesame da parte del giudice²⁸⁵³.

Tra le sentenze che riconoscono una certa efficacia agli atti della R.S.I. si può citare anche Trib. Bergamo, 31 luglio 1946 (*Sacerdote c. Lottasi*), riguardante un caso di vendita di beni confiscati ad ebrei²⁸⁵⁴. Nel dichiarare nulla la vendita di beni periziati in cui compratore fosse l'incaricato della perizia da parte di un ente pubblico²⁸⁵⁵, il tribunale affermava che la R.S.I. fosse uno Stato di fatto che faceva sorgere rapporti di imperio tra Stato e cittadini²⁸⁵⁶: di conseguenza, al di fuori dei casi di collaborazionismo, non poteva ravvisarsi un illecito nel fatto di avere accettato un incarico dagli organi pubblici della R.S.I.²⁸⁵⁷. I mandatari degli organi pubblici della R.S.I. erano paragonabili, al di fuori delle ipotesi di collaborazionismo, ai pubblici funzionari per l'esercizio delle loro funzioni²⁸⁵⁸, e la loro responsabilità era limitata ai soli casi di dolo, non essendo perseguibili civilmente il liquidatore dei beni confiscati ed il perito nominato per gli atti compiuti nell'esercizio delle loro funzioni e ratificati dall'ufficio competente²⁸⁵⁹.

Per quanto riguarda l'atteggiamento opposto, volto a circoscrivere al massimo gli effetti degli atti della R.S.I., occorre prendere in considerazione le sentenze che parlavano di nullità o di invalidità degli atti, e non di semplice inefficacia. Per quanto riguarda la nullità, si può citare Trib. Torino, 28 gennaio 1946 (*Palmidossi c. Ministero Lavori Pubblici*), che qualificava come nullo il decreto del capo della provincia della R.S.I., che, in base all'art. 19 l. com. e prov., avesse ordinato la requisizione dei materiali di recupero di immobili sinistrati²⁸⁶⁰. Di invalidità degli atti della R.S.I. in virtù del d.lgs.lgt. n. 249/1944 parlava, invece, Cass. (Milano), 5 ottobre 1945 (*Lodini*), secondo cui l'appartenente alle brigate nere che aveva partecipato a vari rastrellamenti non poteva beneficiare dell'esimente prevista dall'art. 40 c.p.m.p., adducendo di esservi stato costretto da un obbligo impostogli dalla legge della R.S.I., in quanto la R.S.I. era stata costituita in modo fraudolento dall'occupante tedesco per finalità che gli sarebbero state vietate nella sua condizione di occupante – in particolare, la possibilità di fare leva militare attraverso la repubblica alleata –,

²⁸⁴⁹ *Repertorio del Foro Italiano* 1946, voce *Legge*, cit., col. 634, n. 34bis.

²⁸⁵⁰ *Ivi*, n. 34ter.

²⁸⁵¹ *Ivi*, n. 36.

²⁸⁵² *Ivi*, n. 35.

²⁸⁵³ *Ivi*, n. 37.

²⁸⁵⁴ Per un approfondimento della problematica, rinvio a L. Martone, *L'infamia dimenticata: l'esproprio dei beni patrimoniali dei cittadini ebrei dalle leggi del 1938-1939 ed il problema delle restituzioni*, in L. Garlati, T. Vettor, *Il diritto di fronte all'infamia nel diritto*, cit., p. 147 ss.

²⁸⁵⁵ *Repertorio del Foro Italiano* 1946, voce *Amministrazione dello Stato e degli enti pubblici*, col. 32, n. 19.

²⁸⁵⁶ *Ivi*, n. 15.

²⁸⁵⁷ *Ivi*, n. 16.

²⁸⁵⁸ *Ivi*, n. 17.

²⁸⁵⁹ *Ivi*, n. 18.

²⁸⁶⁰ *Ivi*, col. 625, n. 44.

e le sue leggi non avevano valore di comando né effetto legale, essendo state espressamente disconosciute e dichiarate invalide dal d.lgs.lgt. n. 249/1944, e rimanendo, specialmente in materia di leva, inosservate da gran parte dei cittadini²⁸⁶¹.

Un altro caso in cui la giurisprudenza afferma recisamente l'inefficacia degli atti della R.S.I. è sicuramente quello concernente i provvedimenti di clemenza da essa emanati. Interessante, a questo proposito, è Corte App. Milano, 14 novembre 1945 (*Binda*), secondo cui il d.lgs.lgt. n. 249/1944, che privava di efficacia giuridica i provvedimenti legislativi, amministrativi e giudiziari della R.S.I. era da interpretare in maniera restrittiva²⁸⁶²: l'inefficacia giuridica sancita dall'art. 1 d.lgs.lgt. n. 249/1944 operava di diritto e non esisteva una autorità esclusivamente competente a dichiararla, né occorre una speciale procedura²⁸⁶³. Di conseguenza, i provvedimenti di applicazione del d. n. 698/1944 emesso dalla R.S.I. in materia di amnistia ed indulto, pronunciati in periodo di esecuzione penale, non erano compresi nell'art. 1, n. 4, del d.lgs.lgt. n. 249/1944, ma erano nulli per effetto secondario del n. 1 dello stesso articolo²⁸⁶⁴. D'altra parte, occorre tenere presente che questa giurisprudenza si inseriva in un filone teso a negare ogni tipo di efficacia ad amnistie decretate durante il fascismo.

Una considerazione a parte merita la giurisprudenza sui provvedimenti normativi della R.S.I. in materia di canoni di affitto dei fondi rustici, dove i giudici parlano, a seconda dei casi, di invalidità, di nullità, di inefficacia, di abrogazione e finanche di mancata conformità alla Costituzione della Repubblica Sociale. Di impossibilità di convalida parlava Trib. Milano, 21 maggio 1946 (*Figini c. Gonzaga Vescovato*), secondo cui il d. interm. n. 729/1944 della R.S.I. sulle determinazioni dei canoni di affitto dei fondi rustici aveva natura legislativa e non rientrava tra gli atti amministrativi convalidati dall'art. 4 d.lgs.lgt. n. 249/1944²⁸⁶⁵. D'altra parte, secondo il giudice, le norme emanate dal governo italiano legittimo per determinare i prezzi ufficiali dei prodotti agricoli del raccolto 1943-1944 avevano valore solo per il territorio nel quale si esplicava effettivamente l'attività di quel governo²⁸⁶⁶. Di mancata conformità del decreto interministeriale alla Costituzione della R.S.I. parlava, invece, Trib. Cremona, 26 aprile 1945 (*Brandazza c. Pallottino*), secondo cui, inoltre, il decreto interministeriale era stato abrogato dal d.lgs. del Duce n. 563/1944²⁸⁶⁷.

Di inefficacia parlava Trib. Ivrea, 30 giugno 1946 (*Canavesio c. Bovio*), secondo cui il d.lgs. del Duce n. 563/1944, rientrava tra gli atti privati di efficacia giuridica dal d.lgs.lgt. n. 249/1944: di conseguenza, i rapporti tra affittuari e proprietari di fondi rustici nel territorio della R.S.I., fino all'estensione a quel territorio delle norme di legge emanate dal governo legittimo, erano disciplinati esclusivamente dalle disposizioni del codice civile²⁸⁶⁸. Di nullità parlava, infine, Trib. Reggio Emilia, 9 marzo 1946 (*Chiari c. Sassi*), secondo cui il d.lgs. n. 563/1944 doveva considerarsi nullo ai sensi del d.lgs. n. 249/1944²⁸⁶⁹, e le decisioni delle commissioni provinciali istituite in base al predetto d.lgs. giuridicamente inesistenti²⁸⁷⁰, con la conseguenza che i rapporti di

²⁸⁶¹ *Repertorio del Foro Italiano* 1946, voce *Fascismo (sanzioni contro il)*, col. 407, n. 268.

²⁸⁶² *Repertorio del Foro Italiano* 1946, voce *Legge*, cit., col. 624, n. 38.

²⁸⁶³ *Ivi*, col. 625, n. 40.

²⁸⁶⁴ *Ivi*, col. 624-625, n. 39.

²⁸⁶⁵ *Repertorio del Foro Italiano* 1946, voce *Locazione in genere e locazione delle cose*, col. 667, n. 453.

²⁸⁶⁶ *Ivi*, n. 454.

²⁸⁶⁷ *Ivi*, n. 455.

²⁸⁶⁸ *Repertorio del Foro Italiano* 1947, vol. LXX, voce *Legge, regolamento e decreto in genere*, col. 747-748, n. 74.

²⁸⁶⁹ *Repertorio del Foro Italiano* 1946, voce *Locazione*, cit., n. 456.

²⁸⁷⁰ *Ivi*, n. 459.

locazione ai quali si riferivano tali decisioni rimanevano disciplinati dalle leggi sul blocco dei prezzi degli affitti, con la conseguente ripetizione di quanto era stato pagato in più del canone convenuto per effetto di tali decisioni²⁸⁷¹.

Una posizione intermedia tra l'interpretazione più stretta e quella più aperta mi sembra quella giurisprudenza che, pur affermando l'inefficacia degli atti della R.S.I., ne temperava gli effetti attraverso l'istituto della *negotiorum gestio*. In questo senso vanno considerate due sentenze del Tribunale di Brescia, rispettivamente del 6 febbraio 1947 (*Taetti c. XVI Corpo dei Vigili del Fuoco*) e del 20 febbraio 1946 (*Rainoldi c. Ministero della Guerra*). Nella prima di esse, partendo dalla constatazione che il governo fascista repubblicano non rappresentava altro che una organizzazione insurrezionale²⁸⁷², poiché la R.S.I. non aveva né soggettività di diritto internazionale, né personalità di diritto interno²⁸⁷³, e che gli insorti che ne facevano parte avevano acquistato una soggettività internazionale nei limiti in cui questa veniva attribuita ai belligeranti²⁸⁷⁴, il tribunale sosteneva che lo Stato italiano non doveva assumere *iure successionis* le obbligazioni contratte dalla Repubblica Sociale²⁸⁷⁵. Tuttavia, il d.lgs.lgt. n. 249/1944 conteneva delle mitigazioni al principio generale della non attribuibilità allo Stato italiano degli atti compiuti dalla organizzazione antagonista, avendo il legislatore inteso riconoscere gli effetti dell'istituto della «*negotiorum gestio*»²⁸⁷⁶.

Nella seconda, il Tribunale affermava che sul piano del diritto interno, la personalità giuridica della R.S.I. veniva ad essere negata dal d.lgs.lgt. n. 249/1944, che negava ogni efficacia alla produzione giuridica ed agli atti di governo, tranne gli atti in cui era possibile configurare una *negotiorum gestio* nell'interesse dello Stato italiano²⁸⁷⁷. Secondo il Tribunale, infatti, la R.S.I. non aveva posto in essere altro che una amministrazione delegata dalle forze armate germaniche per l'esercizio dei poteri civili sui territori da queste occupati e nel loro prevalente interesse²⁸⁷⁸. Di conseguenza, i governanti repubblicani, dotati di poteri di fatto su tali territori, avevano acquisito la personalità di ordine internazionale e la qualità di belligeranti, ma non avevano dato luogo ad uno Stato ai fini del diritto internazionale, né avevano sottratto in linea di diritto il territorio italiano alla sovranità dello Stato legittimo²⁸⁷⁹.

Della R.S.I. come di una mera organizzazione insurrezionale parlava anche Corte App. Firenze, 3 settembre 1947 (*Ministero Lavori Pubblici c. Sancisi Circolazione e trasporti*), che ribadiva, inoltre, l'idea della continuità dello Stato. In questa sentenza, infatti, i giudici affermano che, nonostante la creazione della R.S.I., che doveva essere considerata solo come organizzazione insurrezionale, gli organi dello Stato italiano nel territorio occupato dal nemico avevano continuato ad essere organi di quello Stato e ad agire in suo nome per tutto quello che riguardava la ordinaria amministrazione. In questa ottica, poiché la gestione di una autostrada era da

²⁸⁷¹ Ivi, n. 460.

²⁸⁷² *Repertorio del Foro Italiano* 1948, voce *Amministrazione dello Stato e degli enti pubblici in genere*, col. 45, n. 34.

²⁸⁷³ Ivi, n. 33.

²⁸⁷⁴ Ivi, n. 35.

²⁸⁷⁵ Ivi, n. 36.

²⁸⁷⁶ Ivi, col. 45-46, n. 37.

²⁸⁷⁷ *Repertorio del Foro Italiano* 1946, voce *Guerra*, cit., col. 515, n. 28.

²⁸⁷⁸ Ivi, n. 26.

²⁸⁷⁹ Ivi, n. 27.

considerare un atto di ordinaria amministrazione, la responsabilità per fatti illeciti compiuti da tali organi rimaneva in capo al governo legittimo²⁸⁸⁰.

Tra le sentenze che cercavano di mediare tra le due diverse posizioni interpretative (quella più stretta e quella più estesa) si può citare anche Trib. Firenze, 30 luglio 1945 (*Weber c. Credito It.*), secondo cui, anche se, in virtù del d.lgs.lgt. n. 249/1944, si dovevano ritenere privi di effetti gli atti ed i provvedimenti legislativi adottati sotto l'impero del governo della R.S.I., tuttavia, ciò non bastava a fare ritenere che, durante il periodo repubblicano, potesse rifiutarsi obbedienza a quei provvedimenti²⁸⁸¹. Interessante, infine, mi sembra anche C. Stato, IV sez., 30 ottobre 1947 (*Società Battistel c. Ministero Industria*), secondo cui l'emanazione di un provvedimento del governo legittimo – nel caso di specie, il d.l. n. 21/1947 – che convalidava una assegnazione di prodotti industriali fatta dagli organi della R.S.I. non determinava la cessazione della materia del contendere, se il provvedimento contro cui si ricorreva avesse annullato l'assegnazione²⁸⁸².

²⁸⁸⁰ *Repertorio del Foro Italiano* 1949, vol. LXXII, voce *Amministrazione dello Stato e degli enti pubblici in genere*, col. 49, n. 22.

²⁸⁸¹ *Repertorio del Foro Italiano* 1946, voce *Legge*, cit., col. 624, n. 32.

²⁸⁸² *Repertorio del Foro Italiano* 1947, voce *Giustizia amministrativa*, col. 596, n. 101.

3.2. La giurisprudenza successiva all'entrata in vigore della Costituzione

L'entrata in vigore della Costituzione repubblicana non cambia i paradigmi interpretativi della giurisprudenza, che tende a riconfermare quanto sostenuto negli anni precedenti. Tuttavia, la Costituzione introduce senza dubbio un fattore di ulteriore complicazione dell'attività interpretativa dei giudici, se non altro perché, in alcuni casi, viene eccepito il contrasto tra la normativa del periodo provvisorio ed il testo costituzionale. Per quanto riguarda, in particolare, la legittimità della attività normativa del Governo durante il regime provvisorio, la giurisprudenza tende, da un lato, a negare la possibilità di sottoporre decreti legislativi e decreti legge ad un sindacato sulla base degli artt. 76 e 77 Cost., e, dall'altro ad interpretare in modo molto largo la XVI disp. trans. Cost., in modo da farli salvi. Per quanto riguarda la giurisprudenza amministrativa, si può citare Cons. Stato, sez. V, 22 dicembre 1948 (*Pietradefusi c. Pres. Cons.*), secondo cui le norme emanate in base all'esercizio del potere legislativo preparlamentare non rientravano nell'ipotesi di delegazione normale prevista dalla Costituzione, e non dovevano essere emanate dal Capo dello Stato, il quale conservava nei loro confronti il potere di promulgarle²⁸⁸³. In senso simile, anche Cons. Stato, sez. IV, 9 maggio 1951 (*Demetzi c. Min. Int.*), secondo cui il d.l.lgt. n. 151/1944 non era una legge di delegazione, ma riconosceva una situazione di fatto dalla quale il Governo traeva direttamente il potere di legiferare, e la sua efficacia non poteva ritenersi cessata con l'entrata in vigore della costituzione, che poneva begli artt. 76 e 77 Cost. particolari condizioni per l'esercizio della potestà legislativa da parte del Governo²⁸⁸⁴.

Queste affermazioni, d'altra parte, si inserivano in un *contesto* giurisprudenziale generalmente assai cauto nel sindacare gli atti legislativi. Basti pensare, per esempio, a Cons. Stato, sez. V, 21 luglio 1950 (*Com. Modena c. Manicardi*), in cui il massimo organo di giustizia amministrativa afferma che l'autorità giurisdizionale non poteva pronunciarsi in via principale sulla costituzionalità di un provvedimento legislativo, perché questo rientrava nei poteri della Corte costituzionale, e neppure incidentalmente poteva sindacarne il merito, e cioè l'opportunità e bontà degli atti legislativi²⁸⁸⁵. In senso simile, anche Cons. Stato, sez. V, 26 aprile 1950 (*Palmieri c. Pref. Brindisi*), ove i giudici amministrativi affermano che il Consiglio di Stato non si poteva pronunciare in via principale sulla costituzionalità di un atto legislativo, ma soltanto dichiarare illegittimi gli atti dei privati o della P.A. basati su leggi incostituzionali²⁸⁸⁶.

Per quanto riguarda la giurisprudenza ordinaria, si può citare Cass., 21 marzo 1949 (*Invernizzi c. Dossi*), secondo cui non rientrava nel concetto di materia costituzionale tutto ciò che non violava il diritto di legiferare in quella materia, come richiesto al Governo dal d.lgs.lgt. n. 98/1946²⁸⁸⁷: le leggi approvate in virtù del d.lgs.lgt. 19 ottobre 1944, che non poneva alcun limite di carattere costituzionale, avevano caratteri di leggi formali, e su di esse, dal punto di vista costituzionale, poteva esercitarsi solamente il sindacato estrinseco²⁸⁸⁸. Per materia costituzionale, secondo i giudici di Cassazione, si doveva intendere, fino alla entrata in vigore della Costituzione, ogni disposizione relativa alla essenza e alle funzioni dei poteri fondamentali dello Stato, alla loro

²⁸⁸³ *Repertorio del Foro Italiano* 1949, voce *Legge, regolamento e decreto in genere*, col. 943, n. 39-40.

²⁸⁸⁴ *Repertorio del Foro Italiano* 1951, vol. LXXIV, voce *Legge, regolamento e decreto in genere*, col. 1223-1224, n. 58.

²⁸⁸⁵ *Repertorio del Foro Italiano* 1950, vol. LXXIII, voce *Legge, regolamento e decreto in genere*, col. 1162, n. 45.

²⁸⁸⁶ *Ivi*, n. 46.

²⁸⁸⁷ *Repertorio del Foro Italiano* 1949, voce *Legge, regolamento e decreto in genere*, cit., col. 944, n. 42-43.

²⁸⁸⁸ *Ivi*, n. 44.

disciplina giuridica, alla loro reciproca posizione ed ai loro rapporti (Cass., 28 febbraio 1950, *Cittadini c. Mignini*)²⁸⁸⁹.

Sull'inapplicabilità delle disposizioni costituzionali alla potestà legislativa provvisoria, si può citare anche Cass., 7 maggio 1950 (*Perrone*), secondo cui l'art. 77 Cost. sulle condizioni di validità dei decreti legislativi si applicava solo ai provvedimenti del potere esecutivo emessi dopo l'8 maggio 1948, e non a quelli emanati in precedenza di sensi del d.lgs.lgt. n. 98²⁸⁹⁰. Sulla stessa scia anche Cass., 16 gennaio 1951 (*Taglioni*), secondo cui non era applicabile l'art. 77 Cost. ai decreti legislativi emanati prima dell'entrata in vigore della Costituzione, in quanto tali decreti derivavano dalla potestà legislativa autonoma affidata per ogni materia al Governo dal d.l.lgt. n. 151/1944 e dal d.lgs.lgt. n. 98/1946²⁸⁹¹. I giudici ritengono, inoltre, che la mancata presentazione di detti decreti al Parlamento non comportava la loro decadenza²⁸⁹². In altri casi, invece, i giudici, pur continuando a negare che i decreti adottati durante il regime provvisorio possano essere sindacati alla luce della Costituzione, ritengono che sia sufficiente la mera presentazione al Parlamento, e non la loro approvazione. In tal senso, si possono citare due sentenze della Cassazione penale del maggio 1951, rispettivamente Cass., 16 maggio 1951 (*Duvia*)²⁸⁹³, e Cass., 29 maggio 1951 (*Zechsg*)²⁸⁹⁴.

Tra le sentenze che negano la sindacabilità della normativa del periodo provvisorio sulla base del testo costituzionale si può citare anche Trib. Militare, 1 agosto 1951 (*Graziani*), in cui viene sottolineato che i dd.lgs.lgt. nn. 159/1944 e 142/1945 in materia di sanzioni contro il fascismo erano stati emanati in virtù del d.l.lgt. n. 151/1944, e tale decreto era stato convertito in legge in virtù della XV disp. trans. Costituzione: pertanto, tutti i dd.lgs.lgt. che da esso traevano fondamento e origine, rivestivano carattere di legittimità nei confronti della Costituzione²⁸⁹⁵. Secondo i giudici, l'art. 5 d.lgs.lgt. n. 159/1944 aveva efficacia retroattiva²⁸⁹⁶, e non contrastava con l'art. 25 Cost., perché esso si riferiva solo alle leggi approvate dopo l'entrata in vigore della Costituzione, e il d.lgs.lgt. in questione non era stato tacitamente abrogato²⁸⁹⁷.

Per quanto riguarda invece la problematica del termine della potestà legislativa provvisoria conferita al Governo dal d.lgs.lgt. n. 98/1946, la giurisprudenza è, in un primo tempo, oscillante, salvo poi dare una lettura il più possibile estensiva della XVI disp. trans., in modo da fare salvi tutti i provvedimenti legislativi. Emblematica, in particolare, è la giurisprudenza sul d.l. n. n. 726/1948, adottato dal Governo in virtù della potestà legislativa provvisoria il 7 maggio 1948, ovvero, il giorno precedente la prima riunione delle Camere della I Legislatura repubblicana. Per quanto riguarda l'interpretazione restrittiva, si può citare Trib. Palermo, 22 settembre 1948 (*Valenti*), che ne afferma la incostituzionalità in base sulla base del fatto che la potestà legislativa provvisoria fosse cessata il 10 febbraio 1948, data di convocazione del nuovo Parlamento ad opera del d.p.r. n. 33/1948²⁸⁹⁸. In senso simile anche Trib. Torino, 13 gennaio 1949 (*Burdino*), che

²⁸⁸⁹ *Repertorio del Foro Italiano* 1950, voce *Legge, regolamento e decreto in genere*, cit., col. 1162, n. 43-44.

²⁸⁹⁰ *Ivi*, n. 53.

²⁸⁹¹ *Repertorio del Foro Italiano* 1951, voce *Legge, regolamento e decreto in genere*, cit., col. 1223, n. 49.

²⁸⁹² *Ivi*, n. 50.

²⁸⁹³ *Ivi*, n. 52.

²⁸⁹⁴ *Ivi*, n. 51.

²⁸⁹⁵ *Repertorio del Foro Italiano* 1951, voce *Fascismo (sanzioni contro il)*, col. 784, n. 33.

²⁸⁹⁶ *Ivi*, n. 34.

²⁸⁹⁷ *Ivi*, n. 35.

²⁸⁹⁸ *Repertorio del Foro Italiano* 1949, voce *Legge, regolamento e decreto in genere*, cit., col. 945, n. 64.

ne afferma la incostituzionalità sulla base del fatto che la delega di potestà legislativa al Governo era da intendersi sussistente sino alla convocazione del Parlamento, e non già sino alla riunione²⁸⁹⁹.

Per quanto riguarda, invece, l'interpretazione più ampia, si può citare Trib. Firenze, 6 novembre 1948 (*Gorzi*), secondo cui il d.l. n. 726/1948 era legittimo perché rientrava nella delega di potestà legislativa conferita al Governo con i d.l.lgt. n. 151/1944 e d.lgs.lgt. n. 98/1946, e tali decreti non erano stati abrogati, ma, anzi, riconfermati nella loro efficacia sino al giorno di convocazione delle Camere dalle disposizioni transitorie della Costituzione²⁹⁰⁰. In senso simile, Corte App. Brescia, 13 ottobre 1949 (*Zubbi*), secondo cui il d.l. n. 726/1948 era costituzionale²⁹⁰¹, in base alla motivazione che la potestà legislativa attribuita al Governo dal d.l.lgt. n. 151/1944 e dal d.lgs.lgt. n. 98/1946 era cessata solo l'8 maggio 1948, giorno della riunione e convocazione del nuovo Parlamento²⁹⁰². L'art. 6 d.lgs.lgt. n. 98/1946, secondo cui i decreti adottati dal Governo dovevano essere sottoposti a ratifica da parte del nuovo Parlamento entro un anno dalla sua entrata in funzione, non era da interpretarsi nel senso che dovessero essere effettivamente ratificati entro quel termine²⁹⁰³.

Nello stesso senso, anche due ulteriori sentenze della Cassazione del 1951, rispettivamente Cass., 10 gennaio 1951 (*Pittuè*), e Cass., 10 maggio 1951 (*Guidoboni*). Nella prima, la Suprema Corte ritiene legittimo il d.l. in questione, con la motivazione che esso era stato presentato al Parlamento il 4 maggio 1949²⁹⁰⁴: secondo i giudici, infatti, l'art. 6 d.lgs.lgt. n. 98/1946 poneva il termine di un anno dalla entrata in funzione del Parlamento stesso come condizione di validità delle leggi deliberate da organi diversi dall'Assemblea costituente²⁹⁰⁵, ed il termine era da interpretare nel senso che, per l'adempimento della condizione era sufficiente la presentazione del provvedimento al Parlamento nel corso dell'anno²⁹⁰⁶. Nella seconda di esse, la Cassazione afferma che l'art. 77 Cost. si applicava ai soli decreti legge emanati in virtù della facoltà conferita al Governo dallo stesso art. 77 Cost., e non a quelli emanati in virtù di norme del tutto diverse²⁹⁰⁷. Un punto dove la giurisprudenza successiva all'entrata in vigore della Costituzione e quella del periodo precedente sembrano in qualche modo divergere è sulla considerazione dei C.L.N., nel senso che la giurisprudenza successiva al 1948 sembra riconoscere spazi che la giurisprudenza precedente sembrava negare. Esemplare, in questo senso, è Cass., 13 gennaio 1951 (*Bertuzzi c. Ditta off. Brev. Radi*), in cui viene affermato che i C.L.N.A.I., sia nel periodo clandestino in cui funzionavano in opposizione alla organizzazione illegittima del governo della R.S.I., sia nel periodo successivo al 25 aprile in cui agivano sempre in virtù dei poteri delegati dal governo legittimo per l'esercizio delle funzioni rappresentative che esso non era in grado di esercitare, compresa l'emanazione delle norme giuridiche²⁹⁰⁸. Viene ugualmente riconosciuto un ruolo al C.L.N. anche da Corte App. Brescia, 1 febbraio 1949 (*Varutti c. Lazzari*), ove viene affermato che

²⁸⁹⁹

²⁹⁰⁰ Ivi, col. 944-945, n. 58.

²⁹⁰¹ Ivi, col. 945, n. 62.

²⁹⁰² Ivi, n. 61.

²⁹⁰³ Ivi, n. 63.

²⁹⁰⁴ *Repertorio del Foro Italiano* 1951, voce *Legge*, cit., col. 1223, n. 55.

²⁹⁰⁵ Ivi, n. 53.

²⁹⁰⁶ Ivi, n. 54.

²⁹⁰⁷ Ivi, n. 57.

²⁹⁰⁸ *Repertorio del Foro Italiano* 1951, voce *Occupazione del territorio nazionale*, col. 1518, n. 17.

non poteva essere ritenuto responsabile il rappresentante del C.L.N. per fatti commessi da diversi precedenti rappresentanti, neanche quando aveva confermato e convalidato nella sua qualifica tali fatti, insistendo per il residuo di una lamentata multa imposta dal C.L.N.²⁹⁰⁹.

Altra sentenza che riconosce un ruolo ai C.L.N. è Trib. Lucca, 3 febbraio 1949 (*Castrucci c. Leoni*), secondo cui fino a quando non erano stati sostituiti dai normai organi amministrativi i C.L.N. avevano natura di organi attivi della P.A., per diventare poi organi consultivi²⁹¹⁰. Secondo i giudici, tuttavia, la chiamata in giudizio del C.L.N. per rispondere di fatti compiuti nel primo periodo doveva essere esperita contro gli organi normali della P.A. ad essi succeduti, anche quando i C.L.N. sopravvivevano come organi consultivi²⁹¹¹. Sulla stessa scia, anche Corte App. Milano, 1 luglio 1949 (*Min. int. c. Bernasconi*), secondo cui i C.L.N.A.I., anche dopo il sopravvento del governo militare alleato, continuavano a sussistere con funzioni consultive, quali organi periferici della Amministrazione statale, con la conseguenza che l'Amministrazione dello Stato era da ritenersi civilmente responsabile dei danni cagionati a terzi dal fatto colposo di un dipendente del C.L.N., nell'adempimento delle sue mansioni dopo l'avvenuto scioglimento di tali Comitati²⁹¹².

Una riaffermazione della giurisprudenza precedente è Trib. Massa, 2 maggio 1950 (*Impresa De Nobili c. Carsanelli*), ove viene affermato che dopo la liberazione del territorio nazionale e la instaurazione del governo militare alleato e delle autorità locali, i C.L.N. non avevano personalità giuridica pubblica o privata e non esplicavano attività che si poteva riconoscere come impegnante a qualsiasi titolo la responsabilità dello Stato²⁹¹³. In senso simile, anche Trib. Verona, 30 gennaio 1951 (*Sonale c. Cinalli*), secondo cui l'attività dei C.L.N. era riferibile alla P.A. solo quando era spiegata in conformità delle leggi e appariva necessitata dall'urgente bisogno di soddisfare un pubblico interesse²⁹¹⁴: in virtù di ciò, i membri di un C.L.N. erano personalmente responsabili per l'ablazione di bestiame effettuata senza il rispetto delle forme della confisca o della requisizione, e che non era stata successivamente convalidata dai competenti organi amministrativi²⁹¹⁵. Sulle requisizioni ad opera dei C.L.N., si può citare anche Cass., 9 ottobre 1950 (*Morandi c. Testa*), secondo cui i comitati giurisdizionali per le requisizioni erano incompetenti a conoscere delle controversie relative ad atti di ablazione di cose di privati compiuti da C.L.N. locali, quando questi atti erano privi dei requisiti sostanziali e formali delle requisizioni²⁹¹⁶, né tanto meno il giudice ordinario poteva ordinare la restituzione delle cose oggetto dell'ablazione al proprietario²⁹¹⁷.

Per quanto riguarda gli atti del governo militare alleato, una affermazione della loro efficacia è Trib. Cremona, 24 maggio 1948 (*Gramignola c. Bosio*), secondo cui l'ordine regionale n. 11 del governo militare alleato della Lombardia traeva la sua forza obbligatoria dal r.d. n. 11/1944²⁹¹⁸. Nello stesso senso, anche Cass., 27 aprile 1951 (*Cusolito c. Soc. Elettr. Liparese*), secondo cui non poteva essere sindacato il fatto se i provvedimenti del governo militare alleato che incidevano

²⁹⁰⁹ *Repertorio del Foro Italiano* 1949, voce *Responsabilità civile*, col. 1430-1431, n. 168.

²⁹¹⁰ *Ivi*, col. 1425, n. 94.

²⁹¹¹ *Ivi*, n. 95.

²⁹¹² *Ivi*, n. 96.

²⁹¹³ *Repertorio del Foro Italiano* 1951, voce *Occupazione del territorio nazionale*, cit., col. 1518, n. 18.

²⁹¹⁴ *Ivi*, n. 19.

²⁹¹⁵ *Ivi*, n. 20.

²⁹¹⁶ *Ivi*, n. 21.

²⁹¹⁷ *Ivi*, n. 22.

²⁹¹⁸ *Repertorio del Foro Italiano* 1948, voce *Legge*, cit., col. 781, n. 74.

sulle proprietà private erano stati emessi per fini e necessità di guerra, sia perché le norme dell'armistizio del 29 settembre 1943 attribuivano agli Alleati in Italia poteri più ampi di quelli consentiti all'occupante, sia perché questi provvedimenti dovevano ritenersi compresi tra gli atti ed i patti indicati nel d.l. n. 31/1944 e successivi proclami del Presidente del Consiglio dei Ministri, che li dichiarava efficaci come se fossero stati effettuati dal governo italiano²⁹¹⁹. Di diverso avviso, è, invece, Corte App. Genova, 22 giugno 1950 (*Corsino c. Min. Difesa*), secondo cui nei territori in cui erano in corso operazioni militari, nonché in quelli adiacenti in cui l'amministrazione non era stata restituita dagli alleati al governo italiano, il comando militare alleato esercitava i poteri che, secondo le leggi e gli usi di guerra, spettavano ad una potenza occupante parte di territorio²⁹²⁰.

Altra affermazione di piena vigenza degli atti del governo militare alleato è Cass., 8 febbraio 1951 (*Magri c. Di Marco*), in cui la Suprema Corte afferma la legittimità l'ord. n. 22 del commissario provinciale del governo militare alleato con cui, per ragioni di mantenimento dell'ordine pubblico, era stata disposta la sospensione a partire dal 1 maggio 1945 di tutti i diritti ed obblighi inerenti ad accordi e contratti in materia di macchiatico e di legname allestito ma non ancora esitato al consumo²⁹²¹, in quanto rientravano tra le misure che lo Stato occupante era legittimato a compiere per il mantenimento dell'ordine pubblico i provvedimenti con cui togliere efficacia e modificare condizioni contrattuali divenute eccessivamente onerose o ineseguibili, allo scopo di porre un freno alle speculazioni ed agli accaparramenti²⁹²², non avendo il giudice italiano il potere di controllare se il provvedimento era effettivamente adeguato alle finalità di ordine pubblico²⁹²³. In senso simile, anche Cass., 3 ottobre 1951 (*Molino c. Uff. trasp. Roma*), in cui veniva affermato che l'ufficio trasporti Roma, costituito dalla autorità militare occupante il 1 luglio 1944 per fare fronte all'urgente bisogno di organizzare, disciplinare e controllare il sistema dei trasporti, nell'interesse esclusivo della popolazione, aveva natura di ente pubblico ed era fornito della potestà di emanare norme imperative disciplinanti la materia dei trasporti²⁹²⁴.

Per quanto riguarda l'occupante tedesco, molto interessante è la giurisprudenza sull'applicabilità del d.lgs.lgt. n. 249/1944 alla zona delle Prealpi. Per quanto riguarda la tesi che ne nega l'applicazione, si possono citare due sentenze della Corte App. Trento, rispettivamente dell'8 marzo 1948 (*Theiner c. Marcovic*) e 21 marzo 1951 (*Cassa di Risparmio Bolzano c. Augustin*). In questa ultima, i giudici affermano che il d.lgs.lgt. n. 249/1944 non poteva trovare applicazione ai provvedimenti emanati dal commissario supremo della zona delle Prealpi, poiché questa zona non era mai stata sottoposta alla R.S.I., ma aveva formato oggetto di esclusiva e diretta occupazione germanica²⁹²⁵. Nella prima sentenza, invece, era stato affermato che il d.lgs.lgt. n. 249/1944 non era applicabile nella zona delle Prealpi²⁹²⁶, in quanto la zona era stata sottoposta all'integrale potestà di governo dello Stato tedesco, con esclusione di ogni ingerenza da parte della R.S.I.²⁹²⁷: di conseguenza, i decreti di autorizzazione e di rifiuto ai trapassi immobiliari da parte dei commissari-prefetti, nominati dallo Stato tedesco occupante e non dipendenti dalla R.S.I.,

²⁹¹⁹ *Repertorio del Foro Italiano* 1951, voce *Occupazione del territorio nazionale*, cit., col. 1522, n. 75.

²⁹²⁰ *Ivi*, col. 1519, n. 37.

²⁹²¹ *Ivi*, col. 1523, n. 84.

²⁹²² *Ivi*, n. 82.

²⁹²³ *Ivi*, n. 83.

²⁹²⁴ *Ivi*, n. 86.

²⁹²⁵ *Ivi*, col. 1518-1519, n. 26.

²⁹²⁶ *Ivi*, col. 1519, n. 28.

²⁹²⁷ *Ivi*, n. 27.

non potevano considerarsi imputabili alla Repubblica di Salò²⁹²⁸, e nei loro confronti non erano perciò applicabili le disposizioni comminanti l'invalidità²⁹²⁹.

Questa sentenza aveva ribaltato quanto sostenuto dai giudici di primo grado. In Trib. Bolzano, 26 maggio 1950 (*Augustin c. Cassa di Risparmio Bolzano*), infatti, era stato affermato che il d.lgs.lgt. n. 249/1944 era applicabile anche ai territori della zona delle Prealpi sottoposti alla dominazione tedesca²⁹³⁰, e, in conseguenza di ciò, era da considerare privo di efficacia un licenziamento disposto in quella zona durante il regime di occupazione²⁹³¹. In senso simile, anche Trib. Bolzano, 31 ottobre 1949 (*Durazzo c. Bonomi*), secondo cui il d.lgs.lgt. n. 249/1944 era applicabile nella zona delle Prealpi²⁹³², in quanto, anche se la zona comprendente le province di Bolzano, Trento e Belluno era stata sottoposta, durante l'occupazione del 1944-1945, ad una ingerenza dello Stato tedesco occupante assai maggiore di quanto non era avvenuto nelle altre province italiane²⁹³³, la potestà di governo della R.S.I., pur se molto ridotta, non era stata totalmente soppressa²⁹³⁴: i commissari-prefetti di tale zona, benché nominati dallo Stato tedesco occupante, svolgevano una attività amministrativa nell'ambito dell'ordinamento italiano, e i decreti di autorizzazione e di rifiuto ai trapassi immobiliari da essi emanati dovevano essere considerati come adottati sotto l'impero della R.S.I., e quindi sottoposti alle invalidità comminate dal d.lgs.lgt. n. 249/1944²⁹³⁵.

Altra sentenza che nega l'applicabilità del d.lgs.lgt. n. 249/1944 agli atti dell'occupante tedesco è Cass., 24 luglio 1951 (*Magnifica comunità Fiemme c. Import. Esport. Legnami*), secondo cui le norme dei d.lgs.lgt. nn. 249/1944 e 3/1946 si applicavano alle requisizioni ordinate dagli organi della R.S.I., ma non riguardavano affatto le requisizioni disposte dall'esercito tedesco quale autorità militare occupante²⁹³⁶, poiché queste requisizioni andavano valutate alla luce del regolamento internazionale dell'Aja concernente le leggi di guerra²⁹³⁷. Di conseguenza, esse potevano essere ritenute arbitrarie solo se non erano conformi all'art. 51 del suddetto regolamento²⁹³⁸. D'altra parte, va tenuto presente che la stessa Cassazione aveva affermato che la facoltà di requisizione nel territorio nazionale da parte di eserciti stranieri era regolata da accordi internazionali e non dipendeva dall'art. 835 c.c. (Cass., 8 giugno 1951, *Improta c. Ranieri*)²⁹³⁹.

Una affermazione di validità ed efficacia degli atti dell'occupante tedesco è anche in Cons. Stato, sez. VI, 28 agosto 1951 (*Dusmet c. Min. Int.*), secondo cui lo Stato che occupava in guerra una parte del territorio nemico aveva l'obbligo di provvedere all'amministrazione del territorio occupato, e, quindi, di chiedere ai cittadini il pagamento delle imposte, con la conseguenza che doveva ritenersi illegittimo l'atto con cui il Ministero della Difesa, dopo avere riconosciuto che le province di Trento e Bolzano erano state soggette ad occupazione nemica dopo l'8 settembre 1943, aveva invitato gli appartenenti alle forze di polizia che avevano prestato servizio in quei luoghi a restituire le somme percepite in più rispetto all'ordinamento vigente dello Stato

²⁹²⁸ Ivi, n. 29.

²⁹²⁹ Ivi, n. 30.

²⁹³⁰ Ivi, n. 35.

²⁹³¹ Ivi, n. 36.

²⁹³² Ivi, n. 33.

²⁹³³ Ivi, n. 31.

²⁹³⁴ Ivi, n. 32.

²⁹³⁵ Ivi, n. 34.

²⁹³⁶ Ivi, col. 1520, n. 50.

²⁹³⁷ Ivi, n. 51.

²⁹³⁸ Ivi, n. 52.

²⁹³⁹ Ivi, col. 1519, n. 38.

italiano²⁹⁴⁰. D'altra parte, è da tenere presente anche che i giudici ordinari avevano affermato che la occupazione di parte del territorio nazionale non estingueva la sovranità su di esso da parte dello Stato occupato, né importava sostituzione della legislazione in esso vigente con quella dello Stato occupante (Corte App. Napoli, 10 ottobre 1951, *Scarfoglio c. Lauro*)²⁹⁴¹.

Per quanto riguarda, infine, gli atti della R.S.I., permane sempre una differente valutazione, da parte del giudice amministrativo e da parte del giudice ordinario, sulla loro efficacia. Questa differenza interpretativa emerge nettamente se si comparano, ad esempio, due sentenze del luglio 1949, una della Cassazione penale, ed una del Consiglio di Stato: in Cass., 1 luglio 1949 (*Gilli*), infatti, viene affermato che le cose di pertinenza della P.A. esistenti nel territorio occupato dai tedeschi dopo il 9 settembre 1943, che i tedeschi non avevano fatto proprie a titolo di preda bellica, rimanevano pur sempre di proprietà della Amministrazione, della quale il governo di fatto della R.S.I. era l'esponente²⁹⁴²; in Cons. Stato, sez. VI, 12 luglio 1949 (*Soc. Monti c. Ministero dell'Agricoltura*), viene sostenuto, invece, che la convalida di trasferimento di un bene immobile tra enti pubblici avvenuto nel periodo della R.S.I. era nulla per eccesso di potere, se nella motivazione non era messo in rilievo l'interesse pubblico per cui la convalida stessa era data²⁹⁴³.

La consueta posizione critica della magistratura amministrativa nei riguardi degli atti della R.S.I. viene ribadita in una serie di sentenze del Consiglio di Stato in cui si parla di totale inefficacia degli stessi, e precisamente Cons. Stato, sez. V, 27 novembre 1948 (*Farina c. Ente Naz. Addestr. lavoro commerc.*), e Cons. Stato, sez. V, 12 marzo 1949 (*Sandri c. Ministero Industria*). Nella prima di esse, l'organo di giustizia amministrativa statuisce che i licenziamenti adottati sotto l'impero della R.S.I. erano *ope legis* privi di efficacia giuridica, e pertanto dovevano ritenersi come mai intervenuti²⁹⁴⁴. Nella seconda veniva affermato, invece, che l'atto con il quale l'amministrazione sottraeva una torbiera alla disponibilità del proprietario per darla in concessione ad un terzo, se compiuto sotto l'impero della R.S.I., doveva intendersi compreso tra le categorie di atti colpiti da inefficacia, ai sensi del d.lgs.lgt. n. 249/1944²⁹⁴⁵. In controtendenza si può citare, invece, Cons. Stato, 6 luglio 1948, secondo cui i provvedimenti legislativi adottati sotto l'impero della R.S.I. che autorizzavano l'acquisto di beni non rientravano fra gli atti giuridicamente inefficaci ai sensi del d.lgs.lgt. n. 249/1944²⁹⁴⁶.

Una ulteriore conferma della tradizionale linea interpretativa di sfavore nei riguardi degli atti della R.S.I. si può trarre anche da Cons. Stato, sez. VI, 2 luglio 1951 (*Aldrovandi c. Min. Trasp.*)²⁹⁴⁷, ove viene affermato che la nullità degli atti amministrativi sanciti dal d.lgs.lgt. n. 249/1944 non colpiva solo gli atti politici e di governo, ma tutti i provvedimenti adottati dall'amministrazione illegittima. D'altra parte, possono essere viste come espressione di questa linea interpretativa anche le cautele che i giudici amministrativi ponevano in ordine alla convalida degli atti. In Cons. Stato, sez. IV, 4 aprile 1951 (*Zatta c. Finanze*), i giudici sostengono che l'atto di convalida di un provvedimento adottato sotto l'impero della R.S.I., in virtù del suo carattere costitutivo, e non confermativo,

²⁹⁴⁰ Ivi, col. 1523, n. 81.

²⁹⁴¹ Ivi, col. 1522, n. 78.

²⁹⁴² *Repertorio del Foro Italiano* 1949, voce *Amministrazione dello Stato*, cit., col. 53, n. 69.

²⁹⁴³ Ivi, col. 53-54, n. 70.

²⁹⁴⁴ *Repertorio del Foro Italiano* 1949, voce *Repubblica sociale italiana (provvedimenti della)*, col. 1397, n. 4.

²⁹⁴⁵ Ivi, n. 5.

²⁹⁴⁶ *Repertorio del Foro Italiano* 1950, voce *Repubblica sociale italiana (provvedimenti della)*, col. 1708, n. 6.

²⁹⁴⁷ *Repertorio del Foro Italiano* 1951, voce *Atto amministrativo*, col. 185, n. 150.

doveva trovare la sua legittimazione con riferimento al tempo in cui era stato emesso l'atto e al tempo in cui lo stesso era stato convalidato²⁹⁴⁸. In Cons. Stato, sez. VI, 17 ottobre 1951 (*Iannitelli c. I.N.A.M.*), il massimo organo della giustizia amministrativa afferma che il decreto di convalida si concretava, rispetto all'atto convalidato, come un provvedimento nuovo ed autonomo, di carattere costitutivo, operante con efficacia retroattiva ed impugnabile per vizi propri, sulla base di un interesse attuale e di una lesione giuridica immediata, che il precedente provvedimento non era suscettibile di produrre per la sanzione di inefficacia da cui era colpito. Di conseguenza, il giudicato formatosi sulla legittimità dell'atto convalidato non operava come preclusione del ricorso contro il decreto di convalida²⁹⁴⁹.

Ulteriore sentenza che può essere ricompresa in questa linea interpretativa è Cons. Stato, sez. VI, 5 giugno 1951 (*Valentini c. Ministero Tesoro*), nella quale viene affermato che la convalida di cui al d.lgs.lgt. n. 249/1944 si poteva ritenere legittima quando era disposta in funzione dell'interesse pubblico attuale e non sulla sola base dell'esclusione del movente politico nel provvedimento da convalidare²⁹⁵⁰. I giudici amministrativi ritenevano, inoltre, applicabile il d.lgs.lgt. n. 249/1944 anche agli atti provenienti da organi istituiti direttamente dalle autorità germaniche nelle zone soggette alla loro occupazione²⁹⁵¹. Una qualche apertura della magistratura amministrativa nei confronti degli atti della R.S.I. sembra essere, invece, Cons. Stato, sez. IV, 27 luglio 1948 (*Umbrica c. Min. agr.*), in cui viene affermato che la federazione dei consorzi agrari era un ente pubblico, ai cui provvedimenti era applicabile l'art. 2 d.lgs.lgt. n. 249/1944²⁹⁵².

Quanto alla giurisprudenza ordinaria, permangono le due linee interpretative (quella più rigida e quella più aperta sulla efficacia degli atti) che avevo cercato di mettere in evidenza nel paragrafo precedente. Una affermazione di totale inefficacia degli atti della R.S.I. è, per esempio, in Trib. Venezia, 31 gennaio 1948 (*Fael c. R.O.M.S.A.*), secondo cui i bandi emanati dall'autorità militare della R.S.I. erano privi di efficacia giuridica, in quanto rientranti negli atti politici o di governo²⁹⁵³. In senso simile, anche Cass., 4 marzo 1949 (*Pillironi c. Lustrì*), secondo cui il d.lgs.lgt. n. 249/1944, dichiarando privi di efficacia i provvedimenti legislativi e regolamentari della R.S.I. negava a tali atti normativi efficacia sin dall'origine, ovverosia dal momento della loro emanazione, con effetto *ex tunc*, e non soltanto per l'avvenire²⁹⁵⁴.

Della R.S.I. come di un governo fantoccio costituito dai tedeschi per il raggiungimento dei propri fini bellici²⁹⁵⁵, e non solo come governo illegittimo, parlava Trib. Torino 25 maggio 1949 (*Cipriani c. Bessone*), secondo cui la creazione tra gli organi della R.S.I. della G.N.R. (Guardia Nazionale Repubblicana) e dell'U.P.I. (Ufficio Politico Investigativo) aveva lo scopo di svolgere una azione a favore dell'occupante tedesco e di ostacolare la lotta partigiana, sostenuta dal governo legittimo²⁹⁵⁶. Di conseguenza, l'attività esplicitata dai funzionari dell'U.P.I., volta ad arrestare e consegnare alle autorità nazifasciste i partigiani concretizzava gli estremi del reato previsto dall'art. 5 d.lgs.lgt. n. 159/1944, in correlazione con l'art. 58 c.p.m.g., e generava un illecito civile

²⁹⁴⁸ Ivi, n. 153.

²⁹⁴⁹ Ivi, n. 154.

²⁹⁵⁰ *Repertorio del Foro Italiano* 1951, voce *Fascismo*, cit., col. 787, n. 75.

²⁹⁵¹ Ivi, n. 74.

²⁹⁵² *Repertorio del Foro Italiano* 1949, voce *Repubblica sociale italiana*, cit., col. 1397, n. 5.

²⁹⁵³ *Repertorio del Foro Italiano* 1948, voce *Legge*, cit., col. 781, n. 73.

²⁹⁵⁴ *Repertorio del Foro Italiano* 1949, voce *Repubblica sociale italiana (provvedimenti della)*, col. 1397, n. 3.

²⁹⁵⁵ *Repertorio del Foro Italiano* 1949, voce *Responsabilità civile*, col. 1431, n. 176.

²⁹⁵⁶ Ivi, n. 177.

che impegnava la responsabilità personale del funzionario nei confronti del privato danneggiato dalla sua azione²⁹⁵⁷.

Manifestazione della tendenza interpretativa restrittiva è anche quella giurisprudenza che nega ogni forma di responsabilità civile dello Stato italiano per quegli atti della R.S.I. non espressamente fatti propri. Interessanti sono, a questo proposito, sono tre sentenze di giudici ordinari, rispettivamente Corte App. Genova, 20 agosto 1948 (*Rovegno c. Ministero della Guerra*), Trib. Torino, 4 febbraio 1949 (*Jordaneì c. Ministero della Guerra*), e Trib. Torino, 26 febbraio 1947 (*Cinema Rex c. Un. Ind.*). In questa ultima, partendo dal presupposto che il governo della R.S.I. fosse un governo illegittimo e complice del nemico occupante, e che tale complicità si riverberava necessariamente su tutti coloro che partecipavano alle funzioni di governo, i giudici affermavano che rispondeva personalmente dei danni prodotti da un provvedimento di chiusura di un pubblico esercizio il capo della provincia che lo aveva emanato con criteri politici, e non nell'esercizio di un'ordinaria attività amministrativa²⁹⁵⁸.

Nella prima di esse, invece, veniva affermato che non si poteva parlare di responsabilità dello Stato italiano per atti compiuti dalla R.S.I. a titolo di successione, poiché tale ordinamento non aveva esistenza giuridica, ma doveva considerarsi solo come un mero governo di fatto: in tanto lo Stato italiano poteva essere chiamato a rispondere di tali atti in quanto si riferivano ad attività della R.S.I. che esso aveva riconosciute e fatte proprie nel libero esercizio della sua sovranità²⁹⁵⁹.

Nella seconda, viene esclusa la responsabilità dello Stato italiano per i danni causati da un organo della R.S.I. nell'esercizio di una attività bellica²⁹⁶⁰, anche se il giudice riconosceva che lo Stato italiano veniva incontro al danneggiato nei modi e nelle forme previste dalla legge sui danni di guerra e tale sua responsabilità escludeva l'ipotesi di un obbligo di risarcimento *ex lege Aquilia*²⁹⁶¹: di fronte ad un atto discrezionale emanato da un organo della R.S.I., dal quale era derivato un danno, la ricerca della colpa della persona fisica che lo aveva posto in essere trovava gli stessi limiti che esistevano nella ricerca della colpa del funzionario che, nell'esercizio di un potere discrezionale, aveva violato la sfera giuridica dei terzi²⁹⁶².

Quanto alla riaffermazione della giurisprudenza che negava efficacia alle amnistie fasciste, si può citare Cass., 25 ottobre 1948 (*Pantiròlli*), secondo cui il legislatore, nello stabilire la inapplicabilità delle amnistie e degli indulti concessi dopo il 25 ottobre 1922 ai delitti commessi per motivi fascisti o valendosi della situazione politica creata dal fascismo, non aveva distinto tra decreti e decreti, ma aveva dichiarato senza effetto tutti gli atti di sovrana clemenza emessi durante il regime fascista, per qualsiasi motivo e in occasione di qualsiasi evento nazionale: pertanto, nulla rilevava che il decreto fosse stato emanato per causa non fascista²⁹⁶³.

Altra sentenza dove la giurisprudenza circoscrive comunque l'efficacia degli atti della R.S.I. è Cass., 12 maggio 1950 (*Zitti c. Pensa*), secondo cui il commissario nazionale prezzi della R.S.I. non può essere considerato quale organo dello Stato italiano, nonostante la convalida dell'istituzione e dei relativi provvedimenti da parte delle autorità italiane, e, pertanto, in conseguenza della

²⁹⁵⁷ Ivi, n. 178.

²⁹⁵⁸ Ivi, n. 170.

²⁹⁵⁹ Ivi, n. 169.

²⁹⁶⁰ Ivi, n. 174.

²⁹⁶¹ Ivi, n. 175.

²⁹⁶² Ivi, n. 173.

²⁹⁶³ *Repertorio del Foro Italiano* 1949, voce *Amnistia, indulto e grazia*, col. 64-65, n. 58.

soppressione successiva all'unificazione del territorio nazionale, non vi è luogo per la richiesta di informazioni di ufficio da parte del giudice²⁹⁶⁴, in quanto non è applicabile agli atti normativi del governo della R.S.I., poi convalidati dal governo legittimo, il principio della conoscenza di ufficio da parte del giudice²⁹⁶⁵.

Una ulteriore affermazione della giurisprudenza restrittiva nei riguardi della R.S.I. è Cass., 21 febbraio 1951 (*Coop. Ed. Ad Majora c. Ist. Ospital. Milano*), in cui viene affermato che l'art. 2, n. 5, d.lgs.lgt. n. 249/1944 comprendeva tutti gli atti di disposizione dei beni degli enti pubblici, da chiunque la disposizione fosse attuata, sia esso organo di governo o dall'ente stesso, e, avendo efficacia retroattiva, si riferiva a tutti gli atti adottati durante il governo illegittimo anche prima del d.lgs.lgt. n. 249/1944²⁹⁶⁶. Questo perché la locuzione «atti portanti disposizioni di beni di enti pubblici» non consentiva la distinzione tra atti spontanei ed atti imposti, né tra atti compiuti *iure imperii* ed atti *iure gestionis*, ma doveva essere interpretata senza restrizioni e discriminazioni in base al movente politico, che assumeva rilevanza solo ai fini della convalida²⁹⁶⁷.

Una netta affermazione di inefficacia degli atti della R.S.I. è senza dubbio Cass., 24 febbraio 1951 (*Carrara c. A.G.I.P.*), in cui la Suprema Corte nega l'applicabilità del d.lgs.lgt. n. 249/1944 ad un provvedimento con cui un impiegato dell'A.G.I.P. era stato, dopo l'8 settembre 1943, promosso ad un grado superiore, costituendo questo provvedimento un riconoscimento di una precedente promozione di fatto, attraverso la preposizione dell'impiegato a un ufficio superiore²⁹⁶⁸. Secondo i giudici, infatti, il d.lgs.lgt. n. 249/1944 comminava l'inefficacia assoluta i tutti i provvedimenti adottati dalla R.S.I., relativi alla nomina, alla carriera ed alla cessazione dal servizio dei dipendenti di enti pubblici e di alcune categorie di imprese ad essi assimilate²⁹⁶⁹: l'inefficacia comminata dalla legge era originaria ed insanabile ed operava anche contro la volontà delle parti²⁹⁷⁰, né era rilevante la distinzione tra provvedimenti determinati da motivi politici e da motivi economici, in quanto la sanzione colpiva il provvedimento prescindendo dalle ragioni soggettive che, nei casi concreti, lo avevano determinato²⁹⁷¹.

Altra affermazione di inefficacia degli atti della R.S.I. è senza dubbio Trib. Genova, 16 giugno 1951 (*Bertelè c. Istituto della Previdenza Sociale*), secondo cui le norme emanate dal sedicente governo della R.S.I. non avevano, né avevano mai avuto efficacia per l'ordinamento italiano²⁹⁷². Sempre in questa ottica si può leggere Cass., 12 maggio 1951 (*Amministrazione militare italiana c. Orvieto*), secondo cui le alienazioni dei beni dello Stato compiute da organi della R.S.I. erano irrilevanti rispetto all'ordinamento giuridico italiano, indipendentemente dalla dichiarazione di inefficacia espressa dal d.lgs.lgt. n. 249/1944²⁹⁷³.

Una ulteriore affermazione di inefficacia degli atti della R.S.I. è senza dubbio la giurisprudenza che nega l'efficacia delle requisizioni deliberate da organi istituiti dalla R.S.I. sulla base però non del d.lgs.lgt. n. 249/1944, ma del d.lgs.lgt. n. 3/1946. Si può citare in proposito Cass., 12 luglio

²⁹⁶⁴ *Repertorio del Foro Italiano* 1951, voce *Repubblica sociale italiana (provvedimenti della)*, col. 1785, n. 5.

²⁹⁶⁵ *Ivi*, n. 4.

²⁹⁶⁶ *Repertorio del Foro Italiano* 1951, voce *Atto amministrativo*, cit., col. 185, n. 152.

²⁹⁶⁷ *Ivi*, n. 153.

²⁹⁶⁸ *Repertorio del Foro Italiano* 1951, voce *Impiego privato*, col. 1025, n. 54.

²⁹⁶⁹ *Ivi*, col. 1024, n. 48.

²⁹⁷⁰ *Ivi*, n. 49.

²⁹⁷¹ *Ivi*, col. 1024-105, n. 50.

²⁹⁷² *Repertorio del Foro Italiano* 1951, voce *Repubblica Sociale Italiana*, cit., col. 1785, n. 7.

²⁹⁷³ *Ivi*, n. 6.

1951 (*Banca naz. lav. C. Mercantini*), secondo cui, fatta eccezione per le requisizioni di alloggi disposte a favore di privati sinistrati o sfollati, erano considerate prive di efficacia giuridica in virtù dell'art. 1 d.lgs.lgt. n. 3/1946 tutti gli altri provvedimenti di requisizione, in proprietà o in uso, adottati da organi istituiti da organi istituiti dalla R.S.I., e non preesistenti ad essa (nel caso di specie, si trattava del capo della provincia e commissario degli alloggi della R.S.I.)²⁹⁷⁴. Altra decisione sul punto è Cass., 26 aprile 1951 (*Trasi c. Marchiori*), in cui viene affermato che le disposizioni concernenti l'efficacia giuridica delle requisizioni disposte dalla R.S.I. trovavano applicazione anche nel caso che il provvedimento di requisizione era stato emesso in virtù dell'art. 19 t.u.l.com.prov.²⁹⁷⁵, dal momento che, per quanto riguardava requisizioni adottate da organi della P.A. preesistenti alla R.S.I., che avevano continuato ad operare secondo le leggi dello Stato italiano, rientrava tra i poteri del giudice ordinario l'accertamento della condizione che il provvedimento fosse stato posto in essere nell'interesse esclusivo del servizio pubblico²⁹⁷⁶.

Ulteriore sentenza che ritiene applicabile il d.lgs.lgt. n. 3/1946 alle requisizioni ordinate dalla R.S.I., e che però fa salvo l'atto di requisizione è Cass., 2 aprile 1951 (*Cons. agr. Pistoia c. Melani*), secondo cui la requisizione di un automezzo disposta da organi della R.S.I. poteva essere dichiarata priva di effetti giuridici: il prescritto accertamento diretto ad escludere che la requisizione era stata disposta nell'esclusivo interesse del servizio pubblico, doveva essere compiuto con carattere di obiettività storica²⁹⁷⁷. Tuttavia, i giudici ritengono che nel provvedimento di requisizione non poteva ritenersi assente il fine di interesse generale quando l'organo – nel caso di specie, il capo della provincia – che aveva disposto la requisizione aveva successivamente disposto che venisse distribuita l'indennità tra i dipendenti della ditta che l'aveva subita a titolo di premio per la liberazione di Mussolini, quando risultava che il provvedimento di requisizione era stato dettato dalla assoluta necessità ed urgenza di provvedere ai servizi di alimentazione²⁹⁷⁸.

Espressione di una interpretazione restrittiva nei riguardi degli atti della R.S.I. può essere vista anche Cass., 10 agosto 1951 (*Bianchi*), secondo cui contro un decreto del ministro dell'industria e commercio che, ai sensi dell'art. 4 d.lgs.lgt. n. 249/1944, dichiarava inefficaci i provvedimenti dell'I.N.A. con cui erano stati concessi particolari assegni ai funzionari trasferiti al Nord dopo l'8 settembre 1943, era ammesso soltanto ricorso al Consiglio di Stato, non potendo il giudice ordinario sindacare vizi di illegittimità ed eccesso di potere del decreto medesimo²⁹⁷⁹.

Per quanto riguarda il filone interpretativo che riconosce efficacia agli atti della R.S.I., si può citare Cass., 15 maggio 1948 (*Stacchini c. Finanze*), secondo cui la dichiarazione di inefficacia ex art. 1 d.lgs.lgt. n. 249/1944 dei provvedimenti della R.S.I. non riguardava l'art. 1 d.m. n. 34/1944 in materia di notificazione degli atti per il ricorso dinanzi alle sezioni promiscue della Cassazione a Brescia, con la conseguenza che doveva essere dichiarato inammissibile il ricorso proposto in confronto alle amministrazioni dello Stato dinanzi alle sezioni di Cassazione di Brescia notificato presso una diversa avvocatura distrettuale dello Stato²⁹⁸⁰.

²⁹⁷⁴ *Repertorio del Foro Italiano* 1951, voce *Occupazione del territorio nazionale*, cit., col. 1518, n. 23.

²⁹⁷⁵ *Ivi*, n. 24.

²⁹⁷⁶ *Ivi*, n. 25.

²⁹⁷⁷ *Repertorio del Foro Italiano* 1951, voce *Repubblica sociale italiana*, cit., col. 1786, n. 8.

²⁹⁷⁸ *Ivi*, n. 9.

²⁹⁷⁹ *Repertorio del Foro Italiano* 1951, voce *Fascismo*, cit., col. 787, n. 72.

²⁹⁸⁰ *Repertorio del Foro Italiano* 1948, voce *Repubblica sociale italiana (provvedimenti della)*, col. 1131.

Altra sentenza che accoglie una interpretazione più ampia della efficacia degli atti della R.S.I. è Cass., 4 luglio 1949 (*Lombardi c. Ente aut. Tirrenia*), in cui viene affermato che l'atto con cui un ente pubblico aveva disposto di un proprio bene durante la R.S.I., poteva essere convalidato dal Ministro competente, ma il diritto dell'ente di valersi dell'inefficacia sancita dal d.lgs.lgt. n. 249/1944 si affievoliva sino a quando non era scaduto il termine per la eventuale pronuncia della dichiarazione di efficacia²⁹⁸¹. Il provvedimento di convalida, pur restituendo all'atto di disposizione dell'ente la sua efficacia, tuttavia, non faceva sorgere alcun diritto fino a quando il d.m., soggetto come ogni atto discrezionale della P.A. al controllo di legittimità, non era diventato inoppugnabile: di conseguenza, non sussisteva difetto di giurisdizione del giudice amministrativo fino a quando non era scaduto il termine per la eventuale pronuncia della dichiarazione di efficacia²⁹⁸².

Altra sentenza che riconosce efficacia agli atti della R.S.I. è Corte App. Roma, 17 novembre 1948 (*Min. difesa c. Romano*) in cui viene affermato che, nel caso di danni derivanti dalla circolazione di automezzi di proprietà delle amministrazioni dello Stato italiano caduti nel temporaneo possesso della R.S.I., il fatto che la circolazione fosse avvenuta per un ordine di servizio degli organi del governo repubblicano, non bastava ad eliminare la presunzione della responsabilità gravante sulla amministrazione dello Stato proprietaria della vettura investitrice²⁹⁸³. Secondo i giudici, questo perché il d.lgs.lgt. n. 249/1944 rendeva giuridicamente irrilevanti per lo Stato italiano gli atti ed i provvedimenti di governo della R.S.I. influenzati o dettati da ragioni politiche o militari contrastanti con quelle del governo legittimo, ma gli atti ed i provvedimenti di ordinaria amministrazione, diretti ad assicurare la continuità dei pubblici servizi nella zona del territorio nazionale soggetta al potere di fatto di tale governo, rimanevano invece efficaci²⁹⁸⁴.

Ulteriore sentenza che riconosce l'efficacia degli atti della R.S.I. è anche Trib. Milano, 27 settembre 1948 (*Pasotelli c. Calzificio Noemi*), secondo cui il provvedimento prefettizio di nomina di un commissario straordinario di una società adottato sotto l'impero della R.S.I. era inefficace, ma non invalido, sia perché il provvedimento era stato emesso dalla amministrazione di un ente locale, la quale aveva conservato il suo carattere di legittimità pur sotto l'occupazione tedesca, sia perché alle autorità di occupazione bellica il diritto internazionale riconosceva una potestà amministrativa sul territorio occupato²⁹⁸⁵, con la conseguenza che tutti gli atti compiuti dal commissario straordinario, purché afferenti all'oggetto sociale, avevano prodotto effetto direttamente ed esclusivamente in capo alla società in nome e per conto della quale egli agiva²⁹⁸⁶.

Altra sentenza che riconosce efficacia agli atti della R.S.I. è Cass., 29 maggio 1951 (*Soc. Nobel c. Min. Tes.*), secondo cui l'ordine che il capo della provincia aveva impartito, avvalendosi dei poteri contemplati dall'art. 19 t.u.l.com.prov., alla tesoreria provinciale di versare immediatamente una somma ad una impresa industriale allo scopo di consentire all'impresa stessa il pagamento degli stipendi ed evitare la devastazione degli impianti, non aveva carattere politico e di governo, e non rientrava, perciò, tra gli atti che l'art. 1 d.lgs.lgt. n. 249/1944 dichiarava inefficaci di pieno

²⁹⁸¹ *Repertorio del Foro Italiano* 1949, voce *Repubblica sociale italiana*, cit., col. 1398, n. 9.

²⁹⁸² *Ivi*, n. 10.

²⁹⁸³ *Repertorio del Foro Italiano* 1949, voce *Automobili ed altri autoveicoli (circolazione e responsabilità per danni)*, col. 181, n. 53.

²⁹⁸⁴ *Ivi*, col. 180-181, n. 52.

²⁹⁸⁵ *Repertorio del Foro Italiano* 1949, voce *Repubblica sociale italiana*, cit., col. 1397-1398, n. 7.

²⁹⁸⁶ *Ivi*, col. 1398, n. 8.

diritto²⁹⁸⁷. Tuttavia, proseguivano i giudici, essendo stato l'atto dichiarato inefficace con decreto del Ministro degli Interni *ex art. 4 d.lgs.lgt. n. 249/1944*, il pagamento della somma all'impresa rimaneva senza titolo, e comportava l'obbligo della restituzione alla P.A., anche se questa somma costituiva un acconto di crediti vantati nei confronti della P.A. per forniture belliche, tanto più che essi non erano stati accertati nei confronti delle pretese amministrazioni debitorie, rimaste estranee al giudizio²⁹⁸⁸.

Una riaffermazione della inefficacia *ex nunc*, e non *ex tunc* degli atti normativi della R.S.I. è, infine, Corte App. Brescia, 8 marzo 1950 (*Off. Rebugli c. Società Coloniale Italiana*), secondo cui l'inefficacia delle disposizioni legislative emanate dalla R.S.I. non rendeva nulle le predette disposizioni fin dalla loro promulgazione²⁹⁸⁹: pertanto, i diritti, perfezionatisi sotto l'impero della legislazione della R.S.I. costituivano diritti acquisiti che potevano essere invocati anche sotto l'impero dell'attuale ordinamento italiano²⁹⁹⁰.

²⁹⁸⁷ *Repertorio del Foro Italiano* 1951, voce *Repubblica sociale italiana*, cit., col. 1786, n. 10.

²⁹⁸⁸ *Ivi*, n. 11.

²⁹⁸⁹ *Repertorio del Foro Italiano* 1950, voce *Repubblica sociale italiana*, cit., col. 1708, n. 7.

²⁹⁹⁰ *Ivi*, n. 8.

3.3. La giurisprudenza sugli atti giurisdizionali

Un discorso a parte merita la giurisprudenza sugli atti giurisdizionali emessi dall'autorità giudiziaria durante il regime provvisorio²⁹⁹¹. Dall'analisi di essa, mi sembra emergere nettamente l'idea della continuità, non solo per quanto riguarda le sentenze civili, ma anche, per molti aspetti, quelle penali. Una chiara affermazione della continuità dal punto di vista giurisdizionale è espressa in Cass., 5 aprile 1946 (*Castaldo c. Rocco*), secondo cui sia durante l'occupazione tedesca sia dopo l'armistizio contro le nazioni unite, la giurisdizione civile era stata esercitata ininterrottamente dai giudici ordinari del Regno²⁹⁹². Un'ulteriore conferma di questa continuità può essere vista può essere vista anche in Trib. Torino, 16 maggio 1946 (*Naritelli c. Capo del Governo*), secondo cui le vicende successive al 25 luglio 1943, che avevano portato all'assorbimento della M.V.S.N. nell'Esercito ed alla cessazione di Mussolini dalla carica, non facevano venire meno il contraddittorio in una azione contro lo Stato per il risarcimento dei danni causati da un appartenente alla milizia confinaria, poiché essa era stata proposta anteriormente alla data del 25 luglio²⁹⁹³.

Si può vedere un esempio di questa continuità anche nella giurisprudenza sulla intestazione delle sentenze. Basti pensare, per esempio, alla sentenza della Corte Appello di Genova del 14 giugno 1944 (*Morando c. Carrino*), secondo il quale non era motivo di nullità delle sentenze l'essere state pronunciate nel periodo della Repubblica Sociale con la formula «in nome della legge»²⁹⁹⁴. In senso simile, anche Cass., 11 luglio 1946 (*Rusticbelli*), secondo cui non era nulla la sentenza intestata «in nome della legge», in quanto, a prescindere da ogni considerazione derivante dal particolare momento politico internazionale ed interno, nel quale era stata emessa la sentenza, nessuna nullità sussisteva ai sensi dell'art. 185 c.p.p. Rocco²⁹⁹⁵. In senso simile, anche se con alcune sfumature diverse, pure Cass., 1 agosto 1947 (*Giachino c. Giachino*), secondo cui le sentenze pronunciate «in nome della legge» sotto il governo della R.S.I. dovevano ritenersi convalidate a norma dell'art. 6 d.lgs.lgt. n. 249/1944, tranne il caso in cui sussistevano ragioni per ritenere che sulla decisione avesse influito la situazione politica del momento²⁹⁹⁶.

Una ulteriore manifestazione della continuità sono le affermazioni circa la generale efficacia delle sentenze civili emesse sotto il governo della R.S.I. La giurisprudenza successiva riteneva, infatti, che si potesse dichiararne l'inefficacia di esse soltanto a determinate condizioni, e, in particolare, quando avesse influito in modo decisivo la situazione politica del momento. Tra le prime sentenze emesse pochi mesi dopo la cessazione delle ostilità spiccano, in questo senso, Corte App. Milano, 5 settembre 1945 (*Società Irradio c. Castiglioni*) e Corte App. Torino, 1 dicembre 1946 (*D. c. C.*). Nella prima di esse, il giudice afferma che la inefficacia di una sentenza civile poteva essere dichiarata ex art. 6 d.lgs.lgt. n. 249/1944 solo quando la sentenza era stata pronunciata in presenza di particolari condizioni politiche o in applicazione di norme emanate dal governo della Repubblica Sociale²⁹⁹⁷. Non poteva, invece, essere invocato il fatto che la sentenza avesse come suo presupposto un atto amministrativo posto in essere dal governo della R.S.I., a meno che

²⁹⁹¹ Su queste questioni, si veda anche C. Lavagna, *Ricerche sul sistema normativo*, cit., p. 67 ss.

²⁹⁹² *Repertorio del Foro Italiano* 1946, voce *Occupazione del territorio nazionale*, cit., col. 762, n. 7.

²⁹⁹³ *Repertorio del Foro Italiano*, voce *Amministrazione dello Stato*, cit., col. 32, n. 24.

²⁹⁹⁴ *Repertorio del Foro Italiano* 1946, voce *Sentenza in materia civile*, col. 944, n. 36.

²⁹⁹⁵ *Repertorio del Foro Italiano* 1946, voce *Sentenza in materia penale*, col. 952, n. 7.

²⁹⁹⁶ *Repertorio del Foro Italiano* 1947, voce *Sentenza in materia civile*, col. 1151, n. 182.

²⁹⁹⁷ *Repertorio del Foro Italiano* 1946, voce *Sentenza civile*, cit., col. 950, n. 122.

questo non rientrasse tra gli atti espressamente colpiti da nullità *ex artt.* 1 e 2 d.lgs. lgt. n. 249/1944²⁹⁹⁸. Nella seconda di esse, il giudice rileva che le disposizioni del d.lgs.lgt. n. 249/1944 trovavano applicazione solo quando risultasse chiaramente che nella decisione impugnata avesse comunque influito la situazione politica del momento²⁹⁹⁹: per verificare ciò, occorre avere riguardo ai motivi espressamente formulati in sentenza, e non ai motivi reconditi non espressi, i quali non potevano in nessun modo essere presi in considerazione ai fini della impugnazione³⁰⁰⁰. Di conseguenza, non poteva essere dichiarata l'inefficacia della sentenza che aveva disposto la separazione per colpa di entrambi i coniugi prescindendo completamente dalla deduzione di prova fatta da uno di questi circa pretesi sentimenti antitaliani, filoebraici e filoinglesi dell'altro³⁰⁰¹. Una riaffermazione del principio generale dell'efficacia delle sentenze civili, salva la possibilità di dimostrare che su di esse avesse avuto influenza la situazione politica del momento è in due diverse sentenze della Corte di Appello di Milano, rispettivamente del 26 febbraio 1946 (*Pardo c. Combi*), e del 28 marzo 1946 (*Beltramini c. Bouffin*). Nella prima di esse, dopo avere rilevato che la parola sentenza andava intesa nel senso di ogni provvedimento che, pur in forma diversa dalla sentenza, costituiva una decisione che concludeva un procedimento contenzioso³⁰⁰², il giudice statuiva che si poteva dichiarare la inefficacia della sentenza *ex art.* 6 d.lgs.lgt. n. 249/1944 quando si fosse di fronte ad una situazione di fatto inidonea ed insufficiente in diritto a legittimare la decisione, che non avrebbe potuto essere emessa se la situazione politica del momento non avesse influito a determinarla in un senso piuttosto che in un altro³⁰⁰³. Nella seconda, il giudice sosteneva che la dichiarazione di inefficacia ai sensi dell'art. 6 d.lgs.lgt. n. 249/1944 era possibile solo quando la situazione politica del momento avesse determinato l'assenza della parte durante l'istruttoria della causa o quando la situazione politica della parte avesse influito sulla deposizione dei testimoni o sui criteri di giustizia ai quali doveva ispirarsi la decisione del tribunale³⁰⁰⁴. In senso simile anche Corte App. Venezia, 17 giugno 1946 (*Dubrovačka Trgovacka bank c. Com. Trieste*), secondo cui le sentenze emanate dall'autorità giudiziaria erano valide per effetto del d.lgs.lgt. n. 249/1944, e, pertanto, non se ne poteva opporre l'inefficacia³⁰⁰⁵: esse potevano essere dichiarate inefficaci solo se sulla decisione avesse influito la situazione politica del momento o fossero state applicate norme emanate dal governo della R.S.I.³⁰⁰⁶. Sulla stessa scia, infine, anche Cass., 29 luglio 1946 (*Tedeschi c. Boarino*), secondo la quale per la dichiarazione *ex art.* 6 d.lgs.lgt. n. 249/1944 di inefficacia delle sentenze emesse dall'autorità giudiziaria ordinaria, comprese le sezioni della stessa Cassazione trasferite a Brescia, si richiedeva come estremo necessario che sussistessero fondate ragioni per ritenere che sulla decisione avesse influito la situazione politica del momento³⁰⁰⁷.

Ulteriore sentenza che si inserisce in questo filone interpretativo è Cass., 20 febbraio 1947 (*Soc. Orobica c. Finanze*), secondo cui le sentenze emanate dall'autorità giudiziaria ordinaria sotto il

²⁹⁹⁸ Ivi, n. 123.

²⁹⁹⁹ Ivi, n. 124.

³⁰⁰⁰ Ivi, n. 125.

³⁰⁰¹ Ivi, n. 126.

³⁰⁰² Ivi, col. 951, n. 129.

³⁰⁰³ Ivi, n. 130.

³⁰⁰⁴ Ivi, col. 950, n. 118.

³⁰⁰⁵ Ivi, n. 119.

³⁰⁰⁶ Ivi, n. 120.

³⁰⁰⁷ Ivi, n. 121.

governo della R.S.I. erano state convalidate dall'art. 6 d.lgs.lgt. n. 249/1944, indipendentemente da ogni questione sulla legittimità e costituzionalità degli atti e provvedimenti del governo repubblicano che aveva disposto il trasferimento da Roma delle sezioni della Cassazione³⁰⁰⁸. Perciò, l'invalidità delle disposizioni del governo della R.S.I. sul trasferimento di alcune sezioni della Corte di Cassazione a Brescia non comportava la inefficacia delle sentenze pronunciate da quelle sezioni³⁰⁰⁹. La politica finanziaria del governo della R.S.I., se non influiva sulla motivazione o sulla decisione, non giustificava la istanza di inefficacia della sentenza con la quale le sezioni unite della Corte di Cassazione a Brescia avevano deciso di una questione in tema di imposta di ricchezza mobile³⁰¹⁰.

Una affermazione di una efficacia generalizzata delle sentenze in materia civile è in Cass., 2 agosto 1947 (*Conti c. INAIL*), secondo cui l'art. 6 d.lgs.lgt. n. 249/1944 aveva convalidato, sia da un punto di vista formale che sostanziale, le sentenze diverse da quelle penali specificate negli artt. 1 e 5 dello stesso decreto³⁰¹¹. Ulteriore sentenza che faceva salve le decisioni in materia civile da parte degli organi giudiziari ordinari durante la Repubblica di Salò è, infine, Cass., 18 dicembre 1947 (*Battaglini c. Tegazzini*), secondo cui la mancata presentazione del controricorso per cause dipendenti dallo stato di guerra e dalla situazione politica nell'Italia settentrionale non produceva inefficacia della sentenza pronunciata dalla sezione della Corte di Cassazione di Brescia, non essendo questa ipotesi prevista dalla tassativa disposizione contenuta nell'art. 6, comma 2, d.lgs.lgt. n. 249/1944, che si riferiva al contenuto di sentenze già emesse e non alla costituzione del contraddittorio³⁰¹².

Per quanto riguarda le sentenze penali, benché la loro carica di politicità sia decisamente maggiore di quelle civili, anche in questo caso la giurisprudenza cerca, in linea di massima, di salvaguardare l'efficacia. Esempio mi sembra Cass., 26 ottobre 1946 (*Nicola*), secondo cui le sentenze penali pronunciate dalla autorità giudiziaria ordinaria sotto la R.S.I. erano prive di efficacia solo se relative ad alcuni reati, tra cui non era compresa la truffa³⁰¹³. Il rimedio della richiesta di inefficacia era ammesso solo quando sussistevano gravi ragioni per ritenere che nella decisione avesse influito la situazione politica del momento, ma l'inefficacia doveva essere oggetto di particolare impugnazione contro la sentenza di cui si voleva infirmare la validità: di conseguenza, ove, a seguito di annullamento di una prima sentenza da parte della Cassazione di Brescia, era stata pronunciata dal giudice di rinvio sentenza di condanna per truffa, non si poteva incidentalmente nel ricorso proposto eccepire la nullità, ai sensi del d.lgs.lgt. n. 249/1944, della sentenza della Cassazione di Brescia e degli atti successivi³⁰¹⁴.

Sulla stessa scia, anche Corte App. Bologna, 11 ottobre 1945 (*Sanduzzi*), secondo cui per sostenere che esistevano fondate ragioni per ritenere che nella decisione del tribunale avesse influito la situazione politica generale o ambientale del momento *ex art.* 6 d.lgs.lgt. n. 249/1944, era necessaria una stretta e diretta coincidenza tra la influenza politica e la ragione del decidere³⁰¹⁵:

³⁰⁰⁸ *Repertorio del Foro Italiano* 1947, voce *Sentenza civile*, cit., col. 1151, n. 181.

³⁰⁰⁹ *Repertorio del Foro Italiano* 1947, voce *Cassazione in materia civile*, col. 208, n. 15.

³⁰¹⁰ *Ivi*, n. 16.

³⁰¹¹ *Repertorio del Foro Italiano* 1947, *Sentenza civile*, cit., col. 1151, n. 183.

³⁰¹² *Ivi*, col. 208-209, n. 17.

³⁰¹³ *Repertorio del Foro Italiano* 1946, voce *Sentenza in materia penale*, cit., col. 967, n. 186.

³⁰¹⁴ *Ivi*, n. 187.

³⁰¹⁵ *Ivi*, n. 188.

non aveva perciò valore che l'effetto della influenza politica dovesse ricercarsi indirettamente nella falsa rappresentazione dei fatti che il processo offriva alla valutazione dei giudici, ma era necessario che si esercitasse direttamente sulle persone dei giudici e sull'atto del decidere³⁰¹⁶.

Una sentenza interessante, che cerca di contemperare nello stesso tempo garantismo, continuità giurisprudenziale e sanzioni degli atti nei riguardi della R.S.I., mi sembra Cass., 23 maggio 1946 (*Corazzza*), la quale statuiva che, qualora l'imputato contro una sentenza appellabile ai sensi del c.p.p. avesse proposto ricorso per Cassazione in base ad un decreto della Repubblica Sociale che riformava il c.p.p., e che poi era stato dichiarato nullo, aveva diritto di esser rimesso in termine per proporre appello³⁰¹⁷.

Un ulteriore caso emblematico di dichiarazione di piena efficacia di un atto giurisdizionale in materia penale è sicuramente Cass., 11 marzo 1947 (*Pallarotti*), in cui la Suprema Corte arrivava ad affermare che non poteva dubitarsi della perfetta legalità di una pronuncia penale in relazione alla violazione delle norme sulla disciplina delle carni emanate dagli organi della R.S.I. in applicazione del d.l. n. 1746/1940³⁰¹⁸, in quanto le disposizioni in materia annonaria emanate, sia da organi centrali che da organi locali, durante la R.S.I. avevano carattere di atti amministrativi che costituivano, a loro volta, il presupposto indispensabile della norma penale³⁰¹⁹: trattandosi di atti che si collegavano nella loro sostanza e nella loro finalità alla precedente legislazione, essi non avevano alcun riferimento con l'abnorme situazione politica contingente creata dal governo illegittimo, ed erano perfettamente efficaci³⁰²⁰.

Anche dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, la giurisprudenza non cambia nulla di quanto sostenuto nei primi anni del dopoguerra, ma, anzi, tende a ribadirlo. Esempio mi sembra Corte App. Torino, 10 gennaio 1948 (*Aimetta c. Micheletto*), secondo cui l'inefficacia sancita dal d.lgs.lgt. n. 249/1944 della norma di investitura di attribuzioni giurisdizionali a determinati organi non comportava l'inefficacia delle decisioni giudiziarie di detti organi³⁰²¹. Per quanto riguarda la Cassazione, invece, si può citare Cass., 5 agosto 1948 (*Bombrini Parodi c. Min. Guerra*), secondo cui tutti gli atti posti in essere dal governo della R.S.I. per regolare la normale vita amministrativa e giudiziaria, specie se secondo le leggi preesistenti e non aventi scopo politico, erano validi e rimanevano tali di fronte al governo legittimo, subentrato a quello precedente, a meno che non erano stati espressamente e specificatamente annullati o revocati³⁰²². Ulteriore sentenza in questo senso è Cass., 23 luglio 1948 (*Mangiarotti c. Banco di Napoli*), secondo cui la convalida delle sentenze e degli atti di volontaria giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria emanati sotto il governo della R.S.I. conseguiva *ipso iure* dall'art. 6 d.lgs.lgt. n. 249/1944, che non enunciava una semplice presunzione, ma affermava un principio che aveva carattere generale, era comune a tutti gli organi giudiziari, comprese le sezioni della Cassazione trasferite a Brescia³⁰²³: l'inefficacia di quegli atti e di quelle sentenze aveva, invece, carattere eccezionale ed era dichiarata su richiesta tempestiva di parte o del P.M. dalla Sezioni Unite della Cassazione,

³⁰¹⁶ Ivi, n. 189.

³⁰¹⁷ *Repertorio del Foro Italiano* 1946, voce *Cassazione in materia penale*, col. 172, n. 54-55.

³⁰¹⁸ *Repertorio del Foro Italiano* 1947, voce *Calmiere*, cit., col. 186, n. 19.

³⁰¹⁹ Ivi, n. 18.

³⁰²⁰ Ivi, n. 19.

³⁰²¹ *Repertorio del Foro Italiano* 1948, voce *Sentenza in materia civile*, col. 1210, n. 170.

³⁰²² Ivi, n. 174.

³⁰²³ *Repertorio del Foro Italiano* 1948, voce *Competenza e giurisdizione in materia civile*, col. 264, n. 92.

quando si dimostravano l'influenza politica del momento sulla decisione adottata, ovvero la sua illegalità sostanziale per l'applicazione di norme emanate dal governo della Repubblica Sociale³⁰²⁴. Non davano fondamento a queste eccezioni il fatto, di per sé, che la decisione fosse stata emessa da una delle sezioni della Cassazione trasferite a Brescia, ovvero la composizione del collegio con magistrati di grado inferiore a quello richiesto dalla funzione giurisdizionale espletata³⁰²⁵.

Altra sentenza dove i giudici cercano di conciliare l'idea di continuità con la proclamata inefficacia degli atti della R.S.I. è senza dubbio Cass., 30 luglio 1948 (*Lubich c. Finanze*), secondo cui la regolarità del ricorso per Cassazione proposto contro la Pubblica Amministrazione sotto il governo della R.S.I., se su di esso non aveva già provveduto una delle Sezioni trasferite a Brescia, doveva essere valutata alla stregua del r.d. 30 ottobre 1932³⁰²⁶: di conseguenza, il ricorso notificato presso una delle avvocature distrettuali dell'Alta Italia era nullo, ma poteva essere riproposto con il rispetto del termine per impugnare, il cui corso era sospeso per cause dipendenti dallo stato di guerra³⁰²⁷.

Una ulteriore riaffermazione della giurisprudenza precedente è Cass., 27 ottobre 1948 (*Giulini c. Giulini*), secondo cui per la dichiarazione di inefficacia delle decisioni dell'autorità giudiziaria – comprese quelle delle Sezioni della Cassazione trasferite a Brescia –, ai sensi dell'art. 6 d.lgs.lgt. n. 249/1944, occorre elementi concreti e positivi che dessero la convinzione che sulla decisione avesse direttamente influito la situazione politica creatasi sotto la R.S.I., di modo che la decisione sarebbe stata diversa se quella situazione non fosse esistita³⁰²⁸.

Il solo campo dove la giurisprudenza repubblicana rimette in discussione gli atti giurisdizionali della R.S.I. è costituito dalle sentenze del Tribunale Speciale per la Difesa dello Stato, che vengono generalmente annullate – ma ci sono rilevanti eccezioni anche in questo caso – proprio per la loro intrinseca caratterizzazione politica. In questo senso, esemplare è Corte App. Genova, 16 marzo 1950 (*Guagnini*), secondo la quale una sentenza del Tribunale Speciale, in quanto istituito da parte della R.S.I. fuori dall'ordinamento giudiziario dello Stato italiano era nulla di pieno diritto, in virtù dell'art. 1, n. 3, d.lgs.lgt. n. 249/1944, senza alcuna possibilità di sanatoria, prevista, invece, per altri atti giurisdizionali³⁰²⁹. L'inefficacia, operando automaticamente e di pieno diritto, non abbisognava di una esplicita pronuncia³⁰³⁰. Di conseguenza, l'organo giudiziario ordinario competente per quegli stessi reati, doveva riprendere in esame gli atti processuali, come se la sentenza del Tribunale Speciale non fosse mai stata pronunciata, decidendo *ex novo* sui provvedimenti da adottare³⁰³¹.

In altri casi, la nullità della sentenza viene invocata non sulla base del d.lgs.lgt. n. 249/1944, quanto del d.lgs.lgt. n. 159/1944. In questo senso possono essere viste due sentenze della Cassazione, entrambe del 13 settembre 1949. Nella prima di esse si afferma che doveva essere annullata ai sensi dell'art. 1 d.lgs.lgt. n. 159/1944 la sentenza di condanna emessa dal Tribunale Speciale ai sensi degli artt. 270 e 272 c.p., poiché le sanzioni applicate erano dirette alla tutela delle

³⁰²⁴ Ivi, col. 264-265, n. 93.

³⁰²⁵ Ivi, col. 265, n. 94.

³⁰²⁶ *Repertorio del Foro Italiano* 1949, voce *Amministrazione dello Stato*, cit., col. 51, n. 43.

³⁰²⁷ Ivi, n. 44.

³⁰²⁸ *Repertorio del Foro Italiano* 1948, voce *Cassazione in materia civile*, col. 207, n. 14.

³⁰²⁹ *Repertorio del Foro Italiano* 1950, voce *Repubblica sociale italiana*, cit., col. 1708, n. 9.

³⁰³⁰ Ivi, n. 10.

³⁰³¹ Ivi, n. 11.

istituzioni e degli organi politici creati dal fascismo (Cass., 13 settembre 1949, *Aglietto*)³⁰³². Nella seconda, si procede ad annullare una condanna emessa dal Tribunale Speciale per il reato di espatrio clandestino e per violazione dell'art. 4 l. n. 2008/1926 (Cass., 13 settembre 1949, *Ghini*)³⁰³³

Diretta conseguenza della giurisprudenza che negava qualunque efficacia agli atti giurisdizionali del Tribunale Speciale o dei tribunali militari della R.S.I. era l'affermazione che la partecipazione ad essi integrasse il reato di aiuto al nemico. Esempio, in questo senso, è Cass., 3 novembre 1950 (*Palma*), ove viene affermato che la partecipazione, con funzioni di presidente, di giudice o di P.M., ai tribunali militari della R.S.I. integrava, dal punto di vista oggettivo, il reato di aiuto al nemico, nelle sue operazioni militari o nei suoi disegni politici, a seconda dei casi, in virtù del fatto che le sanzioni contro il fascismo punivano a norma del c.p.m.g. ogni forma di aiuto o di assistenza, o di intelligenza o corrispondenza o collaborazione con l'invasore tedesco³⁰³⁴. Inoltre, qualora una o più condanne a morte pronunciata da questi tribunali fosse stata eseguita, sussisteva una causa ostativa all'applicazione della amnistia 22 giugno 1946, n. 4³⁰³⁵. In senso simile, anche Cass., 7 marzo 1951 (*Orso*), in cui viene sostenuto che, in tema di collaborazionismo, l'uccisione dei partigiani e dei renitenti alla leva disposta dalla R.S.I. integrava gli estremi del delitto di cui all'art. 51 c.p.m.g., ovverosia l'aiuto bellico al nemico³⁰³⁶.

In alcuni casi, tuttavia, la giurisprudenza non riteneva nulla la sentenza del Tribunale Speciale, ma ne ammetteva la revisione ai sensi del d.lgs.lgt. n. 316/1944. Si può citare in proposito Corte App. Torino, 2 dicembre 1948 (*La Malfa*), in cui si ammette la speciale revisione prevista dall'art. 2 d.lgs.lgt. n. 316/1944 nei riguardi della applicazione della pena prevista dall'art. 261 c.p. per quanto una sentenza di condanna adottata dal Tribunale Speciale³⁰³⁷, con la motivazione che la consegna allo straniero, durante il regime fascista, di fotografie degli elenchi giornalieri del Ministero dell'Interno relativi alle variazioni da apportarsi alle ricerche di frontiera, di elenchi di sovversivi, di circolari sul divieto di espatrio di militari della marina in congedo, non costituiva pericolo o nocimento militare dello Stato italiano³⁰³⁸.

Esempio, in questo senso è anche Cass., 10 novembre 1950 (*Visigalli*), secondo cui la condanna inflitta dal Tribunale Speciale per i reati di cui agli artt. 270 e 272 c.p. non poteva essere annullata, in virtù del fatto che queste due disposizioni, tendendo alla difesa dello Stato, dell'ordine pubblico e degli ordinamenti economici e sociali contro il pericolo della violenza diretta a sovvertirli, non erano incompatibili con i regimi democratici³⁰³⁹. Per i giudici, infatti, con il d.lgs.lgt. n. 159/1944 erano state abrogate soltanto le disposizioni emanate a tutela delle istituzioni e degli organi politici creati dal fascismo, e non le disposizioni che non risultavano approvate a questo fine, anche quando si trattava di disposizioni di cui il fascismo aveva abusato per il suo consolidamento³⁰⁴⁰. Tuttavia, l'interessato poteva comunque richiedere la speciale revisione della sentenza, ai sensi

³⁰³² *Repertorio del Foro Italiano* 1949, voce *Fascismo (sanzioni contro il)*, col. 633, n. 32.

³⁰³³ *Ivi*, n. 33.

³⁰³⁴ *Repertorio del Foro Italiano* 1951, voce *Fascismo*, cit., col. 783, n. 27.

³⁰³⁵ *Ivi*, n. 28.

³⁰³⁶ *Ivi*, n. 29.

³⁰³⁷ *Repertorio del Foro Italiano* 1949, voce *Fascismo*, cit., col. 634, n. 35.

³⁰³⁸ *Ivi*, col. 633-634, n. 34.

³⁰³⁹ *Repertorio del Foro Italiano* 1951, voce *Fascismo*, cit., col. 786, n. 59.

³⁰⁴⁰ *Ivi*, n. 58.

del d.lgs.lgt. n. 316/1944³⁰⁴¹. In senso simile anche Cass., 14 febbraio 1951 (*Boaretti*), secondo la quale per l'annullamento delle sentenze del Tribunale Speciale era richiesta la condizione che esse erano state emanate in applicazione di disposizioni penali abrogate, in quanto poste a tutela delle istituzioni e degli organi politici del fascismo³⁰⁴², ma tale non poteva ritenersi la disposizione contenuta nell'art. 269 c.p., con la conseguenza che nei riguardi della condanna da parte del Tribunale Speciale era esperibile la speciale revisione di cui al d.lgs.lgt. n. 316/1944³⁰⁴³.

Ulteriore sentenza collocabile in questa linea interpretativa è senza dubbio Cass., 3 aprile 1951 (*Di Vittorio*), secondo la quale non si poteva procedere ad annullamento della condanna irrogata dal Tribunale Speciale, ma poteva però farsi luogo alla revisione ai sensi del d.lgs.lgt. n. 316/1944, in quanto non poteva dubitarsi che gli artt. 305, 302 e 283 c.p. corrispondenti agli artt. 134, n. 2 e 118, n. 3, c.p. Zanardelli dovevano considerarsi ancora in vigore sotto il profilo della loro compatibilità con la Costituzione, non essendo stati introdotti dal fascismo a tutela delle proprie istituzioni e dei propri organi politici³⁰⁴⁴. Questo perché l'art. 49 Cost. riconosceva ai cittadini il diritto di associarsi liberamente in partiti, e a questi ultimi il diritto di concorrere a determinare la politica nazionale, ma stabiliva nel metodo democratico il modo di esercizio di questi diritti, ponendo, nel rispetto di questo metodo, un limite all'aizzamento indiscriminato della lotta politica³⁰⁴⁵.

È comunque da tenere presente che la revisione, ai sensi del d.lgs.lgt. n. 316/1944, delle condanne irrogate dal Tribunale Speciale viene considerata dalla stessa giurisprudenza come un gravame assimilabile più all'appello che non alla revisione vera e propria (Corte App. Milano, 21 novembre 1950, *Cirillo*)³⁰⁴⁶. D'altra parte, la giurisprudenza (Cass., 8 gennaio 1951, *Guerrera*) ritiene anche che chi aveva ottenuto dalla Commissione Alleata di Controllo un provvedimento di grazia per la condanna ricevuta dal Tribunale Speciale, non poteva opporre tale provvedimento in caso di nuova condanna in seguito ad una richiesta di revisione³⁰⁴⁷.

Tra le eccezioni alla giurisprudenza che negava efficacia alle sentenze del Tribunale Speciale per la Difesa dello Stato, si può citare Cass., 16 ottobre 1950 (*Bigiarini*), secondo cui non poteva essere annullata la sentenza del Tribunale Speciale che aveva condannato ai sensi dell'art. 265 c.p. chi aveva diffuso in tempo di guerra la falsa notizia di un milite che aveva ferito altri militi ed era stato ricoverato in manicomio, in quanto, trattandosi di notizia destinata a suscitare allarme ed apprensione in tempo di guerra, esulava dalla relativa condanna ogni fine di tutela delle istituzioni e degli organi politici creati dal fascismo³⁰⁴⁸. In questo stesso senso, anche Cass., 14 febbraio 1951 (*Bonelli*), secondo cui le previsioni delittuose di cui agli artt. 252, 134, n. 2, 118, n. 3 e 120 c.p. Zanardelli non erano quelle cui faceva riferimento l'art. 1 d.lgs.lgt. n. 159/1944, e, pertanto non poteva essere annullata la condanna del Tribunale Speciale che condannava per questi reati³⁰⁴⁹.

³⁰⁴¹ Ivi, n. 60.

³⁰⁴² Ivi, n. 62.

³⁰⁴³ Ivi, n. 63.

³⁰⁴⁴ Ivi, col. 786-787, n. 65.

³⁰⁴⁵ Ivi, col. 786, n. 64.

³⁰⁴⁶ Ivi, col. 787, n. 67.

³⁰⁴⁷ Ivi, n. 66.

³⁰⁴⁸ Ivi, col. 786, n. 57.

³⁰⁴⁹ Ivi, n. 61.

Per quanto riguarda, infine, le sentenze emesse dai tribunali militari, prevale un atteggiamento assai rigoroso. Si può citare, in tal senso, Trib. Supremo Militare, 27 novembre 1945 (*Vasile*), secondo cui non poteva essere riconosciuta efficacia ai sensi dell'art. 5 d.lgs.lgt. n. 249/1944, a una sentenza pronunciata da un tribunale militare della R.S.I. mancante delle firme di alcuni dei giudici³⁰⁵⁰. Diverso era, invece, il caso delle sentenze dei tribunali militari alleati, che venivano tranquillamente riconosciute, senza bisogno di esplicitare particolari formalità. Basti pensare, per esempio, a Corte App. Perugia, 8 giugno 1950 (*Amori*), secondo cui per il riconoscimento delle sentenze dei tribunali militari alleati da parte di tribunali e funzionari italiani non occorreva esperire la procedura di cui agli artt. 672 ss. c.p.p., essendo avvenute in base ai d.lgs.lgt. nn. 31 e 162 del 1944 ed ai proclami lanciati dal governo al popolo italiano³⁰⁵¹.

³⁰⁵⁰ *Repertorio del Foro Italiano* 1951, voce *Fascismo*, cit., col. 787, n. 76.

³⁰⁵¹ *Repertorio del Foro Italiano* 1950, voce *Sentenza in materia penale*, col. 1843, n. 301.

4. Considerazioni conclusive

Dall'analisi della giurisprudenza sul regime costituzionale provvisorio mi sembra emergere l'idea di continuità. È stato giustamente evidenziato che la continuità ad opera della giurisprudenza non è altro che il riflesso della dialettica tra legislatore e giudice³⁰⁵² – dialettica che si manifesta in maniera ancora più evidente proprio nei momenti di transizione –, in quanto, mentre il legislatore tende ad enfatizzare gli elementi di frattura e di discontinuità, il giudice invece mostra una naturale tendenza a mantenere e preservare gli aspetti di continuità, allo scopo di salvaguardare i diritti acquisiti dei cittadini, e di garantire che il passaggio verso una nuova legalità avvenga progressivamente³⁰⁵³. Né può essere dimenticato che il giudice, nell'esercizio della sua attività «creativa»³⁰⁵⁴, esercita una funzione «correttiva» della legislazione, attraverso la relativizzazione dei testi³⁰⁵⁵. A tale proposito, nel commentare una sentenza in materia di atti giurisdizionali pronunciati sotto il dominio della R.S.I., Carlo Lavagna sottolineava che il giudice, dinanzi a questioni tanto complesse, delicate e sostanzialmente prive di precedenti, non poteva fare altro che affidarsi al suo più o meno felice intuito, cercando di colorire il giudizio con un minimo di argomenti esegetici, o, al massimo, di integrare le disposizioni inevitabilmente oscure con qualche elemento logico ispirato ai principi più generali e collaudati della tradizione³⁰⁵⁶. Di conseguenza, si può dire che, in virtù dell'attenzione responsabilmente prestata dai giudici alla concretezza dei casi singoli, la discontinuità e la frattura dello Stato italiano con l'ordinamento della R.S.I. furono spesso più proclamate che concretamente realizzate³⁰⁵⁷.

La prima ragione di questa continuità giurisprudenziale l'avevo accennata all'inizio, parlando della sostanziale uniformità normativa dei due ordinamenti. È chiaro che se il *corpus* normativo rimane simile, e la cultura giuridica è identica, le soluzioni adottate rimangono le stesse, e non vengono rimesse in discussione. La continuità, d'altra parte, era stata esplicitamente rivendicata come titolo di merito dal Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione, Massimo Pilotti, che, nel discorso di apertura dell'anno giudiziario 1945, aveva sottolineato come fosse un vanto della Suprema Corte non solo quello di non avere prestato giuramento al governo repubblicano, ma anche quello avere rappresentato la continuità dello Stato e della giustizia³⁰⁵⁸. D'altra parte, questa ritrosia a rimettere in discussione le sentenze del periodo provvisorio era la logica conseguenza del fatto che il ceto giudiziario che aveva prestato servizio durante il fascismo, compresa la

³⁰⁵² Sulla dialettica tra giudice e legislatore, sia consentito il rinvio ad A. Ridolfi, *Giurisdizione costituzionale, corti soprannazionali e giudici comuni: a proposito del dialogo tra corti*, in AA.VV., *Liber amicorum in onore di Augusto Cerri*, cit., p. 731 ss., spec. p. 734 ss.; A. de Nitto, *Diritto dei giudici e diritto dei legislatori. Ricerche in tema di teoria delle «fonti»*, Lecce 2002; A. Giuliani, *Le disposizioni sulla legge in generale: gli articoli da 1 a 15*, in AA.VV., *Trattato di diritto privato diretto da Pietro Rescigno, 1. Premesse e Disposizioni Preliminari*, II ed., Torino 1999, p. 377 ss.; Id., *Il modello di legislatore ragionevole (Riflessioni sulla Filosofia italiana della legislazione)*, in M. Basciu, *Legislazione. Profili giuridici e politici. Atti del XVII Congresso Nazionale (Napoli-Vico Equense, 29-31 maggio 1989)*, Milano 1992, p. 13 ss.; Id., *Presentazione*, in C. Perelman, *Logica giuridica, nuova retorica*, tr. it. a cura di G. Crifò, Milano 1979, p. V ss.

³⁰⁵³ Cfr., in questo senso, A.M. Di Stefano, *Da Salò alla Repubblica*, cit., p. 124.

³⁰⁵⁴ Sulla attività «creativa» del giudice, sia nuovamente consentito il rinvio ad A. Ridolfi, *Giurisdizione costituzionale, corti soprannazionali e giudici comuni*, cit., p. 736 ss.; S. Patti, P. Rescigno, *La genesi della sentenza*, Bologna 2016, spec. p. 13 ss., 45 ss., 51 ss., 78-79, 150 ss., 166 ss.; C. Nitsch, *Il giudice e la legge. Consolidamento e crisi di un paradigma nella cultura giuridica italiana del primo Novecento*, Milano 2012; F. Modugno, *Interpretazione giuridica*, Padova 2009, p. 296 ss.

³⁰⁵⁵ Cfr., in proposito, A. Giuliani, *Presentazione*, cit., p. XI ss.; Id., *Il modello di legislatore ragionevole*, cit., p. 15 ss.; Id., *Le disposizioni sulla legge in generale*, cit., p. 423 ss.

³⁰⁵⁶ Cfr. C. Lavagna, *Ricerche sul sistema normativo*, cit., p. 68.

³⁰⁵⁷ Così nuovamente A.M. Di Stefano, *Da Salò alla Repubblica*, cit., p. 124.

³⁰⁵⁸ Cfr., in proposito, A. Meniconi, *La magistratura nella storia costituzionale repubblicana*, in *Nomos* 2017, n. 1, p. 14 ss.; Id., *Storia della magistratura italiana*, cit., p. 267. Sulla figura del Procuratore Pilotti, inoltre, si veda anche F. Longo, *Quando i magistrati erano «apolitici». Note sul «caso Pilotti»*, in *Questione giustizia* 2011, n. 6, p. 157 ss.

propaggine rappresentata dalla R.S.I., fu inglobato, tranne rarissime eccezioni, nel ceto giudiziario repubblicano³⁰⁵⁹.

Emblematiche della continuità sono alcune figure di primo piano sotto il fascismo, che rimangono tali anche con l'ordinamento repubblicano. Basti pensare ad Antonio Azara, Gaetano Azzariti, Antonio Manca e Giuseppe Lampis³⁰⁶⁰: Azara, dopo avere percorso velocemente i gradi della scala gerarchica nel corso del Ventennio, divenne Primo Presidente della Cassazione nel 1948, e poi Ministro della Giustizia³⁰⁶¹; Azzariti – che, secondo alcune ricostruzioni, rappresenterebbe più di tutti gli altri la continuità del ceto giudiziario, nel quadro più generale della continuità dello Stato italiano dall'unificazione alla Repubblica³⁰⁶² – e Manca divennero giudici della Corte costituzionale, dopo avere diretto per tanti anni uffici chiave del Ministero della Giustizia³⁰⁶³, oltre a essere stati entrambi membri del c.d. «*Tribunale della razza*»³⁰⁶⁴; Lampis,

³⁰⁵⁹ Sulla sostanziale continuità del ceto giudiziario tra fascismo e Repubblica, si soffermano G. Tarello, *Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista-interprete*, in *Politica del diritto* 1972, n. 3-4, p. 459 ss., spec. p. 469 ss.; M. Fiorillo, *La nascita della Repubblica italiana e i problemi giuridici della continuità*, cit., p. 219 ss.; G. Focardi, *Magistratura e fascismo. L'amministrazione della giustizia in Veneto 1920-1945*, Padova 2012, p. 253 ss.; Id., *Arbitri di una giustizia politica*, cit., p. 97 ss.; A. Meniconi, *Storia della magistratura italiana*, cit., p. 257 ss., 267 ss.; Id., *La magistratura nella storia costituzionale repubblicana*, cit., spec. p. 7 ss.

³⁰⁶⁰ Sul loro ruolo di primo piano si sofferma N. Rondinone, *Il "Tribunale della razza" e la magistratura*, ivi, p. 195 ss., spec. p. 198-199, che elenca anche i nomi di Ernesto Eula, Andrea Ferrara, Michele Fragali, Francesco Pellegrini e Gaetano Miraulo.

³⁰⁶¹ Sulla figura di Azara, si vedano G. Focardi, *Arbitri di una giustizia politica*, cit., p. 99-100, 103 ss.; A. Meniconi, *Storia della magistratura italiana*, cit., p. 215, 288, 294-295. Sulla sua partecipazione di al Comitato Scientifico della rivista *Il diritto razzista* e sulla sua attività di supporto del razzismo di Stato insistono T. Vettor, *L'esperienza delle leggi razziste tra passato e presente*, cit., p. 44; S. Gentile, *La legalità del male*, cit., p. 48 ss., 330-331; G. Acerbi, *Le leggi antiebraiche e razziali italiane ed il ceto dei giuristi*, cit., p. 138-139 (ove mette in evidenza come il suo nome compaia nel fascicolo n. 1 tra i componenti del Comitato Scientifico, salvo essere depennato nel fascicolo successivo, insieme a Solmi, Maroi, Leicht, Giacchino, Eula, Di Donato, De Marco, Gioffi, Casati e Bolla), 153 (dove evidenzia discutibili affermazioni di Azara a favore della restrizione della capacità giuridica per ragioni di razza), 195.

³⁰⁶² Di Azzariti come simbolo vivente della continuità dello Stato parla G. Focardi, *Magistratura e fascismo*, cit., p. 20, 265 ss., che soggiunge come la cesura potrebbe essere paradossalmente individuata proprio nella data della morte di Azzariti (1961), a cento anni esatti dalla unificazione. Sul fondamentale ruolo di Azzariti al Ministero della Giustizia, si vedano A. Meniconi, *La magistratura nella storia costituzionale repubblicana*, cit., p. 9; Id., *Storia della magistratura italiana*, cit., p. 213 ss.; F. Lanchester, *Momenti e figure nel diritto costituzionale in Italia e in Germania*, Milano 1994, p. 178 ss.

³⁰⁶³ Cfr., in proposito, O. Abbamonte, *La politica invisibile. Corte di Cassazione e magistratura durante il Fascismo*, Milano 2003, p. 77-78, che parla di Azzariti come *ghost writer* delle leggi del Regime in virtù del suo ruolo di Capo dell'Ufficio legislativo del Ministero della Giustizia, carica che mantenne dal 1927 al 1949, tranne una breve parentesi tra il 1943 e il 1944. Di diverso avviso è, invece, C. Guarnieri, *Magistratura*, in V. de Grazia, S. Luzzatto, *Dizionario del fascismo*, II, cit., p. 72 ss., secondo il quale (ivi, p. 77) la partecipazione di Azzariti ed Ettore Casati al Governo Badoglio testimonierebbe la limitata penetrazione del fascismo nel corpo giudiziario. Sulla partecipazione di Azzariti, seppur come tecnico, alla costruzione legislativa del Regime, si veda anche F. Lanchester, *Momenti e figure nel diritto costituzionale in Italia e in Germania*, cit., p. 179-180.

³⁰⁶⁴ Sulla partecipazione di Azzariti e Manca al Tribunale della razza insiste T. Vettor, *L'esperienza delle leggi razziste tra passato e presente*, cit., p. 45. Ripercorre queste vicende anche B. Raggi, *Baroni di razza*, cit., p. 45 ss., che sottolinea come Azzariti venne nominato giudice costituzionale dal Presidente Gronchi nel 1953, mentre Manca fu eletto giudice costituzionale dalla magistratura ordinaria. Alla fine, conclude la Raggi (ivi, p. 53 ss.), l'unico che pagò questa partecipazione fu il Prefetto Le Pera, arrestato subito dopo il 25 luglio, mentre sui magistrati che ne fecero parte calò quasi una sorta di oblio, determinato anche dalla scomparsa dei documenti ufficiali. Di incarico imbarazzante soggetto a un meccanismo di rimozione parla G. Focardi, *Magistratura e fascismo*, cit., p. 265-266. Sulla partecipazione di Azzariti e Manca al Tribunale della razza si sofferma anche S. Gentile, *La legalità del male*, cit., p. 245-246, il quale mette in evidenza anche le partecipazioni di Azzariti (ivi, p. 330 ss.) ai convegni sul nuovo codice civile, e il suo tentativo di giustificazione dei principi giuridici del razzismo di Stato. Molto polemico è anche G. Acerbi, *Le leggi antiebraiche e razziali italiane ed il ceto dei giuristi*, cit., p. 141 ss., 151-152, 195-196, il quale non esita a parlare di compromissioni antiebraiche nel corpo dei magistrati. Sulla partecipazione di Azzariti a discutibili Convegni sulla legislazione razziale, si sofferma anche G. Volpe, *Storia costituzionale degli italiani*, II, cit., p. 348. Una strenua difesa di Azzariti è, invece, in N. Paziienza, *Faciant meliora sequentes. I giudici costituzionali del sessantennio ritratti "senza cornice"*, Roma 2016, p. 19 ss., il quale, a proposito del Presidente Azzariti, parla di un grande magistrato, di un processo mediatico ai suoi danni, nonché di una eccessiva enfaticizzazione del ruolo del c.d. *Tribunale della razza*, tant'è che poi nelle schede biografiche dei giudici costituzionali Azzariti e Manca (ivi p. 34 e 49), la partecipazione ad esso non viene affatto menzionata.

stretto collaboratore di Azzariti all'Ufficio Legislativo del Ministero della Giustizia tra il 1941 e il 1948, fu eletto anche lui giudice costituzionale³⁰⁶⁵.

La continuità del ceto giudiziario, d'altra parte, si inserisce nella continuità di tutto il personale burocratico-amministrativo³⁰⁶⁶, determinata dal sostanziale fallimento delle epurazioni³⁰⁶⁷ e dalla blanda applicazione delle sanzioni contro il fascismo³⁰⁶⁸. In generale, è stato rilevato che, fino a quando il procedimento di epurazione venne portato avanti direttamente dall'autorità militare alleata, esso fu molto efficace, come dimostra il fatto che vennero rimossi dagli uffici capitolini ben 3.700 fascisti, 200 dei quali furono incriminati ed arrestati³⁰⁶⁹. Viceversa, quando della questione si occuparono le istituzioni italiane (in particolare, l'Alto Commissariato), l'epurazione finì per bloccarsi: all'ampliamento delle fattispecie epurative e alla moltiplicazione degli uffici, infatti, corrisposero risultati ben più miseri³⁰⁷⁰.

Per quanto riguarda i magistrati, il r.d.l. n. 29-B/1943³⁰⁷¹, li sottopose alle stesse sanzioni previste per gli impiegati civili, ma, anche in questo caso, pochissime furono le epurazioni³⁰⁷². Una ragione di questo stava nel fatto che la presenza dei magistrati negli organi preposti alla erogazione delle sanzioni amministrative e penali era indispensabile in tutte le fasi della procedura sanzionatoria,

³⁰⁶⁵ Cfr. G. Focardi, *Arbitri di una giustizia politica*, cit., p. 101-102, che sottolinea come la presenza di Azzariti e Lampis nel 1941 e poi nel 1948 rappresenti proprio la continuità. Su un discutibile articolo di Lampis sulle leggi razziali si sofferma S. Gentile, *La legalità del male*, cit., p. 351-352. Sulla figura del giudice Lampis, si veda anche N. Paziienza, *Faciunt meliora sequentes*, cit., p. 36.

³⁰⁶⁶ Sulla continuità dal punto di vista amministrativo insistono G. Melis, *L'amministrazione*, in R. Romanelli, *Storia dello Stato italiano dall'Unità ad oggi*, cit., p. 187 ss., spec. p. 222; U. De Siervo, *La transizione costituzionale*, cit., p. 571 ss.; M. Fiorillo, *La nascita della Repubblica italiana e i problemi giuridici della continuità*, cit., p. 203 ss.

³⁰⁶⁷ Sul fallimento delle epurazioni, si vedano G. Montroni, *La continuità necessaria. Università e professori dal fascismo alla Repubblica*, Firenze 2016, spec. p. 7 ss., 75 ss.; G. Volpe, *Storia costituzionale degli italiani*, II, cit., p. 420 ss.; R. Bianchi Riva, «Per superiori ragioni di giustizia e di pubblico interesse», cit., p. 156-157; G. Acerbi, *Le leggi antiebraiche e razziali italiane ed il ceto dei giuristi*, cit., p. 191 ss.; A. Meniconi, *Storia della magistratura italiana*, cit., p. 247 ss.; G. Focardi, *Magistratura e fascismo*, cit., p. 236 ss.; Id., *Le sfumature del nero. sulla defascistizzazione dei magistrati*, in *Passato e presente* 2005, n. 64, p. 61 ss.; A. Somma, *Alle origini della Repubblica Italiana*, cit., p. 92 ss., 106 ss.; R.P. Domenico, *Epurazione*, in V. De Grazia, S. Luzzatto, *Dizionario del fascismo*, I, cit., p. 475 ss.; M. Fiorillo, *La nascita della Repubblica italiana e i problemi giuridici della continuità*, cit., p. 231 ss.; U. De Siervo, *La transizione costituzionale*, cit., p. 572 ss.; G. Melis, *Storia dell'amministrazione italiana*, cit., p. 425 ss.; Id., *L'amministrazione*, cit., p. 219 ss.

³⁰⁶⁸ Sulle sanzioni contro il fascismo, si vedano T. Rovatti, *Tra tutela legale e giustizia sommaria. Forme di punizione del nemico nell'Italia del dopoguerra*, in G. Focardi, C. Nubola, *Nei tribunali*, cit., p. 15 ss.; F. Tacchi, *Difendere i fascisti? Avvocati e avvocate nella giustizia di transizione*, ivi, p. 51 ss.; G. Acerbi, *Le leggi antiebraiche e razziali italiane ed il ceto dei giuristi*, cit., p. 189 ss.; G. Fornasari, *Giustizia di transizione e diritto penale*, cit., p. 15 ss.; A. Somma, *Alle origini della Repubblica Italiana*, cit., p. 94 ss., 100 ss.

³⁰⁶⁹ Cfr., in questo senso, G. Montroni, *La continuità necessaria*, cit., p. 14-15; G. Volpe, *Storia costituzionale degli italiani*, II, cit., p. 420-421. Sulla efficienza e sulla severità delle misure di epurazione decise dal colonnello Charles Poletti insiste anche R.P. Domenico, *Epurazione*, cit., p. 479.

³⁰⁷⁰ Si veda, in proposito, G. Melis, *L'amministrazione*, cit., p. 220-221; Id., *Storia dell'amministrazione italiana*, cit., p. 429-430, che sottolinea tre costanti del processo di epurazione: l'ampissimo numero di esaminati in rapporto all'entità complessiva del personale dei ministeri; la netta sproporzione tra procedimenti iniziati e deferimenti; l'alta percentuale di proscioglimenti e la bassissima percentuale di dispense dal servizio. In senso simile, si veda G. Volpe, *Storia costituzionale degli italiani*, II, cit., p. 421, che sottolinea come, su un totale di 385.465 unità, ben 218.159 impiegati furono sottoposti a indagine. Di questi, 26.136 furono deferiti dall'Alto Commissario, ma i procedimenti effettivamente chiusi furono soltanto 17.162, nella massima parte con il proscioglimento degli addebiti, con la conseguenza che, alla fine, gli impiegati rimossi dalla amministrazione furono in tutto solo 403. Sulle difficoltà nelle procedure di epurazione da parte dei diversi governi italiani, si veda G. Montroni, *La continuità necessaria*, cit., p. 15 ss.

³⁰⁷¹ Sul r.d.l. n. 29/B del 28 dicembre 1943, si veda V. Onida, *L'ordinamento costituzionale italiano dalla caduta del Fascismo all'avvento della Costituzione repubblicana*, cit., p. 46 ss.

³⁰⁷² Sul benevolo trattamento nei riguardi dei magistrati si soffermano A. Grilli, *Tra fronda e collaborazione*, cit., p. 161 ss.; A. Meniconi, *La magistratura nella storia costituzionale repubblicana*, cit., p. 2 ss.; Id., *Storia della magistratura italiana*, cit., p. 254; G. Focardi, *Arbitri di una giustizia politica*, cit., p. 94 ss.; G. Volpe, *Storia costituzionale degli italiani*, II, cit., p. 422; G. Acerbi, *Le leggi antiebraiche e razziali italiane ed il ceto dei giuristi*, cit., p. 209-210; S. Cassese, *Governare gli italiani*, cit., p. 188; M. Cardia, *L'epurazione del Consiglio di Stato alla caduta del fascismo*, in *Nuova informazione bibliografica* 2011, vol. VIII, n. 2, p. 319 ss.; M. Fiorillo, *La nascita della Repubblica italiana e i problemi giuridici della continuità*, cit., p. 225 ss.; P. Saraceno, *I magistrati italiani tra Fascismo e Repubblica. Brevi considerazioni su un'operazione necessaria, ma impossibile*, in *Clio* 1999, vol. XXXV, n. 1, p. 65 ss.

il che finiva per renderli nel contempo epuratori ed epurabili³⁰⁷³. D'altra parte, sebbene l'adesione di molti giudici al P.N.F. fosse stata di mero ossequio esteriore agli aspetti rituali del regime, senza alcuna intima convinzione³⁰⁷⁴, non c'è dubbio che una generazione di magistrati, soprattutto i più giovani, si era formata nel ventennio fascista, rimanendo fortemente influenzata dalla sua visione autoritaria³⁰⁷⁵. Pertanto, solo una radicale epurazione del personale giudiziario avrebbe creato una magistratura con un'attitudine mentale nuova, adeguata ed efficace sia nella gestione delle sanzioni contro il fascismo sia nella definizione di una giurisprudenza e di un'organizzazione della giustizia rinnovata e democratica come richiesto dalla Costituzione repubblicana³⁰⁷⁶.

Un altro settore dove è possibile riscontrare la continuità tra fascismo e Repubblica, ed il sostanziale fallimento delle epurazioni, è sicuramente l'Università³⁰⁷⁷. In effetti, all'immediata sospensione dall'insegnamento disposta dal governo militare alleato nei riguardi di docenti compromessi con il Regime, finanche di quelli non implicati con le sue più aberranti manifestazioni (la legislazione razziale)³⁰⁷⁸, non aveva corrisposto altrettanta severità da parte delle autorità italiane: basti pensare al fatto che docenti dichiaratamente fascisti come Giuseppe

³⁰⁷³ Così M. Cardia, *L'epurazione del Consiglio di Stato alla caduta del fascismo*, cit., p. 319.

³⁰⁷⁴ Sul problema della presunta adesione o meno della magistratura al fascismo, sia consentito di rinviare ad A. Ridolfi, *I reati di opinione tra Stato liberale e fascismo*, in *Historia et ius* 2015, n. 8, p. 77 ss.; A. Meniconi, *Storia della magistratura italiana*, cit., p. 169 ss., 218 ss.; G. Focardi, *Magistratura e fascismo*, cit., spec. p. 22 ss., 29 ss., 118 ss., 257 ss.; A. Aquarone, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, cit., p. 240 ss.

³⁰⁷⁵ Cfr. M. Cardia, *L'epurazione del Consiglio di Stato alla caduta del fascismo*, cit., p. 319.

³⁰⁷⁶ Così nuovamente M. Cardia, *L'epurazione del Consiglio di Stato alla caduta del fascismo*, cit., p. 319. Per una analisi più generale del problema della riforma della giustizia e della magistratura dopo le esperienze autoritarie e totalitarie del Novecento, rinvio ad A.A. Cervati, *Mutamento dei valori costituzionali, giustizia e indipendenza della magistratura*, in AA.VV., *Liber amicorum in onore di Augusto Cerri*, cit., p. 219 ss.

³⁰⁷⁷ Sulla continuità per quanto riguarda Università, si veda F. Lanchester, *Pensare lo Stato*, cit., p. 61 ss.; Id., *Leopoldo Elia e la tradizione giuspubblicistica a "La Sapienza"*, in AA.VV., *La Sapienza del giovane Leopoldo Elia 1948-1962*, in *Nomos* 2014, n. 1, p. 5 ss.; Id., *La tradizione giuspubblicistica a "La Sapienza"*, ivi, p. 74 ss.; G. Montroni, *La continuità necessaria*, cit., p. 89 ss., 187 ss.

³⁰⁷⁸ Cfr., in proposito, B. Raggi, *Baroni di razza*, cit., p. 29, la quale parla di zelo a proposito delle epurazioni operate da Poletti nell'Università di Roma, rilevando anche che le Università italiane (ivi, p. 36) non si preoccuparono affatto di sostituire i docenti epurati, lasciando le cattedre scoperte, il che strideva nettamente con la velocità con cui furono sostituiti i docenti che avevano rifiutato di giurare fedeltà al fascismo, o che erano stati allontanati in virtù delle leggi razziali del 1938. Sulla *Sauberung* operata da Poletti nell'Università di Roma *La Sapienza* si veda anche *La tradizione giuspubblicistica a "La Sapienza"*, cit., p. 80. Sulla vanificazione delle epurazioni portate avanti dal governo militare alleato a seguito del passaggio di poteri insiste anche G. Melis, *Recensione a Enza Pelleriti, «Italy in transition». La vicenda degli Allied Military Professors negli Atenei siciliani fra emergenza e defascistizzazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 2015, n. 2, p. 781 ss.

Maggiore e Pietro De Francisci³⁰⁷⁹, per non parlare di gerarchi come Giacomo Acerbo³⁰⁸⁰, o come Giuseppe Bottai³⁰⁸¹, non subirono praticamente sanzioni – per quanto riguarda Alberto De Stefani, mancò il coinvolgimento nella infamia delle leggi razziali³⁰⁸² –, il che stride nettamente

³⁰⁷⁹ Sarcastico sugli sciolti da Maggiore nei riguardi del fascismo è N. Bobbio, *Dal fascismo alla democrazia*, cit., p. 55, 59 e 64. Sulla fortissima compromissione di Maggiore e De Francisci con il Regime, si veda O. Abbamonte, *La politica invisibile*, cit., p. 12, 20-21, 66-67, 74. Sul ruolo di De Francisci nel saldare il vincolo tra tradizione giuridica italiana e politica fascista insiste O. De Napoli, *Razzismo e diritto romano. Una polemica degli anni Trenta*, in *Contemporanea* 2006, vol. IX, n. 1, p. 35 ss., che sottolinea anche il ruolo di De Francisci nell'operazione volta a reperire elementi di razzismo nel diritto e nella prassi giuridica romana. Su Maggiore e De Francisci come autentici corifei del Regime sulle leggi razziali insiste S. Gentile, *La legalità del male*, cit., p. 16, nota 3, che soggiunge (ivi, p. 77 ss.) come Maggiore debba essere considerato, insieme a Stefano Maria Cutelli e Mario Baccigalupi, il massimo esponente del razzismo giuridico italiano, e come De Francisci (ivi, p. 86 ss.) abbia palesemente avallato il nuovo corso razzista partecipando come conferenziere, insieme ad Arrigo Solmi, al Corso sulla politica fascista della razza tenutosi a Roma nel 1939. Sugli accenti antisemiti di Maggiore e De Francisci, infine, si sofferma G. Acerbi, *Le leggi antiebraiche e razziali italiane ed il ceto dei giuristi*, cit., p. 127 ss., che rileva (ivi, p. 192-193) come Maggiore venne destituito dagli Alleati, ma il procedimento della sua epurazione cessò quando il Presidente del Consiglio lo collocò a riposo nel 1945, salvo poi essere reintegrato nel 1952, mentre De Francisci fu esonerato dall'insegnamento dal commissario regionale per Roma dell'AMG, salvo poi essere riammesso, a seguito di una sentenza del Consiglio di Stato, nel 1949. Sul tempestivo collocamento a riposo come mezzo per estinguere il procedimento di epurazione, salvo poi, nel clima post-amnistia Togliatti, ammettere i ricorsi degli epurati e reintegrarli, insiste G. Melis, *Recensione a Enza Pelleriti, «Italy in transition»*, cit., p. 783. Di Maggiore come caso emblematico di un vero e proprio *outing* di sentimenti fascisti parla G. Montroni, *La continuità necessaria*, cit., p. 69, il quale mette in evidenza anche (ivi, p. 29-30) la notevole esposizione politica di De Francisci. Su De Francisci e Maggiore, infine, si vedano S. Zappoli, *Maggiore, Giuseppe*, in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. LXVII, Roma 2006, p. 392 ss.; C. Lanza, *De Francisci, Pietro*, in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. XXXVI, Roma 1988, p. 63 ss.

³⁰⁸⁰ Acerbo, stretto collaboratore di Mussolini sin dai primi anni (la legge elettorale che consentì al partito fascista di disporre di una solidissima maggioranza alle elezioni del 1924 portava il suo nome), membro del Gran Consiglio del Fascismo, e del Consiglio superiore della demografia e della razza, aveva votato a favore dell'ordine del giorno Grandi, e, dopo il 25 luglio, era stato contemporaneamente ricercato sia dal Regno del Sud che dalla Repubblica di Salò, venendo condannato (in entrambi i casi, in contumacia) a 30 anni dal primo ed alla fucilazione dalla seconda. Di una compromissione di Acerbo con il fascismo parla G. Montroni, *La continuità necessaria*, cit., p. 26, che sottolinea come egli venisse reintegrato solo nel 1952 (otto anni dopo il suo allontanamento dalla cattedra deciso da Poletti), per la decisa opposizione del Ministero alla reintegra di figure troppo note per passare inosservate. Sui processi di Acerbo, si veda anche F. Tacchi, *Difendere i fascisti?*, cit., p. 72-73, che sottolinea anche la pesante compromissione con il razzismo di Stato, testimoniata anche dalla pubblicazione nel 1940 de *I fondamenti della dottrina fascista della razza*. Di una opposizione di Acerbo alle leggi razziali nella discussione in Gran Consiglio, insieme a De Bono, Federzoni e Balbo, parla S. Gentile, *La legalità del male*, cit., p. 144, nota 153. Molto polemica nei riguardi di Acerbo è, invece, B. Raggi, *Baroni di razza*, cit., p. 21 ss., che sottolinea (ivi, p. 36) come Acerbo non sembra mai essere sfiorato dal dubbio sulla sorte che gli sarebbe capitata se la sua carriera si fosse svolta nella Germania nazista (impiccato a Norimberga o condannato al carcere duro a Spandau). Tendono a sminuire le responsabilità di Acerbo M. Tiberi, A. Frinoli, *Gli insegnamenti economici*, in R. Cagiano de Azevedo, *La Facoltà di Economia. Cento anni di storia 1906-2006*, Soveria Mannelli 2006, p. 335 ss., i quali parlano (ivi, p. 365 ss.) di militanza politica altalenante, evidenziando piuttosto la condanna a morte ricevuta dal Tribunale di Verona. Su Acerbo, infine, si veda anche A. Parisella, *Acerbo, Giacomo*, in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. XXXIV, Roma 1988, p. 10 ss.

³⁰⁸¹ La vicenda di Bottai è interessante perché molto simile a quella di Acerbo, seppur con una conclusione leggermente diversa. Anche Bottai, che aveva insegnato politica ed economia corporativa e diritto corporativo nelle Università di Pisa e di Roma, e che era stato uno dei più zelanti sostenitori della crociata antiebraica, venne condannato sia dal Regno del Sud (ergastolo) che della Repubblica di Salò (pena di morte). Per sfuggire alle condanne, si arruolò nella Legione Straniera, e rientrò in Italia solo nell'agosto del 1948, dopo essere stato amnistiato nel novembre 1947. Destituito dall'ufficio di professore il 4 luglio 1944 e reintegrato in ruolo il 1 novembre 1945, non rimise più piede all'Università per l'opposizione del Ministero della Pubblica Istruzione, il cui atteggiamento dilatorio portò lo stesso Bottai a chiedere il collocamento a riposo nel 1951. Cfr., in proposito, G. Montroni, *La continuità necessaria*, cit., p. 25. Sui processi di Bottai, si veda F. Tacchi, *Difendere i fascisti?*, cit., p. 74 e 84. Su Bottai, si vedano anche L. Di Nucci, *Bottai, Giuseppe*, in V. de Grazia, S. Luzzatto, *Dizionario del fascismo*, I, cit., p. 194 ss.; S. Cassese, *Bottai, Giuseppe*, in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. XIII, Roma 1971, p. 389 ss.

³⁰⁸² Unico eletto in una lista esclusivamente fascista alle elezioni del 1921 (gli altri, come è noto, lo furono nei *Blocchi nazionali*), Ministro delle Finanze nel Governo Mussolini sino al 1925, e membro del Gran Consiglio dal 1932, De Stefani cominciò ad essere sempre più in plateale disaccordo con la politica mussoliniana (quella razziale, ma non solo), fino ad arrivare al voto a favore dell'o.d.g. Grandi. Condannato a morte per questo nel processo di Verona, si rifugiò in un monastero a Roma per sfuggire alla cattura. Sospeso dal servizio subito dopo la liberazione di Roma e assoggettato a procedimento di epurazione, ottenne il reintegro nel 1948 in virtù di una sentenza del Consiglio di Stato. Si vedano G. Montroni, *La continuità necessaria*, cit., p. 30; F. Tacchi, *Difendere i fascisti?*, cit., p. 74 e 84; F.H. Adler, *De Stefani, Alberto*, in V. de Grazia, S. Luzzatto, *Dizionario del fascismo*, I, cit., p. 425; F. Marcoaldi, *De Stefani, Alberto*, in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. XXXIX, Roma 1991, p. 429 ss.

con le vicende che riguardarono Giorgio Del Vecchio e Tullio Terni³⁰⁸³, o con il furore epuratorio, ai limiti quasi dell'accanimento personale, manifestato da Piero Calamandrei nei riguardi di Emilio Betti³⁰⁸⁴. Alla fine, tra i docenti compromessi con il regime fascista, fu forse Pier Silverio Leicht a pagare il prezzo più elevato con la dispensa dal servizio e la radiazione dall'Accademia dei Lincei³⁰⁸⁵.

Un discorso a parte meritano i docenti di materie giuspubblicistiche, ovverosia coloro che, a causa dell'elevata politicità di esse, sarebbero dovuti essere maggiormente esposti ai profondi mutamenti costituzionali intervenuti tra il 1943 ed il 1948³⁰⁸⁶. In linea di massima, si può affermare che la dottrina giuspubblicistica attraversò le due esperienze praticamente senza colpo ferire³⁰⁸⁷, anche se questo non vuol dire che non ci furono epurazioni³⁰⁸⁸. Tra gli epurati, infatti, si possono segnalare i nomi di due giuspubblicisti platealmente compromessi con il Regime come

³⁰⁸³ Per quanto riguarda le vicende di Del Vecchio e Terni, si veda B. Raggi, *Baroni di razza*, cit., p. 181 ss., che rileva (ivi, p. 18) come essi finirono per subire una duplice epurazione, prima ad opera dei fascisti antisemiti, poi da parte di antifascisti incapaci di valutare quanto e come avesse pesato la legislazione razziale sulla vita di chi l'aveva subita. Sulla paradossale situazione di Del Vecchio, si veda anche G. Montroni, *La continuità necessaria*, cit., p. 161-162.

³⁰⁸⁴ A differenza di tanti altri giuristi, Betti non aveva pubblicato scritti antisemiti o di apologia del razzismo di Stato, e non aveva ricoperto, durante il ventennio, cariche politiche, né, tanto meno, accademiche. Sull'omogeneità politica di Betti con De Francisci e Maggiore insiste P. Costa, *Emilio Betti: dogmatica, politica, storiografia*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 1978, vol. VII, p. 311 ss., spec. p. 362 ss., il quale, però, tende a sottolineare anche i punti in cui è evidente la sua distanza dai giuristi più attivi del regime (ivi, p. 371 ss.). Sulle vicende riguardanti il procedimento di epurazione e la travagliata chiamata alla Facoltà di Roma, si veda, inoltre, L. Fanizza, *Emilio Betti e "la posizione mentale di buon europeo"*, in E. Betti, *Scritti di storia e politica internazionale*, Firenze 2008, p. IX ss.; E. Mura, *Emilio Betti, oltre lo specchio della memoria*, in E. Betti, *Notazioni autobiografiche*, II ed., a cura di E. Mura, Padova 2014, p. IX ss., spec. p. LII ss.; G. Montroni, *La continuità necessaria*, cit., p. 33 (il quale, pur ritenendo Betti un fascista della prima ora, e un sostenitore senza esitazioni del fascismo con dichiarazioni pubbliche a favore di tedeschi e fascisti, sottolinea che egli non aveva preso la tessera del P.N.F. prima del 1932, e che la Commissione di epurazione dell'Università di Milano era stata smentita dalla Commissione ministeriale, che aveva ritenuto forzati gli elementi di accusa, prosciogliendo Betti da ogni addebito).

³⁰⁸⁵ Deputato nella XXVII e XXVIII Legislatura, e poi nominato Senatore nel 1934, Leicht fu anche sottosegretario alla Pubblica Istruzione dal 1928 al 1929. Esonerato dall'insegnamento il 4 luglio 1944, e poi definitivamente dispensato dal servizio dal 1 novembre di quello stesso anno, non fece ricorso contro la decisione, pur continuando a fare parte a pieno titolo della comunità scientifica. Si vedano G. Montroni, *La continuità necessaria*, cit., p. 31; G. Acerbi, *Le leggi antiebraiche e razziali italiane ed il ceto dei giuristi*, cit., p. 138-139 (ove sottolinea la partecipazione di Leicht al Comitato Scientifico della rivista *Il diritto razzista*), 193-194; G. Ferri, *Leicht, Pier Silverio*, in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. LXIV, Roma 2005, p. 315 ss.

³⁰⁸⁶ Cfr. F. Lanchester, *La tradizione giuspubblicistica a "La Sapienza"*, cit., p. 80, il quale, riprendendo Carl Schmitt, sottolinea come il diritto costituzionale sia fortemente condizionato dall'elemento politico, ma soprattutto nei momenti di transizione istituzionale apparentemente ibernato.

³⁰⁸⁷ Tende ad affermare una discontinuità L. Elia, *La scienza del diritto costituzionale dal fascismo alla Repubblica*, in Id., *Costituzione, partiti, istituzioni*, Bologna 2009, p. 317 ss., secondo il quale (ivi, p. 324) le prese di posizione della dottrina nei primi anni dopo la nuova costituzione registrarono una forte differenza di atteggiamento rispetto a quello assunto dai giuspubblicisti di fronte alle trasformazioni costituzionali fasciste. Sugli elementi di continuità, invece, si vedano F. Lanchester, *Leopoldo Elia e la tradizione giuspubblicistica a "La Sapienza"*, cit., p. 16 ss.; Id., *La tradizione giuspubblicistica a "La Sapienza"*, cit., p. 79 ss.; Id., *Pensare lo Stato*, cit., p. 11 ss., 151 ss.; Id., *I giuspubblicisti tra storia e politica*, cit., p. 101 ss.; Id., *La dottrina giuspubblicistica alla Assemblea costituente*, in *Quaderni costituzionali* 1998, n. 2, p. 189 ss.; G. Azzariti, *Forme e soggetti della democrazia pluralista*, cit., p. 19 ss.; L. Ferrajoli, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari 1999, p. 56 ss.; M. Fioravanti, *Costituzione e popolo sovrano. La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno*, Bologna 1998, p. 115.

³⁰⁸⁸ Sulle epurazioni tra i giuspubblicisti dell'Università di Roma *La Sapienza*, si veda F. Lanchester, *La tradizione giuspubblicistica a "La Sapienza"*, cit., p. 80.

Santi Romano³⁰⁸⁹, o come Carlo Costamagna³⁰⁹⁰. Per quanto riguarda, invece, Carlo Alberto Biggini e Sergio Panunzio, essi non furono assoggettati a sanzioni semplicemente perché morirono prima che si concludesse il procedimento contro di essi³⁰⁹¹. Diverso è, invece, il caso di Vincenzo Zangara, il quale, nel giro di pochi anni, fu soggetto ad una duplice epurazione, prima da parte dei fascisti e in seguito da parte degli antifascisti, salvo poi essere reintegrato nell'insegnamento³⁰⁹². Ma, a parte questi nominativi, la continuità della dottrina costituzionalistica

³⁰⁸⁹ Molto critico nei confronti di Romano è G. Acerbi, *Le leggi antiebraiche e razziali italiane ed il ceto dei giuristi*, cit., p. 138-139, 192, il quale sottolinea il forte appoggio dato al governo fascista, finanche nei primi tempi della R.S.I., nonché (ivi, p. 138-139) la sua adesione al Comitato Scientifico della rivista *Il diritto razzista*, soggiungendo che il suo collocamento a riposo fu una delle poche epurazioni nei più alti gradi dello Stato a non suscitare proteste. Sul paragone tra la nomina di Santi Romano e quella di Mariano D'Amelio in Cassazione come tentativo di fascistizzare le istituzioni giudiziarie di più alto livello, assicurandone la presidenza a figure vicine al Regime insistono G. Focardi, *Magistratura e fascismo*, cit., p. 31; A. Meniconi, *Storia della magistratura italiana*, cit., p. 194-195. Di una situazione eclatante per quanto riguarda la nomina, la carriera e gli incarichi legati alla prossimità del mondo politico a proposito di Santi Romano parla M. Cardia, *L'epurazione del Consiglio di Stato alla caduta del fascismo*, cit., p. 323. Sulla gravissima compromissione con il fascismo insiste anche S. Lariccia, *Riflessioni sull'opera di Santi Romano a sessant'anni dalla morte*, in A. Cerri, P. Häberle, I.M. Jarvad, P. Ridola, D. Schefold (a cura di), *Il diritto tra interpretazione e storia. Liber amicorum in onore di Angel Antonio Cervati*, Roma 2010, tomo III, p. 43 ss., che sottolinea come nei *Frammenti di un dizionario giuridico* non vi sia il benché minimo riferimento a voci come *assemblea costituente, cittadino, costituzione, individuo, libertà, persona umana, uguaglianza*, né, a parte qualche breve e rara allusione alla costituente ed ai partiti nascenti, vi si trovi un brano in cui egli tradisca il suo animo che vuol far credere anche nella tempesta (non solo storica, ma anche personale) né perturbato né commosso. Sulla natura politica dell'ufficio esercitato da Romano insiste anche M. Benvenuti, *Il pensiero giuridico di Carlo Costamagna nel dibattito su metodo, diritto e Stato durante il regime fascista*, cit., p. 24, che cita la commemorazione che ne fece Vittorio Emanuele Orlando. Più indulgente è l'interpretazione di C. Mozzarelli, *Romano, Santi*, in V. de Grazia, S. Luzzatto, *Dizionario del fascismo*, II, cit., p. 542-543, secondo il quale Romano esercitò la funzione di consulenza con senso di obiettività ed equilibrio, essendogli riconosciuto anche dal suo successore, Meuccio Ruini. Di accondiscendenza di Santi Romano ai voleri di Mussolini parla O. Abbamonte, *La politica invisibile*, cit., p. 78 (nota 161), il quale soggiunge (ivi, p. 242 ss.) anche che il Consiglio di Stato in età fascista non era fatto per procurare seri grattacapi al potere costituito. Di una collaborazione con il Regime di natura non solo tecnico-giuridica, ma anche ideologica, e dunque totale e illimitata, parla M. Fotia, *Il liberalismo incompiuto. Mosca, Orlando, Romano tra pensiero europeo e cultura meridionale*, Milano 2001, p. 150 ss., che sottolinea (ivi, p. 175 ss.) come Romano fallisca totalmente gli obiettivi che si era proposto come studioso, e venga a trovarsi in un radicale conflitto con sé stesso. Sulla nomina di Romano come funzionale ad un modello centralistico e verticistico di gestione amministrativa insiste G. Melis, *Storia dell'amministrazione italiana*, cit., p. 342 ss., che, tuttavia, nega che Romano fosse un giurista fascista. Sulla nomina a Presidente del Consiglio di Stato, infine, si veda F. Coccozza, *Santi Romano Presidente del Consiglio di Stato. Cenni storici e punti problematici*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 1977, n. 3, p. 1231 ss., che sottolinea (ivi, p. 1240) come Romano sconti il limite tipico della cultura giuridica tradizionale, ovvero sia quello di credere fermamente nella neutralità della scienza, trincerandosi così dietro lo scudo della collaborazione tecnica e non politica con il Regime.

³⁰⁹⁰ Entrato nei ruoli della magistratura sino a giungere al grado di consigliere di Cassazione, Costamagna insegnò diritto corporativo, principi di legislazione fascista, storia e dottrina del fascismo e diritto costituzionale nelle Università di Ferrara, Pisa e Roma, e fu un convinto sostenitore della legislazione razziale. Al termine della guerra, fu escluso dall'insegnamento ed espulso dalla magistratura (si veda G. Acerbi, *Le leggi antiebraiche e razziali italiane ed il ceto dei giuristi*, cit., p. 192; M. Benvenuti, *Il pensiero giuridico di Carlo Costamagna nel dibattito su metodo, diritto e Stato durante il regime fascista*, cit., p. 100 ss.). Di Costamagna come vessillifero della legione apertamente schierata con la dittatura parla O. Abbamonte, *La politica invisibile*, cit., p. 11. In generale, sulla figura di Costamagna, si vedano M. Cupellaro, *Costamagna, Carlo*, in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. XXX, Roma 1984, p. 276 ss.; F. Lanchester, *Momenti e figure nel diritto costituzionale in Italia e in Germania*, cit., p. 93 ss.; T.E. Frosini, *Costamagna, Carlo*, in M. Ainis, *Dizionario costituzionale*, cit., p. 120; M. Sbriccoli, *Costamagna, Carlo*, in V. de Grazia, S. Luzzatto, *Dizionario del fascismo*, I, cit., p. 367; M. Benvenuti, *Il pensiero giuridico di Carlo Costamagna nel dibattito su metodo, diritto e Stato durante il regime fascista*, cit., p. 27 ss.

³⁰⁹¹ Biggini morì nel novembre 1945, mentre Panunzio nell'ottobre 1944. Sulla figura di Biggini, si vedano D. Veneruso, *Biggini, Carlo Alberto*, in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. X, Roma 1968, p. 407 ss.; F. Lanchester, *Recensione a Luciano Garibaldi, Mussolini e il Professore. Vita e diari di Carlo Alberto Biggini*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 1984, n. 3, p. 869 ss. (il quale ritiene che, nonostante l'adesione alla R.S.I., il ruolo ministeriale di Biggini, sia prima che dopo il 25 luglio 1943, sia stato sempre svolto in un'ottica di moderazione). Su Panunzio, invece, si vedano T.E. Frosini, *Panunzio, Sergio*, in M. Ainis, *Dizionario costituzionale*, cit., p. 329-330; G. Parlato, *Panunzio, Sergio*, V. de Grazia, S. Luzzatto, *Dizionario del fascismo*, II, cit., p. 305; F. Lanchester, *Panunzio, Sergio*, in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. LXXXI, Roma 2014.

³⁰⁹² Ritiene Zangara, insieme a De Stefani, Volpe, Panunzio e Volpicelli, tra i docenti di primo piano nel P.N.F., pur se diversi nei loro modi di guardare al fascismo e di essere fascisti, G. Montroni, *La continuità necessaria*, cit., p. 138. Sulla duplice epurazione, si veda A. Barbera, *Vincenzo Zangara e Vincenzo Guelli*, in AA.VV., *La Sapienza del giovane Leopoldo Elia*, cit., p. 55 ss., spec. p. 56-57, ove rileva che, pur essendo diventato vicesegretario del P.N.F. nel 1937, Zangara cadde in disgrazia nel 1940, essendogli stata ritirata la tessera ed essendo stato trasferito dall'Università di Roma a quella di Modena, senza avere diritto all'insegnamento. Nel dopoguerra, su iniziativa dell'Alto commissario per le sanzioni contro il fascismo, Zangara fu arrestato

tra fascismo e Repubblica appare indubitabile. A questo proposito, emblematica mi pare la figura di Gaspare Ambrosini, il quale, arrivato in cattedra durante l'età giolittiana, proseguì tranquillamente la sua carriera durante il fascismo, per diventare poi uno dei costituzionalisti di riferimento della Democrazia Cristiana, membro dell'Assemblea Costituente, giudice della Corte costituzionale, e, infine, Presidente della stessa³⁰⁹³.

In linea di massima, si può ben dire che la Repubblica ebbe con il fascismo un rapporto che si potrebbe definire quasi di rimozione del proprio passato, se non addirittura di oblio³⁰⁹⁴. A questo proposito, è stato giustamente sottolineato che, a differenza di quello che avvenne in Germania e in Giappone, non vi fu una Norimberga italiana³⁰⁹⁵, e, più in generale, venne evitato, per precisa scelta politica, anche un esame delle responsabilità nel periodo fascista³⁰⁹⁶: mancò un esame di coscienza collettivo, una riflessione generale su quanto era accaduto e sulle cause soggettive di esso, e, pertanto, anche la possibilità di una rigenerazione morale dei cittadini e della loro vita sociale³⁰⁹⁷. Se è vero che in alcuni settori, quali, ad esempio, la scuola o la stessa magistratura, era impossibile intervenire radicalmente, non perché mancassero gli estremi, ma per non pregiudicare il fisiologico funzionamento degli apparati di un paese da ricostruire³⁰⁹⁸, è altrettanto vero che

e sottoposto a procedimento di epurazione. Prosciolto dalle accuse, fu reintegrato nell'insegnamento nel 1955, a seguito di due sentenze del Consiglio di Stato. Cfr. anche F. Lanchester, *La tradizione giuspubblicistica a "La Sapienza"*, cit., p. 78-79, il quale, dopo avere sottolineato il fatto che le vicende accademiche di Costamagna e Zangara siano strettamente collegate, considera l'espulsione di Zangara dal P.N.F. e il suo trasferimento forzato a Modena come sintomatiche della conflittualità interna del Regime e del singolare processo di epurazione che fu attuato in Italia. Su Zangara, inoltre, si vedano anche T.E. Frosini, *Zangara, Vincenzo*, in M. Ainis, *Dizionario costituzionale*, cit., p. 477; M. Galizia, *Autorità, autonomie e "democrazia di masse" nell'evoluzione del pensiero di Vincenzo Zangara*, in *Quaderni costituzionali* 1988, n. 1, p. 109 ss.

³⁰⁹³ Ritene Ambrosini uno dei docenti dell'Università di Roma direttamente legati al potere fascista G. Montroni, *La continuità necessaria*, cit., p. 143. Sulle pesanti implicazioni di Ambrosini nella apologia della legislazione razzista insiste G. Acerbi, *Le leggi antiebraiche e razziali ed il ceto dei giuristi*, cit., p. 133-134, soggiungendo (ivi, p. 196 e 198) che, tranne Costamagna, Santi Romano e Leicht, gli altri giuristi che si esposero con adesioni attive alla politica antiebraica e razziale di Stato non ebbero a soffrire dei loro trascorsi. Decisamente più indulgente sulla figura del costituzionalista di Favara è F. Lanchester, *Pensare lo Stato*, cit., p. 83 ss., il quale lo ritiene un giuspubblicista non sufficientemente valutato, se non misconosciuto, ai fini dello studio della giuspubblicistica italiana nel passaggio dallo Stato liberale oligarchico allo Stato democratico di massa

³⁰⁹⁴ Di oblio parla, ad esempio, G. Volpe, *Storia costituzionale degli italiani*, II, cit., p. 425, che sottolinea come si rivelò funzionale a questo disegno la riduzione del fascismo a Salò: di conseguenza, fu sufficiente non essere stati a Salò per essere assolti da ogni pregressa colpa e addirittura per diventare vittime del fascismo. In questo contesto, i miti costruiti intorno alla Resistenza come "guerra di liberazione" contro il nemico straniero, la Germania nazista e i suoi "servi repubblicani", o come rivoluzione sociale per l'avvento di una repubblica proletaria dovevano rimanere tali e non incidere sui compromessi costituzionali tra i neonati partiti politici.

³⁰⁹⁵ Per una analisi comparatistica sulla giustizia di transizione, rinvio a G. Fornasari, *Giustizia di transizione e diritto penale*, Torino 2013; J. Elster, *Chiudere i conti. La giustizia nelle transizioni politiche*, tr. it. a cura di P. Palmiello, Bologna 2008; R.G. Teitel, *Transitional Justice*, Oxford-New York 2000. Sul processo di Norimberga, si vedano G. Vassalli, *Bilancio di Norimberga*, in F. Palazzo (a cura di), *Giuliano Vassalli*, Roma-Bari 2010, p. 183 ss.; Id., *Norimberga sessant'anni dopo*, ivi, p. 188 ss.; R.P. Domenico, *Norimberga, processo di*, in V. De Grazia, S. Luzzatto, *Dizionario del fascismo*, II, cit., p. 237 ss.

³⁰⁹⁶ Si veda G. Volpe, *Storia costituzionale degli italiani*, II, cit., p. 425. Sulla spiccata tendenza della magistratura a temperare le sanzioni contro i fascisti, estendendo oltremodo le fattispecie ricomprese nell'amnistia Togliatti del 1946, si vedano R. Bianchi Riva, «Per superiori ragioni di giustizia e di pubblico interesse», cit., p. 158 ss.; A. Meniconi, *La magistratura nella storia costituzionale repubblicana*, cit., p. 11-12.

³⁰⁹⁷ Così nuovamente G. Volpe, *Storia costituzionale degli italiani*, II, cit., p. 425.

³⁰⁹⁸ Così B. Raggi, *Baroni di razza*, cit., p. 179, che sottolinea come nessun Paese possa essere ricostruito senza scuole o senza magistratura. Cfr. anche G. Fornasari, *Giustizia di transizione e diritto penale*, cit., p. 21, che sottolinea come una più drastica epurazione era resa problematica dal fatto che l'Italia, a differenza di altri paesi, veniva da ben 20 anni di regime fascista, e non solo da una parentesi di occupazione nazista: l'eliminazione, anche per via giudiziaria, di una intera classe dirigente avrebbe creato non solo seri problemi di sostituzione di essa, ma anche che tale giudizio sarebbe divenuto un giudizio sull'intero popolo italiano, visto che la maggioranza di esso per molti anni, consapevolmente o inconsapevolmente, era stato fascista. Sulla necessità di assicurare in qualche modo il funzionamento delle istituzioni e degli apparati centrali e territoriali dello Stato nella fase drammatica della ricostruzione si sofferma anche G. Acerbi, *Le leggi antiebraiche e razziali italiane ed il ceto dei giuristi*, cit., p. 210-211. Diversa è, invece, la prospettiva di G. Montroni, *La continuità necessaria*, cit., p. 188-189, che, partendo dalla contestazione della tesi della fascistizzazione dell'Università, sottolinea come sarebbe suonato assai strano che si amnistiasse

L'impossibilità di celebrare una Norimberga italiana ha prodotto guasti che solo ora si cominciano a valutare³⁰⁹⁹.

autori di gravi reati, e si punissero, invece, docenti universitari che avevano dedicato un volume al Duce o avevano accettato un seggio alla Camera o al Senato. In senso simile, per quanto riguarda la magistratura, C. Guarnieri, *La magistratura*, cit., p. 77, secondo cui le difficoltà nell'epurazione della magistratura deriverebbero dal limitato coinvolgimento di essa con il Regime fascista. Di una epurazione della magistratura necessaria ma, nello stesso tempo, impossibile parla P. Saraceno, *I magistrati italiani tra Fascismo e Repubblica*, cit., p. 94.

³⁰⁹⁹ Cfr., in proposito, B. Raggi, *Baroni di razza*, cit., p. 179 ss., che rileva come il guasto principale provocato dalla mancanza di una Norimberga e di una conseguente epurazione sia duplice, portando, da un lato, gran parte del Paese a pensare che la defascistizzazione sia stata un fenomeno di vendetta politica esercitato da un gruppo di estremisti facinorosi, e, dall'altro, a fare ritenere l'altra parte del Paese che non ci sia stata alcuna epurazione, e che la presenza degli Alleati abbia impedito una resa dei conti con il fascismo. Sulla prevalenza delle vendette private si soffermano anche J. Elster, *Chiudere i conti*, cit., p. 86; G. Fornasari, *Giustizia di transizione e diritto penale*, cit., p. 17 ss.; T. Rovatti, *Tra giustizia legale e giustizia sommaria*, cit., spec. p. 23 ss., 33 ss.

La giustizia amministrativa nella Costituzione del 1948*

di Renato Rolli**

SOMMARIO: 1. Premessa: la giustizia amministrativa prima della Costituzione – 2. L’apporto della Costituente – 3. L’attuazione dell’art. 125, comma 2, della Costituzione – 4. Gli sviluppi successivi – 5. Il codice del processo amministrativo

1. Premessa: la giustizia amministrativa prima della Costituzione

Volgendo lo sguardo a ritroso, si nota come prima del 1865 erano i soli Tribunali del contenzioso amministrativo, organi interni alla p.a., a fornire tutela ai cittadini nei confronti degli atti amministrativi³¹⁰⁰. Tali organi erano collegiali, aventi natura squisitamente amministrativa ed inseriti nella organizzazione del potere esecutivo.

Siffatti collegi, ancorché forniti di qualche garanzia di indipendenza di giudizio, di "tribunale" avevano soltanto il nome, visto che, in realtà, essi erano composti da funzionari dei vari Ministeri competenti per materia, i quali - come è facile intuire - quasi sempre si "appiattivano" alle direttive dei loro superiori gerarchici; onde non esisteva, praticamente, la benché minima posizione di terzietà rispetto alle posizioni delle parti comunque coinvolte nel giudizio³¹⁰¹.

Il processo innanzi ad essi, inoltre, era regolamentato da norme a dir poco rudimentali, se non addirittura rozze: si pensi, a tal proposito, che nella maggioranza dei casi, il contraddittorio si realizzava in maniera del tutto imperfetta, e l’effettiva efficacia delle determinazioni in concreto assunte era considerata, a tacer d’altro, assai meno importante rispetto a quelle che avrebbero potuto rivestire le pronunce di un organo giurisdizionale *super partes*³¹⁰².

All’indomani dell’Unità entrò in vigore la legge 2248 del 1865, all. E (c.d. legge abolitiva del contenzioso amministrativo); tale legge rappresentò un’importante sterzata del Legislatore. Difatti, in virtù della stessa: a) i tribunali del contenzioso amministrativo furono soppressi; b) le questioni relative ai diritti soggettivi vennero affidate ai giudici ordinari che, tuttavia, nell’esercizio della loro funzione, incontravano dei limiti, in quanto giudicavano nei confronti della Pubblica Amministrazione; ma, come questa non doveva "insinuarsi" nella sfera del potere giudiziario, così

* Contributo pubblicato previa accettazione del comitato scientifico del Convegno. Relazione presentata al Convegno svoltosi il giorno 5 aprile 2017, presso la Sala lauree del Dipartimento di Scienze Politiche di Sapienza, Università di Roma, patrocinato e organizzato da ANPPIA (Associazione Nazionale Perseguitati Politici Italiani Antifascisti) e Master in Istituzioni Parlamentari "Mario Galizia" per Consulenti d’Assemblea.

** Professore associato di Diritto amministrativo presso l’Università degli Studi della Calabria

³¹⁰⁰ Sull’evoluzione della giustizia amministrativa, si v. F.P. GRIFFI, *Una giustizia amministrativa in perenne trasformazione: profili storico - evolutivi e prospettive* in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, fasc.1, 2016, pag. 115. Per una lettura storica, su tutto l’impianto dell’unificazione legislativa, si rinvia a A. SALANDRA, *Diritto Amministrativo*, Roma, senza data, p. 166 ss.

³¹⁰¹ Per una ricostruzione, G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo, Vol. II, La giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1958, p. 30 ss.

³¹⁰² R. JUSO, *Lineamenti di giustizia amministrativa*, a cura di R. ROLLI, Milano, Giuffrè, 2012.

a quest'ultimo era precluso un intervento penetrante nella sfera del potere esecutivo. Da ciò la conseguenza che il giudice non poteva in alcun modo annullare, revocare e modificare i regolamenti ed i provvedimenti amministrativi; residuava pertanto alla autorità giudiziaria, laddove sia i primi che i secondi fossero ritenuti "non conformi alla legge", il potere di "disapplicazione", cioè di non tenerne conto al momento della assunzione della decisione; c) le controversie non aventi per oggetto diritti soggettivi, ma "altri affari", erano affidate allo strumento del ricorso amministrativo e, dunque, non avevano un organo giurisdizionale che le risolvesse³¹⁰³.

Venne altresì perpetuata dall'allegato D della stessa legge n. 2248/1865 la possibilità di esperire in ogni caso ricorso straordinario al Re³¹⁰⁴, che tuttavia veniva deciso su parere parzialmente vincolante del Consiglio di Stato³¹⁰⁵.

La legge qui in esame, inoltre, teneva ferma la competenza di certune giurisdizioni speciali, e dettava regole speciali per talune controversie attribuite alla giurisdizione ordinaria: si pensi alla giurisdizione in materia tributaria nella quale, peraltro, allorquando si contendeva della tutela di diritti soggettivi, all'Amministrazione era riservato il privilegio consistente nell'obbligo, per il contribuente, di pagare il tributo prima di potersi adire il giudice (trattasi del ben noto principio del *solve et repete*).

Val la pena rammentare infine che la legge n. 2248/1865, all. E, conteneva disposizioni sulla difesa delle Amministrazioni dello Stato, poi superate dalla normazione successiva; riuniva, inoltre, un gruppo di norme rivestenti non già natura processuale ma sostanziale, che regolamentava la possibilità, per l'Amministrazione pubblica, di appropriarsi, in ogni tempo e per ragioni di urgente necessità, della proprietà privata (art.7) e di provvedere all'esecuzione d'ufficio di contratti per i quali pendesse un giudizio innanzi al Giudice ordinario (art.8): materie, queste, che non interessano certo la giustizia amministrativa.

Da tale quadro, tuttavia, ne discendeva che la tutela di giurisdizione nei confronti dell'Amministrazione poteva essere invocata solo in presenza di violazione di diritti soggettivi. Ebbene, nel 1882, prima, e nel 1889, poi, si è pervenuti all'istituzione di organi speciali per la tutela degli interessi legittimi: il Consiglio di Stato, sul piano nazionale, e le Giunte Provinciali Amministrative, in sede locale. Entrambi gli organi già esistevano: il Consiglio di Stato svolgeva funzioni consultive ed era suddiviso in tre sezioni; le Giunte con duplice funzione, in quanto da un lato erano organi consultivi del Prefetto, dall'altro esercitavano il controllo sugli atti dei Comuni³¹⁰⁶.

La trasformazione delle Giunte Provinciali Amministrative in organi giurisdizionali, e l'aggiunta al Consiglio di Stato di una quarta sezione con funzioni giurisdizionali fu, dalla dottrina dell'epoca, considerata come istituzione di veri e propri giurisdizioni speciali; ciò anche se un tale strumento, così come disegnato, incontrò quasi immediatamente critiche, peraltro non certo pertinenti per ciò che concerneva le attribuzioni giurisdizionali conferite al Consiglio di Stato,

³¹⁰³ E. FOLLIERI in *La Giustizia Amministrativa nella Costituente tra unicità e pluralità delle giurisdizioni*, Dir. proc. amm., fasc. 4, 2001.

³¹⁰⁴ Su questi profili, U. BORSI, *La giustizia amministrativa*, V^e ed., Padova, Cedam, 1935, 3 ss.

³¹⁰⁵ A. SANDULLI, *La giustizia*, in *Istituzioni di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese (IV), Milano, Giuffrè, 2012, p. 450 ss.

³¹⁰⁶ R. JUSO, *Lineamenti di giustizia amministrativa*, a cura di R. ROLLI, Milano, Giuffrè, 2012.

godendo, infatti, i suoi membri - già all'epoca - delle prerogative della inamovibilità e della indipendenza.

Il discorso, viceversa, non appariva peregrino per quanto atteneva alle Giunte Provinciali Amministrative (si vedrà tra poco come in epoca successiva, e segnatamente dopo l'entrata in vigore della Costituzione Repubblicana, tale stato di cose ebbe una conclusione traumatica con la declaratoria, da parte della Corte Costituzionale, delle incostituzionalità delle norme che ciò avevano disposto); si sosteneva, infatti, che esse non offrissero la benché minima garanzia di indipendenza di giudizio, essendo composte di membri elettivi (di soggetti cioè designati dalle province che a loro volta traevano i loro amministratori dalle elezioni popolari); soggetti questi tuttavia che costituivano solo una minoranza del Collegio che, presieduto dal Prefetto era composto altresì da funzionari di prefettura. Per cui, in pratica, avveniva che il Prefetto stesso ed i funzionari membri finivano con l'essere sostanzialmente i veri protagonisti del Collegio³¹⁰⁷.

Altro evento fondamentale fu la nascita della IV Sezione del Consiglio di Stato. In considerazione dell'assenza di tutela che veniva così a manifestarsi, si scelse di istituire un giudice *ad hoc*, preposto alla tutela di situazioni soggettive - diverse dai diritti soggettivi - che il cittadino vantasse nei confronti della p.a.: fu istituita per questo motivo la IV Sezione del Consiglio di Stato (1889).

Si delineava così, con chiarezza, un vero e proprio sistema dualistico, che, come si vedrà, sarà poi mantenuto; ciò è evidentemente un chiaro segnale di continuità con il sistema pre-costituzionale³¹⁰⁸.

In seguito, nel 1905 venne istituita la V Sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato, alla quale vennero attribuite esclusivamente le questioni che investissero giudizi di "merito" amministrativo. Con la riforma del 1923³¹⁰⁹, poi, venne attribuita al Consiglio di Stato la cd. giurisdizione esclusiva. Tali riforme sono compendiate in un testo unico, approvato con il R.D. 26.6.1924 n. 1054, tuttora vigente³¹¹⁰.

2. L'apporto della Costituente

Di questi e di altri inconvenienti - che la giurisprudenza, veramente pretoria a riguardo, aveva cercato di correggere - non poteva non tener conto l'Assemblea Costituente³¹¹¹, chiamata a dare

³¹⁰⁷ R. JUSO, *Lineamenti di giustizia amministrativa*, a cura di R. ROLLI, Milano, Giuffrè, 2012.

³¹⁰⁸ M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, Giuffrè, 1970.

³¹⁰⁹ C. VITTA, *Diritto Amministrativo*, Vol. I, Parte Generale, Torino, Utet, 1933, p. 402 ss.

³¹¹⁰ N. SAITTA, *Sistema di giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 4 ss.

³¹¹¹ Sulla giustizia amministrativa nella costituzione, si v., su tutti, V. CERULLI IRELLI, *L'Amministrazione pubblica nell'assetto costituzionale dei pubblici poteri*, in *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2016; ID., *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (dalla costituzione al codice del processo amministrativo)*, ove l'autore si sofferma su quanto emerso dai lavori dell'Assemblea. "Da essi emerge una forte consapevolezza circa le scelte di politica costituzionale sottese ad alcune di queste norme (e segnatamente, sul principio della pienezza della tutela giurisdizionale tanto dei diritti quanto degli interessi legittimi, entrambe situazioni giuridicamente protette nei confronti della pubblica amministrazione: art. 24, art. 113, 2° co.; sulla permanenza in vita della Sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, e della giurisdizione amministrativa in genere, come eccezione nell'ambito di un sistema improntato al principio dell'unità della giurisdizione, in considerazione della specificità delle controversie con le pubbliche amministrazioni che giustifica la specialità del giudice: art. 100, 1° co., art. 102, 1° co., art. 103, 1° co.; sulla necessità di spezzare l'antico divieto di annullamento degli atti amministrativi da parte dei giudici ordinari, lasciando al legislatore la scelta circa il giudice cui conferire detto potere: art. 113, ult. co.; sulla limitazione ai motivi inerenti alla giurisdizione della ricorribilità in Cassazione delle decisioni del Consiglio di Stato, oltre che di quelle della Corte dei Conti: art. 111, ult. co.). Ma appare una certa trascuratezza circa l'impatto che altre norme avrebbero avuto sul sistema positivo e segnatamente, circa quelle di cui all'art. 103, 1° co., e all'art. 113, 1° co., laddove cristallizzano l'antico sistema di riparto fondato

un nuovo assetto alla normativa in vigore al momento del suo insediamento; ed un primo approccio ai problemi sopra accennati lo si ritrova nei lavori della Commissione per gli studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato, costituita nell'ambito del Ministero per la Costituente. Ed infatti, la relazione da essa predisposta in vista dell'esame da parte della competente Sottocommissione ebbe a sottolineare come non appariva opportuno superare il criterio fondamentale caratterizzato dalla distinzione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo: distinzione, si legge in essa, avente “*contenuto sostantivo, di fondamentale rilievo*”; e in quanto, “*...secondo la dottrina dominante, gli interessi legittimi, nella duplice sottospecie di interessi occasionalmente protetti e di diritti affievoliti, sono intrinsecamente diversi dai diritti soggettivi, per la diversa portata e la diversa finalità della norma che li protegge...mentre, secondo l'altra concezione della giurisdizione amministrativa obiettiva, è il contenuto stesso della giurisdizione che muta, secondo che abbia ad oggetto la protezione dei diritti soggettivi o la repressione della illegittimità degli atti amministrativi*”.

La questione venne sottoposta alla Sottocommissione, la quale, nel discuterne il contenuto, non manifestò, in sostanza, opinioni contrarie al mantenimento della ripartizione della giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo. Contrasti viceversa comparvero nell'ambito della Commissione dei 75, dove Calamandrei ebbe a proporre la soppressione delle funzioni giurisdizionali del Consiglio di Stato e l'inquadramento dei Consiglieri di Stato nel ruolo dei Consiglieri di Cassazione; e, correlativamente, l'istituzione di sezioni specializzate sia in Cassazione che nelle Corti di Appello, per la soluzione delle controversie tra cittadino e Pubblica Amministrazione; tesi, questa, contrastata da Castiglia che, sul presupposto delle caratteristiche di imparzialità e indipendenza del Consiglio di Stato, propose che quest'ultimo fosse definito giudice ordinario degli interessi legittimi e, dunque, unico attributario di una giurisdizione parallela a quella ordinaria, titolare della controversie avente ad oggetto la tutela dei diritti soggettivi. A sua volta, Leone propose di qualificare come ordinarie sia la giurisdizione civile che quella penale, affidate al Giudice Conciliatore, al Pretore, al Tribunale, alla Corte di Appello ed alla Corte di Cassazione; sia quella amministrativa, attribuita alle Giunte Provinciali Amministrative e al Consiglio di Stato³¹¹².

Calamandrei, pur rimanendo sulle già descritte posizioni, si dichiarò favorevole a discutere la permanenza del Consiglio di Stato come organo giurisdizionale.

sulla distinzione tra diritti e interessi legittimi, anziché rinviare alla legge, come proposto dalla Commissione, l'individuazione delle controversie da sottoporre all'una o all'altra giurisdizione; e la stessa previsione inserita all'ultimo momento, circa le “particolari materie” di giurisdizione esclusiva. Nel testo costituzionale perciò c'è molto, e anche di innovativo nella nostra materia. E in esso scompaiono alcuni vecchi idola residuati dalla esperienza precedente (alcuni tuttavia hanno continuato a vivere nella esperienza applicativa, sino ad oggi). Non c'è, lo si è appena visto, il divieto per il giudice ordinario di annullare atti amministrativi, legato alla antica idea della divisione dei poteri (come se l'amministrazione come azione concreta di governo non fosse in toto soggetta alla giurisdizione!). E non si rinviene in Costituzione alcun riferimento al curioso principio consolidatosi in giurisprudenza della c.d. degradazione dei diritti soggettivi a fronte del potere amministrativo”.

Sul tema, si v. anche G. BERTI, *Commento art. 113, in Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, Zanichelli, 1987; V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966; L. Elia, *Appunti sul riparto tra le due giurisdizioni nella più recente giurisprudenza costituzionale (1980-1985)*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, II, Milano, Giuffrè, 1987, 165; F. SORRENTINO, *Profili costituzionali della giurisdizione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 68; A. PAJNO, *Le norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 419. Sugli altri ordinamenti europei, un quadro di insieme in D. SORACE (a cura di), *Discipline processuali differenziate nei diritti amministrativi europei*, Firenze, University press, 2009. Sulla giurisprudenza del Conseil Constitutionnel francese, e più in generale sulla “costituzionalizzazione” del giudice amministrativo in Francia, P. DELVOLVÉ, *La constitutionnalisation du droit administratif*, in *Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Dalloz, Paris, 2008; T. LARZUL, *Droit constitutionnel de l'administration*, in *Juris classeur*, 1997, fasc. 1452.

³¹¹² E. PICOZZA, *Il processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 19 ss.

Su tali basi la Commissione dei 75 (*rectius*: la Sottocommissione competente) dopo aver deciso di affidare ad un Comitato ristretto la formulazione di proposte unitarie per circoscrivere la disciplina costituzionale relativa al giudice ordinario "e alle altre eventuali giurisdizioni", approvò la proposta secondo cui "il potere giudiziario in materia civile e penale è esercitato dai giudici ordinari, istituiti e regolati dalla legge sull'ordinamento giudiziario".

In tal modo, ed in sostanza, essa esclude che la giustizia amministrativa venisse attribuita al Giudice ordinario; con la conseguenza che quest'ultimo avrebbe dovuto giudicare in tema di controversie disciplinate dal diritto civile e penale, ma con esclusione di quelle risolvibili mediante il diritto amministrativo³¹¹³.

Le conclusioni della Sottocommissione vennero poi passate all'esame della c.d. Commissione dei 75 che, all'uopo, ebbe a proporre due norme attinenti alla giustizia amministrativa: in particolare l'art. 93 del progetto di Costituzione prevedeva espressamente che "il Consiglio di Stato è organo di consulenza giuridico-amministrativa per la tutela di giustizia nell'Amministrazione", formula, questa, ben idonea a consentire l'identificazione della giurisdizione del Consiglio di Stato; e l'art. 95 stabiliva che "la funzione giurisdizionale in materia civile viene attribuita ai magistrati ordinari".

Così facendo, come autorevolmente sostenuto, si è voluta preservare la *forma mentis* dei giudici amministrativi, da quella dei giudici ordinari³¹¹⁴.

La Costituente, "salvando" la giurisdizione speciale amministrativa, non ha fatto altro che far proprio il principio del pluralismo organizzativo delle magistrature. Diverse le ragioni a sostegno di questa scelta; si segnala a tal proposito quanto detto da Leone in sede di Assemblea Costituente: "*i due grossi tronchi della giustizia amministrativa*" erano sorti "*non come usurpazione del giudice ordinario di particolari attribuzioni, ma come conquista da parte del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*". Le maggiori ragioni furono di tipo eminentemente storico³¹¹⁵: in Assemblea si riaffermò che il Consiglio di Stato è sempre stato "esempio di indipendenza di giudizio, presidio e garanzia di giustizia", avendo dato prova in tutti i tempi di prestigio, capacità ed indipendenza³¹¹⁶. Il Consiglio di Stato, insomma, meritava non solo di continuare ad esercitare le sue funzioni, bensì, di farlo autonomamente. In concreto, se vi era un'istituzione che "aveva funzionato bene" e che poteva "considerarsi benemerita nel Paese" erano proprio "le Sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato".

A questo proposito, si ricordi che il Presidente Ruini, per rispondere a coloro che avevano stigmatizzato la dipendenza del Consiglio di Stato dal potere esecutivo, ricordava la fondamentale attività di controllo del Consiglio di Stato sugli atti dell'amministrazione del Governo, che aveva contribuito "ad arginare abusi di parte opposta; perché era rivendicazione e difesa delle minoranze e dei diritti dei cittadini". In terzo luogo, fu speso nella direzione di una maggiore tutela l'argomento della specializzazione dei giudici amministrativi, che sarebbe stata vanificata dalla giurisdizione unica: secondo Mortati, "*la ragion d'essere delle giurisdizioni speciali*" stava proprio nelle diverse competenze del giudice ordinario, privo di "*quella preparazione, quella forma mentis,*

³¹¹³ R. JUSO, *Lineamenti di giustizia amministrativa*, a cura di R. ROLLI, Milano, Giuffrè, 2012.

³¹¹⁴ Così, D'AMICO - I. PELLIZZONE, *La giustizia amministrativa. Le ragioni della scelta della costituente e profili costituzionali dell'attuale dibattito sui rapporti tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa*, in AIC, n. 2/2014.

³¹¹⁵ Sul punto, A. D'ALOIA, *L'autogoverno delle magistrature "non ordinarie" nel sistema costituzionale della giurisdizione*, Napoli, Esi, 1996, 49 ss.

³¹¹⁶ Così, si espresse sempre il Leone in sede di Assemblea Costituente.

quelle attitudini necessarie per interpretare certe disposizioni di legge, ed applicarle a certi rapporti determinati". Un giudice "specializzato" era considerato maggiormente attrezzato e sensibile a conoscere e a far valere non solo l'interesse pubblico (e questo è ovvio), ma anche l'interesse dei privati, proprio poiché un *"giudice proveniente dall'amministrazione (...) ha viva la sensibilità di tanti interessi contrastanti, e dell'interesse collettivo in specie"*. Emblematico che, coerentemente con tale impostazione, Ruini abbia definito i giudici amministrativi "giudici speciali ordinari" in ragione della loro competenza particolare e specifica, che si differenziava dalla competenza generale del giudice ordinario³¹¹⁷. Che tale specializzazione non fosse fine a se stessa, né rivolta prevalentemente a preservare gli interessi della pubblica amministrazione dalle invasioni del potere giudiziario, emerge con chiarezza in un intervento di Uberti, il quale rilevò che *"la specializzazione rappresenta un progresso perché con la differenziazione si possono avere degli organi più competenti"* ed efficienti, che permettano di rispondere alle nuove esigenze emergenti nel tessuto sociale. Ed altri rilevavano che si trattava di quegli organi giurisdizionali, che proprio in ragione della loro "specializzazione" si erano dimostrati "utili per la garanzia dei cittadini da un lato e dell'amministrazione dall'altro". La loro soppressione avrebbe insomma determinato gravi conseguenze per i diritti dei cittadini, giungendo sino ad ostacolare il regolare funzionamento della giustizia³¹¹⁸.

L'indipendenza del Supremo Consesso Amministrativo è stata precisamente cristallizzata negli artt. 100, comma 1³¹¹⁹, e 108, comma 2³¹²⁰, della Costituzione, i quali riservano alla legge l'indipendenza di fronte al governo del Consiglio di Stato.

Peraltro, la tesi dei sostenitori dell'unicità della giurisdizione con a capo, quale unico giudice, la Corte di Cassazione presentava notevoli lati oscuri, uno su tutti: il diritto in tale disegno doveva essere uniformemente interpretato da un solo organo che vedeva estremizzati i suoi poteri nomofilattici.

La vera spinta di fondo di tale tesi pareva dunque essere la certezza del diritto, piuttosto che l'unità della giurisdizione. Tra le tante perplessità inerenti il progetto di Calamandrei, meritano di

³¹¹⁷ R. JUSO, *Lineamenti di giustizia amministrativa*, a cura di R. ROLLI, Milano, Giuffrè, 2012.

³¹¹⁸ E. FOLLIERI, *La Giustizia Amministrativa nella Costituente tra unicità e pluralità delle giurisdizioni*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 4, 2001, pag. 911, realizza una puntuale ricostruzione di quanto avvenuto in sede di Assemblea Costituente: A questo proposito, si ricordi che il Presidente Ruini, per rispondere a coloro che avevano stigmatizzato la dipendenza del Consiglio di Stato dal potere esecutivo, ricordava la fondamentale attività di controllo del consiglio di Stato sugli atti dell'amministrazione del Governo, che aveva contribuito "ad arginare abusi di parte opposta; perché era rivendicazione e difesa delle minoranze e dei diritti dei cittadini". In terzo luogo, fu speso nella direzione di una maggiore tutela l'argomento della specializzazione dei giudici amministrativi, che sarebbe stata vanificata dalla giurisdizione unica: secondo Mortati, "la ragion d'essere delle giurisdizioni speciali" stava proprio nelle diverse competenze del giudice ordinario, privo di "quella preparazione, quella forma mentis, quelle attitudini necessarie per interpretare certe disposizioni di legge, ed applicarle a certi rapporti determinati". Un giudice "specializzato" era considerato maggiormente attrezzato e sensibile a conoscere e a far valere non solo l'interesse pubblico (e questo è ovvio), ma anche l'interesse dei privati, proprio poiché un "giudice proveniente dall'amministrazione (...) ha viva la sensibilità di tanti interessi contrastanti, e dell'interesse collettivo in specie". Emblematico che, coerentemente con tale impostazione, Ruini abbia definito i giudici amministrativi "giudici speciali ordinari" in ragione della loro competenza particolare e specifica, che si differenziava dalla competenza generale del giudice ordinario. Che tale specializzazione non fosse fine a sé stessa, né rivolta prevalentemente a preservare gli interessi della pubblica amministrazione dalle invasioni del potere giudiziario, emerge con chiarezza in un intervento di Uberti, il quale rilevò che "la specializzazione rappresenta un progresso perché con la differenziazione si possono avere degli organi più competenti" ed efficienti, che permettano di rispondere alle nuove esigenze emergenti nel tessuto sociale. Ed altri rilevavano che si trattava di quegli organi giurisdizionali, che proprio in ragione della loro "specializzazione" si erano dimostrati "utili per la garanzia dei cittadini da un lato e dell'amministrazione dall'altro". La loro soppressione avrebbe insomma determinato gravi conseguenze per i diritti dei cittadini, giungendo sino ad ostacolare il regolare funzionamento della giustizia.

³¹¹⁹ "Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi."

³¹²⁰ "La legge assicura l'indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali, del pubblico ministero presso di esse, e degli estranei che partecipano all'amministrazione della giustizia"

essere particolarmente segnalate le seguenti, che nascono, peraltro, da una comparazione con i sistemi pluralisti: a) i fautori dell'unicità della giurisdizione non proponevano di eliminare la tutela dell'interesse legittimo e la possibilità di ottenere l'annullamento dell'atto amministrativo, sopprimendo il Consiglio di Stato, ma di attribuire la conoscenza di tali situazioni giuridiche soggettive e la misura ritenuta funzionale alla sua tutela, l'annullamento, a sezioni specializzate del giudice ordinario; b) la pluralità delle giurisdizioni aveva consentito al giudice amministrativo, nella sua autonomia interpretativa delle norme elaborative dei principi, di affinare una tecnica di tutela assai flessibile che portava alla verifica non della mera legittimità, in senso stretto, ma anche della discrezionalità amministrativa, attraverso il vizio dell'eccesso di potere; c) la giurisdizione unica, sbandierata per garantire la libertà ed i diritti dei cittadini, poteva condurre ad un effetto opposto perché portava ad un potenziamento, forse eccessivo, del giudice ordinario che, alla fine, poteva vanificare la sicurezza giuridica; peraltro l'accertamento in un unico ordine giudiziario di ogni potere, specie nei confronti della Pubblica amministrazione, non appare una misura politicamente opportuna; d) la pluralità delle giurisdizioni poteva servire anche a dare corpo ed espressione a diverse istanze sociali: l'unicità della giurisdizione mal si accorda con il pluralismo sociale. E soprattutto, la pluralità dei centri di interpretazione delle norme giuridiche rappresenta la ricchezza del nostro ordinamento, espressione di democrazia³¹²¹.

Altro fatto degno di nota è che, in sede di Assemblea Costituente, venne fatto un espresso richiamo alla distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi così come essa era stata proposta dal primo comma dell'art. 19 del progetto di Costituzione; in particolare, da un lato venne riconosciuto quel legame tra lo schema di norma e la elaborazione relativa alla identificazione delle posizioni del governato nei confronti della Pubblica Amministrazione; dall'altro l'irriducibilità delle posizioni dell'amministrato alla categoria dei diritti soggettivi, tenuto altresì conto del fatto che l'impostazione di doveri comportamentali da parte dei pubblici poteri non significava sempre la presenza di diritti soggettivi, ma anche quella dei c.d. "altri affari" di cui - come si è visto - si parlava espressamente nella L. n.2248/1865 all. E (art.4); e pertanto ne veniva superata, anzi mutata, la ratio, attraverso la identificazione di posizioni di vantaggio degli interessati, non solo per ciò che concerneva la tutela dei diritti soggettivi, ma anche quella degli interessi legittimi³¹²².

In tale ottica, pare utile riportare testualmente quanto sostenuto da Studioso autorevole a proposito della distinzione tra queste due situazioni giuridiche soggettive³¹²³: “Le controversie relative a diritti soggettivi si articolano su due affermazioni, che ne costituiscono la *causa petendi*: la esistenza del diritto, la sussistenza della sua violazione”. L'accertamento della fondatezza di queste due affermazioni costituisce l'oggetto del processo sui diritti soggettivi. Le controversie su interessi legittimi sono profondamente diverse per la circostanza che uno dei soggetti, nel nostro caso l'amministrazione, è titolare di un potere, nell'esercizio del quale, se contenuto nei confini della legittimità, non trova ostacoli nelle situazioni giuridiche della controparte. Pertanto, non è sufficiente (anche se è necessario) che la controparte, ossia, nel nostro caso, il cittadino, affermi di essere titolare di un interesse legittimo (o, anche, come vedremo, di un diritto soggettivo) per avere ragione in giudizio, anche ove l'affermazione risulti fondata e risulti incontrovertibile anche il pregiudizio arrecato dall'azione dell'amministrazione a tale situazione soggettiva. Occorre, in più che il potere sia stato esercitato in modo illegittimo. La *causa petendi* è

³¹²¹ E. FOLLIERI, cit.; R. JUSO, *Lineamenti di giustizia amministrativa*, a cura di R. ROLLI, Milano, Giuffrè, 2012

³¹²² L. RAGGI, *Diritto amministrativo*, Vol. I, Padova, Cedam, 1933, p. 288 ss.

³¹²³ Sul tema si v. F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo: teoria e prassi*, in *Dir. proc. Amm.*, 2013, 1005 ss.; B. SORDI, *Interesse legittimo*, in *Enc. Dir.*, Annali, II, Milano, Giuffrè, 2008 709 ss., M. OCCHIENNA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002; F.G. SCOCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 13 ss.

diversa, in quanto comporta l'affermazione della illegittimità dell'azione amministrativa, che ne costituisce l'elemento centrale e caratterizzante. Ne deriva che l'oggetto del processo su interessi legittimi attiene strettamente al modo di esercizio del potere, dato che il pregiudizio sofferto dalla situazione giuridica soggettiva, di cui il cittadino chiede la tutela, si muta in violazione della stessa esclusivamente se il potere è stato esercitato in modo illegittimo. L'esercizio legittimo del potere, ove anche provochi effetti pregiudizievoli, non determina violazione delle contrapposte situazioni soggettive³¹²⁴. In altri termini, la violazione della situazione soggettiva dedotta in giudizio non è legata semplicemente al contrasto con essa del comportamento del convenuto; dipende dal modo in cui il convenuto ha utilizzato la sua situazione soggettiva, il potere³¹²⁵.

Rimaneva comunque il problema della soluzione delle controversie nelle ipotesi in cui l'interesse legittimo si interseca con il diritto soggettivo.

Per superare ogni questione intervenne l'emendamento di Conti ed altri in base al quale “*il Consiglio di Stato e gli organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione, per la tutela, nei confronti della Pubblica Amministrazione, degli interessi legittimi ed anche per la tutela dei diritti soggettivi nelle particolari materie determinate dalla legge*”: emendamento approvato, senza ulteriori modifiche, dall'Assemblea Costituente.

Restava, per concludere sul punto, la problematica relativa ai poteri decisionali del giudice ordinario e di quello amministrativo, per cui venne proposto un ulteriore emendamento in sostituzione dell'art. 103, così come predisposto dalla Commissione dei 75, secondo il quale “contro gli atti della Pubblica Amministrazione è dato ricorso all'autorità giudiziaria ordinaria o agli organi della giustizia amministrativa non solo per la reintegrazione dei diritti soggettivi, ma altresì per la tutela degli interessi legittimi. Il giudice competente potrà, per i motivi di legittimità o di merito stabiliti dalla legge, annullare, revocare o modificare l'atto amministrativo impugnato, a meno che la Pubblica Amministrazione non dimostri in giudizio l'esistenza di una ragione di carattere politico che faccia apparire al giudice preferibile alla reintegrazione specifica del diritto la condanna ai danni dell'Amministrazione responsabile. La tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi di fronte alla Pubblica Amministrazione non può essere in qualsiasi modo soppressa o limitata per determinate categorie di atti amministrativi”. Anche su tale proposta vi furono ulteriori discussioni, sulle quali peraltro non appare opportuno ulteriormente riferire.

Infatti, l'Assemblea, dopo aver stabilito che “tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e degli interessi legittimi (art. 24 1° comma) e ribadito che “il Consiglio di Stato è organo di consulenza giuridico amministrativa e di tutela della giustizia nell'Amministrazione”, di tal guisa riaffermando l'indipendenza dell'istituto e dei propri componenti (1° e 4° comma dell'art. 100), ha fatto proprie le conclusioni della Commissione dei 75, sancendo (art. 103, 1° comma) che “il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della Pubblica Amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi”; concludendo (art.101) la già menzionata indipendenza di ogni giudice, e quindi anche quella dei giudici amministrativi; e statuendo infine che “contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela dei diritti e degli

³¹²⁴ M.S. GIANNINI *sveld*, attraverso alcuni notissimi studi, l'effettivo criterio di riparto, al di là di quello enunciato circa la distinzione tra diritti e interessi legittimi: *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in Riv. dir. proc., 1963, 1964.

³¹²⁵ F.G. SCOCA, *Osservazioni eccentriche, forse stravaganti, sul processo amministrativo*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc.3, 2015, pag. 847.

interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria ed amministrativa”; che “tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti”; e che “la legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa” (art. 113)³¹²⁶.

Un discorso a parte, e per concludere sul panorama costituzionale, va fatto in ordine al contenuto dell’art. 111 che, nella sua originaria formulazione, dopo aver stabilito – ad evidenti fini di natura garantistica – l’obbligo della motivazione per tutti i provvedimenti giurisdizionali, prevede una sorta di “doppio binario” per quanto concerne i motivi deducibili in Cassazione. Infatti, mentre per le pronunce dai giudici ordinari e speciali (e dunque le sentenze ed i provvedimenti inerenti alla libertà personale) il ricorso per cassazione è ammesso per violazione di legge, per quanto concerne le decisioni pronunciate dal Consiglio di Stato e dalla Corte dei Conti il gravame deve essere limitato ai “soli motivi attinenti alla giurisdizione”. Peraltro, va rammentato, con la legge costituzionale n.2/1999 l’art. 111³¹²⁷ è stato modificato, essendo stato introdotto il “principio del giusto processo”, in virtù del quale “ogni processo (e dunque anche quello relativo alla giustizia amministrativa) si svolge in contraddittorio tra le parti, davanti a giudice terzo”.

3. L’attuazione dell’art. 125, comma 2, della Costituzione

Il discorso, a questo punto, potrebbe ritenersi concluso, se non si dovesse far cenno ad una disposizione transitoria e finale (la VI) la quale prevedeva, al primo comma, che entro cinque anni dall’entrata in vigore della Costituzione, si sarebbe dovuto procedere alla revisione degli organi speciali di giurisdizione all’epoca esistenti, salvo le giurisdizioni del Consiglio di Stato, della Corte dei Conti, e dei Tribunali Militari.

Tralasciando gli altri profili, che non interessano la nostra trattazione, il problema si poneva per ciò che atteneva le Giunte Provinciali Amministrative ai quali, come si è visto più sopra, erano state conferite funzioni giurisdizionali, delle quali peraltro la Costituzione non ha fatto alcun cenno, onde si può razionalmente ipotizzare che il Costituente abbia ritenuto tali organi come veri e propri giudici speciali, la istituzione dei quali, ai sensi dell’art. 102, è vietata; ed in ordine alle quali erano peraltro sorte, fin dal conferimento ad esse delle ridette competenze, notevoli e fondate perplessità quanto meno in ordine alla loro indipendenza di giudizio.

Non è certo questa la sede per tentare una sia pur superficiale narrazione dei numerosi e travagliati tentativi di riforma del sistema; basterà qui rammentare - ed anche a voler prescindere dalla netta presa di posizione della dottrina in *subiecta materia* - che, quasi immediatamente dopo l’entrata in vigore della Costituzione, ed anche tempi successivi, vennero presentati in sede parlamentare diversi articolati progetti di legge (ed anche di iniziativa governativa) al fine di dare concreta

³¹²⁶ R. JUSO, *Lineamenti di giustizia amministrativa*, a cura di R. ROLLI, Milano, Giuffrè, 2012.

³¹²⁷ Sul giusto processo, di recente, con specifico riferimento al processo amministrativo, F.G. SCOCA, *I principi del giusto processo*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di Id., Torino, Giappichelli, 2011, 165 ss.; F. MERUSI, *Il codice del giusto processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 2, 2012, pag. 436.

attuazione alla ridetta revisione; progetti tuttavia mai andati, per una ragione o un'altra, a buon fine³¹²⁸.

Pertanto fino agli anni sessanta le Giunte Provinciali Amministrative, ivi compresa la Giunta Giurisdizionale Amministrativa della Valle d'Aosta, operante in quella regione al posto della Giunta provinciale, hanno funzionato - sempre accompagnate da critiche e perplessità - come organi periferici di giustizia amministrativa: è stato necessario l'intervento della Corte Costituzionale che, con le notissime sentenze 22.3.1967 n. 30, 20.4.1968 n. 33 e 27.5.1968 n. 49, ha dichiarato la incostituzionalità delle disposizioni che le regolamentavano, rilevandone il contrasto con le norme della Costituzione sia in ordine alla loro composizione, sia per quello che concerneva la competenza, sia relativamente al processo che davanti ad esse si celebrava. Finalmente, con la legge 6.12.1971 n. 1034, ogni problema è stato affrontato alla base e, sotto certi profili, risolto; e ciò attraverso l'istituzione dei Tribunali Amministrativi Regionali, che sono stati qualificati "organi di giustizia amministrativa di primo grado" con circoscrizioni a base regionale, comprendenti le province facenti parte delle singole regioni (art. 1), ed attraverso l'attribuzione alle Sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato di una competenza di secondo grado avverso le pronunce emesse dai primi (art. 28, secondo comma); e con ciò dandosi formale applicazione al disposto del 2° comma dell'art. 125 della Costituzione, a mente del quale "nella Regione sono istituiti organi di giustizia amministrativa di primo grado, secondo l'ordinamento stabilito da legge della Repubblica".

La nascita del doppio grado di giurisdizione amministrativa, sulle scorte del dettato costituzionale, è certamente il più rilevante elemento di discontinuità col sistema preesistente³¹²⁹.

4. Gli sviluppi successivi

Nel panorama delle riforme sul tema, particolare menzione merita la legge 21 luglio del 2000, n. 205³¹³⁰. Con tale legge veniva era stato introdotto un doppio sistema di prove, a seconda che si trattava di controversie rientranti nella giurisdizione esclusiva o ricomprese nella giurisdizione generale di legittimità. Mentre nel processo di giurisdizione esclusiva le parti potevano avvalersi, e il giudice amministrativo poteva disporre (ma solo dal 2000), di tutti i mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, con esclusione dell'interrogatorio formale e del giuramento; nel processo di legittimità le prove esperibili erano limitate all'acquisizione di documenti, ai chiarimenti ed alle verificazioni. Alle prove si aggiunge, dal 2000, la consulenza tecnica. Fondamentale, peraltro, fu la pronuncia della Corte Costituzionale n. 204 del 2004; il Giudice delle Leggi, con tale sentenza ha delineato con chiarezza i tratti essenziali della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo³¹³¹. Dalla lettura della sentenza della Consulta si evince che: "Il vigente art. 103, primo comma, Cost. non ha conferito al legislatore ordinario una assoluta ed incondizionata discrezionalità nell'attribuzione al giudice amministrativo di materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, ma gli ha conferito il potere di indicare particolari materie nelle

³¹²⁸ R. JUSO, *Lineamenti di giustizia amministrativa*, a cura di R. ROLLI, Milano, Giuffrè, 2012.

³¹²⁹ P. VIRGA, *I tribunali amministrativi regionali*, Milano, Giuffrè, 1972, pp. 1 ss.

³¹³⁰ Sul tema, si v. *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la legge n. 205 del 2000 (Epitaffio per un sistema)*, in *Dir. proc. amm.*, fasc.3, 2001, pag. 602

³¹³¹ Si v. *Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 5 Luglio 2004* (Osservazioni a primissima lettura) di V. CERULLI IRELLI in *Astrid-online*.

quali la tutela nei confronti della pubblica amministrazione investe anche diritti soggettivi: un potere, quindi, del quale può dirsi, al negativo, che non è né assoluto né incondizionato, e del quale, in positivo, va detto che deve considerare la natura delle situazioni soggettive coinvolte, e non fondarsi esclusivamente sul dato, oggettivo, delle materie. Tale necessario collegamento delle materie assoggettabili alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo con la natura delle situazioni soggettive – e cioè con il parametro adottato dal Costituente come ordinario discriminatore tra le giurisdizioni ordinaria ed amministrativa – è espresso dall’art. 103 laddove statuisce che quelle materie devono essere "particolari" rispetto a quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità: e cioè devono partecipare della loro medesima natura, che è contrassegnata dalla circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo”.

Il legislatore ordinario ben può ampliare l’area della giurisdizione esclusiva, purché lo faccia con riguardo a materie (in tal senso, particolari) che, in assenza di tale previsione, contemplerebbero pur sempre, in quanto vi opera la pubblica amministrazione-autorità, la giurisdizione generale di legittimità: con il che, da un lato, è escluso che la mera partecipazione della pubblica amministrazione al giudizio sia sufficiente perché si radichi la giurisdizione del giudice amministrativo (il quale davvero assumerebbe le sembianze di giudice della pubblica amministrazione: con violazione degli artt. 25 e 102, secondo comma, Cost.) e, dall’altro lato, è escluso che sia sufficiente il generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia perché questa possa essere devoluta al giudice amministrativo.

Le materie devolute alla giurisdizione esclusiva quindi “devono partecipare della medesima natura” di quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità”, “contrassegnata dalla circostanza che la pubblica Amministrazione agisce quale autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo”.

5. Il codice del processo amministrativo

Da ultimo, il 7 luglio 2010 è stato pubblicato il d.lgs. n. 104, che, in attuazione della delega conferita al Governo dall’art. 44 della legge n. 69 del 2009, ha approvato il Codice del processo amministrativo³¹³².

Tale decreto ha fornito, finalmente, anche agli operatori e agli utenti della giustizia amministrativa un quadro normativo omogeneo, chiaro e definito, per quanto possibile, in

³¹³² Per un maggiore approfondimento, sul punto, sia consentito il rinvio a R. ROLLI, (a cura di), *Il codice del processo amministrativo*, Falco, Cosenza, 2010; M. A. SANDULLI, *Anche il processo amministrativo ha finalmente un codice*, in *federalismi.it*, n. 14/2010; P. DE LISE, *Verso il codice del processo amministrativo*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2010; A. PAJNO, *La giustizia amministrativa all'appuntamento con la codificazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2010; G. PELLEGRINO, *Il codice al passaggio decisivo. Tra grande occasione e strani paradossi*, in *giustamm.it*, 2010; V. DOMENICHELLI, in *Resoconto del Seminario svoltosi il 26 marzo 2010 a Padova presso l'Archivio Antico, Palazzo del Bò, via VIII Febbraio n. 2 sul libro I (Disposizioni Generali) del Progetto di Codice del processo amministrativo*, in *giustamm.it*, 2010; F.G. SCOCA, in *Resoconto del convegno svoltosi presso il Consiglio di Stato il 19 maggio 2010 "Il processo amministrativo (ieri – oggi – domani)"* (a cura di M. NUNZIATA), in *giustamm.it*, 2010; R. CAPONI, *La riforma del processo amministrativo: primi appunti per una riflessione*, in *giustamm.it*; N. SAIITA, *Il codice che poteva essere...*, in *giustamm.it*, 2010; A. TRAVI, *Osservazioni generali sullo schema di decreto legislativo con un 'codice' del processo amministrativo*, in *giustamm.it*, 2010; A. ROMANO TASSONE, *Così non serve a niente*, in *giustamm.it*, 2010; R. GRECO, *Le ragioni di un codice amministrativo*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2010; A. POZZI, *Codice del processo amministrativo, arretrato ed etica della giurisdizione*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2010; L. TORCHIA, *Le nuove pronunce nel Codice del processo amministrativo*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2010; G. ROSSI, **Giudice e processo amministrativo**, in *giustizia-amministrativa.it*, 2011; F. MERUSI, *In viaggio con Laband*, in *giustamm.it*; E. FOLLIERI, *La natura giuridica dell'articolato provvisorio denominato codice del processo amministrativo*, in *giustamm.it*.

un'ottica di maggiore garanzia di effettività della tutela delle posizioni soggettive sottoposte alla giurisdizione amministrativa³¹³³. Dal 16 settembre 2010, dunque, dopo il periodo di sospensione feriale, il giudizio amministrativo ha ottenuto il suo Codice, che, come sottolineato nella Relazione illustrativa al decreto, ha inteso, a buon diritto, collocarsi a fianco dei codici tradizionali del nostro ordinamento ad ulteriore conferma della “piena dignità” enunciata dalla celeberrima pronuncia n. 204 del 2004 della Consulta³¹³⁴.

Sul piano sostanziale, il Codice ha consentito di adattare il tradizionale processo amministrativo, incentrato sul modello impugnatorio alla mutata realtà derivante dall'evoluzione normativa nazionale ed europea nonché dalla giurisprudenza della costituzionale e sovranazionale, che, pur nel rispetto delle necessarie differenze legate al diverso ruolo delle due giurisdizioni, hanno progressivamente riconosciuto al giudice amministrativo nuovi strumenti di tutela, analoghi a quelli del giudice ordinario (si pensi, ad esempio, alla tutela cautelare *ante causam*, alla consulenza tecnica d'ufficio, alla prova per testi, o ancora all'azione risarcitoria o all'opposizione di terzo), la cui concreta attuazione non poteva, tuttavia, ancora una volta essere lasciata alla libera interpretazione³¹³⁵.

Accanto alla disciplina strettamente processuale, il Codice ha affrontato, inoltre, anche talune questioni sostanziali intimamente connesse, quali l'ambito della giurisdizione, le tipologie e i termini di proposizione delle azioni.

Sotto il profilo strutturale, invece, il decreto legislativo contiene le norme di approvazione del Codice e quattro Allegati: di essi il primo (che consta di 137 articoli) costituisce propriamente il Codice del processo amministrativo; il secondo reca le norme di attuazione; il terzo le norme transitorie; il quarto, infine, le norme di coordinamento e le abrogazioni.

Il Codice è a sua volta articolato in cinque libri, recanti, rispettivamente, le disposizioni di carattere generale, la disciplina del processo di primo grado, la disciplina delle impugnazioni, la disciplina dell'ottemperanza e dei riti speciali, le disposizioni finali.

³¹³³ Sul punto, R. CAPONIGRO, *Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*, in giustizia-amministrativa.it; R. CHIEPPA, *Il codice del processo amministrativo alla ricerca dell'effettività della tutela*, in giustizia-amministrativa.it, 2010; L. MARUOTTI, *La giurisdizione amministrativa: effettività e pienezza della tutela*, in giustizia-amministrativa.it, 2010; P. ZERMAN, *La effettività della tutela nel Codice del processo amministrativo*, in giustizia-amministrativa.it, 2010.

³¹³⁴ L. TORCHIA, *Biblioteche al macero e biblioteche risorte: il diritto amministrativo nella sentenza n.204/2004 della Corte costituzionale*, in giustizia-amministrativa.it, 2004; M. CLARICH, *La “tribunalizzazione” del giudice amministrativo evitata: commento alla sentenza della Corte costituzionale 5 luglio 2004, n.204*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 9, 2004; B. SASSANI, *Costituzione e giurisdizione esclusiva: impressioni a caldo su una sentenza storica*, in giustamm.it; F. CINTIOLI, *La giurisdizione piena del giudice amministrativo dopo la sentenza n.204 del 2004 della Corte Costituzionale*, in giustamm.it; G. PELLEGRINO (a cura di), *Verso il processo amministrativo*, Roma, Nel diritto editore, 2010; A. PAJNO, *Il Codice del processo amministrativo fra “cambio di paradigma” e paura della tutela*, in *Giorn. Dir. amm.*, 9, 2010, 885; R. CAPONI, *La riforma del processo amministrativo: primi appunti per una riflessione*, in *Foro it.*, 2010; D. DALFINO, *Il codice del processo amministrativo: disposizioni di rinvio e principi generali*, *ibidem*; G. FALCON, *Intervento*, al Seminario su “Il libro I (Disposizioni Generali) del Progetto di Codice del processo amministrativo”, Università di Padova 26 marzo 2010, Resoconto di A. FABRI e V. FANTI, in giustamm.it, 2010; TOSCHEL, *Prime considerazioni in ordine al codice del processo amministrativo*, in *Giurisd. amm.*, 2010, IV, 247; F. VOLPE, *Il regime transitorio del codice sul processo amministrativo*, in lexitalia.it; M. MAZZAMUTO, *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2010, fasc. 1, pagg. 143-183; A. POLICE, *Riflessioni in tema di deontologia e giustizia amministrativa*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2010, fasc. 1, pagg. 23-38; V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni sulla bozza di decreto legislativo attuativo della delega di cui all'art. 44 l. n. 88/09 (presentate alla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati, l'11.2.2010)*, in giustamm.it, 2010; R. JUSO (V edizione a cura di R. ROLLI), *Lineamenti di giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2012.

³¹³⁵ D. CORLETTI, *Il procedimento cautelare*, in giustamm.it; M. ALLENA – F. FRACCHIA, *Il ruolo e il significato della tutela cautelare nel quadro del nuovo processo amministrativo delineato dal d.lgs. 104/2010?*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1, 2011; R. CAVALLO PERIN, *La tutela cautelare nel processo avanti al giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4, 2010.

Nell'economia della presente trattazione, ci limiteremo, pertanto, a segnalare alcune delle principali novità che dal 16 settembre 2010 hanno innovato il processo amministrativo.

Nell'ottica del giusto processo, espressamente richiamato tra i principi ispiratori del Codice, si è rivolta, anzitutto, specifica attenzione alla garanzia del contraddittorio e alla parità delle parti processuali³¹³⁶.

Come riferito nella Relazione, inoltre, sono state privilegiate opzioni dirette ad assicurare, allo stesso momento, celerità e qualità delle decisioni (come dimostrano, tra l'altro, il riferimento espresso all'obbligo di motivazione delle decisioni, il rapporto tra fase cautelare e fase di merito, il regime di acquisizione e valutazione delle prove; i nuovi termini per la produzione di atti e documenti difensivi; i limiti all'obbligo di integrazione del contraddittorio e al rinvio al primo giudice).

Il Codice ha sancito, altresì, un espresso richiamo al diritto europeo, termine preferito dal Governo per indicare sia il diritto dell'Unione europea che quello della CEDU, i cui principi divengono in questo modo direttamente applicabili dal giudice interno, ove non si renda necessario un controllo di costituzionalità sulla norma interna incompatibile con la norma europea³¹³⁷.

In diverse disposizioni, il Codice ha invocato, altresì, il principio di sinteticità, tanto degli atti che delle trattazioni orali, accostandolo per i primi a quello della chiarezza.

In tema di effetti del riparto delle giurisdizioni, merita segnalare il recepimento della disciplina della *translatio iudicii*, introdotta dalla l. n. 69 del 2009, con specifico adattamento al processo amministrativo; la conferma del principio giurisprudenziale della formazione del giudicato implicito sulla giurisdizione in caso di mancata espressa contestazione di tale profilo in sede di impugnazione della sentenza di primo grado; il limite all'adozione di misure cautelari nel processo sospeso per regolamento di giurisdizione, se il giudice non ritiene sussistente la propria giurisdizione³¹³⁸.

Con riferimento alle azioni³¹³⁹, la versione finale del Codice - molto semplificata rispetto allo schema originario approvato dalla Commissione - sotto il titolo "azioni di cognizione" ha

³¹³⁶ Come dimostrano in particolare il nuovo regime della tutela cautelare, nelle diverse forme collegiale, monocratica interinale e monocratica *ante causam*, l'ampliamento dei mezzi di prova anche nella giurisdizione di legittimità e l'espresso richiamo al tradizionale principio dell'onere della prova, mitigato dal metodo acquisitivo in relazione all'effettiva disponibilità dei mezzi di prova. Sul punto, M. RENNA, *Giusto processo ed effettività della tutela in un cinquantennio di giurisprudenza costituzionale sulla giustizia amministrativa: la disciplina del processo amministrativo tra autonomia e "civiltà"*, in *Diritto amministrativo e Corte costituzionale* (a cura di G. DELLA CANANEA E M. DUGATO), Napoli, Esi, 2006, 505 ss.; G. ROSSI, *L'incertezza sui principi del processo amministrativo*, in *giustamm.it*, 2010.

³¹³⁷ L. TORCHIA, *I principi generali*, in *Il nuovo codice del processo amministrativo*, in *Giorn. Dir. amm.*, n. 11/2010, p. 1117 ss.

³¹³⁸ D. DE PRETIS, *Il riparto di giurisdizione*, in *Il nuovo codice del processo amministrativo*, in *Giorn. Dir. amm.*, n. 11/2010, p. 1129 ss.

³¹³⁹ F. MERUSI, Relazione tenuta al Seminario "La sistematica delle azioni nel nuovo processo amministrativo", organizzato dal Dipartimento di Studi Giuridici "Angelo Saffa" dell'Università Bocconi di Milano e dalla Scuola di specializzazione per le professioni legali delle Università Bocconi e di Pavia, tenutosi il 6 maggio 2010 presso l'Università Bocconi, in www.giustamm.it, 2010; A. TRAVI, *La tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo*, relazione al 56° Convegno di studi amministrativi, Varenna, Villa Monastero, 23-25 settembre 2010, in giustizia-amministrativa.it; R. CHIEPPA, *Disciplina delle azioni, azione di accertamento e azione di condanna nel Codice del processo amministrativo*, Relazione tenuta al convegno di Lecce sul Nuovo processo amministrativo del 12-13 novembre 2010, in dirittoformazione.it e in AA.VV., *Il «meritevole di tutela»: scenari istituzionali e nuove vie di diritto*, a cura di G. De Giorgi Cezzi, P.L. Portaluri, F.F. Tuccari, F. Vetrò, Napoli, Esi, 2012; G. VELTRI, *Le azioni di accertamento, adempimento, nullità ed annullamento nel codice del processo amministrativo*, in giustizia-amministrativa.it; V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (dalla Costituzione al Codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2, 2012; F. LUCIANI, *Processo amministrativo e disciplina delle azioni: nuove opportunità, vecchi problemi e qualche lacuna nella tutela dell'interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2, 2012; RAIMONDI S., *Le azioni, le domande proponibili e le relative pronunzie*, in giustamm.it,

disciplinato, in modo specifico, l'azione di annullamento³¹⁴⁰, l'azione, anche generica, di condanna³¹⁴¹, proponibile anche in via autonoma dall'azione di annullamento, nonché l'azione specifica di condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria, esperibile anch'essa in via autonoma dall'azione di annullamento o da quella avverso il silenzio³¹⁴², ma, se legata alla lesione di interessi legittimi, soggetta al termine decadenziale di centoventi giorni e alla valutazione da parte del giudice del comportamento complessivo delle parti, con espressa esclusione del risarcimento “*dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti*”; l'azione avverso il silenzio, con l'introduzione del limite alla pronuncia sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione; l'azione per la declaratoria di nullità³¹⁴³, proponibile per l'accertamento delle nullità previste dalla legge entro il termine di decadenza di centottanta giorni, fermo restando che la nullità dell'atto può sempre essere opposta dalla parte resistente o essere rilevata d'ufficio dal giudice.

Da sottolineare, vi è un'importante novità afferente al regime della competenza, che, nel chiaro intento di evitare il c.d. forum shopping, diventa sempre inderogabile, con la conseguenza che il relativo difetto è rilevabile anche d'ufficio e costituisce ostacolo all'adozione di misure cautelari³¹⁴⁴.

Con riferimento alla competenza per territorio, il Codice ha individuato quale criterio ordinario quello della sede dell'autorità amministrativa cui fa capo l'esercizio del potere oggetto della controversia, precisando, peraltro, che tale criterio non opera là dove gli effetti diretti del potere siano individuabili in un ambito diverso, nel qual caso la competenza spetta al tribunale nella cui circoscrizione essi si verificano.

Il Codice ha dedicato, poi, specifica attenzione alle parti del processo e ai loro difensori - disciplinando anche l'ambito del mandato speciale alle liti - al regime dell'integrazione del contraddittorio - consentendo espressamente di non provvedervi in caso di manifesta inammissibilità o infondatezza del ricorso - e disciplina i termini e le modalità dell'intervento, introducendo anche quello per ordine del giudice³¹⁴⁵.

2010; L. TORCHIA, *Le nuove pronunce nel codice del processo amministrativo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, fasc. 12, pagg. 1319-1327.

³¹⁴⁰ M. CLARICH, *Commento all'art. 29 del codice del processo amministrativo, Azione di annullamento*, in giustizia-amministrativa.it, 2010; S. FOA, *L'azione di annullamento nel Codice del processo amministrativo*, in giustizia-amministrativa.it, 2010; V. GISONDI, *Nuovi strumenti di tutela nel codice del processo amministrativo*, in giustizia-amministrativa.it, 2011; F. TRIMARCHI, *Rilevanza condizionata dei vizi di legittimità*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2010, fasc. 4, pagg. 1117-1129.

³¹⁴¹ S. BALLERO, *L'azione risarcitoria nel nuovo Codice del processo amministrativo*, in giustamm.it, 2010.

³¹⁴² N. DURANTE, *I rimedi contro l'inerzia dell'amministrazione: istruzioni per l'uso, con un occhio alla giurisprudenza e l'altro al codice del processo amministrativo, approvato con decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104*, in giustizia-amministrativa.it, 2010; R. ROLLI, *La voce del diritto attraverso i suoi silenzi*, Milano, 2012; A. L. GUAGLIANO – R. ROLLI, *Tempo, silenzio e processo*, in giustamm.it, 2010.

³¹⁴³ A. CARBONE, *L'azione di nullità nel Codice del Processo amministrativo*, in giustamm.it; E. PICOZZA, *Commento all'art. 31, in Codice del processo amministrativo*, a cura di E. Picozza, Torino, Giappichelli, p. 61.

³¹⁴⁴ M. A. SANDULLI, *La fase cautelare*, in *Dir. Proc. Amm.*, 4/2010 e *Commento all'art. 55*, in V. QUARANTA, A. LOPILATO (a cura di), *Il Processo amministrativo*, Milano, 2011; C. CONTESSA, *Rilievo dell'incompetenza e regolamento preventivo di competenza nel nuovo Codice del processo amministrativo*, in giustizia-amministrativa.it, 2010; P. CARPENTIERI, *Le questioni di competenza*, in giustizia-amministrativa.it, 2010.

³¹⁴⁵ R. VILLATA, Resoconto del seminario sul libro II (*il processo amministrativo di I grado*) del progetto di codice del processo amministrativo svoltosi il 9 aprile 2010 presso l'Università degli studi di Messina (cura di L. CASOLI, U. GRAZIANA, L.

Si è cercato, inoltre, di rendere certa e omogenea la disciplina dei termini processuali, che vengono integralmente “riordinati” e “razionalizzati” in vista di un più pieno contraddittorio e di una migliore conoscenza della controversia da parte del Giudice, dedicando, altresì, particolare cura alle modalità per il relativo computo, e cercando per un verso di semplificare le modalità di deposito degli atti soggetti a notifica e delle decisioni impugnate e per l'altro di garantire l'effettiva disponibilità dei documenti depositati alle altre parti processuali.

In ordine alla fase cautelare, si è cercato di assicurare una più effettiva garanzia del contraddittorio e una maggiore conoscenza degli atti di causa da parte del Giudice, attraverso un modesto, ma significativo ampliamento dei termini per la fissazione della camera di consiglio, ciò che ha peraltro consentito di affermarne in modo espreso l'idoneità anche a soddisfare la garanzia del contraddittorio per la eventuale decisione in forma semplificata³¹⁴⁶.

Nella stessa ottica, recependo un indirizzo che era stato assunto da alcuni Presidenti, è stato introdotto un termine per la presentazione di memorie e documenti.

Ancora in riferimento alla fase cautelare, è stata istituzionalizzata la possibilità che l'istanza cautelare venisse utilizzata come “porta” per avanzare richieste istruttorie e/o per ottenere una sollecita fissazione dell'udienza di merito ed è stata comunque garantita espressamente la sollecita fissazione di quest'ultima in caso di concessione di misure cautelari.

Sono stati, poi, puntualmente disciplinati i procedimenti per la tutela cautelare monocratica nelle more della camera di consiglio e per quella *ante causam*, nell'obiettivo di evitarne un uso distorto e strumentale a vantaggio della sola parte ricorrente e di consentire una più effettiva garanzia di contraddittorio per le parti resistenti e controinteressate.

Tra le misure di chiarificazione e razionalizzazione, merita poi ricordare le disposizioni in tema di sospensione e di interruzione del processo e quelle sull'istanza di fissazione.

Mentre, nella riferita ottica di accelerazione della definizione della controversia, è stata, significativamente, introdotta la possibilità di anticipare la decisione attraverso la concentrazione del giudizio su una sola questione, con rinuncia agli altri motivi di ricorso.

Nel Libro Terzo, il Codice ha disciplinato in modo organico e coordinato i diversi mezzi di impugnazione, per i quali è stato operato un sostanziale allineamento ai mezzi previsti dal codice di procedura civile nel rispetto del vincolo di cui all'art. 111, ultimo comma, della Costituzione³¹⁴⁷.

Si segnalano, tra l'altro, l'introduzione di una disciplina positiva del rimedio dell'opposizione di terzo nel processo amministrativo, introdotto dalla sentenza della Corte costituzionale n. 177 del 1995 ma sino al 2010 non regolato da norme di legge e la razionalizzazione dei rapporti tra i diversi mezzi di impugnazione, con tendenziale preferenza per l'appello, nel quale vengono fatte eventualmente confluire, nella forma dell'intervento, le opposizioni di terzo³¹⁴⁸.

MURGOLO), in giustamm.it, 2010; F. DE FRANCISCO, *Il nuovo Codice del processo amministrativo: il giudizio di primo grado*, in giustizia-amministrativa.it, 2011.

³¹⁴⁶ P. M. ZERMAN, *La tutela cautelare nel codice del processo amministrativo*, in giustizia-amministrativa.it; A. STORTO, *La tutela cautelare*, in *Il nuovo codice del processo amministrativo*, in *Giorn. Dir. amm.*, n. 11/2010, p. 1141 ss.

³¹⁴⁷ F. SAITTA, *Se codice dev'essere, che si occupi anche di ... procedura amministrativa (Brevi riflessioni sulla delega per il riordino del sistema delle impugnazioni amministrative)*, in giustamm.it; G. SIGISMONDI, *Osservazioni alle disposizioni sulle impugnazioni, nello schema di decreto legislativo con un 'codice' del processo amministrativo*, in giustamm.it; M. P. CHITI, *Osservazioni sul Titolo Terzo "Impugnazioni" della bozza di Codice del processo amministrativo*, in giustamm.it.

³¹⁴⁸ Sul punto, A. CERRETO, *Sulla pretesa inammissibilità dell'appello cumulativo nel processo amministrativo*, in giustamm.it, 2012.

Con specifico riferimento al giudizio di appello, le principali novità riguardano l'individuazione dei soggetti legittimati ad appellare, la previsione della riserva di appello, la disciplina dei nova - con espresso divieto di proposizione di domande nuove e di motivi aggiunti su atti non impugnati in primo grado, la previsione dell'obbligo di dedurre specifiche censure contro i capi della sentenza gravata, la riduzione delle ipotesi di rinvio al primo giudice, la previsione della possibilità di appello incidentale anche su capi diversi da quelli appellati in via principale, la rinuncia implicita alle domande e le eccezioni dichiarate assorbite o non esaminate nella sentenza di primo grado, che non siano state espressamente riproposte nell'atto di appello o, per le parti diverse dall'appellante, con memoria depositata a pena di decadenza entro il termine per la costituzione in giudizio³¹⁴⁹.

In analogia con quanto disposto per le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, si è riconosciuto all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato il potere di enunciare il principio di diritto nell'interesse della legge anche quando dichiara il ricorso irricevibile, inammissibile o improcedibile, ovvero l'estinzione del giudizio³¹⁵⁰.

Il Codice si è occupato diffusamente del giudizio di ottemperanza, unificando la disciplina del giudizio di ottemperanza per le sentenze passate in giudicato, del giudizio di esecuzione delle sentenze di primo grado e degli altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo, nonché dei provvedimenti equiparati alle sentenze passate in giudicato per i quali non sia previsto il rimedio dell'ottemperanza³¹⁵¹.

In ossequio al principio del contraddittorio, è stata espressamente prescritta la notificazione del ricorso per ottemperanza prima del suo deposito, con conseguente superamento della necessità della previa diffida e messa in mora.

Considerata la storica natura "mista" del giudizio di ottemperanza, che non è pura esecuzione, ma presenta fisiologici momenti di cognizione, è stato ritenuto, da un lato, di prescrivere la notificazione nei riguardi non solo dell'amministrazione, ma anche di tutte le altre parti del giudizio definito dalla sentenza o dal lodo della cui ottemperanza si tratta e, dall'altro, di poter consentire la concentrazione nell'ambito del giudizio di ottemperanza di azioni cognitive connesse, per evidenti ragioni di economia processuale.

In particolare, anzitutto, sono confluite necessariamente nel giudizio di ottemperanza tutte le questioni di inesecuzione, elusione, violazione del giudicato, oltre che tutte le questioni che insorgono nel corso del giudizio a seguito degli atti del commissario *ad acta*, il cui sindacato è stato espressamente affidato allo stesso giudice dell'ottemperanza, nonché l'azione di risarcimento non solo dei danni derivanti dalla mancata esecuzione del giudicato, ma anche di quelli causati dall'illegittimo esercizio del potere amministrativo.

Una interessante novità è stata costituita dalla previsione della possibilità di promuovere il giudizio di ottemperanza anche al fine di ottenere chiarimenti in ordine alle modalità di

³¹⁴⁹ F. MANGANARO – G. TROPEA, *Ancora incertezza sul termine per i motivi aggiunti nel rito accelerato (n.d.r. commento a Consiglio di Stato, sez. V, 7 aprile 2009, n. 2149)*, in *Urbanistica e appalti*, 2009, fasc. 8, pagg. 985-994.

³¹⁵⁰ F. MANGANARO, *Il giudizio di Cassazione nel sistema delle impugnazioni nel processo amministrativo (n.d.r. in corso di pubblicazione in Studi in onore di Alberto Romano)*, in *giustamm.it*, 2010.

³¹⁵¹ M. ANTONIOLI, *Spigolature sul nuovo giudizio di ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4, 2011, 1297; L. IANNOTTA, *Intervento al seminario sui Libri IV e V (ottemperanza, riti speciali e norme finali) del progetto di Codice del processo amministrativo svoltosi il 7 maggio 2010 presso l'Istituto per ricerche e attività educative*, Resoconto in *giustamm.it*, 2010; S. TARULLO, *Il giudizio di ottemperanza alla luce del Codice del processo amministrativo*, in *giustamm.it*.

ottemperanza; in tal caso la legittimazione attiva spetta, evidentemente, anche alla pubblica amministrazione tenuta all'ottemperanza.

Una particolare importanza hanno assunto nel Codice le disposizioni che hanno ripreso e in parte hanno riscritto le regole del rito speciale in materia di appalti pubblici; aderendo all'esigenza di omogeneità del sistema, il Codice ha previsto l'applicazione anche al nuovo contenzioso sugli appalti del rito accelerato ordinario disciplinato dall'art. 119³¹⁵², con la sola eccezione dei termini per la notificazione del ricorso di primo grado e dei motivi aggiunti, che viene, eccezionalmente, fissato in trenta giorni contro i sessanta ordinari espressamente confermati dall'art. 119 anche per il rito accelerato "comune a particolari materie"³¹⁵³.

Il legislatore delegato non ha, invece, ritenuto di esercitare la delega nella parte concernente l'introduzione *ex novo* di una tutela specifica relativa alla fase preparatoria delle elezioni politiche, sebbene un tentativo in tal senso era stato fatto dalla commissione redigente presso il Consiglio di Stato.

Questo sintetico *excursus* sulle principali novità introdotte dal Codice impone, infine, di segnalare alcune disposizioni deflative di ordine economico: in particolare, oltre al già richiamato obbligo di pronuncia sulle spese della fase cautelare e alla previsione di sanzioni per l'elusione delle pronunce di ottemperanza o per il ritardo nella medesima, si fa riferimento al potere del giudice di condannare, anche d'ufficio, la parte soccombente al pagamento in favore dell'altra parte di una somma di denaro equitativamente determinata, quando la decisione è fondata su ragioni manifeste o orientamenti giurisprudenziali consolidati, nonché all'improvvida estensione del contributo unificato alla proposizione dei motivi aggiunti e del ricorso incidentale introduttivi di nuove domande.

Detta misura integra un'evidente violazione del diritto di difesa, in contrasto con i principi del diritto costituzionale ed europeo³¹⁵⁴.

-Il primo correttivo al codice

Sulla G.U. del 23 novembre 2011 è stato pubblicato il d.lgs. n. 195 del 15 novembre 2011, che, pur senza intervenire sui temi "critici" del testo varato nel luglio 2010, in parte già risolti, nell'esercizio della funzione nomofilattica conferitale dall'art. 99 c.p.a., dall'Adunanza plenaria³¹⁵⁵, ha operato alcune significative "correzioni" dell'articolato originario, dirette a risolvere alcune più immediate questioni sollevate dal Codice³¹⁵⁶.

³¹⁵² R. DE NICTOLIS, *Il rito abbreviato comune a determinate materie nel nuovo codice del processo amministrativo*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2010.

³¹⁵³ In argomento si veda M. LIPARI, *La direttiva ricorsi nel codice del processo amministrativo: dal 16 settembre 2010 si cambia ancora?*, in *federalismi.it*.

³¹⁵⁴ N. D'ALESSANDRO, *Le invasioni barbariche (nel processo amministrativo). La demolizione del processo amministrativo diffuso anche mediante l'aumento dei costi per l'accesso alla Giustizia*, in *Lexitalia.it*, 2011; F. FRACCHIA, *Il rito speciale sugli appalti e la sorte del contratto: un giudizio a geometria variabile e a oggetto necessario nel contesto della concorrenza*, in *giustamm.it*, 2010.

³¹⁵⁵ Il riferimento è, in particolare, alle sentenze nn. 3 e 15, che, sulla scorta del principio di effettività della tutela, hanno affermato la regola della "atipicità delle azioni", riconoscendo come pacifiche tanto l'azione di adempimento quanto quella di accertamento e alle sentenze nn. 6, 19 e 20, sui criteri di individuazione del giudice competente. Sul punto, R. GISONDI, *Alcune riflessioni sulla permanenza di un'azione di adempimento nell'ultima bozza del nuovo codice amministrativo*, in *giustamm.it*, 2010; S. OGGIANU, *Funzione di nomofilachia e mezzi alternativi di risoluzione delle controversie: il caso del parere del Consiglio di Stato nel ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *giustamm.it*, 2011.

³¹⁵⁶ Per un commento analitico del nuovo testo del codice, aggiornato al primo decreto correttivo, cfr. G. FERRARI, *Il nuovo codice del processo amministrativo*, Roma, Nel diritto editore, II ed., 2012; A. PAJNO, *Il Codice del processo amministrativo ed il superamento del sistema della giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2011; S. BACCARINI, "Scelta" delle azioni e valutazione della "necessità" dell'annullamento per la tutela del ricorrente, in *Dir. proc. amm.*, 2011; S. RAIMONDI, *Le azioni, le domande proponibili e le relative pronunzie nel codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011; M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo tra*

Il primo decreto correttivo al c.p.a., approvato, in virtù della delega originaria, ha, come anticipato, essenzialmente realizzato un'operazione di restyling, chiarendo alcuni profili di incertezza rilevati nel testo originario e correggendo alcuni evidenti "errori da fretta dell'ultima ora"³¹⁵⁷.

È d'uopo passarli, sia pure sinteticamente in rassegna, illustrandone la portata e la *ratio*³¹⁵⁸. Sul libro primo, la prima modifica ha integrato l'art. 12 (rapporti con l'arbitrato), chiarendo che la procedura (arbitro rituale di diritto) è quella disciplinata dagli artt. 806 ss. c.p.c.

La disciplina della domiciliazione (art. 25) è stata opportunamente fatta precedere dal richiamo (nella formula del "fermo restando") a quanto previsto dall'art. 136 con riferimento alle comunicazioni di segreteria, che lo stesso correttivo ha integrato, con l'esplicito riconoscimento della possibilità di indicare il numero di fax e la pec anche diversi dall'indirizzo del domiciliatario.

Di rilevanza sostanziale è stata la sostituzione del secondo comma dell'art. 26, che, estendendo a tutte le controversie la regola introdotta dall'art. 4, comma 2, d. l. 13 maggio 2011 n. 70, convertito nella l. 12 luglio 2011 n. 106 per i giudizi in materia di appalti pubblici, ha previsto la condanna (d'ufficio) ad una sanzione pecuniaria non inferiore al doppio e non superiore al quintuplo del (già ingiustamente alto e indipendente dal valore della causa) contributo unificato dovuto per il ricorso introduttivo, quando la parte soccombente abbia agito o resistito in giudizio temerariamente³¹⁵⁹.

Il correttivo ha coordinato, inoltre, il c.p.a. con le disposizioni della manovra di agosto 2011 (d.l. n. 138, convertito nella l. n. 148 del 14 settembre), che, intervenendo "a gamba tesa" sulla *vexata quaestio* della natura giuridica della s.c.i.a. e degli strumenti di tutela del terzo avverso la sua illegittima utilizzazione e cancellando con un frettoloso e contraddittorio colpo di spugna il pregevole impianto ricostruttivo suggerito dall'Adunanza plenaria n. 15 del 1 agosto 2011³¹⁶⁰, ha ricondotto la predetta tutela esclusivamente al giudizio *ex art.* 31 c.p.a..

Di conseguenza, il nuovo art. 31, a proposito delle azioni di accertamento dell'obbligo di provvedere, ha inserito, nel primo comma, il riferimento agli "altri casi previsti dalla legge", mentre l'art. 133, nell'indicazione delle materie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice

reticenze del Codice e apertura a nuove tutele, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, pp. 1121 ss.; L. TORCHIA, *Le nuove pronunce nel Codice del processo amministrativo*, in *giustizia-amministrativa.it*; E. FOLLIERI, *Le azioni di annullamento e di adempimento nel codice del processo amministrativo*, in *giustamm.it*, 2010; R. GISONDI, *La disciplina delle azioni di condanna nel nuovo codice del processo amministrativo*, in *giustamm.it*, 2010; A. CARBONE, *Fine delle perplessità sull'azione di adempimento*, Nota a sentenza TAR Lombardia, Milano, sez. III, sentenza 8 giugno 2011, n. 1428, in *Foro amm.-TAR* 9, 2011, 2959; R. CHIEPPA, *Il Codice del processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2010; ID., *Un primo bilancio sul nuovo processo amministrativo: il contributo della giurisprudenza e della dottrina prevale sulle aspettative (deluse) di un efficace intervento correttivo del legislatore*, introduzione a *Il processo amministrativo dopo il correttivo al Codice*, Milano, Giuffrè, 2012; F. G. SCOCA, *Considerazioni sul nuovo processo amministrativo*, in *giustamm.it*, 2011; N. PAOLANTONIO, *Notazioni minime su procedimento e processo*, in *giustamm.it*, 2011.

³¹⁵⁷ Come quello dell'omesso coordinamento dei termini per la notificazione del ricorso incidentale e dei motivi aggiunti con quelli per la notificazione del ricorso introduttivo, nel rito specialissimo in materia di appalti pubblici.

³¹⁵⁸ Per un maggiore approfondimento, si rinvia a M. A. SANDULLI, *Il processo davanti al giudice amministrativo nelle novità legislative della fine del 2011*, in *federalismi.it*, n. 4/2012; N. SAIITA, *Una montagna, un parto prematuro, un topolino (a proposito del primo decreto correttivo del Codice del processo amministrativo)*, in *giustamm.it*; F. MERUSI, *A volte ritornano ... il correttivo del correttivo del codice del processo amministrativo*, in *giustamm.it*.

³¹⁵⁹ M. LIPARI, *La nuova sanzione per "lite temeraria" nel decreto sviluppo e nel correttivo al codice del processo amministrativo: un istituto di dubbia utilità*, in *Osservatorio, Foro amm.-TAR*, 2011, 9.

³¹⁶⁰ G. GRECO, *La SCLA e la tutela dei terzi al vaglio dell'Adunanza Plenaria: ma perché, dopo il silenzio assenso e il silenzio inadempimento, non si può prendere in considerazione anche il silenzio diniego?*, in *giustamm.it*, 2011; M. A. SANDULLI, *Primissima lettura della Adunanza plenaria n. 15 del 2011*, in *federalismi.it*, 2011; V. PARISIO, *Direttiva Bolkestein, silenzio-assenso, d.i.a., liberalizzazioni temperate, dopo la sentenza del Consiglio di Stato, A.p. 29 luglio 2011 n. 15*, *Foro amm.-TAR* 2011, 09, 2978; P. QUINTO, *Il diritto giurisprudenziale del giudice amministrativo e la sua specificità nell'ordinamento*, in *giustamm.it*, 2011.

amministrativo, ha sostituito, al comma 1, lett. c, il generico riferimento alle controversie in materia di d.i.a. con quello, più puntuale, alle controversie in materia di “silenzio di cui all’art. 31, commi 1, 2 e 3, e di provvedimenti espressi adottati in sede di verifica di segnalazione certificata di inizio di attività, denuncia e dichiarazione di inizio di attività” di cui al novellato art. 19, comma 6-ter della l. 241 del 1990, che si è aggiunto, in un’ottica di coerenza interna alla giurisdizione esclusiva sulle controversie relative all’applicazione dell’art. 20 della stessa legge (sul c.d. silenzio assenso), già prevista dalla l. 1 ottobre 2010 n. 163, in sede di conversione del d.l. 5 agosto 2010 n. 125³¹⁶¹.

Proprio l’estrema ampiezza di questa disposizione ha lasciato, peraltro, aperto il problema della compatibilità costituzionale di una giurisdizione esclusiva per “tipo di titolo abilitativo”. Sul libro secondo il legislatore delegato ha introdotto un comma 4-bis all’art. 44 (vizi del ricorso e della notificazione), precisando che, “fermo quanto previsto dall’art. 39, comma 2”, “la nullità degli atti è rilevabile d’ufficio”.

Di mera “pulizia formale” è stata anche la modifica all’art. 54 (si è spostata, all’interno dello stesso primo comma, l’espressione “su richiesta di parte” già presente nel testo originario per l’eccezionale autorizzazione al deposito tardivo di memorie e documenti).

Sul punto merita sottolineare, inoltre, il contrasto giurisprudenziale tra la III Sezione del Consiglio di Stato e il CGA sulle conseguenze del mancato rispetto del termine di deposito ai fini dell’ammissibilità della difesa orale.

Sull’art. 57 è stato operato un intervento di drafting inerente la disciplina delle spese del procedimento cautelare, sostituendo il termine “sentenza” che definisce il giudizio con quello, più corretto di “provvedimento” e aggiungendo la specificazione “di merito” in riferimento alla sentenza che potrebbe dare una diversa decisione sulle spese.

Il decreto è intervenuto poi sul regime delle istanze di astensione e ricusazione del consulente tecnico d’ufficio, eliminando dal secondo comma dell’art. 67 la frase “e sono decise dal presidente o dal magistrato delegato con decreto non impugnabile”, superando così la distonia con quanto previsto dall’art. 20, comma 2, sulle istanze di astensione o ricusazione del giudice, affidate, invece, al collegio.

Una disposizione di notevole interesse è stata, senza dubbio, quella che, introducendo un inciso all’art. 73, comma 1, ha delimitato l’oggetto delle repliche nella risposta “ai nuovi documenti e alle nuove memorie depositate in vista dell’udienza”. Si è inteso, così, evitare quell’uso distorto della replica che si era indebitamente affermato nel primo anno di vita del codice: le parti (i resistenti e i contro interessati nei giudizi privi di fasi cautelari o istruttorie e lo stesso ricorrente nei giudizi in cui tali fasi avevano comunque “scoperto le carte” degli avversari) non presentavano memorie e attendevano la replica per rappresentare le loro controdeduzioni od eccezioni sugli atti e documenti già da tempo prodotti dagli altri difensori; con la conseguenza che la replica perdeva ogni concreta utilità.

Con il chiarimento offerto dal correttivo, le parti che decidono di non replicare in sede di memoria ordinaria agli atti e documenti già depositati nelle precedenti fasi di giudizio, non possono più farlo in sede di memoria di replica e, soprattutto, se i loro avversari non producono

³¹⁶¹ R. GAROFOLI, *La giurisdizione esclusiva nel codice del processo amministrativo: evoluzione, dubbi interpretativi e posizioni antistoriche*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2010; A. ROMANO TASSONE, *La giurisdizione esclusiva tra glorioso passato ed incerto futuro*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2010.

nuove memorie, devono limitare le loro repliche agli eventuali nuovi documenti depositati per l'udienza.

Si legge, infatti, testualmente nella Relazione illustrativa al decreto correttivo che la modifica ha mirato ad assicurare “in un’ottica di semplificazione processuale nel rispetto del principio del contraddittorio, che le repliche sono possibili solo se è stata depositata, dalla controparte, una memoria o documenti in vista dell’udienza di merito, e che tali atti costituiscono altresì il limite contenutistico delle stesse repliche”.

All’art. 87 sono state apportate due modifiche particolari al regime delle udienze pubbliche e dei procedimenti in camera di consiglio; con la prima si è affrontata la questione dell’(in)opportunità dell’udienza pubblica per i processi ad oggetto “delicato”, conferendo al presidente del collegio il potere di disporre lo svolgimento delle udienze a porte chiuse per ragioni di sicurezza dello Stato, di ordine pubblico o di buon costume; la seconda, invece, con riferimento ai procedimenti in camera di consiglio, ha chiarito che la dimidiazione dei termini non si applica ai ricorsi in materia di accesso e che l’eccezione per la notificazione del ricorso, principale e incidentale, e dei motivi aggiunti, opera soltanto per il ricorso di primo grado³¹⁶².

Sul libro terzo, all’art. 95, risolvendo una questione sollevata dai primi commentatori, si è chiarito che l’obbligo di notificazione dell’impugnazione a tutte le parti in causa, già prevista per le cause inscindibili, vale anche per quelle tra loro dipendenti.

Con riferimento al procedimento cautelare, per ragioni di opportuna omogeneità con il giudizio di primo grado, all’art. 98 il termine “danno” è stato sostituito con quello, generalmente usato nelle altre disposizioni, di “pregiudizio”.

L’attenzione già dimostrata nell’art. 57 all’improprio utilizzo del termine “sentenza” in luogo di quello, più ampio, di “provvedimento” ha ispirato anche l’analoga correzione inserita nell’ultimo comma dell’art. 99, a proposito dell’inefficacia della pronuncia dell’adunanza plenaria resa nel mero “interesse della legge” sulla decisione impugnata.

Con riferimento al contenuto del ricorso in appello, il correttivo ha aggiunto il richiamo all’art. 22, comma 3 per chiarire che la parte può stare in giudizio personalmente dinanzi al Consiglio di Stato (o al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana) soltanto se abilitata al patrocinio presso le magistrature superiori. La regola vale evidentemente anche per la revocazione e per l’opposizione di terzo dinanzi agli stessi giudici.

Un’importante modifica è stata introdotta, poi, per l’opposizione di terzo, con l’eliminazione, al comma 1 dell’art. 108, della specificazione, non presente nell’art. 404 c.p.c. e suscettibile di restringere ingiustamente l’utilizzo dello strumento, che il terzo doveva essere “titolare di una posizione autonoma e incompatibile”.

L’ultimo intervento sulle impugnazioni ha riguardato la sospensione della sentenza impugnata in Cassazione. Il correttivo ha precisato che la richiesta di sospensione deve essere notificata alle altre parti e che al procedimento si applicano le disposizioni di cui ai commi 2, 5, 6 e 7 dell’art.

³¹⁶² F. VOLPE, *Termini vecchi e nuovi nel codice del processo amministrativo nota a T.A.R. Catania, 14 gennaio 2001, n. 57*, in *giustamm.it*, 2011.

55 (per la cautelare collegiale) e ai commi 1, primo periodo, 2, 3, 4 e 5 dell'art. 56 per quella monocratica³¹⁶³.

Sul libro quarto, il legislatore delegato ha affrontato – e definito – la *vexata quaestio* della proponibilità dell'azione risarcitoria in sede di ottemperanza anche dinanzi al Consiglio di Stato. Come noto, dopo una prima pronuncia (Cons. Stato, sez. V, 23 novembre 2010, n. 8142) implicitamente nel senso dell'ammissibilità della richiesta anche in unico grado (autorevolmente confortata da alcuni membri della Commissione redattrice della disposizione), diverse sentenze (Cons. Stato, sez. V, 1 aprile 2011, n. 2031; Cons. Stato, sez. III, 5 maggio 2011, n. 2693; Cons. Stato, sez. V, 23 maggio 2011, n. 3078) ne avevano sostenuto l'improponibilità, facendo leva sul principio generale del doppio grado di giudizio, non chiaramente escluso dal testo originario dell'art. 112³¹⁶⁴.

Il correttivo, anche in considerazione dell'insussistenza della mancata costituzionalizzazione del doppio grado di giudizio (a differenza di quello di appellabilità delle decisioni dei TAR, in quanto giudici di primo grado), ha suggellato, in linea con una logica di concentrazione dei giudizi, la proponibilità dell'azione “anche in unico grado” in sede di ottemperanza, per il risarcimento dei danni connessi all'impossibilità o comunque alla mancata esecuzione in forma specifica, totale o parziale, del giudicato o alla sua violazione o elusione.

Per converso, il decreto ha soppresso il comma 4, che ammetteva la proposizione in ottemperanza anche dell'azione risarcitoria autonoma di cui all'art. 30, comma 5, che segue quindi direttamente il rito ordinario³¹⁶⁵.

Oltre ad un'operazione di mero drafting al secondo comma, il d. lgs. n. 195 ha sostituito il sesto comma dell'art. 114, ridisciplinando in modo più completo l'ambito di cognizione del giudice dell'ottemperanza sulle questioni relative a quest'ultima, nonché, tra le parti nei cui confronti si è formato il giudicato, su quelle relative agli atti del commissario *ad acta*, che, nel nuovo testo dell'art. 114, possono essere contestati dalle stesse parti attraverso apposito reclamo al predetto giudizio, da depositare, previa notifica ai controinteressati, entro sessanta giorni. Si sovverte così il modello ordinario delle azioni dinanzi al giudice amministrativo, che ha previsto un termine per la notifica e un successivo termine per il deposito, per seguire, invece, il modello proprio del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica (deposito, previa notifica, entro centoventi giorni)³¹⁶⁶.

La modifica all'art. 116 (sul rito speciale per l'accesso), è stata tesa a uniformare i termini per la proposizione dei motivi aggiunti e del ricorso incidentale a quello (trenta giorni) previsto per il ricorso principale.

Un'ulteriore correzione ha chiarito che la notifica richiesta a pena di inammissibilità è stata – secondo la regola generale – quella ad almeno uno dei controinteressati, ferma l'eventuale necessità di integrare il contraddittorio ai fini della procedibilità del giudizio.

³¹⁶³ A. POLICE, *Le impugnazioni*, in *Il nuovo codice del processo amministrativo*, in *Giorn. Dir. amm.*, n. 11/2010, p. 1169 ss.; Per una ricostruzione del sistema delle impugnazioni prima della “codificazione” si vedano i contributi di A. ZITO e M. D'ORSOGNA, *Le impugnazioni*, nel volume a cura di F.G. SCOCA, *Giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2009, 397 ss.

³¹⁶⁴ F. APERIO BELLA, *Ottemperanza e risarcimento*, in *giustamm.it*.

³¹⁶⁵ P. CARPENTIERI, *Esecuzione del giudicato*, in *giustizia-amministrativa.it*.

³¹⁶⁶ A. CERRETO, *Il nuovo volto dell'ottemperanza*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2012; F. FRENI, *Amministrazione giustiziale e costituzione: il “nuovo” ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *giustamm.it*, 2009.

Il correttivo ha aggiunto, poi, un comma 6-bis all'art. 117, chiarendo che anche nei giudizi di impugnazione della decisione sul silenzio si applicano le regole "speciali" previste dai commi da 2 a 6 dello stesso articolo.

All'art. 119 sono state integrate le materie soggette al rito abbreviato, inserendo: controversie aventi ad oggetto i provvedimenti dell'Agenzia nazionale di regolamentazione del settore postale ora di competenza dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni; le azioni individuali e collettive avverso le discriminazioni di genere in ambito lavorativo, previste dall'art. 36 ss. del d.lgs. 25 luglio 2006 n. 198, quando rientrano, ai sensi di tale decreto, nella giurisdizione del giudice amministrativo;

Il decreto ha posto, poi, utilmente rimedio all'evidente svista del testo originario dell'art. 120 c.p.a., nella parte in cui aveva previsto la riduzione a trenta giorni dei termini per la notificazione del ricorso soltanto in riferimento al ricorso principale: il nuovo testo la estende invece, come era logico, anche a quella del ricorso incidentale e dei motivi aggiunti³¹⁶⁷.

Meno apprezzabile risulta la modifica dell'art. 125, che ha operato un ulteriore ampliamento delle controversie per le quali, ferme restando le violazioni "gravi" alle norme in tema di affidamento di lavori, servizi e forniture considerate dall'art. 121, fuori da tali ipotesi la sospensione o l'annullamento dell'affidamento non ha comportato la caducazione del contratto già stipulato e il risarcimento del danno eventualmente dovuto è avvenuto solo per equivalente, aggiungendovi le controversie relative: a) alle procedure di cui all'articolo 140 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163; b) alle procedure di progettazione, approvazione e realizzazione degli interventi individuati nel contratto istituzionale di sviluppo di cui all'articolo 6 del decreto legislativo 31 maggio 2011, n. 88; c) alle opere di cui all'articolo 32, comma 18, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98 convertito in legge 15 luglio 2011, n. 111³¹⁶⁸.

Sul libro quinto, è apparsa integrativa la modifica all'art. 133, che, in coerenza con quanto previsto dalle disposizioni specifiche intervenute dopo l'approvazione del codice, ha integrato l'elenco dei casi di giurisdizione esclusiva, aggiungendovi, oltre alle già ricordate controversie sul silenzio di cui all'art. 31, commi 1, 2 e 3, sui provvedimenti espressi adottati in sede di verifica di s.c.i.a. e d.i.a e sul silenzio-assenso, quelle su tutti i provvedimenti adottati dagli Organismi di cui agli artt. 112-bis, 113 e 128-duodecies del d. lgs. 1 settembre 1993 n. 385, i giudizi riguardanti l'assegnazione dei diritti d'uso delle frequenze, la gara e le altre procedure di cui all'art. 1, commi da 8 a 13, della l. 13 dicembre 2010 n. 220, incluse quelle di cui all'art. 4 del d.l. 31 marzo 2011 n. 34, convertito nella l. 26 maggio 2011 n. 75, le controversie riguardanti i provvedimenti dell'Agenzia nazionale per la regolazione e la vigilanza in materia di acqua istituita dall'art. 10, comma 11, del d.l. 13 maggio 2011 n.70, conv. nella l. 12 luglio 2011 n. 106, le cui competenze, per effetto della soppressione dell'Agenzia ad opera dello stesso d.l. n. 201/2011, conv. nella l. 214/2011, sono state attribuite al Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, con conseguente presumibile risottrazione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo

³¹⁶⁷ E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010 n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2010, fasc. 4, pagg. 1067-1116; A. ROMANO TASSONE, *Il ricorso incidentale e gli strumenti di difesa nel processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2009, fasc. 3, pagg. 581-608.

³¹⁶⁸ A. MEGGIOLARO, *La giurisdizione è determinata dalla "circolazione dell'affidamento"*, in *Lexitalia.it*, 2011.

e le controversie aventi ad oggetto i provvedimenti adottati ai sensi dell'art. 3, comma 2, del d. lgs. 6 settembre 2011 n. 149³¹⁶⁹.

Utilmente il correttivo ha precisato, poi, che la giurisdizione sulle sanzioni alternative in materia di contratti pubblici previste dall'art. 23 è, al pari di quella sulle altre sanzioni pecuniarie, estesa anche al merito.

Il decreto ha riordinato, inoltre, l'ambito di competenza funzionale del TAR del Lazio, esteso, oltre che ai nuovi casi di giurisdizione esclusiva in materia di comunicazioni, di acqua e di meccanismi sanzionatori e premiali di cui all'art. art. 3, comma 3, della l. n. 149 del 2011, ai provvedimenti riguardanti i magistrati amministrativi adottati dal Consiglio di Presidenza della Giustizia amministrativa (per analogia con quelli relativi ai magistrati ordinari), alle controversie aventi ad oggetto le ordinanze e i provvedimenti commissariali adottati nelle situazioni di emergenza dichiarate ai sensi dell'art. 5, comma 1, della l. 24 febbraio 1992 n. 225 e a quelle attribuite alla giurisdizione del giudice amministrativo derivanti dall'applicazione del Titolo II del Libro III del d. lgs. 6 settembre 2011 n. 159, relative all'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata.

L'ultima modifica del libro quinto ha investito, come già ricordato, l'art. 136, chiarendo che l'indicazione dell'indirizzo di pec e del recapito di fax che i difensori devono fornire nel ricorso o nel diverso primo atto difensivo ai fini del ricevimento delle comunicazioni relative al processo possono essere anche diversi dall'indirizzo del domiciliatario, con conseguente possibilità del dominus di avere una più diretta ed immediata gestione della controversia.

-Il secondo correttivo al codice

Con d. lgs. 14 settembre 2012, n. 160 il Governo ha approvato il testo del secondo "correttivo" al Codice del processo amministrativo.

Come si legge nella Relazione al testo approvato dalla Commissione istituita presso il Consiglio di Stato, parzialmente modificata e integrata rispetto a quella originaria, mentre tale primo intervento correttivo aveva come obiettivo principale quello di introdurre aggiustamenti minori, dovuti in molti casi a mere imperfezioni linguistiche nella formulazione delle disposizioni, con il secondo decreto, nel prendere atto che l'esperienza applicativa dei primi due anni di vita del Codice *"ha dimostrato la bontà del lavoro svolto e l'adeguatezza delle disposizioni processuali introdotte a fornire risposte alle esigenze di tutela giurisdizionale dei cittadini e delle imprese"*, contribuendo ad una sensibile riduzione dei tempi processuali e a un rafforzamento dell'effettività della tutela giurisdizionale, sono state introdotte alcune puntuali modifiche, che, in coerenza con le linee fondamentali già presenti nel d.lgs. n. 104, hanno mirato a rendere più funzionali alcuni istituti processuali, ovvero ad adeguarli alle indicazioni fornite dalla Corte costituzionale³¹⁷⁰.

Al tempo stesso, il nuovo intervento normativo ha costituito occasione per l'introduzione di alcune mere correzioni al testo vigente, al fine di emendarlo da alcune residue imperfezioni

³¹⁶⁹ G. C. SPATTINI, *Note minime su autorità indipendenti, separazione dei poteri e «giusto processo» nel Codice: ancora una «ingiustizia amministrativa» nei confronti della discrezionalità tecnica?* in *giustamm.it*, 2011.

³¹⁷⁰ Per un maggiore approfondimento si rinvia a M. A. SANDULLI, *Il Codice del processo amministrativo nel secondo correttivo: quali novità?*, in *federalismi.it*, n. 18/2012; R. DE NICTOLIS, *Commento al secondo correttivo del Codice del processo amministrativo*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2012; N. DI MODUGNO, *Fermenti di novità in tema di azioni proponibili nel processo amministrativo tra codice e secondo decreto correttivo*, in *giustamm.it*; A. AULETTA, *L'incertezza dell'identità del Codice del processo amministrativo persiste anche dopo i c.d. correttivi: alcune brevi osservazioni*, in *giustamm.it*.

linguistiche, ovvero per l'introduzione di alcune disposizioni di mero adeguamento tecnico della disciplina già vigente.

Ancora una volta, come già nel 2010, il Governo è intervenuto in senso riduttivo sullo schema approvato dalla Commissione, eliminando, tra l'altro, le disposizioni dirette ad allungare – ad un anno, decorrente però sempre dall'illecito (con eliminazione della riapertura dei termini anche dopo il passaggio in giudicato della pronuncia di annullamento dell'atto lesivo) – i tempi di proposizione dell'azione autonoma di risarcimento del danno.

La questione, come noto, è stata sottoposta alla Corte costituzionale, proprio in riferimento all'eccessiva (ed inutile) limitazione dei tempi di azione dopo l'intervenuto annullamento dell'atto lesivo (ord. TAR Sicilia, Palermo, 7 settembre 2011 n. 1628) ed è tuttora pendente.

La modifica più importante riguarda, senza dubbio, il regime della competenza territoriale, che, con una innovazione radicale al precedente sistema, il Codice (dal 2010) ha reso sempre inderogabile (art. 13) e che viene mantenuta tale.

Le nuove disposizioni in tema di competenza non hanno, tuttavia, previsto alcun meccanismo di preclusione temporale per la rilevazione del vizio di incompetenza.

Sin dall'apertura dei lavori sul primo decreto correttivo, era stata dunque rappresentata l'esigenza di evitare il rischio che – nei casi in cui la verifica della competenza non sia stata effettuata in sede cautelare – tale rilevazione avvenga addirittura a conclusione del giudizio di merito, con conseguente eccessiva dilatazione dei tempi processuali e sicuro pregiudizio per l'effettività della tutela.

Era stata così riproposta la c.d. “udienza filtro”, tesa a consentire, anche nelle ipotesi (peraltro limitate) in cui non fosse stata proposta istanza cautelare, la valutazione preliminare della competenza. Si è però paventato un eccessivo aggravio del carico di lavoro dei giudici e degli uffici e si è cercata una soluzione intermedia, rimettendo la fissazione di tale udienza alla diligenza delle parti: in questo modo se non si evita in assoluto il rischio di una decisione di incompetenza a giudizio di primo grado avanzato o addirittura concluso, si consente alle parti più “attive” di anticipare la verifica nella prima fase del processo.

Recependo le modifiche approvate dalla Commissione, il d.lgs. n. 160 dispone, dunque, in particolare che, ferma la possibilità del giudice di rilevare d'ufficio la propria incompetenza finché la causa non sia decisa in primo grado e di contestare la decisione (implicita o esplicita) sulla competenza in sede di appello, le parti che intendono farsi “parte diligente” ed eccepire in una fase preliminare il difetto di competenza possono, nel termine previsto per la costituzione in giudizio, richiedere, anche per quei ricorsi per i quali non vi sia istanza di adozione di misure cautelari (la cui concessione, come è noto, richiede una preventiva verifica della competenza), una verifica della competenza in una apposita udienza in camera di consiglio, che il Presidente deve immediatamente fissare ai sensi dell'art. 87 (art. 15, co. 3).

Si elimina, di conseguenza, la possibilità (prevista in origine dall'art. 15 co. 2 del Codice) delle parti di proporre regolamento preventivo di competenza fino alla decisione della causa in primo grado.

Il giudice chiamato a verificare in via preliminare la propria competenza (in sede cautelare o in esito alla richiesta introdotta dal secondo correttivo) provvede con ordinanza e, se si dichiara incompetente, indica il giudice ritenuto competente, davanti al quale la causa deve essere

eventualmente riassunta entro il termine perentorio di trenta giorni dalla comunicazione dell'ordinanza.

Nel nuovo sistema, l'ordinanza che pronuncia sulla competenza senza decidere sulla domanda cautelare (in quel caso il rimedio è l'appello cautelare) è impugnabile esclusivamente con il regolamento di competenza disciplinato dal novellato art. 16. Anche il giudice dinanzi al quale la causa è riassunta, se ritiene di essere a sua volta incompetente, deve richiedere (d'ufficio) il regolamento di competenza³¹⁷¹.

Per garantire l'effettività della tutela cautelare, l'art. 15 ha disposto, al co. 6, che in pendenza del regolamento la domanda cautelare deve essere proposta al giudice indicato come competente nell'ordinanza del primo giudice adito, il quale è tenuto in ogni caso a decidere, fermo restando quanto disposto dal co. 7, che, confermando la regola già contenuta nell'originario art. 15, co. 8, ha stabilito che “i provvedimenti cautelari pronunciati dal giudice dichiarato incompetente perdono efficacia alla scadenza del termine di trenta giorni dalla data di pubblicazione dell'ordinanza che regola la competenza”. La domanda cautelare (anche nelle forme più rapide del provvedimento monocratico) può essere comunque sempre riproposta al giudice dichiarato competente.

Il correttivo ha riscritto anche la disciplina del regolamento di competenza (che diviene l'oggetto del nuovo art. 16).

Il regolamento (non più preventivo) deve essere proposto con istanza notificata alle altre parti nel termine perentorio di trenta giorni dalla notificazione ovvero di sessanta giorni dalla pubblicazione dell'ordinanza che pronuncia sulla competenza ed è depositata, unitamente a copia degli atti utili al fine del decidere, entro il termine di cui all'art. 45 ridotto alla metà presso la segreteria del Consiglio di Stato. Nel caso di regolamento richiesto di ufficio, l'ordinanza è immediatamente trasmessa al Consiglio di Stato a cura della segreteria.

Il Consiglio di Stato decide con ordinanza in camera di consiglio, previo avviso della fissazione della medesima, inviato almeno dieci giorni prima ai difensori che si siano costituiti. L'ordinanza provvede anche sulle spese del regolamento e la relativa pronuncia conserva efficacia anche dopo la sentenza che definisce il giudizio, salvo diversa statuizione espressa nella sentenza. Al procedimento si applicano le disposizioni di cui all'articolo 55, commi da 5 a 8 sul processo cautelare.

La pronuncia del Consiglio di Stato vincola i tribunali amministrativi regionali. Se viene indicato come competente un tribunale diverso da quello adito, il giudizio deve essere riassunto nel termine perentorio di trenta giorni dalla notificazione dell'ordinanza che pronuncia sul regolamento, ovvero entro sessanta giorni dalla sua pubblicazione.

Un'altra importante modifica ha investito la disciplina delle azioni³¹⁷².

³¹⁷¹ G. VELTRI, *Il giudizio amministrativo dopo il secondo correttivo: lo spostamento della competenza territoriale per ragioni di connessione*, in *lexitalia.it*, 2012; M. RAMAJOLI, *Giudice competente nel caso d'impugnazione di più atti connessi*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 02, 731.

³¹⁷² Per un maggiore approfondimento si rinvia a A. POLICE (a cura di), *Processo amministrativo*, Milano, Ipsoa, 2013; R. DE NICTOLIS, *Processo amministrativo*, Milano, Ipsoa, 2013; N. SAIITA, *Il sistema della giustizia amministrativa*, IV ed., Milano, Giuffrè, 2013; F. G. SCOCA, *Giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2013; C. E. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2012; A. SANDULLI, *Diritto processuale amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2013; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2013; S. FOA, *Giustizia amministrativa. Atipicità delle azioni ed effettività della tutela. Il nuovo diritto giurisprudenziale*, Napoli, Jovene, 2012.

Se pure, come anticipato, il Governo ha nuovamente “tagliato” alcuni rilevanti interventi proposti dalla Commissione, diretti per un verso ad articolare in modo più puntuale la disciplina delle azioni, riprendendo in particolare la formulazione contenuta nell’art. 44 della legge di delega, il quale enuncia il principio di atipicità già recepito dalla giurisprudenza amministrativa antecedente e successiva al Codice e, per l’altro, a rimodulare alcuni aspetti dell’azione risarcitoria, il nuovo correttivo è riuscito ad introdurre in modo esplicito l’azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto (art. 34, co. 1, lett. c), già pacificamente ammessa dalla giurisprudenza, ridefinendo i limiti entro i quali essa può essere proposta, ovvero “contestualmente all’azione di annullamento del provvedimento di diniego o all’azione avverso il silenzio” e “nei limiti di cui all’articolo 31, comma 3”.

Rileva, sin da ora, segnalare all’attenzione degli studiosi e degli operatori che il d.lgs. n. 160 non ha modificato il testo dell’art. 30, co. 1, del Codice, lasciando così vivere l’azione di condanna atipica prevista da tale disposizione “contestualmente ad altra azione o, nei soli casi di giurisdizione esclusiva o di cui al presente articolo (azione risarcitoria), anche in via autonoma”. La nuova azione (tipica) di adempimento si pone, quindi, in rapporto di specialità rispetto alla più generale azione di condanna, per il quale il legislatore delegato si è semplicemente preoccupato di ridefinirne i paletti sostanziali e processuali³¹⁷³.

Diversamente dall’azione atipica di cui all’art. 30, l’azione prevista dall’art. 34, lett. c) può essere proposta soltanto in dipendenza dall’azione di annullamento del diniego o dall’azione avverso il silenzio e contestualmente a queste ultime (ne è quindi – irragionevolmente – esclusa la proposizione, entro i termini di decadenza previsti per tali azioni, con atto separato; così come non ne è prevista la proponibilità in relazione ad un’azione di nullità).

Il riferimento ai limiti previsti dall’art. 31 co. 3 per l’azione diretta all’accertamento della pretesa nel rito avverso il silenzio (“in caso di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall’amministrazione”) mira evidentemente ad impedire la sostituzione del giudice alla pubblica amministrazione, lasciando al tempo stesso ampio margine di intervento all’organo giudicante, anche attraverso l’esercizio di poteri sollecitatori degli adempimenti istruttori e la valutazione dell’esaurimento della discrezionalità.

Il decreto ha introdotto, poi, all’art. 26 co. 1 (dedicato alle “spese di giudizio”) le parole “tenendo anche conto dei principi di chiarezza e sinteticità di cui all’art. 3, comma 2”³¹⁷⁴. Anche se la disposizione, nel testo definitivo sopra riportato (che riproduce, senza alcuna modifica, quello approvato dalla Commissione), costituisce il frutto di un netto “ridimensionamento” rispetto alle ben più pesanti “sanzioni” inizialmente ipotizzate, sono evidenti i rischi che la condanna della parte (anche vittoriosa) alle spese (anche rilevanti) del giudizio in ragione della estensione degli atti difensivi (e/o della stessa scarsa chiarezza di questi) rischia, soprattutto

³¹⁷³ G. ABBAMONTE, *Conclusioni* nell’Incontro di studi *Sull’azione di adempimento nel processo amministrativo*, Roma, Avvocatura Generale dello Stato, 26 settembre 2012, in *giustizia-amministrativa.it*; A. CARBONE, *L’azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2012; P. QUINTO, *La «specialità» della Giustizia Amministrativa ed il nuovo Codice del processo*, in *giustamm.it*, 2010; N. PAOLANTONIO, *La “specialità” del giudice amministrativo (in margine ad uno scritto di Pietro Quinto)?*, in *giustamm.it*, 2010.

³¹⁷⁴ G. P. CIRILLO, *Dovere di motivazione e sinteticità degli atti*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2012; G. LEONE, *Un processo amministrativo a misura europea. Ovvero, come dare un senso compiuto al principio di sinteticità degli atti giudiziari*, in *Dir. proc. amm.*, 01, 2012, p. 79.

quando – come purtroppo sempre più frequentemente accade – tale scarsa sinteticità o chiarezza siano a loro volta conseguenti a quelle degli atti contestati o connessi o degli scritti delle altre parti, di costituire una inaccettabile lesione del diritto di difesa e del principio fondamentale del giusto processo, che non può essere confuso con quello del processo “rapido e semplice”.

L’esigenza di rispetto del principio di leale collaborazione tra le parti – e la sempre maggiore frequenza di ricorsi per revocazione per omessa pronuncia su alcuni motivi di ricorso (in una con il riaccesso dibattito sulla responsabilità dei magistrati) – hanno poi ispirato la riformulazione dell’art. 40 del Codice (“Contenuto del ricorso”), con l’espressa prescrizione di indicarne “distintamente” i contenuti e la comminatoria di inammissibilità del ricorso per omessa indicazione dei “motivi specifici su cui si fonda il ricorso”³¹⁷⁵.

Si è voluto, così, evitare la proposizione di c.d. “motivi subdoli”, inseriti in modo non evidente nella parte in fatto e facilmente “sfuggenti” agli avversari e ai giudici. Anche questa disposizione, come quella sulle spese, dovrà essere peraltro interpretata con molta attenzione, nel rispetto dell’obbligo di interpretazione conforme alla Costituzione (e alle norme europee interposte) e all’ordinamento UE.

Di minore importanza, in una giusta ottica di semplificazione del processo, il decreto è intervenuto sull’art. 85, co. 8, del Codice, portando il giudizio di appello sull’ordinanza che decide sull’opposizione al decreto per l’estinzione e per l’improcedibilità del giudizio, già celebrato in udienza pubblica, tra i giudizi da svolgere in camera di consiglio ai sensi dell’art. 87, co. 3³¹⁷⁶.

Un’ulteriore modifica ha riguardato il termine di deposito delle impugnazioni avverso la medesima sentenza, originariamente fissato in dieci giorni dalla notificazione (senza peraltro indicazione di quale) e riportato dal decreto alla disciplina generale di cui all’art. 45.

Modifiche puntuali hanno investito, infine, (perfezionandone e razionalizzandone i contenuti) alcune disposizioni sulle impugnazioni: si segnalano in particolare quelle all’art. 98, comma 2 (che, eliminando i riferimenti specifici alle singole disposizioni del processo cautelare di primo grado, ha disposto più coerentemente in termini generali che il procedimento cautelare nei giudizi di impugnazione “si svolge secondo le disposizioni del libro II, titolo II, in quanto applicabili” e all’art. 105, comma 3 (che, risolvendo alcuni profili di incertezza sulle modalità di “riavvio” del processo dinanzi al primo giudice a seguito di rinvio da parte del giudice di appello, ha disposto che “le parti devono riassumere il processo con ricorso notificato nel termine perentorio di novanta giorni dalla notificazione o, se anteriore, dalla comunicazione della sentenza o dell’ordinanza”).

Sempre a fini di chiarificazione, il decreto ha riscritto l’art. 119 lett. e), precisandone il riferimento ai “provvedimenti di scioglimento degli organi di governo degli enti locali e quelli connessi, che riguardano la loro formazione e il loro funzionamento”.

Infine, il decreto legislativo è intervenuto sulla disciplina del contenzioso relativo alle operazioni elettorali, disponendo, tra l’altro, l’ampliamento delle ipotesi in cui i provvedimenti relativi al procedimento elettorale preparatorio sono immediatamente impugnabili (art. 129³¹⁷⁷), in

³¹⁷⁵ M. A. SANDULLI, *Riflessioni sulla responsabilità civile per le violazioni di legge commesse dagli organi giudiziari*, in *giustizia-amministrativa.it*.

³¹⁷⁶ A. CERRETO, *L’estinzione del processo per inattività, con particolare riferimento al giudizio amministrativo*, in *Giustamm.it*, 2011.

³¹⁷⁷ P. QUINTO, *L’art. 129 del Codice del processo amministrativo, il «caso Piemonte», il monito della Corte Costituzionale: un decreto correttivo?*, in *giustamm.it*.

conformità al principio di effettività della tutela giurisdizionale, ed in attuazione della sentenza della Corte costituzionale 5 luglio 2010, n. 236 e la possibilità di sottoscrizione di tutti gli atti del processo con firma digitale (art. 136)³¹⁷⁸.

Una modifica di sicura rilevanza ha investito, nella seconda parte del decreto, la composizione dei collegi giudicanti, definita, all'inizio di ogni semestre, dai presidenti delle sezioni, in base ai criteri stabiliti dal Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa. Scopo dell'intervento è il superamento dell'obbligo, previsto dall'art. 113 delle disposizioni di attuazione del c.p.c., della presenza del "magistrato anziano". Si pone, però, il problema, anche alla luce dell'estremo rigore mostrato dalla Corte costituzionale nella citata sentenza n. 162 del 2012, dell'eccesso di delega e delle temibili conseguenze di una dichiarazione di incostituzionalità della disposizione.

Concludendo, in termini di estremi sintesi, la disamina delle novelle legislative, se evidenziano una preminente attenzione a limitare il carico degli organi e degli uffici giudiziari (già peraltro fortemente ridotto dall'aumento del contributo unificato³¹⁷⁹), dimostrano in linea generale la "tenuta" del Codice e dell'intero processo amministrativo, anche nei profili oggetto di più acceso dibattito (quali, come noto, l'inderogabilità della competenza territoriale e i limiti all'azione risarcitoria).

Un bilancio, dunque, sostanzialmente positivo, del quale in uno Stato di diritto, che vede in primo piano la certezza delle regole non si può non essere soddisfatti.

³¹⁷⁸ N. SAIITA, *L'araba fenice del contenzioso elettorale (a proposito del c.d. codice del processo amministrativo)*, in giustamm.it.

³¹⁷⁹ P. QUINTO, *Un pubblico ministero nel processo amministrativo?*, in giustamm.it

I controlimiti “comunitari” tra passato e presente*

di Gian Paolo Dolso**

SOMMARIO: 1.Origini della giurisprudenza - 2.La sentenza n. 183 del 1973. 3 - La sentenza n. 170 del 1984 e la successiva giurisprudenza - 4.Considerazioni complessive sul percorso della corte costituzionale - 5.Il caso “taricco”: un inquadramento generale - 6.Elementi di criticita’ dell’ordinanza della corte costituzionale n. 24 del 2017 -6.1.L’individuazione dei controlimiti - 6.2.Ulteriori passaggi problematici - 6.2.1.Il caso “melloni”. 6.2.2.L’art. 53 della carta -6.2.3.Tutela dei controlimiti e “primato” del diritto ue - 7.Spunti conclusivi -7.1.Qualità controlimiti - 7.2.Il “tono” dell’ordinanza 24 - 7.3.La messa a tema dell’“identita’ costituzionale” - 7.4. I caratteri della funzione giurisdizionale come controlimite.

I rapporti tra ordinamento interno e ordinamento dell’Unione europea trovano espressione in diversi ambiti del diritto e conoscono diversi canali di manifestazione. Nell’ambito di questo rapporto uno spazio significativo è occupato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale che ha avuto modo di confrontarsi con l’ordinamento comunitario (ora dell’Unione europea) anche in tempi remoti. Una delle tematiche che attraversano tutta la giurisprudenza costituzionale in materia è quella dei cosiddetti controlimiti, che di recente ha ancora, e in modo inedito, occupato la Corte costituzionale in una vicenda che non può ancora dirsi conclusa.

E’ noto che la dottrina dei controlimiti si è sviluppata in diversi settori e con esiti non sempre del tutto collimanti, anche se sostanzialmente convergenti. E’ del pari noto che tale giurisprudenza nasce con riguardo ai rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario, anche se i primi sviluppi (per lo meno espliciti) di essa si ebbero con riguardo alle vicende dei rapporti tra Stato e Chiesa cattolica di cui all’art. 7 Cost. Fermi restando alcuni riferimenti alle varie aree ove la dottrina in parola ha avuto riscontro, nella presente sede si cecherà di ripercorrere le tappe delle storiche pronunce della Corte relative all’ordinamento comunitario (ora dell’Unione europea) anche al fine di apprezzare la recente ordinanza della Corte costituzionale relativa al cosiddetto “caso Taricco”, per tentare di darne una lettura in controtuce con la pregressa giurisprudenza, le sue indicazioni, le sue suggestioni.

In relazione all’evoluzione che negli ultimi tempi ha segnato il cammino dell’Unione europea, caratterizzata da eventi anche critici quali l’uscita del Regno Unito dall’Unione con tutto ciò che comporterà anche in prospettiva della ricostruzione dell’ordinamento dell’Unione stessa e delle sue caratteristiche, non appare inopportuna una riflessione che sul processo di integrazione, visto attraverso la lente della nostra giurisprudenza

* Contributo pubblicato previa accettazione del comitato scientifico del Convegno. Relazione presentata al Convegno svoltosi il giorno 5 aprile 2017, presso la Sala lauree del Dipartimento di Scienze Politiche di Sapienza, Università di Roma, patrocinato e organizzato da ANPPIA (Associazione Nazionale Perseguitati Politici Italiani Antifascisti) e Master in Istituzioni Parlamentari “Mario Galizia” per Consulenti d’Assemblea.

** Professore associato di Diritto costituzionale presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche, del Linguaggio, dell’Interpretazione e della Traduzione - Università degli Studi di Trieste

costituzionale, tenti di fare il punto anche in una prospettiva “storica”¹. Emergono sovente, motivati da svariati e diversi elementi, momenti di conflitto che segnano e hanno segnato i rapporti tra gli Stati membri e l’Unione europea a diversi livelli: politico, giuridico, economico... In questa prospettiva, uno dei terreni di elezione in cui tali conflitti si manifestano è costituito dalla endemica tendenza degli Stati, e in modo particolare di taluni Stati, a cercare di salvaguardare le proprie prerogative nazionali (e in particolare costituzionali) rispetto alle competenze dell’Unione e/o alle modalità di esercizio di esse. Ciò si riscontra in diversi ambiti, ma in particolare in quello, indubbiamente delicato, della tutela di un nucleo di principi, per lo più di rango costituzionale, che si ritengono impermeabili rispetto agli effetti dispiegati nei singoli ordinamenti dal diritto dell’Unione.

In riferimento a tale problematica, appare di un qualche interesse riandare alla giurisprudenza costituzionale soprattutto degli anni più lontani e verificare cosa essa possa ancora dire in relazione al problema dei cosiddetti “controlimiti”. Non si intende certo in questa sede ripercorrere tutte le vicende che hanno segnato l’evoluzione del problema in esame, ma solo adombrare alcune considerazioni suggerite da una visione diacronica del loro atteggiarsi nel nostro ordinamento se non altro al fine di verificare i caratteri di tale evoluzione, la coerenza di essa e la sua “tenuta” nel corso del tempo. Si tratta di una indagine compiuta sulla scorta della giurisprudenza della Corte costituzionale alla cui elaborazione si deve, in fin dei conti, la dottrina dei “controlimiti” che ha giocato un ruolo indiscutibile nell’ambito dei rapporti tra diritto interno e diritto dell’Unione europea².

1. *Origini della giurisprudenza*

Le origini del concetto di controlimiti affondano le proprie radici nella giurisprudenza remota della Corte costituzionale. La denominazione, quasi sempre, e per lo meno fino a tempi recenti, estranea alla giurisprudenza della Corte costituzionale, è frutto di una intuizione dottrinale³, ragionandosi invece in giurisprudenza di principi fondamentali, diritti inalienabili o anche di principi supremi⁴. Uno dei settori ove il fenomeno si è, sin dalla giurisprudenza più antica, manifestato è quello del rapporto tra diritto interno e diritto

¹ Si tratta dell’ottica sottesa al Convegno di cui tale contributo prende le mosse: si tratta del Convegno di studi, dal titolo “Le istituzioni nella storia costituzionale repubblicana: continuità o rottura rispetto al passato?” tenutosi a Roma il 5 aprile 2017, patrocinato dall’ANPPA e dal Master in Istituzioni Parlamentari “Mario Galizia” per Consulenti d’Assemblea

² Sul ruolo della giurisprudenza costituzionale nel processo di integrazione cfr. A. CERRI, *L’integrazione europea nella giurisprudenza della Corte*, in *Riv. it. dir. pubbl.com.*, 1990, 993 ss.

³ P. BARILE, *Rapporti tra norme primarie comunitarie e norme costituzionali e primarie italiane*, in *Scritti di diritto costituzionale*, Padova, 1967, 701 ss. Di fatto solo di recente la Corte ha, quasi incidentalmente, utilizzato l’idioma di “controlimiti” in sporadiche occasioni: in particolare nella sent. n. 349 del 2007. Più di recente ancora ciò si può registrare, pur al di fuori dell’ambito dei rapporti tra ordinamento interno e ordinamento dell’Unione europea, nella sent. n. 238 del 2014, relativa ai controlimiti “internazionali”.

⁴ La terminologia è abbastanza varia: se di norma, con riguardo ai rapporti con l’ordinamento “concordatario”, la Corte ragiona di “principi supremi” (Corte cost., sent. n. 30 del 1971), nell’ambito dell’ordinamento comunitario fa riferimento ai “principi fondamentali e diritti inalienabili della persona”. Si tratta solo di un dato tendenziale: ad esempio nella sent. n. 232 del 1989, relativa all’ordinamento comunitario, la Corte fa espresso riferimento ai principi supremi, citando al riguardo peraltro la sent. n. 18 del 1982 relativa all’ordinamento “concordatario”. Un certo rigore lessicale traspare dalla più recente sen. n. 238 del 2014 sui controlimiti internazionali.

comunitario. Anche se le primissime pronunce in materia non evocano la categoria dei “controlimiti”, appare opportuno partire da esse in quanto in esse si pongono le basi della disciplina dei rapporti tra i due ordinamenti. Un riferimento Esplicito ai “principi supremi”, come limite di penetrazione delle norme di un ordinamento esterno, compare con riguardo alle norme concordatarie, in alcune pronunce dei primissimi anni ’70⁵. Ma va in realtà precisato, in primo luogo, che si tratta di un contesto non del tutto omogeneo rispetto a quello “comunitario”: una cosa è infatti il dettato di cui all’art. 7 Cost., ove si stabilisce che lo Stato e la Chiesa cattolica sono, “ognuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani”⁶; altra cosa è ragionare di limiti alla sovranità dello Stato. Inoltre, va considerato che un cenno ai principi fondamentali come operanti nei confronti dell’ordinamento comunitario compare già nella sent. n. 98 del 1965, ove si afferma la necessità che i diritti inviolabili siano rispettati anche nell’ambito di quell’ordinamento⁷.

Individuata quindi, sin dalle prime pronunce, la matrice costituzionale dei trattati comunitari nell’art. 11 Cost., la Corte, nella prima occasione in cui è stata chiamata ad occuparsi di tale ordinamento, ha cura di indicare le particolarità di tale norma rispetto allo schema delle cosiddette “norme interposte”⁸. La legge di esecuzione del trattato, nella prospettiva coltivata, per nulla si differenzerebbe dalle altre leggi. Questo concetto viene dalla Corte ribadito a più riprese, nella cornice di una serie di altre precisazioni⁹. L’art. 11 Cost. non ha “conferito alla legge ordinaria, che rende esecutivo il trattato, un’efficacia superiore a quella propria di tale fonte di diritto”; sulla base di questa impostazione viene rigettata la tesi “secondo cui la legge che contenga disposizioni difformi da quei patti sarebbe incostituzionale per violazione indiretta dell’art. 11, attraverso il contrasto con la legge esecutiva del trattato”¹⁰. La Corte rimarca la disomogeneità tra il fenomeno del parametro interposto, esemplificato attraverso il riferimento alla delega legislativa di cui all’art. 76 Cost., e il caso in esame, ove l’art. 11 viene considerato alla stregua di una (mera)

⁵ Il riferimento è alle sentt. nn. 30, 31 e 32 del 1971. Si tratta peraltro di un ambito che ha le sue specificità rispetto all’ambito comunitario: così P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giur. cost.*, 1973, 2418. Per una ricostruzione complessiva, da ultimo, P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione, Principi supremi e identità costituzionale*, Milano, 2015, 75.

⁶ E su questo punto insiste infatti la Corte rilevando che l’art. 7 “riconosce allo Stato e alla Chiesa cattolica una posizione reciproca di indipendenza e di sovranità”, di modo che “non può avere la forza di negare i principi supremi dell’ordinamento costituzionale dello Stato” (ancora sent. n. 70 del 1971). Sulla diversità delle due ipotesi mette l’accento A. PACE, *La sentenza Granital, ventitrè anni dopo*, in AA. VV., *Diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 2008, 413, che rimarca la diversità delle pronunce della Corte nei due casi, rilevando che “altra e ben diversa cosa è la declaratoria d’incostituzionalità della legge di esecuzione di una norma *sulla produzione* contenuta in un trattato *plurilaterale*”; si tratta di una pronuncia che sarebbe “probabilmente considerata “irricevibile” a livello europeo”.

⁷ In dottrina è infatti abbastanza comune individuare l’inizio della dottrina dei controlimiti con riferimento al rapporto tra ordinamento interno e ordinamento comunitario: da ultimo, R. BIN, *L’adattamento dell’ordinamento italiano al diritto internazionale non scritto dopo la sent. 238/2014*, in www.forumcostituzionale.it, 2015.

⁸ Il primo riferimento è costituito dalla sent. n. 14 del 1964 della Corte costituzionale, che nell’occasione segnalava appunto la disomogeneità tra l’art. 11 Cost. e una diversa norma costituzionale (in tema di delega legislativa) che veniva additata come paradigma delle norme interposte: “l’art. 76 pone delle regole circa l’esercizio della funzione legislativa delegata, e per questo la non conformità ai principi della legge-delega importa violazione dell’art. 76. L’art. 11, invece, considerato nel senso [...] di norma permissiva, non attribuisce un particolare valore, nei confronti delle altre leggi, a quella esecutiva del trattato”.

⁹ Si tratta per vero di un approccio che aveva suscitato critiche in dottrina: in particolare, CATALANO, *Portata dell’art. 11 della Costituzione in relazione ai trattati istitutivi delle Comunità europee*, in *Foro it.*, 1964, 461 ss.

¹⁰ Ancora Corte cost., sent. n. 14 del 1964.

“norma permissiva”, che “non attribuisce un particolare valore” alla legge “esecutiva del trattato”¹¹. Stando così le cose, e si tratta della terza proposizione negativa, la Corte precisa anche di non aderire a quell’argomento secondo cui “lo Stato, una volta che abbia fatto adesione a limitazioni della propria sovranità, ove volesse riprendere la sua libertà d’azione, non potrebbe evitare che la legge, con cui tale atteggiamento si concreta, incorra nel vizio di incostituzionalità”, dispiegando il trattato “l’efficacia ad esso conferita dalla legge di esecuzione”¹². Quindi, dovendo “rimanere saldo l’impero delle leggi” “secondo i principi della successione delle leggi nel tempo”, “ogni ipotesi di conflitto [...] non può dar luogo a questioni di costituzionalità”¹³. Non risulterebbe nemmeno ipotizzabile un contrasto tra una legge e disposizioni del Trattato, mediata dalla violazione “indiretta dell’art. 11 attraverso il contrasto con la legge esecutiva del trattato”, proprio in quanto tale legge non sarebbe provvista di alcun “particolare valore”¹⁴. Al contrario del paradigma delle norme interposte, la norma in parola è qualificata alla stregua di una norma che consente, a certe condizioni, limitazioni di sovranità, nel caso operate dai trattati istitutivi della comunità europea¹⁵. Il riferimento a tali “limitazioni” viene di fatto depotenziato nella misura in cui non sembra comportare deroghe alla riconduzione dell’atto che ne è espressione, al tipo a cui appartiene¹⁶.

Si tratta di un’impostazione che ricalca quella che la Corte aveva fatto propria in materia di trattati internazionali. Scartata infatti la tesi che intendeva ricondurre i trattati nell’alveo dell’art. 10 Cost.¹⁷, la Corte da sempre aveva precisato che il rango del trattato è quello della

¹¹ Corte cost., sent. n. 14 del 1964. Si tratta di una affermazione “del tutto insostenibile”, secondo P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giur. cost.*, 1973, 2409, che al contrario, basandosi sull’art. 11 Cost., norma che garantisce “l’esistenza e l’effettività della comunità”, le quali possono permanere “solo mediante la conservazione perenne [...] delle limitazioni di sovranità degli ordinamenti interni delle parti contraenti”. Lo stesso Autore bolla come “insostenibile” anche la tesi secondo cui il meccanismo dell’art. 11 Cost. sfugge allo schema delle norme interposte, esemplificate dalla Corte con riferimento all’art. 76 Cost. La natura di norma “di autorizzazione”, in riferimento all’art. 11 Cost., è ripresa in qualche misura di recente da O. CHESSA, Meglio tardi *che mai. La dogmatica dei controlimiti e il caso Taricco*, in www.forumcostituzionale.it, 2016, 8 ss., il quale ricava poi da tale premessa una serie di conseguenze in tema di “controlimiti”.

¹² Corte cost., sent. n. 14 del 1964, in cui si rigetta la tesi secondo cui la legge di esecuzioni dei trattati sarebbe una legge a forza passiva rinforzata, in quanto discendente dal disposto di cui all’art. 11 Cost., che appunto tale forza conferirebbe. Sul punto in senso *recisamente* contrario cfr. P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, cit., 2408.

¹³ Ancora Corte cost., sent. n. 14 del 1964.

¹⁴ Le citazioni sono tratte da Corte cost., sent. n. 14 del 1964: essa precisa, al riguardo: “nessun dubbio che lo Stato debba fare onore agli impegni assunti; nessun dubbio che il trattato spieghi l’efficacia ad esso conferita dalla legge di esecuzione”.

¹⁵ Che lo schema della norma interposta fosse plausibile si incaricherà di dimostrarlo la giurisprudenza successiva, come si vedrà di qui a poco. Anche di recente tale natura è stata riconosciuta in modo plateale dalla Corte all’atto di pronunciarsi sulla legittimità costituzionale di leggi ritenute in contrasto con norme comunitarie non immediatamente efficaci (il riferimento è, soprattutto, alla sent. della Corte cost. n. 28 del 2010).

¹⁶ A differenza del regime di cui all’art. 10 Cost. che, per lo meno dalla giurisprudenza costituzionale, è sempre stato riferito alla norme internazionali consuetudinarie, il regime del diritto internazionale convenzionale si fonda sull’adattamento ai trattati effettuato da leggi ordinarie: “la soluzione dell’eventuale conflitto con una norma interna restava affidato alla regola ordinaria sulla successione delle leggi nel tempo”: così, ad esempio, A. TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, in *Il diritto dell’Unione europea*, 2009 20 *Costituzione e norme esterne*, in *Il diritto dell’Unione europea*, 2009, 203.

¹⁷ Sul punto, R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, Napoli, 1968, 59 ss.

legge che ha dato ad esso esecuzione nel nostro ordinamento¹⁸. Era quindi conseguente ritenere la legge di esecuzione sindacabile nella parte in cui essa dava esecuzione ad una norma (di un trattato) non conforme a Costituzione¹⁹.

Prendendo atto di questo orientamento, venivano nell'occasione rigettati i dubbi relativi alla legittimità costituzionale della legge istitutiva dell'E.N.E.L. per violazione di norme del Trattato (e indirettamente dell'art. 11 Cost.): tali norme non possiedono efficacia diversa (e superiore) da quella della fonte che dà ad esse esecuzione nel nostro ordinamento²⁰. Per quanto il fenomeno delle norme interposte conosca paradigmi diversificati, non è priva di fondamento la constatazione di una certa disomogeneità tra lo schema desumibile dai casi paradigmatici di norme interposte (l'art. 76 Cost.), e il meccanismo di cui all'art. 11 che in effetti viene declinato, non implausibilmente, alla stregua di una "norma permissiva", che consente, a certe condizioni, limitazioni di sovranità senza peraltro attribuire alla legge di esecuzione di tale trattato alcuna "efficacia superiore"²¹.

Un altro elemento interessante attiene alla responsabilità dello Stato, come forma di sanzione, che opera sul piano internazionale ovviamente, per violazione dei trattati internazionali, compresi quelli che stanno sotto la copertura dell'art. 11 Cost. Tra i due profili c'è un evidente nesso, nella misura in cui, se si parte dalla constatazione secondo cui il meccanismo di cui all'art. 11 Cost. non può essere inquadrato nella cornice delle norme interposte, è pure evidente che il problema dell'inadempimento al trattato non può essere oggetto di sindacato davanti alla Corte costituzionale, ma darà luogo ad un inadempimento dello Stato sul piano sovranazionale²².

La successiva occasione in cui la Corte ha modo di occuparsi del rapporto tra ordinamento interno e ordinamento comunitario si articola in modo diverso, assumendo il giudice rimettente un diverso angolo prospettico. La questione viene proposta con riguardo al dubbio di conformità di alcune norme del Trattato C.E.C.A. rispetto ad alcuni parametri costituzionali relativi alla tutela giurisdizionale dei diritti, tutela che si sospetta non essere garantita in modo acconcio in sede comunitaria. Dubitandosi della legittimità costituzionale

¹⁸ Si tratta di un concetto ben espresso, ad esempio, nella sent. n. 323 del 1989, secondo cui appunto "i trattati internazionali vengono ad assumere nell'ordinamento la medesima posizione dell'atto che ha dato loro esecuzione".

¹⁹ Caso emblematico di tale *modus procedendi* è, ad esempio, la sent. n. 132 del 1985.

²⁰ In senso critico rispetto all'impianto del ragionamento della Corte, che misconosce ogni valenza all'art. 11 Cost., cfr. CATALANO, *Portata dell'art. 11 della Costituzione in relazione ai trattati istitutivi delle Comunità europee*, in *Foro it.*, 1964, 465 ss.

²¹ In quanto appunto "norma permissiva" essa "non attribuisce un particolare valore, nei confronti delle altre leggi, a quella esecutiva del trattato": così la sent. n. 14 del 1964, che sul punto conclude osservando che "nessun dubbio che lo Stato debba fare onore agli impegni assunti e nessun dubbio che il trattato spieghi l'efficacia ad esso conferita dalla legge di esecuzione".

²² Al riguardo la Corte ragiona, con riguardo a violazioni del trattato, ad una "responsabilità dello Stato sul piano internazionale", che "non toglie alla legge con esso in contrasto la sua piena efficacia": ancora Corte cost., sent. n. 14 del 1964. È interessante notare che, nella recente ordinanza n. 24 del 2017, la Corte preconizza uno scenario in cui una possibile responsabilità può in sostanza derivare dalla pronuncia della Corte e dalla conseguente limitazione degli effetti della precedente pronuncia della Corte di giustizia che intendeva adeguare al sistema dell'Unione un istituto del diritto interno (si allude alla nota sentenza 8 settembre 2015, C-105/14, *Taricco*).

di alcuni articoli del Trattato, oggetto della questione di legittimità è la legge di adattamento, “nella parte in cui a quegli articoli ha adeguato il nostro ordinamento”²³.

Nell’occasione il rimettente chiedeva di verificare la compatibilità delle norme del Trattato, che attribuivano alla Corte di giustizia determinate competenze, rispetto a diverse norme della Costituzione in tema di giurisdizione: gli artt. 102, 103 e 113 Cost. Le norme comunitarie costituiscono l’oggetto della *quaestio*, e non il parametro come nella precedente decisione del 1964. L’interesse della pronuncia attiene sia al profilo sostanziale che a quello procedurale.

Partendo da quest’ultimo, essa si segnala per l’approccio seguito nella proposizione della questione da parte del rimettente il quale, pur in assenza di espresse indicazioni da parte della giurisprudenza costituzionale, si indirizza verso quello che sarà il modo tipico di sindacato delle norme “esterne” rispetto al nostro ordinamento, e cioè l’impugnazione della legge di esecuzione dei trattati, nella parte in cui consente l’immissione nell’ordinamento interno di una certa norma. Il giudice rimettente, riconosciuto che la Corte ha attribuito all’art. 11 Cost. un “valore permissivo senza attribuire alla legge ordinaria, che rende esecutivo uno dei trattati considerati, una efficacia maggiore di quella che è ad essa propria”, ha preso atto che l’unica via per investire la Corte del problema della compatibilità tra norme del trattato e Costituzione è quella della proposizione di una questione di illegittimità costituzionale della legge di esecuzione “con riguardo a specifiche norme del singolo trattato”²⁴. Se sullo specifico profilo la Corte non si sofferma ulteriormente, il fatto di avere deciso nel merito la questione, decretandone l’infondatezza, rende avvertiti del fatto che la modalità di impugnazione è stata pur in via implicita avallata.

Rispetto al profilo “sostanziale”, si può osservare che l’*iter* argomentativo della decisione è scandito in tre movimenti. In primo luogo, si premette che le norme del trattato censurate “sono fuori dal dettato degli artt. 102 e 113 della Costituzione”, i quali dispiegano efficacia nell’ordinamento interno e non in quello della C.E.C.A., che costituisce un “ordinamento estraneo”; l’ordinamento comunitario è infatti “del tutto distinto da quello interno” ed è da quest’ultimo riconosciuto “non per inserirlo nel suo sistema, ma per rendere in questo operante la cooperazione internazionale” di cui l’ordinamento comunitario è espressione²⁵. Se è vero, in secondo luogo, che dall’ordinamento comunitario derivano effetti nell’ordinamento interno, “non si nega che codesti effetti vanno determinati senza pregiudizio del diritto del singolo alla tutela giurisdizionale”, trattandosi di un diritto da ricomprendere tra quelli “inviolabili dell’uomo, che la Costituzione garantisce all’art. 2, come si arguisce anche dalla considerazione che se ne è fatta dall’art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo”²⁶. Si nota infine –terzo movimento- che “l’ordinamento

²³ Si allude a Corte cost., sent. n. 98 del 1965. La legge in questione, nel caso, è la n. 766 del 1952, di esecuzione del trattato istitutivo della Comunità europea del carbone e dell’acciaio, le cui norme sono impuginate proprio nella parte in cui hanno adeguato il nostro ordinamento ad alcune norme del trattato C.E.C.A.

²⁴ Ancora Corte cost., sent. n. 98 del 1965.

²⁵ Sull’impostazione della Corte, di rigida separazione tra ordinamenti, manifestava dubbi e perplessità già a prima lettura M. MAZZIOTTI, *Osservazione* alla sent. n. 98 del 1965, in *Giur cost.*, 1965, spec. 1332 ss.

²⁶ Si tratta in definitiva di un “limite al principio [...] della separazione degli ordinamenti”, dalla stessa Corte enunciato, come notato da M. MAZZIOTTI, op. ult. cit., 1335, secondo il quale dal passaggio citato della pronuncia si può

comunitario assicura la tutela giurisdizionale contro gli atti dei suoi organi che riguardano singoli soggetti [...]”, apprestando “una protezione mediante impugnazione ad una Corte di giustizia che [...] ha il compito di assicurare il rispetto del diritto nell’interpretazione e nell’applicazione delle norme che compongono il suo sistema” e che “è costituita ed opera secondo regole corrispondenti alle linee fondamentali del nostro ordinamento giurisdizionale”²⁷. Se è vero che si afferma la necessità del rispetto, nell’ordinamento comunitario, dei diritti inviolabili, di tale rispetto è garante il giudice di quell’ordinamento, di cui viene riconosciuta l’attitudine a fornire idonea garanzia, e non la Corte costituzionale²⁸.

E’ singolare osservare che la Corte insiste a più riprese sulla sfera di operatività delle norme costituzionali, da una parte, e di quelle dell’ordinamento comunitario, dall’altro: si tratta, si precisa, di “orbite giuridiche separate” e di cui viene rimarcata la necessaria diversità. Ad onta di questa recisa presa di posizione, che sembrerebbe implicare una cesura netta tra parametri interni e normativa comunitaria, si fanno alcune precisazioni che adombrano tuttavia una verifica, nemmeno tanto “implicita”, del rispetto dei parametri interni, pur ritenuti (in tesi) non conferenti nella fattispecie.

La Corte dice più di qualcosa anche sul merito della questione proposta, rilevando una “sostanziale” conformità tra i principi costituzionali invocati e la disciplina delle competenze giurisdizionali intestate alla Corte di giustizia e dal rimettente contestate sotto il profilo della conformità ai principi costituzionali interni²⁹. La sensazione è che la Corte, pur dopo aver precisato che l’operatività delle norme costituzionali additate come parametri non si estenderebbe al di là dell’ordinamento “interno”, effettui comunque una verifica della conformità delle norme del Trattato rispetto alle costituzionali invocate³⁰. Sul punto in dottrina si era dato per scontato che il giudice costituzionale dovesse “necessariamente considerare i concreti e specifici effetti prodotti dalla vigenza del diritto comunitario, per

desumere che il rispetto dei diritti “costituisce un limite all’efficacia del diritto comunitario in Italia” chiarendo che, se “l’art. 11 Cost. permette al legislatore ordinario di dare esecuzione ai trattati comunitari, e quindi di derogare a singole norme costituzionali, rimane fermo, dall’altra parte, che tale potere non può giungere al punto di derogare ai principi fondamentali della Costituzione”.

²⁷ Tutte le citazioni sono tratte da Corte cost., sent. n. 98 del 1965, la quale aggiunge altresì che ai membri della Corte di giustizia sono assicurati i requisiti della “indipendenza” e della “imparzialità”. Sulla natura complessa della pronuncia si sofferma M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995, 97, rilevando che, da una parte, essa contiene una affermazione maggiore dei principi comunitari, specie di quello del primato, rispetto al precedente del 1964 ma, dall’altra parte, essa “introduce implicitamente un freno alla supremazia delle norme comunitarie”.

²⁸ Se è poi vero che nella sent. n. 30 del 1971, in tema di concordato, la Corte menziona la pronuncia in esame, non lo fa con riguardo al limite dei principi supremi quanto per rimarcare che il raggio di operatività delle norme costituzionali si esaurisce “nel quadro dell’ordinamento giuridico interno”, ambito rispetto al quale i tribunali ecclesiastici, cui la pronuncia si riferisce, “sono del tutto estranei”; sul punto, per un indizio invece della “comprensione unitaria della categoria dei controlimiti”, da queste sentenze desumibile, P. FARAGUNA, op. cit., 76 ss.

²⁹ Non “è esatto” che, nell’ambito dell’ordinamento della C.E.C.A., risulta compressa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi previsti dall’art. 113 della Costituzione” (ancora sent. n. 98 del 1968).

³⁰ Il problema riguarda piuttosto il “limite” di tale sindacato, da alcuni individuato nella “costituzione materiale”: in senso critico, però, sul punto, M. MAZZIOTTI, *Osservazione*, cit., 1329 ss. Rimarca debitamente il citato passaggio della pronuncia M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, cit. 100 ss., ove peraltro si riconosce che l’affermazione “della inviolabilità dei diritti fondamentali da parte delle istituzioni comunitarie” appare invero “velata e incompleta”.

valutare se le deroghe alla Costituzione, che essi implicano, siano da questa consentite”, spostando a questo punto il problema soprattutto sui limiti di estensione di tale controllo³¹.

Nell’ottica coltivata dalla Corte, la verifica operata sembra patire anche una ulteriore limitazione, nella misura in cui il controllo di conformità delle norme del trattato rispetto alla Costituzione sembra debba essere contenuto nei ristretti margini dell’*essenza* delle norme costituzionali (piuttosto che del loro dettagliato contenuto). Dopo aver constatato che il sistema comunitario predispone un sistema di ricorso alla Corte di giustizia a tutela delle posizioni giuridiche soggettive, si precisa che tale sistema opera “secondo regole corrispondenti alle *linee fondamentali* del nostro ordinamento giurisdizionale”, con ciò lasciando appunto intendere un sostanziale rispetto delle norme costituzionali, almeno nel loro contenuto essenziale³². Non si precisa quali sarebbero le conseguenze prefigurabili nel caso in cui tale contenuto essenziale non fosse rispettato in sede comunitaria.

Anche con riguardo alla censura sulla base dell’art. 113 Cost., censura che si basava su un supposto limite ai mezzi di impugnazione di atti della C.E.C.A., la Corte ha cura ad ogni buon conto di precisare che gli atti oggetto del procedimento appartengono ad una categoria rispetto a cui non sono previste limitazioni e rispetto a cui il trattato contempla un “ricorso di piena giurisdizione”³³.

Nel caso è venuto ad emersione il diritto alla tutela giurisdizionale, uno dei pochi se non l’unico espressamente declinato (e di fatto impiegato) dalla Corte costituzionale alla stregua di quelli che verranno indicati come i “principi supremi” del nostro ordinamento. Il sindacato della Corte sembra rimandare ad un concetto di “protezione equivalente”, nel caso tra ordinamento interno e ordinamento comunitario, secondo un *modus operandi* che sarà impiegato dalla Corte europea dei diritti dell’uomo proprio per verificare la conformità alla Convenzione della normativa comunitaria³⁴. E’ interessante notare che la Corte costituzionale, in una recente pronuncia relativa ai controlimiti “internazionali”, evoca tale profilo di equivalenza tra *standard* di tutela citando proprio specificamente la sentenza n. 98 del 1965 e ricordando che già in questa pronuncia la Corte aveva “riconosciuto che il sistema di controllo giurisdizionale previsto per l’ordinamento comunitario appariva rispondere ai caratteri di un sistema di tutela giurisdizionale equivalente a quello richiesto dall’art. 24 Cost.”³⁵.

³¹ Così M. MAZZIOTTI, *Nota*, cit., 2335, il quale osserva, dal punto di vista procedurale, che gli organi nazionali “non sono competente a sindacare gli atti delle istituzioni comunitarie”, ma possono “valutare se questi atti, e le norme comunitarie in genere, producano in Italia effetti tali da consentire che si possano considerare legittime le norme italiane in virtù delle quali esse li producono”. Si tratta di fatto di una prospettiva che sarà adottata dalla Corte.

³² La citazione è ancora tratta da Corte cost., sent. n. 98 del 1965. E’ assai significativo osservare che, a distanza di anni, quando la Corte dimostrerà che i controlimiti sono in effetti azionabili, pur senza citarla espressamente, a tale sentenza si rifarà ragionando di “contenuto essenziale del diritto alla tutela giurisdizionale”: in tal senso Corte cost., sent. n. 232 del 1989.

³³ Sent. n. 98 del 1965.

³⁴ Cfr., in tema di protezione equivalente, la sentenza della Corte Edu, *Bosphorus Hava Jollari Turizm ve ticaret c. Irlanda*, 30 giugno 2005; in senso analogo cfr. anche Corte Edu, *Coöperatieve Producentenorganisatie van de Nederlandse Kokkelvisserij U.A. c. Olanda*, 20 gennaio 2009; più di recente Corte Edu, G.C., *Avotiņš c. Lettonia*, 23 maggio 2016.

³⁵ Sul punto, Corte cost, sent. n. 238 del 2014, 3.4 del *Considerato in diritto*: si tratta per vero di una pronuncia che si distingue per l’accurata ricostruzione della rete di precedenti in materia.

Stando alle pregresse indicazioni giurisprudenziali, non essendo la legge di esecuzione di trattati internazionali distinguibile dalle altre leggi, per logica essa dovrebbe essere soggetta agli stessi limiti costituzionali della legge ordinaria, così come dovrebbe accadere per il Trattato cui la legge dà attuazione, la cui conformità alle norme della Costituzione dovrebbe pure essere assicurata³⁶. Tra le righe della sentenza si scorgono indizi non del tutto univoci al riguardo. Da una parte, a più riprese si insiste sulla sfera di operatività delle norme costituzionali invocate come parametro di legittimità di alcune norme del Trattato, sfera limitata al piano “interno” rispetto al quale i trattati risulterebbero estranei³⁷. Se, tuttavia, dalla trama della motivazione emerge la constatazione dell’estraneità dell’ordinamento comunitario rispetto a quello interno, il riconoscimento, da parte di quest’ultimo, dell’ordinamento comunitario, se pure non avviene con finalità di *integrazione*, cioè per “inserire” l’ordinamento comunitario in quello interno, ha luogo quanto meno per fini di “coordinamento” e di “cooperazione internazionale”, fini a cui non pare estraneo quanto disposto dall’art. 11 Cost.³⁸.

Inoltre, ad onta della apparente impermeabilità dei due ordinamenti, di fatto la Corte verifica che nell’ordinamento comunitario la funzione giurisdizionale disciplinata dai trattati si svolga nella cornice dei principi contemplati in materia dell’ordinamento interno. Se è vero che i diritti inviolabili non vengono espressamente evocati alla stregua di limiti all’ordinamento comunitario, è anche vero che non restano del tutto fuori quadro nella misura in cui, ragionando degli effetti prodotti nell’ordinamento interno in conseguenza dell’attività di organi comunitari, la Corte esclude che tali effetti possano determinare pregiudizi alla “tutela giurisdizionale” del singolo, trattandosi di uno dei quei diritti rientranti tra quelli “inviolabili dell’uomo”³⁹.

³⁶ Sul punto, per un inquadramento generale, A. D’ATENA, *Problemi relativi al controllo di costituzionalità delle norme di adattamento ai trattati internazionali*, in *Giur. cost.*, 1967, 592 ss.

³⁷ Per ben cinque volte nel corso della pur concisa motivazione la Corte recinge il confine delle norme costituzionali invocate, segnatamente gli artt. 102, 113 Cost., e art. VI delle disposizioni transitorie alla Costituzione, all’ambito “interno”. Di converso, e simmetricamente, nell’*incipit* della motivazione la Corte recisamente afferma che “le disposizioni denunciate sono fuori dal dettato degli artt. 102 e 113 della Costituzione”.

³⁸ In particolare si precisa nella sentenza che l’ordinamento della C.E.C.A., oggetto della pronuncia, risulta “del tutto distinto da quello interno; il quale ha riconosciuto l’ordinamento comunitario *non per inserirlo nel suo sistema, ma per rendere in questo operante la cooperazione internazionale* [...] e per delimitare i casi in cui ha effetti interni l’attività che gli organi della comunità sono legittimati a svolgere” (nostro il corsivo): ancora Corte cost., sent. n. 68 del 1965, che sviluppa argomenti che peraltro non saranno ripresi, a quanto consta, dalla giurisprudenza successiva. Si tratta di un punto debitamente rimarcato dalla dottrina nella ricostruzione della giurisprudenza costituzionale in materia: cfr. al riguardo P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, cit., 2409.

³⁹ Ancora sent. n. 98 del 1965. Sul punto si concentra anche l’attenzione di M. MAZZIOTTI, op. cit., 1336 ss., che non solo coglie un certo superamento del dogma della “separazione”, ma si pone, tra i primi, il problema dei limiti del controllo spettante alla Corte costituzionale, fondando il proprio ragionamento sull’art. 11 Cost. Anche la (proclamata) separazione tra i due ordinamenti “non esime giammai dall’obbligo di saggiare la legittimità costituzionale delle norme di adattamento alla stregua appunto degli effetti che esse abbiano attribuito al diritto e agli atti” comunitari. E se il limite della “costituzione materiale” viene considerato “incerto”, si osserva che l’apertura al sistema comunitario “non può certamente significare attribuzione, a queste istituzioni, di poteri nei confronti dei soggetti di diritto interno, che quegli organi, cioè lo Stato-Governo, non possono essi stessi esercitare verso i cittadini, perché la Costituzione lo vieta”; oggetto di tutela, in questa prospettiva, sono “le situazioni giuridiche soggettive di vantaggio, garantite ai cittadini dalla Costituzione”, non peraltro “limitate a quelle che il testo costituzionale espressamente tutela”, ma anche a quelle “tutelate dalla struttura dello Stato italiano come Stato di diritto”.

Le “anticipazioni” rispetto alla dottrina dei controlimiti e dei suoi corollari sono innegabili anche se appena abbozzate. Innanzitutto si afferma, pur senza specifica argomentazione, la possibilità di sindacato di norme “esterne” attraverso il veicolo della legge di esecuzione, sulle orme dell’ordinanza di rimessione. La Corte afferma poi che i parametri costituzionali hanno effetto esclusivamente nell’orbita dell’ordinamento interno, anche se al contempo si esclude che gli effetti prodotti dal diritto comunitario possano andare a detrimento dei diritti inviolabili del singolo, i quali sembrano assolvere alla funzione di contenere le virtualità espansive di norme “esterne”⁴⁰. Entrambi i punti troveranno alimento nella giurisprudenza successiva, che provvederà a renderli più intelleggibili, mentre a livello dottrinale era emerso un quadro già piuttosto definito, ad onta della frammentarietà delle indicazioni dispensate dalla Corte⁴¹.

2. La sentenza n. 183 del 1973

La successiva pronuncia della Corte in materia comunitaria merita una menzione specifica in quanto in essa, da una parte, muove da una serie di presupposti già emersi dalla pregressa giurisprudenza, mentre, dall’altra, va oltre i dati già acquisiti, segnando uno stacco rispetto all’impostazione fatta propria dalla pronuncia appena menzionata. Si tratta di un arresto particolarmente significativo in quanto l’ordinamento comunitario viene sottoposto ad una approfondita disamina, il che costituisce un *unicum* nel panorama della giurisprudenza costituzionale, adottando una prospettiva di una tendenziale “integrazione” tra ordinamenti⁴². Ma, come una sorta di contraltare a tale approccio, la Corte, nell’ultima parte

⁴⁰ Che la Corte nella decisione in discorso abbia inteso affermare che i diritti inviolabili costituiscono un limite da rispettare anche nell’ordinamento comunitario, è di recente affermato dalla stessa Corte nella sent. n. 238 del 2014, 3.4 del *Considerato in diritto*.

⁴¹ Sul versante giurisprudenziale, ogni dubbio sulla possibilità di sindacare norme del trattato per mezzo della legge di esecuzione viene di fatto spazzato via dal richiamo che sul punto la Corte fa alla sent. n. 98 del 1965 nella successiva n. 183 del 1973. Sul piano dottrinale, vale la pena di ricordare le conclusioni cui si era giunti a seguito di un incontro tenutosi tra i professori ordinari di materie giuridiche tra il 5 e il 6 febbraio 1966, riunione che aveva dato luogo ad una sorta di “risoluzione”, di cui dà conto A. D’ATENA, *Problemi relativi al controllo di costituzionalità delle norme di adattamento ai trattati internazionali*, 593, che si articolava in diversi passaggi: 1. “le norme dei trattati istitutivi [...] hanno forza di legge nell’ordinamento italiano in virtù dei loro ordini di esecuzione”, “le modifiche all’ordine costituzionale delle competenze che tali norme comportino sono legittime, nel rispetto delle garanzie delle libertà fondamentali per effetto dell’art. 11 Cost.”; 2. “le norme emanate dagli organi comunitari in conformità ai Trattati istitutivi [...] hanno anch’esser forza di legge nell’ordinamento italiano”; 3. “sia le norme dei trattati istitutivi, che quelle emanate dagli organi comunitari, in conformità ai medesimi, non possono essere derogate da leggi ordinarie od atti equiparati di organi dello Stato italiano”; 4. “gli organi giurisdizionali italiani, ed in specie la Corte costituzionale, sono competenti ad accertare che il contenuto delle norme emanate dagli organi comunitari non sia in contrasto con i principi della Costituzione italiana”. Sembra di intuire, stando all’ultima proposizione, che in effetti il limite di penetrazione delle fonti comunitarie sia costituito da tutta la Costituzione e non solo dai suoi principi fondamentali. Sulla stessa linea, e nonostante le indicazioni non del tutto perspicue desumibili dalla sent. n. 98, si colloca M. MAZZIOTTI, *op. cit.*, soprattutto 1341: la limitazione di sovranità di cui all’art. 11 Cost., non può certamente significare attribuzione, a queste istituzioni, di poteri, nei confronti dei soggetti di diritto interno, che quegli organi, cioè lo Stato governo, non possono essi stessi esercitare verso i cittadini, perché la Costituzione lo vieta”; “ciò significherebbe che è lecito agli organi statali non solo di limitare, a favore di istituzioni internazionali, i loro poteri sovrani, ma di dotare queste istituzioni di poteri dei quali essi stessi, per volontà della Costituzione, sono privi”.

⁴² I profili di (positiva) novità sono perfettamente colti da P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, cit., 2406 ss. Sullo specifico profilo dell’integrazione tra ordinamenti, cfr. anche R. MONACO, *Riflessioni sull’adeguamento dell’ordinamento italiano al diritto comunitario*, in *Riv. dir. europeo*, 1973.

della decisione, enuncia anche quelli che sono i limiti ordinamentali interni rispetto al processo di integrazione, dando di fatto corpo alla categoria dei cosiddetti “controlimiti”, di cui la giurisprudenza costituzionale precedente recava solo alcune labili tracce⁴³.

L'impostazione fatta propria dalla pronuncia 98 del 1965 trova riscontro concreto nel caso specifico in cui la Corte viene chiamata a verificare la legittimità costituzionale delle norme del trattato istitutivo della C.E.E. che disciplinano la potestà regolamentare del Consiglio e della Commissione europei⁴⁴. La Corte, con un ragionamento ad ampio raggio, trova del tutto conforme alla Costituzione la previsione di tale potere in capo agli organi comunitari, dotati di “poteri sovrani” in quanto promananti da una istituzione caratterizzata da un “ordinamento giuridico autonomo e indipendente”⁴⁵. Tale istituzione si pone come “strumento di integrazione” tra gli Stati partecipanti, fondato su una norma, l'art. 11 Cost., che “segna un chiaro e preciso indirizzo politico” di “apertura dell'Italia alle più impegnative forme di collaborazione e organizzazione internazionale”⁴⁶. Il potere di emanare regolamenti “aventi contenuto normativo generale al pari delle leggi statuali” viene ancorata alle “finalità” di interesse generale che la Comunità persegue e si collega al principio di “attribuzione” secondo cui il “parziale trasferimento agli organi comunitari dell'esercizio della funzione legislativa” è avvenuto sulla base di un “preciso criterio di ripartizione di competenze per le materie analiticamente indicate” nel Trattato⁴⁷. Si tratta di una competenza che, se da una parte sostanzia “le consentite limitazioni di sovranità” di cui all'art. 11 Cost., dall'altra trova il suo “corrispettivo nei poteri acquisiti in seno alla più vasta comunità di cui l'Italia è parte, e con la quale è stato concretamente iniziato il processo di integrazione degli Stati d'Europa”⁴⁸. Il richiamo all'art. 11 Cost. segna anche uno stacco, di cui la Corte illustra i corollari, rispetto al regime degli altri trattati internazionali.

Diversi gli elementi di interesse, in parte di discontinuità in parte di evoluzione, rispetto alla giurisprudenza pregressa, a testimonianza della ricchezza di essa. Si può innanzitutto porre l'accento sui profili di novità rispetto ai precedenti, tra cui spicca l'accentuazione dei profili di *integrazione* legati all'ordinamento comunitario e la copertura costituzionale di tali profili ad opera dell'art. 11 Cost. Se in precedenza la Corte insisteva sulla *separazione*, in questa pronuncia a più riprese evoca la tendenza all'integrazione tra i due ordinamenti, attuata sulla base dell'art. 11 Cost., “sicuro fondamento” del Trattato C.E.E. e espressione dell'apertura dell'Italia alle più impegnative forme di collaborazione e organizzazione

⁴³ Oltre agli spunti desumibili, non senza sforzo, dalla sent. n. 98 del 1965, alcuni elementi risultavano piuttosto emersi nel filone di pronunce relative al sindacato delle norme concordatarie: oltre alla già citata sent. n. 30 del 1971, cfr. anche la sent. n. 195 del 1972 e, soprattutto, la n. 175 del 1973. Si tratta invero di un profilo su cui la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo insiste: a titolo meramente esemplificativo, sentenza 9 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90. *Francoovich*, ove si ribadisce che “il Trattato CEE ha istituito un ordinamento giuridico proprio, integrato negli ordinamenti giuridici degli stati membri e che si impone ai loro giudici”.

⁴⁴ Il riferimento è a Corte cost., sent. n. 183 del 1973, in cui la questione è formalmente veicolata attraverso l'impugnazione della legge 14 ottobre 1957, n. 1203.

⁴⁵ Il riferimento è alla sentenza della Corte cost. n. 183 del 1973.

⁴⁶ Le citazioni sono tratte da Corte cost., sent. n. 183 del 1973.

⁴⁷ Corte cost., sent. n. 183 del 1973.

⁴⁸ Ancora sent. n. 183 del 1973: di “sufficientemente ampia (e convincente) dimostrazione della rispondenza del Trattato di Roma alle finalità indicate dall'art. 11 Cost.” ragiona P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, cit., 241.,

internazionale” “come strumento di integrazione tra gli Stati partecipanti”⁴⁹. L’approccio della Corte si può condensare nei seguenti passaggi.

A) Relativamente dubbi relativi alla mancanza delle garanzie, predisposte dall’ordinamento costituzionale interno per le leggi e gli atti equiparati, la Corte si limita a constatare che le norme costituzionali “disciplinano unicamente l’attività normativa degli organi dello Stato italiano e per loro natura non sono riferibili o applicabili all’attività degli organi comunitari”⁵⁰. La Corte aggiunge una ulteriore considerazione, ribadendo che all’attribuzione di una pur significativa “competenza settoriale *ratione materiae*” in capo ad alcuni organi della Comunità fa da contraltare la partecipazione dell’Italia alla composizione degli organi comunitari⁵¹. A fronte quindi di limiti di competenza materiale, la Corte insiste sul fatto che la potestà normativa degli organi comunitari è soggetta a “controllo dell’Assemblea, composta di rappresentanti delegati dagli Stati membri”, il cui operato “si svolge con la costante e diretta partecipazione del nostro Governo, e quindi anche sotto il controllo [...] del Parlamento italiano”⁵²: si tratta di un profilo per vero poco frequentato dalla successiva giurisprudenza costituzionale⁵³. Viene debitamente rimarcato il fatto che “il parziale trasferimento agli organi comunitari dell’esercizio della funzione legislativa” avviene “in base ad un preciso criterio di ripartizione di competenze per le materie analiticamente indicate nelle parti seconda e terza del trattato”. Tale attribuzione di potestà normativa non è certo avvenuta unilateralmente: “stipulando il trattato di Roma l’Italia ha liberamente compiuto una scelta politica di importanza storica ed ha acquisito con la partecipazione alla Comunità economica europea, il diritto di nominare propri rappresentanti nelle istituzioni delle Comunità: Assemblea e Consiglio e di concorrere alla formazione della Commissione e della Corte di giustizia”; le “limitazioni di sovranità” trovano quindi il loro “corrispettivo” “nei poteri acquisiti in seno alla più vasta Comunità

⁴⁹ Le citazioni sono tratte dalla sent. n. 183 del 1973 tra cui appunto si precisa che il Trattato in parola rientra a pieno titolo tra gli strumenti “di integrazione tra gli Stati partecipanti”. Sulla pronuncia in esame si vedano anche le considerazioni di S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004, 294, il quale invero nutre dubbi sul fatto che, nella circostanza, la Corte avesse sfruttato l’art. 11 Cost. “in tutte le sue potenzialità normative”.

⁵⁰ Ancora sent. n. 183 del 1973, che sul punto adotta l’impostazione fatta propria dalla sent. n. 98 del 1965.

⁵¹ Secondo la sent. n. 183 del 1973, l’Italia ha “liberamente compiuto una scelta politica di importanza storica ed ha acquistato, con la partecipazione alla comunità economica europea, il diritto di nominare propri rappresentanti nelle istituzioni della Comunità: Assemblea e Consiglio, e di concorrere alla formazione della Commissione e della Corte di giustizia”.

⁵² Sent. n. 183 del 1973, secondo cui la composizione dell’assemblea appare “destinata, nell’auspicabile ulteriore sviluppo del processo di integrazione, ad assumere una più diretta rappresentatività politica e più ampi poteri”. Si tratta di un passaggio della sentenza su cui mette l’accento A. TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, cit., 209, spec. nota 37, ove si rimarca come i dubbi sul deficit democratico delle istituzioni dell’Unione, profilo su cui la pronuncia si sofferma, desti ancora meno preoccupazioni a seguito dell’evoluzione delle istituzioni dell’Unione.

⁵³ Tali profili sono stati invece evidenziati da parte della dottrina più sensibile: sul punto, ad esempio, A. TIZZANO, *Ancora sui rapporti tra Corti europee: principi comunitari e c.d. controlimiti costituzionali*, in AA. VV., *Diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 2008, 483 ss., in cui si ritiene “evidente che, per il fatto stesso di partecipare ad un processo d’integrazione di cui hanno liberamente accettato i vincoli, gli ordinamenti nazionali non possono pretendere di continuare a definirsi in modo autoreferenziale e come sistemi a sé stanti, ma devono tener conto delle esigenze e degli sviluppi di quel processo e della dinamica che esso ha innescato e innesca a anche a livello della formazione dei valori comuni”.

di cui l'Italia è parte, e con la quale è stato concretamente iniziato il processo di integrazione degli Stati d'Europa"⁵⁴.

B) Con riguardo ai dubbi di conformità del potere regolamentare intestato agli organi comunitari rispetto agli artt. 70 ss. Cost. e, in definitiva, al principio di chiusura del sistema delle fonti a livello primario⁵⁵, la Corte oppone considerazioni che si soffermano sui caratteri propri dell'ordinamento comunitario e sui gangli di connessione con l'ordinamento interno. Con riguardo ai caratteri che connotano il "regime" dell'atto *legge* nell'ordinamento costituzionale, e che non trovano riscontro nel caso dei regolamenti comunitari, la Corte richiama l'impostazione già adottata nella sentenza 98 del 1965, in cui si metteva in evidenza l'estraneità dei parametri costituzionali in riferimento alla fonte comunitaria, che non potrebbe essere sulla base dei primi sindacata, quand'anche qualificabile alla stregua di un atto "avente forza di legge".

C) Ancora diverso l'approccio della Corte in relazione al sospetto che regolamenti comunitari che comportino prestazioni patrimoniali contrastino con la riserva di legge di cui all'art. 23 Cost. In tale frangente la Corte entra più decisamente nel merito della questione: se da una parte premette che non possono parametrarsi le norme del trattato con le norme costituzionali, attesta poi di fatto che i regolamenti sono in grado di soddisfare il principio della riserva di legge, ma nel contesto dell'ordinamento comunitario, nel senso che tali atti "debbono statutariamente corrispondere ai principi e criteri direttivi stabiliti dal Trattato istitutivo della Comunità"⁵⁶. La Corte, pur non parametrando lo statuto dei regolamenti con l'art. 23 Cost., in sostanza ritiene che il rispetto del principio costituzionale è surrogato dal rispetto di analogo principio in sede comunitaria: "sotto un profilo sostanziale", spiega la Corte, "sembra ovvio osservare che quella storica garanzia non potrebbe dirsi violata, dal momento che i regolamenti comunitari debbono statutariamente corrispondere ai principi e criteri direttivi stabiliti dal trattato istitutivo della Comunità"⁵⁷. In seguito la Corte si incaricherà di precisare che il principio di riserva di legge è soddisfatto, anche in prospettiva eminentemente interna, nel caso in cui fonti comunitarie "coprano" la materia oggetto di riserva⁵⁸.

D) Sul problema della salvaguardia dei diritti fondamentali la Corte constata che l'ordinamento comunitario conosce un "sistema di tutela giurisdizionale caratterizzato dalla

⁵⁴ Ancora sent. n. 83 del 1973. I riferimenti alla natura, ai contenuti, alle conseguenze del Trattato, richiamano quanto già dalla Corte di giustizia sostenuto nella sent. 15 luglio 1964, C-6/64, *F. Costa c. Enel*, ove la Corte insisteva sul fatto che gli Stati membri "hanno limitato, sia pure in capi circoscritti, i loro poteri sovrani e creato quindi un complesso di diritto vincolante per i loro cittadini e per loro stessi".

⁵⁵ In questo senso, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1984, 125, 126.

⁵⁶ Corte cost., sent. n. 183 del 1973.

⁵⁷ Il passaggio, non chiarissimo, può essere anche interpretato nel senso che la presenza della legge di adattamento soddisferebbe, in tal caso, la riserva di legge: in tal senso A. TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, cit., 211.

⁵⁸ Al riguardo, cfr. Corte cost., sent. n. 383 del 1998: per una lettura in senso "riduttivo" della pronuncia in relazione appunto all'istituto della riserva di legge, cfr. M. LUCIANI, *Intelligenti pauca. Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, in A. BERNARDI, F. CUPELLI, *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, 2017, 201; cfr. anche I. PELLIZZONE, *Il ruolo del giudice penale nella tutela degli interessi finanziari dell'Unione (e nazionali). Battaglia di retroguardia o principi ineludibili da esporre a controlimite del diritto dell'Unione europea?*, in A. BERNARDI, C. CUPELLI, cit., 323 ss. Specificamente sul punto F. CUPELLI, *Il caso taricco e il controlimite della riserva di legge in materia penale*, in *Rivista AIC*, 2016.

pienezza delle funzioni attribuite alla Corte di giustizia”; “l’ampiezza di tale tutela giurisdizionale che l’ordinamento comunitario assicura contro gli atti dei suoi organi eventualmente lesivi di diritti dei singoli è già stato del resto riconosciuto dalla Corte con la precedente pronuncia n. 98 del 1965”.⁵⁹

Se tutti questi profili suonano come innovativi rispetto ai precedenti orientamenti molto più prudenti, ci si può interrogare sulla portata della parte finale della pronuncia, che sembra tracciare i confini del processo di integrazione, ricostruito in modo articolato nell’ampia motivazione della pronuncia⁶⁰. Si può ritenere che vi siano due elementi che giustificano tale precisazione. Il primo è l’approccio ordinamentale adottato, volto a dare una sistemazione complessiva al rapporto tra i due sistemi: in questa prospettiva è plausibile che la Corte abbia ritenuto opportuno delineare tutte le ipotesi, anche quelle più remote, come viene definita quella di una lesione dei principi fondamentali ad opera della normativa comunitaria. In secondo luogo va anche rimarcato che nei propri precedenti la Corte, pur in linea di principio sottraendosi alle richieste di verifica della normativa comunitaria rispetto ai parametri interni, non ha del tutto dissolto i dubbi sull’“estensione” del parametro di un eventuale sindacato sulla legge di esecuzione dei Trattati di Roma alla stregua delle norme costituzionali⁶¹. Essendosi negato alla legge di esecuzione dei Trattati di Roma ogni particolare *status*, e pur essendosi precisato che tendenzialmente l’orbita di operatività delle norme costituzionali è confinata all’ordinamento interno, non si poteva a rigore escludere un controllo di costituzionalità a largo spettro, sulla base di *tutte* le norme costituzionali⁶². Il riferimento della sentenza in esame ai principi fondamentali può essere letto anche come un temperamento di tale eventualità, che esporrebbe il processo di integrazione a più facili battute d’arresto.

Il punto di partenza è ancora l’art. 11 Cost., le limitazioni di sovranità da esso consentite, le finalità che le sottendono. Tali limitazioni di sovranità sono state accolte in sede di stipulazione del Trattato di Roma, da Paesi i cui ordinamenti “si ispirano ai principi dello Stato di diritto” e che “garantiscono le libertà essenziali dei cittadini”⁶³. Sulla base di tale

⁵⁹ La citazione è ancora tratta dalla sent. n. 183 del 1975, n. 8 del Considerato in diritto: è interessante notare al riguardo che la Corte riepiloga tutte le competenze della Corte di giustizia. Il punto è debitamente sottolineato da G. TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, cit., 209, il quale rimarca anche il fatto che la Corte “si sia premurata di smentire il luogo comune opposto al superamento della riserva di legge incentrato sul c.d. deficit democratico che avrebbe caratterizzato il sistema comunitario”.

⁶⁰ La valenza di tale pronuncia è anche di recente riconosciuta: si vedano ad esempi i riferimenti ad essa contenuti nel recente contributo, relativo alla sentenza cd. *Taricco* della Corte di giustizia, di E. CANNIZZARO, *Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e controlimiti costituzionali*, in *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di A. BERNARDI, Napoli, 2017, 45 ss., secondo il quale “con la sentenza *Frontini* la Corte costituzionale ha assolto al compito storico che la attendeva – quello di promuovere l’evoluzione del diritto dell’Unione verso approdi ordinamentali omogenei a quelli nazionali”.

⁶¹ Si tratta del punto più critico, come è facile intuire: al riguardo P. BARILE, *op. ult. cit.*, 2416, riteneva “impensabile una insindacabilità totale dell’ordinamento sovranazionale”; il problema sta nell’ampiezza delle “controlimitazioni”, dando per scontato che le limitazioni di sovranità non possono sovvertire “le linee fondamentali della Costituzione materiale del nostro Paese”.

⁶² Istanze di limitazione di tale controllo erano via via emerse in dottrina: M. MAZZIOTTI, *Osservazione*, cit., loc. ult. cit.; ma anche C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1962, 1058, che aveva alluso a limiti relativi all’organizzazione costituzionale dello Stato e alla tutela dei diritti.

⁶³ Ancora Corte cost., sent. n. 183 del 1973, n. 9 del *Considerato in diritto*. Come i Paesi membri si ispirano ai principi dello Stato di diritto, lo stesso può affermarsi per l’ordinamento dell’Unione europea: sul punto, Corte di giustizia,

impostazione, appare consequenziale bollare come “inammissibile”, “per gli organi della C.E.E.”, il “potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale o i diritti inalienabili della persona umana”, qualificando per vero tali eventualità come “aberranti”⁶⁴. Atteso il riferimento alle finalità di cui all’art. 11 Cost., e alla luce anche delle considerazioni relative alla sussistenza, in sede comunitaria, di un “sistema di tutela giurisdizionale” adeguato e alla limitazione dei settori di competenza della Comunità, sembra che le ipotesi delineate, oltre che “aberranti”, siano anche difficili da realizzarsi⁶⁵. Proprio per queste ragioni, che inducono a ritenere tali casi del tutto eccezionali, la Corte prospetta un suo intervento, altrettanto eccezionale, consistente nel valutare la “perdurante compatibilità del Trattato con i predetti principi fondamentali”. Viene invece escluso che la Corte possa sindacare “singoli regolamenti”, non trattandosi di atti dello Stato o delle Regioni ai sensi dell’art. 134 Cost.⁶⁶. Le modalità di tale controllo rimangono largamente inespresse, e di fatto lo saranno anche nel futuro, non prefigurandosi più nelle successive pronunce una valutazione di tale portata nelle mani della Corte.

Dall’impostazione della questione sembra si intenda alludere ad un sindacato sulla legge di esecuzione, rimanendo incerta la portata di una tale verifica che sembrerebbe indirizzata all’annullamento dell’intera legge⁶⁷. Sulle modalità di violazione dei principi fondamentali o dei diritti inviolabili la Corte non si sofferma, anche se dall’entità delle conseguenze si è ipotizzato che si debba trattare di violazioni dai connotati particolari, da ascrivere all’ordinamento comunitario “nel suo complesso” e non “ad ogni azione dei suoi singoli organi singolarmente considerata”: solo queste condizioni potrebbero legittimare il sindacato sulla legge di esecuzione del trattato, con conseguente “revoca dell’adesione dell’Italia al sistema comunitario”⁶⁸. In altri termini, se la reazione dell’ordinamento si sostanzia nel recesso dell’Italia dai trattati istitutivi della comunità europea, è evidente che

sentenza 23 aprile 1986, C-294/83, *Les Verts*, con affermazione ripetuta correntemente dalla Corte (ad esempio nella sentenza 6 ottobre 2015, C-362/14, *Schrems*).

⁶⁴ Le citazioni sono ancora tratte dalla sent. n. 183 del 1973. Il riferimento agli organi della Comunità è stato di recente letto come un indizio del fatto che la possibilità di violare le norme costituzionali non fosse appannaggio delle fonti primarie ma anche di quelle derivate: sul punto, in senso critico, O. CHESSA, Meglio tardi *che mai. La dogmatica dei controlimiti e il caso Taricco*, cit., 17, che pure constata l’ambiguità del passaggio della sentenza.

⁶⁵ Le citazioni sono tratte da Corte cost., sent. n.183 del 1973, che continua sul punto osservando che “appare difficile configurare anche in astratto l’ipotesi che un regolamento comunitario possa incidere su materia di rapporti civili, etico-sociali, politici, con disposizioni contrastanti con la Costituzione”, anche perché si tratterebbe di “materie concernenti i rapporti economici” piuttosto che i “rapporti civili, etico-sociali, politici”. Sulla inattualità dell’affermazione relativa alla limitazione al settore economico delle materie su cui la comunità interviene, cfr. M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, cit., 53. Già nel passato si era osservato che la limitazione alle materie “economiche” delle competenze comunitarie non avrebbe retto alla prova del tempo: così P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, cit., 2405 ss. Si ricordi infine che, sul profilo della garanzia della tutela giurisdizionale nell’ambito comunitario, si era già espressa con chiarezza la sent. n. 98 del 1965.

⁶⁶ Corte cost., sent. n. 183 del 1973.

⁶⁷ Che si tratti di ipotesi estrema è anche rivelato dal fatto che una ipotetica dichiarazione di illegittimità così comprensiva scontrerebbe gravi difficoltà sul piano della rilevanza della questione. V. D’ATENA, *ordine esecuzione...?*

⁶⁸ Si tratta dell’impostazione, che pare condivisibile, fatta propria da M. CARTABIA, op. cit., 110, che appunto allude alla “possibilità del distacco dell’Italia dalla Comunità europea”.

tale esito deve trovare giustificazione in una violazione non episodica, o isolata, dei principi fondamentali o dei diritti inviolabili garantiti dalla Costituzione⁶⁹.

La Corte quindi lascia impregiudicati alcuni aspetti, anche in ragione della ribadita eccezionalità di un simile esito. Sotto un profilo procedimentale, non è nemmeno agevole comprendere come la Corte potrebbe giungere alla dichiarazione di illegittimità dell'intera legge di esecuzione di un Trattato che contiene molte norme, e di cui solo alcune trovano "riscontro" nel giudizio principale: si porrebbe, quindi, un non trascurabile problema di "rilevanza", che porterebbe la Corte ad una qualche forzatura processuale. D'altra parte è da chiedersi se l'organo di giustizia costituzionale, in assenza di qualsiasi attribuzione specifica in proposito, possa determinare, con una sua decisione, il recesso dell'Italia da un Trattato internazionale multilaterale, così determinando una indubbia responsabilità dello Stato sul piano internazionale⁷⁰. Il fatto che la situazione rimanesse di fatto così nebulosa, suona come conferma che essa veniva degradata ad ipotesi "limite", una specie di via di fuga da situazioni che avrebbero potuto minare il sistema dalle fondamenta⁷¹.

Interessante è l'utilizzo dei precedenti, e in particolare della sentenza n. 98 del 1965, da parte della Corte. Sotto il profilo procedurale, nel '65 si era adombrato il sindacato di norme del Trattato per mezzo della legge di esecuzione, ma senza poi di fatto praticare tale sindacato nel caso concreto. A conferma del fatto che la decisione n. 98 aveva implicitamente avallato il *modus procedendi* adottato dal giudice rimettente, nella sentenza *Frontini* si sostiene in modo pacifico che l'impugnativa di norme del trattato per mezzo dell'impugnazione della legge di esecuzione di esso "è già stata riconosciuta da questa Corte con la sentenza n. 98 del 1965".

Sul necessario rispetto, da parte dell'ordinamento comunitario, dei diritti inviolabili, la sent. n. 98 del 1965 si era di fatto limitata ad una mera presa di posizione. Nella decisione *Frontini* la Corte, pur non richiamando espressamente il precedente, dà di fatto sistemazione allo spunto in esso contenuto e lo sviluppa, attribuendosi la potestà di pronunciarsi sulla perdurante compatibilità del Trattato con i principi fondamentali. Quindi, sotto il primo profilo, con un richiamo esplicito, sotto il secondo profilo, sotto il segno di una evidente continuità con il pregresso riferimento alla necessaria salvaguardia dei diritti inviolabili, la Corte di fatto estrae dal precedente più di quanto da esso sembrava lecito desumere, da una parte disvelando l'intenzione di fondare su una qualche base la sistemazione di alcuni snodi dei rapporti tra i due ordinamenti, ma dall'altra mettendo a nudo l'esiguità dell'apparato argomentativo che sul punto avrebbe meritato di essere ulteriormente sviluppato.

In una pronuncia di poco successiva la Corte, investita di una questione relativa al tema del rapporto tra fonti interne e fonti comunitarie immediatamente efficaci, affronta il

⁶⁹ Adotta una lettura limitativa di tale controllo anche P. BARILE, op. cit., 2418, 2419, secondo il controllo della Corte si deve limitare alla verifica relativa all'eventuale spostamento dei confini delle limitazioni di sovranità oltre le "barriere che identificano la nostra Costituzione"

⁷⁰ Il punto era stato del resto toccato dalla sent. n. 14 del 1964.

⁷¹ Che si tratti di un passaggio irto di difficoltà, è rimarcato da U. VILLANI, I "controlimiti" nei rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano, in AA. VV., *Diritto comunitario e diritto interno*, cit., 504 ss., che definisce un "grave problema" quello di stabilire "il riparto di competenza tra la Corte costituzionale e gli organi politici in merito alla determinazione di recedere dall'Unione".

problema della ammissibilità di norme interne che si presentino come riproduttive di regolamenti comunitari. La Corte si propone di ricapitolare il portato della pregressa giurisprudenza, assumendo la precedente sentenza *Frontini* come vero e proprio *leading case*. In primo luogo ribadisce che l'attribuzione di potestà normativa agli organi delle comunità europee trova "sicuro fondamento nell'art. 11 della Costituzione, che legittima le limitazioni dei poteri dello Stato a favore delle Comunità, in ordine all'esercizio delle funzioni legislativa, esecutiva e giurisdizionale"; in secondo luogo, conferma l'impostazione secondo cui tale ordinamento e quello interno risultano "autonomi e distinti, ancorchè coordinati, secondo la ripartizione di competenza stabilita e garantita dai trattati"; esigenze di "eguaglianza e di certezza giuridica" postulano infine che i regolamenti abbiano "piena efficacia obbligatoria e diretta applicazione in tutti gli stati membri, senza la necessità di leggi di recezione e adattamento, come atti aventi forza e valore di legge"; quindi, in base a ragioni di "logica del sistema comunitario", tali atti "non debbono essere oggetto di provvedimenti statali da carattere riproduttivo, integrativo o esecutivo, che possono comunque differirne o condizionarne l'entrata in vigore"⁷².

Come si vede l'operazione di ricapitolazione risulta tutt'altro che completa rispetto alla ricchezza di acquisizioni della sentenza *Frontini* e di cui la pronuncia in esame non contiene che una parziale sintesi. D'altro canto, sotto il profilo del rapporto tra fonti comunitarie e fonti interne, emergono elementi non ancora messi a fuoco in precedenza, pur essendosi nel passato esclusa la possibilità che il contrasto tra il trattato e una legge ad esso successiva potesse dare luogo ad una questione di costituzionalità⁷³. Una volta accertato il contrasto tra le leggi interne e i principi del trattato, la Corte aggiunge alcuni tasselli di discontinuità. Le leggi oggetto della questione, nella misura in cui si rivelano riproduttive dei regolamenti comunitari, vengono ritenute insanabilmente in contrasto con le norme del trattato: ciò "comporta violazione dell'art. 11 della nostra Costituzione"⁷⁴. Si adotta quindi nel caso il paradigma delle norme interposte, che era stato invece ritenuto inadatto a governare i rapporti tra diritto interno e comunitario nella sent. n. 14 del 1964.

La Corte al riguardo precisa – e si tratta di un elemento inedito – con riguardo all'art. 11 Cost., che le limitazioni di sovranità sono richieste per conseguire i "fini di integrazione, solidarietà e comune sviluppo economico e sociale degli Stati europei" che i trattati si

⁷² Le citazioni sono tratte dalla sent. n. 232 del 1975 della Corte costituzionale.

⁷³ *Tranchant* sul punto la ricordata sent. n. 14 del 1964 secondo cui l'impero delle leggi posteriori "deve rimanere saldo", di modo che i problemi di contrasto hanno da essere risolti "secondo i principi della successione delle leggi nel tempo", non potendo dare luogo a questioni di legittimità costituzionale.

⁷⁴ Corte cost., sent. n. 232 del 1975, che prosegue osservando che in base allo stesso art. 11 Cost. "l'Italia ha aderito alla Comunità consentendo, in condizioni di parità con gli altri Stati, le limitazioni di sovranità richieste per la sua istituzione e per il conseguimento dei suoi fini di integrazione, solidarietà e comune sviluppo economico e sociale degli Stati europei, e quindi anche di pace e giustizia fra le Nazioni". È interessante notare che si tratta di un approccio che la Comunità aveva coltivato nel corso del giudizio definito con la sent. n. 98 del 1965. In quell'occasione, facendo leva proprio sulla centralità dell'art. 11 Cost., si era sostenuto che tale norme esprimesse "la reciproca compenetrabilità delle esigenze di un ordinato assetto dei rapporti sociali inseno, così alla comunità nazionale, come alla comunità internazionale; in modo da determinare una correlazione stabile fra ordinamento interno e quello internazionale". In questa cornice si era anche rimarcato che "la Comunità persegue scopi di pace e di giustizia fra le Nazioni", come può desumersi del resto "dai termini della dichiarazione Schumann del 9 maggio 1950" che proprio su queste finalità si fondava (le citazioni sono tratte dalla sent. n. 98, del 1965, nella parte *in fatto*).

propongono: si tratta quindi di fini “di pace e di giustizia fra le Nazioni”, di modo che la copertura di cui all’art. 11 Cost. appare non più revocabile in dubbio⁷⁵. Non solo quindi si evoca la finalità di “integrazione” propria dell’ordinamento comunitario, ma si riconosce in via definitiva una sostanziale coincidenza tra le finalità della comunità europea e le finalità che l’art. 11 Cost. addita a giustificazione delle corrispettive “limitazioni di sovranità”.

In una successiva decisione si delineano alcuni spunti in tema di controlimiti. Il fatto singolare è che la soluzione della *quaestio* si riduce alla individuazione –trascurata dal rimettente- di regolamenti comunitari successivi alle leggi impugnate, di modo che la loro emanazione in un tempo successivo alle leggi contestate consegna indubitabilmente la questione nelle mani dei giudici. In questa cornice può apparire ultronea la lunga ricostruzione dei rapporti tra ordinamenti. Ad ogni modo per la prima volta, con riferimento ai limiti alla penetrazione delle norme comunitarie nel nostro ordinamento, si ragiona di “controlimitazioni”⁷⁶. Nella descrizione di tale concetto appaiono significative le parole della Corte: affinché “la questione si riveli fondata”, “i precetti costituzionali di cui si prospetta la lesione andrebbero [...] fatti assurgere al piano in cui risiedono i fondamentali ed irrinunciabili valori costituzionali”⁷⁷. Si tratta di una sentenza interlocutoria, ma in cui non a caso vengono richiamati una serie di principi relativi agli effetti delle fonti comunitarie che saranno utilizzati, di lì a qualche anno, nella sentenza *La Pergola*.

3. *La sentenza n. 170 del 1984 e la successiva giurisprudenza*

Una tappa significativa della giurisprudenza in materia comunitaria è segnata dalla nota sentenza n. 170 del 1984. Per quanto in essa non si rinventa uno sforzo di sistemazione complessiva paragonabile alla *Frontini*, essa risulta nondimeno decisiva nella prospettiva della disciplina dei rapporti tra fonti comunitarie direttamente applicabili e leggi interne, in questo senso segnando una sensibile evoluzione rispetto alla sent. n. 232 del 1975. Sul punto peraltro la Corte, pur con argomentazioni aggiuntive, non fa che portare alle “ultime conseguenze” quanto era già “sottinteso nelle precedenti pronunzie”⁷⁸, oltre a recepire i *dicta* della Corte di Lussemburgo⁷⁹.

Nell’argomentare il nuovo approccio secondo cui la competenza ad assicurare l’immediata efficacia dei regolamenti comunitari spetta al giudice comune, vengono richiamati alcuni punti fermi relativi al rapporto tra i due ordinamenti. In primo luogo si insiste sul fatto che si tratta di ordinamenti “autonomi e distinti, ancorché coordinati, secondo la ripartizione di

⁷⁵ Le citazioni sono ancora tratte dalla sent. n. 232 del 1975. Le finalità di mantenimento della pace non sono di fatto estranee ai trattati: cfr., in particolare, il preambolo del trattato che istituisce la C.E.C.A. (trattato adottato a Roma, il 25 marzo del 1957). Anche nel preambolo del trattato che istituisce la Comunità economica europea si rinviene un riferimento alla pace.

⁷⁶ Il riferimento è a Corte cost., sent. n. 176 del 1981 (relatore La Pergola).

⁷⁷ Ancora Corte cost., sent. n. 176 del 1981.

⁷⁸ Così Corte cost., sent. n. 170 del 1984.

⁷⁹ Sul punto, in particolare Corte di Giustizia, 9 marzo 1978, C-106/77, *Simmenthal*. Si tratta di una impostazione, quella appunto fatta propria da questa sentenza, che rischiava una traslazione dalle “limitazioni” della sovranità ad una “rinuncia incondizionata ed irreversibile alla sovranità”: così F. MODUGNO, *E’ legittimo l’art. 189 del Trattato di Roma nella interpretazione della Corte di giustizia delle Comunità europee?*, in *Giur cost.*, 1979, 916 ss.

competenza stabilita e garantita dal Trattato”⁸⁰. In quest’ottica si sottolinea il fatto che le competenze comunitarie sono quelle indicate nei trattati, secondo il *principio di attribuzione*. Si rimarca poi che il regolamento comunitario ha “forza e valore di legge”, “solo e propriamente nel senso che ad esso si riconosce l’efficacia di cui è provvisto nell’ordinamento di origine”, trovando tale meccanismo fondamento nell’art. 11 Cost. Sul versante degli effetti dei regolamenti nel nostro ordinamento la Corte richiama una serie di concetti già in qualche misura acquisiti, ma portandoli a conseguenze non attinte in precedenza.

Per quanto attiene al tema dei “controlimiti”, in essa si rinvengono elementi di continuità ed elementi di discontinuità non del tutto in asse con quanto emerso in precedenza. Richiamando la sentenza *Frontini*, la Corte insiste sulla possibilità che “la legge di esecuzione del Trattato possa andar soggetta a sindacato, in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana”, pur in casi qualificati come “improbabili”⁸¹. La Corte non si pronuncia sulla possibilità di sindacare singoli atti comunitari che tali principi abbiano a violare. Nonostante la proclamata “continuità”, l’utilizzo del precedente non sembra semplicemente “ricognitivo”. Nella sentenza del 1973 non si argomenta in ordine al sindacato della legge di esecuzione, se non attraverso un richiamo alla sent. n. 98 del 1965⁸². Si tratta di una circostanza data per pacifica nella sentenza del 1984: ma resta il fatto che il punto non era stato particolarmente chiarito in nessuno dei precedenti menzionati. Ancora: nella sentenza *Frontini* si allude ad un sindacato sulla “perdurante compatibilità del trattato” nel caso in cui esso contrasti con i “principi fondamentali” del nostro ordinamento, mentre la pronuncia del 1984 è sul punto del tutto silente.

Non viene poi fatto esplicito riferimento all’esclusione di un sindacato sul singolo regolamento⁸³: ciò sembrerebbe accreditare l’idea della possibilità di un tale approccio, che sarebbe tra l’altro connotato da conseguenze meno dirompenti sotto un profilo ordinamentale.⁸⁴ La sentenza 170 assume sul punto rilievo più per quello che non dice piuttosto che per quello che dice: l’aver pretermesso il riferimento al divieto di sindacato sul singolo regolamento, *in unum* con la mancata precisazione sull’oggetto della pronuncia e sui suoi effetti (annullamento *in toto* con conseguenze sull’appartenenza alla comunità

⁸⁰ Corte cost., sent. n. 170 del 1984; gli ordinamenti, prosegue la Corte, “per quanto coordinate, sono distinti e reciprocamente autonomi”.

⁸¹ Corte cost., sent. n. 170 del 1984, n. 7 del *Considerato in diritto*. Sulla continuità, sul punto, tra questa sentenza e la precedente sent. n. 183 del 1973, tra gli altri, A. PACE, *La sentenza Granital, ventitré anni dopo*, cit., loc. cit.

⁸² Nella sentenza del 1965, per vero, la Corte si era limitata a prendere atto di quanto statuito nella sent. n. 14 del 1964, cioè del fatto che la legge di esecuzione dei trattati non possedeva forza maggiore rispetto alle altre leggi, di modo che la stessa poteva/doveva essere impugnata nel caso si volesse contestare la legittimità costituzionale di norme dei trattati. Che si tratti di una via “tortuosa” è constatato da F. SORRENTINO, *La Costituzione europea*, in M.P. CHITI, G. GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, I, Milano, 2007, 32 ss. Sul punto cfr. pure G. TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, cit., che al riguardo ragiona di “debole artificio”.

⁸³ Cfr., in controtelaio, Corte cost., sent. n. 183 del 1973, n. 9 del *Considerato in diritto*, e sent. n. 170 del 1984, n. 7 del *Considerato in diritto*.

⁸⁴ Si tratta di un punto colto da A. TIZZANO, *La Corte costituzionale italiana e il diritto comunitario: vent’anni dopo*, in *Foro it.*, 1984, I, 2063 ss., secondo il quale dal tenore della sentenza schiudeva la possibilità di un sindacato della legge di esecuzione *in parte qua* al fine di colpire la singola norma comunitaria.

europea dell'Italia), cospirano ad accreditare l'idea che la Corte si preparasse in qualche misura alla possibilità di sindacare la singola norma comunitaria attraverso l'impugnazione, *in parte qua*, della legge di esecuzione del trattato⁸⁵.

La rettifica di approccio, solo dalla giurisprudenza successiva illuminata, potrebbe essere correlata alla nuova impostazione in tema di regolamenti comunitari, la cui applicazione è *in toto* affidata al giudice comune, di modo che la Corte ne risulta tagliata fuori. Stando così le cose, il sindacato sui cd. controlimiti subisce alcuni “contraccolpi”: da strumento ultimativo e definitivo di verifica della perdurante compatibilità del trattato con l'ordinamento interno (secondo l'alternativa “tra tutto o niente”⁸⁶, come in dottrina si è chiosato) a strumento da utilizzare in casi meno estremi, al fine di verificare l'attitudine di singoli atti comunitari a vulnerare i principi fondamentali dell'ordinamento interno⁸⁷.

Una ulteriore spiegazione della correzione di tiro potrebbe anche risiedere nel diverso approccio adottato dalle due pronunce. Se infatti si adotta la tesi secondo cui oggetto di giudizio di costituzionalità è il testo, si “dovrebbe coerentemente concludere che l'ordine di esecuzione vada sottoposto alla Corte integralmente”, “con tutte le possibilità interpretative di cui fosse portatore”⁸⁸. Se invece si parte dal presupposto che oggetto del giudizio siano le norme, “si può sostenere che vada impugnato l'atto-ordine d'esecuzione, per la parte in cui sia veicolo di norme incostituzionali”, rendendo in tal modo possibile il sindacato della singola norma di un atto di natura pattizia⁸⁹.

La pronuncia introduce un elemento del tutto inedito, pur rubricato in termini di mera “precisazione”: si osserva che nel giudizio di costituzionalità “vanno denunciate [...] quelle statuizioni della legge statale che si assumano costituzionalmente illegittime, in quanto dirette ad impedire o pregiudicare la perdurante osservanza del Trattato, in relazione al sistema o al nucleo essenziale dei suoi principi”⁹⁰. Si tratta di una situazione diversa da quella che si verifica nel caso di contrasto tra norme interne e norme comunitarie, consegnato con la sentenza in parola nelle mani dei giudici comuni. Nel caso prefigurato la Corte rivendica la propria competenza al riguardo rilevando che essa dovrebbe in sostanza “accertare se il legislatore ordinario abbia ingiustificatamente rimosso alcuno dei limiti della

⁸⁵ Sul punto, A. D'ATENA, *Problemi relativi al controllo di costituzionalità delle norme di adattamento ai trattati internazionali*, in *Giur. cost.*, 1967, 602 ss. e R. D'ALESSIO, *Sulla competenza della Corte costituzionale a sindacare le fonti comunitarie*, in *Giur. Cost.* 1968, 637 ss.

⁸⁶ Si tratta dell'impostazione di G. ZAGREBELSKY, *Il processo costituzionale*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1987, 536 ss., il quale prosegue spiegando: “tutto perché la violazione dei principi fondamentali apre la strada alla improbabile denuncia dei trattati da parte dell'Italia; niente perché nel frattempo di singoli regolamenti eventualmente incostituzionali non si potrebbe evitare la applicazione nel Paese”.

⁸⁷ “Finché il conflitto fra norme interne e norme comunitarie veniva costruito come vizio di incostituzionalità delle prime per inosservanza dell'art. 11, la competenza della Corte costituzionale restava fuori discussione, ed invece, proprio l'opinione che quel conflitto voleva risolto dal giudice ordinario [...] metteva fuori giuoco l'organo di giustizia costituzionale, in forza di una scelta apparentemente estranea ai principi del nostro sistema giuridico”: così S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, cit., 301

⁸⁸ Così D'ATENA, *Problemi relativi al controllo di costituzionalità delle norme di adattamento ai trattati internazionali*, cit., 610.

⁸⁹ Ancora A. D'ATENA, op. cit., loc. ult. cit., secondo cui “la pronuncia di accoglimento, in tale evenienza, avrebbe l'effetto di eliminare solo le norme deducibili dall'ordine di esecuzione, “in quanto” posto in relazione alla clausola indicata, e quindi con coinvolgerebbe tutti i precetti ricavabili dalla combinazione di tale atto interno con le altre clausole pattizie”

⁹⁰ Corte cost., sent. n. 170 del 1984.

sovranità statale, da esso medesimo posti, mediante la legge di esecuzione del Trattato, in diretto adempimento dell'art. 11 Cost.”⁹¹. Non si tratta di un limite simmetrico rispetto a quello espresso in altre occasioni con riguardo alla tutela dei principi supremi nei confronti di atti comunitari, ma in qualche misura “parallelo”⁹².

Facendo appello ai “controlimiti” si giungerebbe a salvaguardare i principi fondamentali e i diritti inviolabili da lesioni che potrebbero derivare da atti comunitari che debbono essere applicati in modo uniforme in tutti i Paesi membri della Comunità, con ciò determinando *una* violazione dei trattati, essendo la loro efficacia in qualche misura paralizzata dalla necessità di tutelare i principi fondamentali dell’ordinamento interno⁹³. Stando alla nuova prospettiva, sarebbe del pari censurabile dalla Corte una legge o un atto interno idoneo a pregiudicare il “sistema” o il “nucleo essenziale” dei principi del trattato⁹⁴. Si potrebbe ipotizzare, anche per individuare un minimo denominatore tra le due ipotesi, che una norma di tal fatta sarebbe illegittima anche se funzionale a salvaguardare o attuare norme di rango costituzionale, salvo che non si tratti di principi fondamentali del nostro ordinamento, nel qual caso la tutela di questi ultimi, come avviene nel caso dei controlimiti, dovrebbe prevalere. L’art. 11 Cost., chiave di volta del sistema, esprimerebbe quindi il principio di apertura agli ordinamenti sovranazionali che realizzino le finalità in esso indicate, principio talmente forte da fare prevalere fonti esterne che ad esso si riallaccino anche sulle norme costituzionali, salvo appunto quel ristretto nucleo di principi fondamentali. Al contempo lo stesso articolo attribuisce alle leggi ordinarie che abbiano concretizzato i limiti di sovranità, un rango superiore alle altre leggi ordinarie, di modo che una legge che “ingiustificatamente” abbia “rimosso alcuno dei limiti della sovranità statale” da quelle leggi poste “in diretto e puntuale adempimento dell’art. 11 Cost.”, andrebbero incontro all’annullamento⁹⁵.

Le conseguenze sarebbero diverse: nel caso della violazione dei principi supremi, la Corte valuterebbe la “perdurante compatibilità del Trattato con i predetti principi fondamentali”⁹⁶, anche se per vero il punto non viene espressamente richiamato, e di fatto di fatto destinato poi a scomparire dal panorama giurisprudenziale; nel secondo caso, sarebbe la specifica legge interna ad essere censurata per un attentato alle limitazioni di sovranità “coperte” dall’art. 11 Cost., di modo che leggi che di tale norma costituiscono attuazione risultano dotate di forza passiva potenziata: esse sarebbero utilizzate alla stregua

⁹¹ Ancora sent. n. 184 del 1970.

⁹² Di “materia parallela” ragiona S. BARTOLE, *op. cit.*, 305, in nota.

⁹³ E’ noto che la giurisprudenza comunitaria ha da sempre escluso che il rispetto delle norme costituzionali interne possa incidere sulla sfera di validità degli atti comunitari: tra i primi casi, Corte di giustizia, 17 dicembre 1970, C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*. Ma l’orientamento è consolidato: cfr. anche Corte di giustizia, sentenza 17 ottobre 1989, C-97-99/87, *Dow Chemical Ibérica SA*, secondo cui “la validità degli atti comunitari può essere stabilita unicamente alla luce del diritto comunitario e, di conseguenza, il fatto che siano menomati i diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione di uno Stato membro, o i principi di una costituzione nazionale, non può sminuire la validità di un atto della Comunità né la sua efficacia nel territorio dello stesso Stato; più di recente, molto chiaramente, Corte di giustizia, sentenza 8 settembre 2010, C-409/06, *Winner Wetten GmbH*.

⁹⁴ Le espressioni virgolettate sono utilizzate dalla sent. n. 184 del 1970.

⁹⁵ Le citazioni sono stratte dalla sent. n. 170 del 1984.

⁹⁶ Corte cost., sent. n. 183 del 1975.

di fonti interposte, contrariamente a quanto affermato nella prima giurisprudenza⁹⁷. La Corte aveva al riguardo osservato che l'art. 11 non attribuisce un valore particolare alle leggi di esecuzione dei trattati: un'impostazione smentita dal passaggio appena ricordato, secondo cui la violazione, da parte di una legge che attentasse al nucleo essenziale dei principi del trattato, determinerebbe una indiretta violazione dell'art. 11 Cost. di cui i Trattati sono "diretto e puntuale adempimento"⁹⁸.

L'ipotesi descritta non è tuttavia quella della semplice "incompatibilità fra norme interne e singoli regolamenti comunitari", ma quella di una compromissione dei limiti alla sovranità statale a suo tempo posti dal Trattato. Al di là delle intenzioni che hanno mosso la Corte, e che forse risiedono nel trattenimento di una ulteriore competenza all'atto di rilasciare ai giudici comuni il compito di pronunciarsi per la compatibilità, a regime, tra norme comunitarie e norme interne, va rimarcato il fatto che della ipotesi descritta vi sono solo rarissimi reperti nella giurisprudenza successiva, non solo per la particolarità della fattispecie, che a leggi "di sistema" pare alludere, ma anche per una mancanza di iniziative, al riguardo, da parte dei giudici rimettenti.

Un'eccezione a quanto appena osservato è data dalla sent. n. 113 del 1985, in riferimento ad una legge nazionale che si assume contraria ad un principio di matrice comunitaria desumibile dalla giurisprudenza del Giudice comunitario. Tale legge viene denunciata come contraria "al nucleo o sistema dei principi stabiliti dal trattato istitutivo della C.E.E.", ciò che radicherebbe la competenza della Corte costituzionale. La Corte rigetta tale prospettazione dato che una legge interna, per essere sindacabile dalla Corte, dovrebbe essere idonea a "privare di efficacia" il sistema dei principi dell'ordinamento comunitario", "inteso nella sua interezza o almeno nel suo nucleo essenziale"⁹⁹. Si tratta di una eventualità che all'evidenza non si realizza nel caso di specie non essendo la norma di legge diretta a "pregiudicare la perdurante osservanza del Trattato di Roma": un'ipotesi che appare remota anche sulla scorta delle indicazioni contenute nella pronuncia in esame, il cui obiettivo sembra quello di chiarire il non perspicuo passaggio della sentenza *La Pergola* che questa fattispecie aveva individuato¹⁰⁰. In successive pronunce la problematica dei controlimiti rimane abbastanza in ombra, limitandosi, pur con vari accenti e con terminologia non sempre del tutto sovrapponibile, la Corte a ribadire quanto già in

⁹⁷ Tali norme sarebbero dunque utilizzate alla stregua di fonti interposte, contrariamente a quanto affermato nella prima giurisprudenza. Che questo sia in effetti l'approccio, si desume dal tenore testuale della motivazione della sent. 170 del 1984: al cospetto di una legge volta appunto ad "impedire o pregiudicare la perdurante osservanza del Trattato, "la Corte sarebbe chiamata ad accertare se il legislatore ordinario abbia ingiustificatamente rimosso alcuno dei limiti della sovranità statale, da esso medesimo posti, mediante la legge di esecuzione del Trattato, in diretto e puntuale adempimento dell'art. 11 Cost.". Come si è ricordato, la sent. n. 14 del 1964 osservava invece che l'art. 11 Cost, considerato come "norma permissiva", "non attribuisce un particolare valore, nei confronti delle altre leggi, a quella esecutiva del Trattato" (tale impostazione era fatta propria dalla sent. n. 98 del 1965).

⁹⁸ Ancora Corte cost., sent. n. 170 del 1984, differentemente appunto dalla sent. n. 14 del 1964.

⁹⁹ Le citazioni sono tratte dalla sent. n. 113 del 1985.

¹⁰⁰ Un ulteriore punto della pronuncia appare degno di nota: nel caso in esame la Corte precisa che anche le statuizioni della Corte di giustizia possono essere "direttamente applicate" da parte del giudice di merito: si tratta di un punto che non era stato esplicitato nella sent. n. 170 del 1984. Nessun riferimento invece compare, nella decisione di esame, al tema dei controlimiti propriamente intesi.

precedenza statuito. In una pronuncia del 1987, oltre a precisare la tendenziale equiparazione delle norme comunitarie a quelle di rango costituzionale, la Corte precisa che esse debbono pur tuttavia rispettare “i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale nonché i diritti inalienabili della persona umana”¹⁰¹. La pronuncia richiama poi la sentenza n. 183 del 1975 e non la sentenza *La Pergola*. Non si tratta peraltro di un dato da enfatizzare dato che la costruzione di una rete di precedenti in materia comunitaria non appare improntata a rigore e coerenza assoluti.

Una sentenza sempre ricordata in tema di controlimiti è la cosiddetta sentenza *Fragd*, in cui la Corte ha dato prova tangibile del fatto che la presenza di limiti all’ordinamento comunitario non costituiva solo una teorizzazione astratta, ma era suscettibile di essere resa operativa nel giudizio di costituzionalità. La Corte ricapitola l’impostazione adottata in tema di controlimiti, in parte confermando e in parte precisando una serie di passaggi non sempre del tutto emersi nelle precedenti decisioni. In particolare si sostiene che: a) il sindacato di essi passa attraverso l’impugnazione, *in parte qua*, della legge di esecuzione del trattato di Roma, nel caso di specie per violazione, da parte di una norma del trattato disciplinante gli effetti delle pronunce della Corte di giustizia, degli artt. 23, 24 e 41 Cost.; b) attraverso la legge di esecuzione può essere sollevata questione di costituzionalità “su una qualsiasi norma del Trattato” “in contrasto con i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale”; c) nell’ambito comunitario i diritti dei singoli sono riconosciuti come “parte integrante ed essenziale” del sistema; c) nell’eventualità, “sommamente improbabile” ma “pur sempre possibile”, che *norme comunitarie, comprese norme del trattato*, violino “principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale” o norme relative alla garanzia dei “diritti inalienabili della persona umana”, rimane integro il potere della Corte di verificare la costituzionalità della legge di esecuzione dei Trattati¹⁰².

Sembra quindi chiarito ciò che non risultava del tutto acclarato sulla base della pregressa giurisprudenza: che anche le singole norme del Trattato possano andare soggette a verifica di costituzionalità. Ciò a due condizioni: che siano “impugnate” per il tramite della legge di esecuzione e che determinino una violazione di un principio fondamentale del nostro ordinamento o di un diritto inalienabile della persona umana. Attraverso la legge di esecuzione sembrerebbe anche possibile sindacare gli atti di diritto comunitario derivato. In tale prospettiva è quindi da leggere il riferimento, contenuto nella sentenza *Frontini*, al divieto di impugnare singoli regolamenti, come riferito ad una impugnazione “diretta” dei regolamenti. Il richiamo al precedente si risolve in una sua progressiva implementazione: non certo di mera conferma si tratta, ma invero di completamento e chiarimento di esso.

¹⁰¹ Così Corte cost., sent. n. 399 del 1987. E il principio enunciato vale, secondo l’impostazione fatta propria dalla Corte, non solo per le norme del Trattato ma per tutte le norme comunitarie: Il punto è rimarcato da F. SORRENTINO, *Ammissibilità del conflitto e “cammino comunitario” della Corte. Un passo avanti o due indietro?*, in *Giur. cost.*, 1987, 2818.

¹⁰² Sul fatto che, nell’ottica coltivata dalla Corte, i controlimiti fossero da leggere “in chiave essenzialmente teorica”, nella misura in cui la relativa dottrina sembra perseguire la finalità “di mantenere sempre e comunque una qualche possibilità di interloquire con l’ordinamento comunitario, non tanto attraverso pronunce caducatorie e vincolanti, bensì mediante interventi di portata essenzialmente monitoria e con finalità di cooperazione”, cfr. A. CELOTTO e T. GROPPI, *Diritto UE e diritto nazionale: primauté vs controlimiti*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2004, 1344, cui si rinvia anche per una panoramica della problematica a livello europeo.

Discorso analogo va fatto per la possibilità di impugnazione della singola norma del Trattato, ammessa senza particolari argomentazioni dalla Corte, ma in realtà non del tutto scontata alla luce della sent. n. 170 del 1984¹⁰³.

In dottrina si è rimarcato il fatto che l'approccio adottato dalla Corte corregge la precedente impostazione: “mentre nei casi precedenti la Corte sembrava ipotizzare una dichiarazione di incostituzionalità della *legge di esecuzione del trattato*, nella decisione del 1989 essa istituisce un controllo di costituzionalità su *qualsiasi norma del trattato così come essa è interpretata e applicata* dalle istituzioni comunitarie”¹⁰⁴. Si tratta di un passaggio che apre la via ad un controllo più sistematico e generalizzato della normativa comunitaria¹⁰⁵. Si può ad ogni modo sottolineare che la pronuncia in discorso attinge e porta a compimento quanto già in qualche misura implicito nella sentenza *Granital*¹⁰⁶. Se la novità non è così imprevedibile, occorre anche osservare, in via retrospettiva, che le potenzialità che essa schiude di fatto non hanno avuto apprezzabile riscontro nella prassi effettuale, nella misura in cui questioni analoghe non sono di fatto state mai poste sino alla recente vicenda *Taricco* e all'ord. n. 24 del 2017 della Corte costituzionale.

In riferimento alla norma del Trattato che consente di incidere sugli effetti nel tempo delle pronunce della Corte di giustizia, sino ad “escludere dalla efficacia della dichiarazione di invalidità l'atto o degli atti stessi oggetto della controversia che ha provocato il giudizio pregiudiziale”, la Corte constata che tale norma determina “gravi perplessità in ordine alla compatibilità con il contenuto essenziale del diritto alla tutela giurisdizionale”¹⁰⁷. Se, con riguardo al profilo della identificazione del diritto di agire e resistere in giudizio alla stregua di un diritto inalienabile, la Corte fa espresso riferimento al noto precedente di cui alla sent. n. 18 del 1982, sotto il profilo più squisitamente procedurale, cioè sul meccanismo di sindacato dei controlimiti, la Corte non menziona i propri storici precedenti, in qualche misura dando per assodato che si tratta di una via oramai tracciata. L'Avvocatura dello Stato, dal canto suo, ipotizza un bilanciamento in cui “le esigenze primarie dell'applicazione uniforme del diritto comunitario” e “della certezza del diritto” potrebbero utilmente opporsi alla esigenza di salvaguardare i principi fondamentali. La Corte ribatte, non del tutto

¹⁰³ Si tratta, per vero, di una prospettiva che non era pacifica nell'ambito della giurisprudenza comune: emblematica, al riguardo, Cassazione, sent. 3 ottobre 1997, n. 9653.

¹⁰⁴ Così M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, cit., 114 ss.; “il passaggio dall'improbabile al possibile corrisponde al passaggio di oggetto del sindacato della Corte dalla Legge di esecuzione del trattato alle singole norme di diritto comunitario” (116). Più in generale, sul “principio di conformità”, per cui le norme di altri ordinamenti si intendono nel significato a loro dato dalle Corte a ciò preposte, si può ricordare, tra le altre, la recente sent. n. 238 del 2014; il medesimo principio emerge in dottrina: tra gli altri, V. ZAGREBELSKY, *Corte, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali*, in *Foro it.* 2006, V, 355 ss.

¹⁰⁵ Il punto è segnalato, da ultimo, da P. FARAGUNA, *op. cit.*, 87, che ragiona di un “allargamento potenzialmente sconfinato dell'oggetto” del sindacato della Corte, anche se al contempo osserva che nell'ottica della Corte “diventa essenziale che i parametri di queste anomale questioni siano tali da poter essere chiamati in gioco soltanto in casi davvero eccezionali”: ed è quanto invero pare accaduto nella prassi. In effetti, al di là delle potenzialità insite nella pronuncia in esame, resta il fatto che i riscontri sono stati molto modesti nella prassi, essendosi da ultimo verificata una ipotesi di (assai probabile) attivazione dei controlimiti solo nel 2017, a quasi trent'anni di distanza da quell'arresto.

¹⁰⁶ Si allude a A. TIZZANO, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁰⁷ Corte cost., sent. n. 232 del 1989.

perspicuamente, che “una simile valutazione comparativa appare invero difficilmente configurabile”. Saggiunge però che “ambedue le esigenze invocate non risulterebbero affatto compromesse” se nel caso si lasciasse inalterata “l’efficacia della pronuncia nella controversia oggetto del giudizio principale”¹⁰⁸. Si tratta di un approccio improntato a prudenza e circospezione, nella misura in cui la Corte non sostiene che sulle esigenze fondamentali dell’ordinamento comunitario debbano prevalere i principi supremi, ma si limita ad osservare che, nel caso specifico, la tutela dei due interessi (rispetto ai quali l’Avvocatura prospetta un bilanciamento) non sarebbe in radice confliggente. Ed in realtà le precisazioni della Corte costituzionale sulla limitazione nel tempo degli effetti delle pronunce della Corte di Lussemburgo risultano di fatto in sintonia con l’impostazione data al problema dalla Corte di giustizia, di modo che la sentenza pare “il frutto di un bilanciamento tra le esigenze nazionali e comunitarie”, bilanciamento “incentrato sul generale criterio di ragionevolezza tra i contrapposti interessi, nazionali e comunitari”¹⁰⁹.

Al di là dell’apertura al sindacato delle singole norme comunitarie, apertura che peraltro non ha avuto ricadute pratiche di particolare momento, la pronuncia in esame si distingue per le indicazioni dispensate nel passaggio appena citato, da una parte da leggersi alla stregua di una sorta di “temperamento” alle virtualità espansive dell’approccio con essa inaugurato, e, dall’altra, alla stregua di una possibile declinazione della verifica del rispetto dei controlimiti in termini appunto di “bilanciamento”¹¹⁰.

A seguito della sentenza *Fragd*, in altri successive decisioni, pur costituenti tappe rilevanti del cammino comunitario della Corte la teoria in parola non viene punto menzionata¹¹¹: caso emblematico è quello deciso dalla Corte con la sent. n. 389 del 1989, molto ricca sotto vari profili, tra cui il valore da assegnare alle sentenze della Corte di giustizia, anche quelle di condanna, e il ruolo della Pubblica amministrazione nell’assicurare il primato del diritto comunitario, ove non compare alcun riferimento alla dottrina dei controlimiti.

In molte altre successive decisioni a tale dottrina vengono fatti meri cenni, più o meno ampi, con citazioni di svariati precedenti. La sent. n. 168 del 1991, ad esempio, contiene

¹⁰⁸ “Oltre che –aggiunge la Corte– in tutti quei giudizi già iniziati dinanzi alle giurisdizioni nazionali prima della data di emanazione della sentenza invalidante”: così ancora Corte cost., sent. n. 232 del 1989. La Corte in sostanza patrocina l’approccio che la Corte di giustizia aveva adottato nel passato con la sentenza 8 aprile 1976, C-43/75, *Gabrielle Defrenne*, orientamento poi però superato dalla stessa Corte di Lussemburgo. La pronuncia in discorso “indusse la Corte di giustizia UE a consolidare il suo orientamento in proposito nel senso patrocinato dalla pronuncia *Fragd*, come ha puntualmente osservato la Corte costituzionale stessa nella sentenza n. 238 del 2014, 3.4 del *Considerato in diritto*, in sede di ricostruzione del quadro giurisprudenziale. Cfr., al riguardo, Corte di giustizia, sentenza 26 aprile 1994, C-228/92, *Roquette Frères*.

¹⁰⁹ In tal senso F. DONATI, *La motivazione della sentenza n. 232 del 1989 ed il “bilanciamento” tra interessi nazionali ed interessi comunitari nel sindacato sui “controlimiti”*, in *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, a cura di A. RUGGERI, Torino, 1994, 513, il quale pone l’accento sull’“applicazione anche al sindacato sul diritto comunitario di criteri di giudizio per certi versi assimilabili a quelli utilizzati nel giudizio sulla costituzionalità delle leggi”.

¹¹⁰ SI tratta, non a caso, di un approccio che è coltivato dalla Corte costituzionale, in particolare dalla sent. n. 238 del 2014; sul punto, P. VERONESI, *Colpe di Stato. I crimini di guerra e contro l’umanità davanti alla Corte costituzionale*, Milano, 2017, spec. 204 ss. Sul fatto che anche i principi supremi siano oggetto di bilanciamento si veda anche P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione*, cit., 172 ss., il quale debitamente sottolinea le particolarità di tale bilanciamento nel caso del rapporto tra diritto interno e diritto UE.

¹¹¹ Per una ricostruzione della giurisprudenza della Corte costituzionale in materia, con riferimenti anche alla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, cfr. A. CERRI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, 2015, parr. 4.4.3, 4.4.4.

sul punto un richiamo alla sentenza *La Pergola*, definita come “costante punto di riferimento della successiva elaborazione” e un richiamo alla sent. n. 232 del 1989, che ribadisce la necessità di rispetto dei principi fondamentali e dei diritti inalienabili attraverso il sindacato della “legge di esecuzione del Trattato”, che a questo punto viene dato per assolutamente scontato¹¹².

In una sentenza di qualche anno successivo la Corte esclude tassativamente la sindacabilità del singolo regolamento “in via diretta e non per il tramite della legge di esecuzione del Trattato”, sul punto riferendosi alla sentenza *Frontini*. In ogni caso la sindacabilità è condizionata alla prospettazione di “una violazione di principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale nazionale o di diritti inalienabili della persona umana”¹¹³. Forse la parte più innovativa è però quel passaggio in cui la Corte esclude che il giudice possa sollevare dubbi sulla violazione dei diritti fondamentali, che pure “fanno parte del diritto comunitario”, senza richiedere alla Corte di giustizia “il controllo di validità di tale norma in relazione ai diritti fondamentali”¹¹⁴. Si tratta di uno snodo molto significativo, in quanto sembra gettare le basi per quelle istanze di dialogo tra Corte costituzionale e Corte di giustizia che tanta parte avranno nella riflessione dottrinale degli anni a venire e che solo di recente si sono nella prassi inverte.

Nella giurisprudenza successiva riferimenti alla dottrina dei controlimiti suonano come meramente confermativi di un assetto già consolidato, registrandosi al riguardo mere varianti terminologiche e non certo di impianto concettuale. A parte un caso in cui viene evocata anche l’eventualità di una legge interna volta ad “impedire o pregiudicare la perdurante osservanza del Trattato”¹¹⁵, nella generalità dei casi compare un mero riferimento ai “principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale” e ai “diritti inalienabili della persona”¹¹⁶.

Anche dove ricorre una ricostruzione ampia e articolata dei rapporti tra diritto interno e diritto comunitario, ai controlimiti è dedicato solo un riferimento fugace anche se con terminologia ancora diversa dal consueto, ragionando la Corte di limiti consistenti nel rispetto dei “principi fondamentali dell’assetto costituzionale e nella maggior tutela dei diritti inalienabili della persona umana”¹¹⁷. Oltre ad una più nitida distinzione tra i due profili, ordinamentale e della tutela dei diritti, l’espressione utilizzata si distingue tuttavia significativamente per il riferimento al criterio della “maggior tutela”, di cui la Corte ha iniziato a ragionare in riferimento all’assetto dei rapporti tra ordinamento interno e ordinamento internazionale, della Cedu in particolare, oltre che sulla scorta dell’art. 53 della

¹¹² Corte cost., sent. n. 168 del 1991. In altri casi la Corte si limita a meri riferimenti alla dottrina dei controlimiti: tra le altre, ad esempio, sentt. n. 117 e 224 del 1994. In senso analogo, successivamente, cfr. anche l’ord. n. 536 del 1995, che al riguardo ragiona di “principi fondamentali e diritti inviolabili della persona”, la sent. n. 126 del 1996, che invece allude ai “principi fondamentali e inderogabili”.

¹¹³ Le citazioni sono tratte dalla sent. della Corte cost. n. 509 del 1995, che sul punto si riallaccia, pur innestando su di essa alcuni elementi di chiarimento, alla precedente sent. n. 183 del 1973.

¹¹⁴ Ancora Corte cost., sent. n. 509 del 1995.

¹¹⁵ Si tratta dell’ord. n. 454 del 2006.

¹¹⁶ Il riferimento è alle sentt. nn. 284 del 2007, 288 del 2010, 86 del 2012.

¹¹⁷ Si tratta della sent. n. 227 del 2010 della Corte costituzionale.

Carta dei diritti¹¹⁸. Le matrici del criterio in parola non vengono tuttavia ulteriormente illustrate.

4. Considerazioni complessive sul percorso della corte costituzionale

Dall'analisi compiuta emergono diversi elementi di riflessione, in parte già evidenziati, e di cui si può tentare una rapida ricapitolazione onde poi cercare di leggere, in controtuce con la pregressa giurisprudenza, la recente pronuncia della Corte relativa al cd. caso *Taricco*¹¹⁹. Ripercorrendo le tappe della giurisprudenza costituzionale in tema di “controlimiti” comunitari, sullo sfondo del più complessivo “cammino comunitario” della Corte, non si può non constatare che si è registrato senza dubbio un processo evolutivo, dalle caratteristiche invero particolari, che certamente risente della difficoltà di ricondurre l'ordinamento comunitario nell'ambito di categorie tradizionali, mal sopportate in ragione della particolarità di esso¹¹⁹. In disparte di tale particolarità, resta il fatto che la costruzione delle decisioni e l'utilizzo di esse alla stregua di altrettanti precedenti non è stato improntato ad assoluta linearità.

Nella prima pronuncia che tocca l'ordinamento comunitario (coeva e parallela alla pronuncia della Corte di giustizia *Costa Enel*¹²⁰) l'approccio è quello tradizionale, secondo cui i trattati internazionali hanno lo stesso rango dell'atto che ad essi dà esecuzione di modo che ogni ipotesi di conflitto con leggi posteriori non dà luogo (non può dare luogo) a questioni di costituzionalità. Si tratta di una impostazione rassicurante, che consegna trattati e leggi di esecuzione di essi alla normale dinamica di rapporti tra fonti di pari grado. Se così è, tuttavia, le norme del trattato dovrebbero per logica essere conformi alle norme della Costituzione, di tutta la Costituzione, andando soggette a giudizio della Corte per il tramite della legge di adattamento, unico atto interno “aggredibile” in sede di sindacato di legittimità costituzionale¹²¹.

Quando una questione di questo genere viene di fatto proposta, la Corte non si esime dal rimarcare l'estraneità delle norme costituzionali rispetto al sistema comunitario, insistendo sulla separazione tra ordinamenti, senza al contempo misconosce il fatto che anche l'ordinamento esterno patisce limitazioni, date dal rispetto dei diritti inviolabili. Da una parte, quindi, le norme costituzionali, operanti nell'ordinamento interno, non possono

¹¹⁸ Con riguardo alla Cedu, cfr. la sent. n. 264 del 2012; in riferimento alla Carta dei diritti dell'UE, cfr. invece la nota ord. n. 24 del 2017, la quale approfondisce sul punto il discorso, che rimane invece nella pronuncia del 2010 ad uno stato del tutto embrionale.

¹¹⁹ Si tratta di una constatazione diffusa in dottrina: tra gli altri, A. CELOTTO, *Ancora un'occasione perduta per mettere chiarezza sulle interferenze tra giudizio di costituzionalità e giudizio di “comunitarietà”*, in *Giur. cost.*, 2004, 1732 ss. La particolarità dell'ordinamento comunitario, non riconducibile alle tradizionali categorie, è diffusa anche tra i cultori del diritto dell'Unione europea: per tutti, L. DANIELE, *Il diritto dell'Unione europea*, Milano, 201,132.

¹²⁰ Il riferimento è a Corte di giustizia, 15 luglio 1964, C-6/64, *Costa c. E.N.E.L.*

¹²¹ Si tratta per vero di un approccio adottato a suo tempo da M. MAZZIOTTI, *op. cit.*, 1341, il quale anzi prefigurava, con elegante argomentazione, una verifica che andasse al di là del testo della Costituzione, dovendo “comprendere anche quelle [situazioni] che implicitamente e indirettamente sono tutelate dalla struttura dello Stato italiano come Stato di diritto”. Anche di recente tale approccio è riaffiorato in dottrina: sul punto, con ampio apparato argomentativo, O. CHESSA, Meglio tardi *che mai. La dogmatica dei controlimiti e il caso Taricco*, cit. 8 ss.

valere in quello comunitario, in quanto “esterno”; dall'altra parte l'ordinamento comunitario non può essere impermeabile rispetto alla tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, diritti di cui per vero si predica la tutela nell'alveo dello stesso ordinamento comunitario.

Sulla base di queste indicazioni, a fronte di una successiva questione relativa al potere regolamentare previsto dai trattati, la Corte non solo decide “nel merito”, ma fornisce una serie di indicazioni sul “posto” del diritto comunitario nel nostro ordinamento¹²². Sotto il primo aspetto la Corte, pur non esimendosi dal ricordare che i parametri interni non operano in ambito comunitario, di fatto compie alcune verifiche sulla conformità del potere regolamentare rispetto ai principi costituzionali evocati.

Nella motivazione della sentenza si rintuzzano i dubbi di costituzionalità su una norma del trattato, quella istitutiva del potere regolamentare, mentre nella parte finale di essa si adombra un controllo sull'operato degli organi comunitari che violino i principi fondamentali del nostro ordinamento o i diritti inalienabili della persona umana. In realtà i due momenti non sono contraddittori. Se è vero che le norme del trattato sono suscettibili di essere sindacate dalla Corte attraverso la legge di esecuzione di esso, nel caso in cui gli organi comunitari deraglino dalle finalità di cui all'art. 11 Cost., la Corte potrebbe intervenire -in via radicale- verificando la perdurante compatibilità del trattato stesso con i principi dell'ordinamento. Le modalità di tale valutazione non sono espresse, ma pare di fatto schiudano la via ad un annullamento, *en bloc*, della legge di esecuzione del trattato.

Rispetto a questa impostazione la Corte, nella sentenza 170 del 1984, delinea un quadro piuttosto diverso, accomunato solo dalle “etichette” dei limiti, costituiti appunto dai diritti fondamentali e dai diritti inviolabili. Non compare più il divieto di sindacato del singolo regolamento, o del singolo atto, non a caso superato di fatto di lì a poco con la sentenza *Fragd*. Inoltre compare una ulteriore competenza della Corte a sindacare leggi interne tese ad “impedire o pregiudicare la perdurante osservanza del Trattato”, ipotesi priva di riscontro nella prassi. Al di là quindi del richiamo alla sentenza *Frontini*, il contesto appare, pur in modo un poco sotterraneo, mutato.

Quando poi si giunge alla attivazione concreta dei controlimiti, non solo non si richiamano nel dettaglio le impostazioni delle pronunce pregresse, ma si ammette *de plano* l'impugnazione, attraverso la legge di esecuzione, della “singola” norma comunitaria, nel caso del trattato. Mai come nella pronuncia in cui si è andati più vicini all'impiego dei controlimiti la Corte ha insistito sul sistema comunitario di tutela giurisdizionale dei diritti, qualificato come “ampio ed efficace”, oltre che “valido ed adeguato”¹²³. Ad onta di questo riconoscimento, la Corte osserva che “in linea teorica generale” non può affermarsi con certezza che “tutti i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale si ritrovino fra i principi comuni agli ordinamenti degli Stati membri”¹²⁴. Nel caso potrebbe risultare violato il “contenuto essenziale del diritto alla tutela giurisdizionale”, ma ciò solo adottando

¹²² Il riferimento è a Corte cost., sent. n. 183 del 1973.

¹²³ Corte cost., sent. n. 232 del 1989. Ma sul punto aveva posto l'accento pure la sent. n. 98 del 1965.

¹²⁴ Ancora sent. n. 232 del 1989.

una certa interpretazione della giurisprudenza comunitaria che invece, diversamente interpretata, soddisferebbe sia le esigenze costituzionali che quelle comunitarie.

Non si può negare che l'elaborazione dei controlimiti è stata –a livello giurisprudenziale– in qualche misura proporzionale alle ricadute pratiche di essa. L'impressione è che la Corte non abbia perseguito un disegno unitario, sforzandosi piuttosto di mettere in una qualche connessione spunti che solo *ex post* assumevano le sembianze di indicazioni univoche. La ricostruzione di tale dottrina risente in ogni caso delle incertezze che hanno connotato l'approccio della Corte al *sistema* comunitario. Se l'accento al rispetto dei diritti inviolabili nell'ambito dell'ordinamento comunitario nella sentenza n. 98 del 1965 avrebbe potuto in astratto costituire veicolo per un superamento dei limiti al processo di integrazione, di fatto in quella decisione si insite –per lo meno formalmente– sul dogma della separazione degli ordinamenti (con conseguente impermeabilità dell'ordinamento rispetto a parametrati interni). Lo spunto ha preso concretezza e senso solo nel contesto che maturerà nella sentenza *Frontini*, in cui non a caso molto si insiste sulla compenetrazione tra sistemi, con argomentazioni che attingono anche ai rapporti tra sistemi¹²⁵. In tale decisione si ragiona poi di limiti alla penetrazione dell'ordinamento comunitario come a qualcosa di quasi scontato: “è appena il caso di aggiungere...” è l'*incipit* del discorso sul limite dei principi fondamentali. Ma si tratta di una eventualità del tutto eccezionale, come si desume anche dal tipo di sindacato che si prefigura, teso a verificare la perdurante compatibilità del Trattato con i principi fondamentali. E' di tutta evidenza che si tratta di sindacato “anomalo”, sia sotto il profilo della verifica delle premesse di esso sia, soprattutto, alla luce delle conseguenze che determinerebbe.

La sentenza 170 del 1984, dal canto suo, pur riallacciandosi alla *Frontini*, sul punto cambia sensibilmente registro: scomparso del tutto il riferimento al sindacato così dirompente, chiarito che esso deve passare attraverso la legge di esecuzione del Trattato, la Corte di fatto spiana la strada ad una verifica puntuale degli atti comunitari, esclusa invece nella sentenza *Frontini*. Compare pure, nella *Granital*, quell'ipotesi di controllo su norme interne che attentino al sistema comunitario che nel futuro rimarrà lettera morta.

La sentenza *Fragd* non farà dunque che esplicitare un controllo puntuale su atti comunitari, già insito nel *reasoning* della sentenza 170 del 1984. Se essa sembrerebbe preludere ad un sindacato sistematico sugli atti comunitari, di fatto tale sindacato non si è mai nella prassi realizzato.

Nell'ambito del filone di pronunce esaminate, sorprende che l'approccio della Corte non sia stato quasi mai improntato a particolare sistematicità e a ricchezza argomentativa. Solo in un caso (la sent. n. 183 del 1973) si possono registrare affermazioni di ampio respiro, anche se esse di fatto poi non hanno avuto un particolare seguito nella giurisprudenza successiva. La Corte indica come architrave del sistema l'art. 11 Cost. e le limitazioni di sovranità in esso contemplate, che legittimano una qualificazione della comunità europea

¹²⁵ Si tratta di un approccio talora fatto proprio anche dalla dottrina: insiste sul punto, tra gli altri, A. TIZZANO, *Ancora sui rapporti tra Corti europee: principi comunitari e c.d. controlimiti costituzionali*, in AA. VV., *Diritto comunitario e diritto interno*, cit., 486 ss.

come “strumento di integrazione” non solo per fini economici ma anche ai fini del perseguimento della “pace e della libertà”¹²⁶. E’ interessante il retroterra di tutto ciò, mai come in questo arresto oggetto di attenzione da parte della Corte costituzionale. A più riprese la Corte rimarca che l’adesione a tale trattato è stata frutto di una libera scelta politica: con questa scelta “storica” l’Italia ha acquisito il diritto ad avere propri rappresentanti in tutte le istituzioni europee, dando concretamente inizio a un processo di integrazione degli Stati d’Europa¹²⁷. Oltre quindi ai limiti materiali dell’azione comunitaria, ciò che rileva di più è la partecipazione dell’Italia ai vari organi comunitari: si pone l’accento sul fatto che l’operato di Consiglio e Commissione, cui spetta il potere regolamentare, è soggetto al controllo del Parlamento europeo, composto da rappresentanti dei singoli Stati e inoltre alla loro azione non è estranea la partecipazione del nostro Governo. Tutto questo sistema non rende credibili i dubbi di costituzionalità seminati dal rimettente in ordine alla disciplina dei regolamenti comunitari rispetto a svariati parametri costituzionali interni. A coronamento di tutto il discorso, la Corte rimarca infine che agli atti comunitari lo stesso ordinamento assicura una ampia e piena protezione ad opera della Corte di giustizia nelle varie sedi in cui essa può essere chiamata a vagliarne la compatibilità con il trattato, così enfatizzando il ruolo e le funzioni del giudice europeo¹²⁸.

Gli orientamenti appena riassunti suggeriscono che gli itinerari della giurisprudenza costituzionale non hanno certo seguito una direzione rettilinea, sol che si pensi all’utilizzo del paradigma delle fonti interposte in riferimento all’art. 11 Cost. e agli effetti dei regolamenti comunitari nell’ambito dell’ordinamento interno¹²⁹. Con specifico riferimento ai controlimiti, il loro riconoscimento, al di là delle non insignificanti varianti, è stato costante a partire dalla sentenza *Frontini*, sul punto peraltro già anticipata dal precedente del 1965. Ma se la loro affermazione è risultata stabile nell’enunciazione (nell’*an*), la declinazione di essi non è stata insensibile a mutamenti con riguardo, in particolare, alle modalità con cui essi vengono riconosciuti (quindi nel *quomodo*). Alle incertezze giurisprudenziali hanno peraltro fatto da contorno una pluralità di opinioni dottrinali. Se già in tempi risalenti si conveniva sul fatto che un controllo sugli atti comunitari dovesse necessariamente esser attivato¹³⁰, sulla natura e sull’estensione di esso le opinioni si dividevano. Accanto alla tesi più diffusa di un sindacato limitato ai principi supremi, con le

¹²⁶ “Non è dunque possibile alcun dubbio sulla piena rispondenza del trattato di Roma alle finalità indicate dall’art. 11 della Costituzione”: così sent. n. 183 del 1973.

¹²⁷ Le istituzioni comunitarie, si legge nella sentenza 183, sono “anche” istituzioni dei singoli Stati che compongono la comunità. Si tratta di una impostazione che rivela più di qualche assonanza con la pronuncia della Corte di giustizia 15 luglio 1964, C-6/64, *Costa c. Enel*, ove la Corte rimarcava che “istituendo una comunità senza limiti di durata, dotata di propri organi, di personalità, di capacità giuridica, di capacità di rappresentanza sul piano internazionale, e in specie di poteri effettivi provenienti da una limitazione di competenza o da un trasferimento di attribuzione degli stati alla comunità, questi hanno limitato, sia pure in campi circoscritti, i loro poteri sovrani, e creato quindi un complesso di diritto vincolante per i loro cittadini e per loro stessi”.

¹²⁸ Cfr. ancora Corte cost., sent. n. 183 del 1973, *passim*. Si tratta di un profilo su cui insiste anche la sent. n. 232 del 1989.

¹²⁹ Di “complessa e mutevole evoluzione” ragiona U. VILLANI, *I “controlimiti” nei rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano*, in AA. VV., *Diritto comunitario e diritto interno*, cit., 495 ss., che rileva come “la giurisprudenza della nostra Corte abbia subito mutamenti a 360 gradi per quanto riguarda i rapporti tra il diritto comunitario e quello nazionale”.

¹³⁰ Questa l’opinione, come ricordato, di P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, cit., 2416

annesse incertezze relative alla loro individuazione, si era affacciata la tesi di un controllo sulla scorta dell'intera Costituzione¹³¹. Da diversi anni a questa parte c'è peraltro chi insiste sul fatto che tale forma di controllo sarebbe divenuta “inattuale” alla luce dell'evoluzione registrata dall'ordinamento comunitario, e dagli stessi ordinamenti nazionali del resto caldeggiata¹³². E di recente si è anche ragionato di “europeizzazione” dei controlimiti anche facendo leva sulla salvaguardia dell'identità costituzionale già inserita nei trattati con il Trattato di Maastricht¹³³. Come si vede, solo da un esame più che sommario emerge una estrema varietà di posizioni, le quali non fanno che confermare il margine di discrezionalità che sottende le varie opzioni interpretative, così della dottrina, come della giurisprudenza. Che le opzioni interpretative adottate dalla Corte, anche in relazione a snodi di estrema rilevanza ordinamentale, siano sovente connotate da un ampio margine di discrezionalità è dimostrato, ad esempio, dalle modalità con cui è stato interpretato l'art. 117 Cost. con riferimento alla collocazione dei trattati internazionali, e segnatamente della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nel nostro ordinamento¹³⁴.

Tornando alla giurisprudenza, è chiaro che gli sviluppi di essa hanno risentito, pur in modo non sempre facile da percepire, anche dai contesti ordinamentali, che nel tempo sono mutati¹³⁵, ma non si può misconoscere che le scelte della Corte costituzionale sul punto

¹³¹ Si tratta della tesi recentemente proposta da O. CHESSA, *op. cit.*, 8 ss.

¹³² Premesso che, a livello di diritto dell'Unione, il “problema dei c.d. controlimiti non solo è sicuramente tenuto presente ma lo è anche forse perfino più che a livello nazionale”, si precisa che “l'esigenza di una piena e rigorosa tutela dei diritti fondamentali è ormai penetrata nel sistema comunitario come un dato che possiamo considerare inerente, anzi “costitutivo” di tale sistema”: così A. TIZZANO, *Ancora sui rapporti tra Corti europee: principi comunitari e c.d. controlimiti costituzionali*, cit., 483 ss. L'evoluzione dell'ordinamento dell'Unione era stato peraltro caldeggiato dalle prese di posizione di alcuni giudici costituzionali: quello italiano, con le sentenze passate in rassegna, quello tedesco con alcune storiche decisioni tra cui l'ordinanza 29 maggio 1974, c.d. *Solange I* (BVerfGE 37, 271).

¹³³ Sul punto A. RUGGERI, *Trattato costituzionale, europeizzazione dei “controlimiti” e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, in S. STAIANO, (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, Torino, 2006, 827 ss. Più di recente S. GAMBINO, *Identità costituzionali nazionali e primauté comunitaria*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, 538 ss. Ma la letteratura sul punto è troppo vasta per essere in questa sede richiamata: per una ricostruzione e ulteriori riferimenti cfr. A. SCHILLACI, *Diritti fondamentali e parametro di giudizio. Per una storia concettuale delle relazioni tra ordinamenti*, Napoli, 2012, spec. 338 ss.

¹³⁴ E' interessante notare, con riguardo al sistema CEDU e alla sua sistemazione ad opera della Corte costituzionale, che la scelta del Giudice delle leggi di individuare il fondamento di esso nell'art. 117 Cost. non ha mancato di suscitare nel tempo dubbi e perplessità. Si è al riguardo sostenuto che il punto, oltre a non essere stato argomentato a fondo nelle cosiddette “sentenze gemelle” (così F. SORRENTINO, *Apologia delle “sentenze gemelle (breve note a margine delle sentenze nn. 348 e 349/2007 della Corte costituzionale*, in *Diritto e società*, 2009, 223), appare contestabile, se non altro sulla base della circostanza, difficilmente revocabile in dubbio, che il sistema CEDU determina non insignificanti limitazioni di sovranità, riconducibili agevolmente sotto l'ombrello dell'art. 11 Cost.: in tale senso, già in sede di primo commento alle sentenze, A. RUGGERI, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico 8° prima lettura di Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007*), in www.forumcostituzionale.it, 2007; cfr. ancora, da ultimo, e trascurando molti altri apporti dottrinali, U. VILLANI, *Sull'efficacia della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano dopo il trattato di Lisbona*, in www.diritticomparati.it, 2012, ove opportunamente si tengono accuratamente distinti i concetti di “diretta applicabilità” e di “primato”; sul punto da ultimo segnalato anche V. SCIARABBA, *La tutela dei diritti fondamentali nella Costituzione, nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, in www.rivistaic.it, 1/2017, 11. Ciò a testimonianza del fatto che l'opzione interpretativa sottesa alla impostazione inaugurata dalla Corte con le sentt. nn. 348, 349 del 2007 non costituiva certo una strada obbligata ed altre soluzioni ermeneutiche erano (e sono) certamente possibili se non, a parere di una parte della dottrina, preferibili e/o auspicabili.

¹³⁵ Sui vari significati cui è stato sottoposto nel tempo l'art. 11 Cost. si sofferma, anche con riferimento al versante “parlamentare” (con riguardo al dibattito sulla ratifica del Trattato di Maastricht), S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, cit., 304 ss.

sono risultate espressione di scelte ampiamente discrezionali, come del resto accade in riferimento all'attività di un organo come la Corte costituzionale¹³⁶. Non meraviglia più di tanto che gli orientamenti giurisprudenziali, in particolare con riferimento ad un tema delicato come i controlimiti, possano risultare sotto diversi profili mutevoli: ciò non costituisce altro che la risultante dell'incidenza della situazione storica e istituzionale, in definitiva dello stato del processo di evoluzione dell'ordinamento europeo. In questa prospettiva, un approccio per certi versi originale ed inedito al tema dei controlimiti si rinviene nella recente ordinanza della Corte costituzionale n. 24 del 2017.

5. Il caso “Taricco”: un inquadramento generale

Sembra quindi utile soffermare l'attenzione sull'ultima manifestazione giurisprudenziale dei controlimiti in ambito comunitario: si tratta del cosiddetto caso “Taricco”, il quale muove da una precedente sentenza della Corte di giustizia del 2015, e da ultimo è stato oggetto di un rinvio pregiudiziale alla stessa Corte di giustizia da parte della Corte costituzionale¹³⁷. Non essendo possibile in questa sede un sistematico esame della ricchissima letteratura che è fiorita attorno all'ordinanza, di essa si darà conto solo in modo parziale e per quanto funzionale all'approccio adottato, che è quello di verificare gli elementi di continuità e di discontinuità rispetto alla pregressa giurisprudenza, per poi giungere ad individuare alcuni profili di criticità della questione dalla Corte costituzionale rimessa alla Corte di giustizia¹³⁸. Al di là dell'inegabile articolazione della decisione con cui la Corte effettua il rinvio alla Corte di giustizia, paventando il ricorso ai controlimiti, i riferimenti alla giurisprudenza in materia sono assai ridotti, quasi di maniera, mancando una ricostruzione sistematica del tema dei limiti alla penetrazione del diritto dell'Unione nella cornice dell'ordinamento interno.

Intanto, sotto un profilo meramente lessicale, accanto all'espressione diritti inalienabili della persona umana, la Corte utilizza a più riprese il sintagma “principi supremi”. Si tratta per vero di una espressione di norma utilizzata in riferimento ai controlimiti concordatari e a quelli riguardanti la revisione costituzionale¹³⁹. E' invece interessante notare, ancora su un piano terminologico, che la pronuncia non utilizza mai l'espressione controlimiti, che invece è quella che tradizionalmente viene impiegata proprio con riguardo al rapporto tra ordinamento interno e ordinamento dell'Unione europea. Se si confronta l'approccio

¹³⁶ Sulla discrezionalità della Corte in relazione alla problematica dei controlimiti, pone l'accento ad esempio M. BIGNAMI, *I controlimiti nelle mani dei giudici comuni*, in www.forumcostituzionale.it, 2012, 7. Più in generale, sulla discrezionalità che connota l'attività della Corte costituzionale, già M. CAPPELLETTI, *L'attività e i poteri del giudice costituzionale in rapporto con il loro fine generico*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, III, Padova, 1957, 86 ss.

¹³⁷ Con l'ord. n. 24 del 2017.

¹³⁸ Alcuni dei numerosi contributi sulla pronuncia in esame sono stati raccolti nel volume di A. BERNARDI, C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, 2017.

¹³⁹ Cfr. al riguardo la nota sent. n. 1146 del 1988 della Corte costituzionale. E' significativo notare che nell'ord. n. 24 del 2017 la Corte impiega quasi esclusivamente, e per una decina di volte, l'espressione “principi supremi”.

utilizzato dalla Corte nella sentenza n. 238 del 2014, ci si può facilmente rendere conto dell'acribia lessicale che al riguardo essa esibisce rispetto all'ordinanza in esame¹⁴⁰.

In linea con la giurisprudenza precedente è la statuizione secondo cui la Corte ha “costantemente affermato che l'osservanza dei principi supremi dell'ordine costituzionale italiano e dei diritti inalienabili della persona umana è condizione perchè il diritto dell'Unione possa essere applicato in Italia”¹⁴¹. La violazione di tali principi rappresenta, secondo tradizione, un'eventualità “sommamente improbabile”¹⁴². I precedenti indicati, ad onta della loro non lieve diversità in ordine alle modalità di sindacato dei controlimiti, sono costituiti dalle sentt. nn. 232 del 1989, 170 del 1984, 183 del 1973: in effetti le ultime due, come visto, adottano punti di vista piuttosto disomogenei, non avendo la sent. n. 170 seguito la via più radicale tracciata dalla sentenza *Frontini*.

Nell'ordinanza si menziona a più riprese l'art. 11 Cost., definito come “chiave di volta dell'ordinamento europeo”; si precisa pure che la rispondenza dell'ordinamento dell'Unione ai fini di cui all'art. 11 (assicurare “la pace e la giustizia tra le Nazioni”) consente, e giustifica, “una rinuncia a spazi di sovranità persino se definiti da norme costituzionali”¹⁴³. Una rinuncia che si spinge sino a dare copertura al “riconoscimento del primato del diritto dell'Unione” che risulta un dato acquisito nella giurisprudenza” della Corte costituzionale. Se è vero che la Corte si discosta dall'impostazione adottata dai rimettenti, tendenzialmente dimentica dell'art. 11 Cost., è anche vero che da tale norma scaturiscono potenzialità che non trovano di fatto pieno riscontro nell'impostazione della Corte¹⁴⁴. Basti por mente al fatto che l'art. 11 rientra a pieno titolo tra i principi fondamentali del nostro ordinamento: sul punto la sentenza *Frontini* aveva a suo tempo a più riprese insistito declinando pure le riduzioni di sovranità in essa implicite alla stregua di “limitazioni dei poteri dello Stato in ordine all'esercizio delle funzioni legislativa, esecutiva e giurisdizionale”¹⁴⁵. Del resto, la pronuncia da ultimo indicata enfatizzava anche la tendenza all'integrazione che si poteva cogliere da una serie di caratteristiche ordinamentali del sistema comunitario: di questo approccio l'ordinanza in esame non reca traccia

Lo stesso articolo 11 fonda poi e giustifica, sempre nella prospettiva dell'ord. n. 24, il primato del diritto dell'Unione, principio che “riflette [...] il convincimento che l'obiettivo dell'unità, nell'ambito di un ordinamento che assicura pace e giustizia tra le Nazioni,

¹⁴⁰ E' interessante osservare, al riguardo, che la pronuncia n. 238 del 2014 (3.2 del *Considerato in diritto*) utilizza diverse espressioni a seconda delle diverse aree interessate dai controlimiti.

¹⁴¹ Corte cost., ord. n. 24 del 2017, n. 2 del *Ritenuto in fatto e considerato in diritto*. Anche sotto un profilo procedimentale, l'indicazione di un principio supremo in sede di sindacato di una fonte comunitaria è richiesta come condizione di ammissibilità della quaestio: così Corte cost., sent. n. 25 del 2010.

¹⁴² Corte cost., ord. n. 24 del 2017, n. 2 del *Ritenuto in fatto e considerato in diritto*.

¹⁴³ Ancora ord. n. 24 del 2017, n. 6 del *Ritenuto in fatto e considerato in diritto*.

¹⁴⁴ Sul principio di “apertura al diritto internazionale e sovranazionale” del nostro ordinamento pone l'accento A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronuncia che espone, ma non ancora oppone i controlimiti (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017)*, in *Consulta OnLine*, 2017. Sul punto si sofferma anche R. MASTROIANNI, *La Corte costituzionale si rivolge alla Corte di giustizia in tema di “controlimiti” costituzionali: è un vero dialogo?*, in www.federalismi.it, 2017, 5, 6.

¹⁴⁵ Corte cost., sent. n. 183 del 1973. Nella stessa pronuncia si osserva che tale disposizione “non a caso venne allocata tra i principi fondamentali della Costituzione”, il che “segna un chiaro e preciso indirizzo politico”. Sulle potenzialità insite nell'art. 11 Cost. e non del tutto sfruttate nella pronuncia in esame cfr. S. BARTOLE, *op. cit.*, 294.

giustifica una rinuncia a spazi di sovranità”¹⁴⁶. Al tempo stesso, tuttavia, la Corte osserva che “la legittimazione [...] e la forza stessa dell’unità in seno ad un ordinamento caratterizzato dal pluralismo (art. 2 TFU) nascono dalla sua capacità di includere il tasso di diversità minimo ma necessario per preservare la identità nazionale insista nella struttura fondamentale dello Stato membro”¹⁴⁷.

Se si compara l’ord. 24 con la più recente pronuncia in cui i controlimiti sono stati oggetto di attivazione da parte della Corte costituzionale, non si può non notare la distanza che corre tra le due a partire dalla ricostruzione e dall’utilizzazione dei precedenti. Non solo nella sent. n. 238 del 2014 tali precedenti scandiscono tutto il corso del ragionamento della Corte, ma emerge pure dal tessuto della motivazione una puntuale ricognizione di tutti i precedenti relativi al rapporto tra ordinamento interno e ordinamento dell’Unione, pur riferendosi la pronuncia ai controlimiti di cui all’art. 10, comma 1, Cost.¹⁴⁸. Ciò che appare singolare è che, ad onta della ricchezza di essa e dell’ampiezza della ricostruzione della giurisprudenza in essa contenuta, tale pronuncia non viene nemmeno menzionata nell’ordinanza n. 24.

La Corte decide la questione proposta attraverso l’impugnazione legge di esecuzione, non tanto nella parte in cui essa dà esecuzione (*ut sic*) all’art. 325 del TUE, ma in quanto dà esecuzione ad una norma del trattato interpretata in un certo modo dalla Corte di giustizia. Forse la questione avrebbe potuto riguardare il potere della Corte di giustizia di dare interpretazioni contrastanti con i principi supremi di uno Stato membro¹⁴⁹. Se è vero che nell’ordinanza non si chiede alla Corte di giustizia di tornare sull’interpretazione che essa ha fornito dell’art. 325 TUE, è anche vero che di fatto si tratta di un problema che percorre sottotraccia tutta l’ordinanza¹⁵⁰. Di fatto, poi, la terza questione riguarda più direttamente l’operato della Corte di giustizia e i limiti di esso al cospetto dei principi supremi dell’ordinamento interno. Se si contesta, in definitiva, l’interpretazione adottata della Corte di giustizia, l’oggetto della questione forse avrebbe dovuto indirizzarsi verso le norme del

¹⁴⁶ E sul primato la Corte insiste, anche facendo riferimento alla pronuncia *Melloni* della Corte di giustizia, negando tuttavia che tale principio risulti inficiato dalla proposta interpretativa che la stessa Corte patrocinava; il riferimento è a Corte di giustizia, sentenza 26 febbraio 2013, C-399/211 (*Melloni*).

¹⁴⁷ Corte Cost., ord. n. 24 del 2017, n. 6 del *Ritenuto in fatto e considerato in diritto*.

¹⁴⁸ Cfr. Corte cost., sent. n. 238 del 2014, 3.2 del *Considerato in diritto*. Interessante notare che nell’occasione la Corte partitamente passa in rassegna le varie tipologie di controlimiti: dapprima affermando che “i principi fondamentali” e i “diritti inalienabili della persona” costituiscono un limite all’ingresso delle norme internazionali generalmente riconosciute; notando poi che essi operano quali “controlimiti” “all’ingresso delle norme dell’Unione europea[...] oltre che all’ingresso delle norme di esecuzione dei Patti Lateranensi e del Concordato”; e che infine essi rappresentano, più in generale, “gli elementi identificativi ed irrinunciabili dell’ordinamento costituzionale, per ciò stesso sottratti anche alla revisione costituzionale”. Che i due casi, anche prima dell’ord. n. 24, si prestino ad essere esaminati in controluce, lo dimostra anche il contributo di R. CALVANO, *La Corte costituzionale e i “Controlimiti”* 2.0, in www.federalismi.it, 2016.

¹⁴⁹ Si sarebbe potuto anche immaginare una questione incentrata sull’interpretazione da assegnare all’art. 267 TFUE nella parte consente alla Corte di giustizia di attribuire a norma dell’Unione significati contrastanti con i principi che concorrono a delineare l’identità costituzionale degli Stati. Che la sentenza della Corte di giustizia possa essere oggetto di censura è stato adombrato in dottrina, anche con riguardo al caso in cui essa non soddisfi le richieste avanzata in via pregiudiziale dalla stessa Corte costituzionale: in questo senso S.P. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in ID. (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, 28.

¹⁵⁰ Sul punto la dottrina ha insistito: tra gli altri, R. BIN, *Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2015, 1 ss.; ma anche V. MANES, *La “svolta” Taricco e la potenziale “sovversione di sistema”: le ragioni dei controlimiti*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2016, 11 ss.

trattato che disciplinano l'attività della Corte di giustizia: adottare tale ottica avrebbe potuto condurre ad una pronuncia processuale, certamente interlocutoria, ma che avrebbe dato modo ad altri attori coinvolti nella questione di assumere le proprie determinazioni. *In primis* il Parlamento avrebbe potuto adottare correttivi normativi tesi a sanare un *deficit*, con riguardo alla disciplina della prescrizione, che la Corte di giustizia ritiene strutturale¹⁵¹. Inoltre vi sarebbe stato il tempo di valutare le modalità con cui i giudici comuni (che sono anche giudici dell'Unione) avrebbero recepito i *dicta* della Corte di giustizia, in qualche misura adattandoli ai principi del nostro ordinamento, come in effetti è in certi casi avvenuto¹⁵².

Nella pronuncia il principio del primato viene a più riprese evocato. Pur negando la Corte ogni similitudine con il precedente caso *Melloni*, in cui si era determinato un contrasto frontale tra norme costituzionali dell'ordinamento interno e principio del primato, di fatto un tale contrasto rimane allo stato latente. Sembrerebbe delinearci la necessità/opportunità di procedere ad un bilanciamento tra il principio del primato, una delle architravi del diritto dell'Unione e la tutela dei "controlimiti", baluardo ultimo della sovranità statale (nel caso rappresentato dai principi di legalità e di determinatezza in ambito penale)¹⁵³. Va inoltre rimarcato che tale bilanciamento, pur in astratto configurabile e tra le righe adombrato, non viene di fatto praticato¹⁵⁴. E ciò perché la Corte ritiene che non si inveri alcun contrasto tra i due principi sul tappeto dato che, ad accogliere l'impostazione da essa patrocinata, si garantirebbe il rispetto dei principi inviolabili del nostro ordinamento senza incrinare il principio del primato e della necessaria uniformità di applicazione del diritto dell'Unione¹⁵⁵. Si può osservare che si tratta di un approccio –quello del bilanciamento– poco frequentato dalla Corte, almeno sul versante dei rapporti con il diritto dell'Unione europea, se si eccettua il lontano caso *Fragd*. In quel singolare caso la Corte in effetti aveva tra le righe operato un bilanciamento tra esigenze legate al primato del diritto dell'Unione e salvaguardia di un

¹⁵¹ La questione è stata oggetto, in effetti, di diversi interventi legislativi, che hanno introdotto una serie di modifiche che potrebbero avere ridotto se non eliminato i problemi evidenziati dalla Corte di giustizia: per indicazioni su tali interventi, M. CAIANIELLO, *L'ordinanza di rinvio della Corte costituzionale nel caso Taricco: dialogo tra sistemi o conflitto identitario*, in A. BERNARDI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*, cit., 72.

¹⁵² Accenna al ruolo del legislatore e dei giudici nella vicende in esame, L. DANIELE, *op. cit.*, 11; si tratta di un auspicio che in dottrina si era formulato anche a ridosso dell'emanazione della sentenza *Taricco*: in questo senso F. VIGANO', *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di Iva?*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2017, 15.

¹⁵³ Per una illustrazione del rapporto tra controlimiti e sovranità si rinvia a M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2016, 1 ss., secondo cui i controlimiti "non sono altro che la salvaguardia della sovranità popolare"; interessante la prospettiva coltivata dall'Autore che pone anche in correlazione la sovranità popolare con il principio di legalità di cui all'art. 25 Cost. (spec. 16).

¹⁵⁴ Lo puntualizza, tra gli altri, R. MASTROIANNI, *La Corte costituzionale si rivolge alla Corte di giustizia in tema di "controlimiti" costituzionali: è un vero dialogo?*, cit., 5. È interessante notare, simmetricamente, che anche alla stessa sentenza *Taricco* della Corte di giustizia è stato, non senza ragione, imputato un mancato bilanciamento tra le varie esigenze contrapposte considerando la stessa Corte che "il solo interesse rilevante per il diritto eurounitario sia quello finanziario": così M. LUCIANI, *Il brusco risveglio*, cit., 13.

¹⁵⁵ Particolarmente esplicito quel passaggio della motivazione in cui la Corte, marcando la distanza con il caso *Melloni*, precisa che "il principio del primato del diritto dell'Unione non è posto in discussione nel caso oggi a giudizio perché [...] non è in questione la regola enunciata dalla sentenza in causa *Taricco*, e desunta dall'art. 325 del TFUE, ma solo l'esistenza di un impedimento di ordine costituzionale alla sua applicazione diretta da parte del giudice?": così Corte cost., ord. n. 24 del 2017, n. 8 del *Considerato in fatto e in diritto*, la quale prosegue osservando che tale impedimento "non dipende dalla contrapposizione di una norma nazionale alle regole dell'Unione, ma solo dalla circostanza, esterna all'ordinamento europeo, che la prescrizione in Italia appartiene al diritto penale sostanziale".

diritto inviolabile, nel caso il diritto alla tutela giurisdizionale. In dottrina si è notato che la sentenza *Fragd* era “frutto di un bilanciamento tra le esigenze nazionali e comunitarie”¹⁵⁶

Nella pronuncia *Fragd* si può rinvenire una ulteriore singolare analogia con l’ordinanza 24: in entrambe, paventata la possibile violazione di principi fondamentali dell’ordinamento interno, si precisa che, a seguire una certa interpretazione che la Corte costituzionale propone, il contrasto di fatto non si manifesta. Sul punto la sentenza *Fragd* patrocinava una lettura della norma del Trattato disciplinante la graduazione nel tempo degli effetti delle pronunce della Corte di giustizia a cui la giurisprudenza della Corte di giustizia stessa non era del tutto insensibile, avendola di fatto adottata in certe occasioni nel passato¹⁵⁷. Nel caso in esame si tratta di un approccio interpretativo –quello della Corte costituzionale– di cui esistono solo labili tracce nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo¹⁵⁸. Nondimeno la Corte a più riprese insiste sul fatto che l’adozione della prospettiva proposta di fatto dissolverebbe il paventato contrasto con il diritto dell’Unione e con i principi di esso. Il risultato, nei due casi, è simile ma il procedimento diverso proprio perché nell’ordinanza n. 24 la strategia adottata dalla Corte non passa tanto attraverso un bilanciamento tra le varie esigenze contrapposte quanto attraverso una opzione interpretativa funzionale ad evitare in radice il conflitto. Premesso che appare improbabile che la Corte di giustizia torni sulla interpretazione in precedenza assegnata all’art. 325 TFU, ammettere che l’esistenza di “un impedimento di ordine costituzionale alla sua applicazione diretta da parte del giudice” non comprometta “il primato” del diritto dell’Unione non appare in effetti agevole, anche (e soprattutto) sulla base dell’art. 49 della Carta di Nizza che pure la Corte evoca: quello che “la corte non può fare, visto che parliamo di un testo di diritto dell’Unione (per l’appunto la carta) è di interpretare quest’ultima alla luce ed in funzione delle caratteristiche e delle finalità dell’autonomo sistema in cui opera, perché l’applicazione della carta non può far mettere in discussione, o peggio alterare, gli aspetti essenziali di tale sistema”¹⁵⁹.

Se nel caso dell’ord. n. 24, dunque, il bilanciamento, se viene adombrato, di fatto non viene praticato in quanto in qualche misura surrogato da una proposta interpretativa, nella sent. n. 238 del 2014 la Corte invece individua chiaramente i termini della contrapposizione che si delinea tra la consuetudine internazionale dell’immunità degli Stati (così come letta dalla Corte internazionale di giustizia) e principi supremi del nostro ordinamento (il particolare il diritto alla tutela giurisdizionale dei diritti). Le operazioni di bilanciamento

¹⁵⁶ In tal senso, F. DONATI, *La motivazione della sentenza* n. 232 del 1989, cit., 513.

¹⁵⁷ Il riferimento è, in particolare, a Corte di giustizia, sent. 8 aprile 1976, C-43/75, *Gabrielle Defrenne*, che escludeva dai limiti alla retroattività i soggetti che avessero promosso azioni legali antecedentemente alla sentenza. Pare interessante osservare che la Corte costituzionale, ricostruendo di recente la questione in occasione della pronuncia sui controllimiti “internazionali”, osserva che l’orientamento espresso dalla Corte nell’occasione “indusse la Corte di giustizia UE a mutare la sua giurisprudenza in proposito”: così Corte cost., sent. n. 238 del 2014, n. 3.4 del *Considerato in diritto*.

¹⁵⁸ Al riguardo viene citata la sentenza della Corte di giustizia 14 ottobre 2004, C-36/02, *Omega Spielhallen*. Per alcune “aperture” da parte della Corte di giustizia, proprio a seguito di operazioni di bilanciamento tra principi del diritto dell’Unione e principi costituzionali degli Stati membri, si vedano i casi individuati da G. MORBIDELLI, *Corte costituzionale e Corti europee: la tutela dei diritti (dal punto di vista della Corte del Lussemburgo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 303 ss.

¹⁵⁹ Così A. TIZZANO, *Qualche considerazione dal versante lussemburghese a proposito dei diritti fondamentali*, in *Foro it.*, 2017, V, 76, il quale al riguardo allude al “rispetto dei principi di unità, effettività e del primato del diritto dell’Unione”.

sono svolte in modo assai accurato dalla Corte: dapprima viene tracciata la topografia del conflitto, attraverso una identificazione dei principi in gioco, e della particolarità di essi nel caso di specie; tali principi sono oggetto poi di una “pesatura” alla luce dei valori che l’ordinamento costituzionale nel suo complesso esprime; si evidenzia inoltre il fatto che il limite al diritto nel caso concreto non è giustificato da alcun “interesse pubblico riconoscibile come potenzialmente preminente su un principio quale quello dell’art. 24 Cost., annoverato tra i principi supremi dell’ordinamento costituzionale”; In assenza di principi giustificativi, il “sacrificio totale del diritto alla tutela giurisdizionale dei diritti” appare del tutto sproporzionato; l’epilogo di tale complessa operazione conduce la Corte a ritenere prevalente, e non rinunciabile, il principio della tutela giurisdizionale¹⁶⁰.

L’ordinanza n. 24 non si sofferma in modo particolarmente diffuso sulla ricostruzione della giurisprudenza pregressa in tema di controlimiti¹⁶¹. Tale lacuna argomentativa assume un particolare significato alla luce di due circostanze. La prima è la rilevanza della questione sul tappeto: è vero che si tratta di un’ordinanza con cui viene sollevata una questione pregiudiziale, ma è anche vero che essa può essere prodromica rispetto ad una ulteriore pronuncia in cui i controlimiti saranno attivati. E se la Corte molto argomenta su alcuni punti, è vero che in riferimento allo specifico profilo della ricostruzione dei controlimiti e dell’identificazione di essi l’apparato argomentativo appare sottodimensionato alla luce dell’importanza della decisione, lacunosa anche nella ricostruzione della rete di precedenti.

A questo riguardo, ed è il secondo aspetto che genera perplessità, nessun cenno nella motivazione compare con riguardo alla recente sentenza n. 238 del 2014. Tale pronuncia offre un quadro completo e sistematico dei controlimiti in tutte le declinazioni che essi hanno conosciuto nella giurisprudenza costituzionale. Il tessuto di precedenti viene ricostruito meticolosamente tanto che, anche con riguardo agli stessi controlimiti comunitari, tale pronuncia argomenta in modo più approfondito di quanto faccia l’ordinanza n. 24, ove non compare alcun riferimento specifico alla tematica dei controlimiti negli altri settori ove essi hanno trovato riscontro. Se la sentenza n. 238 accreditava l’idea di una ricostruzione unitaria dei controlimiti, la più recente ordinanza pare incrinarla, a testimonianza delle incertezze che hanno connotato le traiettorie della giurisprudenza in materia. Tale unitarietà appare anche indebolita dal fatto che nella più recente ordinanza il *reasoning* messo in campo dalla Corte pare inestricabilmente legato alle caratteristiche specifiche dell’ordinamento dell’Unione e dei principi fondamentali che lo governano. Ciò è rivelato anche dal fatto che la motivazione indugia a più riprese sull’interpretazione da assegnare a diverse norme del trattato (non solo l’art. 53 della Carta ma anche gli artt. 2, 4.2 e 6.3 del TUE), con l’intendimento di ricondurre sotto la copertura del diritto dell’Unione la violazione dei controlimiti “interni”¹⁶².

¹⁶⁰ Le citazioni sono stratte da Corte cost., sent. n. 238 del 2014, *passim*: sulle operazioni di bilanciamento in essa compiute si sofferma R. BIN, *L’adattamento dell’ordinamento italiano al diritto internazionale non scritto dopo la sent. 238/2014*, cit., loc. cit.; da ultimo, sul punto, cfr. anche in modo particolare P. VERONESI, *op. cit.*, 104 ss.

¹⁶¹ Diversi per vero passaggi della pronuncia risultano “argomentati in modo sbrigativo”: così A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco*, cit., 83.

¹⁶² Si tratta “dell’aspetto maggiormente innovativo” della pronuncia rispetto alla giurisprudenza precedente, come si è giustamente osservato in dottrina: così L. DANIELE, *La sentenza Taricco trona davanti alla Corte di giustizia UE: come*

6. *Elementi di criticità dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 24 del 2017*

Esaminato l'impianto dell'ordinanza n. 24 alla luce dei precedenti della Corte, e ribadendo che non è questa la sede per un esame sistematico di essa, che comporterebbe la necessità di passare in rassegna l'amplessissima e assai ricca letteratura che su di essa ha fatto il punto sotto molteplici angoli prospettici, ci si limiterà qui ad illustrare alcune criticità della pronuncia, che rendono avvertiti dei problemi che circondano l'eventuale attivazione dei controlimiti nel caso in esame. Procedere ad un passo così gravido di conseguenze in presenza di una panorama assai frastagliato in cui, attorno ai punti qualificanti della posizione della Corte, non si è coagulato un diffuso consenso, potrebbe in effetti apparire come una forzatura.

6.1 *L'individuazione dei controlimiti*

Colpisce soprattutto l'iter di ricostruzione dei controlimiti. E' noto che il problema della enucleazione di essi è da sempre in agenda¹⁶³. In dottrina si era auspicata una loro individuazione "preventiva"¹⁶⁴, ma forse sarebbe chiedere troppo alla Corte. In giurisprudenza emergono talora indicazioni concrete, più o meno argomentate. Nei casi in cui i controlimiti sono stati fatti valere emergono alcune indicazioni aggiuntive. Nella pronuncia sui controlimiti concordatari, la prima sentenza di accoglimento in materia, si statuisce che il diritto inviolabile alla tutela giurisdizionale va annoverato "tra i principi supremi del nostro ordinamento costituzionale, in cui è intimamente connesso con lo stesso principio di democrazia l'assicurare a tutti e sempre, per qualsiasi controversia, un giudice e un giudizio"¹⁶⁵. Un maggiore grado di elaborazione si rinviene nella sentenza *Fragd* in cui la Corte, vertendosi sempre in tema di tutela giurisdizionale dei diritti, oltre a menzionare il precedente del 1982, cala il principio nella fattispecie in esame, relativa alle limitazioni nel tempo delle pronunce della Corte di giustizia. Se da una parte, precisa la Corte, non suscita obiezioni il potere della Corte di "precisare quali effetti della norma invalidata debbano essere considerati come definitivi", dall'altra però si puntualizza che quando la "sentenza arrivi ad escludere dalla efficacia della dichiarazione di invalidità l'atto o gli atti stessi oggetto della controversia che ha provocato il ricorso pregiudiziale alla Corte", sorgerebbero "gravi perplessità in ordine alla compatibilità del contenuto essenziale del diritto alla tutela giurisdizionale della norma che consente una pronuncia siffatta"¹⁶⁶. La Corte poi alimenta

decideranno i giudici europei?, in *Eurojus*, 2017, 7, cui si rinvia anche per una indagine analitica sulle tre questioni proposte dalla Corte e sui possibili esiti di esse.

¹⁶³ Sul punto, per tutti, M. CARTABIA, *I principi inviolabili e l'integrazione europea*, cit., 119.

¹⁶⁴ "Occorrerebbe adottare un metodo che tendesse almeno a determinare con precisione, una volta per tutte e in via preventiva, l'ambito delle controlimitazioni alle limitazioni di sovranità: ambito che dovrebbe [...] comprendere sia le linee fondamentali di organizzazione dello Stato, sia le libertà costituzionali garantite": P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, op. cit., 2417.

¹⁶⁵ Così Corte cost., sent. n. 18 del 1982.

¹⁶⁶ Così la già menzionata pronuncia della Corte costituzionale n. 232 del 1989.

ulteriormente tali dubbi sulla base del particolare rapporto che lega il giudizio incidentale al giudizio principale: nell'ambito di tale rapporto suonerebbe contraddittorio "con la natura stessa di una sentenza pregiudiziale [...] l'ipotesi in cui la sentenza emanata nel giudizio incidentale non possa trovare applicazione nel giudizio incidentato che l'ha provocata"¹⁶⁷.

Sempre in tema di diritto alla tutela giurisdizionale, lo sforzo ricostruttivo esibito dalla più recente sentenza sui controlimiti internazionali è ancora più articolato e decisamente legato alla fattispecie *sub iudice*. In riferimento alla ben nota questione sottostante a quel giudizio, la Corte ha innanzitutto precisato, in via più generale, i contorni del "diritto al giudice", correlandolo ad altrettante norme della Costituzione, e annoverandolo tra "quelli inviolabili e caratterizzanti lo stato democratico di diritto": come tale uno "tra i grandi principi di civiltà giuridica di ogni sistema democratico del nostro tempo", rientrante tra gli elementi "identificativi ed irrinunciabili dell'ordinamento costituzionale"¹⁶⁸. La Corte, poi, legge tali principi alla luce del caso particolare da cui la questione di costituzionalità trae le mosse. Premesso che il "diritto al giudice sancito nella Costituzione italiana, come in tutti gli ordinamenti democratici, richiede una tutela effettiva dei diritti dei singoli", nel caso specifico la necessità di soddisfare tale diritto appare prioritaria dato che "il diritto in questione è fatto valere a tutela dei diritti fondamentali": in questo caso l'art. 24 Cost. viene letto *in unum* con l'art. 2 Cost, "norma sostanziale posta, tra i principi fondamentali della Carta costituzionale, a presidio dell'inviolabilità dei diritti fondamentali della persona, tra i quali, nella specie conferente a titolo primario, la dignità"¹⁶⁹. Dimostrato poi che non esiste un "interesse pubblico riconoscibile come potenzialmente premiente" sul principio supremo identificato dalla Corte, non potendosi ammettere un "sacrificio totale" di quest'ultimo, ne viene che deve essere assicurata l'effettività e la superiorità di tale principio rispetto alla consuetudine internazionale così come dalla CIG letta e interpretata.

Come si vede l'identificazione del principio supremo del diritto al giudice, pur essendo già stato oggetto di lavoro interpretativo, viene nell'occasione ulteriormente rielaborato al fine di dimostrare, si direbbe al di là di ogni ragionevole dubbio, che esso deve nel caso prevalere su una fonte pur dotata della copertura costituzionale di cui all'art. 10 Cost. La Corte cerca di allargare l'orizzonte ancorando il principio inviolabile in questione alla natura democratica dello Stato, includendolo "tra i grandi principi di civiltà giuridica di ogni sistema democratico del nostro tempo". Se ciò risponde al tentativo, nemmeno tanto recondito, di dare avvio, in sede internazionale, ad una rivisitazione della consuetudine relativa all'immunità degli Stati, è anche vero che un tale approccio sarebbe stato viepiù

¹⁶⁷ Ancora Corte cost., sent. n. 232 del 1989, che prosegue osservando, con grande chiarezza, che "il diritto di ognuno ad avere per qualsiasi controversia un giudice e un giudizio verrebbe a svuotarsi dei suoi contenuti essenziali se il giudice, il quale dubita della legittimità di una norma che dovrebbe applicare, si veda rispondere dalla autorità giurisdizionale a cui è tenuto a rivolgersi, che effettivamente la norma non è valida, ma che tale invalidità non ha effetto nella controversia oggetto del giudizio principale, che dovrebbe quindi esser deciso con l'applicazione di una norma riconosciuta illegittima".

¹⁶⁸ Tutte le citazioni sono tratte dalla sent. n. 238 del 2014.

¹⁶⁹ Corte cost., sent. n. 238 del 2014,, n. 3.4 del *Considerato in diritto*. Sul riferimento alla dignità non sono per vero mancate le note critiche, ma in questa sede mettevo conto rimarcare l'appartato argomentativo messo in campo, a prescindere dalla persuasività di esso in tutti i suoi passaggi: sul punto cfr. P. VERONESI, *Colpe di Stato. I crimini di guerra e contro l'umanità davanti alla Corte costituzionale*, cit., 204 ss.

opportuno nel caso dell'ord. n. 24 del 2017, ove a più riprese si richiama la necessità di salvaguardare l'identità costituzionale dello Stato.

Ma di fatto nell'ord. n. 24 l'apparato argomentativo, teso ad includere i principi evocati tra quelli supremi, non è paragonabile a quello riscontrato nella sentenza n. 238. Premesso che il principio di legalità in materia penale esprime un "principio supremo dell'ordinamento", si precisa che nel perimetro di tale principio rientra anche il "regime legale della prescrizione dei reati", che nel nostro sistema, a differenza di altri, è declinato in senso sostanziale. Sulla base di questa "giusta premessa" la Corte dubita che l'interpretazione dispensata dalla Corte di giustizia nella sentenza *Taricco* possa soddisfare il requisito della determinatezza, che "per la Costituzione deve caratterizzare le norme di diritto penale sostanziale", che appunto devono essere formulate in termini chiari, precisi e stringenti¹⁷⁰. I principi appena menzionati vanno anche letti con riguardo al "potere del giudice, al quale non possono spettare scelte basate su discrezionali valutazioni di politica criminale", dubitandosi che la regola enunciata nella sentenza della Corte di giustizia sia "idonea a delimitare la discrezionalità giudiziaria"¹⁷¹.

La dottrina è ormai sterminata sul punto, ma ai nostri fini sono sufficienti alcune considerazioni di fondo. In linea di massima sulla riconduzione del principio di legalità in materia penale nel novero dei principi supremi sembra esserci un consenso generalizzato. Altra cosa è la declinazione di tale principio e, in particolare, la questione della inclusione della prescrizione tra gli elementi "coperti" dal principio di legalità. Sul punto si possono registrare opinioni discordanti, spaziando da quelle che sostengono una "sicura" inclusione dell'istituto della prescrizione nella cornice del principio di legalità, a quelle che invece escludono recisamente che l'istituto in parola possa essere soggetto a tale principio¹⁷². Se per vero sembra prevalente la prima opinione, è però da osservare che più generalizzati sono i dubbi che circondano l'inclusione di tale principio tra quelli "supremi" e quindi tra i controlimiti: "principio fondante della nostra civiltà giuridica è l'irretroattività dei precetti e delle statuizioni di pena", "sulla prescrizione si può ragionevolmente discutere"¹⁷³.

¹⁷⁰ Tutte le citazioni sono tratte dall'ord. n. 24 del 2017.

¹⁷¹ Ancora Corte cost., ord. n. 24 del 2017. Ma che l'impianto argomentativo complessivo non convinca del tutto, è stato affermato da più parti in dottrina. Tra gli altri cfr. A. BERNARDI, in *Note critiche sull'ordinanza Taricco delle Corti costituzionale*, in A. BERNARDI, F. CUPELLI, *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*, cit., 56 ss.

¹⁷² Indicazioni ulteriori sul punto in PULITANO', 5 ss.; G. INSOLERA – P. INSOLERA, *Dialogo tra Corti o "rimprovero" della Corte? Note a margine dell'Ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale*, in www.parolaalladifesa.it, 2017, 139 s. Critico su questo aspetto in particolare F. VIGANO', *Le parole e i silenzi. Osservazioni sull'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2017, 7 ss. In certi casi la Corte sembra ancorare il principio in parola alla pre-determinazione degli elementi della fattispecie: da una parte vi sarebbe l'esigenza della "concentrazione nel potere legislativo della produzione della *regula iuris*"; dall'altra si fa riferimento alla necessità di "assicurare al destinatario del precetto penale la conoscenza preventiva di ciò che è lecito da ciò che è vietato", dando in tal modo l'idea che da tale perimetro esula l'istituto della prescrizione (le citazioni sono tratte da Corte cost., sent. n. 327 del 2008). Si osservi che la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo sembra limitare la portata del principio di legalità alla definizione degli illeciti e delle pene che li reprimono: in tal senso, chiaramente, Corte di giustizia, sentenza 18 luglio 2013, C-501/11, *Schindler Holding Ltd.*

¹⁷³ Così D. PULITANO', *Ragioni della legalità. A proposito di Corte cost., n. 24/2017*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017. In senso del tutto analogo, della inclusione della prescrizione nella cornice del principio di legalità possa configurare un vero e proprio controlimite, P. FARAGUNA; 370; E. LUPO, *La primauté del diritto UE e l'ordinamento penale nazionale*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 224; C. SOTIS, *Il limite come controlimite. Riflessioni sulla vicenda Taricco*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 16; F. VIGANO', *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni*

Anche quindi la dottrina che propende per la natura sostanziale della prescrizione, e quindi sulla inclusione di esse nell'orbita del principio di legalità, esprime più di qualche dubbio sul fatto che tale principio possa essere espressivo di quei principi irrinunciabili che rappresentano un limite alla penetrazione della normativa dell'Unione europea. Quello che preme sottolineare è che tale passaggio, pur assertivamente sostenuto, non è oggetto di rigorosa dimostrazione da parte della Corte, tenuto anche conto del fatto che alcuni precedenti della stessa Corte sembrano andare in direzione diversa¹⁷⁴. Si tratta, per vero, di un profilo che molto difficilmente potrà essere preso in considerazione dalla Corte di giustizia in quanto esplicitamente affrontato nella stessa sentenza *Taricco*¹⁷⁵.

Il secondo elemento che la Corte chiama in causa è il principio di determinatezza. Se è vero che si tratta di un principio di elevato rango e che viene pacificamente desunto dall'art. 25 Cost., è anche vero che una cosa è la descrizione degli elementi della fattispecie, cosa diversa sono i presupposti a cui vengono ancorate le vicende estintive (per prescrizione) del reato¹⁷⁶. A ciò si possono aggiungere due ordini di considerazioni. La prima attiene al rispetto del principio nell'ambito dell'ordinamento "interno".

Si è osservato che la Corte pare "dimentica del fatto che gli elementi elastici o addirittura vaghi della fattispecie fanno parte dell'esperienza penalistica"¹⁷⁷: si tratta di una constatazione diffusa in dottrina, a cui si può aggiungere una certa corritività della Corte nel "salvare" fattispecie su cui nel tempo si erano addensati consistenti dubbi di costituzionalità, molto raramente sfociati in pronunce di accoglimento¹⁷⁸. Ad onta di una certa sintonia in dottrina sulla possibile iscrizione del principio di determinatezza tra i principi fondamentali dell'ordinamento, occorre rimarcare che la giurisprudenza costituzionale è stata piuttosto prudente nell'adottare tale paradigma nel censurare le varie fattispecie di reato sottoposte alla sua attenzione. Da notare poi che l'esigenza della determinatezza, come corollario dell'art. 25 Cost., viene dalla stessa Corte messo giustamente in correlazione con la

e sulla reale posta in gioco, in A. BERNARDI (a cura di) *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, cit.

¹⁷⁴ Da più parti, infatti, si è fatto riferimento alla sentenza della Corte costituzionale n. 236 del 2011, in cui la Corte ha dichiarato infondata una questione di legittimità relativa ad una norma che introduceva termini più favorevoli di prescrizione escludendo l'effetto di tale prescrizione in relazione ai processi pendenti. Nel caso la Corte ha messo l'accento sulla distinzione tra norme relative alla conformazione dei reati, e alla definizione delle pene, da una parte, e norme che invece attengono alla prescrizione o ad altri aspetti processuali, dall'altra, ammettendo che nel caso l'irretroattività della norma più favorevole potesse essere temperata con il soddisfacimento di altre esigenze in un'ottica di bilanciamento.

¹⁷⁵ Cfr. Corte di giustizia, sentenza 8 settembre 2015, C-105/2014, *Taricco*, spec. par. 56, ove categoricamente si esclude che la disapplicazione prospettata nella sentenza possa contrastare con il diritto dell'Unione (segnatamente con l'art. 49 della Carta) e con l'art. 7 della Cedu così come interpretato dalla Corte di Strasburgo.

¹⁷⁶ Sulla riconduzione del principio di determinatezza all'art. 25 Cost., per tutti, F. BRICOLA, *Art. 25*, in G. BRANCA, *Commentario della Costituzione*, Roma – Bologna, 1981, 256 ss. Secondo G. INSOLERA – P. INSOLERA, *op. cit.*, si tratta della "criticità più seria".

¹⁷⁷ Così A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronuncia che espone, ma non ancora oppone i controlimiti*, cit., loc. cit.

¹⁷⁸ La più celebre è la sentenza sul reato di plagio, dichiarato incostituzionale dalla Corte costituzionale, proprio con riguardo ad una carenza di determinatezza, con la sent. n. 96 del 1981; cfr. sul punto M. BIGNAMI, *Note minime a margine dell'ordinanza Taricco*, in A. BERNARDI, C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*, cit., 67 ss., il quale ricorda altri due casi in cui la Corte costituzionale è addivenuta a pronunce di incostituzionalità per violazione del principio di determinatezza.

conseguente dilatazione, oltre i limiti consentiti dal sistema costituzionale, dei poteri del giudice: si tratta di una correlazione che anche la dottrina, pur con accenti vari, tende a fare propria¹⁷⁹, anche se la giurisprudenza post-Taricco ha finito per mitigarne i timori.

L'ultimo elemento su cui l'ordinanza 24 si sofferma è quello appunto che attiene all'esercizio delle funzioni giurisdizionali nella cornice dei principi costituzionali: l'attività del giudice "deve dipendere da disposizioni legali sufficientemente determinate". Omettendo la Corte di giustizia di indicare "con sufficiente analiticità il percorso che il giudice penale è tenuto a seguire per conseguire lo scopo" si finisce per fuoriuscire dal "limite proprio della funzione giurisdizionale nello stato di diritto per lo meno nella tradizione continentale"¹⁸⁰. Sembra in definitiva che si tratti, almeno nella percezione di buona parte della dottrina, del limite più consistente opposto dalla Corte rispetto ai *dicta* della sentenza *Taricco*¹⁸¹. Sulla ripulsa del giudice di scopo e sulla contrapposizione, che l'ordinanza della Corte costituzionale ben evidenzia, tra legalità normativa e legalità giudiziale, sembra per vero esserci una certa convergenza in dottrina, essendo diffusi i dubbi relativi all'entità dei compiti assegnati dalla Corte di giustizia al giudice comune, con il conseguente rischio di traslare la funzione giurisdizionale, così come tradizionalmente intesa, verso "qualcosaltro" di ancora non definito. Se quello che gli "ordinamenti di *civil law* esigono, è che la legge specifichi scopi, mezzi, limiti delle attività istituzionali"¹⁸², nel caso in esame il rischio di esondare da tali limiti appare quanto mai concreto alla luce della latitudine dei criteri desumibili dalla sentenza *Taricco*.

Interessante notare, in relazione a quest'ultimo profilo e ai correlati dubbi di determinatezza, che la giurisprudenza comune post-*Taricco* ha conosciuto diversi orientamenti. Al di là della loro condivisibilità o meno -di fatto alcune di queste pronunzie hanno attirato le critiche della dottrina- ciò che in questa sede preme rimarcare è il fatto che i giudici comuni, chiamati a confrontarsi con la sentenza *Taricco*, in molti casi hanno di fatto

¹⁷⁹ Nell'ordinanza n. 24 la Corte, dopo aver fatto appello alle caratteristiche di chiarezza e precisione che devono connotare le fattispecie criminose, osserva che esse hanno lo scopo, tra l'altro, di "impedire l'arbitrio applicativo del giudice". In dottrina cfr. tra gli altri, R. KOSTORIS, *op. cit.*, 11; A.MARTUFI, *La minaccia dei controlimiti e la promessa del dialogo: note all'ordinanza n. 24 del 2017 della Corte costituzionale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 11; C. SOTIS, *op. cit.*, 16

¹⁸⁰ Così ancora Corte cost., ord. n. 24 del 2017, che al riguardo soggiunge che tale potere intestato al giudice "non pare conforme al principio di legalità enunciato dall'art. 49 della Carta di Nizza".

¹⁸¹ Ma si tratta di un profilo che era stato evidenziato dalla dottrina anche a seguito della sentenza *Taricco*: sul punto, per tutti, cfr. R. BIN, *Taricco, una sentenza sbagliata: come venire fuori?*, cit., secondo cui la "Corte di giustizia impone ai giudici nazionali di abbandonare le coordinate costituzionali che organizzano la loro professione, per assumere quelle dettate dalla Corte di giustizia stessa, ispirate sempre e comunque all'applicazione diretta del diritto europeo in sostituzione di quello nazionale dichiarato incompatibile"; ma cfr. anche V. MANES, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti*, in [www.dirittopenalecontemporaneo](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 2015, 15 ss.

¹⁸² Così D. PULITANO, *op. cit.*, 5, secondo cui "la ripulsa del giudice di scopo riguarda la tenuta delle garanzie di legalità"; ma sul punto anche F. PALAZZO, *Introduzione*, in A. BERNARDI, C. CUPELLI, *Il caso Taricco*, cit., XXI, secondo il quale il rischio è quello di "uscire dalla dimensione applicativa del diritto per delegare al giudice l'attuazione di programmi politici di largo raggio"; critico sul punto anche LUCIANI, *Il brusco risveglio*, cit., 15, il quale ragiona di un "eccesso di discrezionalità" affidata al giudice nazionale. Di "scontro fra paradigmi", cioè di "legalità normativa v. legalità giudiziale" discorre R. KOSTORIS, *La Corte costituzionale e il caso Taricco tra tutela dei "controlimiti" e scontro tra paradigmi*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2017, 11. In senso analogo, senza pretesa di completezza, M. CAIANIELLO, *Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea. Dialogo tra sistemi o conflitto identitario*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 19; A. GUAZZAROTTI, *I paradossi della vicenda Taricco*, in www.lacostituzione.info, 2017, 2,3; E. LUPO, *op. cit.*, 11; C. SOTIS, *op. cit.*, 15; G. INSOLERA – P. INSOLERA, *op. cit.*, 142, 143;

dato attuazione alle prescrizioni di quella decisione¹⁸³. Nel periodo immediatamente successivo alla *Taricco*, se alcuni giudici hanno sollevato questione di costituzionalità, dando luogo all'ord. n. 24, in altre occasioni hanno proceduto a definire i processi fornendo indicazioni sempre più dettagliate sulle modalità di attuazione delle prescrizioni contenute nella pronuncia della Corte europea¹⁸⁴.

Ricapitolando i punti appena delineati. In relazione alla natura della prescrizione, se si registra una certa incertezza in dottrina sulla riconduzione dell'istituto nell'ambito del principio di legalità, quasi unanimemente le opinioni convergono per la tendenziale esclusione del principio in parola dalla ristretta cerchia dei principi supremi. Se manca, nell'ottica del diritto interno, una uniformità di vedute, non è invero probabile –né forse plausibile– che la Corte di giustizia possa condividere la tesi secondo cui esso sarebbe espressione dell'identità costituzionale. Le divergenze palesi nel panorama delle giurisdizioni europee e dei sistemi giuridici dei singoli Stati in ordine alla declinazione, sostanziale o processuale, dell'istituto della prescrizione cospirano a rendere anche più incerta la sua ascrizione alle tradizioni costituzionali comuni.

La salvaguardia del principio di determinatezza sembrerebbe aprire maggiori spiragli. In primo luogo sulla sua centralità nella ricostruzione del volto costituzionale del diritto penale sembra vi sia concordia in dottrina. In secondo luogo, poi, si tratta di un profilo di cui la Corte di giustizia non si è occupata, di modo che essa potrebbe ragionare in termini di rapporto tra principio di determinatezza e art. 49 della Carta alla luce dei dubbi che la Corte ha disseminato sul punto¹⁸⁵. In relazione a tale principio, però, vanno tenute presenti due considerazioni. Da una parte lo scarsissimo utilizzo di esso da parte della Corte costituzionale, in un panorama in cui le fattispecie penali carenti sotto questo profilo non sono certo una rarità. Ciò che tuttavia potrebbe costituire una seria remora per la Corte di giustizia nel coltivare tale itinerario è l'evoluzione della giurisprudenza comune post-*Taricco*, che è significativa pure in relazione ai dubbi, più radicali e apparentemente più fondati, seminati dalla dottrina in ordine alla funzione stessa del giudice, che nel caso risulterebbe non collimante con il quadro costituzionale e con i suoi principi. Al riguardo occorre tuttavia ribadire che non mancano casi in cui la Corte di giustizia ha affidato compiti altrettanto ampi ai giudici interni senza che la circostanza avesse provocato reazioni particolari da parte della dottrina¹⁸⁶.

¹⁸³ Con accenti critici nei confronti di Cassazione, sentenza 20 gennaio 2016, n. 2210, cfr. L. BIN., *La prima sentenza "post-Taricco" della Cassazione*, in *Archivio penale*, 2016, 1, 1 ss.; G. FIORENTINO, *La Corte di cassazione e la resistibile ascesa della giurisprudenza Taricco*, in www.questionegiustizia.it, 2016; V. MANES, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti*, cit., 17 ss.; S. ROMBOLI, *La nuova stagione dei controlimiti: il caso Taricco all'esame della Corte costituzionale*, in *Consulta OnLine*, 2016, III, 7 ss.

¹⁸⁴ La stessa Cassazione figura tra i giudici rimettenti: cfr., in particolare, ord. 8 luglio 2016.

¹⁸⁵ Possibilista, su una possibile valorizzazione di tale profilo da parte della Corte di giustizia, sembra L. DANIELE, op. cit., 8, 9 il quale appunto osserva come l'aspetto dell'indeterminatezza della fattispecie fosse di fatto "rimasto in ombra" nella sentenza *Taricco*.

¹⁸⁶ Un caso abbastanza clamoroso, che si inserisce peraltro in un filone cui già abbiamo fatto cenno, è costituito da Corte di giustizia, 6 novembre 2003, C-243/01, *Gambelli e altri*, in cui i compiti assegnati al giudice del rinvio sono caratterizzati da una rimarchevole ampiezza. Basti pensare al fatto che "il giudice del rinvio dovrà chiedersi se la circostanza di imporre restrizione penalmente sanzionate [...] per gli intermediari che facilitino la prestazione di servizi da parte di un bookmaker stabilito in uno Stato membro diverso da quello in cui i detti servizi sono offerti [...]"

Il profilo da ultimo evidenziato, unitamente ai dubbi relativi al rispetto del principio di determinatezza, potrebbe quindi risultare in parte disinnescato alla luce degli orientamenti giurisprudenziali che si registrano a seguito dell'arresto della Corte europea¹⁸⁷. Se si può convenire con la constatazione secondo cui la sentenza *Taricco* affida compiti inusitati per i giudici, è anche vero che in molte occasioni essi, anziché rimettere la questione alla Corte costituzionale, hanno già adottato decisioni la cui particolarità risiede nello sforzo di contenere le virtualità della sentenza della Corte di giustizia proprio in punto discrezionalità del giudice. Ciò in modo particolare la Cassazione ha fatto con la sentenza n. 2210 del 2016, la quale fornisce un ampio quadro d'insieme del problema, *in unum* con la risoluzione delle singole questioni che la Corte di giustizia ha demandato al giudice interno¹⁸⁸. Va da sé che non è questa la sede per una valutazione approfondita della sentenza, che di certo mostra luci e ombre, non fosse altro per il fatto che bolla come manifestamente infondata la prospettata eccezione di costituzionalità che adombrava un contrasto con i controlimiti. Nella nostra prospettiva interessa rimarcare che la pronuncia non solo ha dato puntuale soluzione a tutti i problemi (per lo meno quelli rilevanti nella fattispecie in giudizio) posti dalla pronuncia della Corte di giustizia, ma ha anche argomentato in modo approfondito le soluzioni adottate, intessendo il proprio ragionamento con una serie di riferimenti alla giurisprudenza della Corte costituzionale e a quella della Corte di giustizia. Preso atto del fatto che “è compito della giurisprudenza” sciogliere i “nodi esegetici e stabilire così in quali casi operare la disapplicazione richiesta dalla sentenza europea”, la Cassazione, delimitato il campo di applicazione della sentenza della Corte di giustizia, conclude (in un caso in cui la frode, stando all'entità dell'evasione, risultava “grave”) nel senso che l'ottemperanza alle prescrizioni della Corte europea comportano solamente “l'applicazione alla grave frode IVA del termine massimo previsto per i reati di cui all'art. 51 *bis* cod. proc. pen.”, di modo che il termine, in tali casi, “ricomincerà da capo a decorrere da ogni atto interruttivo [...] senza essere vincolato dai limiti massimi stabiliti dal successivo art. 161 in maniera differenziata per delinquenti primari o recidivi”¹⁸⁹.

costituisca una restrizione che ecceda quanto necessario per la lotta alla frode, soprattutto in considerazione del fatto che il prestatore di servizi è sottoposto, nello Stato membro in cui è stabilito, ad un sistema normativo di controlli e sanzioni” e che “spetta al giudice del rinvio verificare se la normativa nazionale, alla luce delle sue concrete modalità di applicazione, risponda realmente ad obiettivi tali da giustificarla e se le restrizioni che essa impone non appaiano sproporzionate rispetto a tali obiettivi”. Si tratta in verità di valutazioni di sistema rispetto alle quali non si comprende quali dovrebbero essere le fonti di conoscenza del giudice al fine di poter compiere le valutazioni a lui affidate dal giudice europeo. Si tratta di una sentenza poi confermata da Corte di giustizia, sentenza 6 marzo 2007, cause riunite C-338/04, C-359/04, C-360/04, *Placanica e altri*. Stando alla Corte costituzionale (sent. n. 284 del 2007), il giudice “avrebbe dovuto verificare, alla stregua di criteri puntualmente indicati dal giudice comunitario, la rispondenza ad obiettivi dotati di valenza giustificativa delle restrizioni alla libertà di stabilimento ed alla libera prestazione di servizi imposte dal legislatore italiano in materia di esercizio delle scommesse”: sul fatto che la Corte di giustizia abbia dispensato criteri puntuali si possono in realtà nutrire dubbi, tanto è vero che il giudice rimettente ritiene, al contrario di quanto affermato dalla Cassazione, che le limitazioni siano incompatibili con le norme comunitarie.

¹⁸⁷ Per uno sguardo di insieme su tali orientamenti cfr. C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il controlimite della riserva di legge in materia penale*, in *Giur. cost.*, 2016, 419.

¹⁸⁸ Il riferimento è a Cassazione, 20 gennaio 2016, n. 2210, su cui si veda la nota di F. ROSSI, *La Cassazione disapplica gli artt. 160 e 161 c.p. dopo la sentenza Taricco*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it 2016.

¹⁸⁹ In questi termini, Cassazione, 20 gennaio 2016, n. 2210.

Se una successiva pronuncia della Cassazione rimetteva, come noto, la questione alla Corte costituzionale, un ulteriore arresto risalente al giugno del 2016 somministrava altre indicazioni in relazione proprio agli snodi critici affidati dalla Corte europea ai giudici comuni¹⁹⁰. Senza scendere troppo nel dettaglio, la pronuncia molto ha lavorato sulla precisazione dei parametri in base ai quali apprezzare la sussistenza dei presupposti dalla Corte di giustizia individuati e posti a base della disapplicazione. In particolare la Cassazione ha indicato alcuni specifici punti di riferimento sia per qualificare la frode come “grave”, anche con un opportuno rimando all’art. 133 c.p, sia per misurare il ricorrere del più inafferrabile concetto di ineffettività delle sanzioni in un numero considerevole di casi di frodi gravi¹⁹¹. Tale requisito deve venire parametrato non tanto su un –non facilmente attingibile- dato statistico di carattere generale, quanto su un dato concreto, inerente al “numero e alla gravità dei diversi episodi di frode per i quali si procede” alla luce del “contesto complessivo” e delle “ragioni di connessione” tra i vari episodi contestati¹⁹². Si tratta di un orientamento confermato anche di recente dalla stessa Cassazione e da alcuni giudici di merito che, con opportuno richiamo alla Corte di legittimità, si sono mossi sulla stessa lunghezza d’onda¹⁹³.

Gli orientamenti dei giudici comuni sembrano in qualche misura attenuare le preoccupazioni che avevano accompagnato i *dicta* della *Taricco*. E’ ben vero che non è inusuale che la Corte di giustizia lasci ampi margini di discrezionalità ai giudici rimettenti, come in dottrina si è osservato, ma è anche vero che nel caso questa latitudine di apprezzamento, oltre che ampia, impingeva anche su un terreno, quello penale, ove diversi principi a tale ampiezza di poteri del giudice sembrano opporsi¹⁹⁴. In questa prospettiva va

¹⁹⁰ Il riferimento è a Cassazione, ord. 30 marzo 2016, n. 28346.

¹⁹¹ Ancora Cassazione, sent. 7 luglio 2016, n. 44584, secondo cui, in particolare, “a gravità della frode deve essere desunta da elementi quali “l’organizzazione posta in essere, la partecipazione di più soggetti al fatto, l’utilizzazione di “cartiere” o società-schermo, l’interposizione di una pluralità di soggetti, la sistematicità delle operazioni fraudolente, la loro reiterazione nel tempo, la connessione con altri gravi reati, l’esistenza di un concetto associativo criminale”. In effetti la griglia è quanto mai elaborata: evidente che residuano ampi margini di discrezionalità ma non meno ampia di molte altre fattispecie di reato. Il problema rimane in relazione alla fonte, che è di conio giurisprudenziale e non legislativo. Nemmeno questo è un elemento del tutto inedito se si pensa, ad esempio, che anche il reato di concorso “esterno” è stato elaborato esclusivamente dalla giurisprudenza.

¹⁹² Ancora Cassazione, sent. 7 luglio 2016, n. 44584, che nel caso, e in applicazione dei parametri elaborati al fine di concretizzare i *dicta* della sentenza *Taricco*, giunge a ritenere che i reati per cui si procede, non ricorrendo appunto gli estremi per la disapplicazione, siano da ritenere, contrariamente a quanto fatto dalla sentenza impugnata, estinti per intervenuta prescrizione.

¹⁹³ Cfr. al riguardo Cassazione, sentenza 14 marzo 2017, n. 12160, con orientamento che appare oramai consolidato e in via di progressivo affinamento: nel caso, infatti, la Cassazione introduce ancora alcune indicazioni con riguardo a tutti i concetti indeterminati presenti nella pronuncia della Corte di giustizia a partire da quello di “frode” di cui vengono precisati i contorni anche sulla scorta del quanto previsto nella Convenzione sulla protezione degli interessi finanziari dell’Unione europea (PIF). Anche i giudici di merito, come anticipato nel testo, si sono mossi in questa direzione lavorando sul concetto di “gravità” delle frodi, che dava adito a dubbi sul piano della determinatezza della fattispecie: cfr. in particolare Corte Appello Milano, sez. II, sentt. 14 dicembre 2016, n. 8266 e 23 gennaio 2017, n. 524, con nota di P. FARCI, *Il giudice di merito davanti a Taricco: il commodus discensus della gravità delle frodi*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, il quale opportunamente osserva che si tratta di “quegli stessi giudici che il 18 settembre 2015 avevano dato inizio al giudizio di legittimità costituzionale sulla sentenza del giudice europeo e che ora, approfittando del *commodus discensus* rappresentato dall’indeterminatezza del requisito della gravità delle frodi, ottengono di ridimensionarne *medio tempore* l’operatività”.

¹⁹⁴ Che la Corte di giustizia possa lasciare un ampio margine di scelte al giudice interno è pacifico. Sul punto, da ultimo, E. CANNIZZARO, *Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e controlimiti costituzionali Sistemi concorrenti di tutela dei*

anche osservato che i giudici hanno ridotto, circoscrivendone le potenzialità espansive (ed “eversive” rispetto al sistema), le indicazioni della Corte di giustizia. Che tale delimitazione provenga dallo stesso potere giudiziario o dalla Corte di giustizia, come dalla Corte costituzionale adombrato, ciò di fatto è in ogni caso strumentale a rendere maggiormente compatibile la fattispecie con il principio di determinatezza e con lo “statuto” dell’attività giurisdizionale nei sistemi di *civil law*.

Altro problema, che sta più sullo sfondo nella pronuncia della Corte, è quello della riserva di legge, intesa come necessaria interposizione del Parlamentare in ambito penale, soprattutto per quanto attiene alla conformazione dei reati, potendosi sostenere l’inidoneità delle statuizioni della Corte di giustizia a soddisfare tale principio¹⁹⁵. Di fatto, però, la Corte si interroga se “la regola enunciata dalla sentenza resa in causa *Taricco* sia idonea a delimitare la discrezionalità giudiziaria”¹⁹⁶ non toccando direttamente il problema della fonte, e quindi il profilo della riserva di legge, almeno intesa in senso stretto, come appunto dominio della legge nella conformazione della fattispecie di reato¹⁹⁷. Sotto questo aspetto, il problema non appare molto diverso nel caso in cui la specificazione delle prescrizioni di cui alla *Taricco* provengano dalla Corte di giustizia o dalla giurisprudenza interna¹⁹⁸: in entrambe le ipotesi il principio di riserva di legge, pur salvaguardato in modo

diritti fondamentali e controlimiti costituzionali, cit., loc. cit., che al riguardo segnala anche alcuni storici casi tra cui la sentenza della Corte di giustizia, sentenza 11 dicembre 1997, C-55/96, *Job Center*, alludendo anche al fatto che talvolta sono rilasciati al giudice “compiti di accertamento statistico, rispetto ai quali esso appare palesemente inadeguato”. Numerosi sono i casi in cui la Corte di giustizia sembra rilasciare al giudice nazionale compiti caratterizzati da una indiscutibile ampiezza, e di conseguenza scelte connotate da un elevato margine di discrezionalità: in questo senso, ad esempio, Corte di giustizia, sentenza 24 luglio 2003, C-280/00, *Atmark GmbH*; cfr. anche, più di recente, Corte di giustizia, sentenza 14 dicembre 2014, C-16/15, *Maria Elena Pérez López*. Un filone di pronunce connotato dall’ampiezza di poteri che la Corte di Lussemburgo affida al giudice nazionale ha a che fare con la disciplina del gioco d’azzardo: tra le altre, Corte di giustizia, sentenza 21 ottobre 1999, C-67/98, *Questore di Verona – Zenatti*; Corte di giustizia, 6 novembre 2003, C-243/01, *Gambelli e altri* sentenza 8 settembre 2010, C-409/06, *Winner Wetten GmbH*; sentenza 15 settembre 2011, C-347/09, *Jochen Dicksinger*; sentenza 12 giugno 2014, C-156/13, *Digibet Ltd*.

¹⁹⁵ Sul punto la Corte si è espressa in termini particolarmente chiari nella sent. n. 230 del 2012, intrattenendosi in particolare sulla *ratio* di tale istituto: partendo dalla considerazione secondo cui il “principio di legalità penale risulta meno comprensivo di quello accolto nella costituzionale italiana”, la Corte osserva che esso “demanda il potere di normazione in materia penale [...] all’istituzione che costituisce la massima espressione della rappresentanza politica: vale a dire il Parlamento, eletto a suffragio universale dall’intera collettività nazionale [...], il quale esprime, altresì, le sue determinazioni all’esito di un procedimento, quello legislativo –che implica un preventivo confronto dialettico tra tutte le forze politiche, incluse quelle di minoranza, e, sia pure indirettamente, con la pubblica opinione”.

¹⁹⁶ Corte cost., ord. n. 24 del 2017. La Corte costituzionale lamenta in sostanza che l’art. 325 TFUE, così come interpretato dalla Corte di giustizia, “omette di indicare con sufficiente analiticità il percorso che il giudice penale è tenuto a seguire per conseguire lo scopo”, lasciando quindi intendere che un intervento della Corte teso a sanare i deficit evidenziati potrebbe risultare soddisfacente nell’ottica del contenimento della discrezionalità giudiziale.

¹⁹⁷ Sul punto insiste, tra gli altri, F. VIGANO, *Le parole e i silenzi*, cit., che appunto annovera anche “il nodo della riserva di legge in materia penale” tra le “cose non dette” dell’ordinanza in esame. Osserva inoltre l’Autore che la Corte costituzionale nemmeno chiarisce “se il riferimento alla “legge” contenuto nell’art. 25, secondo comma, Cost., debba esser inteso come esclusivamente riferito alla legge nazionale approvata dal Parlamento e promulgata dal Presidente della Repubblica, nonché agli atti nazionali aventi forza equiparata [...], ovvero possa includere anche fonti normative direttamente applicabili, o comunque dotate di effetto diretto, dell’Unione europea” (484).

¹⁹⁸ Sul punto F. PALAZZO, *Introduzione*, in A. BERNARDI, C. CUPELLI, *Il caso Taricco*, cit., IX ss., secondo cui nemmeno la Corte di giustizia può produrre regole senza adeguata base legale fornita dal Trattato e quindi non può “tassativizzare” la fattispecie: all’eventuale operazione di “tassativizzazione” della fattispecie da parte del Giudice europeo la Corte dovrebbe rispondere, secondo la dottrina in parola, evocando la riserva di legge. E’ tuttavia vero che in alcuni passaggi dell’ordinanza 24 la stessa Corte pare lasciare intendere che una maggiore puntualità della Corte di giustizia in sede di interpretazione della norma del Trattato avrebbe potuto dissolvere i dubbi di costituzionalità riportando la discrezionalità giudiziale entro limiti compatibili con le coordinate costituzionali. Sulla natura

intenso dalla Corte costituzionale in ambito penale, subirebbe –e di fatto subisce– un’inevitabile attenuazione¹⁹⁹. Non è peraltro nel nostro ordinamento inedita l’ipotesi in cui ad una carenza di determinatezza della fattispecie abbia supplito la stessa giurisprudenza di legittimità, come anche la Corte costituzionale ha avuto modo di asseverare²⁰⁰. Ma vi sono anche casi emblematici di creazione giurisprudenziale di fattispecie criminose: si pensi al cosiddetto “concorso esterno” in associazione mafiosa di fatto forgiato, pur sulla scorta di norme codicistiche, dalla giurisprudenza (di legittimità soprattutto), e non immune da dubbi anche sotto il profilo della conformità al principio di determinatezza²⁰¹. A complicare il quadro, poi, è da considerare che, nella prospettiva del sistema della CEDU, il principio di legalità è soddisfatto sia ad opera di fonti legali che di fonti giurisprudenziali le quali, ai fini del rispetto dell’art. 7 Cedu, sembrano in effetti equivalenti, come la stessa giurisprudenza della Corte di Strasburgo non ha mancato di rimarcare, anche con riguardo a sistemi di *civil law*²⁰².

In ordine al profilo della individuazione dei principi supremi e delle difficoltà che circondano tale operazione, è opportuno ricordare ancora il caso *Fragd*. Si tratta, prima dell’ord. n. 24 del 2017, dell’unico caso, relativo al diritto UE, in cui la Corte è stata in procinto di censurare una norma del Trattato perché contraria ai controlimiti. L’enucleazione del controlimite è sagomata sulla natura del giudizio “incidentale” e sulle caratteristiche logiche, oltre (e prima) che giuridiche, che lo connotano. Non si può al

problematica del rapporto tra diritto dell’Unione e diritto penale, con particolare riguardo proprio al tema della riserva di legge, cfr. A. TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, cit., 209, che sul punto fa riferimento a quanto dalla Corte costituzionale precisato, con riguardo all’art. 23 Cost., nella sentenza n. 183 del 1973.

¹⁹⁹ Sul punto, tra le altre, Corte cost. n. 5 del 2014. In generale cfr. V. MANES (a cura di), *Principi costituzionali in materia penale (diritto penale sostanziale)*, in www.cortecostituzionale.it, 2014. Sul profilo della riserva di legge insiste, a più riprese C. CUPELLI, *Il caso Taricco*, cit., 419 ss.; ma cfr. anche A. BERNARDI, *Note critiche sull’ordinanza Taricco della Corte costituzionale*, cit., 26 ss., il quale ritiene che il principio di riserva di legge sia rimasto “sottotraccia”, come del resto quello di determinatezza; M. BIGNAMI, *Note minime a margine dell’ordinanza Taricco*, in A. BERNARDI, C. CUPELLI, *Il caso Taricco*, cit., 42, giustamente osserva che il problema è quello del “monopolio del legislatore, sia esso nazionale o europeo, ad assumere scelte incriminatrici, o comunque attinenti al regime della punibilità”; cfr. anche V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a “Taricco”. Note minime sull’ordinanza della Corte costituzionale n. 24 del 2017*, in A. BERNARDI, C. CUPELLI, *Il caso Taricco*, cit., 219.

²⁰⁰ Al riguardo sembra interessante la sentenza della Corte cost. n. 327 del 2008 la quale, pur negando che la presenza di un “indirizzo giurisprudenziale costante possa assurgere ad elemento di conferma della possibilità di identificare [...] la più puntuale valenza di un’espressione normativa in sé ambigua, generica o polisensa”, di fatto non misconosce il ruolo della giurisprudenza stessa nella definizione degli elementi della fattispecie; in tal senso cfr., a commento della pronuncia appena citata, F. GIUNTA, *I contorni del “disastro innominato” e l’ombra del “disastro ambientale” alla luce del principio di determinatezza*, in *Giur. cost.*, 2008, 3539 ss. Che il principio di legalità, *sub specie* di “prevedibilità”, possa essere soddisfatto anche nel caso in cui la legge sia resa più chiara e intellegibile a seguito dell’apporto della giurisprudenza è sostenuto da F. PALAZZO, *Principio di legalità e giustizia penale*, in *Cass. pen.*, 2016, 2698.

²⁰¹ Il reato di concorso “esterno” in associazione mafiosa si basa sugli artt. 416-bis e 110 c.p. anche se, di fatto, è stato oggetto di elaborazione da parte della giurisprudenza della Cassazione, come del resto riconosciuto dalla stessa Corte costituzionale: da ultimo con la sent. n. 48 del 2015. Comparso forse per la prima volta, almeno nell’ambito della criminalità organizzata di stampo mafioso, nella sentenza della Cassazione 14 luglio 1987, n. 8092 (*Cillari*), ha conosciuto una certa stabilizzazione solamente ad opera della successiva sentenza della Cassazione, SS.UU., 5 ottobre 1994, n. 16 (*Demitry*). Si tratta di una vicenda di recente passata sotto la lente della Corte di Strasburgo nella sentenza 14 maggio 2015, *Contrada c. Italia*: nella sentenza è stata pacificamente riconosciuta, dopo adeguata ricostruzione, la genesi giurisprudenziale del reato in parola.

²⁰² Si veda, con riferimento all’Italia, Corte Edu, G.C., 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*; ma, anche in precedenza, Corte Edu, *S.W. e C.R. c. Regno Unito*, 22 novembre 1998; Corte Edu, 27 settembre 1995, *G. c. Francia*, secondo cui la chiarezza della legge, ai fini del rispetto del principio di legalità, può essere desunta anche dal una “giurisprudenza costante e pubblicata”; cfr. ancora Corte Edu, 26 aprile 1979, *Sunday Times c. Regno Unito*.

riguardo non ricordare non solo che nel passato il principio, come enunciato nell'occasione, non sempre era stato osservato scrupolosamente dalla stessa Corte costituzionale. Ma si tratta di un principio che è stato nella sostanza del tutto disatteso in tempi più recenti quando la Corte, limitando al futuro gli effetti di una propria pronuncia di accoglimento, non ha escluso da tale limitazione il giudizio da cui la questione muoveva né i giudizi pendenti²⁰³. Se è vero che tale decisione è corredata da una argomentazione di ampio respiro, che opera un bilanciamento tra i vari principi in campo, è altrettanto vero, da una parte, che alcuni dei principi su cui la Corte ragiona non sembra possano essere oggetto di bilanciamento, come l'art. 136 Cost. e, dall'altra, che tale modulo decisorio equivale alla dissoluzione dell'essenza stessa dell'incidentalità²⁰⁴. Tutto ciò a testimonianza della difficoltà che ricorre ogni qual volta ci si accinga ad individuare i principi supremi, rispetto ai quali non pare estranea una certa "relatività".

6.2 *Ulteriori passaggi problematici.*

Prima di accennare a qualche rapida osservazione conclusiva si osservi ancora come vi sono altri passaggi della pronuncia n. 24 che non sono stati oggetto di univoca valutazione in dottrina, di modo che il ragionamento complessivo ne risulta in parte indebolito.

6.2.1 *Il caso "melloni"*

In primo luogo già si è osservato che la situazione con cui la Corte si trova a misurarsi presenta più di qualche analogia con un noto precedente della Corte di giustizia, il caso *Melloni*²⁰⁵. In esso era stata adombrata, da parte del Tribunale costituzionale spagnolo, l'ipotesi di assicurare, in un caso relativo ad un mandato di arresto europeo, una tutela più intensa del diritto di difesa rispetto a quanto previsto dalla Convenzione quadro. La Corte

²⁰³ Si allude alla nota sent. n. 10 del 2015.

²⁰⁴ Entrambi i profili sono stati evidenziati dalla dottrina, che molto si è occupata delle pronuncia, anche alludendo alla discontinuità di essa rispetto ai contenuti della sentenza *Fragd*: sul primo dei profili indicati, per tutti, R. ROMBOLI, *L'obbligo per il giudice di applicare al processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, in www.forumcostituzionale.it, 2015, 1 ss.; sul secondo, in particolare, A. PUGIOTTO, *Un inedito epitaffio per la pregiudizialità costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it, 2015, 1 ss.

²⁰⁵ SI allude, in particolare, a Corte di giustizia, sentenza 26 febbraio 2013, C-399/211 (*Melloni*). Per ulteriori indicazioni sulla pronuncia, tra gli altri, cfr. M. IACOMETTI, *Il caso Melloni e l'interpretazione dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea tra Corte di giustizia e Tribunale costituzionale spagnolo*, in www.rivistaaic.it, 2013, ove si sostiene che di fatto la Corte di giustizia abbia operato un bilanciamento tra "l'esigenza di rendere sempre più salda la cooperazione giudiziaria" e "la garanzia dei diritti fondamentali al giusto processo e alla difesa"; anche con riguardo al "seguito" di essa nell'ambito dell'ordinamento spagnolo, si può rinviare anche S. GAMBINO, *Livello di protezione dei diritti fondamentali (fra diritto dell'Unione, Convenzioni internazionali, Costituzione degli Stati membri) e dialogo fra le Corti. Effetti politici nel costituzionalismo interno ed europeo*, in www.federalismi.it, 2014, 16 ss. Nel senso che la Convenzione quadro in tema di mandato di arresto europeo già contempla un certo livello di tutela dei diritti, di modo che lo Stato non può invocare la salvaguardia di un diritto per sottrarsi all'obbligo di consegna senza così menomare il principio del reciproco riconoscimento e della cooperazione giudiziaria, cfr. anche Corte di giustizia, sentenza 29 gennaio 2013, C-396/11, *Ciprian Vasile Radu*. Si tratta di un obbligo di consegna a cui la Corte di giustizia ha previsto delle deroghe in casi eccezionali: ma, oltre ad indicare le condizioni di tali deroghe, esse si fondano comunque sulla necessità di rispettare la Carta dei diritti e, in particolare il divieto di trattamenti inumani e degradanti banditi dall'art. 4 di essa: in tale senso Corte di giustizia, sentenza 5 aprile 2016, cause riunite C-404/15 e C-659/15, *Pál Aranyosi*.

di giustizia, dal canto suo, premesso che la Convenzione offre una tutela del diritto di difesa frutto di un bilanciamento operato in sede sovranazionale, ha constatato che l'applicazione della norma costituzionale spagnola avrebbe menomato i principi del primato e dell'effettività del diritto dell'Unione: la Corte di giustizia “sembra indicare [...] come tali sistemi di giustizia –quello europeo e quello nazionale- operino limitatamente al rispettivo ambito di applicazione, secondo logiche tendenzialmente di esclusività”²⁰⁶.

Stante l'evidente contiguità tra le due situazioni, la Corte cerca di dimostrare che ricorre una disomogeneità tra i due casi, in linea di massima non condivisa dalla dottrina, non essendo tra l'altro la motivazione sul punto del tutto perspicua. Se, tra le posizioni più moderate, vi è quella secondo la quale si tratterebbe di un *distinguishing* “artificioso”²⁰⁷, buona parte della dottrina, pur non senza eccezioni, ritiene che le ragioni della distinzione non ricorrano, o non siano significative rispetto alla questione in esame, con la conseguenza di ritenere la tutela dei diritti costituzionali nazionali come lesiva del primato del diritto dell'Unione e degli altri principi che ad esso sono legati: “pur in assenza di una sistema armonizzato di regole sulla prescrizione penale, non è facile capire per quale motivo la proposta dalla nostra Corte costituzionale, a differenza di quella prospettata da quella spagnola, non metterebbe in discussione il primato del diritto dell'Unione”; “la violazione del principio del primato non consegue soltanto [...] da una lettura “alternativa del diritto dell'Unione [...] ma anche dalla pretesa invocazione di regole primarie interne in ipotesi maggiormente protettive ma la cui applicazione certamente sterilizza l'applicazione in concreto della regola europea”²⁰⁸.

6.2.2. *L'art. 53 della carta*

Evidentemente correlato al riferimento al caso *Melloni*, risulta anche l'argomentazione che, facendo leva sull'art. 53 della Carta, si concentra sul principio della maggior tutela dei diritti, che nel caso dovrebbe, secondo la Corte, consentire di “eludere” l'interpretazione dell'art. 325 TUE caldeggiata dalla Corte di giustizia. In primo luogo giova osservare che, proprio

²⁰⁶ Così E. CANNIZZARO, *op. cit., loc. cit.*, che ancora precisa che “Melloni vale quindi ad escludere la possibilità di concepire il criterio della tutela più estesa come criterio di soluzione di conflitti tra sistemi concorrenti”. Sulla base di tali premesse si conclude osservando che “il carattere esclusivo del sistema europeo di tutela dei diritti fondamentali non consente, quindi, che esso venga meno a favore dell'applicazione di norme costituzionali nazionali maggiormente “garantiste” nei confronti dei diritti individuali”.

²⁰⁷ Così G. INSOLERA-P. INSOLERA, *op. cit.*, 149.

²⁰⁸ Così, molto chiaramente, R. MASTROIANNI, *La Corte costituzionale si rivolge alla Corte di giustizia in tema di “controlimiti” costituzionali*, cit., 10, 11. Ma sostanzialmente sulla stessa linea, tra gli altri, F. BAILO, *Il principio di legalità in materia penale quale controlimita all'ordinamento eurounitario: una decisione interlocutoria (ma non troppo) della Corte costituzionale dopo il caso Taricco*, in *Consulta OnLine*, 2017 7; A. BERNARDI, *Note critiche sull'ordinanza Taricco*, cit., 29 ss.; M. CAIANIELLO, *L'ordinanza di rinvio della Corte costituzionale nel caso Taricco: dialogo tra sistemi o conflitto identitario*, cit., 21; V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a “Taricco”. Note minime sull'ordinanza della Corte costituzionale n. 24 del 2017*, in www.dirittopenalecontemporaneo, 2017, 10, il quale ritiene che la tesi del *distinguishing* non sia accettabile soprattutto nel caso si ritenga che la materia delle frodi IVA sia “comunitarizzata”, “sulla traccia della sentenza *Ackerberg Fransson*”; R. KOSTORIS, *op. cit.*, 9; A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco*, cit., 86. Ciò non toglie, come anticipato, che alcuni Autori concordano, per motivi non necessariamente coincidenti con quelli fatti propri dalla Corte, con l'opportunità di tenere i due casi distinti. In questo senso, tra gli altri, L. DANIELE, *La sentenza Taricco torna davanti alla Corte di giustizia UE: come decideranno i giudici europei?*, cit., 10; C. AMALFITANO, *Primato del diritto dell'Unione vs identità costituzionali nazionali o primato del diritto dell'Unione e identità nazionali?* In A. BERNARDI, C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*, cit., 12 ss.

con riguardo all'ordinamento comunitario, era già in giurisprudenza comparso un riferimento a tale criterio di giudizio, in una pronuncia ove i controlimiti erano stati identificati nel necessario rispetto dei “principi fondamentali dell’assetto costituzionale e nella maggior tutela dei diritti inalienabili della persona umana”²⁰⁹. Dato che il criterio in parola è stato sino ad ora utilizzato dalla Corte con riferimento al sistema Cedu, il precedente avrebbe potuto essere utilmente richiamato, anche per cercare di sviluppare una distinzione tra l’operatività del principio nei due sistemi, elemento che rimane invece del tutto in ombra nel ragionamento della Corte. Di fatto una argomentazione sul punto sarebbe stata particolarmente utile, attese le differenze che connotano i due sistemi: nell’ambito della Convenzione europea dei diritti dell’uomo, si tratta di sistemi “complementari”, mentre “l’applicazione del principio della protezione più estesa appare molto più problematica nei casi in cui tale principio venga utilizzato come strumento di soluzione dei conflitti tra sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali”²¹⁰.

Nelle diverse fattispecie che vengono all’attenzione della Corte, spesso sono diversi i principi (anche di quelli qualificabili come “supremi”) che entrano in gioco. Il fatto di essere al cospetto di “diversi” principi, implica che essi debbano essere messi in correlazione a seguito di un’opera di pesatura, di bilanciamento appunto, pane quotidiano della Corte, a cui nessun principio in linea di massima si sottrae. Di ciò ha di recente fornito convincente dimostrazione la stessa Corte costituzionale nella sent. n. 238 del 2014²¹¹. “Il criterio della protezione più estesa non è di così agevole soluzione, in particolare allorchè la tutela che un certo sistema assicura ad un diritto individuale emerge da un processo di bilanciamento con altro diritto individuale”²¹². Il criterio della maggior tutela viene (*rectius*, deve essere) riassorbito in quella del bilanciamento tra i diritti, cui non sono estranei nemmeno i principi supremi²¹³. Si tratta di un dato su cui vi è un consenso molto ampio in dottrina²¹⁴. Nella

²⁰⁹ Il riferimento è a Corte cost., sent. n. 227 del 2010.

²¹⁰ Così E. CANNIZZARO, *Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e controlimiti costituzionali*, cit., loc. cit.: “a differenza di quanto accade rispetto alla Convenzione europea, infatti, il sistema di tutela dei diritti fondamentali dell’Unione e il sistema di tutela nazionale non si applicano ai medesimi rapporti giuridici. In via di principio, il primo si applica ai rapporti giuridici regolati dal diritto europeo; il secondo a quelli regolati dal diritto nazionale”.

²¹¹ Il punto è colto perfettamente da P. VERONESI, *op. cit.*, loc. cit.

²¹² Così E. CANNIZZARO, *op. ult. cit.*, loc. cit.

²¹³ Sul punto L. D’ANDREA, *A mò di sintesi: ordinamento europeo e costituzionalismo contemporaneo*, in L. D’ANDREA, G. MOSCHELLA, A. RUGGERI, A. SAIITA (a cura di), *La Carta dei diritti e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, Torino, 2016, 299 ss.

²¹⁴ Sul punto tra, gli altri, A. RUGGERI, *Trattato costituzionale, europeizzazione dei “controlimiti” e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, in S. STAIANO (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, Torino, 2006, 827 ss.); con riferimento all’ordinanza n. 24, cfr. ID., *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco*, cit., spec. 85, ove si ammonisce nel senso che si commette “un grave errore di prospettiva e di ricostruzione, trascurandosi un dato di comune esperienza, secondo cui non di rado una norma [...] può dimostrarsi servente uno o più principi e incompatibile rispetto ad altri, non potendosi pertanto escludere in partenza la evenienza che il superamento di un “controlimite” [...] sia compensato, in relazione alle complessive esigenze del caso, dal servizio offerto ad altri principi fondamentali”; “ciò si rende particolarmente visibile ogni qual volta, proprio grazie all’apertura al diritto internazionale e sovranazionale, si pervenga ad una più adeguata affermazione dei diritti fondamentali nel loro fare sistema”. Anche G. MORBIDELLI, *Corte costituzionale e Corti europee: la tutela dei diritti (dal punto di vista della Corte del Lussemburgo)*, cit., 296 ss., osserva, con riguardo al criterio del livello di protezione più elevato, che si tratta di un criterio difficile da applicare “non solo perché spesso non è affatto decifrabile quale sia il livello più alto di protezione”, ma anche perché “la tutela più ampia prevista in un ordinamento statale può comportare una compressione di altri diritti fondamentali che, non ritenuti in quell’ordinamento altrettanto meritevoli

pronuncia tale aspetto non viene affrontato in modo articolato, limitandosi la Corte assertivamente a sostenere che l'attribuzione alla normativa sulla prescrizione del carattere di "norma del diritto penale sostanziale", con conseguente assoggettamento di essa al "principio di legalità espresso dall'art. 25, secondo comma, Cost.", configura "un livello di protezione più elevato di quello concesso agli imputati dall'art. 49 della Carta di Nizza e dall'art. 7 della CEDU", il quale "deve ritenersi salvaguardato dallo stesso diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 53 della Carta"²¹⁵. Si noti poi che, come si desume da alcune pronunce della Corte di giustizia, una volta riconosciuti alcuni principi come espressivi dell'identità costituzionale di un Paese, la stessa tutela di essa può essere soggetta ad operazione di bilanciamento²¹⁶.

6.2.3 *Tutela dei controlimiti e "primato" del diritto ue*

Un ulteriore passaggio interpretativo, concatenato rispetto all'aspetto appena esaminato, è quello in cui la Corte si sforza di fare convivere la (necessaria) tutela dei controlimiti, espressione dell'identità costituzionale, con il principio del primato. Si tratta di uno sforzo molto problematico, che costituisce uno dei punti più discussi del *reasoning* della Corte²¹⁷. Premesso che "la regola tratta dall'art. 325 del TFUE è applicabile solo se è compatibile con l'identità costituzionale dello Stato membro", la Corte osserva che "l'impedimento del giudice nazionale di applicare direttamente la regola enunciata dalla Corte non deriva da una interpretazione alternativa del diritto dell'Unione, ma esclusivamente dalla circostanza, in sé esterna all'ambito materiale di applicazione di quest'ultimo, che l'ordinamento italiano attribuisce alla normativa sulla prescrizione il carattere di norma del diritto penale sostanziale" assoggettandola al principio di legalità di cui all'art. 25, comma 2, Cost., senza che ciò comporti alcuna "rottura dell'unità del diritto dell'Unione"²¹⁸.

di tutela, risultino invece maggiormente rilevanti per l'ordinamento comunitario o anche per altri Stati membri". Cfr. ancora F. SORRENTINO, *Apologia delle "sentenze gemelle (brevi note a margine delle sentenze nn. 348 e 349/2007 della Corte costituzionale*, cit., spec. 223. Sui problemi che il criterio in parola determina, cfr. già A. VON BOGDANDY, *Comunità di diritti fondamentali come meta dell'integrazione? I diritti fondamentali e la natura dell'Unione europea*, in *Diritto pubblico*, 2001, 877 ss. In relazione, più specificamente, al caso in esame, R. MASTROIANNI, *La Corte costituzionale si rivolge alla Corte di giustizia in tema di "controlimiti"*, cit., 5 ss., osserva che la Corte, dopo aver ricordato l'art. 11 Cost. e la funzione da esso rivestito, "non si preoccupa [...] di operare un bilanciamento in concreto tra la pretesa violazione del principio di legalità, *sub specie* di determinatezza e divieto di retroattività della norma penale, provocato dall'applicazione retroattiva di regole sulla prescrizione diverse da quelle in vigore al momento dei fatti".

²¹⁵ Così Corte cost., ord. n. 24 del 2017. Sull'art. 53 della Carta e sui dubbi relativi alla sua applicazione nel caso di specie si veda ancora E. CANNIZZARO, *op. ult. cit., loc. cit.*

²¹⁶ Così, ad esempio, Corte di giustizia, sentenza 12 giugno 2014, C-156/13 (*Digibet Ltd*), in cui vengono poste in comparazione la ripartizione dello Stato federale in *Länder*, espressione dell'identità costituzionale dello Stato, da una parte, e le esigenze che giustificano restrizioni alla disciplina del gioco d'azzardo, dall'altra. Sul punto B. GUASTAFERRO, *Il rispetto delle identità nazionali nel Trattato di Lisbona tra riserva di competenze statali e "controlimi europeizzati"*, in www.forumcostituzionale.it, 2011.

²¹⁷ Di uno dei punti "più complessi di tutta l'ordinanza e su cui probabilmente si giocheranno i tempi supplementari della partita" ragiona G. REPETTO, *Una ragionevole apologia della supremacy. In margine dell'ord. della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in www.diritticomparati.it, 2017, 7.

²¹⁸ Le citazioni sono tratte da Corte cost., ord. n. 24 del 2017; "il primato del diritto dell'Unione –prosegue la Corte– non è posto in discussione nel caso oggi a giudizio perché [...] non è in questione la regola enunciata dalla sentenza in causa Taricco, e desunta dall'art. 325 del TFUE, ma solo l'esistenza di un impedimento di ordine costituzionale alla sua applicazione diretta da parte del giudice". Secondo una diversa e originale prospettazione, invece, l'interpretazione dalla Corte di giustizia assegnata all'art. 325 del Trattato avrebbe dato luogo ad una situazione di *ultra vires*, avendo

Alla tesi, patrocinata dalla Corte costituzionale, secondo cui la proposta interpretativa tratteggiata non impingerebbe sulla necessaria interpretazione uniforme del diritto dell'Unione, si è opposto che “è invece evidente che una soluzione del genere, capace di mettere in discussione tutti i pilastri su cui si fonda, secondo la Corte di giustizia, il rapporto tra ordinamenti, renderebbe la pronuncia *Taricco*, nella sostanza, *inutiliter data*”; ciò appunto si verificherebbe nel caso in cui “all’ordinamento interno fosse consentito porre un “ostacolo costituzionale” ai suoi effetti nei processi nazionali”²¹⁹. Ciò presuppone che si verta nell’ambito di applicazione del diritto europeo, come di fatto per lo più si sostiene avvenga nel nostro caso²²⁰. Solo infatti in presenza di situazioni ricadenti nell’ambito del diritto dell’Unione, la normativa nazionale deve osservare e rispettare quest’ultimo.²²¹ Alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia, che ha in qualche misura interpretato tale condizione in modo abbastanza ampio, si è in quest’ottica escluso che la prescrizione sia “materia estranea al diritto dell’Unione europea”²²². La norma sulla prescrizione, inerendo ad un reato relativo all’evasione di una imposta che è in parte destinata a confluire nel bilancio dell’Unione, risulta provvista di un collegamento con il diritto dell’Unione che ne giustifica la sottoposizione ai principi di esso. Stando così le cose, e delineandosi appunto un conflitto tra il diritto dell’Unione (nel caso la norma del Trattato così come interpretata dalla Corte di giustizia), e principi costituzionali nazionali, non pare così persuasivo il

assegnato effetto diretto ad una norma in cui “non ricorre praticamente nessuna delle condizioni cui dovrebbe essere subordinata la produzione di effetti diretti”, in tal modo elevando “il principio di attribuzione”, nel caso violato, a “controlimita generale al primato del diritto europeo”: così O. CHESSA, Meglio tardi *che mai*. *La dogmatica dei controlimiti e il caso Taricco*, cit., 30 ss., cui si rinvia per la compiuta dimostrazione dell’assunto.

²¹⁹ In questo senso, chiaramente, R. MASTROIANNI, *La Corte costituzionale si rivolge alla Corte di giustizia in tema di controlimiti costituzionale*, cit., 10, secondo cui, pur non sussistendo ad oggi un “riavvicinamento” nella disciplina delle legislazioni nazionali in tema di prescrizione, “va da sé che qualsiasi disciplina, pur riferibile a ciò che la Corte di giustizia tradizionalmente definisce l’autonomia processuale (in senso ampio) degli Stati membri, capace di incidere in negativo sull’effettività delle norme dell’Unione rientra per definizione nel perimetro dello scrutinio comunitario”. Dubbi in proposito non sono infrequenti in dottrina: tra gli altri, R. KOSTORIS, *op. cit.*, 9 ss.; A. MARTUFI, *op. cit.*, 8.

²²⁰ Sul punto A. BERNARDI, *Note critiche sull’ordinanza Taricco*, in A. BERNARDI, F. CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*, cit., 23: “La Corte di giustizia ha progressivamente dilatato l’ambito del diritto nazionale da considerarsi “attuativo del diritto dell’Unione” e dunque sottoposto al vaglio della Corte di giustizia per quanto concerne la sua conformità al diritto UE e in particolare ai suoi principi, ivi compreso il principio di proporzionalità/effettività della risposta punitiva”; “se le cose stanno così, la configurazione della prescrizione resta allora demandata alla competenza dei singoli Paesi membri solo finché non diventa un problema di diritto europeo: e lo diventa ogni qual volta tale configurazione si riveli capace di interferire in situazioni tutelate dal diritto dell’Unione, nel caso di specie ogni qual volta essa giunga a rendere ineffettiva la tutela penale delle finanze UE: tutela imposta da una norma (l’art. 325 TFUE appunto) cui la stessa Corte costituzionale riconosce ormai non solo il primato, ma anche l’effetto diretto

²²¹ E’ noto che la Corte di giustizia ha adottata un’ottica piuttosto ampia nell’individuazione delle situazioni ricadenti nell’ambito del diritto dell’Unione, limitandosi ad accertare una “interferenza” del diritto interno con il diritto dell’Unione europea: esempio emblematico di tale tendenza è spesso individuato in Corte di giustizia, sentenza 23 febbraio 2013, C-617/10, *Akerberg Fransson*; da ultimo, cfr. Corte di giustizia, sentenza 6 settembre 2016, C-182/15, *Petruhhin*. Nel passato, ad es., Corte di giustizia, sentenza 11 luglio 1985, C-60/84, *Cinéthèque S.A.* Sull’ “invadenza” della Corte di giustizia in materie “legate alla sovranità degli Stati” pone l’accento R. CALVANO, *op. cit.*, 5 ss.

²²² Ancora R. MASTROIANNI, *op. ult. cit.*, 11. Nemmeno della “materia” delle frodi IVA si può evidentemente predicare l’estraneità rispetto all’ordinamento dell’Unione, anzi è sostenibile che si tratti di un settore “comunitarizzato”: così, ad esempio, F. GIUNCHEDI, *La “regola Taricco” e il rapporto tra fonti europee*, in www.archiviopenale.it, 2017, 8

ragionamento della Corte che tende a negare il contrasto con i principi fondamentali del diritto dell'Unione, *in primis* il principio del primato²²³.

In alcuni snodi poi dell'ordinanza 24 compare un riferimento a quel passaggio della sentenza *Taricco* in cui si riserva al giudice nazionale, nella fase di esecuzione della sentenza, il compito di tutelare i diritti fondamentali. Ad onta del fatto che forse non è stato un passaggio felice, e nemmeno indispensabile nell'economia della pronuncia, se non altro per le conseguenze che ha ingenerato a livello interpretativo, occorre pure ammettere che la maggior parte dei commentatori lo interpreta in modo diverso dalla Corte costituzionale. Nella migliore delle ipotesi il ragionamento sul punto è stato considerato non perspicuo, o fin anche "retorico"²²⁴. Stando ad una parte della dottrina tale passaggio poi, lungi dall'essere suscettibile di essere letto alla stregua di un varco lasciato aperto (deliberatamente?) dalla Corte di giustizia per la tutela dei principi fondamentali dell'ordinamento, deve essere interpretato in senso diverso rispetto a quanto fatto dalla Corte costituzionale. La clausola di salvaguardia dei diritti, riservata al giudice interno, è, in quest'ottica, certamente praticabile, ma solo nella cornice del diritto dell'Unione e delle garanzie predisposte dalla Carta dei diritti, come del resto in altre pronunce della Corte di giustizia questa ha fatto più chiaramente intendere²²⁵.

7. *Spunti conclusivi*

²²³ Tale principio, come si è osservato in dottrina, "non consegue soltanto [...] da una lettura "alternativa" del diritto dell'Unione", "ma anche dalla pretesa invocazione di regole primarie interne in ipotesi maggiormente protettive ma la cui applicazione certamente sterilizza l'applicazione in concreto della regola europea" (così ancora R. MASTROIANNI, *op. ult.cit., loc. cit.*). Che la tutela dei diritti fondamentali all'interno degli Stati membri non possa mettere a repentaglio i principi strutturali dell'ordinamento dell'Unione è tra l'altro sostenuto in modo molto chiaro nel Parere reso dalla Corte di Giustizia in relazione all'adesione dell'Unione al sistema CEDU: cfr. Corte di giustizia, parere 18 dicembre 2014, n. 2/13.

²²⁴ In tale direzione R. KOSTORIS, *op. cit.*, 9, secondo cui tale argomentazione, che due volte compare nella cornice della motivazione della Corte, "non appare di chiarissima lettura e sembrerebbe semmai consistere" in una "argomentazione retorica, dato che i giudici di Lussemburgo si affrettano subito a negare che tali diritti posano ritenersi pregiudicati". Ad "oscuri passaggi" allude L. DANIELE, *La sentenza Taricco torna davanti alla Corte di giustizia UE: come decideranno i giudici europei?*, cit., 7. Di "cavillo" ragiona al riguardo C. SOTIS, "Tra Antigone e Creonte sto con Porzia. Riflessioni su Corte costituzionale 24 del 2017 (caso Taricco)", in A. BERNARDI, F. CUPELLI, *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, cit., 437.

²²⁵ Sul punto cfr. R. MASTROIANNI, *op. cit.*, 9 secondo il quale, vertendosi in "materia che rientra nel campo di applicazione del diritto dell'Unione", "è la Carta di Nizza il testo di riferimento per giudicare sulla presenza o meno di un *vulnus* ai diritti fondamentali: e su questo la Corte di giustizia ha già risposto negativamente". Si può anche ipotizzare che si tratti solo di una espressione un poco ambigua, essendosi al contrario in altri, e per certi versi, simili, frangenti, la Corte di giustizia espressa in modo più perspicuo: ad esempio nella sentenza 19 novembre 2009, C-314/08, *Krzysztof Filipiak*, la Corte, riaffermando il principio del primato del diritto comunitario in un caso di conflitto tra una disposizione normativa nazionale e una disposizione del Trattato direttamente applicabile", statuisce che in casi consimili "il giudice nazionale è obbligato a disapplicare tale norma, fermo restando che quest'obbligo non limita il potere dei giudici nazionali competenti di applicare, tra i vari mezzi offerti dall'ordinamento interno, quelli che appaiono loro più appropriati per tutelare i diritti attribuiti agli individui dal diritto comunitario" (citando al riguardo Corte di giustizia, sentenza 22 ottobre 1998, cause riunite da C-10/97 a C-22/97, *IN.CO.GE. '90 e a.*). Nel caso la Corte specifica quello che è forse dato per scontato nella sentenza *Taricco*, e cioè che in sede di disapplicazione della normativa interna il giudice nazionale deve optare, quando disponga della relativa discrezionalità, per la soluzione interpretativa che consenta di salvaguardare i diritti garantiti dal diritto comunitario, non da quello interno.

Se questo è il quadro che emerge a seguito dell'ordinanza 24, e in attesa della pronuncia della Corte di giustizia, sui cui possibili contenuti la dottrina si è già per vero soffermata²²⁶, si possono svolgere alcune rapide considerazioni complessive in ordine sparso.

7.1. *Quali controlimiti*

A leggere l'ordinanza 24 alla luce del panorama giurisprudenziale sui controlimiti, si può constatare che quando la Corte ha tentato una loro messa a fuoco, mai sono risultati così discussi, nel senso che negli altri (pochi) casi in cui sono venuti ad emersione, non si erano registrate prese di posizione così disparate in ordine alla loro individuazione. Nel caso in esame, se non vi è dubbio sull'ascrizione nel novero dei principi supremi del principio di legalità in materia penale, non è meno vero che non c'è concordia sulla sua portata e sulla sua esatta delimitazione. In particolare sul tema della prescrizione il panorama è quanto mai variegato, per lo più dubitandosi, anche da parte di chi lo riconduce sotto l'ombrello del principio di legalità, del fatto che esso possa configurare un vero e proprio "principio supremo". Il principio di determinatezza, che del principio di legalità è una gemmazione, conosce diversi paradigmi e di fatto ha un riscontro giurisprudenziale particolarmente modesto. Tale principio, letto *in unum* con i principi che governano la funzione giurisdizionale, può avere certamente séguito, soprattutto alla luce dei principi della riserva di legge e della separazione dei poteri: temi, questi ultimi, non particolarmente arati nell'ordinanza n. 24 e alla cui identificazione la Corte non ha dedicato soverchio spazio, come la dottrina non ha mancato di sottolineare²²⁷.

In ogni caso c'è convergenza di vedute, al di là delle varietà di accenti, sul fatto che controlimiti siano uno strumento di natura assolutamente eccezionale, il cui utilizzo presuppone il ricorrere di situazioni appunto straordinarie. Che in effetti tale eccezionalità si manifesti nel caso di specie non è un dato su cui si registra una omogeneità di vedute, il che rende ancora più problematica un'attivazione di essi a seguito della pronuncia della Corte di giustizia²²⁸. In dottrina da più parti si è anche ipotizzato, o auspicato, che il ricorso

²²⁶ Si vedano le acute considerazioni di L. DANIELE, *op. cit.*, *loc. cit.*

²²⁷ Diversi Autori hanno per vero fatto riferimento, pur con vari accenti, al principio di separazione dei poteri, che la sentenza della Corte di giustizia finirebbe per inficiare, proprio attraverso l'attribuzione di funzioni caratterizzate da un troppo ampio margine di apprezzamento ai giudici: tra gli altri, L. BIN, *Taricco bis: significati, espressi e impliciti, dei "promessi controlimiti"*, in A. BERNARDI, C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*, cit., 53 SS.; C. CUPELLI, *La posta è in gioco. Il caso Taricco nel dialogo tra le Corti*, in A. BERNARDI, C. CUPELLI, *Il caso taricco e il dialogo tra le Corti*, cit., 84 ss.; M. GAMBARDELLA, *Prevedibilità e sufficiente determinatezza della regola Taricco nel nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo*, in A. BERNARDI, C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*, cit., 168, che tra l'altro si sofferma sul ruolo del giudice nei sistemi di civil law e di common law; I. PELLIZZONE, *Il ruolo del giudice penale nella tutela degli interessi finanziari dell'Unione (e nazionali). Battaglia di retroguardia o principi ineludibili da esporre a controlimite del diritto dell'Unione europea?*, cit., 318 ss; MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a "Taricco"*, cit., 215, secondo il quale in meno di un lustro è la seconda volta che il Giudice costituzionale "si sente costretto ad evocare un "sovraprincipio" come la "separazione dei poteri" — a lungo assunto come premessa tacita di ogni discorso sulla penalità-, valorizzandolo nella giusta sinergia con la riserva di legge".

²²⁸ F. PALAZZO, *Introduzione*, in A. BERNARDI, C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*, cit., XVI, secondo il quale di controlimiti si potrebbe, o dovrebbe ragionare solo in casi "estremi", oltre che "puntuali, episodici, contingenti"; a casi eccezionali che possono condurre all'attivazione dei controlimiti fa riferimento anche R. KOSTORIS, *op.cit.*, 15; cfr. ancora, sul punto, E. CANNIZZARO, *op. cit.*, *loc. cit.* Anche nel passato la natura di *extrema*

ai controlimiti debba passare attraverso lo sviluppo di forme di dialogo e di collaborazione²²⁹. Di fatto, nel caso, se dal punto di vista del procedimento il rinvio pregiudiziale operato dalla Corte sembra soddisfare tali istanze, da un punto di vista sostanziale, pur nell'incertezza dell'epilogo della questione, il confronto assume toni accentuatamente –e inusualmente- conflittuali²³⁰. Ciò anche a conferma del fatto che il dialogo e la cooperazione, tradottisi nel rinvio pregiudiziale, non immancabilmente portano ad evitare il conflitto ma offrono un'ultima possibilità di evitarlo. Una condizione, quella del rinvio pregiudiziale da parte della Corte, oltre che opportuna, probabilmente necessaria per dirimere eventuali contrasti o contrapposizioni, anche se non sempre sufficiente a centrare lo scopo²³¹. Molto dipende dalle modalità con cui il dialogo viene intrattenuto e dalla disponibilità degli attori ad accettare un contemperamento tra le istanze in gioco: l'idea che in tali situazioni di conflitto “tutto si risolva invocando i c.d. controlimiti” appare “una soluzione solo all'apparenza più semplice e diretta; essa in realtà rischia di essere solo “un po' semplicistica, così come lo è, sul versante opposto, quella di invocare *tout court* il primato del diritto dell'Unione per (illudersi di) risolvere un eventuale conflitto tra ordinamenti o tra giurisdizioni”²³².

7.2. Il “tono” dell'ordinanza 24.

ratio connaturata ai controlimiti era stata affermata in dottrina: in tal senso, tra gli altri, A. CELOTTO, T. GROPPPI, *Diritto UE e diritto nazionale*, cit., 1383.

²²⁹ E' da notare, a questo riguardo, che la Corte costituzionale, già nella lontana sent. n. 509 del 1995, aveva preconizzato l'opportunità di attivare lo strumento del rinvio pregiudiziale prima di attivare i controlimiti.

²³⁰ Il tono utilizzato difficilmente può tradursi in un mezzo di “esportazione di principi costituzionali a livello europeo”, come in dottrina si era chiosato in occasione del primo rinvio pregiudiziale operato dalla Corte costituzionale: così M. CARTABIA, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia: atto primo*, in *Giur. cost.*, 2008, 1317. Che si tratti di una impostazione che tende a “radicalizzare” la questione, “rendendo molto difficile per la Corte di giustizia uscirne attraverso un “*commodus discussus* percorrendo strade magari più pragmatiche ma meno dirompenti di quelle battute dalla Consulta”, è sostenuto da F. PALAZZO, *Introduzione*, cit., XVI. In dottrina, preconizzando il superamento del binomio *primauté vs controlimiti* in favore di quello *primauté e controlimiti*, si era immaginato che tra le due istanze si potesse, anche appunto attraverso l'attivazione di forme di dialogo e di collaborazione, di cui peraltro il rinvio pregiudiziale della Corte costituisce un ingrediente fondamentale, realizzare una convivenza meno conflittuale di quella che la vicenda in esame mette a nudo: nel senso indicato A. CELOTTO, T. GROPPPI, *Diritto UE e diritto nazionale: primauté vs controlimiti*, cit., spec. 1382 ss., secondo i quali “i controlimiti si avviano [...] a divenire non più il rigido muro di confine fra ordinamenti, ma il punto di snodo, la cerniera, nei rapporti tra UE e Stati membri”. Si consideri, infine, che la vicenda costituisce del resto una criticità “specificata”, che rispecchia una crisi di più ampio respiro e generalizzata, non solo a livello di rapporti tra ordinamento interno e ordinamento dell'Unione europea: sul punto, con ampiezza di prospettiva, F. LANCHESTER, *Le istituzioni costituzionali italiane tra globalizzazione, integrazione europea e crisi di regime*, Milano, 2014, 3 ss e 27 ss.

²³¹ Se si pone mente al primo rinvio pregiudiziale operato dalla Corte costituzionale con l'ord. 207 del 2013 e se ne esamina l'esito, si può constatare che esso non sia stato forse del tutto soddisfacente non avendo la Corte costituzionale, a seguito appunto del rinvio, corrisposto del tutto alle aspettative che dalla sentenza della Corte di giustizia derivavano (il riferimento è alla sentenza 26 novembre 2014, cause riunite C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13, *Mascolo*). A commento della sentenza della Corte costituzionale n. 187 del 2016, criticamente, R. CALVANO, “*Cattivi consigli sulla “buona scuola”?* La Corte esclude il risarcimento del danno per i docenti precari della scuola in violazione della sentenza della Corte di giustizia sul caso *Mascolo*”, in www.rivistaaic.it, 4/2016.

²³² In questi termini, con equilibrio, A. TIZZANO, *Qualche considerazione dal versante lussemburghese a proposito dei diritti fondamentali*, cit., 78, il quale soggiunge: “in entrambi i casi, infatti, si pensa di superare quel conflitto in termini puramente formali e normativi, ed invece più probabilmente si rischia solo di creare un circolo inestricabile di difficoltà e contrapposizioni, di inviare messaggi discordanti o ambigui all'intero sistema e finalmente di nuocere agli interessi dei cittadini. Esattamente il contrario di quanto richiede la protezione dei diritti fondamentali”.

La dottrina si è intrattenuta a più riprese sull'approccio generale che l'ordinanza 24 sottende ed esibisce. Che il tono di essa sia più o meno conciliante, aperto al dialogo, o suoni piuttosto come un *ultimatum* o un *diktat* alla Corte di Lussemburgo, quello che è certo è che nel passato, almeno in certi storici arresti, la giurisprudenza ha manifestato un atteggiamento sensibilmente diverso²³³. Di questa disomogeneità pare sintomatico l'impianto della sentenza *Frontini*, colto già dalla dottrina ad essa coeva²³⁴. Si tratta di una pronuncia che in varia guisa enfatizza la tendenza all'integrazione degli ordinamenti, marginalizzando del tutto le ipotesi di necessaria salvaguardia dell'identità dell'ordinamento interno: si tratta per vero di un approccio che aveva avuto un significativo antecedente nella sentenza n. 98 del 1965²³⁵. A leggere in contropunto le due pronunce, non è possibile non osservare una sensibile attenuazione della spinta verso un processo di integrazione tra i due ordinamenti su cui la sentenza *Frontini* aveva a più riprese insistito, anche sulla base di considerazioni "di sistema".

Se la sentenza del 1973 aveva assolto al suo storico compito²³⁶, più dubbio, anche alla luce delle disparate reazioni che ha suscitato, è che l'ordinanza 24 abbia corrisposto pienamente alle aspettative che nell'attuale contesto in essa potevano essere riposte. La Corte costituzionale italiana, e altre corti costituzionali, nel passato avevano auspicato che, anche in ambito comunitario, si affermassero forme di tutela dei diritti fondamentali, ma nondimeno avevano via via riconosciuto il progresso registrato dal sistema comunitario sul punto²³⁷. Ora che il cammino pare compiuto, non solo a livello giurisprudenziale, avendo la Corte di giustizia contribuito a riconoscere una serie di diritti anche al di là di quanto previsto dai singoli ordinamenti nazionali (di "addizionali di garanzia" si è ragionato in dottrina²³⁸), ma anche a livello normativo, con l'adozione (e il recepimento nei Trattati)

²³³ Sul punto si intrattiene D. TEGA, *Il tono dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 24/2017 e i suoi destinatari: narrowing the dialogue*, in A. BERNARDI, F. CUPELLI, op. cit., secondo la quale il tono è connotato da "assertività" e "durezza", non usuali peraltro per la Corte. Che si tratti di un approccio che non mira certo all'integrazione è sostenuto, tra gli altri, da M. CAIANIELLO, *L'ordinanza di rinvio della Corte costituzionale nel caso Taricco: dialogo tra sistemi o conflitto identitario*, in A. BERNARDI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*, cit., 77. In relazione alla varietà di atteggiamenti e delle interazioni tra Corti nazionali e Corti europee, nel caso in esame sembrano prevalere "conflitto", "resistenza" e "difesa", rispetto "promozione" e "partecipazione": tale concettualizzazione è dovuta a M. CARTABIA, *I diritti in Europa: la prospettiva della giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Riv. trim. dir. pubblico*, 2015, 50 ss.

²³⁴ I profili innovativi della pronuncia sono colti, tra gli altri, da P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, cit., spec. 2412 ss.

²³⁵ Nella sentenza menzionata nel testo, e sopra meglio descritta, la Corte di fatto aveva verificato la corrispondenza di alcune norme del trattato alle "linee fondamentali" del nostro ordinamento, il che deponeva per un processo, già in sostanza in atto, di integrazione tra ordinamenti: così P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, cit., 2411, 2412, che già a partire dalla sent. n. 98 del 1965 intravedeva un itinerario in grado di portare verso l'"integrazione giuridica"; cfr. anche, sul punto, R. MONACO, *Riflessioni sull'adeguamento dell'ordinamento italiano al diritto comunitario*, cit., loc. cit.

²³⁶ Così E. CANNIZZARO, op. cit., 18: storico compito che era, allora, "quello di promuovere l'evoluzione del diritto dell'Unione verso approdi ordinamentale omogenei a quelli nazionali".

²³⁷ Già nelle sentt. nn. 98 del 1965 e 173 del 1973 della Corte costituzionale compaiono riferimenti a forme di tutela "equivalente" dei diritti nella cornice dell'ordinamento comunitario; la constatazione è ancora più esplicita nella successiva sent. n. 232 del 1989. Sulla giurisprudenza tedesca e sulla sua genesi, muovendo dall'art. 79.3 della Legge fondamentale della Repubblica federale tedesca, cfr., da ultimo, P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione*, cit., 46 ss.

²³⁸ Sul punto si rinvia, anche per opportune e significative esemplificazioni, a G. MORBIDELLI, *Corte costituzionale e Corti europee*, cit., 315 ss., il quale constata come la Corte di giustizia abbia "contribuito in maniera quanto mai rilevante alla elevazione dello standard di protezione e quindi alla estensione del contenuto" dei diritti (310).

della Carta dei diritti²³⁹, la Corte costituzionale mostra segni di irrigidimento a salvaguardia dei diritti costituzionali (fondamentali) come espressione dell'identità costituzionale²⁴⁰. E' vero che tale impostazione si fonda anche sulla lettura congiunta di alcune norme del Trattato, ma nondimeno è l'itinerario complessivo che suscita qualche perplessità, lasciando intendere che tra le istanze di uniformità a livello europeo e quelle di diversità a livello nazionale, sono queste ultime ad essere privilegiate²⁴¹.

Non solo. L'art. 11 Cost. e i valori ad esso sottesi non assumono nel contesto della pronuncia la centralità che hanno in altre occasioni rivestito. Tale norma non è impiegata nelle operazioni di bilanciamento come ci si sarebbe potuti attendere. Il principio di integrazione ad essa sotteso potrebbe (o dovrebbe) entrare nel bilanciamento tra i diversi principi sul tappeto. In riferimento proprio alla questione dei controlimiti si può concordare con quell'opinione secondo cui il principio dell'apertura del nostro ordinamento rispetto ad ordinamenti sovranazionali che perseguono i fini meglio indicati dallo stesso art. 11, non può risultare sempre recessivo rispetto ad altri principi, quand'anche declinabili alla stregua di principi supremi. I principi, infatti, compendati nell'art. 11 Cost., sono connotati da un rilievo ordinamentale che di certo può giustificare un loro impiego in operazioni di bilanciamento²⁴². Come già rilevato, appare significativo lo stacco, sul punto, rispetto alla sent. 238 del 2014, la quale invece coltiva a fondo tale la prospettiva.

²³⁹ E' interessante notare che, a commento della storica sentenza *Simmenthal*, in dottrina si era ritenuto che la condizione per far prevalere il diritto comunitario anche sulle norme costituzionali era quella di dotarsi, a livello comunitario, di un *bill of rights*, sino a quel momento patrimonio delle Costituzioni nazionali: in tal senso, P. BARILE, *Un impatto tra il diritto comunitario e la Costituzione italiana*, in *Giur. cost.*, 1978, 653 (a commento appunto della sentenza della Corte di giustizia 9 marzo 1978, C-106/77, *Simmenthal*).

²⁴⁰ Sul rapporto tra giurisprudenza della Corte di giustizia e Carta di Nizza, si rinvia alle considerazioni di G. RIVOSECCHI, *La Carta dei diritti tra codificazione sui generis e diritto previgente*, in V. ATRIPALDI – R. MICCU' (a cura di), *L'omogeneità costituzionale dell'Unione europea*, Padova, 2003, 247 ss.

²⁴¹ Sulla dicotomia "unità" "diversità" cfr. A. CANTARO, *Le filosofie dell'integrazione sovranazionale*, in A. CANTARO, (a cura di), *Il costituzionalismo asimmetrico dell'Unione. L'integrazione europea dopo il Trattato di Lisbona*, Torino, 2017, 17 ss. Ciò non toglie che, come in dottrina si è osservato, anche dalle "inevitabili distonie del sistema multilivello di protezione dei diritti" possono nascere occasioni di un "continuo dibattito nello spazio comune europeo dei diritti" che in definitiva può concorrere al "processo d'integrazione politica e costituzionale dell'Europa": così S. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, cit., 104.

²⁴² In dottrina si è ritenuta "misteriosa" "la ragione per cui, secondo la comune dottrina (e giurisprudenza), il principio fondamentale dell'art. 11, nel quale [...] riposa il fondamento della *primauté* del diritto comunitario sul diritto interno, dovrebbe recedere per sistema davanti ad altri principi fondamentali, in nome appunto dei "controlimiti", anziché, come usualmente si ritiene possibile confrontarsi ("bilanciarsi") ad armi pari con essi, sì da poter ora prevalere ed ora invece recedere a seconda dei casi": in questo senso, A. RUGGERI, *Trattato costituzionale, europeizzazione dei "controlimiti"*, cit., loc. cit. Cfr., sul punto, anche il contributo di V. CANNIZZARO, *op. cit.*, loc. cit., che non a caso menziona più riprese la pronuncia *Frontini* (spec. note 10, 11), sostenendo che è ancora attuale l'approccio sotteso a tale pronuncia secondo cui il contrasto tra il diritto interno e il diritto dell'Unione deve essere profondo e sistematico per giustificare il ricorso ai controlimiti, confinati appunto a casi eccezionali: "la giurisprudenza della Corte costituzionale si è costantemente riferita all'eventualità di un giudizio di costituzionalità relativo agli effetti prodotti da singole norme europee come ad una eventualità "difficile da configurare anche in astratto", o addirittura "sommamente improbabile" (con riferimento ancora alla sent. n. 183 del 1973). Sulla tendenza all' integrazione come "cifra" dell'art. 11 Cost., in dottrina si è in modo consequenziale sostenuto che "per il fatto stesso di partecipare ad un processo d'integrazione di cui hanno liberamente accettato i vincoli, gli ordinamenti nazionali non potrebbero pretendere di continuare a definirsi in modo autoreferenziale, come sistemi a sé stanti, se non in nome di una sorta di nazionalismo costituzionale che contraddirebbe non solo gli obblighi internazionali ma gli stessi principi costituzionale che esplicitamente legittimano l'apertura dello Stato al processo di integrazione": così, A. TIZZANO, *Qualche considerazione dal versante lussemburghese a proposito dei diritti fondamentali*, cit., 77. Si tratta di una prospettiva che è stata coltivata anche nel passato: per l'indicazione

7.3. *La messa a tema dell'“identità costituzionale”*

La motivazione dell'ordinanza 24 molto si intrattiene sulla nozione di “identità costituzionale”, come limite alla penetrazione del diritto dell'Unione nell'ambito degli ordinamenti nazionali. Certamente è una prospettiva apprezzabile che per la prima volta viene coltivata dalla Corte con argomentazioni anche ampie²⁴³. Pur non essendo questa la sede per soffermarsi su tale aspetto della pronuncia, oggetto di attenzione in dottrina, si può nondimeno osservare che il caso si presenta, rispetto ad altri in cui pure l'identità nazionale viene evocata, come particolarmente problematico dato che la violazione dei controlimiti viene imputata non già a una norma del diritto UE, ma ad una sentenza della Corte di giustizia. I segnali, per vero timidi, del rispetto per le identità costituzionali nazionali manifestati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia non hanno sino ad ora avuto a che fare con fattispecie in cui l'eclissi di tali identità fosse da ascrivere ai *dicta* contenuti in pronunce della Corte di giustizia²⁴⁴. In generale, alla luce della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, si è constatato che l'uso della clausola di cui all'art. 4.2 TUE è stato “piuttosto prudente, poco compatibile, almeno per il momento, con l'orientamento secondo cui essa scolpirebbe nei Trattati la teoria dei controlimiti”²⁴⁵.

E' poi da notare che in un recente caso in cui la Corte di giustizia ha tenuto conto dei principi costituzionali evocati dal rimettente, come espressivi dell'identità nazionale, ha poi rimesso allo stesso giudice nazionale, corredando la pronuncia di una serie di indicazioni aggiuntive, il compito di trovare un contemperamento tra principi costituzionali nazionali e principi del Trattato che nel caso venivano in evidenza²⁴⁶. Nel nostro caso,

di una serie di elementi che appunto depongono per l'integrazione degli ordinamenti cfr., tra gli altri, L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 426 ss.

²⁴³ Sul punto, anche per ulteriori riferimenti, cfr. M. CARTABIA, *Art. 4, par. 2*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, 23 ss.

²⁴⁴ Così il cosiddetto caso *Omega* menzionato dalla stessa Corte nella motivazione (il riferimento, in particolare, è a Corte di giustizia 14 ottobre 2004, C-36/02, *Omega Spielballen*. Anche un altro caso che sovente viene ai nostri fini ricordato in realtà configura un avallo, da parte della corte di giustizia, ad una interpretazione restrittiva di una norma del trattato motivata proprio dalla necessità di tutelare principi e valori espressivi dell'identità nazionale di una Paese membro: il riferimento è a Corte di giustizia, sentenza 22 dicembre 2010, C-208/09, *Sayn-Wittgenstein* (su cui E. DI SALVATORE, *Il caso Sayn-Wittgenstein: ordine pubblico e identità costituzionale dello Stato membro*, in *Quaderni costituzionali*, 2011, 435 ss.). In senso analogo, più di recente, Corte di giustizia, sentenza 2 giugno 2016, C-438/14, *Bogendorff von Wolffersdorff*, che rimette al giudice nazionale il compito di bilanciare i principi costituzionali espressivi dell'identità costituzionale nazionale e i principi del Trattato che nella specie venivano in evidenza. In alcuni casi, invece, la Corte rintuzza i tentativi di allargare indebitamente la nozione di “identità costituzionale”: in questo senso, ad esempio, Corte di giustizia, sentenza 1 marzo 2012, C-393/10, *Dermod Patrik OBrien*.

²⁴⁵ In questo senso, all'esito di un esame della giurisprudenza della Corte di giustizia relativa al periodo 2010-2014, M. STARITA, *L'identità costituzionale degli Stati membri dell'Unione europea nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 2015, 260, secondo cui “il compito assegnato alla clausola è stato piuttosto quello di uno strumento di prevenzione dei conflitti tra diritto dell'Unione e costituzionali nazionali”, rimarcando che di essa si è fatto uso “sul piano interpretativo”, “in particolar modo in materia di deroghe alle libertà di circolazione”. Parte della dottrina ha tuttavia individuato nel ragionamento della Corte un rimando alle tradizioni costituzionali comuni, piuttosto che all'identità costituzionale: così O. POLLICINO, M. BASSINI, *When cooperation means request for clarification, or better for revisitation*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2017.

²⁴⁶ Il riferimento è a Corte di giustizia, sentenza 2 giugno 2016, C-438/14, *Bogendorff von Wolffersdorff*, con nota di G. ZACCARONI, *L'identità costituzionale degli Stati membri ancora davanti alla Corte di giustizia: intorno a von Wolffersdorff*, in www.forumcostituzionale.it, 2016, il quale osserva come “la Corte di giustizia [...] sceglie di riconoscere apertamente che

paradossalmente, i giudici comuni, pur al cospetto di una pronuncia del Giudice di Lussemburgo più *tranchant*, e certo più discutibile, si sono (almeno in certi casi) fatti interpreti della applicazione di essa nell'ordinamento interno salvaguardando le coordinate costituzionali di esso, in sintonia con quel passaggio della sentenza *Taricco* in cui la Corte rilasciava proprio al giudice nazionale il compito di “assicurarsi che i diritti fondamentali degli interessati siano rispettati”²⁴⁷. La Cassazione, soprattutto nella prima sentenza post-*Taricco*, nel dare esecuzione alla pronuncia del Giudice europeo, in modo rispettoso, secondo l'argomentazione della pronuncia, dei principi costituzionali, ha pure ritenuto che i dubbi di legittimità costituzionale fossero manifestamente infondati²⁴⁸.

Sulla lettura che la Corte costituzionale patrocina del reticolo di norme del Trattato che dovrebbero in sostanza condurre ad una (maggiore) considerazione, a livello europeo, dei principi (supremi) degli ordinamenti nazionali, la disparità di vedute è molto ampia, a conferma dell'estrema delicatezza del tema²⁴⁹. Nell'ottica in questa sede adottata, ci si può limitare a due considerazioni. In primo luogo, con riguardo alla prospettiva accolta dalla Corte costituzionale, si può ritenere che il rapporto tra ordinamento interno e comunitario difficilmente possa comportare una sorta di adattamento sistematico del secondo al primo: come in dottrina si è rimarcato, in linea di massima nell'ordinamento comunitario dovrebbe ricercarsi il limite di quello statale e non viceversa²⁵⁰. Si è anche constatato che, “se pure l'integrazione europea non può certo promuovere una sorta di “armonizzazione” dei sistemi nazionali di tutela dei diritti fondamentali, ed anzi, essa assicura il rispetto delle tradizioni costituzionali di ciascun ordinamento, è difficile da parte degli ordinamenti nazionali pretendere l'effetto opposto: la conformità, cioè, dell'ordinamento europeo ai canoni di tutela dei diritti fondamentali accolti in ciascuno di essi”²⁵¹.

la causa di giustificazione invocata dal governo tedesco è ammissibile, lasciando al giudice nazionale il complicato bilanciamento fra l'interpretazione e principio di uguaglianza e la libertà di circolazione di cui all'art. 21 del TFUE”. Sul concetto di “identità costituzionale” e per ulteriori riferimenti cfr. anche P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione*, cit., 173 ss.

²⁴⁷ Corte di giustizia, sentenza 8 settembre 2015, *Taricco*, par. 53.

²⁴⁸ Il riferimento è a Cassazione, 20 gennaio, 2016, n. 2210. Al di là dei profili critici della sentenza, del resto segnalati dalla dottrina, va ad ogni modo rimarcato che essa va apprezzata se non altro per l'impostazione data alla questione: in primo luogo la Cassazione si mostra del tutto consapevole del ruolo che al giudice nazionale spetta a seguito di una pronuncia della Corte di giustizia, ruolo che implica non irrilevanti margini di manovra in sede di interpretazione; in secondo luogo la Cassazione, pur con argomenti suscettibili di essere messi in discussione, esclude, sulla base proprio di una certa interpretazione dei *dicta* della Corte europea, che la soluzione adottata comporti violazione di norme costituzionali (e/o di controlimiti). Al di là dei dubbi che la giurisprudenza in parola ha ingenerato, il caso appare emblematico della necessità di prendere atto che tali conflitti rivestono natura “triangolare”, interessando, a vario titolo ma immancabilmente, Corte costituzionale, Corte di giustizia e giudici comuni: in questo senso, da ultimo, V. SCIARABBA, *La tutela dei diritti fondamentali nella Costituzione, nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, in www.rivistaaic.it, 1/2017, spec. 37 ss.

²⁴⁹ Oltre alle prese di posizione sopra riportate, pare significativo osservare che anche la dottrina che sostiene l'opportunità, se non la necessità, di attivare, nel caso di specie, i controlimiti, esprime riserve sulla lettura che la Corte ci consegna delle norme del Trattato, in particolare degli artt. 4.2 e 6.3 TUE: in questo senso M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, cit., 8 ss. Sull'interpretazione delle norme del Trattato su cui la Corte lavora si vedano le considerazioni, nella prospettiva di un contributo di ampio respiro, di G. CAPONI, V. CAPUOZZO, I. DEL VECCHIO, A. SIMONETTI, *Omogeneità costituzionale europea e identità nazionali: un processo di integrazione circolare tra valori costituzionali europei e teoria dei controlimiti*, in www.federalismi.it, 2014, 4 ss. e 25 ss.

²⁵⁰ Così A. CERRI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., loc. cit.

²⁵¹ Così, molto chiaramente, E. CANNIZZARO, *op. ult. cit.*, 16 (nostro il corsivo). Si vedano, sul punto, anche le considerazioni di A. TIZZANO, *Ancora sui rapporti tra Corti europee: principi comunitari e c.d. controlimiti costituzionali*, in AA.

In secondo luogo, non si può non negare che il presente periodo, particolarmente travagliato nella prospettiva dell'integrazione europea, non appare particolarmente propizio ad innescare, a livello europeo, una considerazione (o ri-considerazione) generale del problema, che di fatto la Corte di giustizia non ha affrontato a livello sistematico: "che la Corte di giustizia sia disposta, in un momento storico simile, a riconsiderare i temi dei rapporti tra ordinamenti in termini così generali, accettando o viceversa escludendo che gli Stati membri possano disapplicare il diritto dell'Unione in caso di contrasto con i principi fondamentali del proprio ordinamento, così come definiti dagli Stati stessi, sembra poco verosimile"²⁵².

In ogni caso va osservato che la tendenza, da tempo rilevata, ad "andare nella direzione di accentuare la rilevanza dei principi costituzionali interni relativi alle garanzie dei diritti fondamentali nella prospettiva della tutela comunitaria" appare di fatto confermata, come del pari appare confermata "la inidoneità della prospettiva dei principi comuni degli ordinamenti degli Stati membri a costituire un parametro adeguato di validità degli atti dell'ordinamento comunitario"²⁵³. Ciò che sembra attualmente attenuare però tale simmetria con riguardo ai più recenti svolgimenti della giurisprudenza è l'ampiezza, e la dimensione, del limite, nel senso che quello che la Corte costituzionale sembra oggi esigere è qualcosa di più di una corrispondenza della tutela dei diritti nei due ordinamenti "nelle sue linee generali", come una risalente giurisprudenza costituzionale aveva fatto intendere²⁵⁴. Nel caso che ci occupa, il riferimento specifico al tema della prescrizione, alla sua declinazione sostanziale, alla sua riconduzione al principio di legalità, sembra ecceda l'approccio secondo cui sarebbe sufficiente, nella prospettiva di un equilibrato rapporto di ordinamenti, una garanzia dei diritti fondamentali sostanzialmente "equivalente", nel senso che la risultante della comparazione dovrebbe consentire di accertare che nel loro *nucleo essenziale* tali diritti vengono salvaguardati anche a livello sovranazionale²⁵⁵.

7.4. *I caratteri della funzione giurisdizionale come controlimite*

VV., *Diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 2008, 483, il quale constata come sia "evidente" che, "per il fatto stesso di partecipare ad un processo d'integrazione, di cui hanno liberamente accettato i vincoli, gli ordinamenti nazionali non possono pretendere di continuare a definirsi in modo autoreferenziale, e come sistemi a sé stanti, ma devono tener conto delle esigenze e degli sviluppi di quel processo e della dinamica che esso ha innescato ed innesca anche a livello della formazione di valori comuni". Sul punto si vedano anche le considerazioni di G. MORBIDELLI, *Corte costituzionale e Corti europee: la tutela dei diritti*, cit., 234 ss.

²⁵² Così L. DANIELE, *op. cit.*, 10, il quale aggiunge che sembra da "escludere che la Corte di giustizia si lasci trascinare in un dibattito in termini generali".

²⁵³ In questo senso, già in tempi risalenti, E. CANNIZZARO, *Tutela dei diritti fondamentali nell'ambito comunitario e garanzie costituzionali secondo le Corti costituzionali italiana e tedesca*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1990, 378, 379, secondo cui il riscontrato atteggiamento è espresso sia dalla Corte costituzionale italiana (in particolare con la sent. n. 232 del 1989), sia dalla Corte costituzionale tedesca, con una pronuncia più o meno coeva.

²⁵⁴ Al riguardo va ricordato che il riferimento al nucleo essenziale della tutela dei diritti trapelava già chiaramente nella ormai remota sentenza della Corte costituzionale n. 98 del 1965 in cui appunto si prefigurava una verifica sul rispetto dei diritti fondamentali non già in termini di corrispondenza puntuale rispetto a quanto previsto in sede comunitaria, ma di corrispondenza con le linee essenziali di essi.

²⁵⁵ Sul punto ancora E. CANNIZZARO, *op. ult. cit.*, 379. Cfr. anche ID., *Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e controlimiti costituzionali*, cit., 16, in cui si evoca il principio della "tutela equivalente".

I controlimiti entrano dunque ancora in azione. Singolare è lo svolgimento cronologico della parabola di essi. Enunciati con riferimento all'ordinamento comunitario per la prima volta, pur in modo embrionale, non hanno conosciuto epigoni concreti tranne un tentativo, che suonava però solo come un segnale di vitalità, o al più un avvertimento, risalente al 1989²⁵⁶. Di fatto essi sono stati azionati, per la prima volta, nei confronti dell'ordinamento canonico e, di poi, con riferimento all'ordinamento internazionale. Singolare appare la circostanza che la loro attivazione (quanto meno probabile) si sia manifestata, nell'ambito che ne ha costituito il terreno di coltura, solo con l'ordinanza 14 del 2017²⁵⁷.

La questione relativa ai controlimiti concordatari, pur relativa ad una norma del concordato, nasceva da una pronuncia di un tribunale ecclesiastico, in cui emergeva una carente garanzia del diritto di difesa. Nel caso dei controlimiti internazionali, quello che si contestava era in sostanza il contenuto interpretativo della sentenza della Corte internazionale di giustizia, che patrocinava una certa interpretazione di una consuetudine internazionale. Nel caso *Taricco*, ad onta del fatto che l'oggetto formale del giudizio sia l'art. 325 TFUE, il bersaglio è la sentenza della Corte di giustizia e i contenuti interpretativi di essa. Quindi la teoria dei controlimiti, di origine eminentemente giurisprudenziale, ha trovato svolgimento proprio, e solamente, nel contesto dell'attività giurisdizionale. Ciò a testimonianza della indubbia centralità della giurisprudenza nell'attuale assetto degli ordinamenti²⁵⁸. Non a caso una delle censure attorno a cui si è, con riguardo al ragionamento svolto dalla Consulta, coagulato il maggiore consenso, è quella che pone l'accento sulla funzione stessa del giudice, che ne uscirebbe stravolta sulla scorta delle indicazioni dispensate dalla sentenza *Taricco*.

Sul ruolo della giurisprudenza nel nostro ordinamento, peraltro, i segnali che provengono a livello di sistema non sono del tutto univoci. Non è certo possibile sviluppare il discorso in questa sede, limitandoci invero ad alcune suggestioni. Che il nostro ordinamento cerchi, in qualche misura, di contenere la tendenza ad attribuire (o riconoscere) un ruolo di centralità alla giurisprudenza, corrisponde senza dubbio al vero²⁵⁹. Al riguardo è stato da molti citata una decisione della Corte costituzionale, relativa al processo penale, in cui veniva censurata la mancata inclusione, tra i presupposti di operatività della revoca della sentenza di condanna, del mutamento giurisprudenziale intervenuto con decisione delle Sezioni Unite della Cassazione, in base a cui il fatto giudicato non è previsto dalla legge

²⁵⁶ Si tratta di un caso certamente particolare in cui la Corte aveva –singolarmente– preposto l'esame sul merito della questione alla enunciazione di una ragione di inammissibilità della *questio*: in questo senso E. CANNIZZARO, *op. ult. cit.*, 377.

²⁵⁷ Una delle spiegazioni di ciò è che attualmente si sarebbero create le condizioni per l'attivazione dei controlimiti, alla luce di una serie di considerazioni anche di sistema: in questo senso, M. LUCIANI, *Il brusco risveglio*, cit., 17.

²⁵⁸ Cfr., sul punto, le considerazioni di N. ZANON – F. BIONDI, *Diritto costituzionale dell'ordine giudiziario*, Milano, 2002, 2 ss.

²⁵⁹ Che il ruolo della giurisprudenza sia essenziale anche nella cornice dell'attività della Corte costituzionale, non ha bisogno di dimostrazioni particolari, alla luce della rilevanza che nell'ambito della propria giurisprudenza la Corte ha sempre attribuito all'interpretazione giudiziale del diritto (cfr. già Corte cost., sent. n. 3 del 1956) e alla luce dell'affermazione della “dottrina” del diritto vivente (sulla cui genesi, A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e “diritto vivente”*. *Genesis, uso, implicazioni*, Milano, 1994).

come reato²⁶⁰. Rigettando la questione, la Corte richiama la “natura” della decisione della Corte di cassazione, la quale, a differenza della legge abrogativa o della dichiarazione di illegittimità costituzionale, è “potenzialmente suscettibile di esser disattesa in qualsiasi tempo e da qualunque giudice della Repubblica”²⁶¹. Rilevata l’“estraneità della regola dello *stare decisis* alle coordinate generali dell’ordinamento” si conclude osservando che sarebbe “illogico che il vincolo di adeguamento alle sezioni unite valga in presenza di un giudicato di segno contrario [...] e non operi, invece, allorchè il giudicato deve ancora formarsi”²⁶². In altre occasioni, invero, la Corte stessa aveva assegnato un ruolo rilevante alla funzione nomofilattica degli organi giudiziari di vertice, in vari contesti processuali, rilevando come “mai sia stata contestata la loro naturale preordinazione a garantire la retta applicazione della legge quando questa sia suscettibile, in astratto, di interpretazioni contrastanti”²⁶³.

Rispetto all’impostazione appena tratteggiata, la Corte, nel caso deciso con la sent. n. 230 del 2012, prende invece le distanze dal principio dello *stare decisis*, rimarcando anche lo scarto tra il nostro sistema e i sistemi di *common law*²⁶⁴. Si tratta di un profilo, quella dell’enfasi sulla disomogeneità tra i due sistemi, non molto diffuso nel passato, ma che di recente conosce diverse epifanie, non solo nell’ordinanza 24, ma anche in una delle ultime decisioni in cui la Corte costituzionale ha avuto modo di fare il punto sul rapporto tra ordinamento interno e ordinamento convenzionale: la sent. n. 49 del 2015²⁶⁵. Proprio in questa pronuncia, come peraltro nelle precedenti relative al sistema CEDU, la Corte enfatizza il ruolo che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo occupa. In questa prospettiva nella sent. n. 49 la Corte attribuisce una peculiare rilevanza, anche con una impostazione che non è andata esente da critiche, alla giurisprudenza “consolidata” della Corte Edu, la quale sola sarebbe in grado di imporsi anche nell’ordinamento interno²⁶⁶.

Quello che più preme notare ai nostri fini è che gli orientamenti sottesi alle due pronunce non paiono del tutto omogenei. Nella prima, infatti, si esclude che alle pronunce giudiziarie, anche di vertice, e pur espressione di diritto vivente, possa essere riconosciuto un *quid pluris* nell’ambito del nostro ordinamento, in considerazione del fatto che “la nuova decisione dell’organo della nomofilachia resta potenzialmente suscettibile di essere disattesa in qualunque tempo e da qualunque giudice della Repubblica, sia pure con l’onere di adeguata

²⁶⁰ Il riferimento è a Corte cost., sent. n. 230 del 2012.

²⁶¹ Così Corte cost., sent. n. 230 del 2012, n. 9 del *Considerato in diritto*.

²⁶² Ancora Corte cost., sent. n. 230, 2012; sul punto si sofferma anche V. NAPOLEONI, *Mutamento giurisprudenziale in bonam partem e revoca del giudicato penale di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di (supposto) adeguamento ai dicta della Corte di Strasburgo*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2012, 175.

²⁶³ Così Corte cost., sent. n. 30 del 2011, che rimarca il valore del precedente, pur in un sistema di *civil law*, “al fine di assicurare il fondamentale valore rappresentato dalla omogeneità nell’applicazione e nell’interpretazione del diritto”

²⁶⁴ Per una riconsiderazione di tale divario, e per una valorizzazione, anche su basi costituzionale, dell’efficacia del precedente, si vedano le considerazioni, sulla citata sentenza, di A. RUGGERI, *A margine di Corte cost. n. 230 del 2012*, post scriptum, in *Consulta OnLine*, 2012, 1 ss.

²⁶⁵ Il riferimento è alla sent. n. 49 del 2015. Anche nella giurisprudenza di legittimità tale approccio è stato coltivato: ad esempio, con riguardo al problema delle norme processuali e dei mutamenti nella loro interpretazione, cfr. Cassazione, SS.UU., 11 luglio 2011, n. 15144.

²⁶⁶ Cfr. Corte cost., sent. n. 49 del 2015, che sul punto si riallaccia alla sent. n. 236 del 2011, la quale aveva ragionato di “giurisprudenza europea consolidata sulla norma conferente”.

motivazione”²⁶⁷. Sul versante europeo, invece, la Corte attribuisce importanza decisiva, ai fini della vincolatività *interna* della giurisprudenza della Corte Edu, al fatto che essa configuri un “diritto consolidato”, che quindi “il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo”, “mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento ormai divenuto definitivo”²⁶⁸. Al di là delle particolarità del sistema CEDU, e a prescindere dalla difficoltà, anche concettuale, che attiene alla individuazione di una giurisprudenza “consolidata” nella cornice di un sistema a forte impronta “casistica”, rimane il fatto che tale giurisprudenza, per quanto univoca, non può essere certo “definitiva”, non solo perché la giurisprudenza di Strasburgo conosce evoluzioni che non di rado si traducono in veri e propri *overruling*, ma anche per le ragioni che la Corte costituzionale bene spiega nella sentenza n. 230 del 2012²⁶⁹. Pur quindi non potendo misconoscere la particolare sensibilità che la Corte costituzionale dimostra per il dato giurisprudenziale, si può constatare che sulla rilevanza “ordinamentale” di esso la Corte non esprime orientamenti del tutto convergenti.

Anche il legislatore, dal canto suo, non sembra per nulla insensibile alla rilevanza del dato giurisprudenziale. Due esempi possono al riguardo suonare come emblematici di tale tendenza. In primo luogo si può ricordare la riforma di alcuni snodi del processo civile risalente al 2009, con particolare riguardo alla revisione del processo per cassazione e all’introduzione del cd. “filtro” per l’ammissibilità dei ricorsi (art. 360 *bis* c.p.c.). Secondo tale disposizione, il ricorso è inammissibile “quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l’esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l’orientamento della stessa”²⁷⁰. A prescindere dai dubbi di costituzionalità che hanno accompagnato tale norma, preme in questa sede rimarcare come la riforma, rendendo più rigidi i processi di evoluzione, ed eventualmente di modifica, dell’interpretazione giurisprudenziale del diritto, accolga e faccia propria una impostazione che dimostra non poche assonanze con i sistemi di *common law*, nella misura in cui, ai fini dell’ammissibilità del ricorso per Cassazione, e quindi ai fini di una possibile modifica dell’interpretazione del diritto, la sussistenza di una giurisprudenza consolidata

²⁶⁷ In questi termini Corte cost., sent. n. 230 del 2012. Sui problemi del rapporto tra legislazione e giurisdizione si vedano le considerazioni, di amplissimo respiro, di M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Giur. cost.*, 2012, 3823 ss. Sul potere creativo dei giudici si veda anche il contributo di D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al “diritto”. Contributo allo studio dell’art. 101, comma 2, della Costituzione italiana*, Napoli, 2008, 102 ss.; cfr. anche R. ROMBOLI, *L’attività creativa di diritto del giudice dopo l’entrata in vigore della Costituzione*, in G. CAMPANELLI (a cura di), *Controllare i giudici? (Cosa, chi, come, perché)*, Torino, 2006, 31 ss.

²⁶⁸ Corte cost., sent. n. 49 del 2015.

²⁶⁹ Occorre anche tuttavia considerare che altra cosa è l’interpretazione del diritto domestico ed altra l’interpretazione del diritto internazionale o sovranazionale. Il principio di conformità, di cui alla sent. 238/2914 o l’autorità di “cosa interpretata” comportano che, per il diritto di altri ordinamenti, ci si debba attenere all’interpretazione dei propri giudici. Sulla particolare natura e sulle caratteristiche della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, si vedano le considerazioni di V. ZAGREBELSKY, *La giurisprudenza casistica della Corte europea dei diritti dell’uomo; fatto e diritto alla luce di precedenti*, in B. BISCOTTI, P. BORSELLINO, V. POCAR, D. PULITANO’ (a cura di), *La fabbrica delle interpretazioni*, Milano, 2012, 61 ss.

²⁷⁰ La modifica al codice di rito è stata appunto introdotta dalla legge 18 giugno 2009, n. 69 e, in particolare, dall’art. 47 della stessa legge. Sui vari ambiti di intervento del legislatore, che hanno interessato vari contesti processuali, cfr. M. MENGOZZI, *Normatività delle decisioni giudiziarie: nomofilachia e Costituzione*, in www.rivistaaic.it, 2015, 6 ss.

rende addirittura inammissibile il ricorso: il dato giurisprudenziale viene in tal modo valorizzato al massimo²⁷¹.

Da una parte, dunque, si attribuisce importanza decisiva al diritto consolidato, incuranti per vero delle difficoltà che circondano una tale individuazione, dall'altra si irrigidisce tale diritto (*rectius*, interpretazione del diritto) rendendo più difficoltosa l'evoluzione giurisprudenziale, che ovviamente passa anche attraverso operazioni di *overruling*²⁷². A fronte, quindi, delle prese di distanze dai modelli di *common law*, anche da ultimo presenti nell'ordinanza 24 del 2017, la riforma appena citata valorizza sensibilmente il ruolo della giurisprudenza, in particolare della Cassazione, rendendola refrattaria a cambiamenti ed evoluzioni, divenendo il diritto vivente maggiormente impermeabile a modifiche e/o evoluzioni e determinando anche una maggiore difficoltà nella verifica di costituzionalità di esso. In tal modo gli intenti scopertamente deflattivi rispetto alla praticabilità del ricorso in cassazione, realizzati attraverso l'attribuzione di una valenza al diritto vivente consolidato mutuata da ordinamenti non certo di *civil law*, finiscono per comportare, come effetto collaterale, un costo elevato in termini di rispetto del principio di legittimità costituzionale²⁷³.

Più di recente, in ambito penale, il legislatore, pur sotto un diverso profilo, mostra di tenere in grande considerazione giurisprudenza "consolidata", dal momento diversi orientamenti espressi dalla giurisprudenza vengono tradotti in provvedimenti legislativi²⁷⁴. Svariati sono i casi in cui tale "cristallizzazione" si manifesta. Quello che è interessante rimarcare è che il legislatore, nel caso, riconosce la rilevanza degli orientamenti giurisprudenziali consolidati, ma nondimeno procede da una loro codificazione, dando in qualche misura per scontata la loro "retrattabilità"²⁷⁵. Il diritto giurisprudenziale, nel processo civile irrigidito e difficilmente suscettibile di essere sottoposto alla stessa Cassazione, in virtù della previsione di un apposito "filtro", nell'ambito del processo penale viene invece, in certi casi, recepito in legge, a testimonianza del rilievo assunto dal formante

²⁷¹ Sul punto E. CALZOLAIO, *Riforma del processo di cassazione e precedente giudiziale: riflessioni nella prospettiva della comparazione "civil law-common law"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 1003 ss.

²⁷² Sulla difficoltà nella ricostruzione della giurisprudenza consolidata, si veda G. FONTANA, *Il filtro magico in nome della nomofilachia (profili costituzionali dell'art. 360 bis cpc)*, in www.forumcostituzionale.it, 2011, 10 ss., il quale soggiunge che "una così determinata ed incisiva valorizzazione, per via legislativa, del diritto giurisprudenziale [...] pare imposta in maniera alquanto improvvisata, trascurando non solo taluni presupposti costituzionali ma anche talune peculiarità del sistema processuale italiano".

²⁷³ Sul quale cfr. F. MODUGNO, *Corollari del «principio di legittimità costituzionale» e sentenze sostitutive» della Corte*, in *Giur. cost.*, 1969, 91 ss.

²⁷⁴ Il riferimento è alla cosiddetta legge "Orlando", la legge 23 giugno 2017, n. 103 ("Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario"), su cui, ancora prima del licenziamento del testo definitivo, già G. SPANGHER, *DDL n. 2067: sulle proposte di modifica al codice di procedura penale*, in *Giurisprudenza penale Web*, 2017, n. 3.

²⁷⁵ Nella legge "Orlando" appena citata diversi sono gli esempi nel senso indicato nel testo: quanto detto si può riscontrare, tra l'altro, in relazione alla disciplina della verifica/controllo dei termini di tempestiva iscrizione dell'indagato nell'apposito registro delle notizie di reato; in tema di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale quando sia in contestazione la valutazione della prova dichiarativa in caso di appello del pubblico ministero, o ancora con riguardo alla nuova disciplina dei casi di cassazione senza rinvio, con specifico riguardo alle fattispecie in cui la Cassazione ritenga di procedere alla rideterminazione della pena, senza incidere sui giudizi di merito in relazione alla fattispecie *sub iudice*. In tutti questi casi, i rispettivi disposti legislativi non fanno altro che codificare altrettanti orientamenti espressi a livello giurisprudenziale e, soprattutto, a livello di giurisprudenza della Corte di cassazione.

giurisprudenziale nel nostro ordinamento, unitamente ad una presa d'atto della sua potenziale volatilità. Da notare che, sempre con riferimento alle modifiche al codice di procedura penale, e con ispirazione analoga a quella esibita nel contesto del processo civile, viene corroborata la funzione nomofilattica della Cassazione, prevedendosi l'obbligo, ad opera delle sezioni semplici, di rimettere la decisione alle Sezioni unite nel caso esse non ne condividano l'interpretazione²⁷⁶.

Il potenziamento della funzione nomofilattica delle giurisdizioni superiori, del resto, appare generalizzata e di certo volto a incrementare il valore del precedente nel nostro ordinamento²⁷⁷. A questa funzione, che pure non ha una diretta copertura costituzionale, la Corte costituzionale ha da parte sua in più occasioni dato avallo, in sede di sindacato sui meccanismi processuali adottati “al fine di assicurare il fondamentale valore rappresentato dalla omogeneità nell'applicazione e nell'interpretazione del diritto”²⁷⁸.

Si tratta solo di esemplificazioni di come l'attività giurisdizionale, il ruolo della giurisprudenza, la rilevanza del diritto vivente nei vari contesti processuali, siano temi sempre in agenda. E lo stesso si può dire del problema della funzione giurisdizionale, delle regole cui deve ispirarsi e dei suoi limiti: sul “potere creativo” del giudice pochi dubbi possono ad oggi sussistere, spostandosi piuttosto il problema sul “grado di creatività” e “sui modi, limiti di accettabilità della creazione del diritto ad opera delle corti giudiziarie”²⁷⁹. In questa prospettiva non appare certo agevole declinare tali limiti, insiti nella funzione giurisdizionale e per loro natura sfuggenti, in termini di principi supremi, come la Corte tenta in sostanza di fare nell'ordinanza 24, soprattutto alla luce dei precedenti in cui i principi supremi erano stati individuati nella inviolabilità della tutela giurisdizionale (nel suo nucleo “più ristretto ed essenziale”²⁸⁰) o nel principio della laicità dello Stato, più tardi emerso nella giurisprudenza costituzionale²⁸¹.

Va poi considerato che la contrapposizione tra diritto legale e diritto giurisprudenziale non può di certo essere radicale: a leggere in maniera rigida l'art. 101, comma 2 Cost., si sarebbe portati ad escludere che il giudice “possa (ancora) dirsi vincolato alle “norme giurisprudenziali” espresse dalle Corti di vertice europee”²⁸². Va da sé che questa

²⁷⁶ Cfr., sul punto, la versione riformata dell'art. 618 c.p.p.

²⁷⁷ Caso emblematico di questa tendenza è anche la disposizione, relativa al processo davanti alla Corte dei conti, che consente al Presidente della Corte di disporre che “le sezioni riunite si pronuncino sui giudizi che presentino una questione di diritto già decisa in senso difforme dalle sezioni giurisdizionali, centrali o regionali”: così l'art. 1, comma 7, della legge n. 19 del 1994 (come modificato a seguito della legge n. 69 del 2009). Sul rapporto tra funzione nomofilattica e “precedente”, si vedano le considerazioni di V. MARINELLI, *Precedente giudiziario*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, vol. VI, Milano, 2002, 871 ss.

²⁷⁸ Così Corte cost., sent. n. 30 del 2011, su cui si vedano le considerazioni di M. CROCE, *La “lunga marcia” del precedente: la nomofilachia come valore costituzionale? (a proposito di Corte cost., n. 30/2011)*, in *Contratto e impresa*, 4-5/2011, 847 ss.

²⁷⁹ Così F. MODUGNO, *Rileggendo Frosini*, in A. JELLAMO, F. RICCOBONO, *In ricordo di Vittorio Frosini*, Milano, 2004, 11.

²⁸⁰ Così Corte cost., sent. n. 18 del 1982. Si tratta di un principio, quello della tutela giurisdizionale, che viene ulteriormente dettagliato e specificato nella sent. n. 238 del 2014.

²⁸¹ Cfr., in particolare, Corte cost., sent. n. 203 del 1989.

²⁸² Così R. KOSTORIS, *op. cit.*, 12, 13, secondo il quale “una tutela nazionale dei controlimiti rispetto all'art. 101.2 Cost. potrebbe portare, se condotta alle sue estreme conseguenze, a colpire al cuore la stessa logica di integrazione che regge i rapporti tra diritto interno e diritto dell'unione e da cui discende lo stesso principio di primazia del diritto

prospettiva avrebbe effetti dirompenti a livello ordinamentale. Ad onta delle preoccupazioni che l'influenza delle giurisdizioni europee possono ingenerare e hanno ingenerato²⁸³, si tratta di una deriva non probabile allo stato e forse non auspicabile²⁸⁴. Al di là dei toni usati, la Corte, nell'ordinanza 24, ha avuto il merito di evidenziare le interazioni, e le contrapposizioni, soprattutto in materia penale, tra diritto legale e giurisprudenziale, *in unum* con una rinnovata messa a tema, con conseguente ridiscussione, dei cosiddetti controlimiti²⁸⁵. Che la convergenza in una unica questione delle due problematiche, di amplissimo respiro, dia esiti positivi e costruttivi nel confronto cui la Corte costituzionale ha dato avvio con la Corte di giustizia, non è allo stato dato di sapere. Solo il seguito della vicenda potrà fornire dati indicativi, ma il fatto stesso che tali profili siano venuti chiaramente ad emersione può già essere considerato un dato degno della massima considerazione

eurounitario". Ma si era dubitato a suo tempo anche della costituzionalità del vincolo derivante dal principio di diritto della Cassazione in sede di giudizio di rinvio, dubbi che peraltro erano stati respinti dalla Corte costituzionale ancora con la sent. n. 50 del 1970, su cui si vedano le osservazioni di A. D'ATENA, *La libertà interpretativa del giudice e l'intangibilità del "punto di diritto" enucleato dalla Cassazione*, in *Giur. cost.*, 1970, 563 ss.

²⁸³ Sul punto, di recente, anche per interessanti esemplificazioni, O. MAZZA, *Legge e potere: l'irruzione delle Corti sovranazionali*, in www.dirittopenalecontemporaneo, 2017.

²⁸⁴ Cfr., con considerazioni di ampio respiro, F. VIGANO', *Le parole e i silenzi: osservazioni sull'ordinanza n. 27/2017 della Corte costituzionale sul caso Taricco*, cit., 489.

²⁸⁵ Il punto è ben evidenziato da E. CANNIZZARO, *op. ult. cit., ibidem*, il quale auspica un ripensamento della categoria dei controlimiti ed, in sostanza, una "attualizzazione" della categoria stessa.

**CARLO CHIMENTI TRA UNIVERSITÀ E ISTITUZIONI
PARLAMENTARI**

INDICE

Fulco Lanchester, *Le ragioni di un ricordo*

Massimo Siclari, *Per ricordare Carlo Chimenti*

Carlo Chimenti, *Le autorità indipendenti nell'evoluzione della forma di Stato*

Giuseppe Filippetta e Sandro Bulgarelli, *Carlo Chimenti, funzionario e bibliotecario. Vitalità e destino della burocrazia parlamentare del Senato*

Paola Piciacchia, *Carlo Chimenti: studioso attento (e talvolta disincantato) del parlamentarismo italiano.*

Le ragioni di un ricordo

di Fulco Lanchester*

Carlo Chimenti (Bologna, 6 febbraio 1930 – Roma, 9 agosto 2017) è stato un personaggio poliedrico e di rilievo. Magistrato ordinario, consigliere del Senato della Repubblica, docente universitario nella Facoltà di Giurisprudenza a Sassari e in quella di Scienze Politiche a Roma Tre, capo di gabinetto di Paolo Barile al ministero per i rapporti con il Parlamento (Governo Ciampi) e sottosegretario ai trasporti durante il Governo Dini, Chimenti è sempre stato un uomo libero, lucido e impegnato. La rivista *Nomos*, di cui è stato assiduo collaboratore negli ultimi venti anni, lo ricorda con la pubblicazione di un inedito, introdotto da Massimo Siclari, sulle *Autorità Amministrative Indipendenti*; da una rievocazione della sua azione come funzionario parlamentare e direttore della Biblioteca del Senato da parte di Sandro Bulgarelli e Giuseppe Filippetta, suoi successori a Piazza della Minerva; e con una bibliografia ragionata, raccolta da Paola Piciacchia, che ha collaborato intensamente con lui a Roma Tre. Dal complesso dei contributi pubblicati risalta in modo impressivo l'importanza scientifica e pragmatica dell'opera di Carlo Chimenti sia come studioso del diritto pubblico italiano e comparato, sia come operatore nell'ambito del diritto parlamentare, sia – infine – come uomo delle istituzioni durante la sua esperienza di Governo.

Nomos, nei prossimi numeri, dedicherà la sezione saggi al mutare del ruolo dei funzionari parlamentari nell'ambito del cambiamento della funzione delle assemblee parlamentari partendo dagli anni Sessanta. Sono sicuro che Carlo Chimenti, con Andrea Manzella uno dei tecnici che contribuirono alla riforma regolamentare del 1971, parlerà a tutti noi con il suo contributo teorico e pragmatico anche in questa occasione.

* Professore ordinario di Diritto Costituzionale Italiano e Comparato presso il Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università "La Sapienza" di Roma.

Per ricordare Carlo Chimenti

di Massimo Siclari¹

Il testo che segue riporta il contenuto della lezione che Carlo Chimenti svolse il 13 aprile 2012 nell'ambito del seminario da me organizzato nella Facoltà (oggi, in omaggio agli iconoclastici dettami gelminiani, Dipartimento) di Scienze politiche dell'Università degli studi Roma Tre, sul tema *Le autorità indipendenti: problemi e prospettive*. L'Autore me l'aveva inviato, per consentirmi di pubblicarlo in volume assieme ai testi delle altre lezioni svolte nell'ambito del Seminario che erano state tenute da colleghi e/o componenti di autorità indipendenti, tra marzo e maggio 2012, con cadenza settimanale. Per vari motivi, tra cui la decisione di gran parte degli autori di non destinare alle stampe i testi delle loro lezioni, il libro non uscì ed il file con il contributo di Chimenti rimase nella memoria del mio pc. Sembra opportuno ora pubblicarlo, a distanza di poco più di un mese dalla sua scomparsa, per più di un motivo. Il primo è che quella sulle autorità indipendenti è stata l'ultima lezione di Chimenti a Roma Tre, l'Ateneo nel quale Egli era approdato in coincidenza con la costituzione della Facoltà di Scienze politiche ed ove insegnò per lunghi anni – anche dopo il suo pensionamento – diverse materie giuspubblicistiche (diritto costituzionale, diritto costituzionale comparato, diritto parlamentare) per le quali predispose alcuni volumi apparsi per i tipi di Giappichelli (*Addio prima Repubblica. Lineamenti della forma di governo italiana nell'esperienza di dodici legislature*, ult. ed.: 1997; *Noi e gli altri. Compendio di diritto costituzionale italiano e di elementi comparativi*, ult. ed.: 2001; *Principi e regole delle assemblee politiche*, 2004). La lezione sulle autorità indipendenti, dunque, costituisce la testimonianza dell'ultimo impegno didattico onorato dal suo Autore in quella che fu la struttura universitaria ove svolse il suo magistero nella parte finale della sua vita accademica.

Il secondo motivo sta nella considerazione che lo scritto – oltre a contenere delle osservazioni il cui valore rimane di grande attualità a distanza di oltre cinque anni – integra il grande mosaico di riflessioni sulle vicende istituzionali affidate via via nel tempo alle pagine (cartacee e/o telematiche) di questa rivista e di *Queste istituzioni* nonché di diversi volumi: *Il governo dei professori. Cronaca di una transizione*, Passigli 1994 (singolare testimonianza, dall'interno, dell'esperienza del governo Ciampi, durante la quale Chimenti fu Capo di gabinetto di Paolo Barile, Ministro per i rapporti con il Parlamento); *Anatomia della XIV legislatura. Cronache di un quinquennio tra innovazione e continuità*, Giappichelli, 2006; *Frammenti di critica delle istituzioni. Scritti su argomenti costituzionalistici pubblicati fra il 2004 e il 2009 raccolti in versione riveduta e corretta*, Giappichelli, 2009; *Cronache di berlusconismo terminale. Le istituzioni nella XVI legislatura: fatti e commenti*, stampato in proprio, 2013. Con tutti questi scritti, quello che segue, condivide la considerazione critica dello stato delle istituzioni e l'auspicio sia di una modifica delle stesse sia del recupero di un senso delle istituzioni ormai smarrito da

¹ Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università degli Studi Roma Tre.

parte degli attori politici. A questi scritti va affiancato il denso contributo dal titolo *Il ruolo delle assemblee elettive nella forma di governo* ed apparso in un volume da me curato (*I mutamenti della forma di governo tra modificazioni tacite e progetti di riforma*, Aracne, 2008), ove può rinvenirsi, tra l'altro, un'amara riflessione sul fallimento del bipolarismo in Italia, su cui l'Autore pure aveva riposto le speranze per un proficuo rinnovamento istituzionale – in forza del quale le Camere sono «diventate ... il “luogo” lasciato all'opposizione e alle sue sconfitte» (p. 182).

Insomma, il contributo sulle Autorità indipendenti è un saggio emblematico della recente produzione di Carlo Chimenti e pertanto sembra opportuno darne pubblicazione per ricordarne la Sua opera.

Le Autorità Indipendenti nell'evoluzione della forma di stato¹

di Carlo Chimenti

Il mio discorso prenderà le mosse da lontano, cioè da una constatazione che è ormai sotto gli occhi di tutti: l'irresistibile tendenza alla globalizzazione dell'economia, che si è prodotta a seguito della libera circolazione dei capitali e delle merci (anche là dove quella delle persone incontra limiti più o meno significativi). Tendenza dalla quale discende la prospettiva di una relazione fra potere politico e potere economico-finanziario che appare praticamente capovolta rispetto a quanto conosciuto in passato: vale a dire, sempre più squilibrata a scapito del potere politico, nel senso che è quello economico-finanziario a dettare le linee della politica generale degli Stati, e non viceversa. Fenomeno al quale non si può guardare senza allarme nella misura in cui – implicando un abbassamento della guardia contro le disparità ricchi/poveri, che sono un antico veleno inoculato nelle contemporanee società, come ha osservato il Card. Bagnasco (Corsera 1/3/2012) – appare in grado – quando metà del mondo guarda in TV, all'ora di pranzo, l'altra metà del mondo che muore di fame (Gallino “La lotta di classe) – di minare alla radice, assieme alla civiltà stessa, il paradigma dello Stato democratico. Sottraendo alla decisione politica – e dunque al controllo del continuum popolo/partiti/Parlamento/Governo (col supporto più o meno determinante delle principali organizzazioni sociali, sindacati in testa) – gran parte delle scelte riguardanti la collettività nazionale ed i suoi interessi. Quello Stato democratico la cui ultima versione – lo Stato sociale – affermata alla fine della prima guerra mondiale in concomitanza con la diffusione del suffragio universale ed in funzione della riduzione delle disparità economiche e sociali – ha cominciato ad entrare in crisi negli ultimi anni del secolo scorso, allorché la dottrina e le correnti politiche “neoliberiste” ne hanno messo in evidenza i costi elevati, gli sprechi, l'inefficienza e spesso la corruzione. Ed hanno avuto grande successo, quelle teorie, così da generalizzare il favore per un ridimensionamento degli interventi dello Stato sociale, nella convinzione che il libero mercato fosse comunque preferibile agli interventi statali (ritenuti meri strumenti delle ambizioni e della fame di potere dei politici); teorizzando quindi la “privatizzazione” di tutti i servizi pubblici (eccetto quello militare!) o addirittura che lo Stato dovrebbe funzionare come un'azienda; fino al paradosso di pretendere il finanziamento con risorse pubbliche delle grandi imprese private (“troppo grosse per fallire”: banche, ma non solo), quando la loro miope ricerca del massimo guadagno finisca – come si è visto anche negli USA – per mandarle in malora: esempio da manuale di ciò che un tempo si irrideva in quanto socializzazione delle perdite dopo avere privatizzato i profitti.

¹ Lezione svolta il 13 aprile 2012, nell'ambito del Seminario dedicato al tema *Le autorità indipendenti: problemi e prospettive* nella Facoltà di Scienze politiche dell'Università degli Studi Roma Tre.

L'allarme di cui dicevo nasce dal constatare che la sottrazione alla mano pubblica, ossia al controllo dei partiti, di determinate materie – diciamo così – “sensibili”, per conferire alla disciplina di esse una maggiore tempestività, stabilità e credibilità, mettendole al riparo dagli ondeggiamenti connessi alle pur legittime controversie politiche, lascia vedere a occhio nudo il deperimento delle istituzioni democratiche; e suggerisce di interrogarsi sulla compatibilità della democrazia in sé e per sé con la globalizzazione economica (la quale accentua la visibilità delle diseguaglianze), o quanto meno sugli aggiustamenti da apportare ad entrambe per ottenere tale compatibilità. È vero che la tipologia dei regimi democratici presenta, di tempo in tempo, numerosi modelli diversi – fra cui in particolare quello maggioritario e quello consensuale – mentre alla base dell'economia c'è stato in realtà un solo modello di sviluppo, che si chiama capitalismo; la cui ultima manifestazione – il capitalismo finanziario – essendo molto recente, non dovrebbe andare incontro all'accusa che veniva rivolta al suo capostipite da W. Benjamin che, negli anni '20 del Novecento, definiva il capitalismo tout court come una forma di religione, cioè come qualcosa di molto simile ad una fede. Ma purtroppo è anche vero che il capitalismo – dimostratosi storicamente il “sistema di organizzazione dei fattori produttivi in grado di produrre col minor costo la maggiore quantità di beni, ed in una varietà più ampia” (Galli della Loggia, Corsera 29/2/12) – è un ingrediente tipico dei regimi liberal-democratici, nel senso che tutti i paesi democratici hanno un'economia capitalista, mentre non è vera la reciproca, poiché non tutti i paesi che hanno un'economia capitalista possono dirsi democratici. Il modello di sviluppo capitalistico, infatti, è compatibile anche con regimi tutt'altro che democratici, come la Cina attuale; ma, senza andare lontano, basta ricordare che in casa nostra il capitalismo è rigogliosamente fiorito durante il fascismo. Del resto, non manca chi (R. Esposito, La Repubblica 6/12/11) osserva come, al giorno d'oggi, “la triade occidentale capitalismo-nazionalismo-liberaldemocrazia”, su cui a lungo i popoli hanno fatto affidamento per crescere, si vada rompendo “in nome di un nuovo capitalismo di tipo autoritario”, del quale l'occidente non sembra affatto disdegnare la capacità di sedurre quanti si propongono di arricchire.

Naturalmente, qui non interessa indagare se il capitalismo, inteso come religione secolare del nostro tempo, col suo culto delle merci, del profitto e del denaro, lasci spazio oppure no a qualcosa di diverso; e tanto meno se l'esperato materialismo di questi culti discenda, oppure no, dal fatto che la “vecchia religione cristiana ha progressivamente perso forza ed autorità, ed è stata messa ai margini della realtà sociale” (Galli della Loggia). A me basta constatare che il capitalismo si è rivelato come la più feroce e implacabile delle religioni, per cui la Banca ha preso il posto della Chiesa (e gli algidi banchieri il posto dei suoi sacerdoti), governando il credito in modo del tutto privo di scrupoli (G. Agamben, La Repubblica 16/2/2012): cercando cioè di lucrare denaro in qualsiasi modo, fino al punto di giungere, nel gestire il debito degli Stati, a farli abdicare più o meno docilmente – l'esempio della Grecia è lì a dimostrarlo in modo icastico – alla loro sovranità.

Venendo adesso alle AI, mi pare che nella loro nascita e soprattutto nel loro aumento debba vedersi un segno significativo del declino della politica a vantaggio dell'economia finanziaria, e più in generale un segno del deperimento dello Stato democratico, nella misura in cui lo scopo di esse è quello di sottrarre alla decisione dei partiti le scelte attinenti ad una crescente quantità di materie “sensibili”. Quali? Poiché col Governo in carica sembra essere iniziata una fase di riordinamento di esse (di cui peraltro si parlava già durante l'ultimo Governo Prodi) basterà indicarne i filoni principali in attesa che – magari attraverso una legge quadro, come auspica M.Ainis (Corsera 26/1/12) – la materia trovi un assestamento definitivo. E questi filoni possono al momento essere individuati nei seguenti tre: finanza, libertà individuali e collettive, economia. Nel settore della finanza rientra, anzitutto, quella che, al di là della denominazione, va considerata la più antica delle nostre Autorità Indipendenti, ossia la Banca d'Italia, istituita nel 1895 con compiti di vigilanza sulle aziende di credito, e la cui autonomia dalla politica è stata solennizzata nel 1981 dal cosiddetto “divorzio” dal Ministero del Tesoro, consistente fra l'altro nell'abolizione della possibilità che il Tesoro aveva di disporre di uno “scoperto” nel suo conto corrente presso la Banca stessa; ma rientrano anche la Consob, ossia la Commissione per le società e per la borsa (del 1973), finalizzata ad assicurare la trasparenza delle s.p.a.; e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (del 1990), alla quale è stato affidato (nel 2004) il compito di vigilare sul cosiddetto “conflitto d'interessi” dei governanti. Nel filone della libertà possono annoverarsi il Garante per la protezione dei dati personali (del 1996), nonché l'Autorità chiamata a vigilare sulle telecomunicazioni, la radiotelevisione, l'editoria e la pubblicità (del 1995-1997), ed anche quella competente sul diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali (del 1990). Nel filone dell'economia, troviamo l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas (del 1995) e quella per la protezione dell'ambiente e dei servizi tecnici (del 2002). Collocabili entro questi filoni sono altresì le new entry previste dal Governo Monti: l'Autorità per i conti pubblici e quella per i trasporti.

Quanto alle funzioni, e sempre in attesa di un assestamento definitivo dell'istituto, esse al momento sembrano esaurirsi fondamentalmente in due categorie, che possono definirsi l'una di carattere “paragiurisdizionale” e l'altra “paranormativo”. Guardando cioè al complesso dei compiti attribuiti alle varie Autorità -e dunque alla sommatoria fra essi- si può notare che, accanto al controllo ed alla vigilanza sui settori di rispettiva competenza, possono leggersi compiti normativi e compiti di regolazione di controversie; e che l'interpretazione più diffusa e convincente delle Autorità stesse è quella che, considerandole (specialmente all'inizio) una reazione agli abusi governativi in campo economico, le qualifica come contrappeso nei confronti del potere politico in generale, ed in particolare – per la parte di esse che riflette la “trasmigrazione” della sovranità dello Stato a favore dell'UE nel settore finanziario e monetario – come contrappeso dei poteri così trasmigrati. Direi pertanto che, volendo esaminare la situazione in chiave di evoluzione della nostra forma di

Stato, sarebbe fuori luogo approfondire l'analisi delle singole Autorità per stabilire a quale titolo si giustifica -costituzionalmente parlando- il loro ingresso nel nostro ordinamento: simile analisi, infatti, somiglierebbe troppo ad una riproposizione delle problematiche che Don Ferrante si poneva dinanzi all'incombere della peste, per stabilire cioè in quale categoria aristotelica annoverarla, se in quella della sostanza od in quella dell'accidente. Ed in effetti, a parte il fatto che le AI non hanno nulla di pestilenziale, c'è da dire che esse – sebbene ignorate dalla Costituzione – fanno senz'altro parte ormai della nostra realtà ordinamentale, o se si preferisce della Costituzione vivente. E poco importa – sebbene in punto di costituzionalismo puro sia doveroso discuterne – se esse configurino, come taluno sostiene, una modifica della forma di Stato sotto il profilo della separazione dei poteri; se e come possano restare ben distinte vuoi dal potere esecutivo vuoi dal potere giurisdizionale (pur accostandosi a quest'ultimo per il connotato della “neutralità”); come conciliarle col principio di legalità, dal momento che sono bensì chiamate a rispettarlo, ma anche a tutelare il buon governo dell'economia; e come accettarle, in definitiva, in un sistema democratico-rappresentativo come il nostro, considerata la loro assoluta mancanza di legittimazione democratica (che si pretende sostituita da una legittimazione fondata sulla tecnica e sulla competenza).

Direi perciò che, senza ricercare qui risposte puntuali – che pure non mancherebbero – a tutti questi interrogativi, conviene ribadire e sottolineare le finalità delle AI: che sono di garanzia e/o di contrappeso nei confronti del potere politico in ambiti in cui se ne avverte il bisogno, nel tentativo – come scrive M. Manetti – non già di eliminare o neutralizzare la politica, ma di razionalizzarla. Senza dimenticare, ad indiretto supporto di questo ordine di idee, che le Autorità sono nate e si sono sviluppate anzitutto in contesti nazionali la cui democraticità è al di sopra di ogni sospetto, come sono quelli anglosassoni – Gran Bretagna ed USA in primo luogo –, ed hanno poi trovato terreno fertile a livello continentale non solo da noi, ma anche in Spagna. Semmai si può aggiungere, in chiave di forma di governo, che esse sembrano attecchire soprattutto in contesti maggioritari, un po' meno in contesti consensuali; e la cosa non desta troppa meraviglia, se si considera che la relativa ristrettezza delle forze politiche al potere accresce, nei sistemi maggioritari, l'aspirazione ad istanze decisionali caratterizzate dalla “terzietà”.

Comunque, il punto nevralgico della disciplina di questi organismi, da commisurare alle loro finalità di contrappeso riequilibratore rispetto alle spinte provenienti dalla politica è, con tutta evidenza, quello di assicurarne la “neutralità”, ossia di collocarli in posizione super partes tale da consentire loro il migliore svolgimento dei compiti in senso lato arbitrari di cui sono investiti. E da questo punto di vista non c'è dubbio che – oltre alla descrizione in termini rassicuranti, negli atti istitutivi, dei profili dei candidati a far parte delle AI, ossia persone di “chiara fama”, di “indiscussa professionalità”, di “vasta esperienza” e così via –

il nodo principale riguarda il potere di nomina: a chi spetta, cioè, e con quali procedure. Parrebbe naturale quindi che, in funzione di garantirne indipendenza ed autonomia, l'ideale sarebbe la loro nomina ad opera di organi di vertice dello Stato istituzionalmente e notoriamente al di sopra della mischia politica, come sono il CDS e la Corte Costituzionale, previa designazione di organizzazioni pubbliche e professionali del settore interessato (S. Cassese). Né sembra che un compito di questo genere rischierebbe di snaturare quegli organi di vertice, facendoli discendere nella mischia politica. Senonché, la soluzione seguita in proposito nel nostro paese è tutt'altra, ed è la nomina governativa, assistita da accorgimenti di vario tipo – prolungata permanenza in carica dei componenti e loro ristretto numero, esclusione di determinate categorie di persone (ex governanti, ex parlamentari, ecc.), pareri sui candidati (da votare a maggioranza qualificata nelle Commissioni delle Camere), e così via – reputati in grado di stemperare l'oggettiva politicità della nomina. Ma, mentre sarebbe superfluo soffermarsi sui pregi della prima soluzione, conviene piuttosto rilevare che possono esservi motivi validi anche a suffragio della seconda, specialmente quando – come oggi da noi – è in carica un Governo “presidenziale” composto da tecnici, che certamente non è apolitico (visto che si regge sulla fiducia di entrambe le Camere), ma è democraticamente legittimato pur rivelando un tasso di partiticità, o di partigianeria, molto ridotto. Ciò che tuttavia qui mi preme maggiormente evidenziare è un altro punto, che si lega ad alcuni accenni precedenti.

È innegabile che stiamo attraversando una fase storica, non soltanto in Italia, di decadenza dello Stato democratico; o quanto meno dello Stato sociale che abbiamo conosciuto fin qui e, in misura maggiore o minore, praticato negli ultimi decenni attraverso le istituzioni rappresentative, e con occasionali apporti di democrazia diretta (anch'essa peraltro strutturata ed articolata su corpi intermedi: dai partiti, ai sindacati, alle associazioni in genere). Ebbene, a me pare che il moltiplicarsi ed il consolidarsi delle AI sia un fatto che si iscrive nella medesima fenomenologia di decadenza (o, come dice Ains, nel quadro di un trasferimento dell'indirizzo di governo dalle Assemblee politiche ad organi neutrali, privi di investitura popolare): quasi una sorta di rivincita della ragione tecnica sulla ragione politica, all'interno di una società che incontra crescenti difficoltà ad accettare gli strumenti tradizionali di gestione della cosa pubblica. Si tratta, in altri termini, di un surrogato degli arnesi democratici consueti, che non soddisfano più, e quindi abbisognano – in quanto espressione di un medesimo malessere collettivo – del soccorso di Governi tecnici; e non mi riferisco soltanto alle disfunzioni dello strumento “delega politica”, ma più in generale alla “partecipazione” dei cittadini, in cui suole riconoscersi la precondizione della vitalità di una democrazia. D'altra parte – apro una digressione, ma la chiudo subito – quando si tratta di problemi tanto essenziali quanto complessi come quelli odierni (dalla permanenza o meno nell'UE, al risanamento del debito pubblico in alternativa al rifiuto di onorarlo; dal proseguire o no l'impresa della TAV, onde bilanciare vantaggi economici e tutela dell'ambiente, al privatizzare i servizi pubblici in luogo del potenziamento di essi), viene

spontaneo chiedersi quanta gente sia in grado di “partecipare” effettivamente a simili scelte; salvo poi auspicare – dinanzi all'ovvia risposta: “pochissima” – che la massima parte dei cittadini si limiti a delegare chi, presumibilmente, ne capisce qualcosa). Bisogno di Governi tecnici che, come accennavo prima, non è soltanto italiano. Se guardiamo fuori dai nostri confini, possiamo vedere che, mentre in Belgio – dove in verità c'è una lunga tradizione di crisi politiche che lasciano spazi durevoli ai Governi di ordinaria amministrazione – si è raggiunto, a fine 2011, il record di un Governo di ordinaria amministrazione durato, senza alcuna conseguenza dannosa, ben 535 giorni (circa un anno e mezzolo!); d'altra parte la Germania e persino la Gran Bretagna hanno dovuto di recente ripiegare sulla formazione di Governi di coalizione fra partiti programmaticamente avversi, necessariamente portati ad annacquare – in vista di compromessi politici da raggiungere anche all'insegna di più o meno virtuose soluzioni tecniche – gli iniziali programmi di ciascuno dei partiti coalizzati. E la cosa è particolarmente significativa in Gran Bretagna, dove è nato il mito della cosiddetta democrazia dell'alternanza, di pari passo con l'allergia a quella consensuale. Forse da noi, rispetto all'estero, c'è un sovrappiù di sfiducia nei confronti dei partiti, come dimostrano i sondaggi più recenti che rilevano un consenso popolare per loro intorno al 5% degli interpellati, indubbiamente precipitato da quando è iniziata – accentuandosi progressivamente – l'esperienza maggioritaria e bipolare. Ma il bisogno di cui sto parlando è di portata assai diffusa.

Non credo dunque che sia arbitrario vedere un qualche legame, da noi, fra il consolidamento della democrazia maggioritaria e bipolare, e l'esplosione della fenomenologia delle AI. Ma di sicuro è augurabile che questa esplosione, come pure il ricorso ad un Governo “presidenziale” di tecnici (col quale senza dubbio si è raschiato il fondo del barile della legalità costituzionale, pur senza abbandonarla), inducano gli italiani – nella misura in cui viene in luce meridiana la crisi dei partiti e dei corpi intermedi in genere – a trovare sollecitamente alternative nel sostegno alla democrazia politica. Perché il montante disagio sociale prodotto dall'aggravarsi della crisi economica comporta un'insidia gravissima: quella di approdare, per via della stanchezza del demos, ad un regime autoritario guidato da un uomo solo, ma carismatico – in divisa militare, o di miliardario, o di religioso, o comunque di salvatore della patria – dopo essere passati attraverso manifestazioni di guerra o guerriglia civile, o di terrorismo, dinanzi alle quali anche una dittatura finisca per apparire preferibile. Lunga vita alle AI ed ai Governi tecnici, allora, se ci serviranno a tenere lontano quel pericolo fino a quando una rinnovata consapevolezza politica e civile, ed una nuova struttura organizzativa, sapranno sostenere da sole la nostra precaria democrazia politica. Nella quale è probabilmente utopistico – come scrive C. Crouch, “Il potere dei giganti” – ipotizzare la scomparsa delle grandi imprese multinazionali e della loro capacità di influenzare gli Stati democratici nazionali in virtù della potenza finanziaria di esse (che si traduce in potere politico); ma non sarebbe neppure auspicabile una sconfitta di esse,

qualora dovesse risolversi nel ritorno di quell'ottuso nazionalismo che tanto sangue ha fatto spargere nel mondo.

Carlo Chimenti funzionario e bibliotecario del Senato

(Vitalità e destino della burocrazia parlamentare)

di Sandro Bulgarelli e Giuseppe Filippetta

SOMMARIO: 1. Carlo Chimenti in Senato (1957-1987) – 2. I regolamenti del 1971 e il ‘posto’ della burocrazia parlamentare – 3. La vitalità culturale della burocrazia parlamentare dagli anni della centralità del Parlamento a quelli dell’immaginario neoliberalista – 4. Quale destino per la burocrazia parlamentare?

1.

Carlo Chimenti entra nell’amministrazione del Senato nel gennaio del 1957 e ne esce, da direttore della Biblioteca, nel marzo del 1987, quando opta per l’insegnamento universitario. L’incarico di direttore della Biblioteca, che Chimenti svolge a partire dal febbraio del 1979, è apparentemente distante dalla sua precedente esperienza, fortemente orientata e specializzata nel settore parlamentare. In realtà, in una prospettiva allora solamente futuribile, ma oggi chiaramente visibile, gli anni di Chimenti bibliotecario del Senato rappresentano insieme una sorta di fase “preilluministica” per il rinnovamento della Biblioteca, un arricchimento del rapporto – già intenso e originale – di Chimenti costituzionalista con le fonti e una conferma dei caratteri culturalmente originali della burocrazia parlamentare.

La Biblioteca del Senato, prima della nomina del nuovo direttore, aveva iniziato con i due direttori precedenti, Vittorio Emanuele Giuntella (1971 – 1973) e Enrico Zampetti (1975 – 1978), una fase di rinnovamento ed ampliamento della propria identità, rimasta sostanzialmente immutata – anche sotto il profilo tecnologico – dall’inizio della Seconda Guerra Mondiale, e senza un effettivo adeguamento alle nuove esigenze del Senato repubblicano.

Nel Senato del Regno, la Biblioteca aveva avuto un ruolo di grande prestigio. Dal 1870 era stato avviato il progetto – ideato dai senatori Ugo Poggi e Atto Vannucci – di creare una biblioteca «unica e singolare», che raccogliesse tutte le «leggi e le storie dei municipi italiani», cioè le fonti dello *ius proprium* e la storiografia locale. Era un modo di celebrare l’unità d’Italia rappresentandola come l’insieme dei Comuni italiani. Successivamente, grazie a Fortunato Pintor (direttore dal 1905 al 1929), la Biblioteca assume a mano a mano un carattere di biblioteca di cultura generale, documentando la produzione bibliografica, retrospettiva e corrente, di una ampia area disciplinare, giuridica, storica, umanistica e anche scientifica (si pensi per esempio alle pubblicazioni delle accademie).

Il passaggio da Senato del Regno a Senato della Repubblica comporta una oggettiva modifica funzionale anche per la Biblioteca, non più dedicata agli *otia* di senatori intellettuali, ma strumento di documentazione per senatori eletti e impegnati, in misura paritetica ai colleghi dell'altro ramo del Parlamento, nelle attività legislative, di controllo e di indirizzo politico. Questo fatto, unito all'aumento esponenziale delle pubblicazioni e alla sempre più complessa articolazione disciplinare, comporta – a metà del secolo scorso - una nuova definizione delle materie che la Biblioteca è tenuta a documentare. In questa fase l'attività dei direttori *pro tempore* è di particolare importanza: Vittorio Emanuele Giuntella, Enrico Zampetti e, per un periodo più lungo, Carlo Chimenti, in raccordo con le Commissioni parlamentari per la Biblioteca succedutesi nel tempo, operano efficacemente questo cambiamento, ridisegnando la politica degli acquisti ed adeguandola alle nuove esigenze.

Le Commissioni per la Biblioteca che si succedono durante gli otto anni della direzione di Chimenti sono due, così composte: per l'VIII legislatura (1979 – 1983) i senatori Alessandro Carlo Faedo, Giuseppe Fassino, Giovanna Lucchi, Leo Valiani; per la IX legislatura (1983 – 1987) Aldo Sandulli, Maria Eletta Martini, Giuliano Procacci, Giovanni Ferrara Salute. Come di consueto, molti dei componenti - per la loro formazione intellettuale e politica - sono sensibili alle esigenze e alle istanze della Biblioteca. Chimenti riesce in particolare a coinvolgere la Commissione nella soluzione di alcuni problemi di particolare importanza: 1) la saturazione degli spazi per la conservazione dei volumi, a fronte di un incremento di 500 metri lineari annui; 2) la riapertura della biblioteca al pubblico esterno, sia pure contingentato e selezionato; 3) la carenza di personale specializzato, anche per garantire una successione generazionale.

Il primo problema è il più importante perché la ristrutturazione della Biblioteca in Palazzo Madama, progettata da Gaetano Koch e realizzata tra il 1926 e il 1937, non ne consentiva più una adeguata utilizzazione né un accettabile margine di crescita. La soluzione, rappresentata più volte da Chimenti e fatta propria dalla Commissione di Vigilanza in entrambe le Legislature, è il trasferimento della Biblioteca in una sede più adeguata. Nel 1986 Amintore Fanfani, Presidente del Senato, promuove un disegno di legge inteso a destinare il palazzo della Sapienza, adiacente a Palazzo Madama e sede dell'Archivio di Stato di Roma, alla Biblioteca. Ma questa soluzione incontra una decisa reazione da parte del mondo accademico e scientifico, che teme una dislocazione periferica e inadeguata per l'Archivio di Stato. Il disegno di legge, approvato in Senato, non viene mai discusso dalla Camera dei Deputati. Tuttavia il progetto di trasferimento viene ripreso da Giovanni Spadolini, Presidente del Senato dal 1987 al 1994, che, d'intesa con il Presidente del Consiglio Giulio Andreotti, ottiene nel 1991 il Palazzo di Piazza della Minerva, bene demaniale, da destinare a nuova sede della Biblioteca.

L'ubicazione di questo palazzo, adiacente alla sede della Biblioteca della Camera dei deputati (aperta al pubblico dal 1988), avrebbe consentito – secondo il lungimirante piano di Spadolini – non solo l'apertura al pubblico della Biblioteca del Senato (avvenuta nel

2003), ma anche il collegamento con la Biblioteca dell'altro ramo del Parlamento, creando di fatto un'unica struttura, realizzata con il Polo bibliotecario parlamentare nel 2007.

Gli altri problemi sono più semplici da affrontare, e Chimenti riesce a vederne la soluzione nel corso della sua direzione. La questione dell'ammissibilità del pubblico esterno, escluso durante gli anni Settanta come misura precauzionale contro il terrorismo, è affrontata da Aldo Sandulli, Presidente della Commissione dall'ottobre 1983 al febbraio 1984, quando scompare prematuramente. D'intesa con Francesco Cossiga, allora Presidente del Senato, Sandulli riammette gli studiosi esterni che potessero dimostrare l'esigenza di consultare documenti posseduti esclusivamente dalla Biblioteca, previa adeguata presentazione. Nel maggio del 1984 viene poi bandito un concorso per due posti di referendario parlamentare specializzato in materie attinenti alle biblioteche, per garantire adeguata successione alle unità assunte oltre venti anni prima.

È interessante prendere in esame il rapporto di Chimenti costituzionalista con la tipologia delle fonti presenti in Biblioteca. La curiosità nasce dal peculiare approccio dello studioso nei confronti del diritto costituzionale: la ricostruzione cioè della 'verità effettuale', l'analisi del concreto funzionamento delle istituzioni e dei comportamenti degli attori politici. Questo paradigma necessita non solo delle consuete fonti dottrinarie, ma di fonti connesse con l'attualità e la quotidianità. Scorrendo la bibliografia delle singole monografie scritte da Chimenti, si può notare una utilizzazione crescente di articoli di riviste e giornali, da – per esemplificare - *Introduzione alla forma di governo italiana* (1984), a *Un parlamentarismo agli sgoccioli* (1992), a *Addio prima Repubblica* (1997). Più evidente ancora negli scritti di stretta attualità, come *Il Governo dei professori* (1994), dallo stesso Autore definito un *instant book* di diritto costituzionale, o *Cronache di berlusconismo terminale* (2012). Non è infine trascurabile l'evidente ricorso alle fonti straniere in Biblioteca nella serie di diritto costituzionale comparato *Noi e gli altri* (2000 – 2001).

Quando Chimenti è nominato direttore della Biblioteca ha alle spalle un'esperienza di oltre venti anni di lavoro in Senato, essenzialmente nel settore parlamentare (tra l'altro come capo della segreteria della Commissione di vigilanza sulla RAI e come coordinatore degli uffici di segreteria delle Commissioni bicamerali), e anche dopo quella nomina continua a svolgere incarichi in quell'ambito, in particolare quelli di direttore *ad interim* del Servizio delle Commissioni e di capo della segreteria della Commissione per le questioni regionali. A determinare questo *continuum* tra l'essere un bibliotecario e un funzionario che segue l'attività di organismi parlamentari sono innanzi tutto la personalità, la profondità della cultura, l'ampiezza delle letture, la vivacità delle curiosità di Chimenti.

Ma se vogliamo contestualizzare storicamente la sua figura e la sua vicenda professionale dobbiamo considerare che quel *continuum* si colloca dentro una realtà amministrativa e organizzativa caratterizzata da due elementi. Il primo è la particolare natura della Biblioteca del Senato, che a quel tempo è prevalentemente uno strumento servente rispetto all'attività degli organi parlamentari e al mandato rappresentativo dei singoli senatori. Il secondo è

l'identità professionale della burocrazia parlamentare di quegli anni, fondata su una saldissima cultura (letteraria, storica e giuridica), che permette al funzionario di poter essere a un tempo direttore di una biblioteca e segretario di una Commissione parlamentare.

2. Nel 2012, volgendosi al passato per scrivere un breve saggio sui regolamenti parlamentari del 1971, Chimenti incentra la sua trattazione sulla riflessione che Leopoldo Elia svolge sulle forme di governo alla fine degli anni Sessanta e si sofferma sul ruolo avuto dallo stesso Elia nella genesi di quei regolamenti quale autorevole costituzionalista proveniente dai ranghi della burocrazia del Senato¹. Un ruolo non solitario all'interno della burocrazia parlamentare degli anni Sessanta, anche perché è dall'inizio di quegli anni che il gruppo di giovani funzionari vicino all'allora segretario generale della Camera Cosentino inizia a pensare a una riforma dei regolamenti². L'Elia che Chimenti tratteggia nelle prime pagine di quel saggio è, a un tempo, una persona a lui cara e una concretizzazione del modello ideale intorno al quale, tra gli anni Sessanta e Settanta, la burocrazia parlamentare prova a darsi, e si dà, uno stile, un carattere, una identità. Elia, difatti, è il funzionario di grande cultura che utilizza, con sicura padronanza e ampio respiro storico, categorie e dogmatiche giuridiche, che sa maneggiarle con fermezza e indipendenza e che, per questo, si muove con rispettata autonomia nella sfera delle relazioni parlamentari.

La burocrazia parlamentare degli anni Settanta e Ottanta si riconosce nel modello che per Chimenti Elia concretizza - e al quale lo stesso Chimenti corrisponde perfettamente - e lo fa perché è consapevole che quel riconoscersi apre ad essa uno spazio di presenza e di azione non solo amministrativo o di prestigio sociale, ma soprattutto istituzionale. Se andiamo a leggere la premessa e il primo capitolo della monografia sul controllo parlamentare che Chimenti pubblica nel 1974 - e che rimane tuttora di assoluto riferimento per chiunque voglia occuparsi del tema - troviamo, sparse un po' ovunque tra le righe, proprio le tracce di questa consapevolezza. Tracce che delineano un percorso preciso, che collega i nuovi regolamenti del 1971, la centralità delle Camere, le attività di controllo e conoscitive, il ruolo della burocrazia parlamentare.

Già nell'illustrare, nelle prime pagine del volume, le ragioni di interesse del tema oggetto del suo studio, Chimenti individua lo spazio messo a disposizione della burocrazia parlamentare dai nuovi regolamenti. Quando Chimenti osserva che «fra i giuristi come fra i politici» regna ancora «una certa confusione di idee» riguardo il controllo parlamentare, egli delimita (tacitamente e *a contrario*) un altro spazio, che sta appunto fra quello dei giuristi

¹ C. Chimenti, *Regolamenti parlamentari e forma di governo*, in A. Manzella (a cura di), *I regolamenti parlamentari a quarant'anni dal 1971*, Il Mulino, Bologna, 2012, pp. 21 ss. Elia diventa funzionario del Senato nel 1950 e lascia l'amministrazione di Palazzo Madama per l'Università nel 1962.

² F. Lanchester, *Regolamenti parlamentari e forma di governo. Gli anni Settanta*, in F. Lanchester (a cura di), *Regolamenti parlamentari e forma di governo: gli ultimi quarant'anni*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 2.

e quello dei politici, nel quale quella confusione non c'è, o meglio nel quale ci si adopera e impegna per provare a superare quella confusione. Questo spazio, lo spazio nel quale programmaticamente va a collocarsi la monografia di Chimenti, è quello della burocrazia parlamentare quale soggetto che si fa pienamente carico della rottura che i regolamenti del 1971 segnano nella storia delle istituzioni italiane perché è culturalmente consapevole dell'orizzonte che quella rottura può aprire.

La burocrazia parlamentare, per la sua conoscenza ravvicinata e realistica dell' «ambito parlamentare», «della realtà del Parlamento»³, può fuggire più facilmente della dottrina costituzionalistica la tentazione di deformare, fraintendere e insterilire gli istituti, le funzioni e le attività parlamentari attraverso la loro forzosa riconduzione a schemi e classificazioni astratti, magari mutuati dalla scienza amministrativistica⁴. D'altro canto la burocrazia parlamentare, per la cultura e per il sapere giuridico che la contraddistinguono, può percepire meglio degli operatori politici la portata e la carica innovativa dei regolamenti del 1971 e le possibilità offerte dagli strumenti che questi hanno introdotto per il rafforzamento del ruolo delle Camere. La burocrazia parlamentare, per dirla in poche parole, studia e conosce la dottrina e osserva e analizza la condotta degli operatori politici; apprende da entrambi, ma ad entrambi, forte del proprio sapere tecnico e critico, mette a disposizione la consapevolezza del nuovo inizio che i regolamenti del 1971 sanciscono con il fare del Parlamento il centro del sistema istituzionale e con il configurare alcune attività parlamentari, a cominciare dal controllo, come mezzi capaci di «dare respiro e consistenza alle istanze partecipative che emergono fuori dal Parlamento»⁵.

Il disinteresse della dottrina costituzionalistica e degli operatori politici per le novità contenute nei regolamenti del 1971 diventa così lo spazio di azione di una burocrazia parlamentare che, forte del modello professionale e della lezione offerti da Elia, deve diffondere tra i politici e i costituzionalisti la consapevolezza e la convinzione «che nel nostro sistema è possibile partecipare al governo del paese attraverso l'uso accorto e appropriato del Parlamento; che, in altri termini, il Parlamento può diventare, se lo si vuole, un centro di potere reale senza perciò sovrapporsi ai compiti e alle responsabilità del Governo, ma senza neppure esser ridotto [...] a sede di mera ratifica ed a cassa di risonanza»⁶.

La monografia di Chimenti sul controllo parlamentare – scritta da un funzionario che aveva partecipato direttamente ai lavori di elaborazione del regolamento del Senato del 1971⁷ –, se si vuole riconoscerne anche il carattere per così dire sovraindividuale, è una

³ C. Chimenti, *Il controllo parlamentare nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 21.

⁴ C. Chimenti, *Il controllo parlamentare*, cit., p. 20.

⁵ C. Chimenti, *Il controllo parlamentare*, cit., p. 14.

⁶ C. Chimenti, *Il controllo parlamentare*, cit., p. 303.

⁷ Come ricorda lo stesso Chimenti in *Regolamenti parlamentari e forma di governo*, cit., p. 23.

risposta che la burocrazia parlamentare dà a quella crisi delle istituzioni che, a partire dalla fine degli anni Sessanta, si installa nel cuore del dibattito politico e costituzionalistico italiano. Una crisi di democraticità, di legittimazione democratica e rappresentativa – questo rimarca Chimenti - che può essere superata solo assicurando effettivamente alle Camere «quel ruolo centrale che il costituente aveva teoricamente previsto». Soltanto così, attuando finalmente per intero la Costituzione repubblicana, si può scongiurare il pericolo che il regime parlamentare si riveli in concreto un regime antidemocratico⁸.

Come fare questo? Come tenere insieme parlamentarismo e democrazia? La risposta che la burocrazia parlamentare dà attraverso Chimenti è chiara e netta: occorre potenziare i poteri parlamentari legislativi e di indirizzo e attivare utilmente tutti gli strumenti di controllo, ispezione e conoscitivi introdotti dai nuovi regolamenti⁹. In questo modo il Parlamento trarrà dalla vivacità del pluralismo sociale la forza per porsi al centro del processo di direzione politica dello Stato e porterà dentro il sistema istituzionale, operando come una apertura permanente e dinamica, le richieste e gli interessi che quel pluralismo esprime. Il Parlamento è centrale nell'assetto istituzionale se dentro di sé, nei propri procedimenti, riesce a far incontrare e a coniugare rappresentanza e partecipazione, ponendosi così al centro non solo dei rapporti tra gli organi statali, ma anche delle relazioni tra Stato e società. E la centralità del Parlamento è centralità nel processo di formazione dell'indirizzo politico: il Parlamento è essenzialmente organo di indirizzo politico e gli strumenti ad esso affidati dai regolamenti del 1971 sono strumentali innanzi tutto alla definizione dell'indirizzo politico. Come scrive Chimenti: «Il Parlamento non è un istituto di ricerca»¹⁰.

Del resto la centralità del Parlamento è dentro una vera e propria geometria dell'indirizzo politico, essendo lo spazio in cui il concorso dei cittadini alla determinazione della politica nazionale e la libertà di mandato degli eletti si incontrano in vista dell'elaborazione dell'indirizzo politico di governo. Parlamentarizzare a un tempo lo Stato e la società per evitare che la crisi di rappresentatività dei partiti si estenda alle istituzioni e ne annichisca la funzionalità e la democraticità: questa è la scommessa dei regolamenti del 1971¹¹ - per quanto giocata timidamente da partiti che non vogliono confrontarsi davvero con la crisi del loro monopolio della politica¹² - e su questa scommessa la burocrazia parlamentare degli

⁸ C. Chimenti, *Il controllo parlamentare*, cit., p. 297.

⁹ C. Chimenti, *Il controllo parlamentare*, cit., p. 298.

¹⁰ C. Chimenti, *Il controllo parlamentare*, cit., p. 84.

¹¹ Cfr. A. Manzella, *Le origini dei regolamenti parlamentari a quarant'anni dal 1971*, in A. Manzella (a cura di), *I regolamenti parlamentari a quarant'anni dal 1971*, cit., p. 11 ss.

¹² Su questo punto P. Ridola, *I regolamenti del 1971 e la centralità della democrazia parlamentare*, in A. Manzella (a cura di), *I regolamenti parlamentari a quarant'anni dal 1971*, cit., p. 241 ss.

anni Settanta impegna la propria identità e rafforza la propria credibilità e il proprio prestigio.

Non a caso solo tre anni dopo la pubblicazione della monografia di Chimenti compare *Il parlamento* di Andrea Manzella, altra figura 'idealtipica' di funzionario parlamentare di quegli anni, che con Chimenti è in primissima fila tra i funzionari cui le rispettive amministrazioni affidano il compito di 'seguire' la formazione dei nuovi regolamenti. Un'opera che è molto più di un manuale e che farà storia, anche perché 'sistematizza' il diritto parlamentare italiano sulla base dei regolamenti del 1971, contribuendo in modo decisivo alla formazione culturale dei funzionari delle Camere degli anni Settanta e Ottanta. Nel quarto capitolo del libro, dedicato agli strumenti conoscitivi del Parlamento, Manzella tira sostanzialmente le fila di una parte importante degli obiettivi e delle innovazioni dei regolamenti del 1971 osservando che «i poteri legislativi, di indirizzo e di controllo delle Camere per funzionare autonomamente devono poggiare su una rete di autonomi poteri conoscitivi». Manzella indica qui «la necessità vitale per il parlamento di assicurarsi canali di informazione indipendenti e alternativi rispetto al governo, ai partiti e ai gruppi di interesse»¹³ e coglie perfettamente come i nuovi regolamenti declinino la centralità delle Camere anche come capacità di queste di stare al centro di un processo indipendente e autonomo di formazione delle conoscenze strumentali alla determinazione dell'indirizzo politico.

In quello stesso capitolo Manzella, con una scelta innovativa nella manualistica parlamentare italiana, dedica un lungo paragrafo a «L'apparato conoscitivo interno delle Camere»¹⁴. Questo paragrafo esplicita quello che nella monografia di Chimenti del 1974 è scritto per lo più tra le righe, ossia il 'posto' e il ruolo che i regolamenti del 1971, instaurando il modello del 'Parlamento che lavora' (specie nei 'laboratori di Commissione'), assegnano alla burocrazia parlamentare. Il funzionario dispiega ora i suoi compiti «di collaborazione tecnico-giuridica» al di là della pur importante interpretazione del regolamento e custodia dei precedenti, perché si pone sia come partecipe (in condizioni di 'ausiliarità') delle fasi preparatorie del processo di decisione delle Camere, sia come «punto di coordinamento» con la burocrazia ministeriale e pubblica¹⁵.

3. Il 'Parlamento che lavora' dei regolamenti del 1971 vuole installarsi al centro dell'assetto istituzionale e del rapporto tra questo e la società e la burocrazia parlamentare è un importantissimo snodo di funzionamento di questa centralità, in quanto il sapere critico e le competenze dei funzionari parlamentari sono una garanzia dell'autonomia e dell'indipendenza conoscitiva, e perciò decisionale, delle Camere. Garantiscono questa

¹³ A. Manzella, *Il Parlamento*, Il Mulino, Bologna 1977, p. 124.

¹⁴ A. Manzella, *Il Parlamento*, cit., p. 164 ss.

¹⁵ A. Manzella, *Il Parlamento*, cit., p. 164-165.

autonomia e questa indipendenza anche quando il funzionario parlamentare fa valere la propria preparazione culturale con il fungere da raccordo con le competenze di soggetti dei quali le Camere si avvalgono per specifiche e ben delimitate consulenze su profili prettamente scientifici o tecnologici di determinate questioni di interesse parlamentare¹⁶. Soggetti con i quali i funzionari parlamentari si confrontano comunque da pari a pari, forti del prestigio che deriva dalla considerazione di cui il loro spessore culturale gode anche all'esterno delle Camere e dal fatto di non porsi mai come recettori o auditori di insegnamenti impartiti dai 'tecnici competenti'. In questi casi, peraltro, l'apporto tecnico esterno costituisce soltanto uno degli elementi di una più ampia prestazione conoscitiva e non precostituisce la valutazione delle Camere, essendo quest'ultima una valutazione eminentemente politica basata su una pluralità di elementi, tra i quali anche quelli evidenziati dalle consulenze tecniche.

La vitalità culturale e la consapevolezza del proprio ruolo e del proprio valore, di cui la burocrazia parlamentare fa mostra negli anni Settanta anche attraverso i volumi di Chimenti e Manzella, è confermata dalla larghissima partecipazione di funzionari del Senato e della Camera all'intenso dibattito sulle riforme istituzionali che in quegli anni si svolge su quotidiani, periodici politici e riviste scientifiche. Ricordare qui i nomi di quei funzionari sarebbe in fondo superfluo, e si rischierebbe di non redigere un elenco completo visto il loro gran numero; la banca dati *Bibliografia del Parlamento italiano e degli studi elettorali*¹⁷ può essere comunque agevolmente consultata per ricostruire i termini, quantitativi e qualitativi, di quella partecipazione.

Carlo Chimenti è un protagonista di quel dibattito e, uscito dai ranghi dell'amministrazione senatoriale, rimane, da docente universitario, un attento osservatore della vitalità della burocrazia parlamentare e assiste al persistere del protagonismo culturale di questa nei due decenni successivi agli anni Settanta. Quella vitalità e quel protagonismo culturale non vengono meno con il concludersi della fase della centralità parlamentare e persistono anche negli anni Novanta, pur indebolendosi mano a mano che prendono piede e forza le prassi, le riforme e le mitologie del 'costituzionalismo neoliberalista' della 'democrazia decidente' e mano a mano che si afferma il modello del 'Parlamento che deve decidere *just in time*'.

Si indeboliscono, ma non scompaiono, continuano a esistere e a lampeggiare negli anni Novanta e ancora, qua e là, nel primo decennio del nuovo secolo. Questo lampeggiare si colloca dentro la trasformazione epocale della globalizzazione e della finanziarizzazione dell'economia, che nel mondo dei fatti e nel cielo dell'immaginario collettivo fa della politica uno strumento al servizio delle necessità dell'economia di mercato: il mercato è il bene, l'intervento pubblico il male; l'imprenditore e il manager sono gli eroi del momento, il politico la figura negativa per eccellenza; il Governo è il luogo della rapidità delle decisioni

¹⁶ Cfr. A. Manzella, *Il Parlamento*, cit., p. 167.

¹⁷ <http://bpr.camera.it>.

che si impongono, il Parlamento quello della lentezza compromissoria e clientelare. A questo mutamento culturale e di immaginari simbolici si affiancano l'estendersi dello spoils system di matrice maggioritaria e il processo di leaderizzazione della politica, che mettono sotto pressione e indeboliscono ogni burocrazia indipendente¹⁸.

In questo nuovo contesto, certo per loro non facile, i funzionari parlamentari prendono sempre più a proporsi come manager aziendali, assecondando le pressioni in tal senso degli operatori politici, a loro volta influenzati, più o meno consapevolmente, dal *New Public Management*, oltre che dalla provenienza sociale (sono gli anni in cui aumenta considerevolmente il numero di parlamentari imprenditori o dirigenti di azienda). Manager dotati essenzialmente della capacità di organizzare l'amministrazione e di farla operare in modo efficace ed efficiente rispetto alle aspettative di funzionamento dei politici che rivestono le cariche di vertice delle Camere, in particolare dei questori, il cui ruolo cresce notevolmente a partire dagli anni Novanta.

Al sapere tecnico e critico del funzionario parlamentare inizia così ad essere preferito, quale paradigma identitario, un *operari* esecutivo di alto livello, per definizione inidoneo ad esprimere qualsiasi protagonismo culturale. In questa direzione spingono anche i processi universitari di formazione: la crisi delle facoltà di lettere e il frequente prevalere in quelle di giurisprudenza di giuspositivismo per nulla ben temperato, giurisdizionalizzazione del diritto e dogmatismo formalistico (orientamenti certo diversi tra loro, ma convergenti nel privare gli studi giuridici del necessario respiro storico e filosofico¹⁹) consegnano ora alle amministrazioni parlamentari funzionari di indubbio valore e di notevole preparazione, ma con una disponibilità all'elaborazione critica e culturale mediamente minore rispetto al passato, specie a quello degli anni Settanta.

4. La ridotta e timida partecipazione dei funzionari parlamentari al recente dibattito sulla riforma del bicameralismo, specie se confrontata con il pubblico *engagement*, quasi 'di massa', degli anni Settanta, è un serio segnale di indebolimento della vitalità culturale della burocrazia delle Camere e di diminuzione della propensione di questa a stare in quel 'fra' tra politici e dottrina costituzionalistica che Carlo Chimenti nella monografia del 1974 individua come lo spazio proprio e tipico dei funzionari parlamentari. Sarebbe in effetti miope considerare quella ridotta partecipazione semplicemente come l'espressione di un nicodemismo o di un mimetismo indotti dal martellante battage 'anticasta' del populismo,

¹⁸ Al riguardo si veda, per i profili generali del fenomeno, A. Malaschini, *Classi dirigenti. Tra crisi della democrazia e sistemi autoritari*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2017, p. 158.

¹⁹ A. A. Cervati, *Diritto costituzionale, mutamento sociale e mancate riforme testuali*, in *Rivista AIC*, n. 1/2017.

ora pure di governo²⁰. Anche perché ad essa si affiancano due ulteriori segnali di diminuzione di protagonismo e vitalità culturale.

Il primo possiamo coglierlo riandando ancora una volta alle pagine che Manzella dedica nel 1977 al ruolo dei funzionari parlamentari, e in particolare alla pagina in cui, illustrando la loro attività di ‘collaborazione tecnico-giuridica’, osserva che «La giurisprudenza parlamentare si formerà allora sui “precedenti” in gran parte creati per suggerimenti e per pareri discretamente espressi da questi funzionari ai presidenti delle Camere»²¹. In questa pagina – che registra l’orientamento e la concretezza operativa quotidiana della burocrazia parlamentare degli anni Settanta - il precedente è parte di una operazione ermeneutica all’interno della quale il funzionario parlamentare, forte della sua indipendenza, della sua cultura e della sua competenza giuridica, indica agli operatori politici percorsi interpretativi doverosamente conformi ai principi e alle norme costituzionali.

Da qualche tempo, invece, gli studiosi di diritto parlamentare segnalano l’affacciarsi di quella che è stata chiamata la ‘ricerca del precedente’, ossia la tendenza a concepire il precedente in maniera archivistica, ossia come una prescrizione o un comando non scritti, ma registrati comunque in forma scritta nei ‘massimari’ degli uffici. Una prescrizione o un comando che sta lì, archiviato con altri comandi o prescrizioni, impartiti in casi eguali, simili o analoghi, e come questi a disposizione dell’operatore politico per la scelta del più adatto alle circostanze del momento²². Ovviamente intendere il precedente come parte di un’operazione ermeneutica significa, per il funzionario parlamentare, impegnare, far valere ed esporre la propria autonoma competenza all’interno della naturale flessibilità e della storicità del diritto parlamentare, mentre tenere e illustrare l’archivio dei precedenti-comandi/prescrizioni significa ritrarsi e finire con il nascondersi dietro quella flessibilità e quella storicità, lasciando così posto all’occasionalismo dell’operatore politico.

Il secondo segnale è costituito dalla mancanza (almeno sino ad oggi) di un confronto e di una discussione culturali tra i funzionari parlamentari riguardo la scelta del Senato di svolgere quell’attività di valutazione delle politiche pubbliche che era stata attribuita allo stesso Senato dalla riforma costituzionale del governo Renzi, bocciata dal voto popolare del 4 dicembre 2016. Una scelta così significativa avrebbe sicuramente meritato la riflessione culturale collettiva di una burocrazia che vuole essere consapevole protagonista (in condizioni di ‘ausiliarità’, direbbe Manzella) delle attività parlamentari e che non si rassegna all’orizzonte di un *operari* esecutivo.

Sarebbe stato possibile in primo luogo un dialogo aperto e di forte spessore culturale sul concetto di ‘politica pubblica’, visto che questa non è un dato oggettivo di cui prendere

²⁰ Su questo populismo e sui suoi effetti sul rapporto tra cittadini e istituzioni: M. Revelli, *Dentro e contro. Quando il populismo è di governo*, Laterza, Roma-Bari, 2015; *Populismo 2.0*, Einaudi, Torino, 2017.

²¹ A. Manzella, *Il Parlamento*, cit., p. 164.

²² Si vedano gli scritti raccolti in N. Lupo (a cura di), *Il precedente parlamentare tra diritto e politica*, Il Mulino, Bologna, 2013.

atto, ma un costrutto del pensiero da situare storicamente e da esaminare nei suoi elementi organizzativi e normativi, anche con riferimento alla relazione che intercorre tra il tutto (ad esempio, una politica pubblica di settore) e la parte (una determinata e specifica misura di settore) e al modo in cui l'attività di valutazione può avere per oggetto il tutto o la parte o entrambe.

Sarebbe stato possibile poi prendere in considerazione, sempre riflettendo e discutendo come ceti burocratici interessati al proprio destino, le poche esperienze di valutazione delle politiche pubbliche svolte da Assemblee parlamentari straniere, e quelle sperimentate da alcuni consigli regionali italiani, non tanto per limitarsi a registrarle o ad assumerle come termini di comparazione o di imitazione, ma per interrogarsi sul rapporto esistente tra esse e la vera e propria valutazione delle politiche pubbliche, che si è affermata nell'esperienza di organismi come l'OCSE, la Banca mondiale, il Fondo monetario internazionale. Una valutazione, quest'ultima, prettamente tecnica e destinata a sottoporre a un giudizio di razionalità oggettiva le decisioni di organi politici, spesso all'interno di quel contesto culturale che Joseph Stiglitz ha definito *'Market Fundamentalism'*²³ e che è stato, ed è tuttora, il grande nemico della potenza rappresentativa delle Assemblee elettive.

E da questo interrogarsi si sarebbe potuto passare a chiedersi quali particolari caratteristiche dovrebbe presentare l'attività di valutazione delle politiche pubbliche che il Senato intende svolgere per riuscire a tenere insieme, dentro di sé, nelle sue procedure e nei suoi metodi operativi, l'incontrovertibilità tecnico-scientifica tipica delle valutazioni compiute da soggetti che non sono decisori politici – e che anzi aspirano ad imporre ai decisori politici una razionalità e una normatività tecnico-scientifica – e la politicità connaturata ad ogni valutazione compiuta da un organo che è politico e che deve, per Costituzione, agire rappresentativamente, cioè politicamente. Si sarebbe potuto, cioè, porsi e porre il problema di se e come portare consapevolmente dentro il parlamentarismo italiano una attività di valutazione che comunque ha forti connessioni – storiche e culturali – con quel *genus* di valutazioni che, come ha mostrato Alain Supiot nei corsi tenuti al Collège de France dal 2012 al 2014, tende a congedare l'intero vocabolario politico della democrazia rappresentativa per sostituirlo con quello della gestione, della regolazione, di una normatività interamente calcolabile²⁴.

Tutto ciò è mancato, come è sinora mancata una riflessione sul rapporto tra l'attività di valutazione delle politiche pubbliche e le funzioni legislativa, di indirizzo e di controllo. Un rapporto oggi irrimediabilmente segnato dalla bocciatura referendaria della riforma Renzi, che ha radicalmente modificato il contesto costituzionale in cui va a inserirsi l'attività di valutazione delle opere pubbliche del Senato. Nella riforma Renzi quell'attività era una

²³ J. Stiglitz, *Freefall: America, Free Markets, and the Sinking of the World Economy*, W. W. Norton & Company, New York, 2010.

²⁴ A. Supiot, *La Gouvernance par les nombres*, Fayard, Paris, 2016.

funzione attribuita dalla Costituzione a un Senato privo dei poteri fiduciario e di controllo e non più rappresentativo dei cittadini; ora invece si tratta di un'attività autoattribuitasi da un Senato che, per Costituzione, rappresenta i cittadini ed è titolare dei poteri fiduciario e di controllo, oltre che di quello di indirizzo politico. Non porsi né il problema del quadro costituzionale di riferimento dell'attività di valutazione delle politiche pubbliche né quello delle relazioni di questa con le funzioni per Costituzione spettanti al Senato impedisce anche di ben impostare il rapporto di quella attività con il modello (sancito dai regolamenti del 1971) del Parlamento che conosce per deliberare e per controllare e rende evanescenti e confusi i confini tra quella stessa attività e la verifica dello stato di attuazione di una legge (o di un atto normativo) e tra quella stessa valutazione e l'analisi di impatto (passato o futuro) di una legge (o di un atto normativo)²⁵.

Questi mancati approfondimenti culturali, tra l'altro, rendono davvero problematico prevedere gli effetti che lo svolgimento dell'attività di valutazione delle politiche pubbliche potrà avere sulla burocrazia del Senato e sullo stesso livello di autonomia dell'organo parlamentare. Più che mai attuali risultano al riguardo le pagine scritte nel 1977 da Manzella sull'apparato conoscitivo interno delle Camere, costituito dalla burocrazia parlamentare. Questo apparato è un fattore di forza del Parlamento (perché ne assicura l'autonomia e l'indipendenza) se impiegato per fornire analisi, elaborazioni, informazioni, comparazioni e valutazioni delle quali è autonomamente capace, o quanto meno sulle quali ha una rilevante capacità di padronanza e controllo, in virtù della formazione culturale e della competenza tecnica che possiede. Quello stesso apparato diventa un elemento di debolezza del Parlamento (perché può minarne dall'interno l'autonomia e l'indipendenza) se impiegato per recepire, magari aggregandoli o disaggregandoli, dati, informazioni e valutazioni provenienti da altri soggetti (competenti e preparati) rispetto ai quali non dispone della preparazione e della competenza necessarie per valutarli in autonomia. Preparazione e competenza che certo non si costruiscono in pochi anni, tanto meno in pochi mesi, perché sono il frutto di intere 'vite culturali': il funzionario Carlo Chimenti insegnava nelle università e si confrontava da pari a pari con i più autorevoli docenti del suo tempo.

Nel ricordare Carlo Chimenti – e un'altra figura esemplare di funzionario parlamentare del mondo di ieri, Giovanni Bertolini, anche lui recentemente scomparso – non ci si può non domandare se questi segnali di perdita di vitalità culturale della burocrazia delle Camere siano il segno di un destino che deve ineluttabilmente compiersi sotto la spinta delle trasformazioni che ormai da decenni investono la società, l'economia, l'università, le istituzioni, o se invece siano il frutto di una fase passeggera, nella quale elementi di incertezza e di precarietà prevalgono sulla forza e sui modelli della tradizione, ma che è destinata a chiudersi, come una parentesi, con il ritorno di quella tradizione. Soltanto le generazioni future potranno rispondere a questa domanda; chi ha avuto la fortuna di poter

²⁵ Sul terreno della concreta operatività può risultare di conseguenza problematico pure percepire la differenza tra il documento elaborato nell'esercizio dell'attività di valutazione delle politiche pubbliche e i dossier di documentazione su misure o normative di settore tradizionalmente redatti dai Servizi studi e di bilancio delle Camere.

guardare a Carlo Chimenti come a un esempio può però non dimenticare cosa significava per lui essere un funzionario parlamentare.

Carlo Chimenti: studioso attento (e talvolta disincantato) del parlamentarismo italiano.

di Paola Piciacchia**

Profondissimo conoscitore delle istituzioni Carlo Chimenti (Bologna 6 febbraio 1930 - Roma, 9 agosto 2017), è stato un acuto e attento costituzionalista, studioso delle forme di governo e delle assemblee rappresentative, con particolare riferimento all'ordinamento italiano, alla sua forma di governo e al suo diritto parlamentare di cui ha finemente descritto l'evoluzione riuscendo ad individuare alcuni nodi problematici e tendendo lucidamente a stigmatizzare le degenerazioni del parlamentarismo italiano³⁴⁹².

Sin dai primi scritti negli anni Sessanta e Settanta Carlo Chimenti mostra una particolare predilezione per gli studi di diritto parlamentare, che coniuga con la sua attività di funzionario parlamentare, animato dall'intento di mettere in evidenza il ruolo dell'istituzione parlamentare nell'evoluzione della forma di governo italiana degli anni della "centralità del Parlamento". Assumono in tale ottica particolare rilievo gli scritti sui regolamenti parlamentari e sul controllo parlamentare³⁴⁹³ nei quali egli si propone di fornire sempre un'analisi fortemente ancorata al concreto funzionamento dell'istituzione parlamentare e alle sue dinamiche interne influenzate nella prassi da una molteplicità di fattori giuridici ed extragiuridici.

L'approccio metodologico che caratterizza sin dalle origini l'opera di Carlo Chimenti non verrà mai meno, anche più tardi, negli anni Ottanta e Novanta quando nei suoi scritti si orienterà – pur mantenendo intatto l'interesse scientifico per gli specifici profili del diritto parlamentare – verso una più complessiva analisi dell'ordinamento italiano del quale non mancherà di fornire una chiave di lettura saldamente ancorata al concreto funzionamento delle istituzioni, attenta alla costituzione materiale e all'effettivo svolgersi dei rapporti tra organi costituzionali³⁴⁹⁴. Tali anni coincidono appunto con l'esperienza maturata come funzionario parlamentare e direttore della Biblioteca del Senato, esperienza che gli consentirà di animare i suoi studi con un'osservazione

** Professore aggregato di Diritto Pubblico Comparato, Università degli studi di Roma "La Sapienza"

³⁴⁹² V. *La forma di governo dopo le elezioni del '79: riflessioni sulle origini di una democrazia bloccata*, in *Queste istituzioni*, n. 27, 1979, 16.

³⁴⁹³ Cfr. *Le "udienze conoscitive" delle commissioni senatoriali*, in *Indagine sulla funzionalità del Parlamento*, Istituto per la documentazione e gli studi legislativi, Milano, Giuffrè, 1968, Vol. 2, 173-184; **Appunti sul rafforzamento del controllo parlamentare sugli enti pubblici: le commissioni di vigilanza** in *Il foro amministrativo*, fasc. 3, mar. 1968, 225-261; *Il controllo delle Camere sull'attività governativa nei vecchi e nei nuovi regolamenti parlamentari*, in *Il foro amministrativo*, n. 4-5, 1971, 310-318; *Il controllo parlamentare nell'ordinamento italiano*, Milano, Giuffrè, 1974; *Un bilancio dei primi anni di attuazione del nuovo regolamento del Senato*, in *Il Politico*, n. 3, 1976, 405-429; *Organi bicamerali e funzionalità del Parlamento: contributo a una discussione* in *Il Politico*, n. 1, 1977, 151-166; *Centralità e funzionalità del Parlamento in Democrazia e diritto*, n. 4, 1978, 627-655; *Appunti sulle commissioni "consultive"*, in *Il Parlamento nella Costituzione e nella realtà: atti, regolamenti e prassi della Camera nella VII legislatura*, Atti del Convegno, Roma, Hotel Parco dei principi, 20-21-22 ottobre 1978, Milano, Giuffrè, 1979; *Gli organi bicamerali nel Parlamento italiano*, Milano, Edizioni di Comunità, 1979.

³⁴⁹⁴ Si pensi alle edizioni dell'*Introduzione alla forma di governo italiana*, Rimini Maggioli, 1984, 1985, 1987 oppure al volume *Gli organi costituzionali nella forma di governo italiana*, Torino, Giappichelli, 1989.

diretta, costante e anche critica dell'istituzione parlamentare nell'ottica di sue possibili riforme³⁴⁹⁵ e dell'evoluzione della forma di governo.

Come nei due decenni precedenti Carlo Chimenti anche negli anni Novanta non mancherà di dare un apporto importante alla dottrina costituzionalistica italiana proprio negli anni³⁴⁹⁶ in cui la destrutturazione del sistema dei partiti tradizionali (legata come è noto a fattori interni ed internazionali quali tangentopoli e la caduta del muro di Berlino) e la sua ristrutturazione intorno a nuovi soggetti politici, la grande stagione referendaria (1991-1993) e la conseguente approvazione nell'agosto 1993 delle nuove leggi elettorali per l'elezione delle Camere stavano determinando l'avvento della democrazia maggioritaria con il conseguente e repentino passaggio dalla Prima alla cosiddetta Seconda Repubblica.

Con occhio vigile e non senza sottolineare gli esiti incerti dell'avvento di quest'ultima della Seconda Repubblica, Chimenti descriverà (e spesso con occhi disincantati) quegli anni di transizione che stavano determinando, a Costituzione invariata, nuove dinamiche della forma di governo e il mutamento della "costituzione materiale", non mancando di ribadire la stretta connessione tra forma di governo e sistema elettorale e rimarcando "la capacità del sistema elettorale di incidere sugli equilibri effettivi della forma di governo" e "di concorrere a determinare, nel quadro di una forma di governo parlamentare" il tipo di parlamentarismo ("di alternanza" o "consociativo").³⁴⁹⁷

Sono questi gli anni in cui Carlo Chimenti si preoccuperà di analizzare non solo le cause ma anche (soprattutto) le conseguenze di tali cambiamenti cercando sempre molto attentamente di focalizzare l'attenzione sulla necessità che l'avvento del maggioritario si coniughi con le opportune garanzie costituzionali, in specie per l'opposizione³⁴⁹⁸, e denunciando in più di un'occasione il pericolo del venir meno di quelle esistenti.

³⁴⁹⁵ Cfr. *Riformare il bicameralismo attraverso i regolamenti?* in *Quaderni costituzionali*, n. 8, 1988, n. 1, 183-189; *Bicameralismo: quali riforme per via regolamentare?* Seminario del Centro studi nuova ricerca, 1° marzo 1988, Roma, Centro Studi Nuova Ricerca, 1988, 1-62; *Note sul sindacato ispettivo dei parlamentari sul servizio pubblico radiotelevisivo*, in *Il diritto delle radiodiffusioni e delle telecomunicazioni*, n. 2, 1982, 315-329; *Osservazioni della commissione per le questioni regionali sulle leggi nazionali*, in *Comune democratico*, n. 5, 1982, 33-41; *Il rapporto tra parlamento e pubblica amministrazione nel regolamento del Senato*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1981, n. 52-53, 89-107; *Gli apparati delle Camere*, in *Quaderni costituzionali*, 1981, n. 3, 573-580; *La funzionalità del Parlamento agli inizi degli anni '80*, in *Città e regione*, n. 4, 1980, 19-35.

³⁴⁹⁶ Cfr. *Un parlamentarismo agli sgoccioli: lineamenti della forma di governo italiana nell'esperienza di dieci legislature*, Torino, Giappichelli, 1992; ***Il governo dei professori: cronaca di una transizione***, con **Prefazione di Paolo Barile**, Firenze, Passigli, 1994; ***Addio prima Repubblica: lineamenti della forma di governo italiana nell'esperienza di dodici legislature***, Torino, Giappichelli, 1995; ***Considerazioni sui più recenti sviluppi della nostra forma di governo***, in *Quaderno del Centro Studi parlamentari*, n. 6, 1995, 3-10; ***Addio prima Repubblica: lineamenti della forma di governo italiana nell'esperienza di undici legislature***, Torino, Giappichelli, 1997.

³⁴⁹⁷ Si veda *Addio Prima Repubblica*, Torino, Giappichelli, 1997, cap. I, 1 ss; V cap. 340 ss.

³⁴⁹⁸ Si vedano in particolare degli anni Duemila *L'opposizione parlamentare nella nostra democrazia maggioritaria* in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2002, 741-748; *L'opposizione italiana dinanzi ad un bivio?* in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 3, 2008, 75-83.

Oltre a tornare sulla rilettura della forma di governo italiana alla luce delle tendenze evolutive più recenti, Carlo Chimenti tornerà dunque spesso con acute riflessioni sul ruolo del Parlamento nella democrazia maggioritaria.³⁴⁹⁹

Sono temi, questi, che rimarranno una costante della sua produzione scientifica anche negli anni Duemila³⁵⁰⁰.

Agli inizi degli anni Duemila, Carlo Chimenti (che in quel periodo insegnava all'Università degli Studi "Roma Tre") si dedicherà anche agli studi di diritto costituzionale comparato pubblicando tra il 2000 e il 2002 tre volumi, destinati ai corsi di diritto costituzionale italiano e comparato, su alcuni ordinamenti di Paesi europei ed extraeuropei. Si tratta della serie di volumi intitolati *Noi e gli altri*³⁵⁰¹ (che raccolgono i contributi anche di altri studiosi), per i quali, con un approccio metodologicamente originale, concepirà una trattazione rigidamente inquadrata in una griglia di voci comuni per ciascun Paese. L'intento "dichiarato" di Chimenti era di permettere al lettore – attraverso il ripetersi delle voci - un'immediata e intuitiva comparazione tra analogie e differenze di ciascun ordinamento favorendo uno studio "orizzontale" degli ordinamenti e una visione d'insieme degli stessi utile a successive riflessioni. Sebbene si tratti di "sintesi" di ordinamenti stranieri, esse rappresentarono tuttavia il nobile tentativo di fornire elementi conoscitivi utili alla comparazione e alla comprensione dei singoli ordinamenti.

Nonostante questa parentesi, Chimenti nei volumi e nei vari scritti pubblicati in quel periodo non abbandonerà mai la trattazione dei temi relativi all'evoluzione dell'ordinamento italiano attraverso lo svolgersi delle legislature, evoluzione che analizzerà anche attraverso la lente dei tentativi di riforma delle istituzioni, non tralasciando mai altresì le riflessioni sull'istituzione parlamentare, talora lanciando allarmi sui pericoli del suo depotenziamento alla luce della prassi parlamentare³⁵⁰².

³⁴⁹⁹ *Un parlamentarismo agli sgoccioli: lineamenti della forma di governo italiana nell'esperienza di dieci legislature*, Torino, Giappichelli, 1992; *Profili essenziali della forma di governo italiana*, Roma, Bardi, 1992; *Ruolo delle Camere e amministrazioni parlamentari*, in *Lo stato delle istituzioni italiane: problemi e prospettive: atti del convegno nazionale*, Roma, Accademia dei Lincei, 30 giugno - 2 luglio 1993, Milano, Giuffrè, 1994, 236-257; ***Le ragioni del Parlamento (nella prospettiva di una rinnovazione della nostra forma di governo) in Nomos. Le attualità nel diritto***, n.1, 1993, 7-41.

³⁵⁰⁰ *Il funzionamento delle Assemblee politiche in Nomos. Le attualità nel diritto*, 2003, n. 1, 59-68; ***Parlamentarismo maggioritario e garanzie presidenziali in Nomos. Le attualità nel diritto***, n. 2, 2003, 17-26; *Principi e regole delle assemblee politiche*, Torino, Giappichelli, 2004; *Anatomia della 14^a legislatura: cronache di un quinquennio tra innovazione e continuità*, Torino, Giappichelli, 2006; *Cronache dal sistema politico italiano: dopo il terremoto elettorale del 2008* in *Queste istituzioni*, 35, 2009, n. 152, p. 49-57; *Frammenti di critica delle istituzioni: scritti su argomenti costituzionalistici pubblicati fra il 2004 e il 2009*, raccolti in versione riveduta e corretta, Torino, Giappichelli, 2009; *Ruolo delle Camere in Queste istituzioni: cronache del sistema politico*, 2010, n. 156-157, 43-49.

³⁵⁰¹ Complessivamente la serie consta di 4 volumi, volutamente raccolti da Chimenti in Vol. 1 del 2000 sull'ordinamento italiano e Vol. 2, di sintesi di ordinamenti stranieri, suddiviso in Parte I, sempre del 2000 su Gran Bretagna, Stati Uniti e Germania, Parte II del 2001 su Spagna, Francia e Austria e Parte III del 2002 su Svizzera, Belgio e Irlanda.

³⁵⁰² ***Parlamentarismo maggioritario e garanzie presidenziali in Nomos. Le attualità nel diritto***, n. 2, 2003, 17-26; *Anatomia della 14^a legislatura: cronache di un quinquennio tra innovazione e continuità*, Torino, Giappichelli, 2006; *Cronache dal sistema politico italiano: dopo il terremoto elettorale del 2008* in *Queste istituzioni*, 2009, n. 152, 49-57; *Frammenti di critica delle istituzioni: scritti su argomenti costituzionalistici pubblicati fra il 2004 e il 2009*, raccolti in versione riveduta e corretta, Torino, Giappichelli, 2009; *Cronache di berlusconismo terminale. Le istituzioni nella XVI^a legislatura: fatti e commenti*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 3, 2012, 1-63.

Tale approccio continuerà a caratterizzare tutta la sua produzione scientifica di quegli anni e anche quella più recente nella quale si riaffacceranno, in un discorso mai chiuso, specifiche riflessioni su regolamenti parlamentari³⁵⁰³, sua antica creatura, e sulle procedure delle assemblee elettive, anche locali³⁵⁰⁴.

Proprio nel 2004 pubblica il volume *Principi e regole delle Assemblee politiche* con il quale analizza le istituzioni parlamentari a livello nazionale, regionale, locale ed europeo e in cui mette in luce la stretta connessione tra “la quantità, la qualità e intensità dei compiti delle Assemblee politiche” e “ulteriori aspetti del sistema, e in primo luogo nel tipo di democrazia – immediata o immediata – che lo caratterizza”³⁵⁰⁵, evidenziando altresì l’influenza della forma di governo sul ruolo delle assemblee politiche e non mancando di sottolineare i riflessi della crisi della rappresentanza sul ruolo delle stesse.

Negli ultimi anni la Rivista *Nomos-Le attualità nel diritto* ha pubblicato numerosi contributi³⁵⁰⁶ di Carlo Chimenti nei quali lo studioso, seppur talvolta in forma di brevi note, riusciva a mettere in luce alcuni specifici nodi problematici relativi ai rapporti tra Parlamento e Governo, al ruolo del Capo dello Stato, ai riflessi dell’evoluzione della normativa elettorale sulla forma di governo; talvolta essi erano frutto di riflessioni, che prima ancora di pubblicare amava divulgare attraverso quelle che era solito definire le “chiacchierate” fatte davanti a platee diverse di studenti, dottorandi, masterizzandi, specializzandi e convegnisti.

Fino alla fine i suoi occhi rimarranno puntati sulle istituzioni, che da uomo delle istituzioni amava, pronto a coglierne, sempre, ogni tendenza al mutamento.

Bibliografia del Prof. Carlo Chimenti (1964-2016)

1. *Il Parlamento e la spesa pubblica* (con Federico Coen), in *Democrazia e diritto*, n. 4, 1963, Roma, Edizioni giuridiche del lavoro, 1964.

³⁵⁰³ *I regolamenti del 1971*, in *Giornale di storia costituzionale : semestrale del laboratorio di storia costituzionale "Antoine Barnave"*, 2008, n. 15, 135-142; *Regolamenti parlamentari e forma di governo*, in *I regolamenti parlamentari a quarant'anni dal 1971* (a cura di Andrea Manzella), Bologna, Il Mulino, 2012, 21-30; *Regolamenti parlamentari e forma di governo in Amministrazione in cammino : rivista elettronica di diritto pubblico, diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione / a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"*, 2011.

³⁵⁰⁴ *Il funzionamento delle Assemblee politiche* in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2003, n.1, 59-68; *Principi e regole delle assemblee politiche*, Torino, Giappichelli, 2004; *Ruolo delle Camere* in *Queste istituzioni : cronache del sistema politico*, a. 37, 2010, n. 156/157, 43-49.

³⁵⁰⁵ *Principi e regole delle assemblee politiche*, cit. 3.

³⁵⁰⁶ *Legislativo ed Esecutivo in caso di crisi di governo*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 1, 2013, 1-5; *Il CdS nella congiuntura post elettorale*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 1, 2013, 1-5; *Sulla riforma elettorale e su quella del Senato*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n.1, 2015, 1-5; *Cosa sta accadendo in Italia dopo la riforma elettorale?* in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 1, 2015, 1-8; *Il Bicameralismo fra le riforme costituzionali*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 3, 2015, 1-4; *Voto segreto e voto palese*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 1, 2016, 1-4.

2. *I futuri esercizi e l'art. 81 della Costituzione*, in *Giurisprudenza italiana*, 1966, disp. 3, pt. 1, sez. 1.
3. *Le "udienze conoscitive" delle commissioni senatoriali*, in *Indagine sulla funzionalità del Parlamento*, Istituto per la documentazione e gli studi legislativi, Milano, Giuffrè, 1968. - Vol. 2, 173-184.
4. *Appunti sul rafforzamento del controllo parlamentare sugli enti pubblici: le commissioni di vigilanza in Il foro amministrativo*, fasc. 3, 1968, 225-261.
5. *Note sul riesame parlamentare delle leggi rinviate dal Presidente della Repubblica in Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea costituente*, vol. 4, 1969, 133-206.
6. *Raccolta di scritti di diritto costituzionale e parlamentare*, Roma, Edizioni del Tritone, 1969.
7. *Conversione dei decreti legge ed ostruzionismo parlamentare in Studi parlamentari e di politica costituzionale*, n. 11-12, 1971, 16-53.
8. *Il controllo delle Camere sull'attività governativa nei vecchi e nei nuovi regolamenti parlamentari*, in *Il foro amministrativo*, n. 4-5, 1971, 310-318.
9. *Un'esperienza parlamentare nuova: la commissione senatoriale per i problemi ecologici*, in *Il foro amministrativo e delle acque pubbliche*, n. 4, 1972, 473-502.
10. *Il controllo parlamentare nell'ordinamento italiano*, Milano, Giuffrè, 1974.
11. *Un bilancio dei primi anni di attuazione del nuovo regolamento del Senato*, in *Il Politico*, n. 3, 1976, 405-429.
12. *Perché aumentano gli organi comuni delle due Camere?* in *Civitas*, n. 11-12, 1976, 23-27.
13. *Organi bicamerali e funzionalità del Parlamento: contributo a una discussione*, in n. 1, *Il Politico*, 1977, 151-166.
14. *Gli organi bicamerali nel Parlamento italiano*, Milano, Edizioni di Comunità, 1979.
15. *Centralità e funzionalità del Parlamento in Democrazia e diritto*, n. 4, 1978, 627-655.
16. *La forma di governo dopo le elezioni del '79: riflessioni sulle origini di una democrazia bloccata*, in *Queste istituzioni*, n. 27, 1979, 16.
17. *Appunti sulle commissioni "consultive"*, in *Il Parlamento nella Costituzione e nella realtà: atti, regolamenti e prassi della Camera nella VII legislatura*, Atti del Convegno, Roma, Hotel Parco dei principi, 20-21-22 ottobre 1978, Milano, Giuffrè, 1979.
18. *La funzionalità del Parlamento agli inizi degli anni '80*, in *Città e regione*, n. 4, 1980, 19-35.

19. *Parlamento '80: centralità o decadenza?* Scritti di Stefano Passigli, Giuseppe Tamburrano, Carlo Chimenti in *Città e regione*, n. 4, 1980, 5-154.
20. *Il rapporto tra parlamento e pubblica amministrazione nel regolamento del Senato*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, n. 52-53, 1981, 89-107.
21. *Gli apparati delle Camere*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 1981, 573-580.
22. *Note sul sindacato ispettivo dei parlamentari sul servizio pubblico radiotelevisivo*, in *Il diritto delle radiodiffusioni e delle telecomunicazioni*, n. 2, 1982, 315-329.
23. *Osservazioni della commissione per le questioni regionali sulle leggi nazionali*, in *Comune democratico*, n. 5, 1982, 33-41.
24. *La democrazia bloccata fra alternanza e consociazione* in *Parlamento*, n. 1-2, 1982, 50-52.
25. *Introduzione alla forma di governo italiana*, Rimini, Maggioli, 1984.
26. *Introduzione alla forma di governo italiana*, Rimini, Maggioli, 1985.
27. *Le commissioni di inchiesta come organi bicamerali*, in *Le inchieste delle assemblee parlamentari* (a cura di Giuseppe de Vergottini), Rimini, Maggioli, 1985, 103-114.
28. *Senato: mozioni di sfiducia individuali*, in *Queste istituzioni*, n. 67, 1985, 311-319.
29. *I partiti politici* in *Manuale di diritto pubblico* (a cura di Giuliano Amato e Augusto Barbera), Bologna, Il Mulino, 1986, 285-296.
30. *Introduzione alla forma di governo italiana*, Rimini Maggioli, 1987.
31. *Intervento, Bicameralismo: quali riforme per via regolamentare? Seminario del Centro studi nuova ricerca, 1° marzo 1988*, Roma, Centro Studi Nuova Ricerca, 1988, 1-62.
32. *Riformare il bicameralismo attraverso i regolamenti?* in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 1988, 183-189.
33. *Gli organi costituzionali nella forma di governo italiana*, Torino, Giappichelli, 1989.
34. *Senato: un precedente buono e uno cattivo*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 1990, 495-502.
35. *Considerazioni su alcune proposte di riforma delle istituzioni* in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 3, 1991, 37-64.
36. *Il rapporto Parlamento-Governo nelle legislature repubblicane* in *Quaderno Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, n. 2, 1991, 3-12.
37. *Il Governo, il Parlamento* in *Queste istituzioni*, n. 87-88, 1991, 32-34.
38. *La Corte e i referendum "elettorali"*, in *Il Ponte*, n. 5, 1991, 55-62.
39. *Un parlamentarismo agli sgoccioli: lineamenti della forma di governo italiana nell'esperienza di dieci legislature*, Torino, Giappichelli, 1992.

40. *Profili essenziali della forma di governo italiana*, Roma, Bardi, 1992.
41. *Algunos rasgos fundamentales del parlamentarismo italiano*, in *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), n. 75, 1992, 1-40.
42. *Le ragioni del Parlamento (nella prospettiva di una rinnovazione della nostra forma di governo)* in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 1, 1993, 7-41.
43. *Il governo dei professori: cronaca di una transizione*, con Prefazione di Paolo Barile, Firenze, Passigli, 1994.
44. *Ruolo delle Camere e amministrazioni parlamentari*, in *Lo stato delle istituzioni italiane: problemi e prospettive. Atti del convegno nazionale*, Roma, Accademia dei Lincei, 30 giugno - 2 luglio 1993, Milano, Giuffrè, 1994, 236-257.
45. *Autorizzazione a procedere: promemoria per la prossima legislatura* in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 1994, 117-124.
46. *Addio prima Repubblica: lineamenti della forma di governo italiana nell'esperienza di undici legislature*, Torino, Giappichelli, 1995.
47. *Considerazioni sui più recenti sviluppi della nostra forma di governo*, in *Quaderno del Centro Studi parlamentari*, n. 6, 1995, 3-10.
48. *Parlamento e governabilità* in *Miscellanea di scritti in occasione del XV anniversario dell'Associazione ex dipendenti del Senato* (a cura di Marcello Berardi), Roma, Bardi, 1997, 73-81.
49. *Addio prima Repubblica: lineamenti della forma di governo italiana nell'esperienza di dodici legislature*, Torino, Giappichelli, 1997.
50. *Il rapporto Parlamento/Governo nel nuovo regolamento della Camera* in *Quaderno Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, n. 9, 1998, 83-88.
51. *Noi e gli altri: l'ordinamento italiano*, Torino, Giappichelli, 2000.
52. *Noi e gli altri: Gran Bretagna, Stati Uniti, Germania*, Sintesi di ordinamenti stranieri, Vol. 2, Parte I, Torino, Giappichelli, 2000.
53. *Noi e gli altri: Spagna, Francia, Austria*, Sintesi di ordinamenti stranieri, Vol. 2, Parte II, Torino, Giappichelli, 2001.
54. *Noi e gli altri: Svizzera, Belgio, Irlanda*, Sintesi di ordinamenti stranieri, Vol. 2, Parte III, Torino, Giappichelli, 2002.
55. *L'"equidistanza" presidenziale nelle esternazioni di Ciampi* in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2001, 612-614.

56. *L'opposizione parlamentare nella nostra democrazia maggioritaria* in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2002, 741-748.
57. *Per una disciplina del conflitto di interesse*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 2, 2002, 25-36.
58. *Il Presidente della Repubblica nel Parlamento maggioritario*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 1, 2002, 45-51.
59. *Parlamentarismo maggioritario e garanzie presidenziali* in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 2, 2003, 17-26.
60. *Il funzionamento delle Assemblee politiche* in *Nomos. Le attualità nel diritto* n.1, 2003, 59-68.
61. *La c.d. legge Frattini (215/04), ovvero la via italiana alla soluzione del conflitto d'interessi*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 3, 2004. 29-38.
62. *Il Parlamento: 1993-2003*. Atti del seminario organizzato in collaborazione con il Centro di studi sul Parlamento della Facoltà di scienze politiche dell'Università Luiss, 20 ottobre 2003 Roma, Senato della Repubblica, 2004.
63. *Principi e regole delle assemblee politiche*, Torino, Giappichelli, 2004.
64. *Declino delle Camere nel parlamentarismo maggioritario italiano* in *Queste istituzioni*, n. 133-134, 2004, 49-68.
65. *Presidenza Ciampi: luci ed ombre di un settennato*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 3, 2005, 15-23.
66. *Funzione normativa e democrazia dell'alternanza*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n.1-2, 2005,
67. *Anatomia della 14^a legislatura: cronache di un quinquennio tra innovazione e continuità*, Torino, Giappichelli, 2006.
68. *Breve rassegna sull'“ingorgo costituzionale” del 2006*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 3, 2006, 67-76.
69. *I regolamenti del 1971*, in *Giornale di storia costituzionale: semestrale del laboratorio di storia costituzionale "Antoine Barnave"*, n. 15, 2008, 135-142.
70. *Antiche dottrine per un Parlamento moderno* in *Queste istituzioni*, n. 148, 2008, 107-123.
71. *L'opposizione italiana dinanzi ad un bivio?* in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 3, 2008, 75-83.
72. *Il ruolo delle Assemblee elettive nella forma di governo in I mutamenti della forma di governo tra modificazioni tacite e progetti di riforma* (a cura di Massimo Siclari), Roma, Aracne, 2008, 165-186.

73. *Recente evoluzione del ruolo del Capo dello Stato nella forma di governo italiana*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n.1-3, 2008, 413-419.
74. *Parlamento e funzione legislativa* in *La funzione finanziaria del Parlamento: un confronto tra Italia e Gran Bretagna* a cura di Giuliana Giuseppina Carboni, Torino, Giappichelli, 2009, 143-151.
75. *Cronache dal sistema politico italiano: dopo il terremoto elettorale del 2008* in *Queste istituzioni*, n. 152, 2009, 49-57.
76. *Frammenti di critica delle istituzioni: scritti su argomenti costituzionalistici pubblicati fra il 2004 e il 2009*, raccolti in versione riveduta e corretta, Torino, Giappichelli, 2009.
77. *Ruolo delle Camere* in *Queste istituzioni*, n. 156-157, 2010, 43-49.
78. *Regolamenti parlamentari e forma di governo* in *Amministrazione in cammino: rivista elettronica di diritto pubblico, diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione / a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"*, 2011.
79. *Regolamenti parlamentari e forma di governo*, in *I regolamenti parlamentari a quarant'anni dal 1971* (a cura di Andrea Manzella), Bologna, Il Mulino, 2012, 21-30.
80. *Cronache di berlusconismo terminale. Le istituzioni nella XVI^a legislatura: fatti e commenti*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 3, 2012, 1-63.
81. *Mercato del lavoro e forma di governo*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 2, 2012, 1-4.
82. *Il CdS nella congiuntura post elettorale*, *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 1, 2013, 1-5.
83. *Legislativo ed Esecutivo in caso di crisi di governo*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n.1, 2013, 1-5.
84. *Cosa sta accadendo in Italia dopo la riforma elettorale?* in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 1, 2015, 1-8.
85. *Sulla riforma elettorale e su quella del Senato*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n.1, 2015, 1-5.
86. *Il Bicameralismo fra le riforme costituzionali*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 3, 2015, 1-4.
87. *Voto segreto e voto palese*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 1, 2016, 1-4.

[Alcune riflessioni in merito ai beni comuni](#)
[Tra sotto categoria giuridica e declinazione di](#)
[Variabile*](#)

di Alberto Lucarelli**

Guido Gonella ne *La nozione di bene comune* (1938)³⁵⁰⁷, sottolineava quando negli anni Trenta si rivendicavano i misconosciuti diritti della persona e si lavorava per l'avvento di un sistema democratico, sembrava che il problema del futuro non fosse tanto l'affermazione dei diritti della persona, quanto la chiara coscienza dei suoi doveri: rivendicare la priorità del bene comune sul bene particolare. Diceva Gonella: “Tutte le democrazie tendono a scivolare verso forme di individualismo egoista e chi vuole saldo e duraturo il sistema democratico deve insistere sui doveri della persona verso la comunità deve rivendicare la priorità del bene comune sul bene particolare”³⁵⁰⁸. Fino a quando i beni pubblici sono stati utilizzati dal *dominus* proprietario pubblico per la crescita economica del Paese, il tema dei beni comuni è rimasto sullo sfondo. Invece, il sacrificio dei beni comuni, a partire dai processi di privatizzazione degli anni '90, da Maastricht in poi, per mere questioni di bilancio, sta minando alla base i valori della persona, delle comunità, che si affermano soltanto se alla base vi è una salda coscienza dei doveri dello Stato.

Da qui la necessità (fattuale, politica, sociale) di configurare, all'interno dell'ordinamento giuridico, la categoria giuridica dei beni comuni secondo processi fondativi (anche in forma di sub-categoria), o anche soltanto quale definizione di variabili a categorie già esistenti³⁵⁰⁹.

I beni comuni, dunque, oltre ad essere una categoria etica, sono una categoria logico-giuridica, nella considerazione che i beni comuni non sono soltanto qualche cosa di comune, ma soprattutto beni. Vale a dire uno dei possibili fini dell'agire dell'uomo. Una categoria filosofica risalente al mondo greco; una categoria giuridica risalente all'ordinamento romano, che sembra

* Contenuto sottoposto a *double blind peer review*

** Professore ordinario di Diritto Costituzionale presso l'Università di Napoli Federico II

³⁵⁰⁷ G. Gonella, *La nozione di bene comune*, Milano, ristampa 1959, I edizione Milano, 1938, ora in Aa. Vv. *Sulla scuola italiana del diritto*, Milano, 2001, pp. 121 ss.

³⁵⁰⁸ Ibidem, p. 121.

³⁵⁰⁹ Sia consentito sul punto rinviare a A. LUCARELLI, *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica in costituzionalismo.it*, 9 gennaio 2015, passim.

scomparire o comunque porsi sullo sfondo dal concetto di *utilitas* illuministico e dal binomio *dominus-imperium* della pandettistica tedesca³⁵¹⁰. Ma la categoria giuridico-filosofica è risalente, e la sua reale effettività si misura con il susseguirsi compulsivo dei modelli di democrazia.

I deboli riferimenti della nostra Costituzione ai beni pubblici (*rectius* proprietà pubblica), così come il codice del '42, ha fatto sì che lo studio di tale categoria, a parte Giannini³⁵¹¹ e Cassese³⁵¹², fosse assorbito e fatto proprio dalla grande civilistica italiana degli anni '50 e '60, civilistica che nelle sue interpretazioni, come è noto, poco *guardava* alla Costituzione e ancor meno ai modelli di democrazia.

Santoro Passarelli, ad esempio, osserva come le cose per poter formare oggetto di rapporti giuridici debbono essere beni³⁵¹³; cioè devono essere utili, atte a soddisfare un bisogno umano, senza di che, mancherebbe persino l'interesse giuridicamente tutelabile.

Occorre, al fine della definizione di categoria giuridica di beni, che siano suscettibili di appropriazione. Le cose non appropriabili, ancorché atte a soddisfare un bisogno umano, proprio perché comuni a tutti come l'aria, l'acqua fluente non formano oggetto di rapporti giuridici. Quindi, secondo Santoro Passarelli, i beni che non possono essere appropriati in via esclusiva ed escludente non potrebbero essere intesi come categorie giuridiche, in quanto non formerebbero oggetto di rapporti giuridici.

Si tratta di una costruzione tutta plasmata sul concetto di appropriazione, di *dominus*, sul rapporto strutturale *dominus-bene*. Ovvero, la categoria giuridica esiste se c'è un rapporto strutturale che dà luogo a rapporti giuridici: chiari, definiti, certi, sanzionabili. E tali rapporti, secondo la civilistica prevalente, si esaurirebbero nel rapporto di appropriazione – escludente ed esclusivo.

Un concetto di appropriazione che privilegia sulla base del dato normativo e non strettamente concettuale il rapporto *dominus* – bene rispetto al rapporto bene-fasce di utilità; rapporto che fuoriesce dalle dinamiche escludenti appunto dell'appropriazione³⁵¹⁴. Una scelta normativa che

³⁵¹⁰ P. MADDALENA, *I beni comuni nel codice civile, nella tradizione romanistica e nella Costituzione repubblicana* in *federalismi.it*, 5/10/2011

³⁵¹¹ M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma, 1963.

³⁵¹² S. CASSESE, *I beni pubblici: circolazione e tutela*, Milano, 1969.

³⁵¹³ F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1964, pp. 55 ss

³⁵¹⁴ Sia consentito rinviare a A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, Roma-Bari, 2013.

modella e contribuisce alla costruzione di categorie giuridiche e che tuttavia specularmente ne esclude altre.

Pugliatti, negli anni quaranta, a partire da una sollecitazione di una analisi condotta da Jemolo sulla validità e sulla natura dei concetti giuridici fondativi della categoria giuridica, afferma che se andiamo ad osservare il modo di formazione dei concetti giuridici, troviamo con assoluta costanza che tale modo di formazione è caratterizzato innanzitutto dalla fissazione di un *corpus* di regole provenienti dalla volontà legislativa, più o meno unitaria che dir si voglia³⁵¹⁵. Ovvero, da una scelta di diritto positivo, ovviamente posta in essere dal legislatore, che trasforma il concetto giuridico in categoria giuridica ancorandolo al diritto positivo vigente³⁵¹⁶.

Ora, questa derivazione, per quanto soggetta ad una logica più o meno stringente, non può escludere, come ogni processo di astrazione, che il dato reale (teso a trasporre il concetto giuridico in categoria giuridica- attraverso prassi, giurisprudenza, normazione locale) possa superare quello meramente ‘fittizio’ previsto dalla volontà legislativa.

In altri termini, ciò che caratterizza la scienza giuridica è la possibilità che sia il dato positivo (id est: la realtà), sia l’elaborazione dottrinale, possano modificare il concetto legislativo, cioè, per dirla in breve, l’istituto giuridico. Sono dunque l’elaborazione dottrinale ed il dato positivo (la realtà, il fatto) capaci di costruire quegli elementi, tali da farci dire che l’appropriazione per una nuova categoria giuridica di beni sia elemento fondativo? E consentire che il concetto giuridico dei beni comuni acquisisca il rango di categoria giuridica? Può dunque l’elaborazione dottrinale e la realtà (ma anche gli atti propri della democrazia locale) riuscire a spostare l’asse degli elementi fondativi della categoria giuridica, a prescindere dal dato legislativo, dando fondamento e base giuridica al concetto giuridico dei beni comuni? Una sorta di fuga in avanti della categoria giuridica rispetto al diritto positivo vigente, passando attraverso il consolidamento dei concetti giuridici.

³⁵¹⁵ S. Pugliatti, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, *passim*.

³⁵¹⁶ A. Lucarelli, *Crisi della democrazia e funzione sociale dei beni pubblici nella prospettiva costituzionale: verso i beni comuni*, in *Diritto e Società*, 3-2016, pp. 483-492.

Nel caso specifico, siamo in presenza dell'elaborazione dottrinale³⁵¹⁷, della giurisprudenza³⁵¹⁸, dei governi locali³⁵¹⁹ che prendono atto dei limiti della demanialità a difendere le fasce di utilità che deve esprimere il bene; svilendo il ruolo fondativo della nozione di appropriabilità escludente ed esclusiva.

Concetti giuridici elaborati al di fuori del dato legislativo, nei quali si prende atto del fatto di come due differenti categorie: quella dei beni pubblici e quella della proprietà pubblica (o meglio *genus* e *species*) si siano identificate, sovrapposte svilendo il ruolo e la funzione originale dei beni pubblici; categoria giuridica nella quale sin dal diritto romano si vedeva confluire il concetto giuridico dei beni comuni³⁵²⁰.

La debole dimensione pubblicistica della costruzione giuridica dei beni, assorbita dalla pandettistica romano-germanica, ha fatto sì, per dirla alla Santoro Passarelli³⁵²¹, che l'elemento costitutivo della categoria giuridica dei beni fosse l'appropriazione; senza distinguo tra beni (cose) private e cose pubbliche. Quindi a prescindere dai doveri e dalla solidarietà, o in senso più ampio dalle fasce di utilità che i beni pubblici devono garantire.

L'appropriazione nel rapporto *dominus-bene* diventa elemento costitutivo anche per i beni pubblici proprio attraverso l'operazione di identificazione di beni pubblici con proprietà pubblica e quindi con demanialità. Prevale, anche per il bene pubblico, in una visione tipicamente liberale, il diritto sul dovere.

³⁵¹⁷ S. RODOTÀ, *Un terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna, 2013; M. R. MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona 2012; U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, 2011; A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, Roma-Bari, 2013; P. GROSSI, *I beni: itinerari fra moderno' e pos-moderno'*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2012; U. POMARICI, *Beni comuni*, in Id. (a cura di), *Atlante di filosofia del diritto*, I, Torino, 2012.

³⁵¹⁸ Corte Suprema di Cassazione SS.UU. 3665/2011; TAR Campania del 12 maggio 2014.

³⁵¹⁹ Si v., ad esempio, la deliberazione n. 942 del 23 settembre 2011 del Comune di Napoli avente ad oggetto la trasformazione della società per azioni di gestione delle risorse idriche in azienda speciale con una *governance* che prevede il coinvolgimento diretto dei cittadini e dei lavoratori sia nell'attività di gestione, che nell'attività di controllo o la delibera della giunta del Comune di Napoli n. 258 del 17 aprile 2014 avente ad oggetto l'individuazione e la gestione di beni del patrimonio immobiliare del Comune di Napoli, inutilizzati o parzialmente utilizzati, percepiti dalla comunità come "beni comuni" e suscettibili di fruizione collettiva.

³⁵²⁰ M. G. ZOZ, *Riflessioni in tema di res publicae*, Torino, 1999, pp. 8 ss.

³⁵²¹ F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali...*, cit., pp. 55 ss.

Ciò ha quale conseguenza che il *dominus* investe direttamente la *res* della sua attenzione, a prescindere dalla funzione che la *res* debba e possa svolgere. Cosicché di fronte al titolare del diritto sulla cosa (*ius in re*-diritti reali), la generalità degli altri soggetti soggiace³⁵²².

Rispetto a processi di privatizzazione che hanno coinvolto anche la proprietà pubblica nella specie del demanio (e quindi anche i beni pubblici e quindi anche i beni comuni quale sottocategoria giuridica) la riflessione si concentra, da una parte sulla necessità di costruire una nuova categoria giuridica quella dei beni comuni (o meglio di travasare il concetto giuridico in quello di categoria giuridica o meglio sub categoria giuridica dei beni pubblici od anche di rinvigorire il rapporto *genus –species*); dall'altra ipotizzare, all'interno della categoria giuridica della proprietà pubblica, nuove dimensioni della stessa, ovvero concetti giuridici che non danno forma ad una nuova categoria giuridica, né ad una sub categoria di proprietà pubblica³⁵²³.

Concetti giuridici che contribuiscono alla costruzione di una nuova dimensione della proprietà pubblica con l'obiettivo di destrutturare la nozione di demanialità, consentendo in questa nuova dimensione alla proprietà pubblica-bene comune di valorizzare più le fasce di utilità e quindi la *communitas* che si riporta al bene, in una prospettiva di assolvimento di doveri inderogabili, piuttosto che di diritti³⁵²⁴.

Il percorso di costruzione di una nuova categoria, o meglio di una sub-categoria di beni pubblici o piuttosto di una variabile alla dimensione proprietaria, tesa a qualificare il distinguo tra proprietà pubblica e beni pubblici, a mio avviso necessita di destrutturare un *idem sentire*.

Oggi questo è possibile: ed è possibile attraverso la progressiva e crescente affermazione di concetti giuridici che alimentano l'affermazione della categoria giuridica dei beni comuni, od anche di una dimensione alternativa della categoria giuridica della proprietà pubblica³⁵²⁵.

³⁵²² Eloquente è il dubbio posto all'inizio del secolo scorso, da L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, V ed., Torino, 1905, p. 321 laddove pone il seguente interrogativo: chi è il vero soggetto della proprietà pubblica? E' lo Stato gerarchico? E' il popolo o collettività? Sono i singoli?

³⁵²³ D. MONE, *La categoria dei beni comuni nell'ordinamento giuridico italiano: un paradigma per la lettura del regime dei beni pubblici alla luce della Costituzione* in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2, 2014.

³⁵²⁴ A. GAMBARO, *I beni*, Milano, 2012.

³⁵²⁵ Sono comuni i beni che, indipendentemente dal titolo della proprietà, risultano funzionali, per la loro intrinseca natura o finalità, al perseguimento e al soddisfacimento degli interessi della collettività (SS.UU. Cass. 3665/2011, p. 13 secondo capoverso), dei diritti fondamentali della persona, sia come singoli che nelle formazioni sociali cui partecipa (SS.UU. 3665/2011, p. 15, primo e secondo capoverso e p. 16, principio).

Parto dunque da una riflessione in ordine alla destrutturazione, come ben evidenziato da Dardot e Laval³⁵²⁶, di quel filone di studi che individua il fondamento del diritto romano nella sovranità dell'individuo proprietario.

All'ipotesi, secondo cui sarebbe un soggetto proprietario a governare un mondo di cose naturalmente disposte all'appropriazione, base della pandettistica tedesca, si oppone originariamente nel diritto romano un mondo di cose qualificate che distribuiscono titoli e diritti in capo a soggetti indefiniti.

Vi è dunque nel diritto romano uno spazio nel quale determinati beni pubblici risultano orientati alla funzione piuttosto che al regime proprietario, al di là della nozione di appropriazione, che Santoro Passarelli identifica quale elemento costitutivo della categoria di beni, sia pubblici che privati³⁵²⁷.

Nel diritto romano c'è un pubblico (bene) dell'uso ed un pubblico (bene) della proprietà. Vi sono cose che naturalmente per loro funzione si staccano dal *dominus*, non hanno valenza patrimoniale, ma soprattutto sono serventi alla collettività piuttosto che all'individuo.

Nel pubblico dell'uso, il proprietario si sposterebbe dal baricentro del *dominus* proprietario al baricentro dell'amministratore "*per conto di*".

Nel XIX secolo, la visione proprietaria-pubblica de *l'Etat administratif* francese napoleonico e la visione proprietaria-privatistica della *pandettistica* romano germanica riconducono ad *unum* le due concezioni dei beni pubblici in visione propria del rapporto dominicale.

La proprietà non viene intesa come il risultato di una somma delle facoltà che spettano al titolare di una cosa. Per questa ragione i diritti reali si contrappongono nettamente ad essa, come ben spiega Windscheid nel suo *Diritto delle pandette*³⁵²⁸.

Il diritto di proprietà è fatto coincidere con la cosa stessa. Nella tradizione di *civil law*, *bien* coincide con *chose*; in Germania *sache* assorbe cosa e bene. Nel lessico di *common law* la parola *property* assorbe la nozione di bene. Sullo sfondo, del tutto marginale, resta la questione della funzione dei beni, del godimento reale che ai cittadini essi possono garantire.

Una strumentale riutilizzazione di tecniche romane e romanistiche determina l'ascesa proprietaria del regime demaniale con le evidenti conseguenze sul piano della vulnerabilità dei diritti direttamente riconducibili ai beni stessi.

³⁵²⁶ P. DARDOT e C. LAVAL³⁵²⁶, *Del Comune o della Rivoluzione nel XXI secolo*, Roma, 2015, passim.

³⁵²⁷ F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit, pp. 55 ss.

³⁵²⁸ B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, Torino, 1904, passim.

Non di immediata comprensione apparirà come, mentre sul piano della proprietà privata, vi è una reattività sociale all'individualismo proprietario, basti pensare ai limiti posti dalla funzione sociale dei beni di cui all'art. 42 della Costituzione, sul piano della proprietà pubblica l'individualismo possessivo ed escludente gode di un duplice rafforzamento³⁵²⁹: quello dell'ascesa politica della borghesia e quello determinato dal consolidamento dello Stato apparato di derivazione de *l'Etat administratif*.

L'affermazione dello Stato moderno, e ancor di più dello Stato nazione, e soprattutto del concetto di sovranità statale, riconducibile alla categoria dello Stato-persona, piuttosto che allo Stato-comunità contribuisce, nella stagione delle codificazioni ottocentesche, a far prevalere la categoria del bene pubblico in proprietà pubblica, piuttosto che il bene pubblico in uso pubblico (sub categoria dei beni pubblici)³⁵³⁰.

L'osmosi concettuale e le relative conseguenze sul piano funzionale sviscerano una delle dimensioni del bene pubblico che piuttosto che essere orientato alla *communitas*, è orientato a soddisfare progettualità del *dominus*³⁵³¹.

Cosicché, lo statuto della proprietà pubblica, nel codice civile, ma successivamente anche nella Costituzione del '47 (laconico è lo spazio dedicato alla proprietà pubblica), si sovrappone al modello demaniale, ed in senso più ampio, ai beni pubblici in uso pubblico, configurando rapporti *escludenti*, riconducibili ai rapporti strutturali e materiali, di ordine soggettivo, che legano il *dominus al bene*, alla funzione che il *dominus* attribuisce al bene³⁵³².

Il rapporto funzionale, di natura oggettiva, beni-diritti fondamentali, è sullo sfondo e comunque subordinato al primo. Una rinnovata effervescenza del concetto di *communitas* ed in senso più ampio della democrazia partecipativa, inducono oggi ad un ripensamento del modello *pan-proprietario* dei beni pubblici³⁵³³.

Cioè del bene pubblico in uso pubblico, piuttosto che in proprietà pubblica. L'esigenza oggi, di una nuova e complessiva rilettura dei beni pubblici e del relativo modello di democrazia ad essi sotteso, oltre e contro il diritto sovrano, è dunque quella di andare, rispetto a beni *extra*

³⁵²⁹ D. MONE, *La categoria giuridica*, cit.

³⁵³⁰ A. LUCARELLI, *Beni comuni*, cit.

³⁵³¹ S. CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, 1969, p. 267 osserva come la c.d. proprietà demaniale sia nella sostanza una proprietà privata dei pubblici poteri, per la quale interviene un atto che può privare i privati della legittimazione alla titolarità di proprietà su quei beni.

³⁵³² A. LUCARELLI, *Beni comuni*, cit.

³⁵³³ G. MICCIARELLI, *I beni comuni e la partecipazione democratica. Da un "altro modo di possedere" ad un "altro modo di governare"* in www.juragentium.org

commercium, che sfuggono alle logiche del mercato, oltre i caratteri classici della demanialità, ovvero di un modello di ordinamento giuridico che riconosce un tipo classico di relazione soggettiva assoluta (la proprietà individuale).

Il modello demaniale della proprietà pubblica è quello di soddisfare obiettivi propri di un'Amministrazione intesa in una dimensione soggettivistica autonoma e solitaria; un modello che, proprio per queste caratteristiche, non impedisce la commercializzazione dei beni pubblici per uso pubblico, limitandone, secondo logiche del profitto, accessibilità e fruibilità.

Pertanto, oggi, piuttosto che parlare di declino della categoria giuridica del demanio, sarebbe più opportuno parlare di limiti fisiologici del modello demaniale³⁵³⁴, fondato sostanzialmente sugli elementi caratterizzanti il rapporto (strutturale) dominicale nell'ambito del quale il binomio sovranità statale (organizzazione del potere legislativo e potere amministrativo) - proprietà pubblica, può discrezionalmente *decidere* di cambiare titolo e destinazione del bene (processi di sdemanializzazione-patrimonializzazione ma anche procedimenti concessori), o semplicemente di conservare nel tempo una funzione sociale del bene distante dalle evolute esigenze delle comunità.

Ogni processo di privatizzazione, deciso dall'autorità pubblica attraverso il governo pro-tempore, *espropria* ciascun cittadino (quota parte) dal godimento del bene comune, senza tuttavia prevedere le tutele che il modello liberale riconosce alla proprietà privata: la pubblica utilità e l'indennizzo³⁵³⁵.

In questo senso, la cornice dei principi costituzionali, così come innanzi delineata, ancorché di natura prescrittiva, non ha dimostrato di possedere capacità di resistenza tale da impedire che la tipicità del rapporto proprietario strutturale, ben radicato tra Costituzione e regole *codicistiche*, prevalessesse sul rapporto funzionale teso a soddisfare i diritti fondamentali.

Pertanto, al fine di *salvaguardare* il perseguimento degli interessi generali, riconducibile alla funzione sociale dei beni demaniali, appare necessario *saldare* il rapporto funzionale tra *dominus* e beni, limitando, per quei beni identificati come *extra commercium*, la discrezionalità dei poteri del proprietario sui beni stessi, favorendo al contrario processi partecipativi di accessibilità e fruibilità³⁵³⁶.

³⁵³⁴ Contra C. IANNELLO, *Beni pubblici versus beni comuni* in www.forumcostituzionale.it, 24 settembre 2013, p. 4. ss

³⁵³⁵ A. LUCARELLI, *Beni comuni*, cit.

³⁵³⁶ In tal senso si muoveva la proposta di riforma delle norme civilistiche in materia di beni pubblici elaborata dalla Commissione sui Beni pubblici presieduta da Stefano Rodotà, istituita presso il Ministero della giustizia con decreto del 21 giugno 2007. Il testo, approvato dalla commissione, ha cessato il proprio iter di discussione con la caduta del Governo Prodi.

Anche attraverso processi di autorappresentazione e di conflitto permanente, espresso anche con forme di consuetudine *contra legem*.

Bene pubblico in uso pubblico *versus* bene pubblico in proprietà pubblica. Pertanto, resta aperto l'interrogativo se i beni comuni vadano intesi quali sub categoria giuridica della proprietà pubblica, o piuttosto quali variabile all'interno della categoria giuridica della proprietà pubblica. Il concetto giuridico di beni comuni per la sua forma, così come consegnataci oggi da dottrina, giurisprudenza, diritto non vigente e democrazia locale può assurgere alla dignità di categoria giuridica?

On the edge of crisis. Le ipotesi di crisi costituzionale e l'ombra dell'impeachment nei primi mesi della presidenza Trump*.

di Giulia Aravantinou Leonidi*

SOMMARIO: 1.Premessa - 2. La crisi costituzionale fra teoria e prassi - 3. L'ombra dell'impeachment: rimedio o strumento di pressione?- 4. Le alternative costituzionali all'impeachment: Il XXV emendamento -5. Conclusioni.

1. Premessa

Scriveva Bryce in *The American Commonwealth* «The choice of the President, by what is now practically a simultaneous popular vote, not only involves once in every four years a tremendous expenditure of energy, time, and money, but induces of necessity a crisis which, if it happens to coincide with any passion powerfully agitating the people, may be dangerous to the commonwealth»¹. La vittoria di Donald Trump alle elezioni presidenziali del novembre 2016 ha contribuito a stimolare un vivace dibattito sull'impatto costituzionale di una amministrazione ritenuta sotto diversi profili inedita per gli Stati Uniti d'America. L'adozione, nell'immediatezza del suo insediamento alla Casa Bianca, di una serie di controversi *executive orders* e le frizioni con il potere giudiziario, che ha sospeso il provvedimento in materia di immigrazione e sicurezza nazionale, il cd. *muslim ban*, unitamente allo scandalo sulle possibili interferenze della Russia nel procedimento elettorale, il cd. *Russiagate*, minacciano di spingere gli Stati Uniti sull'orlo di una crisi costituzionale e l'avvio del procedimento di messa in stato d'accusa del Presidente.

2. La crisi costituzionale fra teoria e prassi

Il tema della crisi è sempre stato presente nel dibattito sul costituzionalismo americano. Come scrivono Levinson e Balkin «The American Constitution, then, was born in crisis and tested in crisis»². Il termine è stato spesso abusato nel descrivere momenti di tensione vissuti dall'ordinamento, come in occasione dell'attivazione della procedura di *impeachment* a carico di Nixon e di Clinton, delle

* Contributo sottoposto a *double blind peer review*

*Dottore di ricerca in Teoria dello Stato e istituzioni politiche comparate. Università di Roma "Sapienza".

¹ J. BRYCE, *The American Commonwealth*, New York, MacMillan, 1911, p.131.

² S. LEVINSON, J.M. BALKIN, *Constitutional Crises*, in *University of Pennsylvania Law Review*, vol.157 n. 3, 2009, pp.707-753.

controverse elezioni presidenziali del 2000 e del successivo intervento della Corte Suprema, ed infine degli attacchi terroristici dell'11 settembre 2001³.

Il vocabolo crisi si presta a diverse interpretazioni. Nelle scienze politiche e giuridiche l'espressione assume solitamente una connotazione negativa, identificando un momento in cui è richiesta l'assunzione di decisioni rilevanti e che implica spesso instabilità e minaccia all'insieme valoriale del sistema politico.

All'interno di ogni costituzione è rinvenibile un nucleo di principi supremi e indefettibili che non possono essere sovvertiti o modificati nemmeno facendo ricorso, nel caso di costituzioni rigide, a complicate procedure di revisione. Non essendo però il diritto costituito da regole atemporali ma essendo esso storicamente situato, la sua interpretazione deve tener conto della sua storicità⁴. Nell'analisi della dinamica istituzionale statunitense l'elemento storico costituisce un tassello indispensabile a completamento dello strumentario concettuale del costituzionalista, capace di porre in una prospettiva più ampia le evoluzioni dell'ordinamento e del ruolo degli attori politici rilevanti.

La dottrina politologica e costituzionalistica statunitense si è misurata con la definizione del concetto di crisi costituzionale elaborando diverse teorie. Keith Whittington ha definito crisi costituzionale quella scaturita dall'impossibilità di una costituzione di adempiere alle sue principali funzioni. Sulla base di tale definizione egli ha individuato due categorie di crisi costituzionali: operative, che si verificano quando importanti dispute politiche non possono essere risolte nel quadro costituzionale esistente⁵, e le crisi di fedeltà costituzionale, che si hanno quando gli attori politicamente rilevanti minacciano di non essere più disposti a rispettare le disposizioni costituzionali in vigore o contravvengono in maniera sistematica a quanto prescritto dalla costituzione.

Il procedimento di elezione del Presidente degli Stati Uniti, sul quale chi scrive si è spesso soffermato, e il procedimento di nomina dei giudici della Corte Suprema e degli alti funzionari federali, descritti dalla Costituzione del 1787, offrono l'occasione per il verificarsi della prima ipotesi di crisi costituzionale presentata da Whittington, quella operativa. La storia americana propone diversi esempi in tal senso, a partire dalla discussa vittoria di George W. Bush nel 2000 e dalle invocazioni rivolte allora al Senato affinché bloccasse sistematicamente le nomine di un Presidente considerato

³ K. E. WHITTINGTON, *Yet Another Constitutional Crisis?*, in WM. & MARY L. REV., n. 43, fasc.2-3 p. 2093, p. 2094 (2002).

⁴ Sulla necessità della prospettiva storica si veda per la dottrina italiana F. LANCHESTER, *La Costituzione tra elasticità e rottura*, Milano, Giuffrè, 2011.

⁵ K. E. WHITTINGTON, *Yet Another Constitutional Crisis*, op.cit.p.2101.

illegittimo⁶, situazione che richiama quella attuale, sebbene il successo più evidente di questi primi mesi per la nuova amministrazione sia stata la nomina di Neil Gorsuch alla Corte Suprema con il parere favorevole del Senato.

Alle categorie individuate da Wittington si è aggiunta nel 2009 quella elaborata da Sanford Levinson e Jack Balkin⁷. Questa terza tipologia di crisi costituzionale si realizza quando il confronto politico oltrepassa i confini stabiliti dalla costituzione in una lotta per il potere. Questo tipo di crisi coinvolge situazioni in cui gli attori politici rilevanti ritengono che i loro avversari stiano compiendo azioni o assumendo decisioni pericolose e illegali, arrecando una minaccia alle fondamenta costituzionali della repubblica o provocando cambiamenti fondamentali e ingiustificati. In un tale contesto, si manifestano forme di scontro e opposizione che si collocano al di fuori dell'ordinario confronto tra maggioranza e opposizione.

La storia costituzionale statunitense offre plurime rappresentazioni di questa specifica tipologia di crisi costituzionale, acclarando come il mero scontro tra poteri non sia indicativo dell'esistenza di una crisi costituzionale, essendo questo, piuttosto, riconducibile alle normali dinamiche del confronto politico. Nell'ambito di tale quadro di riferimento, il momento vissuto attualmente dall'ordinamento statunitense non prefigura dunque un'ipotesi di crisi costituzionale, sebbene alcuni elementi della stessa possano rinvenirsi. Si può affermare, pertanto, che l'ordinamento si trovi piuttosto "sull'orlo di una crisi costituzionale" ma che questa costituisca per il momento una prospettiva ancora lontana.

Il costituzionalista statunitense Jack Balkin si è recentemente prodotto in un originale sforzo definitorio del momento attuale introducendo il concetto di "constitutional rot" (il declino costituzionale). Il declino delle istituzioni statunitensi è stato invocato da più parti nell'ultimo decennio. Dai filosofi, come Noam Chomsky⁸, ai politologi, quali Francis Fukuyama⁹, tutti sono d'accordo nell'affermare il declino politico della superpotenza americana, aderendo in parte al concetto di "decadenza" elaborato dal politologo Samuel Huntington nel suo *Political Order in Changing Societies*¹⁰, quando usava il termine "decadenza" per spiegare l'instabilità del quadro politico che caratterizzò molti Paesi di nuova indipendenza all'indomani della seconda guerra

⁶ B. ACKERMAN, *The Court Packs Itself*, in AM. PROSPECT, Feb. 12, 2001; A. KOPPELMAN, *Let Seats Go Empty: If Given the Chance, Bush Should Put Off Naming Justices Until a Second Term*, SUN-SENTINEL (Fort Lauderdale, Fla.), Dec. 18, 2000.

⁷ S. LEVINSON, J.M. BALKIN, *Constitutional Crises*, op. cit., p.729.

⁸ A. EDGELY, *Noam Chomsky*, Palgrave MacMillan, 2015.

⁹ F. FUKUYAMA, *Political order and Political Decay*, Audible Studios 2014.

¹⁰ S. HUNTINGTON, *Political Order in Changing Societies*, New Haven and London, Yale University Press 1968.

mondiale. Per Huntington la decadenza è causata dall'incapacità delle istituzioni di adattarsi alle mutate circostanze.

Secondo Balkin il *constitutional rot* è un fenomeno che pertiene alle democrazie rappresentative e si verifica quando le costituzioni sono soggette a snervamento, quando i meccanismi preposti al bilanciamento tra i poteri smettono di funzionare dando luogo ad una situazione che potrebbe condurre a quelle che lo stesso Balkin identifica e sistematizza come crisi costituzionali. L'autore sottolinea la linea di demarcazione tra *rot* e *crisis*, sostenendo che la prima tipologia non necessariamente sfocia nella seconda sebbene vi siano degli evidenti nessi ideali. Tuttavia, mentre una crisi costituzionale si colloca in un ben determinato momento temporale, in cui il sistema sottoposto a delle sollecitazioni può rispondere adeguatamente o perire, il *constitutional rot* occupa un lasso temporale più ampio e opera spesso sullo sfondo. La tesi di Balkin applicata allo stato attuale vuole Trump essere il prodotto del decadimento delle istituzioni americane e l'indizio che quella attuale non sia una crisi costituzionale, bensì un "constitutional rot" che sta perdurando già da diverso tempo¹¹.

I concetti appena richiamati si collegano al tema dell'elasticità delle costituzioni introdotto da Bryce nel suo lavoro *Flexible and Rigid Constitutions*, composto nel 1884, in cui lo studioso sosteneva che «Constitutions of the older type may be called Flexible, because they have elasticity, because they can be bent and altered in form while retaining their main features. Constitutions of the newer kind cannot, because their lines are hard and fixed»¹². Secondo Bryce, dunque, l'elasticità costituiva una caratteristica esclusiva delle costituzioni flessibili, capaci di mantenere la propria conformazione anche se sottoposte a pressioni. Rimanevano escluse dalla riflessione di Bryce le costituzioni rigide, per essere in seguito riconsiderate in *The American Commonwealth*, la sua opera più celebre, nella quale con riferimento specifico alla Costituzione statunitense, quale archetipo delle costituzioni rigide, egli notava «its judicious mixture of definiteness in principle with elasticity on details»¹³.

3. L'ombra dell'impeachment: rimedio o strumento di pressione?

¹¹J. BALKIN, *Constitutional Rot and Constitutional Crisis*, in *Balkanization*, 15 maggio 2017.

¹²J. BRYCE, *Flexible and Rigid Constitutions*, in *Studies in History and Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1901, vol. I, si veda anche l'Introduzione di A. PACE alla traduzione italiana dell'opera di BRYCE, *Costituzioni flessibili e rigide*, a cura di A. PACE, Milano, Giuffrè, 1998, pp. V ss.

¹³J. BRYCE, *The American Commonwealth*, New York, MacMillan, 1913, p. 28.

A incoraggiare gli studiosi a spingersi nuovamente nella verifica delle ipotesi di crisi costituzionale è stato l'offuscamento dell'Esecutivo per l'allungarsi dell'ombra dell' *impeachment*.

Le decisioni assunte nei primi mesi di vita della nuova amministrazione hanno stimolato presso la comunità accademica statunitense e l'opinione pubblica il dibattito circa la possibilità di ricorrere all'istituto dell'*impeachment* per destituire dalla carica presidenziale Donald Trump¹⁴.

L'istituto dell' *impeachment*, modellato sull'omologo istituto britannico, trova nella disciplina costituzionale statunitense una declinazione che ne segna le differenze rispetto all'esperienza originaria. In contrasto con la concezione della Madrepatria nella quale l'*impeachment* era considerato “the chief institution for the preservation of government”¹⁵, i Padri fondatori intesero l'istituto come uno dei contrappesi utili ad evitare che l'indipendenza dei poteri si trasformasse in tirannia¹⁶.

L'accoglimento dell'istituto nel testo licenziato dalla Convenzione di Filadelfia nel 1787 fu segnato da un acceso dibattito che si protrasse in sede di ratifica del testo costituzionale e vide l'aspra contrapposizione tra i federalisti e gli antifederalisti¹⁷.

A suscitare le maggiori perplessità fu l'assegnazione al Senato del ruolo di organo giudicante nel procedimento disciplinato dalla Costituzione.

La disciplina dell'istituto dell' *impeachment*, destinata ad essere al centro del dibattito politico-dottrinario anche successivamente all'entrata in vigore del testo costituzionale, non è contenuta in un'unica disposizione. Diverse sono, infatti, le disposizioni che si occupano di definire le fasi del procedimento, i soggetti interessati dall'applicazione dell'istituto, le motivazioni che ne determinano il ricorso e le sanzioni successive al giudizio del Senato. Si tratta in particolare dell'Art. I, sez. 2,

¹⁴ Sull'istituto dell' *impeachment* e le problematiche di carattere costituzionale legate alla sua applicazione si rinvia allo studio classico di R. BERGER, *Impeachment: The Constitutional Problems*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1973. Per la dottrina italiana si veda M. OLIVIERO, *l'impeachment nell'ordinamento costituzionale degli Stati Uniti d'America*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1999, fasc. 3 pag. 1080 – 1102. Dello stesso autore, *L'Impeachment dalle origini inglesi all'esperienza degli Stati Uniti d'America*, Torino, Giappichelli, 2001. E più di recente S. VOLTERRA «Il leone in gabbia»: l'impeachment negli Stati Uniti d'America »Studi Carlassare, 2009, pp. 785 ss.

¹⁵ Cit. SIR W.S. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, London, Methuen, 1922, p. 383.

¹⁶ P.C. HOFFER, *Legislatures and Impeachment*, voce in *Enc. Of the American Presidency*, vol. II, New York, 1994, p. 1621.

¹⁷ Sul processo di redazione e formazione della Costituzione statunitense v. T. ANDERSON, *Creating the Constitution: The Convention of 1787 and the First Congress*. University Park, Pa.: Pennsylvania State University Press, 1993; J. B. SCOTT, *James Madison's Notes of Debates in the Federal Convention of 1787 and Their Relation to a More Perfect Society of Nations*. Union, N.J., Lawbook Exchange, 2001; W. U. SOLBERG, ed., *The Constitutional Convention and the Formation of the Union*. Urbana, University of Illinois Press, 1990.

comma 5; dell'Art. I, sez.3, commi 6 e 7; dell'Art. II, sez.2, comma 1, dell' Art. II sez.4, dell' Art. III, sez.2, comma 3.

L'Art. II, sez. 4 individua i soggetti del procedimento e le condotte rilevanti ai fini della messa in stato d'accusa. Sulla base di tale disposizione i soggetti passivi del procedimento sono il Presidente, il Vicepresidente e tutti i funzionari civili degli Stati Uniti. Mentre per quanto concerne i reati suscettibili di *impeachment*, la costituzione individua tre categorie di *impeachable offenses*. Si tratta nello specifico del tradimento (*treason*), della concussione (*bribery*) e degli *high crimes and misdemeanors*¹⁸. Il concetto costituzionale di *treason* è esplicitato all'Art. III, sez.3, co.1 «Treason against the United States, shall consist only in levying war against them, or in adhering to their enemies, giving them aid and comfort. No person shall be convicted of treason unless on the testimony of two witnesses to the same overt act, or on confession in open court»¹⁹. Non si sono posti particolari problemi interpretativi in relazione al concetto di *bribery*. Sebbene a quest'ultimo non corrisponda una specifica definizione di carattere costituzionale, esso è desumibile dal *common law*²⁰ e una sua definizione è rinvenibile nello *U.S. Federal Code Annotated*²¹.

La costituzione, invece, non definisce nessuna fattispecie per gli *high crimes and misdemeanors*, contribuendo così ad alimentare il dibattito sulla controversa interpretazione della norma. In seno alla Convenzione di Filadelfia l'espressione non fu oggetto di dibattito. Rispetto all'iniziale formulazione proposta da Mason che voleva annoverare tra i reati passibili di *impeachment* quello di "*maladministration*"²² si finì per propendere per l'accoglimento dell'espressione "*high crimes and misdemeanors*"²³, grazie all'intervento di Madison che valutò l'enunciato precedente

¹⁸ L'espressione si riscontra per la prima volta nei resoconti del procedimento a carico del Earl of Suffolk nel 1386. Come ricorda il Berger, all'epoca la categoria dei "*misdemeanors*" non era contemplata, tant'è che i reati minori vennero fino al sedicesimo secolo ricondotti alla categoria di "*trespasses*". R. BERGER, *Impeachment: The Constitutional Problems*, op. cit., p. 61.

¹⁹ La definizione è stata in seguito recepita dall'U.S. Federal Code Annoted, tit. 18, §2381,1970. In relazione alla scelta operata dai Padri fondatori nel circoscrivere la fattispecie del reato di tradimento si veda A. HAMILTON, J. MADISON, J. JAY, *Il Federalista*, n.43, pp. 404 ss.

²⁰ In questa direzione si era espresso anche J. STORY, *Commentaries on the Constitution of the United States*, Durham, N.C.: Carolina Academic Press Carolina, 1987, II, pp. 234 ss. A questo proposito anche il Berger sottolinea come nell'adattare l'istituto dell'*impeachment* al contesto statunitense per i Framers il *common law* marcasse una "*brooding omnipresence*", R. BERGER, *Impeachment: The Constitutional Problems*, op. cit., p. 55.

²¹ U.S. Federal Code Annoted, tit. 18, §201.

²² La formula risulta utilizzata nelle Costituzioni degli Stati membri antecedenti alla fondazione dell'Unione.

²³ L'espressione è mutuata dal diritto inglese e indica un reato minore. Nel 1967 nel Regno Unito è stata abolita la distinzione tra *misdemeanor* e *felony* (reato maggiore punibile con almeno un anno di detenzione fino alla pena capitale) ed il termine è stato sostituito dall'espressione "*indictable offense*".

eccessivamente vago²⁴. L'interpretazione della locuzione è ancora oggi oggetto di un proficuo dibattito che risente naturalmente delle diverse accezioni della natura dell'*impeachment*, quale istituto prevalentemente politico o giurisdizionale. Il nodo centrale della questione consiste nel valutare se per *high crimes and misdemeanors* debbano intendersi solo quei reati perseguibili penalmente o se, sulla base di una diversa interpretazione, possa essere ricondotto a questa categoria ogni comportamento messo in atto da un pubblico funzionario la cui condotta costituisca una violazione delle norme costituzionali.

Nel corso del tempo sono state diverse le esegesi teoriche che si sono affermate. Non si è, tuttavia, pervenuto ad una interpretazione pacifica della formulazione costituzionale. Si pensi solo che nel 1970 quando il membro del Congresso Gerald R. Ford propose il ricorso all'*impeachment* nei confronti del giudice William O. Douglas egli sostenne che per *impeachable offense* dovesse intendersi qualsiasi reato ritenuto tale dalla Camera dei Rappresentanti in concorso con il Senato. Un'interpretazione estremamente ampia, dunque, che poneva nelle mani del Congresso un potere illimitato, condizione questa di evidente incompatibilità con lo spirito stesso del costituzionalismo americano basato sui freni e sui contrappesi²⁵.

Se dunque la formulazione accolta in costituzione ha posto e continua a porre notevoli questioni di ordine interpretativo, alcuni utili chiarimenti possono giungere dai protagonisti della Convenzione di Filadelfia. A tal proposito, Alexander Hamilton nel *Federalist* n.65 scriveva che poiché le condotte rilevanti ai fini dell'*impeachment* «are of a nature which may with peculiar property be denominated political, as they related chiefly to injuries done immediately to the society itself»²⁶, il reato è da ritenersi politico e non riconducibile dunque all'ambito del diritto penale. D'altra parte, i Padri Fondatori erano guidati dall'intenzione di impedire che le passioni partigiane conducessero a esecuzioni politiche. Da vicepresidente lo stesso Jefferson sottolineò come la storia mostrasse che in Inghilterra l'*impeachment* fosse stato piuttosto “an engine more of passion than of justice”²⁷.

L'introduzione di tale istituto nel contesto statunitense palesa, dunque, il nesso esistente tra la forma di governo e la previsione di istituti diretti a far valere la responsabilità degli organi esecutivi. La struttura istituzionale statunitense è basata

Negli Stati Uniti la distinzione persiste e il termine si riferisce ad infrazioni punibili con un massimo di un anno di detenzione o 500\$ di ammenda.

²⁴ Le impressioni di Madison sulla vaghezza della formulazione sono riportate anche da R. BERGER, *Impeachment: The Constitutional Problems*, op. cit., p.76.

²⁵ G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, vol. I e II, Giappichelli, Torino, 1998.

²⁶ A. HAMILTON, J. MADISON, J. JAY, *Il Federalista*, n. 65, p.426.

²⁷ JOINT COMMITTEE OF CONGRESS ON THE LIBRARY, *The Writings of Thomas Jefferson*, J.B. Lippincott &co., Philadelphia 1871, p. 212.

sul principio della separazione e del pluralismo dei poteri. In un regime di “separated institutions sharing power”²⁸, il principio della separazione rigida dei poteri viene ad essere temperato dal bilanciamento degli stessi attuato grazie alla previsione di un complesso sistema di *checks and balances*. Tali meccanismi consentono a ciascun organo costituzionale di frenare i poteri degli altri nell’esercizio delle funzioni conferite dalla Costituzione. Nella forma di governo presidenziale, dove sono assenti gli strumenti tipici per far valere la responsabilità dell’esecutivo, l’istituto dell’*impeachment* assume notevole rilevanza. I Padri fondatori temevano gli eccessi di un legislativo privo di limitazioni e per questo imbrigliarono il Congresso introducendo la previsione del veto presidenziale e del *judicial review*. Ma come scrive Corwin alla fine del periodo coloniale prevaleva la diffusa convinzione che «the executive magistracy was the natural enemy and the legislative assembly the natural friend of liberty»²⁹. Furono queste le speculazioni che indussero Mason a scrivere che nella forma di governo repubblicana il legislativo prevale necessariamente³⁰ e che in seguito spinsero i partecipanti alla Convenzione di Filadelfia a concentrare i propri sforzi sulla concezione dell’*impeachment* quale strumento per arginare il potere dell’Esecutivo facendo risiedere nella Camera dei Rappresentanti «...the sole power of impeachment» (Art. I, sez. 2, 5 co.) e nel Senato «...the sole power to try all impeachments» (Art. I, sez. 3, 6 co.).

La particolare disciplina del procedimento di *impeachment* nell’ordinamento statunitense prefigura quella che è stata definita da Roscoe Pound *legislative justice*³¹. Tale definizione ha contribuito a fissare la natura prevalentemente politica dell’istituto, rivendicata in diverse occasioni dallo stesso Senato. Tuttavia, diversi autori in dottrina propendono per non escludere la natura giurisdizionale dell’*impeachment*³².

L’Art. I, sez. 3 specifica poi che le condanne non avranno altro effetto se non quello della rimozione dai pubblici uffici, ma aggiunge che il condannato potrà comunque essere soggetto ad « indictment, trial, judgement and punishment, according to law». L’istituto dell’*impeachment* assicura, dunque, un privilegio di giurisdizione solo per quanto concerne la valutazione dell’idoneità a ricoprire la carica, ma resta all’autorità giudiziaria accertare e comminare le eventuali sanzioni penali³³. Per quanto concerne,

²⁸ R. NEUSTADT, *Presidential Power*, New York, John Wiley & Sons, 1960, p. 33.

²⁹ E. CORWIN, *The President, Office and Powers*, New York, 1948.

³⁰ A. HAMILTON, J. MADISON, J. JAY, *Il Federalista*, n. 51, p. 338.

³¹ R. POUND, *Justice according to the law*, in *Columbia Law Review*, vol. XIV, n.1, 1914, p. 1 ss.

³² In questa direzione B. SCHWARTZ, *A Commentary on the Constitution of the United States, The Powers of Government*, New York, 1963, p. 115.

³³ L. CARLASSARE, *Responsabilità penale dell’esecutivo e forma di governo. L’impeachment negli Stati Uniti*, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, 1970, n.2, pp. 441-538.

invece, la responsabilità civile il Presidente, al pari di tutti i pubblici funzionari, non è chiamato a rispondere degli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni³⁴, mentre per quanto riguarda gli atti compiuti nella sua sfera privata, egli è pienamente responsabile anche nel corso del suo mandato³⁵. E', dunque, solo la responsabilità politica ad essere accertata con lo strumento dell' *impeachment* nei termini posti dalla Costituzione.

Con riferimento alla situazione politica e istituzionale attuale, Allan Lichtman, dell'American University, ha ipotizzato nel suo ultimo libro che il Presidente Trump sarà sottoposto al procedimento di *impeachment* prescritto dalla Costituzione poiché minaccia le istituzioni e le tradizioni che hanno consentito agli Stati Uniti di prosperare per oltre due secoli³⁶. L' *impeachment* è considerato da Lichtman l'istituto che più di ogni altro svolge la vitale funzione di mantenere in equilibrio l'assetto istituzionale statunitense. Un rimedio pacifico e costituzionale contro la prevaricazione e la tirannia. Lo studioso americano nel suo volume ha identificato tre ordini di motivazioni che potrebbero condurre all' *impeachment* di Trump: i legami finanziari della Trump Organization con gli oligarchi russi, le relazioni con la Russia di Putin e il complicato rapporto del Presidente con la verità.

Nelle ultime settimane le voci sull'ipotesi di avviare il procedimento di *impeachment* a suo carico sono divenute sempre più insistenti anche nell'ambiente dell' *Establishment* repubblicano. Ad alimentare il dissenso sono stati i rapporti pubblicati dal New York Times e dal Washington Post, che indicherebbero come il Presidente abbia abusato del proprio potere chiedendo al direttore dell'FBI James Comey, prima di rimuoverlo dalla carica, di insabbiare l'inchiesta sul suo ex consigliere per la difesa, Michael Flynn, nell'ambito del cd. *Russiagate*, scandalo sul quale le commissioni della Camera dei Rappresentanti e del Senato hanno avviato inchieste per acclarare eventuali interferenze russe nel procedimento di elezione del Presidente degli Stati Uniti.

Sebbene i repubblicani mantengano per il momento un atteggiamento di cautela, non tutti hanno prediletto un basso profilo. Il deputato repubblicano Carlos Curbelo (R-Fla.) ha comparato le presunte pressioni esercitate da Trump sull'ex direttore dell'FBI affinché archiviasse l'inchiesta su Flynn ai casi di ostacolo alla giustizia che condussero all' *impeachment* di Nixon e Clinton.

Parte della dottrina costituzionalistica statunitense ritiene oggi che il ricorso al procedimento di *impeachment* per la rimozione di Donald Trump costituisca una soluzione di carattere temporaneo, che non assicura in alcun modo il futuro.

³⁴ [Nixon v. Fitzgerald](#) 457 U.S. 731 (1982)

³⁵ [Clinton v. Jones](#) 520 U.S. 681 (1997). Sulla pronuncia si veda A. GRATTERI, *Prima storica condanna per il Presidente degli Stati Uniti*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1999, n.3, p.1077 ss.

³⁶ A. LICHTMAN, *The Case for Impeachment*, Dey Street Books, 2017.

Tenendo conto che la sua elezione a quarantacinquesimo Presidente degli Stati Uniti è il risultato di una serie di fattori concorrenti³⁷ e, secondo alcuni, di un “dysfunctional constitutional regime”³⁸, l’eventuale rimozione di Trump dovrà avvenire con la consapevolezza che i mezzi con cui si perverrà a tale risultato determineranno l’andamento politico futuro del Paese. Per queste ragioni costituzionalisti e politologi insistono in questi mesi sulla necessità di apportare cambiamenti incisivi alla costituzione o alle dinamiche politiche che hanno aperto la strada al *trumpismo* e spinto il Paese sull’orlo di una crisi costituzionale.

Donald Trump sembra corrispondere perfettamente alla categoria del “disjunctive President”, individuata da Stephen Showronek nel suo volume, divenuto ormai un classico per gli studiosi della Presidenza americana, *Presidential Leadership in Political Time*³⁹, un Presidente che cerca di difendere un sistema politico che è sull’orlo del collasso a causa di conflitti interni e contraddizioni divenute sempre più difficili da sanare.

Secondo la letteratura sui regimi politici americani, l’elezione di Donald Trump del 2016 riflette il decadimento della coalizione della *New Right* inaugurata da Reagan. Dato questo quadro di riferimento è probabile che il diffuso sentimento di sfiducia degli elettori persisterà fino a quando un nuovo regime non sarà capace di ricostruire la politica della nazione.

L’*impeachment* è dunque soprattutto un’arma politica⁴⁰ ed è per questa ragione che lo stato in cui versano i partiti americani al momento riveste un ruolo fondamentale rispetto alle prospettive di attivazione della procedura di *impeachment*.

Le divisioni interne al GOP tra l’ala più moderata (socialmente liberale, economicamente conservatrice) e quella conservatrice (socialmente conservatrice, economicamente populista) sono emerse con vigore già nel corso delle primarie e della corsa per la *nomination* del partito. Questi contrasti sono sopravvissuti anche dopo l’elezione di Trump alla Casa Bianca e si sono manifestati soprattutto in occasione delle nomine presidenziali e di alcune controverse decisioni assunte dal Capo dell’esecutivo subito dopo l’insediamento. E’ probabile che i democratici

³⁷ Si veda in proposito F. FUKUYAMA, *American Political Decay or Renewal? The Meaning of the 2016 Election*, in *Foreign Affairs*, Luglio/Agosto 2016, pp. 58-68. Nella sua lettura il celebre politologo Americano afferma che “The real story of this election is that after several decades, American democracy is finally responding to the rise of inequality and the economic stagnation experienced by most of the population”.

³⁸ J. M BALKIN, *The Last Days Of Disco: Why The American Political System Is Dysfunctional*, Yale Faculty Scholarship Series. Paper 4878, 2014.

³⁹ S. SHOWRONEK, *Presidential Leadership in Political Time*, University Press of Kansas; 2 Exp Rev edition (February 1, 2011).

⁴⁰ R.K. NEUMANN JR., *The Revival of Impeachment as a Partisan Political Weapon*, in 34 *Hastings Constitutional Law Quarterly*, (2006-2007) pp.161-328.

tentino di sfruttare l'occasione offerta da queste divisioni ricompattando le proprie forze al seguito di un nuovo *leader* capace di guidare il partito verso la vittoria nelle elezioni presidenziali del 2020. Al momento ciò che appare evidente è la debolezza strutturale del partito repubblicano, nonostante detenga la maggioranza in entrambi i rami del Congresso e abbia conquistato la Presidenza. Attribuire la responsabilità dell'indebolimento del GOP unicamente alla figura divisiva di Donald Trump e alle vicende verificatesi in campagna elettorale significa aderire ad una lettura parziale e miope delle trasformazioni istituzionali e politiche statunitensi. Infatti, il declino del partito repubblicano trova la propria origine in tempi più risalenti. Paradossalmente, la vittoria di Trump potrebbe avere l'effetto di invertire la tendenza e stimolare l'*Establishment* del partito ad avviare un percorso di autocritica e rinnovamento. Attualmente il ricorso all'*impeachment* appare un'ipotesi remota, soprattutto in ragione della salda maggioranza repubblicana al Congresso. La prospettiva potrebbe cambiare all'indomani della *mid-term election* del 2018, che potrebbe decretare un ribaltamento dei rapporti di forza al Congresso e aprire alla possibilità dell'avvio del procedimento per la rimozione di Trump.

4. Le alternative costituzionali all'*impeachment*: Il XXV emendamento.

Se l'*impeachment* costituisce al momento ancora una prospettiva remota, sebbene per alcuni cominci ad assumere dei contorni più definiti alla luce delle rivelazioni che si rincorrono sui media in queste settimane e che chiamano in causa la cerchia ristretta dei fedelissimi di Trump, altre sono le possibilità di cui tener conto per la destituzione di un Presidente. Oltre all'*impeachment* la Costituzione americana prevede altri strumenti per la destituzione di un Presidente in carica. Nello specifico si tratta del XXV emendamento, approvato il 20 febbraio del 1967.

All'approvazione dell'emendamento impresso un'accelerazione la prematura scomparsa di John Fitzgerald Kennedy, trentacinquesimo Presidente degli Stati Uniti ucciso a Dallas il 22 novembre del 1963. Fu dunque la morte di Kennedy l'elemento propulsivo che diede avvio alla procedura di approvazione dell'emendamento, sebbene in passato anche sotto le presidenza di Garfield, Wilson e Eisenhower era stata sollevata la questione di chiarire i contenuti dell'Art. II sez. 1 co.6 «In case of the removal of the President from office, or of his death, resignation, or inability to discharge the powers and duties of the said office, the same shall devolve on the Vice President, and the Congress may by law provide for the case of removal, death, resignation or inability, both of the President and Vice President, declaring what

officer shall then act as President, and such officer shall act accordingly, until the disability be removed, or a President shall be elected».

La *ratio* del XXV emendamento è quella di chiarire i contenuti della disposizione costituzionale assicurando la continuità istituzionale⁴¹.

La I sezione dell'emendamento approvato nel 1967 chiarisce che nel caso specifico della morte del Presidente i suoi poteri vengano trasferiti al Vicepresidente, rendendo automatica la successione. La II sezione stabilisce le azioni da intraprendere nel caso la carica del Vicepresidente diventi vacante, a quel punto il Presidente ne nomina uno nuovo, mentre la III sezione regola il temporaneo passaggio dei poteri dal Presidente al Vicepresidente in casi eccezionali. La prima volta venne invocato il 13 luglio 1985, quando l'allora presidente Ronald Reagan subì un'operazione e il vicepresidente allora in carica, George Bush, fu Presidente *pro tempore* per tutta la durata dell'intervento.

Al XXV emendamento si è fatto ampio ricorso in passato decretando l'ascesa alla Presidenza e alla Vicepresidenza di individui che non erano stati eletti dal popolo americano. Si tratta nello specifico del caso delle dimissioni del Vicepresidente Spiro Agnew e di Gerald R. Ford che prese il suo posto su nomina di Richard Nixon nel 1973, sulla base delle disposizioni contenute nella sez.2 del XXV emendamento. In seguito Richard Nixon si dimise, il 9 agosto del 1974, travolto dallo scandalo Watergate, e Ford gli succedette nello stesso giorno delle sue dimissioni, nominando a sua volta alcuni mesi dopo Nelson A. Rockefeller Vicepresidente⁴².

Gli attentati terroristici dell'11 settembre 2001 e i timori di una decapitazione dei vertici istituzionali americani hanno spinto a riconsiderare diversi aspetti della successione presidenziale. Sono state infatti numerose le proposte di modifica del *Succession Act 1947* presentate in Congresso dopo quella data.

Nella situazione attuale ad essere invocata è soprattutto la sezione IV del XXV emendamento laddove essa dispone che: «Ogni qualvolta il Vicepresidente e una maggioranza dei titolari dei Dicasteri dell'esecutivo oppure di altro organo, che con legge sarà indicato dal Congresso, trasmetteranno al Presidente pro tempore del Senato e allo Speaker della Camera dei rappresentanti una loro dichiarazione scritta nel senso che il Presidente non è in grado di esercitare i poteri e adempiere ai doveri

⁴¹ In proposito si vedano J.D. FEERICK, *From Failing Hands: The Story of Presidential Succession*, Fordham University Press (1965). A.R. AMAR, *Applications and Implications of the Twenty-fifth Amendment*, 47 House L.R., n.1, pp.7-92010, J. K. GOLDSTEIN, *Taking from the Twenty-fifth Amendment: Lessons in Ensuring Presidential Continuity*, n.79, fasc.3 Fordham Law Review, p.959-1043 (2011). L. FISHER, *The Law of the Executive Branch*, Oxford University Press, 2014, pp.34-35.

⁴² Per un approfondimento sul XXV emendamento si veda CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE, *Presidential Disability: An Overview*, July 12, 1999; CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE, *Presidential and Vice Presidential Succession: Overview and Current Legislation*, 27 settembre 2004.

della sua carica, il Vicepresidente assumerà immediatamente l'incarico quale facente funzione di Presidente. Successivamente, quando il Presidente trasmetterà al Presidente pro tempore del Senato e allo Speaker della Camera dei rappresentanti una sua dichiarazione scritta che non esistono più le condizioni di cui sopra, egli riprenderà a esercitare i poteri e adempiere ai doveri della sua carica, a meno che il Vicepresidente e la maggioranza dei titolari dei Dicasteri dell'esecutivo o dei membri di altro organo, che con legge sarà indicato dal Congresso, non trasmettano entro quattro giorni al Presidente pro tempore del Senato e allo Speaker della Camera dei rappresentanti una loro dichiarazione scritta nel senso che il Presidente non è in grado di esercitare i poteri e assolvere ai doveri della sua carica. Spetterà allora al Congresso risolvere la questione riunendosi, a tale scopo, entro 48 ore, qualora non fosse già in seduta. Se il Congresso, entro 21 giorni dalla ricezione della dichiarazione scritta di cui sopra, o, se non fosse in seduta, entro 21 giorni dalla data di convocazione, dichiarerà, con due terzi dei voti di ambedue le Camere, che il Presidente non è in grado di esercitare i poteri e adempiere ai doveri della sua carica, il Vicepresidente dovrà continuare ad esercitarli ed assolverli quale facente funzioni; in caso contrario, il Presidente dovrà riprendere a esercitare i poteri e adempiere ai doveri della sua carica». Dalla sua introduzione nel 1967, una sola amministrazione ha preso in considerazione la possibilità di invocare questa clausola per rimuovere un Presidente. Il caso si è verificato nel 1987 quando lo staff della Casa Bianca notò che il 76enne Ronald Reagan aveva iniziato ad assumere comportamenti inusuali. All'epoca venne incaricato un funzionario affinché svolgesse ulteriori accertamenti ma la vicenda non ebbe alcun seguito.

Come nel caso dell' *impeachment* anche il ricorso al XXV emendamento appare una eventualità remota. L'emendamento è lungo e complesso e gli interpreti ancora oggi discutono delle difficoltà nel pervenire ad una univoca interpretazione della disposizione relativamente a chi spetti l'accertamento dell'incapacità del Presidente di esercitare i poteri e adempiere ai doveri della sua carica.

5. Conclusioni

L'ordinamento statunitense in questi mesi attraversa un momento delicato, segnato dall'ascesa alla Casa Bianca di un Presidente la cui vittoria alle elezioni del novembre scorso è stata per molti un fatto inatteso e sconvolgente. Le decisioni assunte nei primi mesi di attività dalla nuova amministrazione marcano una vigorosa rottura con la precedente esperienza di governo e puntano verso l'abrogazione di molti dei provvedimenti adottati nel corso della presidenza Obama, suscitando preoccupazione e proteste in tutto il Paese. Se lo scontro istituzionale con le corti,

che hanno sospeso in questi mesi gli ordini esecutivi di Trump sull'immigrazione e sulle cd. *sanctuary cities*, non concorre a prefigurare l'ipotesi di una crisi costituzionale, collocandosi nella sfera delle normali dinamiche istituzionali, il clima di sfiducia nei confronti di Trump cresce e il rapporto con la base sociale che lo ha eletto è messo a rischio. Nel frattempo l'orlo del baratro si avvicina con l'esplosione del cd. *Russiagate*, che minaccia di innescare l'avvio di un procedimento di *impeachment* a carico del Presidente. Nel caso in cui questa prospettiva dovesse prendere corpo, contro i *desiderata* degli stessi partiti, al momento troppo scompaginati per poter affrontare tale eventualità, è chiaro che in caso di condanna si consumerebbe un evento di portata epocale, poiché nella storia degli Stati Uniti nessun Presidente è stato mai destituito per effetto di un procedimento di *impeachment*.

L' *impeachment* sembra al momento poter attendere. E' molto probabile che la sua invocazione in queste settimane voglia essere funzionale a ricondurre Trump su sentieri più familiari all'Establishment repubblicano, che da tempo esibisce una evidente preoccupazione circa le proprie capacità di orientare le decisioni della Casa Bianca.

L' *impeachment* dunque agitato come velata minaccia, uno strumento di pressione su un Presidente irrequieto e poco incline al compromesso persino con i membri del suo stesso partito. Solo i prossimi sviluppi dell'inchiesta sul cd. *Russiagate* e le posizioni che gli attori politici decideranno di assumere rispetto a questi saranno in grado di svelare quale futuro attende la democrazia americana. Al momento ogni ulteriore giudizio non può che rimanere sospeso.

Gorsuch after Scalia. Il procedimento di nomina ed il pensiero del primo justice di Donald Trump alla Corte suprema degli Stati Uniti*

di Paolo Bonini¹

Sommario: Introduzione – 1. La procedura di nomina dei *Justices* della *Supreme Court of the United States* tra poteri presidenziali e competenze del Senato – 2. La candidatura di Gorsuch ed il *confirmation hearing* – 3. Il pensiero di Neil Gorsuch in Diritto penale e civile nel raffronto con quello di Antonin Scalia – 4. Il Diritto amministrativo, la *Chevron deference*: perché Gorsuch non è Scalia – 5. L'ermeneutica di Gorsuch al confine tra etica e Diritto – 6. Conclusioni

Introduzione

La morte del *Justice* Antonin Scalia, il 16 febbraio 2016, ha lasciato vacante un seggio della Corte Suprema². Il presidente Barack Obama ha tentato di sostituirlo proponendo Merrick Garland al suo posto. Tuttavia dopo un ostruzionismo dei Democratici al Senato (a maggioranza Repubblicano) durato più di 290 giorni, la proposta di nomina è stata ritirata. Il presidente Donald Trump, in seguito alla vittoria elettorale, ha subito proposto il suo candidato: Neil Gorsuch, al momento della candidatura giudice della *Court of Appeal* del decimo distretto federale (primo seggio).

In queste pagine si propone una ricostruzione degli aspetti giuridici della procedura di nomina dei giudici della Corte suprema, una cronaca della candidatura di Neil Gorsuch ed infine una analisi del suo pensiero, dei suoi criteri ermeneutici come emergono da alcuni casi significativi e dalla monografia *The future of assisted suicide and euthanasia*, funzionale a comprendere il profilo del nuovo membro della Corte Suprema.

Il dibattito sulla procedura di nomina e sulla evoluzione del ruolo della Corte Suprema è sterminato, sia quello statunitense sia quello europeo ed italiano³. Non essendo possibile analizzarlo compiutamente o ripercorrerlo nel complesso in questa sede, si farà riferimento solo ai contributi relativi agli elementi salienti della procedura utili a sviluppare il proseguo dell'analisi sul caso specifico di Gorsuch⁴.

* Contributo sottoposto a *double blind peer review*

¹ Dottorando di ricerca in Diritto pubblico, comparato ed internazionale presso l'Università degli Studi di Roma "Sapienza" e *Visiting Research Fellow* presso la *School of Law* della *Fordham University* di New York.

² Per la ricostruzione del pensiero di Scalia e del suo ruolo nella Corte e nel panorama giuridico statunitense si rimanda per primo a F. CLEMENTI, *Scalia after Scalia. La Corte Suprema americana e i dilemmi di una (rischiosa) nomina*, in *Federalismi.it*, 4/2016, il quale spiega, con interessanti riferimenti bibliografici italiani e statunitensi, la particolarità di Scalia nel contesto statunitense e la difficoltà di una armoniosa successione.

³ Si rinvia, per i contributi in lingua italiana, oltre a riferimenti puntuali nel proseguo del lavoro, in generale sul tema a L. PEGORARO, *Giustizia costituzionale comparata*, Torino, 2015; B. BARBISAN (a cura di), G. CALABRESI, *Il mestiere di giudice. Pensieri di un accademico americano*, Bologna, 2013; A. PIERINI, *Corte Suprema e legittimazione democratica: attualità di un dibattito teorico sull'equilibrio istituzionale nel costituzionalismo statunitense*, in R. TONIATTI, M. MAGRASSI (a cura di), *Magistratura, giurisdizione ed equilibri istituzionali: dinamiche e confronti europei e comparati*, Padova, 2011, 61 ss.; F. BIANCHI, *La giustizia costituzionale negli Stati Uniti*, in J. LUTHER, R. ROMBOLI, R. TARCHI (a cura di), *Esperienze di giustizia costituzionale*, Torino, I, 2000, 3 ss., sul pensiero di Scalia, sempre in italiano, cfr. D. TEGA, *La mia concezione dei diritti. Intervista a cura di Diletta Tega ad Antonin Scalia*, in *Quad. Cost.*, 3/2013, 672.

⁴ Oltre ai successivi, che saranno ripresi più avanti, si rinvia ai classici J.P. FRANK, *The Appointment of Supreme Court Justices: Prestige, Principles and Politics*, in *Winsconsin Law Review*, 1941, 172; R.G. WECLEW, *The Supreme Court: Statesmen and*

1. La procedura di nomina dei *Justices* della *Supreme Court of the United States* tra poteri presidenziali e competenze del Senato

La morte di un giudice costituzionale è una delle cause più comuni di vacanza del seggio⁵. Nella prima metà del secolo scorso nel 41% dei casi (14 su 34) la morte di un *Justice* è stata la causa del rinnovamento del seggio. Tra il 1946 e il 1954 tutti i cinque nuovi nominati sono succeduti a causa della morte del predecessore. Tuttavia dal 1954 ad oggi solo due casi, ed entrambi nel XXI secolo, hanno avuto questa origine: quello del *Chief Justice* William Rehnquist (morto nel 2005) ed appunto quello del *Justice* Antonin Scalia.

L'articolo 2, sezione 2, comma 2 della costituzione attribuisce il potere di nominare i giudici della Corte suprema al Presidente, “*by and with the Advice and Consent of the Senate*”, cioè per mezzo e con il parere ed il consenso del Senato⁶. Come noto, la formula “*Advice and Consent*” è utilizzata nel diritto costituzionale angloamericano per bilanciare i poteri dello Stato secondo la formula del *check and balance* che governa il concetto soprattutto statunitense della separazione dei poteri⁷. Questo principio si riscontra nella formula con cui il Senato giudica la candidatura: “*thumbs up or thumbs down*”, modalità di voto “secca”, non tipica dei procedimenti cooperativi tra poteri dello Stato, per non parlare della cooperazione tra i partiti⁸.

La procedura di nomina è inoltre un compromesso delineato durante il periodo costituente. Dalle pagine del *Federalist* (numero 66), Hamilton si schiera ripetutamente a favore della soluzione scelta dai *founding fathers*: “Ovviamente non ci saranno sforzi di scelta da parte del Senato. Loro potranno vincere una scelta del governo ed obbligarlo a compierne un'altra; ma non potranno loro stessi scegliere. Loro potranno solo ratificare o rigettare una scelta del Presidente”⁹. Durante la Convenzione di Philadelphia (1787) i

Justices, in *DePaul Law Review*, XV, 1/1965, 1 ss., che consente di apprezzare l'evoluzione della figura del *Justice*, sempre in equilibrio precario tra politica e Diritto. L'Autore sottolinea come il potere dei *Justices* crescesse in quel periodo, avendo loro “adottato regole e procedimenti, non solo per controllare il proprio calendario, ma per controllare le estensioni improprie del loro potere giudiziale e politico”. cfr. anche R.S. LAMONT, *Recusment and Replacement of Supreme Court Justices*, in *Cumberland-Samford Law Review*, 3/1972, 133; Per alcune classiche considerazioni anche di ordine gius-filosofico, cfr. S. ROSENWEIN, *Standards for doing Justice: Selection of Supreme Court Justices*, in *Guild Practitioner*, 45, 1988, 97 ss. Sulle competenze dei *Justices* cfr. un altro classico P.A. BELL, *Extrajudicial Activity of Supreme Court Justices*, in *Stanford Law Review*, 22, 3/1970, 587-617, il quale spiega come la qualità delle decisioni della Corte e quindi l'efficacia complessiva dell'istituzione nel sistema costituzionale statunitense, siano una conseguenza di “indipendenza, forza” che la Corte può garantire sul piano giurisdizionale; tutte messe al rischio dalle attività extragiudiziale. L'Autore categorizza le attività in “politiche” (consultazioni; incarichi amministrativi; politiche elettorali e ambizioni personali; implicazioni istituzionali) (pp. 590-598), “coinvolgimenti finanziari” (pp. 598-601) e “commenti pubblici (*Commentary*)” (pp. 601-603). La soluzione per l'Autore è interessante ora come allora, e forse auspicabile anche Oltreoceano e all'epoca dei *Social media*: “*A Monastic Life for Justices*” (603-616).

⁵ Come noto, le altre possibili sono la pensione o le dimissioni e la nomina a *Chief Justice* di un precedente *Justice*, il quale in questo modo rende vacante il seggio inferiore. Per una accurata e piacevole ricostruzione della storia della Corte Suprema v. P.C. HOFFER, W.H. HOFFER, N.E.H. HULL, *The Supreme Court: An Essential History*, University Press of Kansas, 2007.

⁶ “(...) *he shall nominate, and by and with the Advice and Consent of the Senate, shall appoint (...) Judges of the Supreme Court*”.

⁷ Cfr. fra gli altri, G.R. STONE, *Understanding Supreme Court confirmations*, in *Supreme Court Review*, 2010, 381.

⁸ Cfr. L. SAVELIEFF, *Hyper-partisanship's impact on the Supreme Court nomination and confirmation process*, in *The Georgetown Journal of Law & Public Policy*, 2012, 566.

⁹ “*There will of course be no exertion of choice on the part of the [S]enate. They may defeat one choice of executive, and oblige him to make another; but they cannot themselves choose—they can only ratify or reject the choice, of the President*”.

parlamentaristi temevano che il presidente potesse nominare giudici solo i propri “accoliti”, sulla falsariga di Giorgio III in Inghilterra, mentre i presidenzialisti temevano nomine esclusivamente politiche (legate a logiche clientelari). In ogni caso, dal compromesso sono esclusi i membri della *House of Representatives*, in quanto ritenuti non sufficientemente all'altezza della grande responsabilità di nominare i guardiani della costituzione¹⁰. Lo si coglie specialmente nella candidatura di Gorsuch: un'importante conseguenza della divisione del potere di nomina tra fase di candidatura e di conferma, è di aver creato un potenziale conflitto tra i due poteri. Conflitto che si sovrappone a quello prettamente politico tra partiti. Come si avrà modo di notare, infatti, nel caso di Gorsuch ci sono notevoli elementi di tensione politica che insistono sulle due istituzioni attualmente spartite tra i due grandi partiti.

C'è anche chi ha sottolineato come il presidente abbia comunque più potere, nonostante la clausola costituzionale, in quanto il Senato per contrastare la nomina deve mettere insieme più energie¹¹. Infatti il Senato dovrebbe impegnarsi di più politicamente per trovare qualche carenza di peso nel soggetto o “classificare” il candidato come “fuori dal *mainstream*”¹². La costituzione non stabilisce neanche un minimo di requisiti formali di elettorato passivo: non si specifica quale debba essere l'esperienza, l'età o il titolo di studio. Stando al testo positivo, chiunque potrebbe essere suscettibile di elezione. Il risultato è che nella storia degli Stati Uniti i presidenti e il Senato sono stati lasciati interamente liberi di declinare il potere di nomina dei giudici supremi.

Tale potere di nomina dei giudici della Corte suprema è quindi una prerogativa presidenziale ma soggetto al temperamento parlamentare. L'interazione tra Senato, Camera che rappresenta gli Stati e i loro cittadini, ed il presidente, che rappresenta il potere esecutivo del popolo “nazionale” intero, è anche il riflesso della co-decisione tra cittadinanza federale e cittadinanza degli Stati membri. Anche il complesso e delicato equilibrio tra diritto federale e locale è così preservato. Possono essere isolate due principali interpretazioni della procedura di nomina: la *presidential school* e la *partnership school*. La prima ritiene che il presidente sia il *senior partner* della procedura. La quale fisiologicamente comporta una sorta di presunzione di conferma: è richiesta una ridotta maggioranza di senatori per confermare il candidato ed i gruppi più piccoli sono meno in grado di sfidare il presidente¹³. Perciò la posizione istituzionale del Senato è qualificata come “difensiva”, come una sorta di potenziale veto rispetto alla scelta del presidente. Ciò sembra corroborato dall'interpretazione sistematica dell'art. II della costituzione: il potere del Senato è infatti contenuto in un inciso all'interno della disposizione costituzionale sui poteri dell'esecutivo. Altro argomento è che dando il potere primariamente al presidente, anche la responsabilità

¹⁰ R.J. MCKEEVER, *The United States Supreme Court, a political and legal analysis, second edition*, Manchester University Press, 2016, 94.

¹¹ Cfr. HENRY PAUL MONAGHAN, *The Confirmation Process: Law or Politics?*, in *Harvard Law Review*, v. 101, n. 6, 1988, 1209.

¹² D.A. STRAUSS, C. R. SUNSTEIN, *The Senate, the Constitution, and the Confirmation Process*, in *Yale Law Journal*, 1992, 1513, nel senso di evidenziare la sua incongruenza con il più alto circuito politico-istituzionale del Paese.

¹³ Cfr. M.J. GERHARDT, *Toward a Comprehensive understanding of the Federal Appointments Process*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 1998, 479.

per la composizione della Corte è attribuita principalmente al potere esecutivo¹⁴. Infine si sostiene che avrebbe più senso considerarla primariamente presidenziale, in quanto il presidente sarebbe più libero di scegliere chiunque per quell'incarico basando la propria scelta su una più ampia varietà di criteri, tra cui il pensiero politico, giuridico o filosofico del candidato. Mentre il Senato sarebbe più vincolato: il suo potere di conferma o rigetto dovrebbe assicurare solo che il candidato sia idoneo dal punto di vista tecnico e "caratteriale". Così il Senato potrebbe rigettare la candidatura solo ove sia provato o mostrato che il soggetto sia disonesto, corrotto o che sia meramente un "crony" (un amico stretto) del presidente. Importante notare, anche per ricostruire la vicenda di Gorsuch, che in questa prospettiva il Senato non può rigettare un candidato solo per ragioni politiche, nel senso che non potrebbe legittimamente opporvisi perché non condivide le sue prospettive giuridico-filosofiche¹⁵, non essendo il suo potere così esteso nel merito.

All'opposto, secondo la seconda tesi richiamata, il presidente e il Senato sarebbero co-titolari del processo di nomina dei giudici. Non solo il Senato avrebbe un potere di esame nel merito della candidatura in quanto *partner* allo stesso livello del presidente, ma avrebbe il dovere di giudicare sul terreno politico (o comunque sulle opinioni e sul pensiero del candidato) in quanto è proprio su questo campo che il presidente sceglie i suoi candidati normalmente. Ciò non significa che il Senato debba sempre respingere i candidati presidenziali con argomenti politici. Infatti è ragionevole ritenere che il presidente scelga i giudici anche sulla base di presupposti politici; inoltre si arriverebbe ad un'altra irragionevole conseguenza, di trasformare il potere di conferma in potere di vera e propria nomina. Tuttavia si ritiene che il Senato possa e debba svolgere un giudizio nel merito che possa portare al rigetto dei candidati considerati estremi politicamente o in grado di far pendere la Corte verso una direzione politica non gradita nel complesso dal Senato. In sintesi, il Senato non dovrebbe mostrare deferenza nei confronti del presidente ed anzi avrebbe il dovere di impedire cambiamenti significativi nell'equilibrio giuridico e politico della Corte suprema¹⁶.

Una terza tesi sostiene che, con una lettura "more sensible" del termine *advice*, si evince che il Senato è costituzionalmente titolare di un potere di dare un parere al presidente sulla persona che egli intende indicare, così come sui tipi di persona che potrebbe nominare a certi uffici, ma questo parere non è vincolante. Questa lettura potrebbe spostare indietro il momento in cui il potere del Senato può essere esercitato. Infatti il parere potrebbe anche incidere sul procedimento di selezione del candidato da parte del presidente, nel momento in cui si forma la decisione di chi proporre come candidato; il presidente potrebbe arrivare

¹⁴ R.J. MCKEEVER, *cit.*, 95.

¹⁵ Cfr. N. VIEIRA, L. GROSS, *The Appointments Clause: Judge Bork and the Role of Ideology in Juridical Confirmations*, in *The Journal of Legal History*, XI, 1990, 311-52; ed anche J. FERLING, *The Senate and Federal Judges: The Intent of the Founding Fathers*, *Capitol Studies*, vol. 2, 1974, 66: "Since the convention acted at a time when nearly every state constitution, and the Articles of Confederation, permitted a legislative voice in the selection of judges, it is inconceivable that the delegates could have intended something less than full Senate participation in the appointment process".

¹⁶ Cfr. L. TRIBE, *God Save the Honorable Court: How the Choice of Supreme Court Justices Shapes Our History*, Random House, New York, 1985, 128-34; ed anche J.P. HARRIS, *The Advice and Consent of the Senate*, University of California Press, 1953, 34: "The debates in the Convention do not support the thesis since advanced that the framers of the Constitution intended that the President should secure the advice—that is, the recommendations—of the Senate or of individual members, before making a nomination".

alla nomina autonomamente dopo aver già ricevuto il parere del Senato (sulla propria, ovvero) sulle proprie candidature¹⁷.

Bisogna poi considerare che ciascun senatore ha la propria idea e potrebbe avere anche qualche esperienza diretta sulla natura del potere senatoriale in questa materia. Non è neanche scontato che la preferenza tra l'una o l'altra scuola possa essere fatta propria dai gruppi parlamentari (o meglio dalle decisioni della *majority's leadership* o dal partito di opposizione) come strategia complessiva¹⁸. Sicuramente il potere di nomina è uno strumento che consente al presidente di plasmare e orientare il più alto consesso costituzionale dell'ordinamento, influenzandone i presupposti. Essendo l'ufficio di *Justice* a vita¹⁹, il presidente ha l'opportunità di influenzare le decisioni future della Corte anche dopo la fine del proprio mandato. Per questo la fase di scelta del candidato si conforma, normalmente (e consuetudinariamente), a certi criteri²⁰ non sempre ritenuti coerenti con il procedimento istituzionale²¹.

La qualità giudiziaria (*Judicial quality*) non è il primo criterio che influenza la scelta del presidente²². Come osservato, infatti, sicuramente questa risponde prima di tutto ad esigenze politiche. Comunque, trattandosi dell'organo di vertice del sistema giurisdizionale

¹⁷ Tuttavia l'Autore specifica: “[the Constitution] *does not mandate any formal pre-nomination role for the Senate to consult with the president; nor does it impose any obligation on the president to consult with the Senate prior to nominating people to confirmable posts. The Constitution does, however, make it clear that the president or his nominees may have to pay a price if he ignores the Senate's advice*”.

¹⁸ Sul punto è interessante osservare anche un'altra prospettiva che osserva non una contrapposizione istituzionale o politica, bensì la presenza di un *establishment* al suo interno in competizione per le singole cariche: cfr. M.J. IRELAND, *The best person for the Job: Tomorrow's Standard for Selecting Court Justices*, in *St. John's J. Legal Comment*, 7/1991-1992, 127. L'Autrice osserva un deterioramento del processo di selezione a causa della classe dirigente: “I Repubblicani sembrano attaccati alla presidenza; i Democratici al Congresso. Le persone in carica sono così di rado sostituiti che il termine “trincerato in carica” è ormai una ridondanza” (p. 133). Critica, infatti, l'esistenza e l'influenza di una classe trasversale elitaria che prescinde i confini partitici e che occupa ogni posizione istituzionale, autoalimentandosi. Interessante notare come sottolinei alcuni elementi critici di interferenza sul procedimento di nomina dei *Justices* evidenziati circa un decennio più tardi da altri studiosi: copertura politica del procedimento, presenza di gruppi di interesse. Si veda per i successivi riferimenti M. GERHARDT, *Selecting Supreme Court Justices: A Dialogue*, in *Focus on Law Studies*, XX/2, 2005.

¹⁹ *Rectius*, come osserva per inciso F. CLEMENTI, *Scalia after Scalia. La Corte Suprema americana e i dilemmi di una (rischiosa) nomina*, in *Federalismi.it*, 4/2016, 1, “anzi, più esattamente, ‘during good behaviour’”.

²⁰ Si osservano brevemente i principali criteri almeno dal punto di vista teorico, cfr. R.J. MCKEEVER, *cit.*, 97 ss.

²¹ Cfr. G. DICKINSON, *One Justice, two Justice, red Justice, blue Justice: Dissecting the role of political ideology in Supreme Court nominations*, in *University Illinois Law Review*, 2017, 345.

La dottrina, comunque, ha anche indagato a diversa latitudine l'impegno e l'ideologia dei *Justices*: per una interessante rassegna storica delle aspirazioni alla presidenza dei *Justices*, con implicazioni sul ruolo della Corte Suprema rispetto alla politica, cfr. W.G. ROSS, *Presidential Ambitions of U.S. Supreme Court Justices: A History and an Ethical Warring*, in *Northern Kentucky Law Review*, 38/2011, 38 ss.; cfr. anche B.H. BARTON, *An empirical Study of Supreme Court Justice pre-appointment experience*, in *Florida Law Review*, 64, 2012, 1137 ss. per una disamina delle esperienze dei *Justices* precedenti alla nomina, in comparazione tra la Corte Suprema del 2011 e quella della prima fase della storia repubblicana statunitense.

²² Cfr. H.J. ABRAHAM, E.M. GOLDBERG, *A Note on the Appointment of Justices of the Supreme Court of the United States*, in *ABA Journal*, 46, 1960, 147 ss. Gli Autori individuano i fattori determinanti per l'elezione dei *Justices*: età, affiliazione politica, provenienza geografica, provenienza sociale (occupazione al momento della nomina), religione. Inoltre notano da una prospettiva più pratica come all'inizio dell'esperienza statunitense le nomine fossero considerate meno importanti rispetto al circuito politico-rappresentativo e pertanto le nomine erano meno “sicure”; tuttavia anche all'epoca, molte delle candidature furono respinte o ritardate per una opposizione al presidente, invece che sulla base di uno scarso gradimento per il candidato (p. 222). Cfr. anche L.E. WALSH, *Selection of Supreme Court Justices*, in *ABA Journal*, 56, 1970, 555; l'Autore, dieci anni dopo l'*op. ult. cit.*, sulla stessa rivista, sottolinea più enfaticamente la rilevanza delle opinioni politiche ed ideologiche dei candidati nel procedimento di nomina. Tuttavia critica il procedimento di nomina, definendo il coinvolgimento della ABA “*unsatisfactory*”, in particolare perché la ABA *Committee* che esprime il parere sui nominati non avrebbe sufficiente tempo a disposizione per esaminare il candidato, chiamando un numero sostanziale di giudici e avvocati per verificare la sua reputazione e la sua integrità, il temperamento e la competenza professionale.

statunitense, requisito implicitamente essenziale è la più alta statura giurisdizionale. Questa è data non solo dall'attività giudiziaria in senso stretto, ma anche dalla considerazione di cui gode il candidato nei "legal circles". Come è stato notato, non è formalmente richiesta né una laurea in Giurisprudenza, né esperienza legale. Tuttavia è ormai accettato come requisito consuetudinario l'aver acquisito esperienza come giudice almeno nelle Corti federali di rango più basso²³. Infatti, proprio per questo, il presidente interviene predisponendo appositamente una nomina a giudice federale, in chiave strumentale, solo per la successiva nomina a *Justice*. È il caso del compianto predecessore di Gorsuch, Antonin Scalia (nominato alla Corte come noto nel 1986). Reagan consapevolmente nominò Scalia, Robert Bork e Douglas Ginsburg, prima alla Corte federale di Washington D.C. nel 1982, per far guadagnare loro i requisiti per l'eleggibilità a *Justice*²⁴. Obama non ha seguito questa consuetudine nominando alla Corte il *Solicitor General*, Elena Kagan, la quale in questa funzione ha incrementato quella *juridicial quality*, seppure diventata *solicitor* solo nel gennaio 2009 (per nomina presidenziale) e poi *Justice* nell'agosto del 2010, sulla base di una conclamata carriera accademica.

Altro criterio teoricamente seguito è costituito dall'*American Bar Association (ABA) Rating*. Questa associazione professionale di avvocati, la principale negli Stati Uniti, ha istituito nel 1946 la *Standing Committee on the Federal Judiciary*. Questo organismo valuta i candidati alla Corte secondo uno schema "molto qualificato, qualificato, non qualificato", votando a diverse maggioranze (semplice o qualificata). La piattaforma enfatizza la propria neutralità politica, dichiarando di analizzare i candidati in una chiave professionale, rispetto all'integrità, alla competenza ed al comportamento o carattere giudiziale²⁵. Per il suo carattere informale, i presidenti non sempre hanno sottoposto i propri candidati al suo giudizio. Reagan e George W. Bush, ritenendo la Commissione ostile ai candidati conservatori, non hanno trasmesso una lista di candidati alla ABA. Negli altri casi si è soliti inviare un certo numero di nomi; prassi seguita anche nell'ultimo tentativo di Obama prima delle elezioni. In ogni caso, non c'è dubbio che il parere, per quanto non istituzionale, influenzi politicamente l'esito della corsa al seggio.

Il criterio che segna la maggior differenza tra Repubblicani e Democratici²⁶ attiene alla *Prior judicial experience*. I primi sono soliti evitare candidati con poca esperienza come giudici, mentre i democratici hanno più spesso scelto persone estranee al mondo della magistratura. Infatti è più coerente con una visione conservatrice del diritto e dell'attività della Corte, un *Justice* immerso nella tradizione giuridica e giurisdizionale. In un certo senso la certezza del diritto, intesa come prevedibilità della decisione, basata sull'applicazione di una consolidata tradizione (soprattutto in un sistema di *common-law*), in linea generalissima, assicura una visione più controllabile dal presidente e meno soggetta a suggestioni politiche di quanto

²³ Vale a dire le *United States district Courts*, primo grado federale, seguito dalle *Courts of appeals*, secondo grado, con la *Supreme Court* a chiusura del sistema, *court of last resort*.

²⁴ R.J. MCKEEVER, *cit.*, 97.

²⁵ Nel caso di Elena Kagan, coerentemente, la *Committee* denunciò la sua mancanza di esperienza giudiziale, specificando come questo tratto fosse un difetto fondamentale.

²⁶ R.J. MCKEEVER, *cit.*, 99.

non possa garantire un *background* principalmente politico-partitico del candidato. Inoltre, senza dubbio, una carriera come giudice elimina un argomento di chi si oppone alla nomina.

Fondamentale è anche valutare la relazione tra candidato e partito. Il presidente tende a proporre persone legate al proprio partito di provenienza, per ragioni di opportunità politica e per tradizione. Da un lato con questa nomina il presidente può ricompensare i suoi sostenitori nel partito; inoltre il partito stesso è una fonte sicura di influenza ideologica per i giudici, sia politicamente che in materie giuridiche. Pertanto scegliendo da quell'area si otterranno più risultati contemporaneamente. Che il nominato provenga (esplicitamente o meno) dall'area del partito del presidente è anche una tradizione profondamente radicata. Solo qualche giudice dei circa 160 ufficialmente candidati non apparteneva (anche in senso ampio) al partito del presidente. La consuetudine è stata stabilita dallo stesso George Washington, il quale ha nominato 14 giudici, tutti come lui federalisti²⁷.

L'appartenenza politica non coincide sempre con la visione ideologica (*Ideology*). Per questo la vera scelta si basa sulla più alta aderenza tra il pensiero conservatore o progressista del presidente e dei candidati. È stato proprio Reagan ad elaborare una procedura accurata e burocratica per determinare con esattezza il livello di conservatorismo dei propri candidati. Scalia superò il *test*, rispondendo a precise domande su singole questioni costituzionali, conseguendo così la candidatura²⁸. Infine, altro criterio seguito è il c.d. *personal symbolism*. Con ciò si intende la capacità rappresentativa del *Justice* di una particolare parte della società statunitense. Questo tratto rispecchia la complessità dell'ordinamento federale statunitense che deve sempre cercare di bilanciare le più varie istanze: origini geografiche (*West* ovvero *Est*), religiose (soprattutto rispetto alla grande questione dell'antisemitismo, rilevante nel corso del XX secolo) ed etniche (si pensi alla nomina del primo afroamericano nel 1967, Thurgood Marshall, sostituito poi da un altro afroamericano, Clarence Thomas. Obama ha poi nominato la prima donna ispanoamericana, Sonia Sotomayor)²⁹. Anche il sesso del giudice assume sempre più rilevanza dopo le rivendicazioni degli anni '70, rientrando nella dinamica politica cui la

²⁷ Il precedente si consolidò talmente tanto da essere infranto solo nel 1863, per non prendere in considerazione il caso del presidente John Tyler, membro formalmente del *Whig party*, che nominò il democratico Samuel Nelson nel 1845. Tuttavia Tyler non era più considerato un membro del suo partito e si ritiene agisse piuttosto come un democratico a quel tempo. I precedenti più recenti di nomine trasversali risalgono all'amministrazione Nixon (1969-1974) ma sono comunque giustificate da una strategia politica. Nixon infatti aveva una "*southern strategy*": nominare tra i Democratici (Clement Haynsworth, 1969; Lewis Powell, 1971) per ottenere i voti dei più radicati Democratici degli Stati del Sud.

²⁸ R.J. MCKEEVER, *cit.*, 101.

²⁹ Nel corso delle lezioni di *Constitutional Law* del prof. Robert Kaczorowski presso la Fordham University, ho avuto modo di verificare la profonda importanza delle distinzioni razziali per la società americana. Questa è infatti un tratto costitutivo dello Stato stesso, dove la *natio* tipica delle Nazioni è sostituita con la *immigratio* di una etnia (che gli Statunitensi, a differenza degli Europei, non faticano a chiamare "razza") ben precisa: bianchi, anglosassoni, protestanti. Questa è la concezione di Uomo che fonda il mito dell'americano e del suo sogno. Gli altri "colori" sono ritenuti inferiori, come spesso si dimentica, fino al tardo '900. Non solo gli afroamericani, ma anche i "gialli" (cfr. il *Chinese Exclusion Act* del 1882, che proibiva temporaneamente l'immigrazione dall'Asia, confermato e reso permanente con il *Geary Act* del 1892, poi trasformato in limite numerico programmato di immigrazione, con successivi atti fino al 1965, cfr. il documento a questo indirizzo: <https://www.ourdocuments.gov/doc.php?doc=47&page=pdf>) e i "bianchi inferiori" tra cui specialmente gli Europei dell'Est e del Sud, Italiani per primi, considerati una variante subordinata dei "bianchi" puri. L'elemento razziale è davvero più profondo e più problematico di quanto possa sembrare Oltreoceano.

nomina alla Corte si presta (Reagan nominò la prima donna, nel 1981, Sandra Day O'Connor).

L'esercizio da parte del Senato del potere di *advice and consent* si concretizza con l'istituto del *congressional hearing* (nella specie, appunto *confirmation hearing*)³⁰. Durante questa fase il giudice è sottoposto ad una sorta di inchiesta per stabilire l'adeguatezza rispetto all'ufficio. Al termine, se il verdetto è positivo, il presidente può attribuire al giudice l'incarico.

In rari casi il presidente ha anche proceduto a nominare i giudici durante il periodo in cui il Senato non è convocato. Questi c.d. "*recess appointments*", comunque, sono temporanei: la loro durata si interrompe con la riconvocazione del Senato che procede all'esercizio delle proprie prerogative. Questo tipo di nomine è sempre stato controverso³¹, in quanto

³⁰ Il tema è un classico del dibattito dottrinale statunitense. Cfr. tra gli altri, W.G. ROSS, *The Functions, Roles, and Duties of the Senate in the Supreme Court Appointment Process*, in *William & Mary Law Review*, 28/1987, 633 ss., il quale commentava l'elezione a *Chief Justice* di Rehnquist, approvata con soli 65 voti, all'epoca "il minor margine di voti mai ricevuto dal 1912". Considerazione che spingeva ancora una volta a verificare il ruolo del Senato nel procedimento. L'Autore dedica un ampio spazio alla ricostruzione del dibattito costituente dell'architettura del *confirmation hearing* a cui si rinvia; A.S. LEONARD, *A Proposal to Reform the Process for Confirming Justices of the United States Supreme Court*, in *St. John's J. Legal Comment*, 7/1991-1992, 193, il quale, sottolineando la natura della Corte come "co-eguale terza branca del governo federale" e la necessità che "i candidati alla Corte dovrebbero essere attivamente scrutinati per le proprie qualifiche intellettuali ed etiche", osservando anche che la Corte non sembra, in quella fase, indipendente rispetto agli altri poteri dello Stato, propone una riforma della procedura di nomina con cui "il Senato valuta le persone che il presidente nomina" (p. 194). L'Autore osserva come la procedura di *advice and consent* sia stata pensata, a suo giudizio, da persone che pensavano ad un Senato come un collegio relativamente piccolo, con i membri del quale il presidente avrebbe potuto conferire frequentemente su materie di politica estera e nomine per gli incarichi governativi e giudiziari. Inoltre i fondatori avrebbero "inconsapevolmente" assunto che il presidente ed i senatori sarebbero stati d'accordo sulla maggioranza delle questioni, emergendo dalla stessa classe di maschi bianchi proprietari (terrieri e non solo), attori politici degli Stati Uniti all'epoca. Una enorme differenza con i cento senatori eletti da una base così ampia come oggi. Inoltre il Senato sarebbe spesso controllato dal partito opposto rispetto a quello che detiene la presidenza. Insomma, un partecipante improbabile nella conversazione "collegiale" con il presidente su cui nominare alla Corte. Nel modello originale, al contrario, il reciproco accordo consente di convenire la migliore nomina nell'interesse di entrambi anche considerato il fatto che in quattro anni non si sarebbero avute molte opportunità. L'Autore non ravvisa alcuna deferenza del Senato nei confronti del presidente, iscrivendosi così nelle fila della *Senate's school*. Comunque è importante che il Senato possa formarsi una chiara e accurata impressione del personaggio e delle sue opinioni. Al contrario gli *hearings* sui recenti nominati dimostrano che ciò non è possibile oggi chiedendo al candidato la sua opinione su questioni sostanziali che probabilmente saranno oggetto della propria attività davanti alla Corte. Specialmente quando partiti opposti controllano le istituzioni. Per l'Autore il procedimento si risolve nella ricerca di promesse o impegni da parte dei senatori nei confronti del candidato, sui temi politicamente più rilevanti. Tuttavia la dinamica è effimera perché i *Justices*, una volta nominati, non sono vincolati a nessuna istituzione e comunque per essere nominati, di solito, non si sbilanciano sugli argomenti più politici e restano saldi intorno alle questioni più generali della Teoria costituzionale. Il modo migliore per avviare una riforma del procedimento sarebbe per il Senato smettere di interrogare i nominati sulle proprie opinioni sostanziali e nello stesso tempo di insistere sul diritto di valutare i candidati sul terreno delle proprie decisioni giurisdizionali. Senza interrogazioni, procedendo ad una sorta di indagine fattuale da cui dedurre un'opinione del candidato sui singoli temi. Il pregio di questo approccio sarebbe quello di eliminare ogni figura che non abbia sufficiente esperienza giudiziale. Per l'Autore è dunque necessario un giudizio del Senato solo sulla base del "*public record*" del candidato, come riflesso della acutezza intellettuale, valore etico e "*political acceptability*" (p. 197). Altrimenti un sistema che costringa un governo politicamente diviso a nominare "centristi" alla Corte sarebbe idealmente il riflesso della situazione politica generale del Paese, che rappresenta (all'epoca) un'oscillazione verso un sistema tri-polare. Una situazione non così diversa dall'attuale considerando il Partito democratico come blocco omogeneo ostruzionista, una parte di Repubblicano ragionevole e compromissoria (ad esempio sul caso Obama Care) ed una parte estremista compatta con il presidente Trump.

³¹ Il tema, che comunque esula dalla presente analisi ed a cui si accenna senza alcuna pretesa di completezza, è stato oggetto di un particolare dibattito da parte della dottrina statunitense negli ultimi anni, quando anche la Corte Suprema si è trovata al centro del classico dibattito tra chi sostiene che il Senato possa bloccare tutte le nomine (non solo quelle dei *Justices*) presidenziali rifiutando di confermare i nominati e rifiutandosi di andare in *recess*, oppure se il potere di *advice and consent* del Senato può essere ridotto a zero, dando al presidente il potere di nominare i propri candidati durante il periodo di *recess*. Nel caso *National Labor Relations Board v. Noel Canning*, infatti, la Corte Suprema ha infatti stabilito che

oltrepassano, anche se limitatamente, la fase ed il potere di “*advice and consent*”. La pratica, comunque, non si è più verificata dal 1958, quando Eisenhower nominò Potter Stewart in questo modo, il quale fu confermato l’anno seguente³². Nel 1960 il Senato adottò la risoluzione n. 334, che passò con consenso trasversale 48 a 37: stabilisce che il presidente non avrebbe più potuto nominare alla Corte suprema persone durante il *recess*, e che il nominato in quella fase non avrebbe potuto prendere possesso del proprio seggio finché il Senato non avesse “*advised and consented*” la sua candidatura³³.

L’organo istituzionale competente è il *Senate Judiciary Committee*. È composto da 20 membri, divisi in *majority* e *minority*, un presidente e un *ranking member* (il più anziano tra i componenti del partito di minoranza). La maggioranza della dottrina e degli osservatori ritiene che il presidente, come cortesia istituzionale, debba consultare la *leadership* dei partiti nel Senato, così come anche i membri della Commissione Giudiziaria prima di scegliere il proprio candidato³⁴. Anche questa consuetudine mostra profili di opportunità politica e sembra chiaramente fondarsi sulle relazioni politiche tra presidente e Senato, le quali in una situazione fisiologica possono assicurare un opportuno dialogo a beneficio della miglior candidatura. Infatti i senatori, con le loro considerazioni e obiezioni possono aiutare ad identificare i limiti del candidato o la possibilità di una battaglia in Senato nella fase di conferma, che il presidente potrebbe scegliere di evitare ripensando la candidatura. Di converso questa fase può portare all’attenzione del presidente una nuova immagine di candidato ideale, o confortare con ulteriori argomenti il candidato (o i candidati) proposto.

Un’altra regola consuetudinaria prevede che il presidente consulti i senatori dello Stato di provenienza dei candidati, specialmente se appartengono allo stesso partito del presidente. Questa “*longstanding senatorial courtesy*” si fonda sull’atteggiamento dei senatori che di solito, per ragioni di collegialità e di appartenenza, appoggiano l’opposizione del collega quando osteggia un candidato presidenziale del proprio Stato. Questa consuetudine è più spesso utilizzata per bloccare le nomine dei giudici di livello inferiore, ma può comunque avere un ruolo anche nella procedura per la Corte Suprema.

il presidente non possa procedere alle nomine. Cfr. A. VERMEULE, *Recess Appointments and Precautionary Constitutionalism*, in *Harvard Law Review*, 126, 2013, 122 ss.; cfr. anche D.J. ARKUSH, *The Senate and the recess appointments*, in *Harvard Law Review*, 127, 2014, 1 ss.; M. WALSH, *Recess Time*, in *ABA Journal*, 100, 2014, 15 ss.; J.C. HO, T.W. MORRISON, *Recess Ruckus*, in *Journal of Law*, 2, 2012, 191 ss.; R.M. SYRCLE, *Recess is over: Narrowing the Presidential Recess Appointment Power In NLRB v. Noel Canning*, in *Saint Louis University Law Journal*, 59, 2015, 1167; M. MCNERNEY, *The Limits of Presidential Recess Appointment Power*, in *The legislation and policy roundtable*, 1, 2009, 68 ss. Sulle conseguenze delle nomine in sede di recess sull’indipendenza del potere giudiziario cfr. W.T. MAYTON, *Recess Appointments and an Independent Judiciary*, in *Constitutional Commentary*, 20, 2004, 515 ss.

Cfr. anche P. STRAUSS, *The pre-session recess*, in *Harvard Law Review Forum*, 126, 2013, 130; S.D. SCHWINN, *Does the Recess Appointments Clause Authorize the President to Make a Recess Appointment During a Prolonged Intrasession Recess of the Senate in Which the Senate Sits in Pro Forma Sessions Every Three Days?*, in *Preview of United States Supreme Court Cases*, 41, 2014, 169 ss.; A. FRENKEL, *Defining Recess Appointments Clause “vacancies”*, in *New York University Law Review*, 88, 2013, 729 ss.; R. WICKER, *Executive Overreach and Recess Appointments*, in *Mississippi College Law Review*, 31, 2013, 319 ss.

³² Cfr. B.J. McMILLION, *Supreme Court Appointment Process: President’s Selection of a Nominee*, in *Congressional Research Service*, 6 febbraio 2017, 3.

³³ Cfr. CONGRESSIONAL QUARTERLY, *Supreme Court Appointments*, 2 settembre 1960, 1520; cfr. anche M.J. GERHARDT, *The Federal Appointments Process*, Duke University Press, 2003, 33;

³⁴ Cfr. G.L. WATSON, J.A. STOOKEY, *Shaping America: The Politics of Supreme Court Appointments*, Harper Collins College Publishers, New York, 1995, 78: “To a certain extent, presidents have always looked to the Senate for recommendations and subsequently relied on a nominee’s backers there to help move the nomination through the Senate”.

2. La candidatura di Gorsuch ed il *confirmation hearing*

Premessa questa breve ricostruzione del quadro istituzionale, è interessante osservare la peculiarità del caso di Gorsuch.

Donald Trump non è un presidente *del partito* repubblicano. Il partito ha bocciato il suo primo tentativo legislativo, votando contro la riscrittura del piano di tutela sanitaria c.d. *Obamacare*. Molti candidati repubblicani alla presidenza non lo hanno appoggiato dopo la sua vittoria alle primarie.

Per questo motivo si pone al di fuori di tutte le classiche consuetudini impostate sul triplice rapporto presidente-partito-Senato. Tuttavia, il suo nominato è perfettamente coerente con i valori e con la storia del *Grand Old Party*, per le ragioni che saranno meglio specificate in uno con l'analisi del pensiero di Gorsuch. Qui basti osservare come egli stesso ha dichiarato di essere stato un volontario nelle campagne presidenziali di Reagan, George H.W. Bush e George W. Bush. Ha anche fatto parte di un gruppo politico chiamato Lawyers for Bush-Cheney³⁵.

Trump in campagna elettorale ha promesso che avrebbe scelto il proprio candidato da una lista di undici nomi in cui non si specificano i criteri di selezione³⁶, ma comunque redatta in collaborazione con istituti culturali conservatori quali la Federalist Society e la Heritage Foundation³⁷. Il 23 settembre 2016 pubblica una seconda lista, in cui compare anche Neil Gorsuch³⁸. Il presidente con l'assistenza del *White House Counsel* (l'ufficio, parte dello *staff* del presidente, che consiglia e assiste sulle questioni legali dell'Amministrazione) ha poi incontrato tre candidati, tra cui Gorsuch, per un preliminare esame dei soggetti sia da un punto di vista giuridico, sia da quello personale. Trump annuncia pubblicamente Gorsuch come suo candidato il 31 gennaio 2017. L'*American Bar Association* (ABA) ha rilasciato il suo parere il 3 marzo, votando Gorsuch come "molto qualificato", il voto massimo, ed inoltrando³⁹ l'esito al *White House Counsel* ed al presidente del *Judiciary Committee* del Senato, le due istituzioni coinvolte nella procedura.

Le elezioni presidenziali hanno interferito con l'originale successore designato al seggio di Scalia. Dopo la sua morte, infatti, nell'ultimo anno di presidenza di Barack Obama, il presidente quasi dimissionario aveva proposto la candidatura di Merrick Garland, *Chief Judge*

³⁵ Cfr. M.SHELBOURNE, *Gorsuch submits questionnaire for Supreme Court nomination*, in *The Hill*, 11 febbraio 2017, <http://origin-ny1.thehill.com/homenews/319082-gorsuch-submits-questionnaire-for-supreme-court-nomination?amp=1>

³⁶ Cfr. A. RAPPEPORT, C. SAVAGE, *Donald Trump Releases List of Possible Supreme Court Picks*, in *The New York Times*, 18 maggio 2016, consultabile a questo indirizzo: <https://www.nytimes.com/2016/05/19/us/politics/donald-trump-supreme-court-nominees.html>.

³⁷ Cfr. B. WOODWARD, R. COSTA, *In a revealing interview, Trump predicts a 'massive recession' but intends to eliminate the national debt in 8 years*, in *The Washington Post*, 2 aprile 2016, consultabile a questo indirizzo: https://www.washingtonpost.com/politics/in-turmoil-or-triumph-donald-trump-stands-alone/2016/04/02/8c0619b6-f8d6-11e5-a3ce-f06b5ba21f33_story.html?utm_term=.8b2d3dbf800a.

³⁸ Cfr. la pagina relativa sul sito ufficiale della campagna elettorale di Trump: <https://www.donaldjtrump.com/press-releases/donald-j.-trump-adds-to-list-of-potential-supreme-court-justice-picks>; Cfr. anche R. FLORES, M. GARRETT, *Donald Trump expands list of possible Supreme Court picks*, in *www.cdsnews.com*, 23 settembre 2016.

³⁹ Cfr. Il giudizio contenuto nelle lettere, che è possibile consultare sul sito ufficiale dell'ABA: http://www.americanbar.org/content/dam/aba/uncategorized/GAO/Rating%20letter_Gorsuch.authcheckdam.pdf.

alla Corte di Appello di Washington D.C.⁴⁰. Obama, tuttavia, si trovava nella fase conclusiva del mandato e di fronte ad un Senato controllato dai Repubblicani, due condizioni che gli hanno poi impedito di procedere alla nomina. L'argomento più forte, con cui i Repubblicani hanno giustificato l'inerzia del Senato, che non ha proceduto all'*hearing*, è stato di sostenere l'impossibilità per un presidente il cui mandato è in scadenza di avanzare candidature ad uffici che, come visto, possono influenzare il destino del Paese anche dopo la fine del mandato del presidente⁴¹. La nomina di Garland avrebbe sbilanciato, infatti, la Corte Suprema verso una maggioranza *liberal*, sostituendo un noto conservatore con un altrettanto noto progressista⁴². Per alcuni commentatori i Repubblicani, bloccando con successo la nomina di Garland, hanno proceduto ad una manovra "in sé storica", "qualcosa mai fatto prima nella storia": avrebbero trasformato la nomina del successore a Scalia in un referendum sulla eredità di Scalia⁴³. Questa deferenza per l'ideologia di Scalia ha rafforzato gli argomenti squisitamente politici con cui i Repubblicani hanno ostruito il procedimento del candidato di Obama, corroborando la promessa che Trump avrebbe portato alla Corte un autentico successore di Scalia.

L'elezione di Trump e la nomina di Gorsuch mutano il quadro. È utile ripercorrere le tappe fondamentali della conferma di Gorsuch osservando l'evoluzione del procedimento.

Dopo la candidatura è cominciata la fase della conferma da parte del Senato. Il procedimento di *hearing* è stato avviato il 20 marzo 2017, dopo quasi un mese di istruttoria,

⁴⁰ Il dibattito politico, più che quello giuridico, si è interrogato sul potere del presidente di nominare qualcuno mentre il proprio mandato è in scadenza; analogie possono ravvisarsi con il dibattito e con il caso giudicato dalla Corte Suprema stessa che riguarda il potere di nomina durante il *recess* del Senato. Se il quel caso, infatti, il potere del presidente deve rispettare la fisiologia del mandato (e del calendario) del Senato, arretrando davanti al *recess*, si potrebbe sostenere con lo stesso argomento che il Senato debba rispettare la fisiologia del mandato presidenziale, perfettamente valido ed efficace a quasi un anno dalla scadenza; si rinvia alle note in tema di *recess* e per considerazioni sulla vicenda di Garland cfr. invece R. WHEELER, *Selecting Federal Judges in an Era of Political Polarization*, in *Human Rights*, 42, 3/2017, 2 ss.; V. J. SAMAR, *Politicizing the Supreme Court*, in *Southern Illinois University Law Journal*, 41, 1/2016, 1-28.

⁴¹ Cfr. G. LEVY, *Even GOP Voters Think Senate Should Confirm SCOTUS Nominee*, in *U.S. Today*, 21 marzo 2016, consultabile a questo indirizzo: <https://www.usnews.com/news/articles/2016-03-21/even-gop-voters-think-senate-should-confirm-scotus-nominee>.

⁴² Sugli effetti della eventuale nomina di Gorsuch, invece, rispetto alla composizione della Corte, si rinvia a G. ROMEO, *Il conservatorismo costituzionale di Neil Gorsuch: original understanding e diritti civili nell'era di Trump*, in rivista *A.I.C.*, 1/2017, 20 febbraio 2017. Cfr. anche M.J. GERHARDT, *Justice Scalia's Legacies*, in *First Amendment Law Review*, 15, 2/2017, 220. Sommessamente si osserva che, almeno ai fini di questo contributo, è comunque necessario attendere le prime pronunce del nuovo *Justice* per poterne apprezzare il grado di conservatorismo sui temi che la giurisprudenza propone. In ogni caso, per una prospettiva critica sull'impatto della nomina rispetto ai "diritti riproduttivi" cfr. D.L. RHODE, *Reproductive Justice*, in *Stanford Journal of Civil Rights & Civil Liberties*, 13, febbraio 2017, 29-36. Per le conseguenze del "conservatorismo" di Gorsuch sulle decisioni che interessano il Diritto ambientale cfr. D.A. SIVAS, *An Environmental Call to Action*, in *Stanford Journal of Civil Rights & Civil Liberties*, 13, febbraio 2017, 14-22.

Per una analisi della relazione tra composizione della Corte e procedura di conferma cfr. J.J. BRUDNEY, *Foreseeing greatness? Measurable performance criteria and the selection of Supreme Court Justices*, in *Florida State University Law Review*, 32/2005, 1015, una analisi da una prospettiva statistico-empirica ("*a set of objective measures*", p. 1017) dell'attività dei *Justices* per sussumere la validità del procedimento di selezione. Per una complessa ricostruzione politologica della Corte fino al 2007, utile anche dal punto di vista metodologico cfr. L. EPSTEIN, A.D. MARTIN, K.M. QUINN, J.A. SEGAL, *Ideological drift among Supreme Court Justices: Who, When, and How Important?*, in *Northwestern University Law Review*, 101, 2007, 1483 ss. Gli Autori analizzano i cambiamenti ideologici tendenti a sinistra o a destra e le implicazioni sulla *Roberts Court*. Sull'impatto delle dottrine conservatrici sulla Corte cfr. invece l'opinione *liberal*, ancora interessante, di C.R. SUNSTEIN, *Radicals in Robes*, Basic, 2005.

⁴³ M.J. GERHARDT, *Justice Scalia's Legacies*, cit., 226.

durante il quale il candidato ha compilato un questionario⁴⁴ riguardante il proprio percorso professionale ed il Dipartimento della Giustizia ha trasmesso ogni documento riguardante Gorsuch al *Judiciary Committee* del Senato. Gorsuch è stato interpellato con domande a metà tra la politica ed il diritto, riguardanti i suoi casi ed il suo pensiero giuridico. Il 3 aprile la Commissione ha approvato la candidatura con 11 voti a favore e 9 contrari.

A questo punto arriva la fase più problematica, essendo necessario un voto del *plenum* del Senato. La procedura prevede che l'aula, presieduta di norma dal presidente della *Judiciary Committee*, dibatta la nomina. Se non c'è ostruzionismo, si vota a maggioranza semplice: basterebbero 51 voti per avallare la nomina. Sulla carta, i Repubblicani hanno la maggioranza 52 a 48, contando due indipendenti che sono affini ai Democratici. Ma i Democratici dichiarano in questa fase di essere pronti ad usare l'unica arma parlamentare in loro possesso, il *filibustering*, l'ostruzionismo, che consiste nel rifiuto da parte di uno o più senatori di partecipare al dibattito ovvero di interromperlo o di procrastinarlo. Per fermare il *filibustering*, votando la mozione di procedere con il dibattito, sono necessari 60 voti⁴⁵. Ci vuole la maggioranza di tre quinti per superare il *filibustering*, ma basta la maggioranza assoluta per cambiare il regolamento che prevede la maggioranza di tre quinti per superare il *filibustering*.

I Repubblicani possono contare su 52 voti sicuri e nel dibattito politico non si astengono dal esibire esplicitamente l'intenzione di replicare al *filibustering* modificando la stessa interpretazione della *Senate Rule XXII*, la quale prescrive il procedimento c.d. *cloture* che sblocca il dibattito ostruito⁴⁶. Questa modifica, qualificata come "arma nucleare" nel dibattito generale, abbassa il numero di voti necessari per far passare la *cloture*, da 60 a 51 e si può ottenere rapidamente. In questo modo si vota prima la mozione *cloture* a maggioranza semplice e poi la candidatura come se non ci fosse stato l'ostruzionismo. Con una seconda votazione a maggioranza, il Senato repubblicano può approvare da solo la candidatura di Gorsuch. Lo scenario è stato politicamente molto complicato fin dall'annuncio della candidatura, ma in quei giorni si complica ancora. I Democratici hanno 41 voti sicuri, quanto basta per un efficace ostruzionismo circa la nomina di Gorsuch. Tuttavia, con un grado di politicizzazione del procedimento di *hearing* che la dottrina statunitense ed il dibattito generale censurano⁴⁷, sembra sempre più probabile l'opzione nucleare. Proprio quello che è accaduto il 6 aprile. In seguito all'ostruzionismo dei Democratici, i Repubblicani promuovono e votano la mozione di *cloture*. Il voto, come previsto, fallisce. *The majority leader* (il membro Repubblicano a capo della maggioranza) Mitch McConnell

⁴⁴ Può essere consultato sul sito ufficiale della *Judiciary Committee* a questo indirizzo: [https://www.judiciary.senate.gov/imo/media/doc/Neil%20M.%20Gorsuch%20SJQ%20\(Public\).pdf](https://www.judiciary.senate.gov/imo/media/doc/Neil%20M.%20Gorsuch%20SJQ%20(Public).pdf).

⁴⁵ Sull'ostruzionismo cfr. A. TESTI, *Regole e paradossi del Senato USA*, in *Aspenia online*, 2/2013; G. WALPIN, *Take Obstructionism out of the Judicial Nominations Confirmations Process*, in *Texas Review of Law & Politics*, 8, 2003, 89 ss.

⁴⁶ Cfr. Il testo della norma: <https://www.rules.senate.gov/public/index.cfm?p=RuleXXII>.

⁴⁷ Tornano d'attualità le proposte della dottrina statunitense per una riforma del procedimento di *hearing* e le osservazioni su una iper-politicizzazione dello stesso. Cfr. J.L. RAUTH, *Nomination and Confirmation of Supreme Court Justices: Some personal observations*, in *Maine Law Review*, 45, 1993, 7 ss.; R.D. MANOLFF, *The Advice and Consent of the Congress: Toward a Supreme Court Appointment Process for Our Time*, in *Ohio State Law Journal*, 54, 1993, 1087. Sulla politicizzazione del *confirmation hearing* a discapito di un procedimento più istituzionale e di tipo formale cfr. S.J. WERMIEL, *Appointment controversies and the Supreme Court*, in *Northwestern University Law Review*, 84, 1990, 1033 ss.

propone un ordine del giorno per cambiare l'interpretazione della *Rule XXII*; il *leader* di minoranza Chuck (Charles) Schumer risponde con una vana mozione per ritardare il dibattito e aggiornare il Senato. Con 55 voti a 45 (tutti i Repubblicani e tre Democratici) il Senato vota per interpretare in modo diverso la *Rule XXII*. Una modifica delle regole che significa l'inizio di procedimenti di nomina a maggioranza semplice, pertanto l'impossibilità di nominare finché non si controlla il Senato e l'esclusione di ogni accordo con il partito di minoranza. Paradossalmente potrebbe sembrare che il Senato come istituzione complessiva benefici dell'abbassamento di *quorum*, in quanto il suo peso nell'intera procedura sarebbe più facile da imporre. Ma più esattamente, a beneficiarne è il partito di maggioranza. Ed il beneficio è tanto più indiscutibile quanto più è alto il grado di deferenza del partito nei confronti del presidente⁴⁸. Forse, infatti, è più convincente sostenere che fino al 6 aprile la *presidential school* fosse una dottrina minoritaria, messa in ombra dalla prassi e da vere e proprie consuetudini. Tuttavia con la mossa dei Repubblicani il presidente è forse oggi più forte disponendo della maggioranza in Senato per ottenere l'*advice and consent* sui propri candidati.

Si nota, inoltre, che l'interpretazione avallata da questa legislatura è giuridicamente reversibile (non essendo sostenuta dal diritto positivo, come è fisiologico nel sistema di *common-law*) anche se è ipotizzabile che le forze politiche non abbiano alcun interesse a ripristinare la situazione *quo ante*. Ciò che conviene in termini politici è la conquista della

⁴⁸ Cfr. J.R. REARDON, *Selecting Supreme Court Justices: Preserving the System, Protecting with Professionalism*, in *Suffolk University Law Review*, 40, 2017, 861 ss.; W.G. ROSS, *The Supreme Court Appointment Process: a search for a synthesis*, in *Albany Law Review*, 57, 1994, 993. L'Autore propone numerosi spunti di riforma della procedura di *hearing*. Tra gli altri soprattutto riguardo alla interrogazione del candidato (anche se tuttavia meriterebbe solo "riforme minori", cit. 1004) e alle sessioni non pubbliche della Commissione, oltre alla partecipazione degli "*special interest groups*". Interessante è anche l'attenzione rivolta agli incontri privati tra il candidato ed i senatori (relazione che potrebbe istituzionalizzarsi nell'ambito delle sessioni riservate). Ciascuno di questi punti è sviluppato in modo dettagliato che consente di cogliere la necessità di una più esatta declinazione degli obblighi del Senato, lasciati alla prassi e alle consuetudini. Questa prospettiva è senz'altro indicativa del tempo in cui si proponeva tale modifica, durante l'epoca del clintoniano affidamento agli "esperti" e alle "agenzie", una spinta alla regolamentazione simile al *civi-law*. Esigenze che tuttavia sembrano riproporsi nel caso oggetto di questa analisi.

Cfr. anche A.P. BLAUSTEIN, R.M. MERSKY, *Rating Supreme Court Justices*, in *ABA Journal*, 58, 1972, 1183 ss., in particolare p. 1187 sulla possibilità di adottare linee guida per la selezione dei *Justices*, un problema che la dottrina statunitense ha sempre continuato a sollevare e che deriva, probabilmente, dalla mancanza di diritto scritto sul procedimento e dalle intrinseche caratteristiche di *common-law* del Diritto costituzionale statunitense.

R.D. ROTUNDA, *The Confirmation process for Supreme Court Justices in the modern Era*, in *Emory Law Journal*, 37/1988, 559 ss. L'Autore sottolinea come la moderna concezione del *confirmation hearing* sia relativamente recente. Dopo aver proposto la disamina di alcuni casi storici (riportando anche il caso di George Sutherland, nominato da Harding e confermato il giorno stesso dal Senato il 5 settembre 1922), critica il modello di *hearing* per cui si procede sostanzialmente ad una sorta di previsione su come il candidato possa votare, semplicisticamente collocandolo in uno dei due campi politico-culturali (*liberal* o *conservative*). P.A. FREUND, *Appointment of Justices: some historical perspectives*, in *Harvard Law Review*, 101, 1988, 1146. Attraverso riferimenti storici e casi di mancate nomine tra il XIX ed il XX secolo, l'Autore spiega come fino al 1929 il Senato si riunisce normalmente in sedute chiuse al pubblico e che la "prassi" di chiamare il candidato a comparire davanti alla *Judiciary Committee* è cominciata nel 1939 (p. 1157). Al contrario di oggi, la procedura normale fino al 1929 consisteva nel considerare tutte le candidature in sessioni esecutive chiuse, salvo che i due terzi dei componenti del Senato chiedessero di aprire il dibattito. Lo "scudo del silenzio" è rimosso con il voto della maggioranza richiesta in due casi immediatamente precedenti: Brandeis, 1916 e Stone, 1925. Comunque, nel 1929, dopo due nomine controverse per l'opinione pubblica, fughe di notizie e l'irritazione dei senatori per la divulgazione di informazioni sui processi di nomina, la *Rules Committee* emette un *bill* che avrebbe autorizzato sessioni esecutive aperte sulle candidature con il voto a maggioranza semplice. Il senatore Joseph Robinson dell'Arkansas replica con una proposta ancora più liberale: le sessioni sarebbero state pubbliche a meno che un voto a maggioranza non avrebbe ordinato la chiusura. La prospettiva si ribalta.

presidenza, che comporta un relativo predominio sul Senato. La seconda notazione attiene al peso della minoranza in Senato. Questa potrà procedere ad ostruzionismo solo per gli affari legislativi, ambito non toccato dalla nuova interpretazione. Resta l'incertezza se questa novità (o ritorno al passato) sia un passo indietro nel costituzionalismo ovvero un ritorno fisiologico al concetto statunitense di Senato⁴⁹ come sorta di collegio o corpo culturalmente e politicamente contiguo al presidente. Infine si potrebbe sostenere che il *Justice* nominato con una maggioranza più bassa sia politicamente più connotabile ma istituzionalmente meno legittimato. Questo elemento potrebbe ripercuotersi sulla legittimazione complessiva della Corte Suprema, organo in prospettiva composto da *Justices* non più largamente condivisi ma frutto di maggioranze politiche⁵⁰.

Questo scenario ricorda molto da vicino quello italiano, quando due forze politiche si polarizzano e rifiutano di mettersi d'accordo. A proposito, Jed Shugerman sostiene: "La legittimazione non è solo logica è soprattutto psicologica: una percezione che si ottiene con il compromesso, che fonda la *rule of law* e la legittimazione stessa. Una polarizzazione comporta una carenza di compromesso che a sua volta conduce ad una carenza di legittimazione"⁵¹. La vicenda, letta da un altro punto di vista, potrebbe anche mostrare come i Repubblicani non stiano facendo altro che portare alle estreme conseguenze ciò che i Democratici hanno iniziato e coltivato in circa 15 anni⁵². Andando a ritroso, già nel 2013 i Democratici, stanchi dell'ostruzionismo dei Repubblicani sulle nomine di Obama per le Corti federali minori, votano una mozione dell'allora *leader* di minoranza Harry Reid (Democratico), abbassando il *quorum* per ogni nomina governativa alla più bassa delle maggioranze qualificate⁵³. Si è trattato di una modifica sulla interpretazione della disposizione, interpretata di lì in avanti nel senso che la maggioranza di 60 senatori non si applichi alle nomine governative. Tuttavia tale modifica si intendeva esclusa per la conferma dei candidati alla Corte Suprema, l'unico ufficio conferito a vita (o quasi) e nomina più alta che il Senato possa mai confermare.

Ancora prima, è proprio Chuck Schumer (il Democratico attuale *leader* di minoranza al Senato) che nei primi anni del secolo sdogana l'ostruzionismo di partito, osteggiando la nomina del conservatore Miguel Estrada a giudice della Corte del Circuito di D.C. da parte di George W. Bush. Il presidente candida Estrada il 9 maggio del 2001. Dopo due anni di battaglia parlamentare, il 4 settembre 2003, Estrada si ritira. L'ABA aveva espresso il voto più alto "*well qualified*"⁵⁴, tuttavia i Democratici lamentavano, da un punto di vista formale, la mancanza di esperienza giurisdizionale e la non provenienza dal mondo accademico del

⁴⁹ Cfr. P.A. FREUND, *Appointment of Justices: some historical perspectives*, cit.

⁵⁰ Come ha notato, nelle more della revisione di questo piccolo contributo, anche G. CONTI, *Filibuster e nuclear option al Senato USA. L'effetto domino della nomina di Neil Gorsuch alla Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *federalismi.it*, 9/2017.

⁵¹ Così ho appuntato alla lezione del 22 marzo 2016.

⁵² Cfr. J. HOLMES, *McConnell Is Finishing What Schumer Started*, in *Politico.it*, 6 aprile 2017.

⁵³ Cfr. E. O'KEEFE, *Senate Republicans go "nuclear", pave the way for Gorsuch confirmation to Supreme Court*, in *The Washington Post online*, 6 aprile 2017.

⁵⁴ Cfr. Il documento "*Ratings Of Article III Judicial Nominees 107th Congress (2001-2002)*", sul sito ufficiale dell'ABA, consultabile a questo indirizzo: http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/2011_build/federal_judiciary/ratings107.authcheckdam.pdf.

candidato; da un punto di vista politico, sostenevano che la sua nomina a *Judge*, avrebbe poi consentito la più pericolosa nomina a *Justice* appena si fosse liberato un seggio. Fattori che rendevano impossibile, a loro dire, svolgere un degno *confirmation hearing* e formare un giudizio oggettivo sul pensiero del candidato. Così a partire dal 6 marzo 2003 si votano sette mozioni di *cloture* per sbloccare il dibattito e consentire il voto finale. Dopo l'ennesima sconfitta Estrada si ritira. Da quel momento si comincia a verificare l'opportunità di ridurre l'ostruzionismo in alcune situazioni, come quelle delle nomine minori⁵⁵. Da una parte, l'ostruzionismo ha vinto sulla mediazione e si proietta come arma parlamentare formidabile; dall'altra, comincia a scavarsi la fossa, perché progressivamente carico di argomenti esclusivamente politici e *partisan*. Infatti, i successivi casi di *filibustering* in quella Legislatura e nella successiva, sono scongiurati da 14 senatori, chiamati la “*Gang of 14*”, un gruppo *bipartisan* che trova il giusto compromesso per evitare l'abuso dell'ostruzionismo da parte dei Democratici (che oltre ad Estrada, durante la 108a Legislatura bloccarono la nomina di altri nove candidati⁵⁶) ed eleggere sempre i candidati alle varie posizioni governative. Nel 2009 i Democratici prendono la Casa Bianca ma il Senato resta Repubblicano. Così anche loro sperimentano un utilizzo dell'ostruzionismo ai limiti dell'abuso.

È interessante notare come la contemporanea “opzione nucleare” esploda in un sistema che sembra assolutamente bipolare, che potrebbe sembrare naturalmente orientato alla strumentalizzazione partigiana delle regole. In realtà i due grandi partiti americani hanno sempre bilanciato e risolto i propri conflitti nelle regole e nelle consuetudini (illustrate in precedenza), trovando il compromesso. In questa fase, invece, come è già accaduto in Italia per altri aspetti, gli attori politici stanno plasmando le regole rispetto alla propria azione di breve termine, logorando rapidamente un capitale istituzionale costruito in secoli di consuetudini e compromessi. Compromessi, come ricorda Shugerman con il pensiero estremamente condivisibile già richiamato, che hanno una connotazione positiva e che si stanno purtroppo perdendo, in linea con quanto accade ed è accaduto in Europa.

Inoltre, per quanto la riduzione alla più bassa delle maggioranze qualificate possa sembrare una rivoluzione copernicana, in realtà è l'esito naturale di un modo di interpretare la politica e le scelte istituzionali fondamentali cominciato all'inizio del secolo. Per questo nessuno ripristinerà lo *statu quo ante*, e gli attori politici semplicemente punteranno a vincere le elezioni sperando di avere il numero maggiore di nomine possibile. Pertanto, sarebbe riduttivo sostenere che la responsabilità di questo cambiamento sia dei Repubblicani o del presidente in carica. Osservando quanto ricostruito, si può biasimare o il sistema politico in generale o entrambi i partiti in maniera equanime, orientati ad una visione politica di breve periodo e sempre più slegati dalla propria funzione istituzionale.

Il 7 aprile 2017, infine, il Senato presieduto per l'occasione dal vice presidente in persona Mike Pence, approva 54 a 45 l'ascesa del neo *Justice* Neil Gorsuch alla *Supreme Court*. Giura due volte il 10 aprile, la prima in una cerimonia ufficiale ma privata, amministrata dal *Chief*

⁵⁵ Cfr. J. HOLMES, *cit.*

⁵⁶ Si tratta di Priscilla Owen, Charles W. Pickering, Carolyn Kuhl, David W. McKeague, Henry Saad, Richard Allen Griffin, William H. Pryor, William Gerry Myers III, e Janice Rogers Brown.

Justice John Roberts presso la Conference Room della Supreme Court; la seconda poco più tardi alla Casa Bianca, alla presenza del presidente e nelle mani del *Justice* Anthony Kennedy, giudice presso il quale Gorsuch servì come *clerk*.

3. Il pensiero di Neil Gorsuch in Diritto penale e civile nel raffronto con quello di Antonin Scalia

Osservata la struttura istituzionale e politica del procedimento di nomina, è necessario entrare nel merito del pensiero di Gorsuch, provando a ripercorrere i principali casi o le sue decisioni sui principali temi giuridici, nella sua esperienza come giudice federale nella Corte del decimo distretto. In questo modo sarà possibile evidenziare il nesso che lega Gorsuch, Scalia e la politica, in senso lato, conservatrice di Trump rispetto alla Corte Suprema. Infatti, come è stato evidenziato nei paragrafi precedenti, il successo politico dell'elezione di Gorsuch, è giustificato da una sorta di mitizzazione delle teorie di Scalia. Tuttavia sembra opportuno provare a verificare se le affinità tra Gorsuch e Scalia siano davvero riscontrabili nel testo delle sentenze.

È infatti molto diffusa l'opinione che le decisioni di Gorsuch possano essere ricondotte alla lezione di Scalia⁵⁷, per quanto attiene alle argomentazioni, allo stile e al pensiero giuridico; in particolare per la sua aderenza all'ermeneutica "originalista" che è stata riproposta e resa celebre proprio da Scalia⁵⁸. Come noto, questo canone consiste nell'interpretare una disposizione costituzionale nello stesso modo in cui la si è intesa al momento di entrata in vigore della costituzione. La portata di una disposizione, dunque, potrebbe essere modificata solo attivando la procedura di emendazione prevista dall'articolo V della costituzione stessa. L'originalismo si è sviluppato negli anni '80 dello scorso secolo⁵⁹ ed ha subito una sorta di progressiva politicizzazione da parte dei

⁵⁷ Oltre al già citato contributo di F. CLEMENTI, *Scalia after Scalia*, cit., importanti ricostruzioni sulla lezione del predecessore di Gorsuch sono: G. ROMEO, *To be or not to be: le prospettive dell'interpretazione costituzionale della Corte Suprema degli Stati Uniti dopo la morte di Justice Antonin Scalia*, in *Rivista A.I.C., Osservatorio Costituzionale*, 20 febbraio 2016; G.F. FERRARI, *Nino Scalia: analisi giurisprudenziale del pensiero di un giudice conservatore*, in *Giur. Cost.*, 2016, 1191; A. PIN, *Exit Nino. L'originalismo sopravvivrà a Scalia?*, in *Dpce*, 1/2016, 255. Si v. anche in generale alcuni autori statunitensi: J. B. STAAB, *The political thought of Justice Antonin Scalia: a Hamiltonian on the Supreme Court*, Lanham, Rowman & Littlefield, 2006; L. Tribe, J. Matz, *Uncertain Justice: The Roberts Court and the Constitution*, Henry Holt and Co., 2014; G.R. STONE, L.M. SEIDMAN, C.R. SUNSTEIN, M.V. TUSHNET, P.S. KARLAN, *Constitutional Law*, ed. VIII, 2013.

⁵⁸ Cfr. J. KIDD, R.S. DASGUPTA, R. WALTERS, J. PHILLIPS, *Searching For Justice Scalia: Measuring The "Scalia-Ness" Of The Next Potential Member Of The U.S. Supreme Court*, consultabile al seguente indirizzo: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2874794; pagina 2-3: "*Justice Scalia didn't just do originalism – he openly and consistently advocated it, helping move it into the mainstream of constitutional interpretive methodology*".

L'originalismo ha alla base un concetto molto interessante anche per il sistema italiano: la premessa teorica è che la costituzione, essendo una legge, come tutte le leggi ha il significato che il legislatore sottintende al momento della posizione. Così, essa anche nel significato, nell'intento, è un laccio per il giudice, così come lo è per il legislatore e per l'esecutivo. L'originalismo, dunque, è la risposta teorica e poi ermeneutica all'attività "creatrice" della Corte Suprema e dei giudici federali. Sostanzialmente si riconduce la costituzione come atto al disposto dell'articolo VI-2 della costituzione, letto in senso restrittivo: essa è una legge come tutte le altre e come tale implica che un giudice, non importa in quale Corte sieda, non può creare nuovi diritti o distruggere i vecchi. Ogni volta che lo facesse, violerebbe non solo i limiti della propria attribuzione/funzione, ma anche, e per questa ragione, i diritti del legislatore e del popolo. Originalisti come Robert Bork, descrivono quindi l'originalismo come una necessaria conclusione da come la forma di governo appare nella costituzione. Cfr. R. BORK, *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, 1990, 69–100.

⁵⁹ J. O'NEILL, *Originalism in American Law and Politics: A Constitutional History*, 2005; R. POST, R. SIEGEL, *Originalism as Political Practice: The Right's Living Constitution*, in *Fordham Law Rev.*, 75/2006, 545.

conservatori, i quali lo hanno sovrapposto ad una lettura politica della Carta⁶⁰ secondo l'equazione: originale dunque da conservare.

Si ritiene che Gorsuch, come Scalia, sia anche un ardente testualista (*textualist*)⁶¹. Il *Justice* italoamericano spiega bene il proprio approccio e le ragioni che lo determinano commentando lo stato della “scienza dell’interpretazione legislativa” (*the state of the science of statutory interpretation*). Egli afferma: “Noi giudici americani non abbiamo un’intelligibile teoria di cosa dovremmo fare” (*We American judges have no intelligible theory of what we do most*)⁶². Per questo, dopo aver esposto il criterio dell’intento legislativo, propone il suo canone: “Il testo è il diritto, ed è il testo che deve essere osservato (*The text is the law, and it is the text that must be observed*)”⁶³.

Da parte sua, Gorsuch applica questa dottrina soprattutto nell’ambito del Diritto penale, derivandone una concezione fortemente orientata al principio di legalità in senso formale. Sul punto è interessante la sua opinione dissenziente nel caso *United States v. Games-Perez* (2012)⁶⁴, che consente anche di cogliere la sua visione politica in tema di possesso di armi da fuoco, questione molto divisiva dell’opinione pubblica statunitense⁶⁵ in questi anni.

Sostanzialmente, egli critica i colleghi per essersi distaccati dal tenore letterale di una disposizione legislativa che sanziona chi “consapevolmente viola una legge che proibisce ad un pregiudicato di possedere un’arma da fuoco nel commercio interstatale” (“*knowingly violat[ing]*” § 922(g), *a statute that in turn prohibits a convicted felon from possessing a firearm in interstate commerce*). Gorsuch sostiene che debba essere provato, non solo, come è accaduto nel caso, che il soggetto sapesse di possedere un’arma da fuoco. Stando al tenore letterale della disposizione dovrebbe essere provato anche che il soggetto fosse consapevole di violare la legge. In caso contrario, sostiene Gorsuch, si darebbe luogo ad una sfida alla “*grammatical gravity and linguistic logic*”. L’opinione non solo esibisce un’applicazione del testualismo da manuale, ma dimostra anche il riferimento ad un suo corollario: la critica severa al metodo ermeneutico che utilizza come riferimento la *legislative history*, cioè quel complesso di atti parlamentari non legislativi utili per l’interpretazione teleologica⁶⁶. Secondo Gorsuch è particolarmente deprecabile un’interpretazione non *text-based* ed il riferimento all’intento del legislatore in tutti i casi in cui dall’applicazione della disposizione interpretata “liberamente” ne discenderebbe la condanna di un innocente.

⁶⁰ L.E. SAWYER, *Principle and Politics in the New History of Originalism*, in *American Journal of Legal History*, 19 gennaio 2017, 7 ss.

⁶¹ Il criterio ermeneutico del testualismo è spesso confuso con quello dell’originalismo, perché in effetti in alcuni casi i due si sovrappongono. Il primo equivale all’italiana interpretazione letterale, senza alcun riguardo per la *ratio legis* o per l’*iter legis*. Pertanto con queste lenti si osserva rigorosamente il significato logico e grammaticale del testo, senza possibilità di considerare la ratio, lo scopo, il percorso parlamentare di un atto o disposizione. È un approccio che si pone a metà tra l’interpretazione letterale (che può essere più o meno estensiva o restrittiva del significato per come nel complesso emerge) e una prospettiva formalistica.

⁶² Cfr. A. SCALIA, *A matter of interpretation: federal courts and the law*, 1997, 14.

⁶³ Cfr. A. SCALIA, *op. ult. cit.*, 22.

⁶⁴ La sentenza può essere consultata all’indirizzo seguente: <https://www.ca10.uscourts.gov/opinions/11/11-1011.pdf>.

⁶⁵ Anche se in questa decisione non è coinvolto il Secondo Emendamento né le tipiche istanze dei gruppi che rivendicano il diritto al possesso delle armi.

⁶⁶ Atti comunque dotati solo di valore persuasivo, quali i rapporti delle commissioni parlamentari, i *bills* o testi preliminari delle leggi, le relazioni dei dibattiti parlamentari ed altri documenti minori.

In un altro passaggio della sentenza in commento, Gorsuch esprime una lettura positiva del Secondo Emendamento insieme ad una classica applicazione del testualismo. Nell'ambito del diritto riconosciuto ad ogni cittadino di possedere armi, espone la necessità di leggere testualmente un paio di disposizioni riguardanti il requisito della *mens rea*, istituto che corrisponde al nostro elemento soggettivo del reato (più esattamente alla rappresentazione), laddove interpretato “liberamente”, potrebbe comportare l'incriminazione dell'innocente. Si legge nella sentenza: “Inoltre, anche se il governo può in qualche modo riuscire ad eliminare un'ambiguità fuori dal pieno testo legislativo prima di noi [giudici], egli incontra un altro problema insormontabile. La Corte Suprema ha riconosciuto da tempo la “presunzione”, fondata nella nostra tradizione di *common law*, che il requisito della *mens rea* attiene a ogni elemento della legge che criminalizza una condotta altrimenti innocente. (...) Insieme le sezioni 922 (g) e 924 (a) criminalizzano il possesso di ogni tipo di arma. Ma il possesso di pistola è spesso legale e a volte anche tutelato come questione di diritto costituzionale. L'unico elemento legislativo che separa il possesso innocente (ed a volte costituzionalmente protetto) di una pistola dalla condotta criminale ai sensi delle sezioni 922(g) e 924 (a) è una precedente rappresentazione di crimine/fellonia. Così, appare pienamente in vigore la presunzione che il governo deve provare la *mens rea*”⁶⁷.

Altra opinione dissenziente interessante nell'ambito del Diritto penale è quella che contrasta la legittimità delle operazioni di polizia condotte sotto l'egida di un istituto chiamato “*knock and talk*” nel caso *United States v. Carloss* (2016). In base a questa procedura i poliziotti approssimano la casa di un sospettato o in cui può svolgersi una attività sospetta, bussano alla porta principale e cercano di instaurare una conversazione con il proprietario di casa. A quel punto devono ottenere il permesso di ispezionare/osservare l'interno della casa. Siccome tutto accade con il consenso del proprietario, in teoria non è necessario un mandato. Dopo tutto, come ricorda lo stesso Gorsuch nella sua *dissenting opinion*, “il Quarto Emendamento proibisce le “irragionevoli” ricerche, e le ricerche consensuali raramente lo sono [irragionevoli]”⁶⁸.

Il caso riguarda l'attività di polizia (*law enforcement*) che si svolge nella “*home's curtilage*”, l'aerea che immediatamente circonda ed è associata con la casa. La Corte del decimo distretto ha riconosciuto la legittimità dell'operazione di “*knock and talk*” in un caso in cui due poliziotti erano stati in primo grado ritenuti colpevoli di violare il Quarto Emendamento perché avevano bussato alla porta frontale di una casa, cercando di parlare con il proprietario, in circostanze particolari. Normalmente ogni poliziotto, come ogni

⁶⁷ “Besides, even if the government could somehow manage to squeeze an ambiguity out of the plain statutory text before us, it faces another intractable problem. The Supreme Court has long recognized a “presumption” grounded in our common law tradition that a *mens rea* requirement attaches to “each of the statutory elements that criminalize otherwise innocent conduct.” ... Together §§ 922(g) and 924(a)(2) operate to criminalize the possession of any kind of gun. But gun possession is often lawful and sometimes even protected as a matter of constitutional right. The only statutory element separating innocent (even constitutionally protected) gun possession from criminal conduct in §§ 922(g) and 924(a) is a prior felony conviction. So the presumption that the government must prove *mens rea* here applies with full force”. Cfr. pagina 6 della opinione, che corrisponde a pagina 33 dell'intera sentenza consultabile qui: <https://www.ca10.uscourts.gov/opinions/11/11-1011.pdf>.

⁶⁸ “After all, the Fourth Amendment prohibits “unreasonable” searches, and consensual searches are rarely that”; cfr. Pagina 29 della sentenza e 1 della sua opinione, in *United States v. Carloss*, consultabile qui: <https://www.ca10.uscourts.gov/opinions/13/13-7082.pdf>.

cittadino, ha la licenza implicita di avvicinare una casa. Tuttavia nel caso di specie il proprietario aveva posto dei cartelli “*No Trespassing*” intorno alla casa e sulla porta. In primo grado era stato stabilito che i cartelli avrebbero revocato quella licenza implicita.

La Corte del decimo circuito, in secondo grado, conclude contrariamente che nelle circostanze del caso di specie, il segnale di non sconfinare non si debba ritenere in nessun caso indirizzato ad un poliziotto, il quale in tal modo sarebbe limitato nel proprio dovere di *law enforcement* e non potrebbe mai dare inizio ad una operazione di “ispezione consensuale”. Né può ritenersi, per la Corte, che i poliziotti oltrepassino i limiti della licenza implicita, quando bussino alla porta troppo a lungo.

Gorsuch, al contrario, sostiene che l’area del *curtilage* è protetta dal Quarto Emendamento come la casa stessa; che i poliziotti ricorrono spesso alla procedura in commento, in quanto molto efficace; e che per questo si deve sempre valutare il contesto in cui si svolge la procedura (ritenuta illecita, ad esempio, in tutti i casi in cui il proprietario può percepire di non avere altra scelta se non quella di cooperare, o quando la polizia si presenta in numero tale da comprimere la libertà del proprietario o equipaggiata in modo sufficiente da impressionare l’inquilino). È interessante rilevare che Gorsuch pone il tema in modo estremamente lineare: ricostruisce prima la logica giuridica che sorregge l’implicito invito a bussare/suonare in circostanze ordinarie; evidenzia come un avviso di non violare il domicilio esplicitamente interrompa quella logica quando affisso prima delle mura domestiche; infine deduce *de plano* l’afferenza nel Quarto Emendamento della situazione straordinaria in cui i due agenti di polizia si sono trovati nel caso di specie. Questa per Gorsuch è una materia fondamentale costituzionale, in quanto il tenore letterale ed originale del Quarto Emendamento non ammette intromissioni nella casa: “Possono i poliziotti entrare nel *curtilage* senza un mandato e senza un’emergenza per condurre indagini?”. Impostando così il tema, Gorsuch sostiene che la Corte abbia erroneamente considerato il portico come parte non compresa nel *curtilage* e quindi come zona non soggetta al Quarto emendamento. L’originalismo emerge quando il giudice connette questa ricostruzione all’intento dei *foundings fathers*: “Questa linea di pensiero mi sembra difficile da riconciliare con il disegno di Costituzione dei fondatori”⁶⁹. Infatti sostiene: “Noi sappiamo, anche, che al tempo dei fondatori il *common law* permetteva agli agenti del governo di entrare a casa o nel *curtilage* solo con il permesso del proprietario o per eseguire un processo legale. Nessuna traccia di sorta di permettere servitù appartenenti allo Stato (e solo allo Stato) può essere trovata nel *common law* del tempo dei fondatori”⁷⁰.

Le assonanze con Scalia si riscontrano in decisioni di Gorsuch come *United States v. Hinkley* del 2008, nella quale sostiene, per esempio, che una delle possibili letture della legge sulla Registrazione e notificazione dei criminali sessuali, potrebbe violare il principio della

⁶⁹ “*This line of reasoning seems to me difficult to reconcile with the Constitution of the founders’ design*”, cfr. pag. 8 della opinione.

⁷⁰ “*We know, too, that at the time of the founding the common law permitted government agents to enter a home or its curtilage only with the owner’s permission or to execute legal process. No trace of some sort of permanent easement belonging to the state (and state alone) can be found in the common law of the founders’ time*”, cfr. pag. 8.

*non-delegation*⁷¹, poche volte invocato nella giurisprudenza federale. Scalia si rifarà al medesimo principio nel 2012 nell'opinione dissenziente nel caso *Reynolds v. United States*.

È interessante a questo punto focalizzarsi sul rapporto di Gorsuch con la religione. Si può affermare anche in generale, che Gorsuch abbia delle riserve in tutti i casi in cui si cerca di comprimere l'espressione religiosa dagli spazi pubblici e dubita fortemente della cogenza e della autorevolezza della *legislative history*, non solo nel Diritto penale. I maggiori casi in cui Gorsuch ha espresso un voto in questo ambito coinvolgono le disposizioni del Primo emendamento della costituzione, che riguarda il divieto (per il Governo) di stabilire una religione e la libertà individuale e collettiva di professare il proprio credo. In questi casi sono coinvolte leggi del congresso che estendono i diritti dei credenti religiosi (il *Religious Freedom Restoration Act* del 1993 ed il *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act* del 2000).

In due recenti casi Gorsuch si è confrontato con questi temi. Il primo è *Hobby Lobby Stores v. Sebelius* (2013). In questo caso scrive una opinione concorrente al verdetto a favore dell'impresa. Da parte sua enfatizza il bisogno di accettare le concezioni religiose degli individui anche nell'ambito della sanità. Sostiene che i ricorrenti, nel caso di specie, probabilmente avrebbero vinto la causa (come invece non accade) argomentando che la disposizione prevista dalla legislazione di Obama sulla vita sana (*The Affordable Care Act*) sull'obbligo di prevedere una copertura assicurativa per le spese di contraccezione degli impiegati, fosse in contrasto con la libertà religiosa del datore di lavoro in violazione del *Religious Freedom Restoration Act*. Scrive in quella sentenza: “La disposizione richiede loro di violare il proprio credo religioso forzandoli a fornire un grado di assistenza inammissibile, che la loro religione insegna essere gravemente sbagliato”⁷². Questa posizione poi sarà largamente riconosciuta dalla Corte Suprema nella decisione susseguente. Nell'altro caso, *Little Sisters of the Poor Home for the Aged v. Burwell* (2015), Gorsuch si unisce ad altri giudici dissenzienti che impediscono il riesame *en banc* (cioè plenario, di tutti i giudici di una Corte distrettuale) del ricorso della Little Sisters proprio in virtù del *Religious Freedom Restoration Act* contro la medesima disposizione della *Affordable Care Act*.

Il punto per Gorsuch resta la scarsa considerazione dimostrata dalla Corte rispetto all'articolazione dei principi del credo religioso delle ricorrenti. Anche in questo caso la Corte Suprema conferma in parte la posizione di Gorsuch: stabilisce che i principi religiosi delle suore potranno essere tutelati contemporaneamente al riconoscimento pieno ed equo sostegno alla copertura per i contraccezionali dei propri impiegati, stabilendo nel rinvio che la Corte e le parti dovessero trovare il modo concreto più equilibrato per soddisfare entrambi. Gorsuch scrive e condivide opinioni dissenzienti o concorrenti, sempre confermate dalla Corte Suprema nella maggior parte dei casi, che criticano le dottrine sulla limitazione della libertà (di espressione) religiosa negli spazi pubblici. In un caso osteggia anche l'opinione dominante della propria Corte che vietava al governo di collocare in un parco pubblico un

⁷¹ Principio che è alla base della separazione dei poteri anglosassone, implica l'impossibilità per un organo costituzionale investito di una delle tre funzioni costituzionali, di delegare ad altre autorità il proprio potere.

⁷² Quarto capoverso del punto II “Substantial Burden”: “the ACA’s mandate requires them to violate their religious faith by forcing them to lend an impermissible degree of assistance to conduct their religion teaches to be gravely wrong”.

monumento sui Dieci comandamenti ricevuto in dono, senza accettare altre offerte di monumenti, anch'essi donati, ma di altri credo religiosi (cfr. *Summum v. Pleasant Grove City*). La Corte Suprema sul caso, ribaltando la decisione, dà ragione a quell'opinione dissenziente nella quale Gorsuch criticava il “*reasonable observer test*” per stabilire se il governo, accettando il monumento, sponsorizzasse una religione o meno.

In questo caso, secondo il giudice del decimo distretto, il *test* è fuori luogo e conduce all'effetto travolgente di voler trovare un *endorsement* del Governo quando non ce n'è neanche il lontano intento (semplice collocazione di un bene donato), così invece eliminando la possibilità per i credenti di una religione di manifestarla negli spazi pubblici.

Antonin Scalia, nel giudizio finale della Corte Suprema sul caso in commento, esprime tuttavia un pensiero più radicale e sofisticato, in cui afferma che la città non viola il primo emendamento sotto nessun aspetto, né sotto il profilo del divieto di “superare il muro che separa Stato e Chiesa”, né sotto quello della libertà di manifestazione del pensiero. Egli nell'opinione concorrente in *Pleasant Grove City, Utah v. Summum*, 25 febbraio 2009 (Corte Suprema) sostiene che la donazione non abbia sfondo religioso ma carattere “secolare” (ovvero laico), in quanto, considerando il donante ed il contesto, coinvolge un argomento che è perfettamente compreso nel nucleo dei valori costitutivi della nazione. Dal suo punto di vista il caso non ricadrebbe né nell'ambito di applicazione della *Establishment Clause* del Primo emendamento (il divieto per lo Stato di stabilire o seguire una religione), sotto la quale è stato effettivamente valutato e deciso; né nell'ambito della *Free Speech Clause* del medesimo emendamento, che potrebbe residuamente essere invocata. Sul punto Scalia è chiaro: “*there are very good reasons to be confident that the park displays do not violate any part of the First Amendment*”. Il donante, il *Fraternal Order of Eagles*, nel 2005 aveva già donato un monumento simile che fu posto nella parte del terreno che circonda il Parlamento dello Stato del Texas; il caso arriva alla Corte Suprema (*Van Orden v. Perry*) e tutti i *Justices* sono d'accordo nel sostenere che sebbene fosse coinvolta l'azione del governo rispetto alla libertà di parola, l'argomento dell'*Establishment Clause* andasse rigettato. Secondo Scalia la maggioranza esclude questo argomento “*because the Ten Commandments have an undeniable historical meaning in addition to their religious significance*”.

Sulla pena di morte Gorsuch, come Scalia, non guarda con favore agli appelli “*habeas corpus petition*”, che si usano per verificare innanzi alla Corte federale la legittimità del provvedimento di condanna di un detenuto. Questo è coerente con l'impegno di Gorsuch di interpretare le leggi in accordo con il loro pieno significato testuale. Negli anni '90, infatti, il Congresso adotta una legge chiamata *Antiterrorism and Effective Death Penalty Act* che intende limitare i procedimenti di appello *federal habeas* per rendere più facilmente procedibile la pena di morte. Per effetto di questo atto, tuttavia, le petizioni si sono incrementate ed in particolare davanti alle Corti di appello (o Corti distrettuali), dove molti casi di *death penalty habeas* sono discussi, anche rispetto al numero più esiguo di casi che fisiologicamente arriva in Corte Suprema. Gorsuch è molto vicino a Scalia rispetto alle revisioni sulla pena di morte e, molto probabilmente, potrebbe far diventare la Corte ancora più sollecitata alle pretese dei condannati alla pena di morte. Infatti, per quanto contrario alle

revisioni, in osservanza della legge, quando è parte del collegio giudicante tende a schierarsi dalla parte del condannato.

Gorsuch è poi considerato un sostenitore della dottrina della Clausola commerciale negativa (*negative/dormant Commercial Clause*), secondo la quale sostanzialmente gli Stati non possono porre in essere limiti legislativi al commercio inter-statale senza l'autorizzazione del Congresso (federale)⁷³. Anche in quest'area sarebbe molto vicino a Scalia. Tuttavia egli, siccome la clausola negativa emerge non nel testo ma da una lettura *a contrario* del testo, in palese contrasto con la dottrina testualista, è ritornato sui propri passi e si è rifiutato di promuoverla ancora. Infatti nella *dissenting opinion* del caso *Comptroller v. Wynne* (2015), il *Justice* sostiene: "Il problema fondamentale con i nostri casi di Clausola Commerciale negativa è che la Costituzione non contiene una Clausola Commerciale negativa"⁷⁴.

Anche se un giudice della Corte di Appello non ha la stessa libertà di criticare o discostarsi da un precedente della Corte Suprema, anche le opinioni di Gorsuch rivelano in parte una diffidenza verso disposizioni costituzionali non scritte come quella in commento. Ad esempio, nel caso *Energy and Environment Legal Institute v. Epel* (2015)⁷⁵, la sentenza della Corte del decimo, scritta da Gorsuch, rifiuta di applicare la clausola commerciale negativa per annullare un programma di energia pulita avviato dal Colorado sul proprio suolo, che avrebbe potuto ripercuotersi negativamente sui produttori tradizionali di energia al di fuori di quello Stato.

L'opinione spiega che questo risultato è coerente con l'obiettivo di una "*judicial free trade policy*", cioè di una politica commerciale libera dagli interventi giudiziari, anche se esistono precedenti giudiziari, appunto, che potrebbero orientare gli esiti di questa politica. Ma mentre ammette che le Corti minori devono osservare la giurisprudenza della Corte Suprema così come la trovano, l'opinione di Gorsuch mostra rispetto per i detrattori della dottrina stessa, come Scalia, i quali "trovano la dottrina della clausola negativa assente dal testo della Costituzione ed incompatibile con la sua struttura"⁷⁶.

Nel caso *Direct Marketing Association v. Brohl* (2016), scrive un'opinione concorrente in cui concorda con la Corte che stabilisce la non applicabilità della clausola negativa in un caso di commercio interstatale. Gorsuch si concentra su di un aspetto della dottrina criticata, la c.d. *Quill rule*. Questa regola esenta dalla tassazione sulle vendite dello Stato, gli ordini di

⁷³ Come la gran parte del Diritto costituzionale statunitense, questa dottrina è stata elaborata dalle Corti federali rispetto all'interpretazione dell'articolo 1 della costituzione statunitense, che esplicitamente si limita ad attribuire al Congresso la competenza di regolare il commercio "*among the several states*", ovvero oltre i vari Stati. Da qui, a dire il vero fin da prima dell'approvazione del testo, l'annoso dibattito tra i sostenitori di una competenza esclusiva federale e quelli di una competenza statale con l'autorizzazione del Congresso. In questi casi le Corti valutano se la legge posta dal Parlamento statale sia discriminatoria nei confronti di soggetti (economici) al di fuori dello Stato ovvero siano a vantaggio degli interessi di soggetti dentro lo Stato. Le leggi adottate sulla base di un semplice protezionismo economico sono virtualmente nulle. Si riconosce, invece, validità alle leggi che si occupano di questioni locali con effetti indiretti sul commercio inter-statale. In questi casi le Corti procederanno ad un test per valutare l'equilibrio tra l'effetto discriminatorio e la necessità dell'intervento locale. In caso di esito negativo, la legge è dichiarata incostituzionale.

⁷⁴ "*The fundamental problem with our negative Commerce Clause cases is that the Constitution does not contain a negative Commerce Clause*", cfr. P. 32 della sentenza e 1 della *dissenting opinion* consultabile qui: https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/13-485_o7jp.pdf.

⁷⁵ Consultabile qui: <https://www.ca10.uscourts.gov/opinions/14/14-1216.pdf>.

⁷⁶ "(...) *find dormant commerce doctrine absent from the Constitution's text and incompatible with its structure*".

vendita non provenienti da indirizzi dello Stato di cui si sta accertando l'anti-concorrenzialità. Per lui è una “bizzarria analitica” che “sembra deliberatamente costruita” per essere eventualmente annullata. Questa opinione lo avvicina al *Justice Anthony Kennedy* il quale richiedeva la cassazione della *Quill rule*, e ancora a *Scalia*, il quale la identificava come parte del “bestiario delle prove *ad hoc* e delle eccezioni *ad hoc* che noi applichiamo oggiogiorno”⁷⁷ sotto la clausola commerciale negativa.

La tensione sulla clausola commerciale negativa che di per sé non è un argomento di frattura tra liberali o conservatori, né un argomento politicamente tra i più rilevanti, è tuttavia considerato⁷⁸ un sintomo del generale criticismo di una parte di giuristi intorno ad alcune dottrine prettamente giurisprudenziali slegate dal testo legislativo. Tra questi argomenti oggetto di sempre più rivisitazioni si annovera anche il diritto alla *privacy*, architrave su cui si fonda l'odierna giurisprudenza della Corte Suprema sull'aborto. In effetti, il sistema dei diritti costituzionali statunitense è costruito sulla base di una serie di tesi giurisprudenziali comunque precarie: il revisionismo testualista ovvero originalista di quelle che sembrano dottrine minori (o questioni tutto sommato trascurabili nell'economia complessiva del diritto costituzionale), potrebbe inficiare alla base questioni separate ma connesse di grande importanza sociale e politica.

Gorsuch sembra seguire la strada del testualismo e dei “federalisti” come *Scalia* quando esprime grande scetticismo rispetto a queste dottrine, le quali consentono ai giudici di stagiarsi adeguatamente contro leggi locali promulgate sulla base di vaghi principi che non possono essere riscontrati nel testo concreto della costituzione nazionale.

4. Il Diritto amministrativo, la *Chevron deference*: perché Gorsuch non è *Scalia*

Un esempio di tale interconnessione tra dottrine giurisprudenziali e strutture costituzionali può essere osservato nell'ambito del Diritto amministrativo, campo in cui Gorsuch si allontana da *Scalia* e terreno, nel complessivo ecosistema dell'ordinamento statunitense, piuttosto stabile e regolare, senza grandi variazioni. In questo panorama Gorsuch ha fatto di recente grosso rumore, stabilendo la fine della dottrina chiamata *Chevron deference*⁷⁹ che è stata ritenuta la regola di funzionamento dello *Administrative state*, il complesso di rapporti che regolano l'andamento delle istituzioni federali afferenti all'*Executive Branch*, dagli anni '80 dello scorso secolo.

La *Chevron deference* riguarda il potere delle Agenzie di interpretare le leggi in un contesto giuridico in cui l'interpretazione è espressione tipicamente del potere giudiziario. La Corte Suprema ha stabilito che le Corti possono lasciare che le Agenzie interpretino le leggi qualora l'esito non sia irragionevole. Una decisione che ha notevolmente sbilanciato la teoria della separazione dei poteri, pilastro non molto duttile nella teoria e nella pratica

⁷⁷ Cfr. l'opinione dissenziente al caso *Comptroller of Treasury of Md. v. Wynne* (2015), pag. 4 dell'opinione e 36 della sentenza, consultabile qui: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/575/13-485/case.pdf>.

⁷⁸ E. CITRON, *Potential nominee profile: Neil Gorsuch*, in *SCOTUSblog*, 13 gennaio 2017, <http://www.scotusblog.com/2017/01/potential-nominee-profile-neil-gorsuch/> (Lo SCOTUSblog è, peraltro, una fonte indicata tra i materiali didattici dei corsi di Diritto costituzionale presso la Fordham University).

⁷⁹ Principio stabilito dalla Corte Suprema nel caso da cui prende il nome *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council*, (1984).

istituzionale statunitense e, secondo alcuni osservatori, anche il principio di non delegazione di competenze tra poteri dello Stato.

Infatti, quando il Congresso adotta una legge generale i cui precisi contorni sono ambigui, le Agenzie federali destinatarie della legge o comunque competenti ad applicarla, possono darle vigore in ogni maniera che non sia chiaramente e direttamente proibita. In questo modo le Agenzie possono interpretare le disposizioni nel modo più confacente alla propria attività.

Perciò qualora le Agenzie interpretino una disposizione in un certo modo, la Corte, più avanti nel procedimento ovvero in un diverso caso, dovrà essere *deferente* con quella interpretazione (da qui l'apposizione “*deference*”). Una sorta di interpretazione autentica, ma del destinatario (Agenzia) e non dell'autore (Congresso).

Scalia quando era giudice della *Circuit Court* del *Distrect of Columbia*, che ha giurisdizione su molti più casi che coinvolgono le Agenzie di ogni altra Corte, era un forte sostenitore della *Chevron deference*, del potere di interpretazione e di revisione simil-giurisdizionale, della flessibilità che questa garantiva nell'ordinamento amministrativo. Anche se non è stato l'artefice di questa macchina dogmatico-istituzionale, ha sempre contribuito a mantenerla, con la convinzione che uno Stato federale flessibile fosse una risorsa ed agisse nell'interesse di tutti.

Nel recente caso *Gutierrez-Brizuela v. Lynch* (2016)⁸⁰ Gorsuch scrive sia per la Corte, che una propria opinione concorrente in cui spiega il suo personale indirizzo ermeneutico. Conclude la propria opinione con una frase che non lascia dubbi: “Eravamo abituati a vivere con lo stato amministrativo prima delle *Chevron*. Non possiamo farlo ancora. In parole povere, mi sembra che in mondo senza *Chevron* cambierebbe davvero poco, eccetto forse le cose più importanti”⁸¹.

Il cuore della critica di Gorsuch è sull'assetto dei poteri costituzionali come risultava dall'applicazione della *Chevron*: si autorizzavano le Agenzie ad assumere il potere di interpretare le leggi, potere che sottraevano alle Corti, e che sostanzialmente sottoponeva la produzione giuridica giurisprudenziale alla revisione amministrativa. Una vera inversione: l'esatto opposto di come è stato architettato e dovrebbe funzionare l'ordinamento statunitense.

Ripercorrendo brevemente l'opinione di Gorsuch emerge una concezione “conservatrice” del Diritto amministrativo, che si potrebbe anche qualificare “classica”. Ma sembra comunque che voglia anche applicare la lezione di Scalia sull'interpretazione delle leggi ordinarie e delle leggi amministrative. Crede che anche queste leggi generiche abbiano un significato obiettivo che può essere compreso con l'interpretazione del testo stesso delle leggi. È compito delle Corti dire che cosa significhino queste leggi e rivolgersi alle agenzie quando loro non possono applicare al meglio e necessitano di un'ermeneutica. Se

⁸⁰ Il testo della sentenza è consultabile qui: <https://www.ca10.uscourts.gov/opinions/14/14-9585.pdf>.

⁸¹ Cfr. pag. 23 dell'opinione, 37 della sentenza: “*We managed to live with the administrative state before Chevron. We could do it again. Put simply, it seems to me that in a world without Chevron very little would change — except perhaps the most important things?*”.

un'agenzia non è d'accordo, l'unico rimedio adeguato è che il Congresso cambi la legge o che la Corte Suprema corregga l'errore della prima Corte.

Scalia, d'altra parte, voleva limitare il ruolo delle Corti alla revisione degli adempimenti delle Agenzie in tema di interpretazione dei leggi/provvedimenti amministrativi, affinché questa attività fosse priva di errori per prevenire la "fossilizzazione" delle decisioni delle Agenzie. Infatti partiva dal presupposto che il significato delle leggi sarebbe potuto cambiare nel tempo, richiedendo il rinnovamento dell'interpretazione per adeguarle al cambiamento di priorità dei Presidenti e delle condizioni giuridiche e di fatto. Comunque Scalia si pronunciava senza problemi ideologici quando la posizione di una particolare Agenzia eccedeva i confini di una legge, anche quando le parole oggetto del giudizio di interpretazione fossero state ambigue⁸². In particolare, secondo il *Justice*, potrebbe essere meno probabile trovare una legge ambigua dalla prospettiva testualista, in quanto intrinsecamente più attenta ai dettagli del testo legislativo e riluttante a considerare la *legislative history* ed obiettivi estranei rispetto all'impianto originale. Ciò è valido anche dopo la dottrina Chevron e rende la delegazione del potere interpretativo alle agenzie molto più rigida e comunque guidata da una cornice giuridica testualista restrittiva.

Si ritiene⁸³ che Scalia approvasse la Chevron *deference* anche per evitare che una Corte avesse potuto dare la sua migliore interpretazione di una legge e un'Agenzia, successivamente, avesse rivisto l'interpretazione stessa a beneficio di un significato nuovo e ritenuto più coerente con il contesto successivo. Questa è proprio la situazione istituzionale che Gorsuch critica e che lo spinge a superare la dottrina stessa.

Nel caso sopra citato *Gutierrez-Brizuela*, Gorsuch critica la decisione della Corte Suprema del 2005 *National Cable & Telecommunications Ass'n v. Brand X*⁸⁴, che permetteva ad una Agenzia di aggirare una decisione della Corte Suprema in virtù della Chevron. Gorsuch così fa eco al dissenso di Scalia che, nella sua opinione nella sentenza citata, critica la Corte Suprema per aver adottato una versione della Chevron a suo dire pericolosamente orientata verso l'aggiramento delle interpretazione giurisprudenziale.

Questo punto segna una svolta fondamentale nel Diritto amministrativo e costituzionale del Paese. Tant'è che l'opinione è stata accolta anche dalla dottrina esplicitamente *liberal* o comunque dichiaratamente contraria alla nomina di Gorsuch⁸⁵. Infatti Gorsuch smaschera, e risolve in modo condivisibile, il nodo centrale intorno a cui si avvolgono non solo i rapporti istituzionali, ma anche le diverse concezioni teoriche sullo Stato amministrativo: chi deve interpretare le leggi. Suona strano, ma tra le grandi questioni fondamentali di questa fase dell'esperienza costituzionale statunitense è in discussione proprio un aspetto classico e costitutivo della teoria dello Stato, la separazione e la funzione dei poteri. In particolare l'inversione di Gorsuch si riflette su un altro nervo lasciato scoperto dalla Chevron:

⁸² Cfr. A. SCALIA, *Judicial deference to Administrative interpretations of Law*, in *Duke Law Journal*, 1989, uno dei commenti più vicini di Scalia alla sentenza Chevron.

⁸³ Cfr. E. CITRON, *Potential nominee profile*, cit.

⁸⁴ Il testo può essere consultato qui: <https://www.law.cornell.edu/supct/html/04-277.ZS.html>.

⁸⁵ Cfr. J.H. SHUGERMAN, *Gorsuch on Chevron: Brilliant*, in *Shugerblogger.com*, 2 febbraio 2017. Cfr. anche la rassegna su *Gutierrez-Brizuela v. Lynch*, 834 F.3d 1142 (10th Cir. 2016) in *Harvard Law Review*, 130, 5 (*March*) 2017, 1496-1503. 130 Harv. L. Rev. 1496 (2016-2017)

l'indipendenza (intellettuale e non solo) dei giudici. Gorsuch mostra nella sua opinione una attenzione sia a queste questioni, sia alla prospettiva originalista, con parole da leggere direttamente: “*Chevron and Brand X permit executive bureaucracies to swallow huge amounts of core judicial and legislative power and concentrate federal power in a way that seems more than a little difficult to square with the Constitution of the framers’ design*”⁸⁶.

Ma un altro caso mostra bene un'altra differenza significativa tra il testualismo di Gorsuch e quello di Scalia⁸⁷. Si tratta della sua opinione dissenziente in *TransAm Trucking v. Administrative Review Board* (2015)⁸⁸. Per comprenderlo a fondo è necessario richiamare qualche elemento di fatto.

Una compagnia di trasporti su gomma, la TransAm Trucking, incarica il camionista Alphonse Maddin di svolgere una consegna, alla guida di un camion con rimorchio. Una sera di gennaio, con le temperature al di sotto dello zero, scopre che i freni del suo rimorchio si sono bloccati a causa del freddo. Così, il camion era in condizioni di muoversi, ma non quando attaccato al rimorchio, nel quale però era contenuto il carico da portare a destinazione. Alle 23:17 Maddin chiama il servizio stradale della TransAm; poi scopre che il riscaldamento della cabina del camion era rotto. Si addormenta e si sveglia due ore dopo con il torso intorpidito. Non poteva neanche sentire i propri piedi. A quel punto richiama il servizio stradale e gli dicono di resistere lì nonostante le condizioni di vita estreme. Il camionista aspetta ancora 30 minuti prima di sganciare il rimorchio malfunzionante. Dopo quasi tre ore in condizioni estreme a temperature sottozero, Maddin decide di allontanarsi con il camion, nonostante il suo supervisore gli avesse ordinato di restare. I soccorsi sarebbero arrivati 15 minuti più tardi.

La compagnia ha licenziato Maddin per aver abbandonato il rimorchio. Maddin ha proceduto con un ricorso innanzi la *Occupational Safety and Health Administration*, una Agenzia del Dipartimento del Lavoro. Lamenta che la TransAm ha violato lo *Surface Transportation Assistance Act*, che proibisce di licenziare un impiegato che “si rifiuta di operare un veicolo perché... l'impiegato ha un ragionevole timore di gravi danni all'impiegato o al pubblico”⁸⁹. L'Agenzia conclude che è stato in effetti licenziato per essersi rifiutato di “operare” il veicolo, ma che aveva un ragionevole timore di pericolo.

A questo punto entra in gioco l'interpretazione. La TransAm sostiene che Maddin non ha “operato” il suo camion, così lui non sarebbe coperto dalla disposizione letterale. In appello, dinnanzi alla Corte del 10° circuito, in composizione collegiale (tre giudici, tra cui Gorsuch), due giudici applicano la *Chevron deference*, così avallando l'interpretazione “ragionevole” della legge “ambigua” emanata dalla Agenzia.

⁸⁶ Cit. pagina 1 dell'opinione, 15 della sentenza: cfr. il testo sul sito ufficiale della Corte del 10th circuit: <https://www.ca10.uscourts.gov/opinions/14/14-9585.pdf>

⁸⁷ Il caso è stato anche menzionato da Shugerman durante una sua lezione di *Administrative Law* sulla *statutory interpretation*; lo stesso ha anche ripreso alcuni elementi trattati in un interessante articolo: cfr. J. H. SHUGERMAN, *Neil Gorsuch and the ‘Frozen Trucker’*, in *www.slate.com*, 4 febbraio 2017.

⁸⁸ Consultabile sul sito ufficiale della Corte del 10th Circuit, a questo indirizzo: <https://www.ca10.uscourts.gov/opinions/15/15-9504.pdf>.

⁸⁹ “*refuses to operate a vehicle because ... the employee has a reasonable apprehension of serious injury to the employee or the public?*”.

Il punto che è sembrato giuridicamente problematico agli interpreti e che ha consentito di invocare la *deference*, è la definizione di “operare”, non contenuta nella legge. Così l’Agenzia ha deciso che la parola “operare” include non solo “guidare” ma anche “altri usi di un veicolo quando questo è sotto il controllo del lavoratore”⁹⁰. In altri casi l’Agenzia ha stabilito che scaricare un rimorchio troppo carico e guidare contasse come un “rifiuto di operare”, perché è un rifiuto di adempiere nel modo stabilito (dal datore di lavoro e dall’accettazione della direttiva). La maggioranza del collegio ha anche notato che il Congresso promulgò la legge così che i lavoratori potessero essere protetti, portando i rischi per la sicurezza all’attenzione dei propri datori di lavoro. Considerando questi fattori, la maggioranza ha trovato che l’interpretazione della legge ambigua, da parte dell’Agenzia fosse ragionevole.

Gorsuch, dopo il caso *Gutierrez-Briquet v. Lynch*, ha detto chiaramente di essere contrario alla *Chevron deference*. Così alcuni commentatori, si aspettavano che il giudice offrisse una diversa (e nella sua ottica, migliore) interpretazione della parola “operare”, oppure che avrebbe posto l’accento sulla parola “veicolo”⁹¹. Lo stesso osservatore nota anche che le interpretazioni alternative non sono state neanche approfondite dal collegio, perché questo era troppo impegnato con la questione relativa alla *Chevron deference*, in virtù della quale, inevitabilmente, la Corte è limitata dall’interpretazione dell’Agenzia, che ha anche l’effetto ulteriore di restringere il *petutium* immediato della causa.

Tuttavia Gorsuch afferma che il camionista non è protetto dalla legge e che non ritiene la parola “operare” per niente ambigua: nessun’altra interpretazione oltre quella di “guidare” è ragionevole secondo lui. Pertanto, a rigore, dal momento in cui Maddin ha guidato il camion senza rimorchio, non è più tutelato da quella legge. Interessante notare come in una lunga nota alla sua opinione, la maggioranza del collegio spiega come Gorsuch abbia deciso di cambiare il testo della legge da “operare” a “guidare”, citando le sue stesse parole: “Il nostro compito non è legiferare e aggiungere nuove parole che non sono presenti nella legge”⁹².

Secondo Gorsuch il camionista aveva due opzioni. Una illegale, perché non sicura: portare a destinazione il rimorchio con i beni della compagnia; l’altra legale anche se “spiacevole” (*unpleasant*): aspettare che arrivassero i rinforzi. “Il camionista ha scelto nessuna di queste”⁹³. È difficile non concordare con chi sostiene che nel merito questa decisione sembra piuttosto riduttiva e semplificatrice; addirittura si è detto che per come si esprime, Gorsuch sembra aver impostato le alternative del camionista pensando ad un test delle *School of Law*, come ad una *multiple-choice* invece che a decisioni di vita o di morte⁹⁴.

⁹⁰ “Other uses of a vehicle when it is within the control of the employee”.

⁹¹ Cfr. J.H. SHUGERMAN, cit. 3: L’autore sottolinea come, in effetti, interpretando il termine “veicolo” nel senso di “camion e rimorchio” insieme, avrebbe risolto ogni ambiguità rispetto al problema che pone “operare”. Il camionista si sarebbe dunque rifiutato di operare il veicolo complessivo, ma con la scriminante dello stato di pericolo; oppure avrebbe comunque operato solo il camion, legittimamente.

⁹² “Our job isn’t to legislate and add new words that aren’t present in the statute”.

⁹³ Cfr.: “[S]omeone [at TransAm] gave him two options. He could drag the trailer carrying the company’s goods to its destination (an illegal and maybe sarcastically offered option). Or he could sit and wait for help to arrive (a legal if unpleasant option). The trucker chose None of the Above”.

⁹⁴ J.H. SHUGERMAN, cit. 3.

Inoltre, sempre da come scrive, analizza il testo della legge ed il caso in modo astratto, senza mostrare una vera comprensione del contesto. Il che lo differenzerebbe molto nella applicazione del testualismo da Scalia. Infatti dice: “La TransAm espressamente gli permise di stare e rimanere dov’era e aspettare i soccorsi”. Il giudice non sembra rendersi conto che il camionista si trovasse in una cabina con il riscaldamento rotto a temperatura inferiore allo zero⁹⁵.

Ancora, per argomentare la sua lettura di “si rifiuta di operare”, invece di riferirsi al caso concreto ed al suo contesto, compie una perifrasi che potrebbe risultare fuori luogo. Scrive: “Si immagini un capo dire all’impiegato che egli potrebbe ‘operare’ un computer dell’ufficio come da direttive ovvero ‘rifiutarsi di operare’ quel computer. Quale serio impiegato prenderebbe quella come licenza ad usare un computer dell’ufficio non per lavorare, ma per comporre il grande romanzo americano? Buona fortuna!”⁹⁶.

La differenza tra il testualismo, di Scalia e dei veri testualisti, e la versione di Gorsuch, è proprio nella considerazione della legge nel suo contesto, della disposizione rispetto a ciò che significa nel caso concreto. Senza considerare il contesto, non è possibile dare senso alla disposizione della legge dedotta in giudizio là dove si riferisce alla valutazione sicurezza-pericolo sul luogo di lavoro. In questo senso l’esempio di Gorsuch sul computer svuota totalmente di significato la disposizione, che appunto tutela il lavoratore in una situazione di pericolo. Invece che concentrarsi sull’applicazione del testo in una vicenda che riguarda una cabina di un camion sottozero, Gorsuch analizza le parole costruendo contesti immaginari per valutarne la tenuta logico-semanticamente. Anche il tono sembra richiamare l’arguzia tipica di Scalia. Egli era noto per riservare la sua “*acid pen*” ai colleghi, in particolare O’Connor e Kennedy⁹⁷. Ma Gorsuch in questo caso si rivolge con un improbabile “buona fortuna!” ad un povero attore in una causa di licenziamento.

In questo caso emergono due criticità dell’impianto di fondo di Gorsuch: un rapporto da approfondire con la Chevron *deference*, ed un testualismo farisaico. Se, da una parte, la critica alla delegazione del potere di adattare la legge all’interpretazione del destinatario, sembra interessante non solo per il contesto statunitense, ma anche per un contemporaneo ripensamento dei rapporti tra poteri dello Stato in senso generale; combinata ad una visione testualista farisaica, può portare a negare la ragione stessa di esistenza della funzione giurisprudenziale: la tutela dei diritti. Questo, per un *Justice*, potrebbe essere un enorme *vulnus*, in grado di travolgere quanto di positivo il testualismo scaliano ha costruito in trent’anni.

In breve, Gorsuch ha un approccio diverso sullo Stato amministrativo; secondo lui ne andrebbe ridotta l’espansione funzionale delle Agenzie, avvicinandosi così ancora di più alla concezione conservatrice di un governo ridotto, leggero. Infatti, Gorsuch è sicuramente una guida in questo campo, esprimendo le preoccupazioni di molti conservatori che tuttavia non hanno dato voce ai propri pensieri, e a cui persino Scalia avrebbe potuto appassionarsi.

⁹⁵ “*TransAm expressly ... permitted him to sit and remain where he was and wait for help*”.

⁹⁶ “*Imagine a boss telling an employee he may either ‘operate’ an office computer as directed or ‘refuse to operate’ that computer. What serious employee would take that as license to use an office computer not for work but to compose the great American novel? Good luck*”.

⁹⁷ Cfr. J.H. SHUGERMAN, cit. 4.

In ogni caso, osservate le affinità e le discontinuità, si può affermare che Gorsuch sia piuttosto coerente in superficie con la figura di Scalia, ma irrimediabilmente lontano rispetto alla metodologia. Il caso da ultimo esaminato mostra anche una certa propensione ideologica di Gorsuch ad applicare la legge, con lo scudo del testualismo, in modo più coerente con i propri ideali (socio-politici). Forse anche in virtù di casi simili è stato accusato nel procedimento di *hearing*, di essere un giudice vicino alle grandi società.

In ogni caso una scelta perfetta per un presidente repubblicano. Anche da una prospettiva politologica è stato considerato in una recente ricerca come uno dei candidati più dotati di *Scalia-ness*⁹⁸ sommando tre indici principali. Il primo è la percentuale di opinioni che contengono un riferimento all'originalismo. In questo il sul punteggio è 2,5%, il secondo più alto dopo Lee (5,33%) ma nettamente più alto degli altri considerati (il terzo ha una percentuale di 0,69)⁹⁹. Il secondo indice attiene alla percentuale di opinioni che citano un'opera non giurisprudenziale di Scalia: Gorsuch si posiziona sesto (0,85%), dove il primo Pryor ottiene il 5,64%, il secondo, Lee, il 5,33% ed il terzo, Eid, 1,41%¹⁰⁰. L'ultimo indice attiene alla percentuale di opinioni scritte non con la maggioranza del collegio, cioè le concorrenti e le dissenzienti, che consentono al giudice di esprimere più chiaramente il proprio punto di vista; Scalia era solito ricorrere a questa tecnica¹⁰¹. Gorsuch è decimo con il 5,3%, dove il primo, Ryan, ottiene il 17,6%¹⁰².

5. L'ermeneutica di Gorsuch al confine tra etica e Diritto

Anche dall'unica monografia di Gorsuch (*The Future of Assisted Suicide and Euthanasia*), si evince un'ermeneutica testualista ed orientata a considerazioni *de iure condendo*. Il tema oggi ormai è stato ampiamente dibattuto anche in Italia. Tuttavia è utile ripercorrere brevemente alcuni passaggi per provare tratteggiare un profilo del Justice da un altro punto di vista, fuori dagli schemi più rigidi a cui la funzione di giudice del decimo distretto costringe il suo pensiero nelle sentenze sopra analizzate.

Gorsuch¹⁰³ pone prima il problema dell'adeguatezza delle due soluzioni fino a quel momento avanzate per i casi di eutanasia dell'incapace. Entrambe cercano di dare senso alla scelta di una persona che non può scegliere: tanto sostituire il consenso/giudizio dell'incapace con quello di un soggetto nominato dalla Corte, quanto quella di adottare una sorta di "test del miglior interesse" (*best interest test*), tramite il quale la Corte stessa può ordinare di sospendere l'alimentazione del degente. Tuttavia ragionando sulla natura del diritto che è oggetto dell'azione del sostituto, sviluppa il ragionamento sulla distinzione tra diritto di interrompere le cure e diritto a chiedere un'iniezione letale. Un conto è chiedere

⁹⁸ J. KIDD, R.S. DASGUPTA, R. WALTERS, J. PHILLIPS, *Searching For Justice Scalia: Measuring The "Scalia-Ness" Of The Next Potential Member Of The U.S. Supreme Court*, cit.

⁹⁹ *Op. ult. cit.*, 7.

¹⁰⁰ *Ibidem*, 8.

¹⁰¹ La ricerca, sulla base dei dati raccolti utilizzando il sito SCOUTSblog, ha considerato che Scalia dal 1995 al 2014 ha utilizzato opinioni non di maggioranza nel 25,9% dei casi; cfr. *op. cit.*, 4, nota 10.

¹⁰² *Ibidem*, 9.

¹⁰³ Cfr. N. GORSUCH, *The Future of Assisted Suicide and Euthanasia*, Princeton, 2006, 48 e ss.

che sia fermata la somministrazione di sostanze dalle quali dipende la vita; altra è chiedere che qualcuno si attivi per somministrare una sostanza da cui derivi la morte.

Nella sua ricostruzione, suicidio assistito ed eutanasia differiscono dal diritto di rifiutare le cure in quanto segue: necessariamente implicano un intento di uccidere, e con questo, il giudizio che la vita di un paziente non ha più il “valore di una vita” (“*[it] is no longer worth living*”).

A questa osservazione seguono critiche più serrate alla dicotomia con cui alcune Corti federali distinguono (nel 2006) i concetti di rifiuto e suicidio assistito: omissione/azione. Gorsuch ritiene la dicotomia manipolabile e per sostenere il suo pensiero cita esplicitamente Scalia, il quale si chiede in quegli anni, provocatoriamente: “perché dovremmo dire che chiunque non possa uccidere qualcun altro camminando nel mare, ma potrebbe sedersi sulla spiaggia, aspettando fino ad essere sommerso dalla marea incombente; o che egli si chiuda non intenzionalmente in una cella frigorifera, ma debba astenersi da entrarvi dentro quando la temperatura scende fino allo zero”¹⁰⁴.

Successivamente analizza la dicotomia naturale/innaturale che è utilizzata prima dalla Corte del circuito di New York, poi dalla Corte Suprema. Il rifiuto di sostentamento comporta un’azione naturale, mentre il suicidio assistito o l’eutanasia qualcosa di innaturale. Questa visione causalmente orientata comporta di ritenere ammissibile solo il rifiuto di alimentazione, perché in tutti i casi in cui la morte è indotta, questa dipenderebbe da una causa altra e diversa rispetto alla natura. O meglio, il procedimento causale sarebbe compromesso dal sopraggiungere di una causa da sola in grado di determinare l’evento: l’iniezione ad esempio¹⁰⁵.

Il giudice critica questa teoria, considerandola troppo esposta alle notorie obiezioni tipiche di ogni costruzione basata sul nesso di causalità, che possono riassumersi così: quando è possibile essere sicuri che una certa condizione abbia causato la morte? Quale deve essere la nozione di “natura” in questi casi?

Gorsuch afferma che una significativa distinzione dal punto di vista morale non esiste, nella misura in cui una delle azioni considerate (il diritto di rifiutare) non comporta necessariamente l’intento di uccidere da parte del paziente o del suo “assistente”, mentre l’altra (il suicidio assistito) comporta sempre un intento di uccidere da parte del principale, e un intento di aiutare a uccidere da parte dell’assistente.

Questa distinzione, secondo la disamina di Gorsuch è inclusa ed è coerente con il *common law* e l’etica medica.

Non nasconde le questioni intrinseche con questa procedura, compreso il fatto che il diritto di rifiutare può essere usato dagli individui per effettuare atti autolesivi intenzionali.

Secondo l’*equal protection clause*¹⁰⁶, comunque, è necessaria solo una “distinzione razionale” per sostenere le leggi contro il suicidio assistito e l’eutanasia. Per questo scopo a Gorsuch sembra andare bene differenziare sulla base dell’intento di uccidere.

¹⁰⁴ Cfr. *ivi*, 50.

¹⁰⁵ Cfr. *ivi*, 52.

¹⁰⁶ Equivalente all’italiano principio di eguaglianza in senso formale e sostanziale.

Successivamente analizza più nel dettaglio la questione più profonda: se da un punto di vista giuridico il suicidio assistito e l'eutanasia (o il diritto di rifiutare, quando un intento di uccidere è presente) sono pratiche che dovrebbero essere incoraggiate o scoraggiate.

Dopo aver esposto i diversi casi e gli argomenti favorevoli alla legalizzazione, Gorsuch propone un unico motivo per non legalizzare l'eutanasia o il suicidio assistito: l'inviolabilità della vita umana¹⁰⁷.

Tuttavia il tema è posto da una prospettiva giuridica. La vita umana è declinata come *basic good*, bene di base, cioè qualcosa che sia ontologicamente “bene” in senso metagiuridico, ma anche *an end in and of itself, fulfilling in its own right*, che è il fine e la fine di se stesso, adempiendo il suo proprio diritto¹⁰⁸.

Nonostante chiarisca l'importanza riconosciuta nel pensiero occidentale¹⁰⁹ ai *basic goods*, afferma che la sua comprensione di questi deriva “*not from abstract logical constructs (or religious beliefs); it is, instead, I think simply a product of our practical human experience*”¹¹⁰. Gorsuch intende sostenere che il bene vita è intrinsecamente diverso dagli altri e pertanto il suo valore è non strumentale, non dipende da nessun'altra ragione: “*its value is not instrumental, not dependent on any other condition or reason, but something intrinsically good in and of itself*”¹¹¹.

Secondo Gorsuch, comunque, l'idea che il valore della vita sia inestimabile, si annida nel profondo rispetto che si ha per il concetto di eguaglianza umana. Da questo, logicamente e poi giuridicamente, fa discendere, o piuttosto sussume, il bene supremo della vita come categoria che regge i rapporti “positivi” tra gli esseri umani ed anche quindi i diritti fondamentali¹¹².

Egli comunque fa i conti con il pluralismo¹¹³ e con il relativismo: “semplicemente non possiamo evitare di affrontare scelte utili, significative e buone su come vivere, senza anche inconsapevolmente compromettere altri fini o beni”¹¹⁴. Pertanto l'asse intorno a cui questo tema può ruotare nel verso giusto è la volontà umana, architrave liberale/liberista della società statunitense e del *Constitutional Law*. Ma anche alla base del pensiero cristiano¹¹⁵ del

¹⁰⁷ Cfr. N. GORSUCH, *The Future of Assisted Suicide and Euthanasia*, cit., 157.

¹⁰⁸ Cfr. *ivi*, 158.

¹⁰⁹ Gorsuch cita tra gli altri l'Etica di Aristotele e Tommaso D'Aquino; cfr. note 2, 3 e 4 in N. GORSUCH, cit., 158.

¹¹⁰ Cfr. *ibidem*.

¹¹¹ Cfr. *ibidem*.

¹¹² Cfr. *ivi*, 159: vale la pena riportare questo paragrafo in cui Gorsuch passa dalla speculazione teoretica alle fonti costituzionali (degli Stati Uniti d'America e delle altre esperienze): “*Perhaps the most profound indicium of the innate value of human life, however, lies in our respect for the idea of human equality. The Fourteenth Amendment to the U.S. Constitution guarantees equal protection of the laws to all persons; this guarantee is replicated in Article 14 of the European Convention and in the constitutions and declarations of rights of many other countries. This profound social and political commitment to human equality is grounded on, and an expression of, the belief that all persons innately have dignity and are worthy of respect without regard to their perceived value based on some instrumental scale of usefulness or merit. We treat people as worthy of equal respect because of their status as human beings and without regard to their looks, gender, race, creed, or any other incidental trait—because, in the words of the Declaration of Independence, we hold it as “self-evident” that “all men [and women] are created equal” and enjoy “certain unalienable Rights,” and “that among these are Life”*”.

¹¹³ Cfr., *ivi*, 163: “*There I suggested that it is a basic feature of our world that we do not live like the proverbial Man in the Pit without any meaningful choices for crafting our lives. Instead, we live in a world with many and varied options for living good and upright lives*”.

¹¹⁴ Cfr., *ivi*, 163: “*we simply cannot avoid making worthwhile, meaningful, and good choices about how to live without also unintentionally doing harm to other valuable ends or goods*”.

¹¹⁵ Stando alle speculazioni politiche, non avendolo lui stesso dichiarato esplicitamente, è complicato capire di quale specie di cristianesimo tra le diverse varianti presenti sul suolo nordamericano; cfr. D. BURKE, *What is Neil Gorsuch's religion? It's complicated*, in *CNNPolitics*, 22 marzo 2017, consultabile qui: <http://www.cnn.com/2017/03/18/politics/neil-gorsuch-religion/>.

giudice del decimo circuito, il controllo della volontà umana, il libero arbitrio. A cui sostanzialmente Gorsuch rimanda per dipanare la matassa, dopo aver avvertito che dal suo punto di vista la scelta alla base dell'eutanasia implica una volontà di uccidere.

6. Conclusioni

Alla fine della disamina si può osservare come Gorsuch sia non solo originalista in senso stretto (cioè interprete delle fonti così come poste al momento della loro adozione), ma anche in senso ampio, secondo l'equazione ricordata all'inizio di questa breve analisi del suo pensiero, cioè conservatore, custode di valori che lui assume essere immanenti al proprio ordinamento. Questo, ovviamente, emerge ancora di più innanzi ad un tema (la vita, il fine-vita e l'oltre-vita) di per sé al confine con altri ambiti del pensiero umano, quali l'etica, la morale, la filosofia e la teologia.

La nomina di Gorsuch è rilevante perché, come visto, ha dato l'occasione di riscrivere i rapporti istituzionali tra presidente e partiti, presidente e Senato e tra maggioranza e minoranza nel Senato, alla luce di un concetto delle procedure parlamentari e delle cariche istituzionali sempre più politicizzato¹¹⁶. Riprendendo Schugerman, al netto delle varie opinioni positive o negative sulle evoluzioni del costituzionalismo statunitense, è da rimarcare l'incapacità di compromesso che inevitabilmente logora le istituzioni in punto di legittimazione. Legittimazione che è l'unico combustibile rinnovabile per le istituzioni ma che risente, anche nella patria del costituzionalismo contemporaneo, delle difficoltà della democrazia rappresentativa. Come forse si apprende dalla storia costituzionale del XX secolo, potrebbe essere necessario recuperare il concetto di mediazione a quello di decisione, valorizzando il compromesso tra le parti a scapito di una continua delegittimazione che in Europa, oggi, ha portato al progressivo affermarsi di forze anti-sistema.

Per quanto attiene al pensiero del nuovo *Justice*, il suo profilo è in linea con l'orientamento generale della nuova amministrazione rispetto ai valori di fondo ed alla impostazione pragmatico-conservatrice. Tuttavia, a discapito di quanto affermato dal *mainstream* mediatico, piuttosto distante dal suo predecessore¹¹⁷.

Il profilo di Scalia, la sua storia, emerge con la sua penna: quella che abbiamo definito "penna acida" con cui siglava molte delle sue famose arguzie, deriva certamente da un vissuto conquistato, dall'appartenenza ad una minoranza (gli italo-americani sono

¹¹⁶ Tendenza che può anche essere osservata in Italia, in casi in cui sono coinvolti temi, valori o principi costituzionali di primo piano, che il dibattito politico e parlamentare fatica ad ordinare nelle tradizionali forme e regole del procedimento parlamentare. Cfr. L. CIAURRO, *Dal unione civili e criticità procedurali: 69 commi da raccontare*, in *Rassegna parlamentare*, 2016, 1, 103-126: l'Autore (pp. 103-104) osserva come, in modo crescente, le disposizioni e le procedure parlamentari "diventano frequentemente e disinvoltamente del tutto ondivaghe".

¹¹⁷ Vale la pena soffermarsi su qualche punto biografico. Antonin Scalia è nato nel New Jersey, da madre statunitense di origine italiana e padre di Sommatino, in provincia di Catania; ha frequentato la Xavier High School, istruzione gesuitica; Georgetown University (ancora gesuitica) e poi la School of Law ad Harvard.

Neil Gorsuch è nato a Denver, in Colorado, sua madre era deputato nel Parlamento del Colorado e prima donna dirigente della *United States Environmental Protection Agency*, nominata dal presidente Reagan; frequenta elementari e medie alla scuola cattolica Christ the King, poi la "Prep-School", cioè la scuola superiore che di solito precede l'ammissione ad una grande università, in questo caso la Georgetown Preparatory School, gesuitica; poi Columbia (con confraternita) ed infine la School of Law ad Harvard, oltre al successivo "doctor of philosophy" ad Oxford.

notoriamente discriminati negli Stati Uniti fino almeno al tardo '900), e da una salda educazione religiosa che deriva da un forte retaggio etnico-familiare.

Il secondo ha tutti i caratteri del bianco agiato (c.d. *white anglo-saxon protestant*, la categoria che indica tradizionalmente l'etnia discendente dai coloni inglesi, in una accezione elitaria) i cui ideali sembrano radicati più che in una forte esperienza da *selfmade man*, in un recinto ideologico costruito dalla famiglia di appartenenza. Così il suo volersi riferire a Scalia, come si è avuto modo di mostrare nei paragrafi precedenti, sembra una scelta voluta, più che una reale affinità valoriale (che emerge anche nel differente uso del sarcasmo, come osservato nel caso *TransAm*). Questo si nota anche da una diversa applicazione del testualismo.

Testualismo che lo stesso Scalia "canonizza", anche rispetto alle possibili eresie a lui note. Egli ritiene un buon testualista chi riesce a prendere sempre in considerazione il contesto normativo e gli scopi sociali per i quali la legge è stata emanata, ed anche capire che "nuovi tempi richiedono nuove leggi". Il suo canone risiede, inoltre, semplicemente nella convinzione che non sono i giudici ad avere il potere di scrivere quelle nuove leggi, ma devono sempre essere interpretate quelle che il legislatore pone; ed in questo processo si deve partire dal testo e calarlo nel contesto. Un richiamo, perciò, ad un'ermeneutica rispettosa del processo politico-democratico e della funzione classica del giudice. Per Scalia il rischio, altrimenti, è di essere troppo "ottusi" o "retrogradi" nel relazionarsi con il testo¹¹⁸.

Gorsuch, d'altra parte, sembra tentato da un'applicazione poco ortodossa del canone. Quasi un manierista, tende ad evitare di considerare il contesto fattuale e normativo delle disposizioni che è chiamato ad interpretare. Così arrivando ad esiti poco elastici, giustificati solo da una "stretta" interpretazione del testo (si pensi ai casi illustrati *TransAm* e *Carloss*, ad esempio). Un formalismo che riduce la dinamica del diritto alla mera interpretazione letterale. Questa rigidità separa Gorsuch da Scalia così come una sorta di ortodossia formalista è distante dalla lettura storica delle Scritture per i cattolici. Ed in fondo, i due *Justice* provengono da antitetiche tradizioni culturali e religiose.

Non resta, tuttavia, che attendere le prime decisioni del nuovo *Justice*, attese su questioni importanti come il rapporto tra Stato e religione (il caso attiene ad una scuola della Trinity Lutheran Church e alla sua possibilità a partecipare ai sussidi federali), le rivendicazioni egalarie in materia di identità sessuale (il caso di un rifiuto da parte di un laboratorio dolciario privato di servire al matrimonio di una coppia omosessuale), il diritto al voto e la discriminazione razziale (una controversia nel North Carolina sulla costituzionalità di alcune restrizioni per gli afroamericani) ed infine la costituzionalità dell'ordine esecutivo di Trump che impedisce il viaggio negli USA per i cittadini provenienti da alcuni Stati del Medio Oriente. Tutte questioni spinose, in cui sarà possibile osservare l'ermeneutica e l'ideologia (conservatrice) di Gorsuch e verificarne l'indipendenza rispetto al presidente come *Justice of the Supreme Court of the United States*.

¹¹⁸ Cfr. A. SCALIA, *A matter of interpretation*, cit., 23: "To be a textualist in good standing, one need not be too dull to perceive the broader social purposes that a statute is designed, or could be designed, to serve; or too hidebound to realize that new times require new laws. One need only hold the belief that judges have no authority to pursue those broader purposes or write those new laws".

[Diritto alla privacy, data protection e Costituzioni mute: la Corte Suprema indiana riconosce finalmente il diritto alla vita privata come inalienabile. *](#)

di Laura Pelucchini**

“**T**he makers of our Constitution undertook to secure conditions favorable to the pursuit of happiness. They recognized the significance of man's spiritual nature, of his feelings, and of his intellect. They knew that only a part of the pain, pleasure and satisfactions of life are to be found in material things. They sought to protect Americans in their beliefs, their thoughts, their emotions and their sensations. They conferred, as against the Government, the right to be let alone, the most comprehensive of rights, and the right most valued by civilized men”¹.

Con queste parole il giudice Brandeis, nel lontano 1928, forniva quella che viene ritenuta la prima definizione giuridica di diritto alla *privacy*, racchiusa nella locuzione “right to be let alone”. In tal modo, il Justice statunitense sosteneva l’esistenza di un diritto inalienabile e costituzionalmente protetto del cittadino, al riparo dalle ingerenze statali, volto alla realizzazione della propria personalità e al perseguimento di quella felicità sancita nella Dichiarazione di Indipendenza del 1776.

Quasi un secolo dopo, il 24 agosto 2017, la Suprema Corte indiana ha per la prima volta riconosciuto la portata costituzionale del diritto alla *privacy*, rendendo così una pronuncia storica.

La vicenda trae origine dal ricorso presentato per contestare la legittimità del cosiddetto sistema “Aadhaar” istituito in India nel gennaio 2009. Si tratta sostanzialmente di un sistema di identificazione cui sono sottoposti alcuni cittadini indiani: a ciascun residente viene associato un numero di dodici cifre (UID) basato sulle caratteristiche biometriche e demografiche del soggetto; ogni codice è pertanto unico e riferibile ad un solo specifico individuo utilizzando informazioni personali quali le impronte digitali e la scansione dell’iride. I dati in questione vengono raccolti, trattati e conservati da un’authority appositamente costituita (l’Unique Identification Authority of India (UIDAI)) direttamente rispondente al Ministero dell’Elettronica e delle Tecnologie dell’Informazione.

Nato originariamente per combattere il diffuso fenomeno delle frodi e appropriazioni di denaro nei passaggi intermedi del processo di erogazione di sussidi

* Contributo sottoposto a *double blind peer review*

** Dottoranda in Diritto pubblico, comparato e interazionale – “Sapienza Università di Roma”

¹ Corte suprema degli Stati Uniti d’America del 4 giugno 1928, causa *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438.

statali - soprattutto in campo energetico e agricolo – versando direttamente il denaro proveniente dal Governo centrale ai privati cittadini, questo sistema di registrazione ha ben presto finito per essere impiegato anche in altri settori e con scopi diversi, dal più agile rilascio di passaporti e SIM card al censimento elettorale.

Cominciarono in tal modo a porsi interrogativi riguardo alla legittimità di un sistema così potenzialmente intrusivo, considerato che all'UID sono collegate informazioni riservate e dati sensibili, quali transazioni bancarie e cartelle cliniche.

Per tale ragione, già nel 2012, il giudice K.S. Puttaswamy faceva ricorso alla Suprema Corte contestando l'incostituzionalità dell'Aadhaar per violazione del diritto alla libertà personale e alla vita privata. Il Procuratore generale – in difesa dello Stato – non solo assicurava che i dati erano utilizzati dal Governo solamente per le finalità assistenziali originariamente previste ma altresì insisteva sull'importanza del sistema per il funzionamento del *welfare* indiano e contestava l'esistenza stessa del diritto alla *privacy* nella Costituzione indiana, sulla scia della dottrina prevalente.

All'epoca, i due precedenti che venivano richiamati con vigore dal difensore non erano stati difatti né superati né revocati, nonostante fossero risalenti nel tempo e oramai criticati dalla giurisprudenza più recente, a partire dalla sentenza della Corte Suprema indiana del 18 marzo 1975, causa *Gobind v. State of M.P. & Another*, 2 SCC 148² relativa all'inviolabilità del domicilio.

Il problema principale sembrava però risiedere nella composizione delle Corti giudicanti: le sentenze della Corte Suprema Indiana del 15 marzo 1954, causa *M.P. Sharma & Others v. Satish Chandra & Others*, AIR 1954 SC 300 e del 18 dicembre 1962, causa *Kharak Singh v. State of U.P. & Others*, AIR 1963 SC 1295³ erano state infatti decise da corti di rispettivamente otto e sei giudici mentre le pronunce che successivamente si erano espresse a favore del riconoscimento del diritto alla *privacy* erano formate da due o tre giudici. Del pari la Corte incaricata di decidere la controversia del 2012 era composta da soli tre giudicanti.

Sottolineando pertanto l'importanza della questione e gli effetti pregiudizievoli che una lettura meramente letterale dell'art. 21 della Costituzione⁴ relativo al diritto alla libertà personale avrebbe comportato, i giudici si rimettevano all'opinione prevalente impiegando la tecnica del bilanciamento costituzionale. Con ordinanza dell'agosto

² Corte Supr. Ind., sent. 18-03-1975, causa 2-148/1975, in cui per la prima volta veniva fatto almeno un generico riferimento al diritto alla *privacy*.

³ Corte Supr. Ind., sent. 15-03-1954, causa 300/1954 e Corte Supr. Ind., sent. 18-12-1962, causa 1295/1963.

⁴ Art. 21 Costituzione indiana "No person shall be deprived of his life or personal liberty except according to procedure established by law".

2015⁵, la Corte – in attesa di un giudizio futuro reso in materia da una Corte superiore - si limitava ad imporre al Governo indiano di pubblicizzare ampiamente la non obbligatorietà per tutti i cittadini di richiedere la Aadhaar card, non essendo la stessa necessaria ad accedere a molti servizi e benefici; vietava inoltre l'uso della card per usi diversi da quelli della distribuzione di granaglie e cereali alimentari, cherosene e combustibili; stabiliva infine che le informazioni collegate all'UID potevano essere messe a disposizione dei soli organi giurisdizionali in caso di avviamento di procedimenti penali.

Dunque, almeno in un primo momento, la questione del riconoscimento del diritto alla vita privata e personale come diritto fondamentale non veniva trattata; solo successivamente veniva rimessa ad una nuova Corte composta da nove giudici, così che la loro decisione potesse essere dirimente. Si giunse in tal modo alla tanto attesa *landmark decision* del 24 agosto scorso.

La sentenza della Corte Suprema indiana⁶ – resa all'unanimità – si presenta come un vero trattato sul diritto alla *privacy* di ben 547 pagine. In esse i giudici ripercorrono la giurisprudenza nazionale più significativa in materia di libertà e diritto all'inviolabilità della vita personale, passando poi in rassegna, in un'ottica comparativista, le esperienze di Paesi quali la Gran Bretagna, gli Stati Uniti, il Canada, il Sud Africa, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e per finire la Corte Inter-Americana dei Diritti dell'Uomo. Non mancano inoltre parti dedicate all'origine del concetto di *privacy*, all'esposizione delle varie dottrine in materia - e relative critiche - nonché riferimenti alla letteratura e alla filosofia più noti, da Amartya Sen a John Stuart Mill.

Il punto focale della questione ruota intorno alla mancanza di una previsione espressa del diritto alla *privacy* nella Costituzione indiana; argomento cardine fino ad ora utilizzato dai difensori dello Stato e condiviso dalle stesse Corti per negare l'esistenza di un tale diritto nell'ordinamento indiano, impedendone dunque il riconoscimento.

Come emerge dalle parole del Giudice Chelameswar nella propria *opinion*, il compito a cui erano chiamati i giudici di New Delhi era quello di scrutinare se il diritto alla *privacy* fosse implicitamente racchiuso all'interno di uno dei diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione.

⁵ Ordinanza della Corte Suprema indiana dell'11 agosto 2015, causa Justice K.S. Puttaswamy (Retd.) & Another v. Union of India & Others, 494/2012.

⁶ Corte Supr. Ind., sent. 24-08-2017, causa 494/2012.

Ebbene, per poter procedere in tal senso, era innanzitutto necessario chiarire la natura di tale diritto. Richiamando il pensiero di Bostwick⁷, la Corte Suprema indiana ha fatto propria la definizione di *privacy* basata su: “*repose*”, inteso come libertà di non essere soggetto a stimoli arbitrari; “*sanctuary*”, inteso quale spazio di protezione da comportamenti intrusivi; e infine “*intimate decision*” intesa quale piena autonomia nel prendere le decisioni di vita più personali ed intime. In buona sostanza dunque il diritto alla *privacy* postula la preservazione di uno spazio privato ed invalicabile per l’individuo, sulla sia di quel “right to be let alone” articolato dal Giudice Brandeis.

Il concetto è pertanto strettamente collegato all’autonomia privata dell’individuo, il quale deve essere messo in condizione di poter operare libero da condizionamenti esterni nella realizzazione della propria singolarità. Si tratta quindi di operare quelle scelte fondamentali che riguardano intimamente l’essere umano e di manifestare liberamente la propria personalità, nella ricerca della propria affermazione. Infatti nella sentenza si legge “*Privacy is a concomitant of the right of the individual to exercise control over his or her personality. It finds an origin in the notion that there are certain rights which are natural to or inherent in a human being. Natural rights are inalienable because they are inseparable from the human personality*”⁸.

Lo stesso preambolo della Costituzione indiana fornisce peraltro un catalogo di diritti fondamentali e inalienabili che concorrono alla ricerca della felicità umana. Il rispetto di tali diritti individuali non solo permette la realizzazione del singolo individuo ma rappresenta la base della costruzione di una collettività democratica duratura e solida. Il catalogo richiama altresì apertamente il valore della dignità umana, posto che nel condurre dignitosamente la propria esistenza risiede l’autentica libertà.

La Suprema Corte indiana nota allora giustamente come il diritto alla *privacy* sia un vero e proprio postulato del concetto di dignità umana⁹, in ragione della sua portata generale che ben si presta a molteplici potenzialità di sviluppo¹⁰.

Anche la Corte Costituzionale italiana non ha mancato di operare tale collegamento, riconducendo l’invulnerabilità della dignità umana al diritto fondamentale di “*non essere sottoposti ad interferenze arbitrarie nella vita privata*” (*ex multis*, Corte Costituzionale, sent. n. 445/2002)¹¹.

⁷ G. BOSTWICK, A Taxonomy of Privacy: Repose, Sanctuary, and Intimate Decision, in *California Law Review*, 64, 1976, 1447 ss.

⁸ Corte Supr. Ind., sent. 24-08-2017, causa 494/2012, § 40, 34.

⁹ Concetto già espresso ad esempio da C. FRIED, Privacy, in F. D. SCHOEMAN, *Philosophical Dimensions of Privacy: An Anthology*, Cambridge, Cambridge University Press, 1984, 205: “Without our privacy, we lose our very integrity as persons”.

¹⁰ P. RIDOLA, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, Giappichelli, 2010, 81.

¹¹ In merito, S. RODOTÀ, *Privacy, dignità, libertà*, Discorso conclusivo pronunciato in occasione della 26esima “Conferenza internazionale sulla privacy e la protezione dei dati personali”, 14,15,16 settembre 2004, Wraclaw, Polonia:

Non di rado, inoltre, la giurisprudenza ha fatto ricorso alla nozione di dignità in combinato con quella di libertà per poter garantire la riservatezza e l'autonomia personale. È vero infatti come “oggi dignità, riservatezza, autodeterminazione si presentino nell'argomentazione giudiziale come diritti o principi strettamente connessi fra loro e che essi costituiscano, al tempo stesso, il principale fondamento per il riconoscimento e la tutela di nuovi diritti”¹².

Ebbene, tornando al caso indiano, la dignità umana trova riconoscimento implicito nella Costituzione nel diritto all'eguale trattamento di fronte alla legge (art. 14), nella protezione delle libertà di cui all'art. 19 e infine nel rispetto della vita e della libertà personale, garantito all'art. 21.

È in particolare con la sussunzione della *privacy* nell'art. 21 della Costituzione indiana che si aprono le porte al riconoscimento della costituzionalità e inviolabilità di tale diritto. Secondo i giudici della Suprema Corte la sacralità della *privacy* risiede nel rapporto funzionale con la dignità umana, la quale non di rado assume le vesti di un meccanismo di “rafforzamento del campo di applicazione dei diritti”¹³. Il rispetto di uno spazio privato e protetto da intrusioni esterne assicura infatti l'autonomia delle scelte individuali volte ad un'esistenza dignitosa. Di fondo, quindi, il diritto alla *privacy* risulta essere posto sotto l'ala protettrice del più ampio diritto - costituzionalmente garantito - alla vita e alla libertà personale, facendone intrinsecamente parte al di fuori delle riduttive interpretazioni dell'art. 21. Senza la garanzia della *privacy*, dunque, l'esercizio dei diritti fondamentali verrebbe svuotato di senso e di sostanza.

Continua infatti la Corte che nessun diritto fondamentale può essere interpretato e declinato in modo disgiunto dagli altri, essendo tutti riconducibili allo sviluppo e realizzazione della persona umana. È proprio grazie a tale lettura sistemica che si giunge al progressivo riconoscimento di nuovi diritti costituzionali. E fra questi vi è quello alla *privacy*, poiché connaturale alla protezione del diritto inalienabile alla vita e alla libertà personale, garantito dagli articoli della Parte III della Costituzione.

A parere della Corte, dunque, ritenere che la *privacy* sia una mera costruzione giuridica di common law è riduttivo e semplicistico, trattandosi invece di una componente intrinseca della vita stessa. La Corte Suprema è sì è quindi detta per la prima volta concorde sulla portata costituzionale del diritto fondamentale e

“Questi due termini, intimità e rispetto, consentono di avvicinarsi al tema della dignità cogliendone le complesse sfaccettature. L'intimità ci parla di qualcosa di inviolabile e di inalienabile. Il rispetto ci parla del rapporto di ciascuno con tutti gli altri. La dignità congiunge questi due dati, uno individuale ed uno sociale, e contribuisce a definire la posizione di ciascuno nella società. Sulla *privacy* si veda dello stesso autore **La privacy tra individuo e collettività, Bologna, Il Mulino, 1974; Intervista su privacy e libertà, (a cura di P. Conti), Roma-Bari, Laterza, 2005.**

¹² A. SPERTI, Una riflessione sulle ragioni del recente successo della dignità nell'argomentazione giudiziale, in *Costituzionalismo.it*, Fascicolo 1, 2013.

¹³ F. POLITI, *Libertà costituzionali e diritti fondamentali. Casi e materiali. Un itinerario giurisprudenziale*, Torino, Giappichelli, 2016, 14.

inalienabile alla *privacy*, ricompreso nell'art. 21 della Costituzione sulla inviolabilità della vita e libertà personale.

L'*iter* interpretativo seguito dalla Corte indiana si differenzia pertanto da precedenti noti quali quello statunitense e canadese, che pur non avendo dei riferimenti espliciti alla *privacy* nei propri testi costituzionali hanno ricavato tale diritto dal principio dell'invioabilità della proprietà privata.

Tale scuola di pensiero era stata di fatto inaugurata dalla giurisprudenza britannica dei primi del 1600 con il famoso caso “Peter Semayne v Richard Gresham” ove Sir Edward Coke si espresse in questi termini: “*That the house of every one is to him as his castle and fortress, as well for his defence against injury and violence, as for his repose*”¹⁴.

La Corte Suprema statunitense ha parimenti ricondotto il diritto alla *privacy* a quanto previsto nel Quarto Emendamento, il quale sancisce il diritto a non essere sottoposti a perquisizioni e sequestri irragionevoli, applicabile a persone, abitazioni, effetti e documenti personali. Ebbene, a partire dalla celebre sentenza del 1886 “Boyd v United States”, 116 U.S. 616, a tale garanzia è stato collegato un sempre più ampio e generico diritto alla *privacy*, inteso quale diritto contro le invasioni ingiustificate alla sicurezza personale, alla libertà personale nonché alla proprietà privata¹⁵.

Seppure originariamente declinato nella sola accezione materiale del concetto di intrusione nello spazio privato dell'individuo, con il tempo la giurisprudenza statunitense ha adottato un'interpretazione maggiormente comprensiva, come da ultimo dimostrato nella recente sentenza del 14 luglio 2016 “Microsoft Corp. v. United States”¹⁶ relativa alla richiesta di informazioni e dati personali da parte del Governo nei confronti di Internet Service Providers.

Il diritto alla *privacy* è stato altresì ricondotto alle garanzie previste nel Quattordicesimo emendamento, contenente la cosiddetta “*equal protection clause*” che esplicitamente recita: “*No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal*

¹⁴ Corte del Consiglio reale del 1604, causa Peter Semayne v Richard Gresham, 77 ER 194.

¹⁵ L'associazione tra diritto alla *privacy* e dimensione domestica è stata altresì espressa in D.J. SOLOVE, Conceptualizing Privacy, in *California Law Review*, 90, 2002, 1087: “For a long time, the home has been regarded as one’s “castle,” where the individual enjoyed a freedom from government intrusion. As early as 1886, in Boyd v. United States, the Court strictly protected “the sanctity of a man’s home.” The Court’s worship of the home has not wavered, and almost a century later, the Court reiterated its staunch protection of the home: “In none is the zone of privacy more clearly defined than when bounded by the unambiguous physical dimensions of an individual’s home.” This association has existed for a significant time and is embodied in the Third Amendment’s prohibition of the quartering of troops in homes during peacetime, and the Fourth Amendment’s prohibition of unreasonable searches and seizures. As the Court declared: “The Fourth Amendment, and the personal rights which it secures, have a long history. At the very core stands the right of a man to retreat into his own home and there be free from unreasonable governmental intrusion”.

¹⁶ Corte d’Appello degli Stati Uniti per il secondo circuito del 14 luglio 2016, causa Microsoft Corp. v. United States, 829 F.3d 197, 2d Cir. 2016.

protection of the laws”. Anche in questo caso, come nella sentenza Indiana, il riferimento alla vita umana e alla libertà costituisce il canale ermeneutico per il riconoscimento del diritto alla *privacy*.

La sentenza del 24 agosto dedica poi una corposa parte all’illustrazione delle norme internazionali in materia e degli impegni assunti dallo Stato indiano sul fronte della protezione dei diritti umani. In modo particolare, l’art. 51 della Costituzione promuove il rispetto delle obbligazioni assunte con i trattati e degli standard di diritto internazionale. I giudici di New Delhi non mancano allora di sottolineare come l’art. 12 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo riconosca il diritto alla *privacy*¹⁷, come pure la Convenzione Internazionale sui diritti civili e politici del 1976. Pertanto, proprio in base ai suddetti impegni assunti innanzi al Consesso internazionale, la Corte ritiene che sia oramai imprescindibile interpretare le norme della Costituzione in conformità con gli standard internazionali dei diritti umani, in gran parte coincidenti con i principi costituzionali stessi.

Giunti a conclusione della lettura della sentenza, si può notare come la Corte decida di eludere l’argomento della legittimità dell’Aadhaar, chiarendo specificatamente che il compito assegnatole era unicamente quello di chiarire se il diritto alla *privacy* è tutelato dalla Costituzione.

Ad ogni modo, i giudici colgono l’occasione per anticipare che - in presenza di giustificate ragioni per la raccolta e conservazione delle informazioni personali, volte alla distribuzione equa ed efficiente delle risorse assistenziali – alcuna violazione sarà verosimilmente imputabile allo Stato, pienamente legittimato allora a continuare ad operare in tal senso. Pertanto operando nel solo interesse legittimo dello Governo, il programma di utilizzo dei dati sensibili sarà presumibilmente ritenuto legale.

Al di là dei dubbi sulla legittimità dell’Aadhaar, quanto stabilito nella sentenza del 24 agosto scorso si presta ad applicazioni nei campi più vari, potendo avere un impatto rivoluzionario su alcune tematiche chiave quali l’aborto, la procreazione assistita, i diritti di genere e l’orientamento sessuale.

La stessa Corte Europea dei Diritti dell’Uomo ha costruito ampia giurisprudenza sull’orientamento sessuale e sui diritti di genere in base all’art.8 della Carta Europea dei Diritti dell’Uomo¹⁸ relativo al diritto alla *privacy*. Per citare alcuni esempi, “Oliari

¹⁷ Art.12 DUDU “Nessun individuo potrà essere sottoposto ad interferenze arbitrarie nella sua vita privata, nella sua famiglia, nella sua casa, nella sua corrispondenza, né a lesioni del suo onore e della sua reputazione. Ogni individuo ha diritto ad essere tutelato dalla legge contro tali interferenze o lesioni”.

¹⁸ Art. 8 CEDU “Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza”.

and Others v. Italy” del luglio 2015 in materia di unioni civili; “E.B. v. France” del 2008 sulle adozioni monoparentali e “Charron and Merle-Montet v. France” del 2017, ancora pendente innanzi alla Corte, trattante la procreazione assistita¹⁹.

Del pari, la nota sentenza della Suprema Corte statunitense del 26 giugno 2015 “Obergefell v Hodges”, 576, ha riconosciuto il diritto costituzionalmente garantito di contrarre matrimonio anche per le coppie omosessuali richiamando il succitato Quattordicesimo emendamento²⁰.

I giudici indiani hanno – al contrario - negato a più riprese l’incostituzionalità e l’illegittimità del mancato riconoscimento dei diritti LGBT nell’ordinamento domestico. Le motivazioni addotte poggiavano sul numero esiguo degli appartenenti alla categoria, che andavano dunque a costituire una minoranza del Paese.

Orbene, da quanto sembra trasparire dalle parole più recenti della Corte, la stessa appare ora dimostrarsi a favore di un’apertura verso tali diritti, proprio sulla base del neo-legittimato diritto alla *privacy*, ragionando in un’ottica antimaggioritaria e antieconomica.

Nella sentenza del 24 agosto, l’orientamento sessuale viene esplicitamente riconosciuto dai giudici di New Delhi quale attributo fondamentale della vita privata e ogni discriminazione in base ad esso non può che rappresentare una lesione alla dignità umana e all’uguaglianza.

La Corte Suprema indiana non ha nemmeno mancato di rilevare come un’applicazione sempre più estensiva del diritto alla *privacy* sia connaturale all’essenza stessa di tale diritto, che guarda oggi non più esclusivamente alla preservazione della proprietà – corpo fisico incluso - bensì alla sfera intima e personale di ogni uomo, quale luogo di realizzazione sociale.

Eppure questo spazio protetto sembra oggi sempre più “sotto assedio” grazie alle nuove tecnologie che pongono interrogativi sicuramente sconosciuti ai costituenti del 1950. Per tale ragione, i giudici supremi insistono a più riprese - nel testo della prolissa sentenza - sull’importanza di un’interpretazione in linea con i tempi in cui viviamo e orientata ad affrontare le sfide della contemporaneità, assicurando la

¹⁹ In particolare, S.FARRIOR, *Equality and Non-Discrimination under International Law - Volume II*, Abingdon-on-Thames, Routledge, 2015, 307: “In a powerful statement of the entitlement to an autonomous gender identity the ECtHR spoke of ‘the very essence of ECHR being respect for human dignity and human freedom, protection is given to the right of trans-sexuals to personal development and to physical and moral security’”.

²⁰ A riguardo, S. W. POLLVOGT, *Obergefell v. Hodges: Framing Fundamental Rights*, 29 giugno 2015 “While Justice Kennedy posed his analysis in *Obergefell* first as a due process question, followed by an equal protection echo, his fundamental rights inquiry is at heart about equal protection values and cannot be isolated from them. This is because he resolved the question of how to properly frame the right at issue by analyzing whether same-sex couples were similarly situated to opposite-sex couples with respect to those attributes that make marriage fundamental. This is an equal protection concern.”, <https://ssrn.com/abstract=2624725>.

protezione dei diritti, anche di nuova generazione. Si legge: “*We describe the Constitution as a living instrument simply for the reason that while it is a document which enunciates eternal values for Indian society, it possesses the resilience necessary to ensure its continued relevance*”.

In fondo, l'intera vicenda trae proprio origine dalla tematica della protezione e conservazione dei dati personali, mostratasi in tutta la sua problematicità e potenziale pericolosità nel maggio 2017 quando i dati sensibili di milioni di cittadini indiani sono stati resi accessibili online, sollevando dubbi sull'effettivo grado di cyber-sicurezza del sistema Aadhaar.

I giudici della Corte Suprema indiana arrivano pertanto a riconoscere l'importanza del diritto alla *privacy* anche in ambito di data protection. La rapida evoluzione della società digitale e la quotidiana circolazione di informazioni sensibili hanno difatti comportato un ampliamento del concetto di riservatezza “fino a comprendere il diritto alla protezione dei dati personali come diritto fondamentale ed elemento essenziale del rispetto della persona e della sua vita familiare”²¹.

In materia, i giudici indiani citano a modello precedenti giurisprudenziali importanti, tra cui: la *concurring opinion* della Justice Sotomayor, la quale nel caso del 23 gennaio 2012, “United States v Jones”, 565, sosteneva che il monitoraggio tramite GPS potesse addirittura alterare la relazione sussistente tra il privato cittadino e lo Stato in modo fondamentalmente antidemocratico; la decisione della Grande Camera della Corte EDU del 4 dicembre 2008 in “S and Marper v United Kingdom”, 1581, ove – a parere dei giudici europei - il solo fatto di conservare informazioni sensibili e personali andava ad integrare una violazione del diritto alla vita privata di cui all'art. 8 CEDU, salvo poi introdurre il correttivo della necessaria valutazione del contesto, modo e ragione per cui i dati erano stati collezionati²²; per finire poi con la sentenza dell'8 aprile 2014 “Digital Rights Ireland Ltd v Minister”, causa C-293/12, con cui la Corte di Giustizia Europea aveva rintracciato una potenziale lesione al diritto alla *privacy* per le modalità di conservazione di dati internet o telefonici da parte delle compagnie erogatrici dei servizi (per un periodo compreso tra i 6 e i 24 mesi) prescritte dalla Direttiva sulla Data Protection n.24/2006²³.

²¹ F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, Torino, Giappichelli, 2016, 7 ss.

²² In proposito, R. GELLERT e S. GUTWIRTH, The legal construction of privacy and data protection, in *Computer law and security review*, 5, 29, 2013, 522 ss.: “The fundamental right to personal data protection is bound to overlap with other rights because instead of granting a substantial freedom (such as the secrecy of correspondence, freedom of speech, freedom of religion, etc.) it is limited to determine the extent to which an infringement on our (undetermined) liberty can go (in this case, the practice consisting in processing personal data). This contrasts starkly with other rights that both grant a substantial freedom and provide for the means to determine the limits of such freedom.”

²³ In particolare, F. FABBRINI, Human Rights in the Digital Age: The European Court of Justice Ruling in the Data Retention Case and Its Lessons for Privacy and Surveillance in the United States, in *Harvard Human Rights Journal*, 28, 2015, 65 ss.: “As the ECJ made crystal clear, the existence of a regime in which every digital interaction, of every citizen, is stored for future intelligence and law enforcement purposes is liable to chill human relations and profoundly affect the sphere of private and family life of every individual. With language which reminds of US Supreme Court Justice Sotomayor concurring opinion in United States v. Jones, the ECJ ruled that “[t]hose data, taken as a whole,

Pur riconoscendo l'importanza della lotta al terrorismo e alla criminalità nonché l'interesse alla pubblica sicurezza, la Corte ha ritenuto che le misure ivi previste non fossero proporzionali al sacrificio richiesto in termini di diritti, causando un'ingiustificata interferenza al diritto fondamentale alla *privacy* ai sensi dell'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea²⁴.

Con la sentenza del 24 agosto 2017, la Corte Suprema indiana pare pertanto aver accettato le sfide costituzionali poste dall'era digitale, ove l'informazione tecnologica governa praticamente ogni aspetto della vita quotidiana e l'interpretazione meramente letterale delle norme costituzionali non trova più spazio. In un mondo sempre più (inter)connesso, assicurare una concreta protezione costituzionale alla libertà personale appare pertanto sempre più imprescindibile, dovendo garantire che i diritti fondamentali non vengano violati nello spazio libero digitale.

In virtù di quel patto sociale che ancora vige tra cittadini e Stato sovrano, e nonostante la destrutturazione della società ad opera della tecnologia, la prima difesa fondamentale continua ad ogni modo ad essere quella richiesta avverso intrusioni ingiustificate operate da parte dello Stato nello spazio privato dell'individuo, seppur non più inteso come perimetro delle mura domestiche ma bensì come preservazione dei propri dati e informazioni sensibili. Per usare le parole del Giudice Khanna, dunque: *“Constitutional democracy can survive when citizens have an undiluted assurance that the rule of law will protect their rights and liberties against any invasion by the state and that judicial remedies would be available to ask searching questions and expect answers when a citizen has been deprived of these, most precious rights.”*

Volgendo lo sguardo all'Italia, la problematica della tutela della riservatezza pare altresì riproporsi in relazione alle rinnovate esigenze di sicurezza.

La Corte di Cassazione penale nel 2016 si è ad esempio pronunciata²⁵ a favore dell'utilizzo di captatoti informatici al fine di captare e registrare conversazioni in caso di attività che possano ricondursi al terrorismo internazionale. In tal modo, però, diritti e libertà costituzionalmente riconosciuti, come quello alla *privacy*, finiscono per soccombere a interessi ritenuti prevalenti, nella specie l'ordine pubblico e la

may allow very precise conclusions to be drawn concerning the private lives of the persons whose data has been retained, such as the habits of everyday life, permanent or temporary places of residence, daily or other movements, the activities carried out, the social relationships of those persons and the social environments frequented by them.” From this point of view, therefore, the ECJ showed awareness for the pervasive effect of a meta-data collection program, and rejected the view that individuals lose their claim to privacy protection whenever they exchange information with telecommunication providers.”

²⁴ Art. 52 European Charter of Fundamental Rights: “Any limitation on the exercise of the rights and freedoms recognised by this Charter must be provided for by law and respect the essence of those rights and freedoms. Subject to the principle of proportionality, limitations may be made only if they are necessary and genuinely meet objectives of general interest recognised by the Union or the need to protect the rights and freedoms of others.”

²⁵ Sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione penale del 1 luglio 2016, n. 26889.

prevenzione svolta dalle pubbliche autorità²⁶. Non può però sottacersi come alla base sia del diritto alla riservatezza che di quello alla sicurezza vi sia lo stesso soggetto, cioè l'individuo umano²⁷, la cui dignità non può essere sacrificata.

²⁶ M. RUBECHI, Sicurezza, tutela dei diritti fondamentali nuove esigenze, vecchie questioni (a un anno dagli attacchi di Parigi), in *Federalismi.it*, 23/2016, 17.

²⁷ A. RUGGERI, Dignità dell'uomo, diritto alla riservatezza, strumenti di tutela, in *Consulta Online*, Fasc. III, 2016, 373 ss. Sul tema del diritto alla riservatezza e diritti fondamentali si veda altresì G.M. SALERNO, La protezione della riservatezza e l'inviolabilità della corrispondenza, in R. NANIA – P. RIDOLA (a cura di), *I diritti fondamentali*, vol. II, Torino, Giappichelli, 2006, 619 ss.

Influencing the public opinion or giving effective answers to the crisis? The EU perspective and the Italian way*

di Roberta Calvano¹

Summary: 1. European, member states constitutional systems and different reactions to the crisis. – 2. Italian and European integration constitutional developments and the representation versus representativity problem. – 3. The Italian answer to the crisis: “reforms” by urgent decrees. - 4. Public discourse, populism and decision making in public spending and Welfare State reform bills. – 5. Judicial review of legislation and the crisis: limitation of financial effects of the rulings by the Constitutional Court. – 6. Some short conclusive remarks.

1. EU, member States constitutional systems and different reactions to the crisis.

A recent statement by the head of the eurozone’s finance ministers concerning crisis-hit European countries, saying they had wasted their money on “drinks and women”, and the ensuing refusal to apologize² seems apt to bring new life (and folklore) to a weary debate on EU financial stability standards, anticrisis measures ineffectiveness and the future of European integration.

In the last few years a huge debate has developed in the social sciences over the impact of the international financial crisis on the European Union and the cohesion among members States. This debate was part of a wider discussion over the neoliberal theory dominance in the western political and economic arena, and especially in the European integration process³. The legal profile of this debate concerns mainly the impact of the crisis on EU

* Contributo sottoposto a *double blind peer review*

¹ Full Professor of Constitutional Law, Unitelma Sapienza University, Rome, roberta.calvano at unitelma.it. Lo scritto è frutto della rielaborazione ed aggiornamento di una relazione tenuta al workshop interdisciplinare organizzato presso l’Università degli studi di Macerata nell’ambito del progetto “IPC – Perceptions of (in)security and forms of legal protection in times of crisis”, Letture della crisi, dicembre 2015.

² Claiming that “if you want to maintain public and political support throughout the EU for solidarity you must always also talk about what commitments and what efforts must be made by everyone to maintain that solidarity.”, as reported in the Financial Times, march 21, 2017, “*Dijsselbloem under fire after saying eurozone countries wasted money on ‘alcohol and women’*”, by M. Khan and P. McClean.

³ The issues at stake are notorious: they could be summarized efficaciously with the words of S. FABBRINI, *The euro crisis and the constitutional disorder of the European Union*, Paper presented at the 21st International Conference of the Council for European Studies, Panel on “*The Political and Economic Dynamics of the Eurozone Crisis*”, Washington D.C., 15 March 2014, regarding “...an economic compromise based on the necessity to conciliate contrasting economic principles, as the centralization of monetary policy in the ECB and the decentralization of economic, fiscal and budgetary policies in the member states of the euro-area. It was this latter compromise to reflect the economic constitution’s theory of German *ordo-liberalism*. In fact, the compromise consisted, on one side, in recognizing national discretion in economic, fiscal and budgetary policies and, on the other side, in delimiting national discretion through a pre-established legal framework ordering the management of those discrete policies. The Lisbon Treaty is the outcome of these multiple constitutional compromises. It has formalized a dual constitutional regime, expression of two different political views of the Union; it has accommodated a separation of interests between EMU countries and the economic and monetary regimes of other EU member states; it has combined centralization and voluntarism within EMU”, p. 2.

institutional framework and on member States constitutional systems, together with the peculiar aspects of anti-crisis measures adopted, on both levels, as a reaction⁴. The aim of this paper is to offer a small contribution to this debate from the Italian constitutional law point of view, by looking at it in the perspective of a representativity versus representation dichotomy.

One of the main questions I would like to address concerns the impact of EU decisions concerning the crisis on the functioning of the Italian frame of Government. In approaching to this issue I will try to focus on the correspondence between what is being communicated to the public and the type and contents of measures approved by the Italian Government.

Constitutional law scholars have been studying for decades the difficulties and fragmentation of the Italian constitutional and political system, widely considered way too inefficient and unstable if compared to other western democracies⁵. This structural weakness of the Italian political system, as could be quite easily predicted, has made Italy a sitting target for international financial speculation. This element has been influencing since 2011 its democratic process, which is being compelled by the constant threat of an infringement procedure due to excessive public debt. This aspect could not but deepen the gap existing among Italy (not to talk of Greece and Portugal) and other larger and richer EU member States, developing since 2009 a strong international pressure on the Italian Government about the level of public debt and the urgent need of “reforms”. At the end of 2011, as it is well known, this pressure openly brought to the resignation of the Italian Prime Minister and its Government and to the birth of a new Government guided by a former EU commissioner.

Since then, political developments not only in Italy, but also in Greece, Portugal and Spain, and lately in other EU Member States, seem to show the international financial crisis role in a thorough regression concerning not only the functioning of the constitutional frameworks in European democracies, but the effectiveness of fundamental principles of the EU Treaty as well.

Several interesting EU law issues have been raised concerning the EU reaction to the crisis, the EU institutional actors involved, and the derogation to some important rules of the Treaty. From the internal point of view, the respect of some fundamental rules of the Italian Constitution of 1948 was put at stake.

Unexpectedly, other important members of the Union (that could be considered above suspicion up to recent years) are being affected by a similar process, as shown by elections in Austria, the British referendum on the EU membership (Brexit) and the rise of

⁴ Among others, see E. CHITI and P. G. TEIXEIRA, *The Constitutional implications of the European responses to the financial and public debt crisis*, in *CMLR* 2013, 50, 683

⁵ M. COTTA, *Italy: a fragmented Government*, in *“Cabinets in western Europe”*, ed. By J. Blondell and F. Muller-Rommel, Palgrave Mc Millan, UK, 1997, 136ss.

Euroscepticism throughout Europe. Communication about all these processes rarely represents to the public opinion precisely what is actually happening in the public sphere and how the EU decisions concerning the crisis are affecting the decision making procedures. The sensation of something going wrong in the EU integration process anyway gets to the public opinion.

1. *Italian and European integration constitutional developments and the representation versus representativity problem.*

Most scholars and observers converge on the idea that Government stability is a serious problem about the functioning of the Italian frame of Government since the birth of the Republic. Nevertheless, many seem to forget the fact that throughout the first fifty years of the Republic, the Parliamentary majority and the Government have been firmly held by one party - Christian democrats – and the following period has seen the predominance of a single party led by the notorious tycoon, Silvio Berlusconi. Thus, the frequent changes of Government seem to depend mainly on the nature and character of Italian parties, their internal conflicts and the dialectic among different factions. This issue however hardly appears in the discussion on Governmental stability, which often shifts to finding the perfect solution, a sort of *panacea*, in a comprehensive Constitutional amendment procedure.

The “Big Constitutional Reform” has then become some kind of utopia, being discussed and searched for over the last three decades, while the highly fragmented political system and the loss of political parties legitimacy after the huge *tangentopoli* bribery scandal, investing the political system as a whole, hardly brought to some remarkable legislative reforms. Only the 1993 bill, transforming the electoral system into a plurality/majority model, abolishing voting preferences (introducing single member constituencies) started a major development with a spillover effect on the Constitutional system of Government as a whole. The system was intended to bring to important developments in terms of cohesiveness and stability, due to the major tasks assigned by the Italian Constitution to Parliamentary majority. Nonetheless, the expected evolution concerning Governmental stability never happened, political fragmentation being hard to do away with, and the electoral formula was changed again in 2005 and in 2015, in a reckless succession of reforms. The main visible effect, due to the evolution in the media world, was a growing personalization of politics, and the increase of a populist approach in the political debate, an inevitable though inappropriate answer to the increasing malaise of the public opinion.

This process, together with the increasing transfer of competences to the EU, that had started since the Maastricht Treaty, involving more and more national Governments rather than Parliaments, further impoverished the role of the Italian Parliament, which, in the Constitutional architecture was intended to be major.

Since the nineties, the abuse of Governmental legislative powers disciplined in art. 76 and 77 Const. was one of the main symptoms of the marginalization of Parliamentary legislation in Italy, a problem renewed in 2011-2016, throughout the economic crisis.

In a wider perspective, it is well known how the increasing Ue competences and rules set in the Maastricht TEU and the following Treaties brought towards an ever stronger role of national Governments in the European Union⁶. This trend has been moving the epicenter of Member States constitutional systems all in the same direction. Italy is one of the clearest example of this process, the Government being the only actor deeply involved in legislative procedures in the EU, also due to a certain national underestimation for regional and Parliamentary powers in the EU decision making procedures.

Paradoxically, while this process came along, the EU institutional framework was evolving towards a growth in the European Parliament's role, together with an increasing transfer of powers to the European Union due to the changes in the EU Treaties. As it's already been said, the transfer inevitably brought to a loss in the role of representative bodies –at both the local and national level - inside members States constitutional systems.

In addition to this, in order to introduce the following remarks, it ought to be recalled that the EU used to privilege, through the last few decades, intergovernmental cooperation, even in cases in which the Treaty architecture would have allowed “democratically accountable” decisions making procedures (ie codecision). The same tendency has been recently confirmed by EU anticrisis measures⁷. All these elements brought to an inevitable disequilibrium in the respective roles of constitutional institutions on a state level, in other words to the marginalization of national Parliaments.

A certain lack of transparency is another notorious consequence of this process. The EU Council discussions, as a rule, not being public, unless when it discusses or votes on a proposal for a legislative act⁸. Due to this character of the EU decision making process, it was inevitable to notice, in the last few years, an increase of the tendency of national governments to engage in a blindshift game, charging “Brussels” for all the unpopular EU austerity choices they contributed to deliberate.

As European integration affects in several different ways all aspects of national constitutional systems, the EU reaction to the crisis was capable to affect deeply internal legal sources, as well as judicial protection of constitutional rights, or public services, and many other issues is an unexpected phenomenon spreading from the economic to the

⁶ On this subject the German *Bundesverfassungsgericht* often focused its attention; see especially its ruling on the Maastricht Treaty in 1993 (Brunner v The European Union Treaty, 2 BvR 2134/92 & 2159/92, BVerfGE 89, 155 [1994]).

⁷ See P. CRAIG, *Pringle and Use of EU Institutions outside the EU Legal Framework: Foundations, Procedure and Substance*, in *European Constitutional Law Review*, 9, 2013, 263 ss. Main instruments referred to in the text are the EFSF (European Financial Stability Facility), agreed by the Council of the European Union on 9 May 2010, with the objective of preserving financial stability in Europe, and the ESM (European Stability Mechanism) intergovernmental treaty established on 2 February 2012.

⁸ In these cases, the meeting agenda includes a 'legislative deliberation' part.

institutional level. It shows the inherent weakness of the EU architecture which was hidden by prosperity and economic growth during the golden era of the integration process.

In such a scenery, with the fast spread of populist parties in Europe, reaching its highest point in the European Parliament elections of 2014⁹, the main difficulty for national Governments seemed to be a matter of communication with an impoverished and angry electorate.

Imitating sirens of populism has become a big temptation for traditional '900 parties, and part of this game passes through public statements, social media and a "representation" of political decisions not always corresponding to their actual content. Some clear examples of this tendency can be found in the Italian experience, where provisions adopted with legislative measures are often foretold to the media in a desperate attempt to conquer public appraisal. For instance, it happens often that urgent decrees are deliberated by approving the cover only, and then communicated to the press, while the content of the act itself is written and then published on the official journal only several weeks later.

The constitutional reform bill, soundly rejected by the december 2016 referendum, can be considered another remarkable example of this kind of practice. The title of the question posed to voters in referendums implies delicate choices, as it was clear in the "leave-remain" British option. In the Italian constitutional referendum, the title chosen clearly meant to emphasize uniquely a few of the many controversial aspects of the reform ("Reduction of the costs of politics and the number of members of Parliament"), even though the legislative discipline of constitutional referendum, set in art. 16, L. n. 352/1970, would have required a so-called "dumb title", only recalling the articles amended. The 2016 constitutional referendum title, clearly designed to put a "good gloss" on the set of measures gathered in 47 articles, seemed apt to offer just another example of a communicative technique unsuitable to fill the gap between politics and the electorate, as the 60,% of voters against it have shown¹⁰.

The previous constitutional amendment was approved in 2012, when art. 81 Const., concerning the rule on balanced budget, was reformed after quite a hasty debate by the Parliament. This was meant to be a turning point of the Italian sovereign debt crisis, and the high majority reached on this deliberation prevented the opposition's right to promote a constitutional referendum, art. 138 Const. allowing it only when a 2/3 majority has not been reached¹¹.

⁹ In the European Parliament, since that election, the French Front national and the British Ukip are the most represented French and British parties, and the M5S movement is the second largest Italian party. This tendency has since then continued, and Front national seems ready to candidate the next President of the V Republic, while Italian M5S is going to challenge the Democratic Party primacy in the next 2018 political elections.

¹⁰ Participation to the referendum of December 4,2016, reached the record of 68,49% of the electorate in Italy.

¹¹ See more on reform of art. 81 in section 4

2. *The Italian answer to the crisis: “reforms” by urgent decrees*

Urgent decrees disciplined in art. 77 of the Italian Constitution offer a very good example of the impact produced by the financial crisis on the representativity versus representation issue that I am trying to discuss.

Considering the difficulties rising from the crisis and the serious threat of an attack to the Italian public debt on financial markets, as it was already recalled, Mr Berlusconi was brought to resignation during the XVI Legislature and a new Government was appointed. The designation of an economist and former European Commissioner as President of the Council, quite clearly on the basis of his technical competence and the Brussels appreciation on his name, as he was not member of any political party, was quite an innovation in the context the traditional “Westminster system”, setting aside some of its basic rules.¹²

When the new Government took office in november 2011, it presented to the Houses of the Italian Parliament a political program entirely focused on a series of measures related to the economic situation. The main instrument in this phase, since then largely prevailing over regular legislation, despite three rotations to the Government guidance, was urgent decree, disciplined in art. 77 Const. While the use and abuse of the instrument had steadily grown in previous legislatures, since 2011 and onwards, the number of urgent decrees increased even further. The content of these measures show distinctive features that it is useful to try to shortly analyze.

One aspect of these legislative acts deserves to be pointed out in the first place. The contents of these measures corresponds, to a large extent, to those detailed in the letter sent in august of 2011 by the outgoing and the incoming governor of the ECB to the Italian premier Berlusconi dictating an economic policy agenda.¹³ Leaving momentarily aside the constitutional (and smashing) issue about the real political source of legislative acts in this phase, we have to linger on the vehicle used to marshal them in the Italian legal order, the instrument already referred to, urgent decrees.

Preambles of these acts must state the reasons of necessity and urgency functioning as their constitutional legal basis. (art. 77 Cost. allows these acts only if on “casi straordinari di necessità e urgenza”). It ought to be underlined on this subject that, especially during the first two years of this period, these circumstances are assumed to be constantly standing because of the crisis, as if it the crisis itself could permanently legitimize Governmental legislation. A legislation going often outside of its constitutional limits, and overflowing the normal scope of governative legislative competence, both in quantity and quality one could say.

¹²Sen. Monti had been appointed “senatore a vita” only a few days before its new task as the chief of the Executive.

¹³The letter is reported in the *Financial times* by G. Dinmore and R. Atkins’s article “ECB letter shows pressure on Berlusconi” September 29, 2011; full text of the letter can be read in italian on the website of *Corriere della sera*, september 29, 2011 with the title «C’è l’esigenza di misure significative per accrescere il potenziale di crescita», *Corriere.it*.

Infact not only the number of decrees approved was remarkable, but also their size (the number of the provisions they contain)¹⁴ and object, their content relating to matters requiring a stable discipline over time, as such to be necessarily approved after an appropriate Parliamentary debate among all political parties.

In addition, it has to be underlined that these measures often have a highly dishomogeneous content. Among other examples one might recall decree (so-called IMU – Banca d'Italia), n. 133/2013, not only bringing rules about the property of the treasure of the Italian central Bank, but also home property taxes. The hasty approval of the bill of the Parliament confirming it, through the so called “guillotine” clause, aroused sharp disappointment of the Parliamentary opposition.

Beyond the question of the content of such urgent decrees, raising substantial and procedural issues at the same time, whereas certain rules would need the legislative procedures guarantees, (art. 72 c. 6 and 77 Const.), the way the Parliament interpreted its task to convert them into statutes provoked other constitutional complaints¹⁵.

The frequency a precise sequence occurs at this stage does not seem to find significant exceptions. The deliberation of the decree by the Government is followed by the presentation of a maxi-amendment to the conversion bill proposal by the Government, presenting at the same time a “questione di fiducia”. Such “questioni di fiducia” are instruments disciplined by the Italian Parliamentary regulations, involving the Government’s commitment to resign in case of rejection of a bill, with a blackmail effect of the Parliamentary majority.

This way, the role of the Parliamentary debate is diminished, to the point that any chance of amending the measures taken is avoided and the voice of the representative institution *par excellence* is nullified.

Another aspect of this legislation deserves to be underlined as it contributes to compromise its quality and efficacy. The role of Parliamentary commissions involved in converting urgent decrees into Parliamentary statutes has been diminished by the fact that, as anti-crisis measures, they were assigned mainly to the budget commission, other competent Parliamentary commission being only consulted. Due to the heterogeneous content of the decrees, up to ten commissions have been involved each time. The inevitable consequence is a superficial exam of the measures of the disciplines being approved. Whereas these decrees were meant to produce an impact on the economic situation. Because of the poor quality of the technical elaboration of these acts, this effect could not always be assured.

An interesting feature of these Governmental activity deserves a few additional remarks. At the beginning of XVII legislature the Government took record of the huge amount of

¹⁴ Interesting analysis were developed in relation with the number of columns in the official journal, compared to the past. See on this data by B. CIMINO, S. MORETTINI, G. PICCIRILLI, *La decretazione d'urgenza in Parlamento*, in *Politica della legislazione, oltre la crisi*, Bologna, 2013, ed by L. Duilio, 59ss. Since 2006-2010, when 95% of spending Parliamentary decisions was deliberated by urgent decree, data have grown worse. V. LIPPOLIS, *La centralità del Governo nel sistema politico. Le specificità del caso italiano*, in *Il Filangieri-Quaderno 2010*, Napoli, 2011, 22.

¹⁵ See especially rulings nn. 171/2007, 22/2012 and 220/2013 and following section.

backlog consisting in implementing measures of urgent decrees overdue (those requested by decrees that had been approved by Mr Monti Government amounted to 832). A large part of the provisions adopted on an urgency basis because of the crisis, forcing constitutional limits concerning the legislative process, were not self executing, and needed a discipline to give them execution

On december 2013 the percentage of Governmental acts already implemented was 38% (more than 50% of them by Mr Monti Government, 12% by the following Government chaired by Mr. Letta). On that same month, the budget act refers to 117 implementing measures.¹⁶

The intent to portrait what was unfolding as an incisive action against the crisis, and perhaps the wish to reassure markets, appear to be at the basis of the work of the Government, and seemed to prevail over its efficacy. All this, however, seems to have triggered phenomena detrimental to political representativeness. A decision-making process increasingly secluded from public debate and influenced by international financial markets, in which, however, prevailed the inadequacy to meet the economic challenges of the emergency.

3. Public discourse, populism and decision making in public spending and Welfare State reform bills

A particularly interesting area in which a similar trend can be detected is the discipline of party funding adopted by decree-law n. 149 of 2013, which conversion into law was signed by Prime minister Letta on February 21, 2014, on the last day of his tenure. Not only its contents, but also the formal procedures followed are interesting in this case, in light of what has been briefly reported about the practices of Parliamentary proceedings during the XVI legislature. This case provides a further opportunity for reflection on the twisting suffered by the constitutional system in relation with the crisis. Public perception of the crisis seems to have produced the need to give visible –more than effective- answers to problems.

The regulation in question had been initially presented as an ordinary bill, and had already been passed in the House. Then, during the exam by the constitutional affairs committee of the Senate, suddenly the Government withdrew the bill approving an urgent decree with the same content, out of any extraordinary emergency justifying the use of art. 77 Const. The unexpected subtraction of the measure from the Senate, and the will to circumvent the Parliamentary debate was evident in this case and seems highly significant, especially in light of the content of the discipline then approved.

¹⁶ See G. PITRUZZELLA, *Crisi economica e decisioni di governo*, paper presented at the XXVIII congress of the Italian association of constitutional law scholars (AIC), in *Rivista AIC*, 4/2013, 7. R. CALVANO, *La decretazione d'urgenza nella stagione delle larghe intese*, in *www.Rivistaaic.it*, 2/2014.

The decree, approved in 2013 is headed “Abolishment of parties public direct funding”. Far from any urgency, and from actually abolishing public funding, the decree introduced a discipline would become fully enforceable only since 2017, based on the matching of two forms of indirect public funding. These funding system will be accessible for parties who obtain to be included in a public registry by respecting certain formal requirements in parties internal regulation. It is therefore required for parties to respect in their organization a minimum discipline aimed at promoting the democratic processes as set in art. 49 Cost., as a condition to access the indirect financing tools which therefore will continue to burden the State budget. The bill allowed public financing for the first four financial years, providing then for a gradual reduction¹⁷.

The preamble of the decree states the constitutional urgency basis thereof, motivated by the need to respond to the “demands of austerity at a time of crisis” with reference to the political customs¹⁸. The convenience of this discipline could be discussed, not only in relation with the need to implement the democratic method the Constitution requests for parties, but most of all as a means to revitalize the role of political mediation between the electorate and the representative institutions. A role seeming rather tarnished, especially in the Italian constitutional and political experience of the last three decades.

The crisis is then, in the Italian set, not only an economic phenomenon, but also a regime crisis. A crisis of representativity and a crisis of the political party system.

One may wonder then if the answer to this state of affairs can be found in stiffening financial budget standards and going on with austerity measures and compression of democratic legal procedures and social rights, as in the last few years institutional practice, instead of stimulating a renewal of the democratic circuit¹⁹.

The relationship between what has been defined as "sovereign debt crisis", and the increasing welfare state cuts already taking place in Europe, had one of its main turning points in the Greek crisis²⁰. The first stock of measures imposed by the European Commission, the ECB and the IMF in 2012 had raised the objections of workers and pensioners unions. The European Committee of social rights of the Council of Europe thus condemned those measures as illegitimate in relation to their purpose, having unnecessarily compressed the right to wages, retirement and study. In this regard, it must be held that the imposition of conditions for access to international financial aid for States in difficulty cannot justify any kind of restrictive measure of social rights. The EU Treaty

¹⁷ Since 2017 and on the new discipline allows parties to be eligible under the terms provided by law, to get 2‰ of income tax from those citizens who will choose to address in their favor. In addition, donations by individuals, permitted up to a maximum of one hundred thousand euros per year, will be encouraged by the deduction of 26% from the income tax, provided the donations are kept within a maximum of thirty thousand euro a year.

¹⁸ See R. DICKMANN, *La contribuzione su base volontaria ai partiti politici prevista dal decreto legge n.149 del 2013. Molte novità ed alcuni dubbi di costituzionalità*, in *Federalismi.it*, 5/2014.

¹⁹

²⁰ On which see T. SKOURAS, *The euro crisis and its lessons from a Greek perspective*, in *Society and economy*, 35, 2013, 51 ss.

dispositions on social rights, in fact, request its institutions to comply with democratic procedures when they set procedural obligations to take such measures, and to show the proportionality of measures and the absence of better alternatives for the protection of social rights.²¹

Although the contrast between social rights and welfare reforms introduced in Italy has not reached yet the dramatic levels seen in Greece or in Portugal, in the Italian experience the last few years show a series of Governmental actions developing in the same direction, in accord with new article 81 Const., approved in 2012 in execution of the (non compulsory) rule set in art. 3 of the Treaty on stability, coordination and governance, the so called “Fiscal compact”, introducing the golden rule requiring a strictly balanced budget. Even in this context, the Government seems to have replaced the representative democratic process with its own representation, using mechanism and marketing techniques that in previous pages have been recalled and that this article tries to describe.

Thirty billion Euros cut in five years to the national health care system is the first chapter in this story,²² but the “linear cuts” approved in these years also concern education, assistance to the disabled, social security, the University system.

In this framework, the six years salary block for all civil servants was a measure enabling the State to recover a large amount of resources, requiring a major financial sacrifice to civil servants. This sacrifice was not “represented” in the sphere of public discourse, whereas media often are devaluing civil servants.

In such a social and political moment, the mantra “Europe asks for it” was consistently cited by the majority political leaders not only in front of the public opinion, but even in hearings at the Constitutional Court, called to review the constitutional compatibility of the salary block of academics. The contested provision was defined in front of the Court as one of the “cooling mechanisms of wage growth in the public sector required to the Italian State directly by the EU”²³, thus recalling not a directive or the EU Treaty, but the letter by Mr Trichet and Mr Draghi, I already referred to, concerning the need to reduce the ratio of GDP and public deficit in Italy.

On the subject of communication techniques (in place of democratic procedures) another interesting example can be found in the field of education. The creation by the Ministry of Education, on its website, of a “listening procedure” involving the world of education (teachers, school administrators, families, students) through the dialogue process activated online is worth being recalled²⁴. This can be considered quite a good case study in which

²¹ Decisions by the European Committee can be read at <http://hudoc.esc.coe.int>. On the European Social Charter see D. RUSSO, *I vincoli internazionali in materia di tutela dei diritti sociali: alcuni spunti dalla giurisprudenza recente sulle misure di “austerità”*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2013.

²² These are the data collected by CGIL (Italian largest syndicate).

²³ This sentence is part of the plaidoyant by the State defense in the case for judicial review by the Constitutional Court ruled with decision n. 310/2013

²⁴ The website labuonascuola.gov.it can still be visited online.

the representative process seems to have been twisted to the needs of political communication. The democratic debate in Parliament has been eluded, as the discussion and deliberation of the bill concerning the school system (the so called “buona scuola” approved with L. n. 107/2015), was cut off by the Government calling its majority to approve a “questione di fiducia” (involving the Government commitment to resign in case of rejection) on a single article consisting of 212 subparagraphs, with no heading, thus illegible.

The reflection on representation vs representativity finds a very good case study in this bill. Infact, its immediate consequences already show to what awful results such techniques in legislation can bring. The bill delegates to future legislation (according to art. 76 Const.) the solution of some of the urgent problems, such as teachers recruitment, while its hastily approved discipline is already failing its objectives, as many applicative difficulties are rising and hundreds of controversies are pending already in courtrooms.

Despite endless application issues raised by the teachers’ recruitment procedures, (due to the abuse of successive fixed-term employment contracts in violation of EU law, notwithstanding the connected infringement procedure and ECJ ruling in Mascolo case²⁵), the bill is now being discussed of as a commendable stabilization of tens of thousands of temporary teachers. Less publicity was given to the fact that teachers recruitment procedures in Italy were compulsory due to the judgment rendered by the Court of Justice on November 2014.

The dichotomy of representativity vs representation in connection with welfare reforms in Italy is quite remarkably evident in the labour market reform too. A harsh debate engaging the Government, INPS (National Social Security Institute) and ISTAT (National Institute of Statistics) since summer 2015, concerning unemployment data after entry into force of the so called *job’s act* (a 2015 bill reforming the labour market), is the flagship measure and reforming action required by the European institutions to the Italian Government since 2011 aimed at rendering more flexible the workers guarantees in order to stimulate new employment.

²⁵ European Court of justice, judgment of november 26 2014, in C-22/13, ECLI:EU:C:2014:2401; the infringement procedure 2010/20124, was repealed on november 19, 2015 by the Commission, claiming the Italian authorities had presented a reform of the school sector (the ‘Buona Scuola’ reform) aimed at bringing Italian national legislation into line with Directive 1999/70/EC and adopting measures to prevent the types of abuse described above. Lately the European Parliament re-opened the discussion on the topic, questioning that “while Article 131 of the new law prohibits these abusive practices, it contains no specific clauses preventing the use of such practices. In other words, the law fails to comply with the directive”, asking the Commission to open a fresh infringement procedure against Italy (question for written answer, December 8, 2015).

Unlike the data published by the Ministry of Labour and INPS, those disclosed by the National Institute of Statistics in fact showed a decline in employment, and a progressive deterioration of the quality of wage labor in our country in terms of salary levels and guarantees of stability.²⁶ Figures are not improving, and no amazing effect seems to be developing as a consequence of a measure which efficacy, according to labour law scholars, cannot be evaluated only on a short term basis, whereas OECD says that “La plupart des études empiriques examinant les effets à moyen/long terme des réformes en faveur de l’assouplissement de la LPE (Lois protection des emplois) suggèrent qu’elles ont, dans le pire des cas, aucun impact ou un impact positif limité sur les niveaux d’emploi à long terme²⁷.”

It does not seem uncorrect to say that, with regard to problems of labour law, we witness a predominance of the “representation” of the responses to the crisis, while political representation seems to be ousted from the assumption of the most crucial decisions of this phase.

4. Judicial review of legislation and the crisis: limitation of financial effects of the rulings by the Constitutional Court

The crisis of political representation and the inertia of national legislators confronted to the need for protection of fundamental rights has shifted the emphasis on the role of the courts in the first place, and especially of constitutional courts. To many, they seem in the best position to be entrusted a rebirth of rights in Europe. Those who do not share this optimistic “Court-centred” view highlight the necessity to emphasize that only a revitalization of the political representation circuits might be able to bring pluralistic democracies back to their task of safeguarding fundamental (and especially social) rights, even at a time of economic crisis.

The preservation of the heritage of European constitutionalism, in which theoretical reflection leads us to prefer political representativity to the mere representation of it, is not the only issue involved. Though, in the last decade the tendency of many scholars to appoint Courts with a messianic role has spread widely. However, from a more pragmatic point of view, it has to be said that an attitude attentive to the effectiveness of the instruments of protection, and to the Italian Constitutional Court case law, as well as that of supranational courts, does not allow to indulge in enthusiasm. It gets hard then to support the widespread advocacy for judicial creativity and multilevel constitutionalism²⁸.

²⁶ Worrying figures by Istat can be found on www.istat.it

²⁷ OCDE, *Perspectives de l’emploi de l’OCDE 2016*, pag. 146.

²⁸ A critical overview of this problem in the Italian debate about the role of Courts, among the European and the nationale level is in M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista aic*, 2/2016.

The Italian Constitutional Court, in recent years, developed a case law quite critical on Governmental abuse of the legislative sources which was censored above²⁹. It finally ruled a true “condemnation” in judgment n. 32 of 2014. In that case, it was called to rule on the legitimacy of provisions introduced in a conversion law, without any correlation to those posed in the urgent decree, “aimed at implementing a radical and comprehensive reform of the Statute on Narcotic Drugs”³⁰. The Court blamed the disomogeneous maxi-amendment practice and its impact on legislative procedures and the role of Parliament. According to the Constitutional Court, the system in which “due to the 'locked' vote effect that the ‘questione di fiducia’ under current Parliamentary procedures produces, any possible intervention on the text presented by the Government was prevented”. It then remarked the importance of “keeping within the constitutional frame the institutional relations between the Government, Parliament and President of the Republic in the performance of the legislative”. With similar hardness it ruled on the electoral system in decision n. 1 of 2014 (despite numerous procedural obstacles that could lead it to rule the question as inadmissible) as if to unblock a system jammed on the party crisis.

Despite the courage shown by the Constitutional Court in these areas, its case law does not seem to have produced any change in the practice of the constitutional organs on these issues. Actually, mechanisms provided for in the electoral system already declared unconstitutional in 2014 were widely reproduced in the discipline approved in 2015, and the new law was declared void in 2017³¹.

However, in the field of fundamental rights, the attitude of the Constitutional Court case law was quite different as compared to what we found in the area of constitutional adjudication on the configuration of constitutional organs and procedures. The Court’s courage infact seems to fade away in relation with the numerous cases relating to the protection of social rights ruled in the last few years in connection with the respect of the golden rule set in new art. 81 Const³².

It seems that the Constitutional Court self-perception has changed during these years of crisis. The way it intends its own role seems, infact, no more as one of Constitutional guarantee of social rights among the others, as the case law of the Court in 2015 shows. In several cases, declaration by the Court that a legislative act was void, would have had a significant impact on public finance. Among the others, it is worth recalling the controversial ruling n. 10 of 2015 concerning the so-called “Robin tax”, in which the Constitutional Court played an almost unprecedented choice, limiting the retroactive effects of its ruling of unconstitutionality. Such a judicial technique is not explicitly allowed in the discipline of the effects of the constitutional judgments. The Court has chosen to produce

²⁹ See among others, especially rulings nn. 171/2007, 22/2012 and 220/2013.

³⁰ Whereas the measure disciplined the financing and security measures for Winter Olympics of that year.

³¹ Constitutional court, ruling n. 35 of 2017.

³² We have already mentioned one of the many decisions rejecting constitutional issues related to the wage freeze in the public sector.

this result *contra* or *praeter legem* in order to limit the financial impact of the decision, by operating a balance with art. 81 Cost., and the constitutional principles involved in the judgement.

A gradual implementation of constitutional values in a case requiring relevant expenses to the State budget, as the Court pointed out, was necessary "a fortiori after the introduction of the principle of a balanced budget in the Constitution, which reaffirmed the need to respect the principles of balance of the budget and public debt sustainability". For this reason it was ruled to stop the "effects of the provisions declared unlawful since the same day of publication of this decision in the Official journal." To fully examine the contents of the question of constitutionality would be too long, but the technique used in this decision for the first time seems worth to recall. The ruling in fact elevated the role of the constitutional norm of budget balance to that of a kind of a new *grundnorm*, setting the premises, or at least that's the outcome that is to be feared, to a negative evolution in terms of protection of social rights³³. It should however be remarked that the obligation not to apply the rule declared void following a decision on the constitutionality of the Court does not ensue from a principle, but from a precise constitutional rule and, as such, is not liable to balancing operations with other constitutional principles.

Even more remarkable, the "sequel" of ruling n. 70 of 2015 of the constitutional court, censuring the block of pensions re-evaluation. The "courage" of the Court to declare unconstitutional this measure, with a decision which could have a significant financial impact on the State budget, did not end up in the result expected. The Government approved an urgent decree in order to execute the ruling, actually implementing only partly the ruling, citing reasons arising from EU law and the possible financial impact of the decision. Again, the exceptional nature of the crisis seems to have rubbed out the basic rules concerning the functioning of the constitutional system, as to the Government's intervention in implementing constitutional case law, and graduating the protection of individual fundamental rights.

Finally, in decision n. 178 of 2015, concerning the suspension of Unions collective bargaining regime, the constitutional court again established limits to the retroactive effects of a ruling. This time it judged that these effects would not start since the publication of the ruling but later, on January 1 2015, due to the occurrence of the censored vice³⁴.

The quick exam of this case law helps to underline, once again, how much a return to political decisions taken in the proper representative institutions is needed. Thus, decision making could be accompanied by a public debate and all other procedural safeguards

³³ More recently, in a different direction goes constitutional court decision n. 275/2016, on the subject of public transport of disabled students, ruling that social rights cannot be altogether sacrificed in view of art. 81.

³⁴ The question as to why this effect did not produce itself at the time of the entry into force of the Budget act, but since January 2015 shows the Court's concern about the financial impact of its rulings, and also how it is certainly more appropriate to keep the courts away from such concerns, as from those involving too high a discretionary and political evaluation, which is likely to undermine the legitimacy of the Constitutional Court.

making them more reliable. In other words, the “old way” seems to be the only way out for issues that the crisis has raised in representative democracies.

5. *Eu, single market or single minded?*

After this short excursus, it can be said that while the economic crisis has put to the test the EU, and even more some feeble points of the Italian constitutional system, political communication has given its contribution to make the Italian crisis difficult, but not...serious.

A wider perspective shows that communication techniques sometimes use the name of the Parliaments even when there is hardly any chance of expressing forms of democratic representation, as understood in constitutional law. Then, if Parliamentary representation is not capable anymore of making visible the political existence of the people, and States are without a people, this game of mirrors has little to do with “public” and “democracy”.

Borrowing the market sales techniques, and the predominance of the economic paradigm, risks to bring European democracies to the result of a privatization of the State and “the public”, where citizens wont buy the good of of political representation, in its most pregnant sense (as figures concerning the vertical drop in participation to the elections in Italy clearly show). And not being buyers, why should they “pay”, coping with austerity measures?

It has already been said many times and everywhere, that the EU has been probably caught unprepared by the crisis, notwithstanding the economic policy coordination competence disciplined in the EU Treaty was meant to face highs and lows of the single market. The main, if not the only, EU answer were hard budget constraints established in the Fiscal compact and in several previous acts, together with a quite feeble political leadership, which concurred to strangle the economies of some Member States. Such a reaction only succeeded in bringing the European integration process to lose in a few years the legitimacy it had taken several decades to conquer.

In this context, as it was said earlier, the national Governments were encouraged to non responsible and non-transparent attitudes by the opacity of supranational decision-making process allowing them to charge "Brussels" for the unpopular measures resulting from decisions taken by the EU, to which they may have contributed decisively. At the same time, a the national level, as the Italian example shows, legislators were sometimes pretending they were doing the homework requested, but in the end they did not know how to give effective answers to the crisis.

On both those levels, some crucial matters should be solved if we want to go back to a more sincere representation corresponding to a system of representative institutions³⁵.

³⁵ See S. Fabbrini, The euro crisis and the constitutional disorder of the European Union, in C. PINELLI, *The Formation of a Constitutional Tradition in Continental Europe since World War*, in *European public law* 2016, 2, 256.

Analysing these issues would require much longer, but at this stage let it be sufficient to say that this is probably the only way to counteract the rising wave of populism.

In the last three years only, parties such as UKIP and Front National came to be the first British and French party in the European Parliament and the Brexit referendum risked to undermine long decades of European integration. Such phenomena, as well as the rise of extreme right xenophobic parties, as in Austrian and German elections in 2016 raise important worries on the future of EU democracy. Many wonder whether a more transparent and democratic functioning of EU institutions will ever be seriously pursued and attained. A result to be obtained only by hard, silent work, from now and on.

[La riforma del meccanismo europeo di stabilità. Un nodo critico nello sviluppo del processo di integrazione europea*](#)

di Luigi Gianniti**

1.

La Bild, il noto tabloid tedesco, ha lanciato il 23 agosto 2017 la notizia di una proposta attorno a cui starebbe lavorando il Ministro tedesco delle finanze e che comporterebbe la possibilità di utilizzare il cosiddetto fondo salvastati (il Meccanismo Europeo di Stabilità ESM), "non solo in caso di fallimento, ma anche per migliorare le congiunture in periodi negativi".

Che il ministro Schäuble ritenga che l' ESM possa avere un ruolo più forte nella prevenzione delle crisi dell'eurozona non è certo una novità. Si veda, da ultimo, l'intervista apparsa su La Repubblica del 24 agosto 2017.

Il Trattato che lo ha istituito nel 2012 nasce per volontà tedesca. Di fronte alla grave crisi finanziaria la Germania, che in fondo ha subito la larghezza di strumenti e l'indipendenza con cui la Banca centrale ha risposto alla crisi, ha invece impedito che si sviluppasse un parallelo e complementare ruolo da parte delle altre Istituzioni dell'Unione europea (innanzitutto della Commissione europea). Ha impedito che l'Unione europea si dotasse di più ampie risorse di bilancio¹, e ha bloccato sul nascere qualunque sviluppo all'interno del quadro istituzionale dell'Unione di strumenti nuovi, come il meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria².

* Contributo sottoposto a *double blind peer review*

** Direttore del Servizio Studi del Senato della Repubblica

¹ Anche su iniziativa del governo tedesco nei primi mesi del 2013 si raggiunge l'accordo sul quadro finanziario pluriennale. Un accordo al ribasso, che si traduce in una contrazione del budget dell'Unione per il settennio 2014-2020 e nella mancata revisione del sistema delle risorse proprie. L'accordo è al centro del Consiglio europeo del febbraio 2013. Il Parlamento europeo supera la sua originaria resistenza, in cambio del formale impegno a una revisione di medio termine incisiva, nonché a dare seguito al dibattito sul sistema delle risorse proprie (con la creazione di un Gruppo interistituzionale di alto livello, presieduto da Mario Monti) che ha presentato un rapporto finale nel gennaio 2017 ("[Il futuro finanziamento dell'UE](#)"), conclusivo dei lavori, comprensivo di nove raccomandazioni specifiche. Queste potrebbero costituire la base di partenza per una riforma del bilancio dell'Unione, che il Gruppo di lavoro - oltre a considerare auspicabile - ritiene realizzabile in virtù dell'effetto congiunto dell'emergere di nuove priorità politiche e degli inevitabili cambiamenti del sistema di entrate che deriveranno dall'imminente uscita del Regno Unito dall'UE. La revisione del quadro finanziario pluriennale (2014-2020) è stata invece adottata nel giugno del 2017; pur non aumentando i massimali complessivi, la dimensione dunque del bilancio dell'Unione, ha previsto aumento di spesa e una maggiore flessibilità in taluni settori.

² Quando nel 2010 la crisi finanziaria investì i Paesi dell'area dell'Euro la prima risposta (per fronteggiare la crisi finanziaria della Grecia e le condizioni critiche di altri Paesi dell'Eurozona, segnatamente Irlanda e Portogallo) fu l'adozione di una serie di misure nel quadro degli strumenti dell'ordinamento dell'Unione europea. In particolare il Consiglio Ecofin del 9 maggio 2010, proprio sull'onda dell'emergenza determinata dalla crisi del debito greco, varò un meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria MESF (lo stesso strumento cui si è fatto ricorso per garantire il prestito ponte alla Grecia). Meccanismo istituito attraverso un regolamento approvato dal Consiglio dei ministri su proposta della Commissione europea (regolamento UE n. 407/2010); sulla base dell'art. 122 par. 2 TFUE. Pochi mesi dopo aver varato il MESF, su decisiva iniziativa della Germania, il Consiglio europeo chiarì però il carattere del tutto

L'ESM nasce come strumento non dell'Unione ma "degli Stati la cui moneta è l'euro", sulla base di un accordo internazionale che disciplina l'ampia dotazione finanziaria nonché le modalità di funzionamento, tutte nelle mani degli Stati membri. Le decisioni più importanti dell'ESM sono prese dal Consiglio dei governatori (composto dai Ministri delle finanze dei paesi appartenenti all'area euro, ai quali il Commissario europeo competente come anche il Presidente della BCE si aggiungono solo come "osservatori") "di comune accordo", e cioè all'unanimità. Di comune accordo devono essere prese le decisioni riguardanti la concessione di assistenza finanziaria a paesi in difficoltà, quelle relative alle modalità e alle condizioni dell'assistenza, come anche quelle relative alla gamma degli strumenti utilizzati. Strumenti che - sempre se vi è il comune accordo - possono essere anche nuovi e ulteriori rispetto a quelli previsti dal Trattato. In ogni caso, per qualunque decisione è necessaria "la presenza di un quorum di due terzi dei membri aventi diritto di voto che rappresentino almeno i due terzi del diritto di voto".

Il diritto di voto è suddiviso tra i Paesi dell'eurozona sulla base del contributo percentuale che ciascuno stato dà a questo fondo. Il contributo tedesco è oltre il 27 per cento, quello francese oltre il 20, quello italiano pari quasi al 18. È possibile ricorrere a procedure di urgenza con un voto a maggioranza qualificata. Una maggioranza però dell'85 per cento dei voti. Così, tutti i paesi il cui contributo è superiore al 15 per cento (Germania, Francia e Italia) sono in grado di bloccare simili decisioni; e la Germania da sola, insieme a un piccolo paese, può bloccare qualunque decisione, anche quelle adottabili a maggioranza semplice.

Mentre la Banca centrale si muove con decisioni assunte in piena autonomia (decisioni nelle quali - ed è accaduto - il rappresentante tedesco può anche essere messo in minoranza), l'ESM è governato da meccanismi condizionati da veti nazionali e soprattutto opera in uno spazio giuridico altro rispetto all'ordinamento dell'Unione europea. L'ESM non è un'istituzione dell'Unione, è uno strumento degli stati membri la cui moneta è l'euro, governato da organi che sono diretta espressione degli stessi.

eccezionale del ricorso all'art. 122 TFUE e il carattere temporaneo del meccanismo che era stato attivato, per il quale si fissò un termine di operatività al giugno del 2013.

Il Consiglio europeo, con una sorta di interpretazione autentica, stabilì che l'art. 122, §2, TFUE *non dovesse essere usato* per salvaguardare la stabilità finanziaria della zona euro. A questo scopo, quasi operando una istantanea Conferenza intergovernativa, lo stesso Consiglio europeo convenne sulla necessità di modificare il TFUE per permettere agli Stati membri della zona euro di istituire un meccanismo "permanente" volto a salvaguardare la stabilità finanziaria dell'intera zona euro (l'ESM). Fu così approvata (con una procedura di revisione semplificata) quella che è l'unica modifica al Trattato di Lisbona sino ad oggi introdotta: l'ultimo paragrafo dell'art. 136 TFUE. La stessa Corte di Giustizia (nella causa C-370/12, cosiddetta sentenza *Pringle*) ha chiarito che questa modifica dell'art. 136 "conferma l'esistenza di una competenza a capo degli Stati membri" (par. 184). Non si tratta di una estensione delle competenze dell'Unione, né viene creata "alcuna base giuridica che consenta all'Unione di avviare un'azione che non era possibile prima dell'entrata in vigore di questa modifica del TFUE" (par.73). La Corte addirittura assevera quanto valutato dal Consiglio europeo (nella Decisione 2011/199) secondo il quale l'art. 122 par. 2 TFUE "non costituisce una base giuridica adeguata per l'istituzione di un meccanismo di stabilità" permanente (par. 65). La stessa Corte deve però ammettere che si sarebbe potuta utilizzare, per istituire nel quadro del diritto dell'Unione un meccanismo di stabilità analogo all'ESM, la clausola di flessibilità prevista dall'art. 352 TFUE, ma constata che "l'Unione non ha esercitato la propria competenza di tale articolo perché in ogni caso, detta disposizione non gli impone alcun obbligo di agire" (par. 67).

Nell'ordinamento tedesco il ruolo dei rappresentanti (nel Consiglio dei governatori e in quello di amministrazione dell'ESM) è considerato, addirittura, una proiezione diretta della rappresentanza politica nazionale. Il Tribunale costituzionale tedesco, nel considerare conforme alla legge fondamentale il trattato istitutivo dell'ESM, ha infatti chiaramente precisato che tutti i componenti degli organi direttivi (Governatori e Direttori dell'ESM) "sono responsabili verso i rispettivi Parlamenti nazionali" (sentenza del Tribunale costituzionale tedesco del 18 marzo 2014, così par. 242). Ogni decisione dei rappresentanti tedeschi nel Consiglio dei governatori e in quello di amministrazione dell'ESM è dunque esercitata sulla base di una diretta responsabilità verso il Bundestag, cui viene garantita dalla legge una completa informazione che riguarda anche aspetti che, secondo il Trattato, sono coperti dal segreto di ufficio. È un modello questo che è stato seguito anche da altri paesi (la Finlandia e la Lettonia ad esempio) che non dispongono tuttavia, come invece la Germania, di un potere di veto su tutte le decisioni rilevanti³ dell'ESM.

La proposta di Schäuble dunque va valutata tenendo conto di queste caratteristiche dello strumento di cui il Ministro delle finanze tedesco propone un uso ampio, che vada al di là dei salvataggi degli stati.

Del resto, leggendo il testo del Trattato si può notare facilmente come questo uso più flessibile dell'ESM non sia affatto escluso.

L'articolo 3, nel definire l'obiettivo dell'istituendo ESM, chiarisce che esso consiste nel "mobilizzare risorse finanziarie e fornire un sostegno alla stabilità" dei paesi membri che si trovino "o rischino di trovarsi in gravi problemi finanziari". Per far questo l'ESM, che ha un'ampia dotazione finanziaria, può "raccolgere fondi con l'emissione di strumenti finanziari". Il Trattato definisce una serie di strumenti, ma contiene anche una clausola generale (l'articolo 19) che permette al Consiglio dei governatori di rivedere e integrare l'elenco degli strumenti di assistenza finanziaria⁴. Dunque, senza cambiare il Trattato, è ben possibile quello sviluppo di cui parla da tempo il Ministro Schäuble (ad esempio nell'intervista a Repubblica dell'11 maggio del 2017), per fare dell'ESM non solo uno strumento per la gestione delle crisi, ma anche di sostegno attivo ai paesi che si trovino in condizioni congiunturali negative o anche addirittura "in casi di catastrofi naturali".

³ La citata sentenza del Tribunale costituzionale (par. 183), nel dichiarare conforme alla Legge Fondamentale il Trattato istitutivo dell'ESM come anche la legislazione nazionale che ne disciplina l'attuazione (Gesetzes zu dem Vertrag vom 2. Februar 2012 zur Einrichtung des Europäischen Stabilitätsmechanismus), chiarisce che nessuna decisione può essere presa contro il voto dei rappresentanti tedeschi negli organi di Governo dell'ESM (che a loro volta rispondono direttamente al Parlamento delle loro scelte), il che garantisce la generale responsabilità di bilancio del Bundestag.

⁴ La legge tedesca che ha dato attuazione all'ESM (Gesetzes zu dem Vertrag vom 2. Februar 2012 zur Einrichtung des Europäischen Stabilitätsmechanismus) ha chiarito, all'art. 2, che la possibilità per il rappresentante tedesco nel Consiglio dei governatori dell'ESM di dare il proprio consenso (o di astenersi) all'adozione di nuovi strumenti e nuove modalità di intervento, prevista dall'art. 19 del Trattato, richiede comunque un preventivo via libera parlamentare. Senza tale autorizzazione - precisa l'articolo 2 della Legge tedesca - il rappresentante tedesco deve respingere la proposta di risoluzione. Lo stesso Tribunale costituzionale, nella citata sentenza di marzo 2014, ha precisato che ogni sviluppo del Trattato e dei suoi strumenti debba comunque garantire "un effettivo esercizio della responsabilità di bilancio" del Parlamento tedesco (par. 226).

Tutti questi interventi possono svilupparsi però, come recita il Trattato (articolo 12), "sulla base di condizioni rigorose commisurate allo strumento di assistenza finanziaria scelto". Condizioni "che possono spaziare da un programma di correzioni macroeconomiche, al rispetto costante di condizioni di ammissibilità predefinite".

Nel preambolo del Trattato viene chiarito, come un dato pacifico, riconosciuto e accettato dalle parti contraenti, che la concessione di assistenza finanziaria nell'ambito dei programmi previsti dall'ESM è subordinata alla ratifica del fiscal compact e in particolare al rispetto (secondo quanto previsto dal paragrafo 2 dell'articolo 3) delle regole introdotte a livello nazionale per correggere automaticamente le deviazioni significative dall'obiettivo di medio termine o dal percorso di avvicinamento a tale obiettivo.

Il rispetto del nucleo portante delle regole del fiscal compact appare così essere la condizionalità essenziale delle azioni che il meccanismo europeo di stabilità può intraprendere. Non deve quindi stupire né destare meraviglia quel che il ministro Schäuble va affermando: è attraverso queste condizionalità che il meccanismo europeo di stabilità può facilmente acquisire quella "maggiore influenza nelle politiche di bilancio degli stati dell'eurozona" di cui parla la Bild.

2. Il meccanismo europeo di stabilità ha risorse (cui anche l'Italia ha ampiamente contribuito) ingenti e oggi largamente inutilizzate. Ma occorre essere consapevoli che l'ESM funziona in una logica tutta intergovernativa, dove gli stati pesano sulla base del loro contributo finanziario all'ESM; e che l'ESM eroga assistenza sulla base di condizioni rigorose, primo fra tutti il rispetto delle regole del fiscal compact (e il Trattato ESM non ha una clausola che ne auspica l'incorporazione nei trattati europei, come invece il fiscal compact all'articolo 16).

Si dovrebbe dunque valutare con attenzione quanto dirimente possa essere la prospettiva che un rilancio economico dell'eurozona passi per la valorizzazione di uno strumento giuridico che vede i Governi, e dietro di loro i Parlamenti nazionali, essenziali protagonisti, mentre la Commissione europea è mero organo esecutore delle decisioni di questi, assunte poi sulla base di una ponderazione che ordina gli stati secondo la propria forza economica. Uno strumento che sostanzialmente esclude dalla partita il Parlamento europeo, al quale non a caso (quasi per un *excusatio non petita*), il ministro Schäuble si sforza di conferire comunque un ruolo: nella sua intervista a Repubblica di maggio scorso, ricordava infatti di aver parlato con il presidente Macron dell'ipotesi che "con i parlamentari del Parlamento europeo si potrebbe creare un Parlamento dell'eurozona, che potrebbe avere un potere consultivo sul fondo salvastati".

Non stupisce dunque, come muovendosi in una logica sovranazionale, coerente con le idee contenute nei Rapporti dei 4 e dei 5 Presidenti, il Presidente della Commissione

europea Junker, nel suo discorso sullo stato dell'Unione del 13 settembre 2017⁵ abbia proposto invece la progressiva trasformazione dell'ESM in un "Fondo monetario europeo fermamente ancorato nel quadro istituzionale dell'Unione". A questa proposta si affianca quella di creare un Ministro europeo dell'economia e delle finanze (che sia al contempo Vice presidente della Commissione europea, Commissario responsabile per la stessa per gli affari economici e monetari, Presidente dell'Eurogruppo e responsabile davanti al Parlamento europeo), e poi quella di rafforzare il bilancio europeo del quale il bilancio dell'Eurozona dovrebbe essere solo una "linea". In questa prospettiva coerentemente sovranazionale - che trova il suo compimento nella proposta, sempre avanzata da Junker, di affidare ad un'unica persona le funzioni di Presidente della Commissione e di Presidente del Consiglio europeo - non si prevede nemmeno la creazione di un Parlamento dell'Eurozona, poiché il Parlamento dell'area Euro, secondo Junker, "è il Parlamento europeo". Questo quadro complessivo dovrebbe tradursi in puntuali proposte della Commissione europea entro dicembre; in parte comunque delineate nello scenario più ambizioso proposto nel documento di riflessione sul futuro delle finanze dell'Unione⁶. Qui si prevede un fondo monetario europeo, ma anche un contestuale rafforzamento del bilancio dell'Unione nel quale nuove risorse proprie contribuiscono a realizzare gli obiettivi strategici. Una sfida questa resa più urgente - ed anche più complessa - dalla Brexit.

3. Come si vede si tratta di un approccio radicalmente diverso coerentemente sovranazionale, che vede il rilancio dell'Unione attraverso un rafforzamento (qualitativo e quantitativo) del suo bilancio che accompagnerebbe e, aggiungiamo, renderebbe possibile, la sostanziale incorporazione nel quadro dell'Unione del meccanismo europeo di stabilità⁷.

Per come è costruito, sembra difficile che l'ESM possa trasformarsi in un vero e proprio Fondo monetario europeo senza un ripensamento radicale della sua struttura. Il Tribunale costituzionale tedesco ha chiarito che l'articolo 136 par. 3 del TFUE non trasferisce poteri sovrani (par. 182), e il trattato istitutivo dell'ESM vien ritenuto compatibile con la generale responsabilità di bilancio del Bundestag poiché nessuna decisione importante può esser presa in seno agli organi di governo dell'ESM "contro i voti dei rappresentanti tedeschi". E' il potere di veto tedesco a garantire la legittimità costituzionale dell'ESM, **veto che può essere rimosso solo sulla base di puntuali autorizzazioni del Bundestag** (paragrafi 183, 191 e 193). **Ed è proprio quello di Presidente del Bundestag, guida del parlamento tedesco e primo garante delle sue prerogative, il nuovo incarico che,**

⁵ http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-17-3165_it.htm.

⁶ [Futuro delle finanze dell'Unione europea](#)

⁷ In un recente lavoro di André Sapir e Dirk Schoenmaker "*We need a European Monetary Fund, but how should it work?*" in Bruegel.org - 29 maggio 2017. Si segnala come per svolgere efficacemente un ruolo analogo a quello del Fondo monetario internazionale, nell'ambito dell'Eurozona, dovrebbe essere abolita o comunque superata la regola dell'unanimità che è oggi come si è accennato la regola ordinaria con cui gli organi di governo dell'ESM prendono le decisioni. Inoltre si propone che il Ministro europeo dell'economia divenga componente a pieno titolo del Consiglio dei governatori; mentre oggi come si è accennato il Commissario competente (che nella prospettiva delineata dal Presidente Junker dovrebbe divenire il Ministro europeo dell'Economia), partecipa come semplice osservatore.

dopo le elezioni del settembre 2017, va a coprire Wolfanga Schäuble a coronamento della sua carriera politica. Se così è, quanto meno dal punto di vista tedesco, il Trattato ESM non è sostanzialmente riformabile, nemmeno nel senso auspicato da chi vorrebbe renderne più flessibile il funzionamento e la *governance* attraverso l'abolizione della regola dell'unanimità⁸.

4. La questione della riforma del ruolo e delle funzioni dell'ESM fa dunque venire al pettine tutti i nodi cui si trova di fronte il processo di integrazione. Un processo che si può sviluppare nel solco della prospettiva sovranazionale indicata dal Presidente Junker, ovvero - come sembrano preferire le autorità tedesche - valorizzando al contrario l'anima intergovernativa, strutturalmente asimmetrica, che nelle modalità di funzionamento dell'ESM ha una efficace cristallizzazione normativa e nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale tedesco una forte vertebratura giuridica.

Per quanto riguarda l'Italia, lo sviluppo costituzionalmente orientato è piuttosto il primo; ogni asimmetria infatti trova un limite per l'Italia nella previsione dell'art. 11 che, con chiarezza, consente a limitazioni di sovranità ma solo "in condizioni di parità con gli altri Stati"⁹. Sotto questo punto di vista non è irrilevante il fatto che nel sistema di governo delineato nel Trattato istitutivo dell'ESM, dove gli Stati pesano sulla base del loro contributo finanziario anche l'Italia, insieme alla Francia oltre che alla Germania, abbia un potere di veto qualificato su alcune cruciali decisioni che sfuggono alla regola (paralizzante ma certo simmetrica) dell'unanimità.

⁸ André Sapir e Dirk Schoenmaker cit.

⁹ Sino al 1992 la Repubblica federale tedesca aveva acconsentito al trasferimento di competenze e poteri alle istituzioni comunitarie sulla base di quanto disposto dall'attuale articolo 24 della legge fondamentale molto simile, nella lettera e nello spirito, al nostro articolo 11.

Una clausola, si badi, che aveva permesso (come in Italia r 11 Cost.) la sottoscrizione e la ratifica di un trattato - quello istitutivo della Comunità europee di difesa (CED) - che non solo creava un vero e proprio esercito europeo, ma recava al suo interno (per decisiva iniziativa di De Gasperi e di Adenauer) una disposizione, l'articolo 38, che apriva la via ad una prospettiva chiaramente federale per l'integrazione (politica) europea.

E tuttavia, come illustrato nella motivazione della sentenza del Tribunale Costituzionale sul Trattato di Lisbona del 30 giugno 2009 8 paragrafo 6), "la bocciatura della CED (in seguito al voto contrario dell'Assemblea Nazionale francese) e il fallimento della Comunità politica aveva reso evidente che lo Stato federale europeo non poteva essere realizzato per vie dirette". Come aveva intuito profeticamente De Gasperi nel suo celebre discorso tenuto all'Assemblea del Consiglio d'Europa il 10 dicembre 1951, quando definì la scelta di costruire la CED "l'occasione che passa e non torna più" (De Gasperi, *L'Europa. Scritti e discorsi*, Brescia 2004, 122). Sulla vicenda v. Fagiolo. *L'idea dell'Europa nelle relazioni internazionali*, Milano, 2009, 71 e ss. Cui si rinvia anche per l'acuta analisi circa il mutamento di rotta compiuto dalla Germania dopo l'unificazione, a partire dal Trattato di Maastricht, mutamento "che renderà ancor più incerti i destini del disegno europeo" (184).

Proprio il riproporsi di un'ambizione propriamente politica nel processo di integrazione (con il Trattato sull'Unione europea) spinse la Germania, appena riunificata, a ritenere necessaria l'introduzione di un'articolata disciplina costituzionale (l'articolo 23 della LF) che fissa le regole da seguire nel processo di integrazione. Quest'articolo, tra l'altro, impone che, per ogni ulteriore cessione di poteri sovrani, il Parlamento tedesco debba ricorrere non alla legge ordinaria, ma ad una legge approvata (sia al Bundestag sia al Bundesrat) con le maggioranze previste per l'approvazione di leggi costituzionali.

In ricordo di Mario D'Addio

di Fulco Lanchester*

Sommario:1-Introduzione;2-Finalità;3-Un ponte;4- Il pensiero anglo-americano, quello cattolico e la prospettiva istituzionale 5- *L'attività istituzionale*- 6-*Conclusioni*

1-Introduzione-

La scomparsa di Mario D'Addio(1923-2017)fornisce l'occasione per significare non soltanto l'ammirazione, la stima e la gratitudine per uno studioso come Mario D'Addio , ma anche rendere espliciti gli stretti rapporti che vi sono stati e vi sono sin dalle origini di questa Facoltà tra i giuristi in senso lato (costituzionalisti e filosofi del diritto in particolare) e gli storici delle dottrine e delle istituzioni politiche .

Non si tratta ovviamente di ricordare in questa sede come il “costituzionalista” Gaetano Mosca sia stato il primo titolare di Storia delle istituzioni e delle dottrine politiche a Roma ed in Italia nel 1924,proprio quando vennero chiamati i primi docenti (tra cui Rossi e Rocco) della Scuola di Scienze politiche e amministrative, che si sarebbe ufficialmente costituita l'anno dopo in Facoltà(proprio su queste vicende D'Addio ha scritto pagine interessanti su *Il politico* nel 1993, ma anche sulle origini della Scuola di Messedaglia e Palma nel 1878 nel volume *Passato e presente delle Facoltà di Scienze politiche*). Né si tratta di evidenziare come il primo volume della prima serie delle pubblicazioni dell'Istituto di diritto pubblico e di legislazione sociale della Facoltà di Scienze politiche diretto da Luigi Rossi abbia pubblicato il volume di Antonio Marongiu su *I parlamenti di Sardegna nella storia e nel diritto pubblico* (1932).

Intendo invece mettere in evidenza come proprio la prima monografia di Mario D'Addio *L'idea del contratto sociale dai sofisti alla riforma e il “De principatu” di Mario Salamoni* sia stata inserita nel 1954 al n. 4 della IV serie delle pubblicazioni dell'Istituto di diritto pubblico e di dottrina dello Stato (così era stata modificata la dizione nel dopoguerra),mentre al n.5 l'anno successivo D'Addio curò l'edizione del *De Principatu* . D'altro canto la stessa terza monografia di D'Addio (*Politica e magistratura (1848-1876)*,Milano, Giuffrè,1966) affronta un tema di stretta natura storico-costituzionale, su cui risulta evidente l'influsso di uno storico del diritto come Antonio Marongiu, primo ordinario di Storia delle istituzioni politiche.

* Professore ordinario di Diritto Costituzionale Italiano e Comparato presso il Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università “La Sapienza” di Roma.

2-*Finalità*- In questo breve ricordo avverto che adotterò un taglio particolare, teso ad identificare attraverso l'opera di D'Addio il filo del rapporto tra giuristi positivi e storici di vario tipo (del diritto, delle dottrine e delle istituzioni politiche) all'interno della nostra Facoltà. Cercherò di dimostrare in sostanza come Mario D'Addio abbia costituito un ponte:

tra differenti tipi di Università;

tra le diverse generazioni di studiosi di storia delle dottrine politiche;

tra differenti tipi di materie.

Per fare questo mi soffermerò brevemente :

a- sul mondo universitario italiano ed in particolare quello delle facoltà di scienze politiche degli anni Cinquanta;

b- sulla generazione di storici delle dottrine politiche di quel periodo e sul contributo fornito da alcuni dei più eminenti degli stessi;

c- sul contributo peculiare di Mario D'Addio agli studi istituzionalistici all'interno della sua vasta e profonda produzione;

d- sul ruolo di D'Addio come Direttore dell'Istituto di Studi storici (1974-1984) e come Preside della Facoltà romana di Scienze politiche (1984-1990) e poi come Ministro per i beni culturali nel Governo Dini.

Concluderò sottolineando la validità dell'opzione interdisciplinare nello studio del fenomeno politico e l'indispensabilità di rilanciarla anche sulla base delle discussioni che hanno coinvolto il nostro sistema per più di un secolo, nell'ambito delle trasformazioni dell'Università italiana da Università di élite a Università di massa.

3- *Un ponte* – Mario D'Addio costituisce un vero e proprio ponte tra la generazione dei pionieri della storia delle dottrine politiche e quella degli anni Novanta dello scorso secolo sia per i temi affrontati sia per le esperienze vissute.

Quando Mario D'Addio- nato a Ripacandida (PZ) nel 1923¹, ma residente a Roma dove ottiene la licenza liceale al Tasso con la media dell'otto- si laurea nel dopoguerra nella Facoltà romana di giurisprudenza², le Facoltà di Scienze politiche erano ancora *congelate*, se si esclude il "Cesare Alfieri" di Firenze. Gli studenti nell'anno accademico 1951/2 erano

¹ Il padre Salvatore era di Acerra, la madre Rosa Musto di Ripacandida.

² Iscritto dall'anno accademico 1942/43 D'Addio si laureò il 19 novembre 1948 con una tesi in Diritto privato dal titolo *Disposizioni a favore di enti non riconosciuti* (relatore il prof. Fulvio Maroi su cui v. la voce di A. Masi, F.M., in *Dir. biogr. degli ital.*, 70 (2008).

2406 (ben più dei 770 del 1931/2) e rappresentavano solo il 3,6% dell'intero comparto giuridico- economico .Nel 1961 gli studenti iscritti saranno 9887,per divenire 40182 nel 1971,110996 nel 1991.

In un simile contesto ,nel 1952 i superstiti professori ordinari di Storia delle dottrine politiche erano 4 (Paola Arcari a Cagliari; Vittorio Beonio Brocchieri a Pavia; Carlo Curcio al “Cesare Alfieri” di Firenze ; Rodolfo De Mattei a Roma), mentre gli incaricati della materia nelle Facoltà di Scienze politiche rispondevano ai nomi di Orazio Condorelli (Catania),Carlo Esposito (Napoli),Enrico Opocher (Padova),Mario Delle Piane (Siena),Luigi Firpo (Torino),Gianfranco Miglio (Milano).Nel 1969 gli ordinari della materia erano ormai aumentati 11: BeonioBrocchieri(Pavia);Curcio(Firenze(fr));D’Addio (Pisa);Delle Piane(Siena);De Mattei (Roma);Firpo(Torino);Matteucci(Bologna);Mastellone (Perugia);Miglio (Milano-Catt.); Santonastaso (Napoli,lett) ;Tessitore (Salerno; Magist.).

Negli anni Novanta, quando nel 1999 vennero presentati gli *Studi in Suo onore*³, gli ordinari erano 30, gli associati 44, isuperstiti assistenti ordinari 5 e i ricercatori 55 ; nel 2017 gli ordinari sono 31 (più due straordinari a tempo determinato), 43 gli associati, 33 i ricercatori(più 9 a tempo determinato di tipo A e B).

Il mondo in cui nacque accademicamente D’Addio era in sostanza più simile a quello degli anni Venti /Trenta che a quello attuale: si trattava in realtà di una università di *élite* in cui i docenti ordinari non assommavano a più ai circa 1200 (come nel 1922) a fronte degli oltre 50.000 dell’odierno settore allargato.

D’Addio è dunque stato testimone della trasformazione genetica dell’Università italiana nell’ultimo cinquantennio (e non ne era rimasto ovviamente entusiasta),ma ha esercitato una importante funzione di guida e di collegamento tra generazioni di studiosi.

Subito dopo la laurea, D’Addio sostenne il concorso presso il Ministero del Tesoro e nello stesso tempo divenne assistente volontario di Storia delle dottrine politiche su segnalazione di Arnaldo Volpicelli,che nel 1948 era stato riammesso in servizio come ordinario di Dottrina dello Stato ed esercitava le funzioni di Direttore dell’Istituto di Diritto pubblico e dottrina dello Stato⁴. Divenuto assistente fino al 31 ottobre1952 di Rodolfo De Mattei⁵,che era stato chiamato in Facoltà nel corso 1949,quando lo stesso De Mattei non gli rinnovò l’incarico⁶, verrà contestualmente nominato assistente da Giuseppe Capograssi per la Filosofia del diritto, di cui ricoprirà per il 1955-1956 e per il 1956-1957 l’insegnamento per incarico. D’Addio, che continuò ad applicare la sua libera docenza in

³ *Stato, autorità e libertà : studi in onore di Mario d’Addio*, a cura di Luigi Gambino,Roma,Aracne,1999.

⁴ Decreto del 15 febbraio 1949 firmato dal Direttore amministrativo Spano.

⁵ V. lett.del 12gennaio 1950, su De Mattei v.voce di L.Russi,R.D.M.,Diz.biog.d.it.,1990(38)

⁶ V. lettera del 20 giugno 1952 di revoca per D’Addio e Umberto Seragfini e contestuale nomina di Enrico Vidal.

Storia delle dottrine politiche presso la Facoltà romana di Scienze politiche⁷, vinse il concorso a cattedra bandito dall'Università di Messina nel 1959, venne chiamato a Pisa (dove era già incaricato) nel 1962 e divenne ordinario nel 1965. Nel 1971 fu infine chiamato a Roma sulla cattedra di Storia delle dottrine politiche come successore di De Mattei sulla base della relazione di Augusto del Noce⁸. Nel 1974, con il passaggio di Augusto del Noce alla Filosofia politica, transitò sulla prima cattedra di Storia delle dottrine, mentre contestualmente venne preso l'impegno per il bando di una seconda cattedra per la medesima materia, sui cui verrà chiamata Anna Maria Battista.

D'Addio è dunque partecipe dell'esperienza di una specifica generazione di studiosi, che pervennero alla cattedra tra la metà degli anni Cinquanta e la metà degli anni Sessanta. Come detto, De Mattei, Curcio, Beonio, l'Arcari rappresentano infatti la prima generazione dei docenti di Storia delle dottrine ed istituzioni politiche (poi privata dal De Vecchi della seconda specificazione) e furono reclutati nei due concorsi degli anni 1934 e 1939. I "giovani" Firpo (classe 1915), Miglio (1918), D'Addio (1923), Matteucci (1926) e Mastellone (1920) immettono elementi nuovi nel tronco degli interessi praticati dalla generazione che li aveva preceduti. Essi tenderanno ad adottare, per differenziarsi da alcuni eccessi ideologici del Ventennio, un metodo rigorosamente scientifico nell'indagine fino ad arrivare ad una impostazione strettamente filologica.

Rodolfo De Mattei nella sua nota guida bibliografica (che ricorda nel 1951 le guide del Ventennio di dieci anni prima)⁹ aveva sottolineato in maniera plastica come gli studi in materia di Storia delle dottrine politiche del periodo degli anni Venti/Trenta, superando la posizione "di complemento ed integrazione ai vari studi di economia, diritto, storia"¹⁰ si fossero concentrati sui due filoni principali del pensiero della ragion di Stato e del Risorgimento, accompagnandoli ad un'intensa attività di edizioni critiche delle opere dei classici del pensiero politico.

La generazione di studiosi cui apparteneva D'Addio approfondì quei temi classici, ma li integrò in modo notevole (soprattutto per quanto riguarda D'Addio e Matteucci) con l'analisi attenta del pensiero politico anglo-americo. In particolare, è possibile segnalare una differenza tra i più anziani Firpo, che si era dedicato all'opera di Boccalini e a quella di Campanella ed era partecipe dell'impresa dell'UTET di pubblicazione dei classici del pensiero politico, e Miglio, che - dopo i primi studi su Marsilio - si concentrò sul tema della formazione dello Stato moderno e la tradizione tedesca, e D'Addio, Matteucci e

⁷⁷ V. i libretti delle lezioni del Corso libero del 1954/55 sui Monarcomachi, del 1955/56 su *L'individualismo nel pensiero politico dell'800*, del 1956/57 su *L'idea del contratto sociale della riforma e la filosofia di Rousseau*; del 1957/58 su *il pensiero di G.B. Vico*; nel 1958/59 su *Fondamenti e struttura della società in Vico, Montesquieu e Burke*. La stessa libera docenza verrà confermata definitivamente nel 1961 (dopo un procedimento che coinvolge anche Vidal)

⁸ Nella stessa seduta del 28-1-1971 vengono chiamati a Storia moderna Armando Saitta, a Politica economica Antonio Marzano e Vincenzo Zangara a Diritto costituzionale italiano e comparato e si affaccia il nome di De Rosa, mentre Carlo Lavagna passa dal Diritto costituzionale italiano e comparato alle Istituzioni di diritto pubblico.

⁹ V. R. De Mattei, *Gli studi italiani di storia del pensiero politico: saggio storico bibliografico*, Bologna, Zuffi,

¹⁰ idem, p. 38.

Mastellone concentrati sui temi delle tre rivoluzioni che hanno dato origine alla Stato di massa contemporaneo .

Una parte della produzione di D'Addio risulta –dunque- stimolata dai maestri della Facoltà romana e da maestri pisani poi chiamati nella nostra Facoltà (in particolare Marongiu e Perticone) , che spiegano anche in parte le radici che quella sede ha avuto nella nostra Facoltà (ricordo in questa prospettiva Sperduti, Franchini, Armani, ma anche Ferrari, Cortese , Fazzalari) e le importanti incursioni nella storia delle istituzioni politiche operate da D'Addio . Non soltanto il D'Addio si concentra sul tema del machiavellismo e lo articola nell'ambito della riflessione controriformista del cinque-seicento ,ma soprattutto egli è partecipe della ricordata impostazione filologica sia nelle opere su Salamonio che in quella su Scioppio (*Il pensiero politico di Gaspare Scioppio e il macchiavellismo del seicento*,Milano ,Giuffrè, 1962),significativamente dedicata a De Mattei.

4- *Il pensiero anglo-americano,quello cattolico e la prospettiva istituzionale*-D'altro canto egli allargò in maniera opportuna i propri interessi al settore del pensiero politico anglo-americano del Settecento (*il Federalist* e *Burke*) ,sia quello risorgimentale e contemporaneo (Rosmini,Capograssi,Sturzo),non dimenticando l'opera su *Politica e magistratura (1848-1876)*,contributo di estremo interesse per tutti gli istituzionalisti.

Per quanto riguarda l'approfondimento delle basi culturali del pensiero nord-americano ricordo l'importante la traduzione del *Federalist operata* per la Casa editrice pisana Nistri-Lischi con introduzione di Gaspare Ambrosini (v. l'ed. del 1955 e le appendici di Negri e D'Addio), ripubblicato varie volte da Il Mulino.

Vorrei in proposito ricordare come proprio con Guglielmo Negri, anche lui attento all'evoluzione istituzionale anglo-americana ,D'Addio abbia avuto un sodalizio di amicizia personale ed intellettuale certificata dal volume di Negri *Memorie di mezzo secolo :tra San Pietro e Montecitorio,1934-1972*¹¹ (Bologna, Il Mulino ,1986). In particolare è significativo dell'attività culturale del gruppo di persone anche la pubblicazione dell'opera su *La formazione degli Stati Uniti d'America : documenti*¹².

Per quanto riguarda il pensiero risorgimentale e contemporaneo è ,invece, significativo come D'Addio si sia dedicato ad approfondire il pensiero di Antonio Rosmini , di Luigi Sturzo e di di Giuseppe Capograssi,sempre attento agli elementi che legano l'ideologia della dottrina politica alle soluzioni istituzionali.

Di quest'impostazione metodologica è espressione plastica il ricordato volume su *Politica e magistratura* ,che risente anche dell'influsso del Marongiu ed uscì nella prestigiosa *Collana*

¹¹ V. G. Negri *Memorie di mezzo secolo :tra San Pietro e Montecitorio,1934-1972* , Bologna, Il Mulino ,1986

¹² *La formazione degli Stati Uniti d'America : documenti* (a cura di Alberto Aquarone ,Guglielmo Negri,Cipriana Scelba),Pisa,Nistri-Lischi,1961.

di studi e testi nel centenario dell'Unità diretta da Alberto M. Ghisalberti e Alberto Caracciolo, e costituisce un esempio di indagine storiografica basata su una minuziosa analisi delle fonti. Un simile argomento, che in quegli anni stava interessando anche Giuseppe Maranini¹³, veniva affrontato con rigore esemplare sia negli aspetti costituzionalistici che in quelli politici che in quelli storiografici.

L'affermazione di Maranini (recuperabile, appunto, nella *Storia del potere in Italia*) che uno dei difetti del sistema politico-costituzionale italiano fosse, con la mancata adozione del sistema elettorale maggioritario ad un turno solo, rappresentato dalla dipendenza della magistratura dal potere esecutivo trovava conferma articolata nell'indagine di D'Addio. Nella stessa egli aveva infatti messo in evidenza la tendenza della classe politica liberale italiana a condizionare il potere giudiziario, deducendone in maniera efficace l'impressione che "il liberalismo della Destra ...[si fosse ridotto], per alcuni aspetti, più ad una proclamazione formale di principi che a un concreto impegno politico" (p. 245).

La lezione metodologica di D'Addio veniva –dunque- a corroborare sul campo come nel concreto sviluppo istituzionale "una concezione sistematica della politica finalizzata all'attività pratica" (prendo quest'espressione dalla prefazione ai due volumi del *Corso*) si trovasse in palese contraddizione con l'attività delle élites che vi facevano riferimento.

5-*L'attività istituzionale*- Mario D'Addio ha dimostrato anche doti di eccellente amministratore sia come Direttore dell'Istituto di Studi storici della Facoltà di Scienze politiche (1974-1984), succedendo a Franco Valsecchi, sia come Preside di Facoltà (1984-1990), succedendo a Riccardo Monaco. L'Università di massa aveva fatto esplodere alla fine degli anni Sessanta la "La Sapienza" e l'aveva fatta divenire zona incontrollabile. Non era solo aumentato a dismisura il numero degli studenti, ma anche quello dei docenti. Mario D'Addio si trovò, in connessione con la Presidenza Tosato e quella Monaco a gestire l'incremento dei docenti, che modificarono –anche sulla base dei provvedimenti urgenti del 1973- il profilo accademico della Facoltà. Lo fece in un ambiente che a metà degli anni Settanta venne scosso dalla ventata terroristica ed in particolare dal rapimento di Aldo Moro e dall'omicidio sulle stesse scale della Facoltà di Vittorio Bachelet. Le sue idee erano chiare: mantenimento della continuità del monopolio romano di Scienze politiche nell'ambito delle Università statali e rafforzamento della legalità ambientale. In questa prospettiva deve essere letta la sua azione per il recupero degli spazi delle segreterie di Giurisprudenza e per acquisire locali alla Presidenza della Facoltà al quarto piano dell'edificio, ma anche la gestione della crisi originata dal movimento della *pantera* tra il 1989-1990.

La vicenda successiva della sopraelevazione, che ha costituito un dramma persistente per le Facoltà di Scienze politiche e Giurisprudenza e che sembra arrivare oggi – dopo un quarto di secolo - a conclusione, si è svolta dopo la scadenza del suo mandato di preside,

¹³ V.G. Maranini, *Storia del potere in Italia*, Firenze, Vallecchi, 1967

rappresentando in modo plastico le difficoltà di una Università che durante gli anni Novanta è divenuta solo uno dei poli del sistema universitario romano.

La gemmazione di Tor Vergata nel 1982 e della Università di Roma 3 nel 1992, mentre si moltiplicavano le università private e si scindeva il collegamento tra mondo politico e accademia nelle università statali sono stati i segnali di una trasformazione intensa del ruolo della Facoltà romana di Scienze politiche.

E' certo che D'Addio, anche nella breve esperienza come ministro per i Beni culturali del Governo Dini (accanto a Guglielmo Negri Ministro per i rapporti con il Parlamento e altri colleghi come Carlo Chimenti e Giovanni Puoti), ha dimostrato rigore e dedizione. La stessa dedizione che ha continuato a dimostrare quando, divenuto professore emerito, ha continuato a studiare e a produrre in ambito scientifico con rigore filologico e passione.

6-Conclusioni – Nel corso di questo breve ricordo ho definito D'Addio come triplice ponte tra differenti tipi di Università, tra le generazioni di storici delle dottrine politiche e tra le diverse materie che si interessano del fenomeno politico.

Il contributo di Nicola Antonetti su *Sturzo, Ambrosini: cultura politica e riforme costituzionali. Il problema del bicameralismo alla Costituente*¹⁴ ci ricorda soprattutto il mondo di cui D'Addio è stato testimone nella Roma di fine anni Quaranta e i cui protagonisti sono stati strettamente legati alla nostra Facoltà. Parlo di Ambrosini, che insegnò per incarico Diritto costituzionale italiano e comparato nella nostra Facoltà e fu Direttore dell'Istituto di Diritto pubblico nel periodo della sospensione della Facoltà; parlo di Costantino Mortati, il maggior costituzionalista di questo dopoguerra; parlo di Egidio Tosato, per anni Preside della nostra Facoltà.

In conclusione, in questo momento di distacco si conferma la validità della testimonianza di vita e delle opzioni metodologiche di D'Addio. Rigore scientifico ed apertura interdisciplinare nello studio del fenomeno politico fanno di D'Addio un esempio importante per chi ha agito nella Facoltà di Scienze politiche romana ed in generale per quelle italiane. In un momento in cui con la ristrutturazione dell'Università italiana in cui il tradizionale progetto di Facoltà è oramai alle nostre spalle, ritengo sia opportuno riflettere sulla lezione di chi come D'Addio ci ha preceduto, per garantire e sviluppare la nostra identità fra molti territori e molti fiumi che devono continuare ad essere collegati come egli è riuscito a fare per circa cinquanta anni.

¹⁴ in "Stato, autorità, libertà: studi in onore di Mario D'Addio" (a cura di Luigi Gambino, Roma, Aracne, 1999).

MACRON PRESIDENTE E LA VITTORIA DI LREM ALLE ELEZIONI LEGISLATIVE: INTERROGATIVI E SFIDE DEL QUINQUENNATO¹

di Paola Piciacchia**

Al termine di una lunga tornata elettorale iniziata ad aprile con il primo turno delle elezioni presidenziali e conclusasi il **18 giugno** con il secondo turno delle elezioni legislative, i francesi hanno dato al nuovo Presidente eletto il **7 maggio** una solida maggioranza parlamentare grazie alla quale Macron potrà ben sperare nei prossimi 5 anni di portare avanti, senza troppe scosse, il programma per il quale è stato scelto.

L'inizio della XV legislatura sembra aver quindi fugato qualsiasi dubbio sulla tenuta delle istituzioni francesi e sulle incognite relative all'evoluzione della sua forma di governo, facendo cadere i numerosi interrogativi sorti intorno agli incerti scenari istituzionali che sembravano prospettarsi a cavallo tra elezioni presidenziali e legislative.

A conclusione di quella che è stata definita la “primavera elettorale” francese gli assetti istituzionali della Quinta Repubblica hanno dimostrato, una volta di più, la loro solidità a fronte della repentina destrutturazione del tradizionale sistema dei partiti e alla sua ristrutturazione intorno a nuovi soggetti politici come il movimento *En Marche!*

Il Presidente della Repubblica Macron può ben dirsi forte della vittoria alle elezioni presidenziali vinte come candidato indipendente presentatosi davanti agli elettori con una proposta nuova. Egli può, altresì, dirsi ben forte della straordinaria vittoria alle elezioni legislative del movimento LREM (*La République en Marche*), così come della larghissima maggioranza di 370 parlamentari che il 4 luglio hanno votato la fiducia al Governo di Édouard Philippe, riconfermato Primo Ministro all'indomani delle elezioni legislative, dopo la prima nomina avvenuta il 15 maggio.

¹ Contributo sottoposto a *peer review*.

** Professore aggregato di Diritto pubblico comparato, Università degli studi di Roma “La Sapienza”

Tali punti forza del nuovo Presidente che si sono tradotti nell'immediato in una forte impronta presidenzialistica impressa da Macron, come nella migliore tradizione francese della V Repubblica, alla forma di governo nei primi mesi del suo mandato, non fanno venire meno tuttavia qualche interrogativo su quelle che potranno essere la natura e l'evoluzione dei rapporti tra Presidente, Primo Ministro e Parlamento, destinate a caratterizzare l'attuale quinquennato.

In primo luogo ci si può interrogare su quali saranno i rapporti tra le due teste dell'Esecutivo, Presidente della Repubblica e Primo Ministro.

Macron in modo molto lungimirante - data la difficoltà di fare previsioni certe sulle elezioni legislative dell'**11 e 18 giugno** e di fronte all'eventualità di non riuscire a garantirsi una solida maggioranza parlamentare di sostegno - il **15 maggio** aveva proceduto alla nomina di Édouard Philippe come Primo Ministro. La scelta di Philippe era apparsa subito la scelta più idonea ad incarnare l'esigenza presidenziale di tenere insieme una realtà estremamente fluida con un sistema dei partiti in trasformazione e in pieno "basculément" in vista delle elezioni di giugno.

Militante negli anni Novanta del Partito Socialista, poi esponente dell'UMP (successivamente *Les Républicains*) e fedelissimo di Juppé (di cui nel 2016 aveva sostenuto la candidatura alle primarie), Philippe ha ben espresso la visione del nuovo Presidente Macron componendo, insieme al Presidente, una compagine governativa che apriva alla società civile e che cercava di rappresentare i maggiori partiti non anti-sistema usciti con percentuali alte dal primo turno delle elezioni presidenziali. Questo automaticamente investiva il Primo Ministro del delicato compito di garantire la coerenza di una compagine governativa così marcatamente eterogenea e distante dalle dinamiche delle tradizionali appartenenze partitiche.

Come già sottolineato in un'altra occasione (*Nomos. Le attualità nel diritto*, n.1/2017) il nuovo Presidente avrebbe avuto tanta più forza per governare il Paese quanta maggiore sarebbe stata la sua capacità di attrarre intorno alla visione di En Marche! gli altri partiti e la società civile e quindi la formazione del Governo Philippe I lasciava dunque già intravedere il tipo di dinamiche in atto.

Le elezioni legislative che hanno assicurato al Presidente una più che solida maggioranza parlamentare e che hanno visto il movimento del Presidente *La République En Marche!* immettersi nella logica presidenziale e maggioritaria della democrazia dell'alternanza francese non hanno influenzato più di tanto la scelta di Macron nella formazione del II Governo Philippe che ha, di fatto, espresso la volontà di perseguire una politica di apertura equilibrata a tutti i partiti e di inclusione che, d'altronde, sembra essere nel dna del movimento *En Marche!*, caratterizzato da una forte eterogeneità delle sensibilità politiche dei suoi militanti, molti – è bene ricordarlo - confluiti nel movimento dopo aver maturato importanti esperienze politiche all'interno di altri partiti, primi fra tutti il Partito Socialista e *Les Républicains*.

È dunque importante sottolineare che a Philippe spetterà negli anni a venire il compito di garantire la direzione, il coordinamento e la coesione di una compagine governativa formata da sensibilità diverse che si troveranno a lavorare insieme per portare avanti l'indirizzo tracciato dal Presidente. Una riconferma, questa, del ruolo svolto dal Primo Ministro nell'architettura costituzionale della V Repubblica che più che essere il semplice “fusibile” del Presidente, rappresenta la cinghia di trasmissione fondamentale e ineliminabile degli impulsi presidenziali.

Anche la decisione di Macron di pronunciarsi il **3 luglio** sugli indirizzi presidenziali direttamente davanti al Congresso del Parlamento riunito a Versailles utilizzando la prerogativa prevista dall'art. 18 Cost., letta da più parti come la volontà di offuscare la figura del Primo Ministro proprio alla vigilia della dichiarazione di politica generale di Philippe di fronte all'Assemblea Nazionale fissata per il **4 luglio**, a fronte di un'inegabile impronta presidenzialista impressa dal Presidente, sembra piuttosto il tentativo di riuscire a tenere tutto insieme, le conquiste del presente, la tradizione gollista e la grande maggioranza de LREM che rimane pur sempre un movimento appena nato e che non presenta ancora le caratteristiche di un vero e proprio partito.

Lo stesso Philippe non ha mancato di sottolineare l'esistenza di “due espressioni - quella del Presidente e quella del Primo Ministro - perfettamente in linea e complementari” non mostrando insofferenza verso la decisione presidenziale.

D'altronde, proprio Macron, al momento del discorso pronunciato di fronte al Congresso del Parlamento il **3 luglio** si è limitato a fissare “le cap”, soffermandosi sui grandi orientamenti della politica presidenziale, *in primis* sulle riforme istituzionali – ivi compresa la riforma sulla legislazione d’urgenza -, lasciando al Primo Ministro il compito di entrare nella dettagliata esposizione dell’agenda del quinquennato e delle misure da far approvare in Parlamento.

Proprio riguardo a quest’ultimo, appare utile interrogarsi anche sulle dinamiche che potranno coinvolgere l’istituzione parlamentare negli anni a venire.

Il processo di rinnovamento della democrazia parlamentare (intanto anticipato dall’approvazione ad agosto di due leggi, una organica e una ordinaria, « pour la confiance dans la vie politique » relative alla trasparenza della vita pubblica, alla lotta alla corruzione e al controllo sul finanziamento e i conti dei partiti politici) è stato al centro del discorso pronunciato da Macron il **3 luglio** di fronte al Parlamento riunito in Congresso che annunciando le riforme costituzionali del suo quinquennato ha fatto ampio riferimento al Parlamento.

La larghissima maggioranza parlamentare, sia pure in qualche modo delegittimata dall’altissimo tasso di astensionismo (oltre il 50% in ciascuno dei due turni delle elezioni legislative), e soprattutto il quasi totale rinnovo dell’Assemblea Nazionale con quasi il 72% di membri divenuti deputati per la prima volta non potranno non avere un peso sul ruolo del Parlamento.

L’ampiezza della maggioranza all’Assemblea Nazionale fedele all’Esecutivo, per quello che essa rappresenta, non è scontato che possa tradursi in un “incondizionato” appoggio al Governo. Le molteplici sensibilità che si esprimono all’interno di un movimento appena nato e che si caratterizza per la forte eterogeneità delle sue componenti, inducono ad interrogarsi sull’evoluzione dell’istituzione parlamentare e sulla sua capacità di divenire il luogo ideale e privilegiato dell’integrazione della complessità degli interessi. Si può infatti immaginare (oltre che naturalmente sperare) che una maggioranza così ampia ed eterogenea possa essere maggiormente incline al

dibattito e alla proposta, pronta a divenire un interlocutore attivo del Governo piuttosto che un suo fedele esecutore.

Indicazioni in tal senso sono arrivate proprio dalla Dichiarazione del gruppo parlamentare LREM al momento della sua costituzione all'Assemblea Nazionale nella quale si legge la volontà per i parlamentari del movimento di Macron di ricoprire un ruolo attivo in seno all'istituzione parlamentare, quello, appunto, « d'éclairer et d'inspirer l'action du Gouvernement » e nella quale non mancano i richiami al ruolo e la rafforzamento delle prerogative dell'opposizione parlamentare.

In questa prospettiva, il Congresso del Parlamento del 3 luglio, ma anche, e soprattutto, la decisione di Philippe di presentarsi, il giorno dopo aver impegnato la propria responsabilità ai sensi dell'art. 49, 1° c. Cost. di fronte all'Assemblea Nazionale, anche al Senato per un favorire dibattito ai sensi dell'art. 50-1 Cost. sulla dichiarazione di politica generale, letta lo stesso 4 luglio anche al Senato dal Ministro degli Interni Collomb, sembrano potersi interpretare come la volontà, ma anche la necessità, di porre le basi di un importante raccordo tra Esecutivo e Legislativo per sviluppare un lavoro in comune per portare avanti le riforme annunciate.

E questo anche alla luce del ruolo che nel bicameralismo francese ricopre il Senato. Sebbene infatti non sia legato al Governo dal rapporto fiduciario, la presenza di maggioranze quasi sempre divergenti rispetto a quelle dell'Assemblea Nazionale e le caratteristiche del procedimento legislativo che riconoscono al Senato il potere di condurre una serrata battaglia parlamentare in caso disaccordo con l'Assemblea Nazionale, fino all'inevitabile decisione finale di quest'ultima, esso è stato negli ultimi anni visto dalla dottrina come una sorta di contro potere utile alla democrazia.

In tale ottica è parsa significativa la creazione al Senato di un gruppo LREM di 29 senatori dopo le elezioni legislative in vista delle elezioni senatoriali per il suo rinnovo parziale. Infatti, qualunque progetto di riforma costituzionale il Presidente Macron vorrà far presentare in Parlamento al suo Governo, questo avrà bisogno dell'approvazione del Senato dove al momento, rimane ben salda la maggioranza di

destra che, anzi, dopo le elezioni senatoriali del 24 settembre si è anche rafforzata facendo anche perdere un seggio al gruppo LREM.

ELEZIONI

SECONDO TURNO DELLE ELEZIONI PRESIDENZIALI

Il **7 maggio** si svolge il secondo turno dell'elezione presidenziale che vede la consacrazione di Emmanuel Macron al ballottaggio con il leader del Front National Marine Le Pen. Il candidato di En Marche! con il 66,10% dei voti viene eletto Presidente della Repubblica mentre Marine Le Pen ottiene il 33,90% dei voti.

Il tasso di astensione si attese al 25,44% in aumento rispetto alla precedente elezione presidenziale quanto aveva raggiunto il 19,65%.

Favorito nei sondaggi, Macron per il secondo turno aveva ricevuto il sostegno anche di esponenti di altri partiti soprattutto del Partito Socialista e de *Les Républicains*. La sera stessa del primo turno Benoît Hamon e Fillon avevano invitato gli elettori a votare per Macron. Non si era pronunciato in tal senso Jean-Luc Mélançon - leader di *La France Insoumise* che al primo turno aveva ottenuto il 19,58% dei voti - il quale tuttavia aveva invitato gli elettori a non votare per Marine Le Pen.

PRIMO TURNO DELLE ELEZIONI LEGISLATIVE

In un clima di attesa l' **11 giugno** si svolge il primo turno delle elezioni legislative.

Il movimento del Presidente con la sigla *La République En Marche* (LREM) si attesta prima forza politica ottenendo il 28,21% dei voti seguito da *Les Républicains* (LR) che ottiene il 15,77% dei voti, il Front National (FN) che ottiene 13,20% dei voti, la France insoumise (FI) che ottiene 11,02%, ed infine il *Parti Socialiste* (PS) che arriva al 7,44% dei suffragi.

Molto elevato il tasso di astensione che raggiunge il 51,29% dei voti contro il 42,77% del 2012.

SECONDO TURNO DELLE ELEZIONI LEGISLATIVE

Il **18 giugno** si tiene il secondo turno delle elezioni legislative. Confermando il successo del primo turno il movimento del Presidente *La République En Marche* ottiene la maggioranza assoluta con il 43,06% dei voti e 308 seggi all'Assemblea Nazionale.

Come secondo partito si confermano *Les Républicains* che ottengono il 22,23% dei voti e 112 seggi, mentre il Mo.dem. ottiene il 6,06% dei voti e 42 seggi; il Partito Socialista il 5,68 e 30 seggi; la France insoumise il 4,86% e 17 seggi; il Partito Comunista l'1,20% e 10 seggi. Fortemente ridimensionato rispetto alle premesse delle elezioni presidenziali il Front National che ottiene l'8,75% dei voti e 8 seggi. Scompaiono praticamente gli ecologisti che ottengono lo 0,13% dei voti e un solo seggio.

Altissimo il tasso di astensione che raggiunge il 57,36% molto al di sopra della percentuale del 2012 che era stata del 44,60%.

L'Assemblea Nazionale è stata quasi completamente rinnovata con il 71,92% (415) di eletti per la prima volta. Significativa l'alta percentuale di donne elette pari al 38,82% oltre dieci punti in più rispetto al 2012 dove siedevano all'Assemblea Nazionale 155 (il 26,86%) donne.

PARLAMENTO

LA COSTITUZIONE DEI GRUPPI PARLAMENTARI ALL'ASSEMBLEA NAZIONALE

Il **28 giugno** si costituiscono sette gruppi parlamentari all'Assemblea Nazionale: il gruppo *La République En Marche* formato di 309 membri e 4 apparentati tra i quali l'ex Primo Ministro Manuel Valls; il gruppo del Mo.dem. formato da 43 membri e 3 apparentati; il gruppo socialista de la *Nouvelle Gauche* formato da 28 membri e 3 apparentati che si dichiara gruppo indipendente con una propria autonomia pronto a sostenere le leggi della maggioranza valutandone di volta in volta in contenuti; il gruppo di *Les Républicains* gruppo formato da 95 membri e 3 apparentati; *Les Constructifs* gruppo formato da 34 membri e 1 apparentato che riunisce repubblicani, Udi e indipendenti; la *France Insoumise* con 17 membri e la *Gauche démocrate et républicaine* con 16 membri.

LA FORMAZIONE DEL GRUPPO PARLAMENTARE LREM AL SENATO

Il **26 giugno** al Senato, dove il gruppo più numeroso è quello de *Les Républicains* con 142 membri tra quelli effettivi e quelli apparentati, si è costituito un gruppo parlamentare de *La République En Marche* formato da 29 senatori (27 più 2 apparentés) in prevalenza provenienti da senatori del Partito Socialista che avevano sostenuto l'elezione di Emmanuel Macron. Il nuovo gruppo è presieduto da François Patriat.

LE PROPOSTE DI RIFORMA DELL'ASSEMBLEA NAZIONALE

Il **2 agosto** il nuovo Presidente dell'Assemblea Nazionale, François de Rugy, sulla scia dell'ampio progetto di rinnovamento annunciato da Macron nel discorso pronunciato a Versailles il **3 luglio** di fronte al Parlamento riunito in Congresso (v. *infra*), presenta le linee guida per la riforma dell'Assemblea Nazionale e annuncia la creazione di sette gruppi di lavoro incaricati di avviare la discussione e fare proposte sullo statuto dei deputati e i loro metodi di lavoro; sulle condizioni di lavoro all'Assemblea Nazionale e sullo statuto degli assistenti parlamentari; sulla procedura legislativa, l'organizzazione parlamentare e i diritti dell'opposizione; sui mezzi relativi al controllo e alla valutazione; sullo sviluppo sostenibile nella gestione e nel funzionamento dell'Assemblea Nazionale; sulla democrazia digitale e le nuove forme di partecipazione dei cittadini; sull'apertura dell'Assemblea Nazionale alla società.

PROLUNGAMENTO STATO DI URGENZA E PROGETTO DI LEGGE SUL TERRORISMO

L'**11 luglio** viene promulgata la legge **n. 2017-1154** (J.O. 12 luglio) relativa al prolungamento dello stato di urgenza.

Il progetto di legge era stato depositato al Senato il **22 giugno** ed ivi approvato in prima lettura il **4 luglio**. Trasmesso all'Assemblea Nazionale il progetto era stato approvato senza modifiche il **6 luglio**.

La legge ha prolungato fino al **1° novembre** lo stato di urgenza.

Sempre in tema di misure di contrasto al terrorismo, lo stesso **22 giugno** viene presentato al Senato il progetto di legge sul rafforzamento della sicurezza interna e la lotta al terrorismo. Al momento il progetto è stato approvato, con dichiarazione di procedura accelerata da parte del Governo, in prima lettura senza modifiche dal Senato ed è in attesa di proseguire il suo iter all'Assemblea Nazionale.

Il progetto si propone di creare nuovi dispositivi permanenti di lotta al terrorismo con l'intento di porre fine al regime derogatorio dello stato di urgenza previsto dalla legge del 1955.

Perseguendo tale obiettivo il progetto incorpora nel diritto comune alcune disposizioni riservate allo stato di urgenza per prevenire la minaccia terroristica anche al di fuori dello stato di urgenza da utilizzare in circostanze eccezionali.

CONVOCAZIONE DEI GRANDI ELETTORI PER IL SENATO

Il **2 giugno** viene pubblicato il decreto di convocazione dei grandi elettori in vista delle elezioni per il parziale rinnovo del Senato del **24 settembre**.

L'elezione riguarderà 170 senatori della serie 1, comprendente 44 circoscrizioni e la metà dei dodici senatori rappresentanti dei Francesi all'estero.

Sempre il 24 settembre si vota anche per un'elezione senatoriale parziale in Savoia per le dimissioni di Michel Bouvard (LR) agli inizi di giugno.

RAPPORT D'INFORMATION "DECIDER 2017"

Il **23 maggio** viene pubblicato un Rapport d'information dei senatori Henri Cabanel et Philippe Bonnacarrère dal titolo "Décider en 2017 : le temps d'une démocratie coopérative". Nel Rapporto viene proposto di associare i cittadini alla presa delle decisioni pubbliche e tal fine di rendere più accessibili al pubblico i dati concernenti i progetti infrastrutturali.

MISURE PER IL RAFFORZAMENTO DEL DIALOGO SOCIALE

Il **2 agosto** viene approvata in via definitiva la legge di abilitazione per l'adozione tramite ordinanze di misure per il rafforzamento del dialogo sociale.

Il progetto di legge era stato presentato all'Assemblea Nazionale il **29 giugno** e, dopo la dichiarazione di ricorso da parte del Governo alla procedura accelerata, ivi approvato in prima lettura il **13 luglio**. Trasmesso al Senato il progetto era stato adottato con modifiche il **27 luglio**. Dopo la convocazione della Commissione Mista Paritetica e trovato l'accordo il testo era stato definitivamente approvato da Assemblea Nazionale e Senato rispettivamente l'1 e il 2 agosto. Il 9 agosto la legge è stata sottoposta al Consiglio Costituzionale che si è pronunciato con decisione n. 751 DC del 7 settembre.

La legge autorizza il governo a prendere tramite ordinanze misure nel campo del dialogo sociale e della contrattazione d'impresa relative alle relazioni individuali e collettive di lavoro, relative all'impiego e alla formazione professionale, da applicare ai dipendenti di diritto privato. Tra gli obiettivi quello di favorire le condizioni di esercizio delle responsabilità sindacali, di modificare le disposizioni relative al licenziamento per motivi economici definendo il parametro di apprezzamento della causa economica, di sviluppare la negoziazione collettiva e di "securiser" gli accordi collettivi.

FIDUCIA NELLA VITA PUBBLICA

Il **3** e il **9 agosto** vengono approvate in via definitiva due leggi, una ordinaria e una organica relative alle misure per rilanciare la fiducia nell'azione pubblica.

Il progetto di legge ordinaria era stato presentato il **4 luglio** al Senato, e, dopo il ricorso da parte del Governo alla procedura accelerata, era stato ivi approvato in prima lettura il **12 luglio**. Trasmesso all'Assemblea Nazionale, il testo era stato adottato con modifiche il **28 luglio**. Dopo la convocazione della Commissione Mista

paritetica e trovato l'accordo il testo era stato approvato in via definitiva da entrambe le Camere rispettivamente il **2** al Senato e il **3 agosto** all'Assemblea Nazionale.

Il progetto di legge organica era stato presentato il **4 luglio** al Senato e, dopo il ricorso da parte del Governo alla procedura accelerata, era stato ivi approvato in prima lettura il **13 luglio**. Trasmesso all'Assemblea Nazionale, questa lo aveva adottato modificandolo il **28 luglio**. Dopo la convocazione della Commissione Mista Paritetica e di fronte il persistente disaccordo, si era proceduto ad una nuova lettura da parte dell'Assemblea Nazionale che aveva approvato il testo il **3 agosto** e da parte del Senato che lo aveva adottato con modifiche il **4 agosto**. In via definitiva si era pronunciata l'Assemblea Nazionale il **9 agosto**.

Su entrambi i testi si è pronunciato il Consiglio costituzionale con decisione n. 752 DC e n. 753 DC dell'8 settembre.

In attesa di una ulteriore riforma della Costituzione che completerà tali disposizioni, le due leggi rappresentano la prima tappa di riforma della moralizzazione della vita pubblica.

Le due leggi prevedono regole etiche e di trasparenza finanziaria per i titolari di cariche pubbliche e rafforzano i meccanismi di pubblicità e i controlli.

In particolare prevedono il rafforzamento del controllo sulla situazione patrimoniale del Presidente della Repubblica da parte dell'Alta Autorità per la trasparenza della vita pubblica che potrà pubblicare un parere sull'evoluzione del patrimonio del Presidente della Repubblica tra l'inizio e la fine del suo mandato.

Le leggi introducono inoltre nuovi obblighi per i parlamentari al fine di prevenire il conflitto di interessi e il cumulo delle funzioni. Nuove regole per i rimborsi vengono previste.

Viene prevista l'ineleggibilità in caso di crimini o infrazioni che si traducano nel venir meno della probità per i candidati alle elezioni legislative o senatoriali.

Vengono rafforzati i controlli sul finanziamento della vita pubblica con il controllo dei conti dei partiti politici e delle campagne elettorali.

GOVERNO

LA FORMAZIONE DEL I GOVERNO PHILIPPE

Qualche giorno dopo la sua elezione alla presidenza della Repubblica, Macron ha nominato, il **15 maggio**, il nuovo Primo Ministro Edouard Philippe. Quest'ultimo, il **17 maggio**, ha annunciato la composizione del nuovo governo formato da 18 ministri e 4 segretari di Stato. Si tratta di una compagine governativa che raccoglie

numerosi esponenti di altri partiti (Partito Socialista, Les Républicains, Mo.dem.) e della società civile.

Il I Governo Philippe risultava così composto: Édouard Philippe Primo Ministro; Jean-Yves Le Drian (Partito Socialista) Ministro dell'Europa e degli Affari esteri; Nicolas Hulot (Indipendente), Ministro dell'Ecologia, dello Sviluppo sostenibile e dell'Energia; Jean-Michel Blanquer, (Indipendente), Ministro dell'Educazione nazionale; Frédérique Vidal (Indipendente), Ministro dell'Università e della Ricerca; François Bayrou (Mo.dem.), Ministro della Giustizia; Bruno Le Maire (*En Marche!* proveniente da *Les Républicains* - UMP dove ha continuato a militare fino alle primarie presidenziali dell'autunno 2016), Ministro dell'Agricoltura nel 2009 del Governo Fillon) Ministro dell'Economia; Gérald Darmanin (*Les Républicains*), Ministro delle Finanze e dei Conti pubblici; Sylvie Goulard (*En Marche!*), Ministro della Difesa; Muriel Pénicaud (Indipendente), Ministro del Lavoro; Gérard Collomb (Partito Socialista), Ministro dell'Interno; Jacques Mézard (Partito Radicale di Sinistra), Ministro dell'Agricoltura, dell'Agroalimentare e della Foresta; Richard Ferrand (*En Marche!*), Ministro della Coesione Territoriale; Françoise Nyssen (Indipendente), Ministro della Cultura; Agnès Buzyn (Indipendente), Ministro della Sanità; Élisabeth Borne (Indipendente), Ministro dei Trasporti; Laura Flessel-Colovic (*En Marche!*), Ministro dello Sport; Marielle de Sarnez, (Mo.dem.), Ministro degli Affari Europei; Annick Girardin (Partito Radicale di Sinistra), Ministro dell'Oltremare.

IL SECONDO GOVERNO PHILIPPE

All'indomani delle elezioni legislative, il **19 giugno** il Primo Ministro Philippe ha presentato le sue dimissioni al Presidente della Repubblica Macron che gli conferma l'incarico di formare un nuovo governo.

Il **21 giugno** Philippe ha presentato la nuova compagine governativa formata da 19 ministri e 10 segretari di Stato.

Il secondo Governo Philippe ha mantenuto quasi inalterata la sua composizione, soprattutto nei ministeri chiave, se si eccettua la sostituzione del Ministro della Giustizia François Bayrou del Mo.dem. con l'indipendente Nicole Belloubet; del Ministro della Difesa Sylvie Goulard di *En Marche!* con Florence Parly del Partito Socialista; del Ministro dell'Agricoltura, dell'Agroalimentare e della Foresta Jacques Mézard del Partito Radicale di Sinistra con Stéphane Travert di *En Marche!*; del Ministro della Coesione Territoriale Richard Ferrand di *En Marche!* con Jacques Mézard del Partito Radicale di Sinistra; del Ministro degli Affari Europei Marielle de Sarnez del Mo.dem. con Natalie Loiseau, indipendente.

LA DICHIARAZIONE DI POLITICA GENERALE DI FRONTE ALL'ASSEMBLEA NAZIONALE

Il **4 luglio** il Primo Ministro Philippe si è presentato di fronte all'Assemblea Nazionale con una dichiarazione di politica generale per impegnare ai sensi dell'art. 49, 1° c. Cost. la responsabilità e riceve la fiducia con 370 voti a favore, 67 contro e 129 astensioni.

Dopo che il Presidente della Repubblica il **3 luglio** di fronte al Parlamento riunito in Congresso aveva fissato i grandi orientamenti della politica nazionali, Philippe nella dichiarazione di politica generale entra nel dettaglio dell'agenda del quinquennato annunciando la riforma della giustizia, una strategia nazionale per la salute, una politica di sostegno alle famiglie bisognose, agli anziani e ai portatori di handicap, una politica sul decentramento, il rinnovamento dello modello sociale con la riforma delle pensioni e le riforma in tema di imprese e percorsi professionali nonché le riforme per rilanciare l'economia e l'occupazione.

Il giorno dopo aver impegnato la propria responsabilità di fronte all'Assemblea Nazionale, il **5 luglio**, Philippe si è presentato di fronte al Senato per un favore ai sensi dell'art. 50-1 un dibattito sulla dichiarazione di politica generale che letta era lo stesso 4 luglio anche al Senato dal Ministro degli Interni Collomb.

Alla vigilia della dichiarazione di politica generale sulla decisione del Presidente di riunire il Congresso del Parlamento, Philippe ha sottolineato l'esistenza di due espressioni perfettamente in linea e complementari e ha precisato che il rispetto dei ruoli non è stato messo in discussione perché al Presidente spetta il compito di fissare "le cap" mentre al Primo Ministro quello di tradurlo nei fatti: « Le président de la République, lundi devant le Congrès, – ha dichiarato Philippe nel corso di una conferenza stampa - va fixer le cap. Ce cap, il nous appartient à nous, membres du gouvernement, de l'atteindre..de mettre en œuvre l'ensemble des politiques publiques sur lequel s'est engagé le président lors de sa campagne et de lui permettre, et de permettre à notre pays, d'atteindre ces objectifs d'atteindre cette destination qu'il a fixée au pays et aux Français ».

CAPO DELLO STATO

NOMINA DEL PRIMO MINISTRO E REGOLE PER IL GABINETTO DEL PRIMO MINISTRO

Il **15 maggio** il nuovo Capo dello Stato, Emmanuel Macron, ai sensi dell'art. 8, 1 c. Cost., ha nomina come Primo Ministro Édouard Philippe che il **17 maggio** (v. sezione precedente) ha formato la nuova squadra di governo.

Il giorno successivo, il **18 maggio**, il Presidente della Repubblica ha firmato il decreto **n. 2017-1063** sui gabinetti ministeriali (J.O. del 19 maggio) che ha limitato il numero dei collaboratori dei gabinetti dei ministri a dieci, dei ministri delegati a otto e dei segretari di stato a cinque (art. 1). Il decreto ha stabilito poi (art. 2) che la nomina debba avvenire con decreto ministeriale previa sottoposizione al Primo Ministro che assicura il rispetto delle disposizioni dell'art. 1 del decreto. L'art. 2 ha inoltre vietato l'esercizio di competenze che non siano state precisate nel decreto ministeriale il quale deve specificare il titolo dei collaboratori interessati e l'esatta attribuzione che viene loro conferita.

Il decreto ha vietato anche (art. 3) la nomina di coloro che non godano dei diritti civili e politici e nell'ottica della moralizzazione e della trasparenza l'art. 4 ha imposto infine ad ogni membro di un gabinetto ministeriale di inviare all'Alta Autorità per la trasparenza della vita politica un dichiarazione sulla situazione patrimoniale confermente alla normativa vigente (articolo 11 della legge n. 2013-907 dell'11 ottobre 2013 sulla trasparenza della vita pubblica).

L'APPELLO DEL PRESIDENTE ALLA COESIONE DELLA COMPAGINE GOVERNATIVA

Il **18 maggio** nel corso della riunione del primo Consiglio dei Ministri del nuovo Governo Philippe, il Presidente della Repubblica ha indicato tra le regole di buon funzionamento della nuova compagine governativa la solidarietà tra i ministri e il lavoro collegiale. Macron ha rimarcato la ripartizione di ruoli tra le due teste dell'Esecutivo, la necessità dell'assoluta fedeltà del Primo Ministro al Presidente. Ha inoltre ribadito che spetta al Presidente della Repubblica "fixer la stratégie..donner un cap, un sens" al fine di preservare gli equilibri istituzionali mentre a Matignon spettano « les arbitrages quotidiens ou de moyen terme ».

MACRON DI FRONTE AL CONGRESSO DEL PARLAMENTO

Il **3 luglio** il Presidente Macron si è presentato di fronte al Parlamento riunito in Congresso utilizzando la prerogativa che gli riconosce l'art. 18 Cost.

Nel discorso pronunciato il Capo dello Stato ha in effetti tracciato "le cap" soffermandosi soprattutto sull'importanza delle riforme istituzionali (riduzione del numero dei parlamentari, razionalizzazione della procedura legislativa, rafforzamento della valutazione ex ante ed ex post, modifica del sistema elettorale con l'introduzione di una dose di proporzionale, allargamento della democrazia diretta, soppressione Corte

di Giustizia, ecc.) promettendo di far divenire questa sorta di “discorso sull’Unione” un appuntamento annuale fisso.

POLITICA ESTERA: “ALLIANCE POUR LE SAHEL”

Il Presidente Macron il **2 luglio** nel corso del summit del G5 (Mauritania, Mali, Niger, Tchad et Burkina Faso) lancia l’iniziativa un’« Alleanza per il Sahel » che si propone di facilitare gli scambi e la messa in comune di finanziamenti per accelerare e rendere più efficace l’aiuto allo sviluppo del Sahel. Il **13 luglio** Francia e Germania nel corso del Consiglio dei ministri franco-tedesco formalizzano tale alleanza al fine di rafforzare la cooperazione bilaterale sul piano militare, sociale ed economico. Lo scopo è quello di lottare contro la corruzione, il terrorismo e in generale sulle cause più profonde dell’emigrazione di massa.

CORTI

STATO DI URGENZA

Ancora lo stato di urgenza sotto la lente del *Conseil Constitutionnel* che con due pronunce, la decisione **n. 2017-635 QPC** del **9 giugno** e la decisione **n. 2017-648 QPC** del **4 agosto**, è tornato ad occuparsi della legge del 1955 e delle sue successive modifiche.

La prima decisione **n. 2017-635 QPC** del **9 giugno** è derivata da una questione prioritaria di costituzionalità posta da Émile L. relativa al 3° dell’art. 5 della legge n. 55-385 del 3 aprile del 1955, disposizioni che danno al Prefetto, durante lo stato di urgenza e nel territorio interessato, il potere di vietare il soggiorno in tutto o parte del dipartimento ad ogni persona che cerchi in qualche modo di ostacolare l’azione dei pubblici poteri.

In tale circostanza il *Conseil* ha dichiarato che queste disposizioni non assicurano un adeguato equilibrio tra l’obiettivo costituzionale di salvaguardia dell’ordine pubblico, da una parte, e la libertà di andare e venire e il diritto di condurre una vita familiare normale dall’altra, dal momento che la legge non restringe il campo di applicazione alla sola turbativa dell’ordine pubblico ma viene applicata a tutte le situazioni in cui vi siano persone che cercano di ostacolare l’azione dei pubblici poteri. Inoltre l’ampiezza dei poteri riconosciuti al prefetto non è adeguatamente circoscritta dal momento che l’interdizione disposta dal prefetto può riguardare il domicilio, il luogo di lavoro e anche l’intero dipartimento per una durata che non viene limitata nel tempo.

Il *Conseil* ritenendo che non vi fossero adeguate garanzie ha dichiarato contrario a Costituzione il 3° dell'art. 5 della legge del 1955 sullo stato di urgenza e ha posposto al 15 luglio la data di abrogazione di tali disposizioni.

La seconda decisione **n. 2017-648 QPC del 4 agosto** è nata da un ricorso del Consiglio di Stato su una questione prioritaria di costituzionalità posta dalle associazioni La Quadrature du Net, French Data Network e la Fédération de fournisseurs d'accès à internet, in relazione alla costituzionalità dell' art. L. 851 2 del codice della sicurezza interna così come risulta dalla legge n. 2016-987 del 21 luglio 2016 di prolungamento dello stato di urgenza che ha modificato la legge del 3 aprile 1955 introducendo misure di rafforzamento della lotta al terrorismo.

Il *Conseil* ha censurato quelle disposizioni che permettevano la raccolta in tempo reale dei dati relativi alle connessioni di persone vicine alle categorie di persone che costituiscono una minaccia mentre ha dichiarato conformi le disposizioni che permettono la raccolta dei dati delle connessioni delle persone direttamente coinvolte con la minaccia.

Il *Conseil* non ha mancato di cogliere l'occasione per inquadrare giuridicamente la tecnica di raccolta di informazioni ed ha sottolineato che essa non può essere utilizzata che per la prevenzione del terrorismo, che deve essere temporanea e autorizzata dal Primo Ministro previo parere della Commissione nazionale di controllo delle tecniche di *renseignement*.

COLLETTIVITA' TERRITORIALI

Il **17 luglio** si è tenuta, in presenza del Presidente della Repubblica, la Conferenza nazionale dei territori presieduta dal Primo Ministro. La conferenza, che riunisce i rappresentanti delle collettività territoriali e degli organismi di concertazione territoriale si riunirà d'ora in poi ogni sei mesi. Nella prima conferenza il tema centrale è stato quello relativo alla riforma della tassa sulla proprietà e alla riduzione della spesa pubblica.

LA POLITICA MONETARIA DELLA BCE DI NUOVO AL VAGLIO DEL TRIBUNALE COSTITUZIONALE FEDERALE *

di Astrid Zei**

Cn la [decisione](#) del **18 luglio 2017** il Tribunale costituzionale federale ha sospeso il procedimento teso ad accertare la legittimità del programma di riacquisto generalizzato di titoli del settore pubblico, c.d. *Quantitative Easing*, avviato dalla Banca centrale europea nel mese di marzo del 2015, inoltrando un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'UE.

Il procedimento riunisce quattro ricorsi individuali [[2 BvR 859/15](#); [2 BvR 980/16](#); [2 BvR 2006/15](#); [2 BvR 1651/15](#)] con cui si contesta, da un lato, la natura *ultra vires* del *Expanded Asset Purchase Programme* (APP) della Banca centrale europea; dall'altro, si invoca una violazione dell'identità costituzionale tedesca, che ricomprende anche il principio della responsabilità generale del *Bundestag* per il bilancio dello Stato (*Gesamtverantwortung*).

Contestando le decisioni della BCE e del Consiglio della BCE che istituiscono il programma di acquisto dei prestiti del settore pubblico nel mercato secondario (*Public Sector Assets Purchase Program*, abbr. PSPP), il Programma di acquisto di titoli garantiti (*Asset Backed Securities Purchase Program*, abbr. ABSPP), il Programma di acquisto di obbligazioni bancarie garantite (*Third Covered Bonds Purchase Program*, abbr. CBPP3), quelle relative all'attuazione del programma di acquisto di obbligazioni di qualità elevata emesse da società non bancarie (*Corporate Sector Purchase Programme*, CSPP), e la decisione della Banca centrale europea del 22 giugno 2016 sull'idoneità degli strumenti di debito negoziabili emessi o garantiti dalla Repubblica ellenica ([ECB/2016/18](#)), i ricorrenti denunciano una violazione del divieto di acquisto diretto di titoli del debito degli Stati membri da parte della Banca centrale europea e delle Banche centrali nazionali sancito dall'art. 123 [TFUE](#), e del mandato della BCE, iscritto nell'art. 127, primo co., [TFUE](#), limitato all'adozione di misure funzionali al

** Professore associato di diritto pubblico comparato, Università degli studi di Roma "La Sapienza"

mantenimento della stabilità dei prezzi, e nel [Protocollo sullo Statuto del Sistema Europeo di Banche Centrali e della Banca Centrale Europea](#) (artt. 17-24), che pertanto violerebbe le prerogative degli Stati membri e dell'UE in materia di politica economica, iscritte nell'art. 119 TFUE.

Conseguentemente si ipotizza anche l'illegittimità dell'operato della *Bundesbank*, per la sua partecipazione ai programmi di acquisto dei titoli iscritti nel *Expanded Asset Purchase Programme* (APP), e si pretende una lesione dei diritti costituzionalmente garantiti cagionata direttamente dalle omissioni del Governo federale e del *Bundestag*, che non si sarebbero “adoperati per l'annullamento delle deliberazioni (della Banca centrale europea) sull'acquisto dei titoli” e non avrebbero assunto “adeguate misure per mantenere quanto più limitati possibile gli oneri connessi all'attuazione di quelle decisioni”.

Il **24 maggio** uno dei ricorrenti ha altresì presentato la richiesta di una misura cautelare, atta a sospendere la partecipazione della Banca centrale tedesca al programma di acquisto di titoli pubblici e privati dell'Eurosistema

Il Tribunale costituzionale federale risulta condividere, almeno in parte, le argomentazioni dei ricorrenti, paventando la natura *ultra vires* della decisione del Consiglio della Banca centrale europea [\(EU\) 2015/774](#) del 4 marzo 2015 sul programma di acquisto dei prestiti del settore pubblico nel mercato secondario (*Public Sector Assets Purchase Program*, abbr. PSPP), modificata dalle decisioni [\(EU\) 2015/2101](#) della Banca centrale europea del 5 novembre 2015 e [\(EU\) 2016/702](#) del 18 aprile 2016, e della decisione della Banca centrale europea [\(EU\) 2016/1041](#) del 22 giugno 2016 sull'idoneità degli strumenti di debito negoziabili emessi o garantiti dalla Repubblica ellenica.

Prima di pronunciarsi in via definitiva i giudici di Karlsruhe hanno attuato il “protocollo” già illustrato nella sentenza *Honeywell* del 6 luglio 2010 [BVerfG 126, 286 <303-307>], cui si erano attenuti anche prima di esprimersi in via definitiva sulla legittimità dell'OMT (*Technical Features of Outright Monetary Transactions*) [[BVerfGE 134, 366](#)], atto a declinare in senso europeista (“*Europafreundlich*”) il sindacato sui

controlimiti al processo di integrazione europea, inoltrando un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea ai sensi degli artt. 19 III b TUE e 267 I TFUE, chiedendo inoltre un procedimento accelerato, ai sensi dell'art. 105 del Regolamento di procedura della Corte di Giustizia.

Quanto ai parametri di un sindacato del *Bundesverfassungsgericht* sugli atti *ultra vires* essi vengono spiegati richiamando i limiti già illustrati nella sentenza Honeywell ([BVerfGE 126, 286](#)) e nella sentenza OMT del 21 giugno 2016 ([BVerfGE 142, 123](#)), che consistono nell'accertamento di una violazione "palese" del diritto iscritto nei Trattati, nel generale *favor* nei confronti del diritto europeo (*Europafreundlichkeit*), e nel rispetto delle prerogative della Corte di Giustizia, cui viene riconosciuto un certo spazio interpretativo (v. par. 52-53 della decisione del 18 luglio 2017).

Nonostante il significato politico della decisione, che potrebbe aprire scenari molto difficili da gestire nel processo di integrazione europea, non si può fare a meno di notare che il testo si distingue dalle altre pronunce del *Bundesverfassungsgericht* sulla politica monetaria nell'ambito dell'UE per uno stile argomentativo meno assertivo, caratterizzato ad un abbondante uso del modo condizionale – "siffatta violazione delle competenze avrebbe una portata strutturale" (par. 66); "se la decisione sul PSPP .. violasse il divieto di finanziamento monetario dei bilanci, vi sarebbe anche per questo una violazione delle competenze palese e strutturalmente significativa" (par. 67) –, per le diverse riserve espresse – "se si ammette che la decisione sul PSPP debba essere qualificata come una misura di politica finanziaria, fatta salva l'interpretazione della Corte di Giustizia..." (par. 65), e per i dubbi manifestati apertamente – "è dubbio se la decisione sul PSPP, per il suo volume e per la durata della sua attuazione, superiore a due anni, e per i suoi effetti possa essere ancora considerata coperta dal mandato della BCE" (par. 100), anche con riguardo all'ipotesi di una violazione del principio della responsabilità del Bundestag per il bilancio dello Stato a fronte di possibili perdite da parte della *Bundesbank*, che, secondo i giudici, "al momento non si può prevedere con certezza" (par. 128), ed infine per un *caveat*, che si ricava dalla citazione (par. 53) di un passaggio della pronuncia del 21 giugno 2016, laddove si

riconosce alla Corte di Giustizia UE, interpellata dal Tribunale costituzionale federale, “un certo necessario spazio di valutazione”, fatto salvo solamente il caso limite di “una interpretazione palesemente e assolutamente non più sostenibile e pertanto oggettivamente arbitraria” (par. 149 della sentenza del 21 giugno 2016).

Si tratta di accortezze stilistiche che forse non tradiscono l’esito della decisione definitiva, ma risultano comunque maggiormente coerenti con il principio del *favor europeo* continuamente invocato nell’ambito della giurisprudenza costituzionale tedesca.

In astratto, l’ammissibilità di un ricorso individuale si giustifica in forza della più recente giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale, e, in particolare della decisione del 16 giugno 2016 sulla legittimità della decisione del Consiglio europeo delle banche centrali del 6 settembre 2012 sull’OMT (*Technical Features of Outright Monetary Transactions*), con cui i giudici si erano pronunciati anche su un fascio di ricorsi individuali (*Verfassungsbeschwerde*) ([BVerfGE 142, 123](#)), enunciando a chiare lettere la giustiziabilità di un „diritto alla democrazia” (par. 166 e 185 della sentenza del 16 giugno 2016), che si esprime attraverso il diritto di voto iscritto nell’art. 38 della Legge Fondamentale, che costituisce al contempo espressione della garanzia fondamentale della dignità dell’uomo (art. 1 LF). Già nella sentenza Lisbona ([BVerfGE 123, 267](#) <341>) il Tribunale costituzionale federale aveva infatti chiarito che “il diritto del cittadino di determinare, in modo libero ed eguale, il potere pubblico (..) attraverso elezioni e votazioni è la parte basilare del principio democratico”, che tale pretesa è ancorata alla dignità dell’uomo (art.1, primo comma, LF), e che pertanto esso “appartiene ai principi immodificabili del diritto costituzionale tedesco, attraverso l’art. 20, primo e secondo comma, LF in combinato con l’art. 79, terzo comma, LF”. In questa prospettiva il principio democratico assume una dimensione soggettiva, che legittima il singolo cittadino a ricorrere anche avverso una violazione dei principi iscritti nell’art. 79, terzo co., LF, che sanciscono l’”identità della Costituzione” tedesca ([BVerfGE 123, 267](#)<340>). Ciò in quanto il diritto di ogni cittadino alla eguale autodeterminazione democratica (diritto di

partecipazione democratica) potrebbe risultare violato anche nell'ipotesi di una modifica nell'organizzazione del potere statale, ove essa sia di tale entità da tradire il principio della sovranità popolare iscritto nell'art. 20 LF. Pertanto, secondo i giudici di Karlsruhe, “il diritto di voto vale a fondare una pretesa all'autodeterminazione democratica, alla libera ed eguale partecipazione al potere statale esercitato in Germania, così come al rispetto del principio democratico, che ricomprende anche l'osservanza del potere costituente del popolo” ([BVerfGE 123, 267](#) <341>).

Nella pronuncia del 21 giugno 2016 il controllo *ultra vires* veniva inoltre spiegato come un “caso particolare di applicazione della tutela generale dell'identità costituzionale” (par. 153). Ciò in quanto il principio democratico, declinato nella sua dimensione procedurale nell'art. 38, primo co., LF, tutela il cittadino anche dinanzi ad una “palese e significativo superamento strutturale delle competenze” attraverso “organi, istituzioni e altre sedi dell'Unione europea”.

L'identità costituzionale tedesca, nelle parole del Tribunale, risulterebbe violata qualora il *Bundestag* non fosse più pienamente responsabile del bilancio dello Stato, e pertanto, come già affermato nella sentenza del 12 settembre 2012 sul *Meccanismo europeo di stabilità* ([BVerfGE 132, 95](#) <239 ss.>), risulterebbe illegittima l'istituzione di “meccanismi duraturi iscritti nel diritto internazionale dei Trattati che comportino l'assunzione di responsabilità per le determinazioni assunte da altri Stati, soprattutto quando le stesse sortiscano effetti che non possono essere preventivamente calcolati”; di conseguenza “qualsiasi forma di aiuto e di solidarietà della Federazione di grande portata che incida sulle uscite in ambito internazionale o nell'Unione europea deve essere specificamente autorizzata dal Bundestag”.

Occorre però ricordare che ai sensi dell'art. 93, comma 4a, LF un ricorso individuale ha sempre ad oggetto un atto delle autorità tedesche, non un atto dell'UE. La sentenza del 16 giugno 2016, tuttavia, aveva già dilatato il novero degli atti delle autorità tedesche potenzialmente lesivi del „diritto alla democrazia“, ovvero della „tutela dell'identità costituzionale tedesca“ per ricomprendervi anche “l'inerzia, che viola la responsabilità degli organi costituzionali tedeschi rispetto all'integrazione

europea (“*Integrationsverantwortung*”)” (par. 83 – 104 della sentenza del 21 giugno 2016). Accertando una „omissione“ da parte del Bundestag, o del Governo federale, il Tribunale costituzionale federale potrebbe dunque procedere (subordinatamente) all’esercizio di un sindacato sulla natura *ultra vires* degli atti dell’UE che “determinano un obbligo di reazione in capo agli organi costituzionali tedeschi in forza dalla loro responsabilità rispetto agli sviluppi del processo di integrazione europea” (par. 99-100 della sentenza del 21 giugno 2016).

Richiamando la decisione sull’OMT del 14 gennaio 2014 ([BVerfGE 134, 366](#)), il *Bundesverfassungsgericht* è tornato difatti a chiarire che „il Bundestag tedesco e il Governo federale, in forza del principio della responsabilità per l’integrazione, hanno l’obbligo di vigilare circa il rispetto del programma di integrazione e di contribuirvi attivamente. Pertanto essi sono fondamentalmente obbligati ad impegnarsi con mezzi giuridici o politici, nell’ambito delle rispettive competenze, per l’annullamento dei provvedimenti che non sono coperti dal programma di integrazione, e, fintanto che tali provvedimenti continuano ad avere effetto, ad assumere precauzioni adeguate affinché gli effetti di tali misure nel diritto interno restino più limitati possibile“ (par. 49 della decisione del **18 luglio 2017**).

Riguardo ai „mezzi giuridici e politici“ da utilizzare, il Tribunale costituzionale federale ipotizza, per il Governo federale, un „ricorso alla Corte di Giustizia“, un voto dissenziente nelle sedi dell’UE, „compreso l’esercizio del diritto di veto, la proposta di una modifica dei Trattati (ai sensi dell’art. 48, secondo co., e art. 50 TUE), così come l’adozione di atti di indirizzo nei confronti delle autorità subordinate, affinché non diano attuazione alle misure in questione“. Il Bundestag, invece, potrebbe ricorrere ai suoi tradizionali strumenti di controllo proponendo „interrogazioni, dibattiti e risoluzioni“, ovvero potrebbe attivare il sindacato della Corte di Giustizia dell’UE nell’ambito di un controllo sulla sussidiarietà (ai sensi dell’art. 23, comma 1 a, LF)“ (par. 73 della decisione del **18 luglio**).

In ogni caso „una violazione degli obblighi che si ricollegano alla responsabilità per l’integrazione del Bundestag e del Governo federale viola i diritti soggettivi degli

elettori“ e di conseguenza legittima un ricorso individuale (par. 50 della decisione del 18 luglio).

Pertanto „se la decisione che istituisce il PSPP configurasse una violazione sufficientemente qualificata del mandato assegnato alla BCE, e intervenisse sulle competenze degli Stati membri in materia di politica economica e/o contro il divieto di finanziamento monetario del bilancio (*degli Stati*), le istanze verrebbero accolte. La decisione sul PSPP dovrebbe essere qualificata come un atto *ultra vires* (1). In tal caso il Bundestag e il Governo federale, con la loro inerzia, avrebbero violato i diritti costituzionali dei ricorrenti (2)“ (par. 62 della decisione del **18 luglio**).

L'efficacia dei „mezzi giuridici e politici“ menzionati dal Tribunale costituzionale federale, sia pure a titolo esemplificativo, probabilmente resta indimostrabile. Di certo il principio dell'indipendenza della Banca Centrale, che a differenza di quanto avviene, ad esempio, nel nostro ordinamento, trova oltretutto nell'art. 88 della Legge Fondamentale un fondamento costituzionale espresso, esclude senz'altro l'esercizio di „un controllo parlamentare repressivo e il potere di direttiva dell'esecutivo“ nei confronti di tale organo (H. Jarass-B. Pieroth, *GG, München, Beck*, 6. Ed.).

Il Tribunale, ricollegandosi alle sue precedenti pronunce, in particolare al rinvio pregiudiziale del 14 gennaio 2014 ([BVerfGE 134, 366](#) <399 ss.>) e alla sentenza sull'OMT ([BVerfGE 142, 123](#) <220 ss.>), è tornato difatti ad invocare l'eccentricità della Banca centrale europea rispetto al circuito del controllo democratico iscritto nel diritto costituzionale tedesco e nei Trattati, che si configurerebbe quale condizione di legittimità del processo di integrazione. Il principio dell'indipendenza delle Banche centrali, riaffermato anche nell'art. 88 della Legge Fondamentale, si giustificerebbe infatti solamente in forza delle “peculiarità comprovate e scientificamente dimostrate della politica monetaria, per cui una banca centrale indipendente garantisce il valore del denaro meglio di un organo sovrano, che agisce in funzione della quantità e del valore del denaro e nel breve periodo è soggetto all'approvazione delle forze politiche. Per questa ragione, l'indipendenza di una Banca centrale europea si configura come una deroga legittimata dalla Costituzione, purchè si resti nell'ambito

di una politica monetaria orientata essenzialmente alla stabilità e non si coinvolgono altri ambiti della politica” (par. 59-60).

Tali considerazioni danno conto di una particolare concezione della politica monetaria atta a promuovere la stabilità dei prezzi, in forza della quale una misura della BCE, a prescindere dagli obiettivi perseguiti e dagli strumenti utilizzati, risulta comunque di dubbia legittimità se sortisce effetti importanti apprezzabili *anche* nell’ambito della politica economica (v. spec. par. 76 e par. 105-114).

Il Tribunale costituzionale federale infatti propone una lettura del mandato assegnato alla Banca centrale europea che da tempo e da più parti viene considerato debitore di una teoria macroeconomica basata su un modello monetarista.

Generalmente il *Quantitative Easing* viene considerato come una politica monetaria non convenzionale, vale a dire una misura atta ad immettere nel mercato la liquidità necessaria al suo corretto funzionamento qualora la riduzione dei tassi ufficiali si riveli inefficace o insufficiente, e ciò può accadere quando si debba fronteggiare una crisi finanziaria. Del resto questo tipo di intervento è stato attuato in passato anche da altre Banche centrali: la Banca centrale del Giappone lanciò un programma non convenzionale dello stesso tipo nel 2001, con l’obiettivo di arginare una spinta deflazionistica, e a partire dal 2007 fecero lo stesso anche la *Federal Reserve* e la *Bank of England*, sempre con l’obiettivo di fornire liquidità al mercato.

Al riguardo occorre ricordare che la progressiva riduzione dei tassi di interesse deliberata dal Consiglio direttivo della BCE nel 2014 già a distanza di un anno aveva pressoché azzerato il costo delle operazioni di rifinanziamento, e il rendimento applicato ai depositi delle banche aveva assunto valori addirittura negativi.

Il programma di riacquisto di titoli del settore pubblico da parte delle Banche centrali avviato nel 2015 è stato dunque concepito come una manovra non convenzionale atta a stimolare indirettamente l’inflazione, per portarla al 2%, determinando anzitutto una riduzione dei rendimenti dei titoli di Stato dei Paesi dell’area Euro e quindi una maggiore attitudine da parte degli investitori e del sistema bancario ad impegnare altrimenti la liquidità disponibile, che a sua volta avrebbe

dovuto condurre ad un miglioramento delle condizioni di offerta del credito, agendo infine da stimolo per gli investimenti.

Il piano prevede un acquisto massiccio di titoli di Stato e obbligazioni emesse da determinati istituti e agenzie europee per un ammontare pari a 60 miliardi di euro ogni mese - importo, questo, che a dicembre 2015 e a marzo 2016 è stato portato a 80 miliardi di euro, e poi ridotto nuovamente a 60 miliardi a partire dal mese di aprile 2017 – per una durata inizialmente fissata a 19 mesi, successivamente prorogata fino a dicembre 2017. Gli acquisti sono generalizzati: si tratta cioè di un paniere di titoli emessi dai diversi Stati dell'Eurozona (ad esclusione di Grecia, Cipro ed Estonia) composto in proporzione alle percentuali del capitale della BCE detenuto dalle Banche centrali nazionali (c.d. *Capital Key*). Al fine di rispettare il divieto di finanziamento del debito pubblico da parte della BCE la maggior parte dei titoli viene acquistato dalle Banche centrali nazionali nei mercati secondari nazionali, mentre gli acquisti effettuati direttamente dalla BCE sono limitati all'8-10% del paniere. I rischi sono condivisi solamente in parte: nell'ambito del PSPP, che assorbe la maggior parte delle risorse, solo per il 20% degli acquisti vige il principio della condivisione tra le banche centrali nazionali dell'Eurosistema in base alla propria quota capitale; del rimanente 80% risponde invece la Banca centrale nazionale che ha effettuato gli acquisti.

Nel frattempo gli effetti auspicati in buona misura si sono realizzati [come riportato, ad esempio dalla Banca d'Italia nel suo [Bollettino economico](#), nn. [1](#) e [2](#) del 2016]. L'obiettivo però non è stato ancora raggiunto: anche se il potenziamento del programma deciso nel mese di dicembre del 2015 e a marzo del 2016 ha fatto registrare un'ulteriore riduzione dei tassi di interesse, oggi si rileva ancora un tasso di inflazione dell'1,5%, e per questo il Presidente della BCE Mario Draghi pochi giorni fa ha confermato la prosecuzione del programma.

Va detto poi che gli interventi della BCE non convincono le autorità tedesche anche perchè da qualche tempo la *Bundesbank* sta registrando una progressiva riduzione dei tassi di remunerazione dei titoli nazionali in conseguenza della loro

„scarsità“, posto che la Germania viene percepita dagli investitori come garanzia di affidabilità e la domanda, pertanto, è alta. Il problema è che i titoli e le obbligazioni con remunerazione prossima allo zero o addirittura negativa non potrebbero rientrare nel paniere degli acquisti delle Banche centrali, limitato ai titoli con remunerazione superiore allo 0,4%, e pertanto diviene sempre più difficile rispettare la menzionata regola del c.d. *Capital Key*.

Si tratta di una circostanza, questa, che viene menzionata anche nel testo della decisione, paventando un problema di scarsità che affliggerebbe non solamente le emissioni tedesche, ma anche quelle finlandesi, olandesi, austriache, irlandesi, spagnole e portoghesi (par. 89-90).

Venendo al merito dei rilievi espressi, i dubbi sollevati dal Tribunale costituzionale attengono in parte all'insindabilità dell'operato della BCE, in mancanza di un quadro normativo che disciplini puntualmente i presupposti, i tempi, e le modalità di acquisto e cessione dei titoli; in parte al merito delle decisioni, di cui si criticano gli effetti, dubitando della proporzionalità dei mezzi rispetto all'obiettivo di mantenere l'inflazione attorno al 2% (spec. par. 122); infine, si paventa, quale conseguenza del massiccio e sistematico programma di riacquisto dei titoli, una maggiore propensione dei Paesi beneficiari ad emissioni incontrollate e una rinuncia all'austerità fiscale (par. 91, 121): in caso di insolvenza le Banche centrali sarebbero chiamate ad intervenire (sia pure per una percentuale limitata) e ciò avrebbe delle ripercussioni sul bilancio nazionale tedesco, così che il principio della responsabilità generale del *Bundestag* per il bilancio dello Stato risulterebbe violato (par. 128 ss.).

La Corte di Giustizia è stata dunque chiamata a valutare se l'acquisto massiccio e sistematico di titoli pubblici nel mercato secondario non alteri il comportamento degli investitori e delle Banche, dal momento che si iscrive in un preciso programma e pertanto determina negli stessi soggetti, se non già la certezza giuridica, quanto meno una „certezza di fatto“ circa futuri riacquisti, assicurandoli riguardo alla solvibilità dei titoli (par. 80-81).

Ulteriori dubbi riguardano la scelta di mantenere in portafoglio i titoli acquistati

dalla BCE e dalle Banche Centrali fino alla scadenza, sottraendoli definitivamente ai mercati (par. 96-98). In certi casi, inoltre, sarebbero stati acquistati titoli che hanno assunto rendimenti negativi (par. 99).

Gli altri rilievi insistono, come si accennava, sulla discrezionalità delle decisioni assunte, indipendente dal loro merito, vale a dire sulla mancanza di parametri atti ad assoggettare l'operato della BCE ad un pervasivo controllo giurisdizionale (par. 102 ss.) e sul ruolo non più solamente servente della politica monetaria della BCE rispetto agli obiettivi della politica economica, che risulterebbe incompatibile con il tradizionale modello delle banche centrali.

Il Tribunale costituzionale federale, in altre parole, fatica a considerare la manovra espansiva non convenzionale della Banca centrale europea come una vera e propria politica monetaria, e comunque ritiene che il *Quantitative Easing* debba essere considerato senz'altro *anche* come una misura di politica economica, che come tale esula dal mandato affidato dai Trattati alla Banca centrale europea.

Pure ammettendo che le politiche monetarie in genere incidono sull'economia, sortendo „effetti indiretti“, e anche prendendo atto che l'obiettivo di portare l'inflazione al 2% si iscrive senz'altro nel mandato assegnato alla BCE, il Tribunale costituzionale federale ritiene decisiva la circostanza che i vistosi effetti del programma di riacquisto dei titoli sulla politica economica fossero stati espressamente previsti e posti a fondamento delle decisioni assunte sin da principio, e non si siano determinati quali mere conseguenze „impreviste“ ed „indirette“ degli interventi realizzati (par. 114 e 119).

Tale circostanza, unitamente al riconoscimento alla BCE di un autonomo margine di apprezzamento nella modulazione del piano di acquisto dei titoli, e al *self-restraint* finora dimostrato dagli organi giurisdizionali nell'esercizio del loro sindacato sull'operato di tale organo, alimenta pertanto i dubbi del Tribunale costituzionale federale riguardo alla tenuta delle garanzie iscritte nel principio di attribuzione (par. 119).

I diversi ordini di rilievi risultano dunque strettamente connessi, e ricollegano all'idea

che la deroga iscritta nei Trattati, che pretendono l'indipendenza della Banca centrale europea, si giustifichi solo nella misura in cui tale organo mantenga un ruolo servente rispetto alla politica economica, che resta invece affidata alle istituzioni iscritte nel circuito democratico.

ELEZIONI

ELEZIONI NEL LAND SCHLESWIG-HOLSTEIN

Non sorprende l'esito delle consultazioni del **7 maggio** nello Schleswig-Holstein. L'elettorato ha confermato la fiducia già accordata nelle precedenti consultazioni del 2012 al partito cristiano-democratico (CDU: 32%, +1,2%), a fronte di un limitato calo di consensi nei confronti del partito socialdemocratico (SPD: 27,3%, -3,1%). I Verdi non hanno registrato variazioni significative (12,9%, -0,3%) e la Sinistra (*Die Linke*: 3,8%, +1,5%) si è attestata nuovamente al di sotto della soglia di sbarramento del 5% imposta dalla legge elettorale (soglia che non si applica nei confronti del partito della minoranza danese, *Südschleswigsche Wählerverband*, abbr. SSW, che, con il 3,3% dei voti validi, elegge tre Consiglieri nel Landtag). Per il partito liberale si può trattare di un piccolo successo (11,5%, +3,3%). Si segnalano soprattutto la *débâcle* del partito dei Pirati (*Piraten*) che ha registrato un crollo del 7%, raccogliendo solamente l'1,2% dei voti validi, e si colloca così ben al di sotto della soglia di sbarramento, e l'ingresso nel *Landtag* del partito *Alternativ für Deutschland*, abbr. AfD, che ha conquistato il 5,9% dell'elettorato, eleggendo cinque Consiglieri. Il **28 giugno** il *Landtag* ha eletto il nuovo *Ministerpräsident* Daniel Günther (CDU), che guida una coalizione di governo assieme al partito dei Verdi e ai liberali (FDP).

CONTINUA L'ASCESA POLITICA DEGLI EUROSCETTICI

Le elezioni del **14 maggio** nel Land Rheinland-Westfalen hanno modificato i rapporti di forza tra i due partiti che governano in Germania, registrando un vistoso calo di fiducia nei confronti del partito socialdemocratico (SPD: 31,2%, -7,9%) e una crescita di consenso nei confronti del partito cristiano-democratico (CDU: 33%, +6,7%). Al di là del successo relativo del partito liberale (FDP) che ha conquistato il 12,6% dell'elettorato (+4%) e della piccola *débâcle* del partito dei Verdi, che rispetto alle precedenti consultazioni ha perso quasi cinque punti percentuali (-4,9%), riuscendo comunque ad eleggere 14 dei 199 Consiglieri del Landtag, anche queste elezioni confermano l'ascesa del partito euro-scettico Alternativa per la Germania (*Alternativ für Deutschland*, abbr. AfD), che ha raccolto il 7,4% dei voti validi, pur non

avendo neppure partecipato alle precedenti consultazioni, conquistando così 16 seggi nell'Assemblea regionale. All'indomani del voto le consultazioni tra i partiti per la formazione del governo si sono protratte per più di un mese, dal momento che il partito socialdemocratico (SPD) ha declinato l'invito a formare un grande coalizione assieme ai cristiano-democratici, e stante l'indisponibilità di tutte le forze politiche a formalizzare un accordo con Alternativa per la Germania. Il **26 giugno** la CDU e i liberali hanno infine sottoscritto un accordo di coalizione. Su quella base i gruppi della maggioranza il giorno successivo hanno eletto il *Ministerpräsident* Armin Laschet (CDU). Il nuovo gabinetto ha prestato giuramento il **30 giugno**.

PARLAMENTO

UN NUOVO MODELLO DI FEDERALISMO FISCALE, MENO SOLIDALE

La [legge di revisione costituzionale](#) del **13 luglio** modifica tredici articoli della Legge Fondamentale novando il quadro normativo che disciplina le relazioni finanziarie tra i livelli di governo, affidato anche alle leggi sui parametri (*Maßstabegesetz*) e alla Legge sulla perequazione finanziaria (*Finanzausgleichsgesetz*), in vigore fino al 2019. L'[Accordo di coalizione](#) sottoscritto nella XVIII legislatura impegnava i partiti di governo ad avviare una riforma delle relazioni finanziarie tra i diversi livelli di governo attraverso un ciclo di colloqui con i Länder e ad affidare parallelamente ad una Commissione della Federazione e dei Länder, che avrebbe riunito anche i rappresentanti dei Comuni, il compito di formulare proposte in merito al sistema di perequazione finanziaria dei Länder, ai vincoli derivanti dal Trattato europeo sul c.d. *Fiscal Compact*, alle regole sull'indebitamento dei Länder, alla ripartizione delle entrate e delle uscite della Federazione, agli sgravi fiscali, all'eventuale mantenimento del contributo di solidarietà (p. 95). Il testo formalizza le proposte elaborate nell'ambito della Conferenza del Governo federale e dei Länder che si è riunita il 14 ottobre 2016, e che l'8 dicembre 2016 ha raggiunto un accordo anche in merito alla disciplina attuativa. Si tratta di un nuovo modello nel quale si iscrive anche un trasferimento di competenze a favore della Federazione, e più pervasivi strumenti di indirizzo e controllo della Federazione riguardo agli investimenti co-finanziati dal Bund nei Länder e nei Comuni.

La perequazione finanziaria in Germania si articola in un sistema a più livelli, nell'ambito del quale il gettito tributario viene ripartito anzitutto tra la Federazione e i Länder in base alle regole iscritte nell'art. 106 LF.

L'art. 107 LF disciplina la c.d. perequazione orizzontale che mira a compensare le minori entrate tributarie dei Länder più deboli prevedendo che gli stessi beneficino

di quote aggiuntive derivanti dal maggior gettito dei Länder più ricchi, e siano così in grado di assolvere con autosufficienza e responsabilità ai compiti attribuitigli dalla Legge Fondamentale. A questi trasferimenti si aggiungono ulteriori assegnazioni da parte della Federazione qualora, a perequazione avvenuta, la differenza nelle capacità finanziarie dei Länder risulti ancora eccessiva.

Per il calcolo della capacità finanziaria la legislazione ordinaria prescriveva di procedere alla somma dei tributi propri dei Länder, del gettito delle imposte comuni attribuito ai Länder e di una parte del gettito derivante dalle imposte comunali, pari al 64%. Alcuni Länder beneficiavano a questo punto di un sistema di deduzioni: Amburgo, Brema, Niedersachsen e Meklemburg-Vorpommern sono regioni portuali e pertanto della loro capacità finanziaria venivano dedotti oneri speciali legati alle gestione di tali infrastrutture strategiche.

La perequazione orizzontale veniva quindi a dipendere dalla differenza tra questo indice di capacità finanziaria e il fabbisogno medio nazionale, che veniva calcolato considerando la media procapite di tutte le imposte versate, moltiplicato per la popolazione dei singoli Länder. Anche in questa fase ad un alcuni Länder si applicava un correttivo, sovrastimando il fabbisogno finanziario della Città Stato di Amburgo, Bremen e Berlino.

Una parte del gettito dei Länder con maggiore capacità finanziaria veniva dunque trasferito ai Länder più deboli, decurtando il gettito dei Länder più ricchi fino al 72,5% del loro surplus.

Il modello di federalismo fiscale accolto in Germania si configurava come uno dei più solidali al mondo, e non era esente da critiche. Il dibattito politico è stato lungo animato dalla contrapposizione tra Länder pagatori netti - Hessen, la Baviera e il Baden-Württemberg, talvolta Amburgo -, e beneficiari netti della perequazione, anche se occorre sottolineare che a questo sistema di trasferimenti si aggiungono importanti incentivi a carico della Federazione per alcune tipologie di investimenti: la ricca Baviera, ad esempio, il cui territorio si presta più di altri all'installazione di pale eoliche e pannelli solari beneficia enormemente degli incentivi della Federazione per l'energia alternativa, e il Baden-Württemberg assorbe una quota importante dei contributi federali per la ricerca.

L'ultimo alinea dell'art. 107, secondo comma, conferisce ancora al legislatore una certa discrezionalità nel disciplinare l'assegnazione di contributi straordinari da parte della Federazione, con l'obiettivo di compensare non la minore „capacità finanziaria“ dei Länder, ma, più in generale, una loro minore „capacità economica“.

La riforma approvata dal Parlamento il **2 giugno 2017** modifica il sistema della perequazione orizzontale rendendolo meno solidale. Reinterpretando il principio dell'adeguata compensazione delle differenti capacità finanziarie dei Länder iscritto

nell'art. 107 LF, i trasferimenti orizzontali vengono limitati ad un conguaglio del gettito IVA destinato ai Länder in ragione della loro consistenza demografica (art. 107, primo co., LF). Per quanto concerne le rimesse aggiuntive della Federazione a favore dei Länder più deboli, l'ultimo alinea dell'art. 107, secondo co., prevede ora l'erogazione di contributi supplementari anche laddove i Comuni raccolgano un gettito tributario particolarmente esiguo, ovvero a favore dei Länder che beneficiano meno di altri dei contributi per la scienza, la ricerca e l'insegnamento previsti dall'art. 91b LF.

A questi trasferimenti si aggiungono ancora gli aiuti finanziari della Federazione finalizzati a evitare un turbamento dell'equilibrio economico complessivo, ovvero tesi ad una perequazione della diversa forza economica nel territorio federale, ovvero funzionali a promuovere la crescita economica (art. 104b LF).

A fronte dei nuovi oneri finanziari a carico del Bund, l'art. 104b, secondo co., secondo alinea, LF attribuisce ora alle autorità federali più pervasivi strumenti di indirizzo e controllo circa l'impiego delle attribuzioni integrative a favore dei Länder, prescrivendo una previa intesa circa l'utilizzo delle risorse e imponendo precisi obblighi di trasparenza e rendicontazione in capo ai Länder, su cui vigilerà anche la Corte federale dei Conti.

In forza di una riformulazione dell'art. 143d, quarto comma, LF, ai Länder che oggi versano in una situazione di gravissimo indebitamento, Bremen e Saarland, vengono concessi aiuti straordinari della Federazione per l'abbattimento del debito per un ammontare di 800 milioni di euro l'anno a partire dal 2020, così che i bilanci possano essere riportati più rapidamente entro i limiti del pareggio prescritti dall'art. 109, terzo comma, LF.

Al riguardo occorre sottolineare che vengono ampliati i poteri di indirizzo e vigilanza già assegnati al Consiglio per la stabilità, che, in base alla nuova disciplina iscritta nell'art. 109a LF, a partire dal 2020 sarà competente anche vigilare sul rispetto dei vincoli di bilancio della Federazione e dei Länder iscritti nell'art. 109, terzo comma, LF e di quelli ulteriori iscritti nel Patto europeo per la stabilità e la crescita e nel c.d. *Fiscal Compact*.

Il nuovo art. 104c LF impegna inoltre la Federazione ad erogare ulteriori contributi ai Comuni destinati all'ammodernamento delle strutture scolastiche, superando così il principio in forza del quale la redistribuzione del gettito fiscale e le rimesse a favore dei Comuni era amministrata esclusivamente dai Länder.

Nel complesso la riforma comporta un vistoso sgravio contributivo a vantaggio dei Länder, soprattutto quelli finanziariamente più forti. Un calcolo, basato sui bilanci del 2016, stima un risparmio di risorse per i Länder pari a 9,7 miliardi di euro, a fronte di 8,4 miliardi di euro di maggiori oneri a carico della Federazione.

Nell'ambito della riforma si iscrive anche il programma per la digitalizzazione dell'amministrazione tributaria ai diversi livelli di governo del territorio, che fa capo all'esercizio di un potere di indirizzo del legislatore federale. L'art. 108, quarto co., terzo alinea, LF prevede infatti la possibilità di formulare regole e standard condivisi a tutti i livelli di governo per l'utilizzo delle tecnologie informatiche allo scopo di migliorare l'amministrazione tributaria, e rimette ad una legge federale, che richiede l'approvazione del Bundesrat, il compito di disciplinare l'iter decisionale.

Nello stesso articolo (art. 108, comma 4a, LF) è iscritta anche un'ulteriore deroga al principio della separazione delle competenze amministrative che consiste nella facoltà dei Länder di affidare taluni compiti di amministrazione tributaria alle autorità amministrative di un singolo Land, ovvero ad un'autorità transregionale laddove ciò sia funzionale ad un'amministrazione tributaria più efficiente.

Contestualmente il Parlamento ha approvato un corposo pacchetto di provvedimenti che danno attuazione alla riforma modificando la legislazione ordinaria in materia. Questa *Legge sulla nuova disciplina del sistema federale di perequazione finanziaria dall'anno 2020 e modifica delle disposizioni normative sul bilancio* ([Gesetz zur Neuregelung des bundesstaatlichen Finanzausgleichssystems ab dem Jahr 2020 und zur Änderung haushaltsrechtlicher Vorschriften](#)) introduce, tra l'altro, tre nuove leggi che disciplinano le competenze della Federazione nella gestione delle autostrade e delle infrastrutture stradali, che verranno affidate ad una società di diritto privato, così come previsto dal nuovo art. 90, secondo co., LF, che affida alla Federazione l'amministrazione diretta (*Bundeseigene Verwaltung*) della rete autostradale, finora amministrata dai Länder su mandato federale. La Legge che istituisce l'Ufficio federale per le autostrade (*Gesetz zur Errichtung eines Fernstraßen-Bundesamtes*) rimette allo stesso la gestione dei procedimenti amministrativi relativi alla modifica e all'ampliamento della rete, facendo salva la facoltà dei Länder di amministrare i procedimenti facendone richiesta all'Ufficio. In questa maniera si introduce un vistoso elemento di flessibilità nei criteri di riparto delle competenze amministrative, che non trova nella Legge Fondamentale alcuna norma facoltizzante.

La promulgazione della legge da parte del Presidente federale, il **13 luglio**, è stata immediatamente seguita dall'invio di tre lettere, ai Presidenti del Bundestag e del Bundesrat e al Cancelliere, nelle quali il Capo dello Stato ha esplicitato queste perplessità.

Nell'ordinamento tedesco il Capo dello Stato non dispone di un potere di veto sulle leggi approvate dal Parlamento, e tuttavia gli si riconosce la facoltà/obbligo di rifiutare la promulgazione qualora si palesino evidenti vizi di costituzionalità, sia con riguardo alla correttezza del procedimento legislativo, sia per il merito del provvedimento. Tale prerogativa, da esercitare solo eccezionalmente, quando

ricorrano i presupposti menzionati, viene comunque spiegata dalla dottrina tedesca come un rinvio dell'intero articolato, mai limitato a singole disposizioni. Con queste argomentazione il Presidente ha chiarito, anche attraverso un comunicato stampa, le ragioni della firma e della promulgazione, anche in considerazione dell'importanza della riforma, dichiarandosi comunque non convinto della costituzionalità della norma, ed ha invitato il legislatore costituzionale a modificare la legge, ovvero ad introdurre quanto prima una nuova disposizione costituzionale che faccia salva la norma menzionata.

UN NUOVO ARMAMENTARIO PER DIFENDERE LA DEMOCRAZIA DAI C.D. PARTITI ANTISISTEMA

Con la [sentenza del 17 gennaio 2017](#) sulla costituzionalità del Partito nazionaldemocratico di Germania il Tribunale costituzionale federale aveva accertato, da un lato, che il Partito nazionaldemocratico di Germania (NPD) “non rispetta i principi fondamentali che sono irrinunciabili per uno Stato costituzionale liberale e democratico”, posto che “i suoi obiettivi e il comportamento dei suoi aderenti violano la dignità dell'uomo e il nucleo essenziale del principio democratico e attestano elementi di contiguità ideale con il nazionalsocialismo storico” e che, il programma politico del partito “mira a sovvertire l'ordinamento fondamentale liberale e democratico” (par. 634 della sentenza).

Al contempo, però, non vi sarebbero “elementi concreti di qualche peso, che inducano a ritenere che questo agire diretto contro l'ordinamento fondamentale democratico ovvero contro l'esistenza della Repubblica federale tedesca possa avere successo” (par. 570 e 845 della sentenza).

Per questa ragione non risulterebbero soddisfatte le condizioni iscritte nell'art. 21, secondo comma, LF che affida al Tribunale costituzionale federale il potere di disporre lo scioglimento dei partiti politici che “alla luce delle loro finalità o del comportamento dei loro aderenti, tendono a pregiudicare o a sovvertire l'ordinamento fondato sui principi di libertà e democrazia, o a porre in pericolo la stabilità della Repubblica federale tedesca”.

Non risultando pienamente realizzati i presupposti cui la Legge Fondamentale subordina la sanzione dello scioglimento, pure accertata l'incostituzionalità dei fini che il partito si prefigge e delle sue attività, era venuta meno la possibilità di adottare qualsiasi provvedimento nei confronti del NPD (par. 625), compresa naturalmente la cessazione del finanziamento pubblico, previsto dalla Legge sui Partiti politici (*Parteiengesetz*) solamente nei confronti dei partiti che siano stati vietati dal Tribunale costituzionale federale, a partire dalla data dello scioglimento (art. 18, VII comma della Legge, nella versione vigente fino al 28 luglio 2017).

Il Tribunale costituzionale federale, al riguardo, non aveva escluso però un intervento del legislatore costituzionale atto ad introdurre ulteriori, più lievi, sanzioni, nei confronti dei partiti politici sulla base di presupposti diversi (par. 527 della sentenza).

Con questo obiettivo all'indomani della pronuncia erano state presentate diverse proposte di revisione costituzionale atte a legittimare l'esclusione dal beneficio del finanziamento pubblico dei partiti politici che, conformemente all'interpretazione resa dal Tribunale costituzionale federale, pur non costituendo un pericolo potenziale per l'ordinamento, perseguano comunque le finalità enunciate nell'art. 21, secondo comma, LF. Già il 31 gennaio 2017 i governi dei Lander Rheinland-Pfalz [[BR Drs. 99/17](#)] e Saarland [[BR Drs. 95/17](#)] avevano presentato due mozioni con cui sollecitavano una discussione circa la possibilità di modificare il quadro normativo vigente, anche con una revisione costituzionale, al fine di negare qualsiasi forma di contribuzione pubblica a favore dei partiti politici che perseguono finalità incostituzionali.

Da anni, a varie riprese, in Germania si torna a discutere dell'esclusione del Partito nazionaldemocratico tedesco dal finanziamento pubblico – che per il 2015 ammontava a [1,32 milioni](#) di euro - anche se le proposte formulate, ad esempio, nell'ambito della Conferenza dei Governatori del Länder del 7 dicembre 2007, non sono mai state formalizzate, e ciò non solo per una scelta di opportunità politica, ma soprattutto perché tale vistosa lesione del principio della parità delle *chances* tra i partiti sarebbe risultata in palese contrasto con le norme iscritte nell'art. 21 LF, che, formulato il modello della “democrazia che si difende”, lo affidano alla custodia esclusiva del Tribunale costituzionale federale: “*Parteienprivileg*”.

A partire dal mese di gennaio nel Bundestag si è sviluppato pertanto un dibattito che non riguardava l'opportunità di una riforma, largamente condivisa, bensì le modalità di un sindacato teso all'esclusione di un partito dal finanziamento pubblico, e in particolare l'individuazione del soggetto legittimato ad esercitare tale potere di apprezzamento.

Le proposte presentate prefiguravano un diverso corredo di garanzie, ora affidando ai giudici federali il potere di decidere sui ricorsi presentati dai partiti esclusi (si veda la proposta presentata dal Land Niedersachsen ([BR Drs. 113/17](#)), ora ampliando le competenze del Tribunale costituzionale federale cui viene assegnato in esclusiva anche questo sindacato (si vedano le proposte del Bundesrat ([BR Drs. 18/12100](#)) e del Governo federale ([BT Drs. 18/12357](#)).

La riforma, già in vigore, è stata approvata il **18 luglio**. Il nuovo articolo 21, terzo e quarto comma, della Legge Fondamentale, disciplina l'esclusione dal finanziamento pubblico affidando il giudizio al Tribunale costituzionale federale.

Per quanto concerne i presupposti della decisione, la formulazione riprende alla lettera il secondo comma dell'art. 21, che sancisce l'incostituzionalità dei partiti politici antisistema, salvo l'utilizzo del verbo „*Ausrichten*”, che significa „prefiggersi”, „essere indirizzato”, al posto di quell'„*Ausgehen*” iscritto nel comma precedente che, pur essendo traducibile alla stessa maniera, nella sentenza del marzo 2017, è stato corredato dal Tribunale costituzionale federale di un contenuto più concreto, una operosità minacciosa, un „andare a parare” attraverso misure tangibili, in linea – questa è la chiave – con la giurisprudenza della CEDU sull'esclusione dei partiti politici antisistema conformemente all'art. 11 della Convenzione [v. [A. Zei, La nuova giurisprudenza del Bundesverfassungsgericht sull'incostituzionalità dei partiti politici: a volte la democrazia non si difende](#), in questa Rivista, n. 1/2017].

Come si legge nella Relazione illustrativa, tale espressione richiama gli “obiettivi politici di un partito” e un “agire attivamente e procedere secondo un piano, nel senso di una attività preparatoria qualificata che si riflette nella compromissione dei beni menzionati e pertanto supera un limite nella lotta contro l'ordinamento fondamentale liberale e democratico”, anche in assenza di quegli elementi concreti che, secondo il Tribunale costituzionale federale (e in base alla giurisprudenza CEDU), risultano irrinunciabili per legittimare lo scioglimento del partito.

Quanto agli effetti di una decisione che comporti solamente l'esclusione dal finanziamento e ai relativi profili procedurali, ulteriori dettagli sono disciplinati dal nuovo art. 46a della Legge sul Tribunale costituzionale, modificata assieme alla legge sui partiti politici e alle norme che disciplinano le agevolazioni fiscali a favore dei partiti dalla [Legge sull'esclusione dei partiti incostituzionali dal finanziamento ai partiti](#) del 18 luglio 2017.

In particolare tale articolo stabilisce che l'esclusione abbia una durata iniziale di sei anni, e prosegue introducendo un debole corredo di garanzie che riguardano sia le modalità di svolgimento del processo, che potrà aver luogo anche senza dibattimento orale, sia gli effetti di una eventuale istanza, da parte degli stessi soggetti che abbiano originariamente introdotto il ricorso, atta ad imporre una maggiore durata del periodo di esclusione, posto che, in attesa della nuova pronuncia dei giudici, tale richiesta determinerebbe comunque un ulteriore blocco del finanziamento pubblico, sino alla decisione definitiva.

SIRENE DI ALLARME PER LA POPOLARITÀ DEL GOVERNO

ABE*

di Michele Crisafi**

La preoccupazione può essere la parola chiave per interpretare il quadrimestre maggio-agosto 2017 in Giappone. Preoccupazione causata dal programma balistico nordcoreano che procede malgrado le sanzioni imposte dalla comunità internazionale; preoccupazione motivata da un orizzonte politico più fluido rispetto agli *standards* nipponici, come testimoniato dalle elezioni prefetturali di Tokyo. Preoccupazione per la sicurezza interna, anche in preparazione dei Giochi Olimpici di Tokyo 2020, che per certi versi l'*anti-conspiracy bill* ha agitato in maniera controproducente. Preoccupazione per la continuità della famiglia imperiale, all'indomani dell'approvazione della legge che apre all'abdicazione dell'Imperatore Akihito, in un contesto di numeri sempre più allarmanti in termini di stabilità dinastica.

La teoria dello spostamento verso ovest degli assi geopolitici ed economici planetari fa del Giappone un osservatorio privilegiato per apprezzare alcune dinamiche tipiche del terzo millennio, in un delicato bilanciamento fra equilibri multipolari od unipolari senza egemonia². L'incessante riallineamento internazionale, sollecitato dalle sfide e dalle tensioni dell'epoca presente, investe in pieno il Giappone e ne mette alla prova l'ordinamento costituzionale, in tema soprattutto di capacità responsiva rispetto alla politica di difesa e militare.

La crisi nordcoreana evidenzia la volatilità delle relazioni internazionali, coinvolgendo i cinque attori nazionali principalmente coinvolti – Giappone, Corea del Nord, Corea del Sud, Stati Uniti d'America e Cina – in un domino di azioni e reazioni che lascia presagire un'*escalation* della tensione. Il crescente tono delle

* Contributo sottoposto a *peer-review*.

** Dottorando di Diritto Pubblico, Comparato ed Internazionale, *curriculum* Teoria dello Stato ed Istituzioni politiche comparate, Università degli studi di Roma "La Sapienza"

² Cfr. *ex multis* N. Ferguson, *Civilization: the West and the Rest*, Penguin, 2011; F. Zakaria, *The Post-American World*, W.W. Norton, 2008; F. Fukuyama, *Esportare la democrazia. State building e ordine mondiale nel XXI secolo*, Lindau, Torino, 2005.

minacce balistiche portato avanti dal Leader Supremo Kim Jong-un rispetto alla possibilità di realizzare un missile intercontinentale in grado di colpire il territorio nazionale degli USA ha alimentato la pressione regionale.

[La presenza militare statunitense](#) in Giappone consta di circa 40.000 uomini dislocati in 112 basi e della Settima Flotta, la più grande dispiegata dagli USA, forte di 20.000 uomini, fra i 50 ed i 70 mezzi natanti, e con potenziale nucleare, a partire dalla USS Ronald Reagan, nave ammiraglia permanentemente di stanza a Yokosuka, nella prefettura di Kanagawa. Stante il combinato disposto fra la clausola pacifista contenuta nell'art. 9 della Costituzione giapponese e l'art. V del [Trattato di Sicurezza fra Giappone e Stati Uniti](#), l'eventuale impossibilità delle Nazioni Unite di governare per via diplomatica la frizione regionale obbligherebbe entrambi i Paesi a mettere in atto le misure necessarie a garantire la rispettiva sicurezza nazionale.

L'imbrigliamento costituzionale giapponese in ordine alla politica di difesa e militare costituito dall'art. 9 vivacizza ancora una volta il dibattito pubblico teso ad una revisione costituzionale, da sottoporre a referendum popolare di approvazione ai sensi dell'art. 96 Cost. Se invero attualmente la maggioranza di Governo LDP-*Kōmeitō* dispone dei due terzi necessari in entrambe le Camere per avviare il processo, l'atmosfera di incertezza politica relativa alla forza del Primo Ministro frena l'avvio dei lavori, mentre il consenso dell'opinione pubblica circa il superamento dell'art. 9 pare altrettanto incerto.

Resta sullo sfondo l'ipotesi dello scioglimento della Camera dei Rappresentanti per ricevere espressamente il mandato popolare finalizzato alla revisione costituzionale, sebbene convivano visioni differenziate anche in seno alla maggioranza di Governo. Il *Kōmeitō* sembra in possesso di una *golden share* sulla direzione politica dei possibili temi oggetto di revisione costituzionale, specie alla luce degli esiti delle elezioni prefetturali di Tokyo, che evidenziano un riallineamento nell'orbita elettorale giapponese nonché un tendenziale clima di sfiducia verso il partito più grande, LDP, ed il suo *leader*. Molto dipenderà dalla evoluzione della crisi

internazionale nordcoreana, in grado potenzialmente di spostare anche rapidamente ed in maniera massiccia gli orientamenti elettorali giapponesi.

ELEZIONI

ELEZIONI PREFETTURALI DI TOKYO

Il **2 luglio** si sono svolte le votazioni prefetturali per eleggere i 127 membri dell'assemblea metropolitana di Tokyo. I candidati sono stati eletti in 42 collegi elettorali, di cui 7 uninominali con il *first-past-the-post* (FPTP) e 35 plurinominali attraverso il voto singolo non trasferibile (SNTV).

Conquistando 49 seggi, la tornata elettorale ha premiato Koike Yuriko, *leader* del partito regionale *Tomin First no Kai* (“prima gli edocchiani”, da Edo, nome della città di Tokyo fino al 1868) e già attuale governatrice della omonima prefettura. Il partito del Primo Ministro Abe Shinzō, il Partito Liberal Democratico (LDP), ha registrato il peggior risultato di sempre, ottenendo 23 seggi, gli stessi ottenuti dal *Kōmeitō*, che se a livello nazionale contribuisce a formare la maggioranza di Governo, a Tokyo si è affiliato al *Tomin First* di Koike. Il Partito Comunista Giapponese (JCP) si è confermato in crescita, totalizzando 19 seggi, mentre la picchiata del Partito Democratico (DPJ) appare inarrestabile, come testimoniato dai soli 5 seggi ottenuti.

La corposa maggioranza (79 seggi su 127) in seno all'assemblea metropolitana di Tokyo conquistata da Koike quest'estate (49 del *Tomin First*, 23 del *Kōmeitō*, 6 indipendenti, 1 del *Seikatsusha Net*) consente di estendere a livello nazionale l'analisi degli scenari verificatisi nella capitale, specie alla luce del *background* culturale e politico della governatrice. Esponente dal 2002 del Partito Liberal Democratico, la sua campagna elettorale per l'elezione a governatore di Tokyo nel luglio 2016 ha spaccato il partito, che appoggiava ufficialmente Masuda Hiroya, già Ministro degli Interni e delle Comunicazioni fra il 2007 ed il 2008. Ciononostante Koike ha trionfato in una tornata elettorale caratterizzata da una crescente partecipazione al voto (59,73% contro il 46,14% del 2014), presentandosi, a quel punto, da indipendente. Va ricordato come l'appuntamento elettorale dell'estate del 2016 sia giunto anticipatamente rispetto alla scadenza naturale, a causa delle dimissioni, nel giugno 2016, del Governatore Masuzoe Yōichi, sostenuto da una maggioranza LDP-*Kōmeitō*, ma duramente attaccato a due anni dall'elezione a causa dell'impiego a fini personali di denaro del partito. In quest'ottica un sentimento cittadino ostile all'amministrazione precedente può aver pesato in termini punitivi nei confronti dell'LDP.

Il **31 maggio**, Koike si è dimessa da membro dell'LDP per assumere a tutti gli effetti la guida del *Tomin First*, ed alla luce della vittoria nelle votazioni prefetturali, si

può intravedere l'onda lunga di un riallineamento elettorale nel campo Liberal Democratico, dove la *leadership* del Primo Ministro Abe Shinzō sembra oggi venire messa in discussione. Soprattutto l'agenda politica del Primo Ministro dovrà d'ora in avanti tenere in maggior considerazione le posizioni del *Kōmeitō*, che nella città di Tokyo, in virtù dell'asse di governo con Koike, è l'autentico vincitore morale della contesa elettorale metropolitana. Il segnale lanciato dalla governatrice di Tokyo al partito di Abe è ulteriore fonte di preoccupazione per quest'ultimo, all'interno di una logica partitica connotata da un ricambio generazionale tradizionalmente lento. La fuoriuscita di Koike dall'LDP non ne ha frustrato le possibilità in termini di voti, e la circostanza ha il profondo significato politico della possibilità di vincere anche sfidando il partito al governo del Paese.

DIETA

La 193esima sessione ordinaria della Dieta si è conclusa il **18 giugno**. Meritano senz'altro attenzione, fra i lavori parlamentari portati a compimento, l'approvazione della legge (**8 giugno**) che consente entro tre anni all'Imperatore Akihito di abdicare, in ossequio alla volontà espressa dallo stesso monarca attraverso uno storico messaggio radiotelevisivo dell'agosto del 2016, ed il c.d. *anti-conspiracy bill* (**15 giugno**).

L'APPROVAZIONE DELLA LEGGE PER L'ABDICAZIONE DELL'IMPERATORE AKIHITO

I due rami della Dieta hanno approvato in **giugno**, a larghissima maggioranza, la legge che viene incontro al desiderio dell'Imperatore Akihito di abdicare. In regime costituzionale, la circostanza è senza precedenti, poiché l'ultima abdicazione risale al 1817 (periodo Edo), da parte dell'Imperatore Kokaku, mentre il primo documento costituzionale della storia giapponese è la Costituzione Meiji del 1889.

La legge *ad hoc*, che fa anche riferimento al *favor* incontrato presso l'opinione pubblica dalla decisione di Akihito, entrerà in vigore il giorno dell'effettiva abdicazione imperiale, che si ritiene si concretizzerà alla fine del 2018, quando il Principe Naruhito succederà al Trono del Crisantemo. Ad Akihito sarà conferito il titolo di *joko* (abbreviazione di *daijō tennō*, Imperatore ritirato), in continuità con le abdicazioni del passato, mentre all'Imperatrice Michiko il titolo di *jokogo*, consorte di *joko*. Congiuntamente finirà l'era *Heisei* e si conterà il tempo impiegando il nome dell'era che Naruhito sceglierà.

Una risoluzione è stata aggiunta in coda all'atto per incoraggiare l'esecutivo a prendere in considerazione la possibilità di una riforma che consenta alle donne della famiglia imperiale di conservare rango e titoli anche dopo aver contratto matrimonio al di fuori della stessa. La riforma si renderebbe necessaria per superare le previsioni della [Legge sulla Casa Imperiale](#), entrata in vigore congiuntamente alla Costituzione del secondo dopoguerra, che agli artt. 12 e 13, cap. II, prescrive non soltanto la perdita dello *status* di membro della famiglia imperiale nel caso una donna della stessa sposi un *commoner*, ma stabilisce anche l'esclusione dalla linea di successione al trono per la sua discendenza.

Il dibattito circa la possibile estinzione della dinastia imperiale è tornato prepotentemente alla ribalta dopo che la nipote di Akihito, la Principessa Mako, ha annunciato il proprio fidanzamento ufficiale con il *commoner* Komuro Kei, aspirante avvocato. Mako è la figlia del Principe Akishino, secondogenito dell'attuale Imperatore e secondo nella linea di successione al Trono, e sorella maggiore di Hisahito, terzo nella linea di successione e nato nel 2006. Proprio per rispetto della nascita di Hisahito, un erede maschio nella famiglia imperiale, si sono bruscamente interrotti i [ragionamenti](#), avviati dal Governo Koizumi, relativi al proposito di cambiare il principio di primogenitura agnatica fissato nella Legge sulla Casa Imperiale, in modo tale da consentire anche alla femmine di lignaggio imperiale di succedere al trono.

ANTI-CONSPIRACY BILL

Il Giappone non ha ancora ratificato la [Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine transnazionale ed i relativi protocolli](#). Il c.d. *anti-conspiracy bill* è stato interpretato dalla maggioranza di Governo giapponese come un passaggio propedeutico alla «stabile cooperazione internazionale per prevenire atti terroristici».

Rileva soprattutto l'art. 5.1 della Convenzione, che richiede alle Parti di «adottare adeguate misure legislative» sia rispetto alla fattispecie di «accordo finalizzato a commettere un crimine», sia «essere parte attiva nella nell'attività criminale generale di un gruppo organizzato».

L'Atto sulla punizione della preparazione di atti di terrorismo ed altri crimini organizzati (per riportare il titolo completo) richiede oltre agli «atti di pianificazione» la concorrenza di «condotte di preparazione finalizzate all'implementazione» per azionare le sanzioni previste, ed individua in tal senso 277 attività criminali specifiche, di tipo decisamente vario.

Il gruppo – definito di «due o più persone» - può venire accusato interamente se anche soltanto uno dei suoi membri ricade nella serie di illeciti individuata. In questa rientrano l'illegale raccolta di funghi in foreste protette, il mancato pagamento della

tassa sui consumi, copiare musica. La *ratio* offerta dall'esecutivo è che i proventi incamerati da questa ampia tipizzazione di fattispecie criminali si presta particolarmente alla pianificazione ed implementazione di attività terroristiche.

Se le opposizioni lamentano un testo normativo molto vago e troppi margini di discrezionalità per le forze di polizia nell'atto finale, la fase preparatoria della Legge è stata particolarmente travagliata. Ad uno stadio iniziale la lista di attività illecite individuate considerava 676 crimini. Inoltre è stata respinta una mozione di sfiducia individuale per il Ministro della Giustizia Katsutoshi Kaneda, ma in agosto il Primo Ministro ha comunque proceduto ad un rimpasto del suo gabinetto sostituendolo con Kamikawa Yoko. Si è polemicamente sostenuto che lo scontro politico sull'*anti-conspiracy bill* sia stato funzionale ad Abe per creare una cortina fumogena che potesse distogliere l'attenzione dell'opinione pubblica da un nuovo scandalo – dopo quello di inizio anno che coinvolgeva un finanziamento della moglie – che ne appanna l'immagine domestica.

GOVERNO

LO SCANDALO *KAKE GAKUEN*

La sostanza dell'affare “Kake Gakuen” (Istituzione Educativa Kake) è che Abe sia intervenuto per permettere a Kake Kotaro, amico di infanzia del Primo Ministro, l'apertura di un nuovo dipartimento di medicina veterinaria per l'Università delle Scienze di Okayama, nella prefettura di Ehime. Dal 1965 in Giappone non viene autorizzata l'apertura di scuole veterinarie, ritenendosi l'offerta più che adeguata rispetto alla domanda.

Le opposizioni hanno invocato l'apertura straordinaria della Dieta in ossequio alle previsioni dell'art. 53 della Costituzione: «Il Governo può stabilire la convocazione di sessioni straordinarie della Dieta. Quando un quarto o più dei membri totali di una Camera lo richiede, il Governo deve fissare tale convocazione».

Le audizioni *ad hoc* svoltesi in Commissione Finanze nel mese di luglio si sono rivelate inconclusive sia per fugare i dubbi di illecite pressioni del Primo Ministro sul Ministero delle Finanze per l'apertura del dipartimento di Kake, sia per provarle concretamente. Il significato politico dell'*affaire* è stato tuttavia devastante per la fiducia dell'opinione pubblica sul Primo Ministro, al punto che in agosto la decisione di concedere i permessi a Kake è stata sospesa da parte di un *panel* governativo, il *Council for University Chartering and School Juridical Person*.

CORTE SUPREMA

SENTENZA GPS

L'8 agosto è stata pubblicata la sentenza [2016 \(A\) 442 \(Keishu Vol. 71, No. 3\)](#) con cui la *Grand Bench* ha posto un argine alla facoltà delle autorità di polizia di condurre operazioni di sorveglianza avvalendosi di dispositivi GPS. Il giudizio di colpevolezza sul caso individuale, pronunciato dalla Alta Corte di Osaka nel marzo del 2016, è stato confermato dalla Corte di ultima istanza di Tokyo sulla base delle altre prove raccolte; tuttavia la sentenza in esame appare in un certo senso in controtendenza rispetto alle premesse legislative poste dall'*anti-conspiracy bill*.

In sostanza la Corte Suprema, unanimemente (con tre opinioni concorrenti), ha ritenuto illegale la pratica di impiantare dispositivi GPS nei veicoli di individui sospettati, al di fuori di alcun mandato emesso dall'autorità giudiziaria. Alla base del giudizio vi è un'interpretazione dell'art. 35 della Costituzione giapponese, che reputa, al primo comma, «illimitato, se non dietro mandato emesso per giusta causa e che descriva nello specifico il luogo da ispezionare o le cose da sequestrare, il diritto delle persone di essere al sicuro nelle loro case, documenti e proprietà contro gli altrui accessi», mentre il secondo comma del medesimo articolo stabilisce che «ogni ispezione o sequestro sarà condotto sulla base di apposito mandato emesso dall'autorità giudiziaria competente».

Poiché nel sistema penale giapponese manca un'apposita previsione che regolamenti l'installazione di dispositivi GPS da parte delle forze dell'ordine, l'effetto della sentenza è quello di proibirne del tutto la pratica, almeno fino all'eventuale intervento del legislatore in materia. In virtù della sentenza, lo spazio privato protetto dall'art. 35 si estende anche al di là delle abitazioni, abbracciando anche i veicoli personali che ampliano la sfera di garanzie al controllo del potere pubblico. Per citare un passaggio chiave della sentenza, «poiché questo tipo di metodo investigativo consente (alla polizia) di afferrare continuamente e totalmente le azioni dell'individuo, ne può violare la riservatezza; inoltre, in considerazione del fatto che tale violazione è resa possibile dalla segreta installazione di un dispositivo su una proprietà individuale, è cosa diversa da metodi quali l'osservazione a occhio nudo o tramite fotografie della posizione dell'individuo nelle strade pubbliche. Dobbiamo dire che investe la penetrazione dello spazio privato da parte della pubblica autorità».

LE QUESTIONI IRRISOLTE DELL'ORDINAMENTO ISRAELIANO E IL DIBATTITO TRA STATO E RELIGIONE³

di Enrico Campelli**

Il quadrimestre preso in considerazione vede emergere con chiarezza due forti direttrici che caratterizzano attualmente l'ordinamento israeliano: da una parte, i problemi giudiziari di Netanyahu, di cui si è già [trattato](#), oramai sempre più incalzanti; dall'altro, l'ordinamento israeliano è attualmente caratterizzato da un acceso dibattito su disegni di legge molto controversi, che sembrano destinati a mutare alcuni tratti caratteristici di Israele.

Relativamente alle accuse rivolte al Premier, è difficile dire se e quando arriverà una incriminazione formale per Netanyahu, ma nei mesi recenti l'emergere di nuovi dettagli ed indizi ha fortemente condizionato l'opinione pubblica israeliana.

Nuove informazioni sono infatti emerse circa il "Caso 3000", che vede Netanyahu sospettato di corruzione nel milionario acquisto di sottomarini militari tedeschi da parte di Israele, e riguardo al "Caso 2000", con alcune intercettazioni telefoniche del Premier che aggravano le accuse di aver pagato grosse cifre e danneggiato alcune testate giornalistiche rivali (come *Israel Hayom*) ottenendo una copertura positiva da *Yediot Ahronoth*, il secondo giornale più grande del paese. In aggiunta, Netanyahu è coinvolto anche in due scandali minori, il "Caso 1000", che lo vede accusato di aver ricevuto doni sospetti dai milionari Arnon Milchan e James Packer e l' "affare Bezeq", dove alcuni stretti collaboratori del Primo ministro sono accusati di aver ricevuto tangenti in cambio di informazioni riservate.

Come se non bastasse, il Procuratore Generale Avichai Mendelbit sembra essere prossimo a formalizzare le ipotesi di reato anche per la *first lady* Sarah, accusata di

³ Contributo sottoposto a *peer review*

** Dottorando in Diritto Pubblico, Comparato ed Internazionale, curriculum Teoria dello Stato ed Istituzioni Politiche Comparete, Università degli studi di Roma "La Sapienza".

sospetta frode nell'uso di fondi pubblici (circa 400000 *nis*, pari a 90000 uro), creando una situazione che potrebbe pesare non poco sulla già precaria situazione di Benjamin Netanyahu.

Per quel che riguarda invece la seconda direttrice emersa nei mesi analizzati, disegni come il “*Conversion Bill*”, l'enorme discussione circa gli spazi di preghiera misti al Muro del pianto e il “*Nationality Bill*”, dimostrano ancora una volta come Israele, in tutte le sue peculiarità, abbia più che mai l'urgenza di rispondere ad alcuni quesiti primari, e di delineare chiaramente limiti e regole dell'ordinamento.

Sebbene infatti il diritto costituzionale sia per sua stessa natura mobile e liquido, è altrettanto vero che alcuni aspetti delle dinamiche parlamentari recenti e dei disegni di legge descritti, mettono chiaramente in discussione alcuni punti fondamentali e centrali per l'ordinamento preso in esame.

Nonostante a lungo, e al fine di ottenere la più vasta inclusione possibile, la classe dirigente israeliana abbia preferito delle situazioni giuridiche di compromesso o di breve respiro, l'ordinamento israeliano non può più esimersi dall'affrontare alcuni nodi giuridici e politici che caratterizzano il paese e che arrivano a mettere in discussione lo stesso patto sociale fondativo del paese.

Quale sia il rapporto tra Stato e religione e quale il rapporto tra lo Stato e i diversi ebraismi, quali le regole per farli convivere pacificamente e quali i diritti dei cittadini non ebrei in uno Stato democratico, costituiscono solo alcuni dei macro-temi urgenti in Israele, che devono poi essere declinati in una miriade di situazioni giuridiche, tutt'altro che secondarie, che sempre più diventano, nella Knesset e fuori, terreno di scontro e di polarizzazione per una società, quella israeliana, da sempre caratterizzata da istanze e bisogni molto diversi tra loro.

Da questo punto di vista, il quadrimestre analizzato sembra fortemente caratterizzato da un sempre più evidente scontro tra esecutivo e Corte Suprema, con il ruolo del potere giudiziario unico vero contraltare della maggioranza parlamentare di Netanyahu, poco incline al dibattito anche a causa di una opposizione spesso confusa e frammentata.

In questa ottica vanno infatti inquadrati le continue “navette” tra i disegni di legge della Knesset e la Corte Suprema, ora con una nuova Presidente, e i tentativi da parte dell’Esecutivo di limitare e modificare i poteri della Corte.

PARTITI

MERETZ ED IL DIBATTITO SULLE PRIMARIE APERTE

Dopo l’iniziale sconfitta circa la proposta di primarie aperte, la leader di Meretz, Zehava Galon, ha presentato il **3 maggio** un’ulteriore proposta per convincere il Comitato Centrale del partito, proponendo una serie di misure volte ad eliminare i dubbi circa la possibile affluenza di elettori di centro-destra⁴ alle primarie. Tale proposta è stata nuovamente rifiutata dal Comitato Centrale del partito il **3 luglio**.

Dei 664 membri del Comitato che hanno votato, il 43,4% si è espresso favorevolmente alla proposta di Galon, il 23% ha spinto per aumentare il numero dei componenti del Comitato Centrale da 1000 a 2000. Il restante 11% ha premuto perché votino tutti gli iscritti al partito, il 4% si è espresso a favore delle primarie chiuse ed il 18% ha rifiutato tutte le proposte. Non avendo raggiunto la quota necessaria del 60%, nessuna proposta è stata quindi approvata.

HAVODÀ, L’ESITO DELLE PRIMARIE

Il secondo turno delle primarie del **10 luglio** hanno visto, a sorpresa, la [vittoria](#) di Avi Gabbay nel ballottaggio delle elezioni primarie per la leadership di *Havodà*.

Con 52504 iscritti al partito ed una affluenza del 58,88%, Avi Gabbay ha vinto le primarie con il 52,01% delle preferenze, aggiudicandosi 16080 voti contro i 14734 del suo rivale, il favorito Amir Peretz, fermatosi al 47,66%.

Benché leader del più ampio partito di opposizione in Israele, Gabbay non sarà ufficialmente riconosciuto come il leader dell’opposizione, poiché attualmente non membro della Knesset.

HAMAS, NUOVA LEADERSHIP E NUOVO STATUTO

Il capo del *politburo* politico di *Hamas*, Khalid Meshaal, ha annunciato il **6 maggio** che il suo vice, Ismail Haniyeh, è stato scelto per sostituirlo come leader generale del

⁴ Tra le altre, il pagamento di una quota e la necessità, per ogni candidato parlamentare, di essere previamente approvato da almeno 30 membri del Comitato Centrale del Partito.

partito, confermando largamente le aspettative degli osservatori politici israeliani che già da qualche mese avevano individuato in Haniyeh il possibile nuovo leader.

Meshaal ha annunciato il cambiamento da Doha, dove risiede in esilio. L'elezione di Hanyeh rompe infatti con la tradizione di *Hamas*, che vede i leader risiedere al di fuori del territorio palestinese.⁵

Al momento, però, non è chiaro quando Haniyeh assumerà ufficialmente la nuova carica. Secondo quanto riportato dall'agenzia *Maan*, Meshaal rimarrà in una posizione di leadership nelle file del partito, assumendo il ruolo di presidente del consiglio della *Shura*, organo semi-equivalente ad un Parlamento di *Hamas*.

Un'altra fondamentale novità in campo politico e partitico in Israele, è certamente rappresentata dal [nuovo statuto](#) di *Hamas*, annunciato il **1 maggio**, in cui si dichiara l'accettazione di uno Stato palestinese lungo il confine del 1967, e che la battaglia di *Hamas* non è contro gli ebrei o la loro religione (come invece espresso nella versione precedente dello Statuto) respingendo nettamente però la legittimità dell' "entità sionista", in riferimento allo stato d'Israele.

Il riconoscimento dei confini del 1967 rappresenta un enorme cambiamento della posizione precedente del gruppo⁶, che affermava che "tutta la terra palestinese è sacra e non ci può essere fine al conflitto con Israele".

La nuova Carta affronta inoltre le posizioni programmatiche di *Hamas* rispetto al processo politico palestinese e all'Autorità Palestinese (PA), controllata da *Fatab*. La contrapposizione tra le due "anime" palestinesi, scoppiato ormai anni addietro, è peggiorato negli ultimi mesi, con i leader di *Fatab* accusati da *Hamas* di mettere in atto un grande piano per sabotare la causa palestinese

Come si legge nel nuovo Statuto, "*Hamas afferma che il ruolo dell'Autorità Palestinese dovrebbe essere quello di servire il popolo palestinese e salvaguardare la sua sicurezza, i suoi diritti e il suo progetto nazionale*", contemporaneamente rilanciando la necessità di elezioni nazionali, sia parlamentari che presidenziali

PARLAMENTO

EMENDAMENTO ALLA *PASSPORT LAW* (1952)

La Knesset ha approvato il **26 giugno** un [emendamento](#) (n.9/2646) alla [Passport Law](#) (1952) che permetterà ai nuovi cittadini di ottenere il passaporto immediatamente, anche se non pienamente residenti nel paese. La legislazione

⁵ Il Capo del politburo di Hamas, da statuto, non deve necessariamente vivere in esilio. Tuttavia, de facto, i leader palestinesi preferiscono una simile soluzione poiché semplifica i viaggi nella regione mediorientale

⁶ Espressa nel precedente statuto del 1988

precedente prevedeva invece una attesa di un anno prima di ricevere il passaporto, e solo a condizione che Israele fosse il luogo di residenza primario del richiedente.⁷

Il disegno di legge, presentato dai MK Oded Forer e Julia Malinkovsky di *Israel Beitenu*, è stato approvato con 26 voti a favore in seconda e terza lettura, senza voti contrari o astensioni.

PROPOSTA DI EMENDAMENTO ALLA *BASIC LAW: JERUSALEM, CAPITAL OF ISRAEL*

Un emendamento (n.735) che vedrebbe la necessità di una speciale maggioranza dei due terzi dei membri della Knesset circa ogni eventuale decisione di dividere Gerusalemme, è passato in prima lettura il **26 luglio** in aula. 51 parlamentari si sono espressi favorevolmente all'emendamento, 42 quelli contrari.

La Commissione per la Costituzione, la Legge e la Giustizia, avrà ora il compito di preparare l'[emendamento](#) per la seconda e terza lettura.

L'emendamento proposto alla *Basic Law: Jerusalem, the Capital of Israel*,⁸ presentato dal Mk Shuli Moalem-Refaeli (Habayit Hayehudi) e da un gruppo trasversale di parlamentari della maggioranza, richiederebbe che siano almeno 80 dei 120 parlamentari israeliani ad approvare qualsiasi tentativo di cessione della sovranità israeliana in qualsiasi parte di Gerusalemme. Al momento infatti, è sufficiente una maggioranza semplice della Knesset per dividere la città.

NATION-STATE BILL

Il **7 maggio**, la commissione legislativa del Governo Israeliano ha dato via libera alla presentazione alla *Knesset* della nuova versione del *Nation-state bill*⁹ (P 1989/20).

Presentato dal MK Avi Dichter (*Likud*), il disegno di legge è uno dei più discussi della storia costituzionale israeliana ed è il risultato di numerosi compromessi e discussioni interne alla maggioranza.

Il disegno in discussione prevede infatti, tra le altre cose: *“The State of Israel is the national home of the Jewish people, in which they realize their aspiration to self-determination in accordance with their cultural and historical heritage; the right to exercise national self-determination in the State of Israel is unique to the Jewish people; Jerusalem is the capital of Israel; the state’s language is Hebrew; the Arabic language has a special status, and its speakers have the right to language-accessible state services in their native language, as will be determined by the law; every citizen of Israel, regardless of their religion or nationality, has the right to actively preserve their culture, heritage, language and identity, and the holy sites shall be protected from desecration and all*

⁷ Durante questo lasso di tempo al richiedente veniva fornito un documento di viaggio temporaneo (*Teudat ma’avar*)

⁸ Per la versione originale in ebraico, si veda [qui](#).

⁹ Testo approvato nella lettura preliminare, suscettibile di cambiamenti in prima lettura. Per il testo in inglese si veda [qui](#).

other harm, and from anything that may hinder access to their holy places for members of a religion, or that may offend their sentiments toward those places.”

Il disegno di legge è stato discusso dalla Knesset ed [approvato](#) in lettura preliminare il **10 maggio**, con 48 voti a favore e 41 contrari. Tre parlamentari della *Joint List* araba sono stati allontanati dall’aula per schiamazzi e proteste.

Il *Nation-state bill*, se approvato anche nelle letture successive, diventerà una *Basic Law* dello Stato, parte centrale della giurisprudenza del paese e, de facto, equivalente ad un testo costituzionale.

Sebbene in contrasto con le [versioni precedenti](#) del disegno di legge, che subordinavano il carattere democratico di Israele al suo aspetto ebraico, non è ancora chiaro quali e quante modifiche la Commissione designata abbia intenzione di apportare al disegno di legge, che sarà discusso nuovamente in due sessioni consecutive a settembre.

Molto acceso infatti è il dibattito parlamentare¹⁰, anche all’interno della stessa maggioranza e della commissione incaricata della redazione del testo, presieduta dal Mk Amir Ohana, che non è ancora riuscita a trovare un accordo complessivo sul testo. Tra le cause più forti di contrasto vi è l’ipotesi, sostenuta dai alcuni partiti della maggioranza, di inserire un emendamento che costringa le corti israeliane a decidere in base alla legge civile ebraica nei casi non specificatamente affrontati dalla vigente legge israeliana.

GOVERNO

LA REVOCA DELLA ZONA MISTA AL MURO DEL PIANTO E LA POLEMICA INTERNAZIONALE

A seguito delle pressioni ricevute dai partiti ultraortodossi, il primo ministro israeliano Benjamin Netanyahu ha deciso di congelare il [piano](#) (P4370/20) circa la creazione di uno spazio di preghiera egualitaria al Muro del Pianto, uno dei siti più sacri dell’ebraismo.

La decisione, presa durante la riunione del Gabinetto del **25 giugno 2017**, ha portato un’ondata fortissima di malcontento e polemiche da parte delle organizzazioni ebraiche in Israele e in tutto il mondo, causando un vero e proprio terremoto nell’ebraismo americano, da sempre croce e delizia israeliana.

Nel congelare il piano, Netanyahu si è ritirato da un [accordo](#) raggiunto nel gennaio 2016 dopo cinque anni di negoziati, che prevedeva la creazione di uno spazio in cui

¹⁰ Si veda a questo proposito anche il [report](#) dell’*Acri* (*Association for civil rights in Israel*)

uomini e donne avrebbero potuto pregare insieme¹¹ all'estremità meridionale del Muro Occidentale. Tale spazio sarebbe stato gestito da una commissione espressione di diversi “ebraismi” e avrebbe avuto un accesso comune con l'area del Muro dedicata alle preghiere “tradizionali”.

La mossa del Governo rischia di peggiorare una crepa già profonda tra Israele, che riconosce l'ebraismo ortodosso, e le correnti maggiormente liberali, come l'ebraismo *conservative* e *reformer*, che tuttavia sono seguite dalla maggioranza degli ebrei del mondo.¹²

Sebbene i due partiti ultra-ortodossi¹³ controllino solo 13 seggi su 120 nella *Knesset*, il parlamento israeliano, costituiscono una parte fondamentale della coalizione di Netanyahu, pericolosamente ferma a 66 parlamentari. Chiaramente dipendente da queste forze politiche, il Primo Ministro in carica si trova spesso a dover bilanciare le richieste ultra-ortodosse con quelle dei suoi alleati più laici, cercando in tutti i modi una ricetta che allontani la prospettiva di nuove elezioni politiche.

A seguito delle proteste, Netanyahu ha incaricato il Sottosegretario alla Presidenza Tzachi Braverman e il ministro della Cooperazione regionale Tzachi Hanegbi di formulare un nuovo piano capace di conciliare le diverse posizioni.

In risposta al congelamento, i movimenti *Conservative* e *Reformer* hanno comunicato ufficialmente alla Corte Suprema israeliana il **28 agosto**, la loro indisponibilità a qualsiasi futuro “compromesso”, puntando ad ottenere una zona dedicata alle preghiere miste interna alla già esistente *plaza* del Muro Occidentale e chiedendo ufficialmente una loro rappresentanza nella *Western Wall Heritage Foundation*, che controlla e gestisce il Muro del Pianto.

L'intervento della Corte Suprema del **31 agosto** ha, prevedibilmente, riproposto lo scenario di scontro tra Governo e la Corte, dinamica tipica dell'ordinamento israeliano degli ultimi anni, invitando il Governo a scongelare il piano e a mantenere l'accordo.

CONVERSION BILL

Il **25 giugno** scorso, la Commissione legislativa del Governo Israeliano ha votato per promuovere un disegno di legge che negherebbe il riconoscimento di qualsiasi conversione effettuata in Israele al di fuori del sistema statale ortodosso, rendendo

¹¹ E non divisi come prevede l'*alacha*, la legge ebraica, strettamente osservata dalle correnti ortodosse.

¹² A questo proposito, uno [studio](#) del 2016 del *Pew Research Center* ha rilevato che circa la metà degli ebrei americani si identificano con la corrente “riformata” (35%) o “conservatrice” (18%), mentre solo il 10 % si identifica come ortodosso. Al contrario, una piccola minoranza degli ebrei israeliani si identifica nell'ebraismo conservatore (4%) o riforma (2%), mentre circa la metà identifica come ortodosso.

¹³ Rispettivamente *Shas*, con 7 seggi e *United Torah Judaism*, con 6 seggi.

di fatto il Rabbinate Centrale l'unico ente incaricato delle conversioni in Israele. Se trasformato in legge dalla Knesset, il disegno di legge negherebbe la possibilità di ottenere la cittadinanza tramite la Legge del ritorno agli ebrei convertiti in Israele da tribunali rabbinici riformati o ortodossi privati.¹⁴

Se la proposta viene vista dai suoi sostenitori come capace di consolidare il sistema di conversione in Israele e di tutelarne l'integrità, il disegno di legge ha indignato gli israeliani non ortodossi e gli ebrei americani che lo vedono come un tradimento del pluralismo ebraico. Sebbene infatti il disegno di legge non si applichi alle conversioni eseguite al di fuori di Israele, i leader religiosi non ortodossi temono che essa diminuire il peso "politico" dei movimenti ebraici *conservative* e *reformer*.¹⁵

La proposta governativa, se trasformata in legge, ribalterebbe la situazione giuridica venutasi a creare dopo la sentenza dell'Alta Corte di Giustizia israeliana del **marzo 2016**, che ha concesso il diritto alla cittadinanza ai convertiti ortodossi convertitisi attraverso tribunali rabbinici ortodossi indipendenti e non attraverso l'Autorità di conversione statale.

A seguito dell'enorme dibattito scaturito e anche a causa della "crisi" del Muro del Pianto di cui si è già accennato, il Premier Netanyahu ha deciso il **30 giugno** di sospendere il processo legislativo del "*Conversion Bill*" per 6 mesi, nominando il **16 agosto** l'ex Ministro della Giustizia Moshe Nissim come consulente sulla materia ed incaricandolo di lavorare ad un nuovo disegno di legge.

EMENDAMENTO N. 10 ALLA "CITIZENSHIP LAW" E REVOCA DELLA CITTADINANZA AI BEDUINI

Come riportato nell'introduzione, l'ordinamento israeliano è attualmente attraversato da dibattiti profondi e complessi, che mettono in discussione i confini stessi del patto sociale israeliano.

Oltre al dibattito sulla "*Conversion Law*", il "*Nationality Bill*" e la revoca degli spazi di preghiera misti al *Kotel*, grande vivacità sta acquisendo il dibattito circa la cittadinanza della popolazione beduina nel sud del paese.

*Adalah*¹⁶, il Centro Legale per la Minoranza Araba in Israele, ha inviato il **23 maggio** un [appello](#) urgente al procuratore generale, Avichai Mendelbit, denunciando un presunto abuso da parte del Ministero degli Interni dell' [emendamento n.10/11](#) alla *Citizenship Law*.

¹⁴ La proposta infatti, specifica che tutte le altre conversioni, private o non ortodosse, non verranno proibite ma solamente non riconosciute.

¹⁵ Ne consegue, dunque, che chiunque si sia convertito all'ebraismo *reformer* o *conservative* fuori da Israele, sarà comunque titolare del diritto alla cittadinanza attraverso la Legge del Ritorno.

¹⁶ إسرائيل في العربية الأقلية لحقوق القانوني المركز - عدالة، בישראל הערבי המיעוט לזכויות המשפטי המרכז - עדאלה

Secondo l'appello, dopo l'entrata in vigore dell'emendamento (che regola le eventualità giuridiche per il ritiro della cittadinanza), centinaia di Beduini sono stati privati del loro status di cittadini israeliani, con la scusa di una assegnazione non regolare della stessa decine di anni fa alle loro famiglie, e “degradati” a residenti permanenti¹⁷ nel mancato rispetto della legge. L'emendamento prevede infatti che si possa privare un soggetto dello status di cittadino solo entro tre anni dall'ottenimento dello stesso.

L'appello, indirizzato anche all'attuale Ministro degli interni, sostiene altresì che *“Oltre a violare il diritto alla cittadinanza, tale politica colpisce violentemente il diritto all'uguaglianza. Tale atteggiamento è chiaramente discriminatorio, in quanto nessun cittadino ebreo ha visto la sua cittadinanza revocata a causa degli errori nella registrazione dei suoi genitori o dei nonni con la Legge del Ritorno.”*

In risposta all'appello, il Ministro degli interni, Aryeh Deri, ha dichiarato che non si tratta di casi di revoca della cittadinanza, ma di correzione di un errore burocratico circa lo status giuridico dei soggetti, avviando una indagine dell'Autorità per la Popolazione e l'Immigrazione che possa prevedere un iter dai tempi ridotti per coloro i quali sono adesso residenti permanenti e che abbiano i requisiti giuridici per ottenere (nuovamente) la cittadinanza.

CORTE SUPREMA

L'UDIENZA SUL MURO DEL PIANTO

Nonostante i [dubbi](#), sollevati dal rabbinato centrale israeliano sulla giurisdizione della Corte suprema in casi “intrareligiosi”, e inviando un segnale fortissimo al Governo di Netanyahu, la Corte Suprema israeliana ha invitato, con la veemenza tipica della sua presidente Miriam Naor, a riconsiderare la decisione di congelare l'accordo circa la creazione di una zona per la preghiera mista al Muro del pianto.

A seguito dell'udienza, avvenuta il **31 agosto**, i tre giudici che presiedono il caso (oltre a Naor, Danziger e Melcer), hanno concesso due settimane (**14 settembre**) al Governo per formulare una nuova proposta e altre due (**28 settembre**) perché i richiedenti la esaminino.

LA NUOVA PRESIDENZA DELLA CORTE E DIBATTITO SUL “SENIORITY METHOD”

¹⁷ Secondo il diritto israeliano, i residenti permanenti possono votare per le elezioni locali ma non per quelle nazionali, non hanno diritto all'elettorato passivo, hanno diritto all'assistenza sanitaria ma non ad un passaporto, e non possono automaticamente trasferire il loro status ai figli.

La commissione “Costituzione, Legge e Giustizia” ha tenuto il **9 luglio** una speciale [riunione pubblica](#) per discutere il “*seniority method*” per la nomina del Presidente della Corte Suprema. Secondo tale metodo, attualmente in vigore, il giudice più anziano della Corte è nominato automaticamente come Presidente della Corte Suprema. La riunione si è svolta su iniziativa del presidente della commissione MK Nissan Slomiansky (Habayit Hayehudi) e con la partecipazione del presidente della Corte Suprema Miriam Naor, il Vicepresidente della Corte Suprema Giustizia Salim Joubran, il Ministro della Giustizia Ayelet Shaked, ex ministri della giustizia ed esperti legali.

Il presidente della Corte Suprema Naor ha sottolineato alla commissione che annullare il metodo significherebbe politicizzare la Corte e minarne indissolubilmente l'indipendenza; mentre il Ministro della giustizia Shaked ha sostenuto la possibilità di individuare un metodo basato su esperienza e merito.

Visto il [parere contrario](#) dei membri dell'*Appointment Committee* e la mancanza di altri candidati, si è proceduto ad annunciare l'[elezione](#) di Esther Hayut come prossimo Presidente della Corte. Tale decisione dovrà poi essere confermata tramite un voto dell'*Appointment Committee* fissato per il **4 settembre**.

Hayut, che presterà giuramento il **26 ottobre**, sarà dunque il 12° Presidente della Corte Suprema di Israele e avrà un mandato di sei anni, prima del raggiungimento dell'età di pensionamento obbligatorio, fissato ai 70 anni.

Contestualmente alla nomina di Hayut si è anche proceduto a nominare il giudice Hanan Melcer come vice-presidente.

LO STOP AL BUDGET BIENNALE

La Corte di Giustizia israeliana ha stabilito, in una sentenza di giovedì **31 agosto**, che vieterà i bilanci biennali futuri, stabilendo altresì che il bilancio statale relativo al 2017/18 resterà in vigore.

La [decisione](#), rilasciata da un panel esteso e formato da sette giudici, è venuto in risposta ad una petizione del *Ramat Gan Academic Center of Law and Business* secondo cui il governo ha abusato del potere di modificare temporaneamente le leggi tramite regolamenti d'emergenza.

I giudici hanno dichiarato all'unanimità che l'attuale [modifica](#) alla Basic Law “State economy” (art 3 comma 2), la disposizione temporanea del bilancio biennale, non sarà abrogata, ma hanno emesso un avviso di annullamento – a tutti gli effetti un avvertimento - che non permetterà nuove modifiche alla Basic Law per un bilancio che si estenda oltre la durata di un solo anno.

LA RIFORMA TENTATA E POI (MOMENTANEAMENTE) RINVIATA DELL'ORDINAMENTO GIUDIZIARIO COME TAPPA ULTERIORE NELL'INVOLUZIONE DEI RAPPORTI TRA POTERI*

di Jan Sawicki**

I mesi che vanno da maggio ad agosto sono da segnalare soprattutto per il tentativo, operato dal governo, di riformare l'ordinamento giudiziario assumendo un controllo anche sull'operato della magistratura giudicante. Già nei lunghi anni trascorsi all'opposizione il partito attualmente al potere, "Diritto e giustizia" (PiS), oltre a non aver apprezzato la separazione tra esecutivo e pubblica accusa operato dalla precedente coalizione, dipingeva i giudici, soprattutto penali e civili, come una 'casta' collusa con il precedente sistema socialista cessato nel 1989, un relitto del comunismo: una critica di per sé discutibile date le radicali riforme della giustizia introdotte all'indomani della democratizzazione del paese e considerato anche il quasi integrale ricambio, anche per motivi generazionali, del personale.

Non costituisce sorpresa dunque il desiderio di riformare questo decisivo settore della vita pubblica. Tuttavia lo choc è stato forte quando, in primavera, sono state rese pubbliche le proposte di riforma del Governo – qualcuna, per motivi pratici, presentata in veste di iniziativa formalmente parlamentare – il cui radicalismo ha superato ogni aspettativa. In particolare si è trattato di un trittico legislativo composto di una manipolazione nella composizione della Corte suprema (acronimo polacco SN), nel funzionamento del Consiglio nazionale della magistratura (KRS, unico organo di rilevanza costituzionale che in Polonia sia stato in parte ispirato al CSM italiano) e nella facoltà per il ministro della giustizia di nominare e revocare a propria larga discrezione, con un limitato potere di controllo e moderazione ad opera dello stesso giudiziario, i presidenti dei tribunali di ogni grado, i quali svolgono nei propri

** Dottore di ricerca in Teoria dello Stato e istituzioni politiche comparate, Università degli studi di Roma "La Sapienza"; docente a contratto nelle Università Statale e Cattolica di Milano.

uffici funzioni essenzialmente amministrative e finanziarie, ma che per ciò stesso influenzano, indirettamente ma in modo incisivo, la formazione della giurisprudenza, specie attraverso poteri di trasferimento e assegnazione.

Per quanto riguarda la legge sulla Corte suprema, che ha seguito un fulmineo iter parlamentare di appena dieci giorni, essa – qualora fosse entrata in vigore – avrebbe determinato la cessazione, per anticipato pensionamento, di tutti i giudici di questo alto collegio, con eccezione di quelli che, salve alcune modeste limitazioni ad opera del KRS, fossero stati appositamente indicati dal ministro della giustizia (tra i destinatari della cessazione la stessa prima presidente della Corte suprema, Malgorzata Gersdorf, che si è pubblicamente esposta nell'ultimo anno per la strenua difesa dello stato di diritto, specie nella vicenda della Corte costituzionale, e che a novembre compirà 65 anni). La composizione dell'organo sarebbe poi stata integrata secondo una procedura che, con la nomina da parte del Presidente della Repubblica, avrebbe coinvolto lo stesso Consiglio della magistratura, la cui composizione avrebbe però subito modifiche tali – ad opera della seconda legge – da aumentare a dismisura l'influenza su di esso ad opera dell'esecutivo. Il vertice dell'ordine giudiziario, in Polonia, avrebbe dunque subito una duplice interferenza, più diretta quella nella rimozione di elementi in carica, qualcuno dei quali invisibile in particolare al ministro della giustizia, e più apparentemente sfumata quella volta alla copertura degli incarichi rimasti vacanti. Un ulteriore *vulnus* all'indipendenza dell'organo sarebbe stato costituito dall'ingerenza che la legge avrebbe consentito di esercitare, congiuntamente al Presidente della Repubblica e al ministro della giustizia, nell'ambito del potere regolamentare di organizzazione dello stesso organo, in luogo di un'ampia autonomia attualmente riconosciuta alla Corte. Ancora più gravemente, la legge avrebbe alterato la struttura della Corte stessa, sostituendo le attuali sezioni civile, penale, del lavoro e militare con una sezione di diritto pubblico, una di diritto privato e una disciplinare:

particolarmente preoccupante quest'ultima, che, privilegiata anche sul piano del trattamento economico, sarebbe stata armata di un potere di intimidazione molto discrezionale nei confronti delle corti di grado inferiore.

Le modifiche concernenti il Consiglio nazionale della magistratura, sebbene meno appariscenti a prima vista, non sarebbero state meno incisive nella sostanza. Quest'organo è disciplinato dalla Costituzione nel suo art. 187, secondo modalità e ispirato a principi non dissimili da quelli che sono sottesi, per es., all'art. 104 Cost. italiana. Una differenza essenziale, e a questo punto esiziale con quest'ultimo, sta però nel fatto che, pur prevedendosi una serie di componenti di diritto e la distinzione tra 'laici' e 'togati', nella selezione di questi ultimi – diversamente dalla nostra disciplina – non è prevista una riserva a favore dello stesso corpo. La [legge](#) finora in vigore ha sempre fatto salvo un principio, forse implicito, per cui fosse la magistratura a scegliersi i propri componenti. L'attuale maggioranza politica ha scelto di rompere con questa giovane tradizione, affidando alla principale Camera politica del paese – il *Sejm* – il relativo potere elettorale, grazie anche ad una compiacente sentenza ([K5/17 del 20 giugno](#) scorso) del Tribunale costituzionale nella sua 'innovativa' composizione, sentenza del resto sollecitata da un'iniziativa del ministro della giustizia Ziobro, nella quale si è approfittato del silenzio della Costituzione in merito all'elettorato attivo dei membri togati del KRS per aprire un varco alla loro piena scelta politica. Inoltre la legge ha previsto la separazione del Consiglio in due sezioni, ciò che pure non è previsto ma neanche vietato dalla Costituzione, con la possibilità di quella composta dai 'laici' di bloccare o rinviare deliberazioni approvate da quella 'togata'.

Si sono usate nelle righe precedenti numerosi condizionali, poiché le leggi in questione non sono state pubblicate e riforme così penetranti sono state (per il momento) scongiurate.

Nella totale impotenza delle opposizioni parlamentari, implacabilmente battute ad ogni votazione, mentre nel paese andava maturando una pacifica

reazione fatta di manifestazioni in molte città, animate da decine di migliaia di partecipanti, l'ultimo barlume di speranza rispetto all'entrata in vigore di norme così lesive di numerosi articoli della Costituzione si concentrava nella persona del Presidente della Repubblica, Andrzej Duda. In realtà era trapelata una certa perplessità di quest'ultimo, sebbene non fosse chiaro su cosa i dubbi presidenziali si appuntassero. La convinzione diffusa nei media era che Duda si sarebbe limitato a rivolgersi al Tribunale costituzionale con un ricorso preventivo in via d'azione, consentito dall'art. 122.3-4 Cost, così da cavarsi almeno in parte da un impaccio, considerato da un lato il suo fortissimo legame con il partito al potere, che lo candidò a sorpresa nel 2015 quando era ancora un eurodeputato non molto conosciuto al pubblico, dall'altro l'importanza esasperata che il Governo in carica annette all'intera riforma.

Ma lo stesso Presidente Duda è anche colui che ha contribuito in maniera essenziale al [mutamento di natura del Tribunale costituzionale](#), per come è stato coinvolto alle vicende che hanno riguardato quell'organo negli ultimi due anni, e delle quali si è data nota nei numeri precedenti di questa *Rivista*. Se veramente Duda desiderava impedire che qualcuna di queste leggi, per qualunque motivo, entrasse in vigore, ricorrere al Tribunale costituzionale sarebbe stata un'azione ad alto rischio, poiché essendo ormai quasi universale l'opinione che quest'organo sia ormai 'di garanzia' soprattutto per il volere del partito di governo, troppo elevata sarebbe stata la possibilità di vedersi restituire qualche sentenza non favorevole ai dubbi che avesse eventualmente prospettato.

E' per questo che Duda, il 24 luglio, ha deciso invece di usare l'arma più forte a disposizione di un capo di Stato in Polonia, e – avvalendosi invece del comma 5 dello stesso art. 122 Cost. – [ha rinviato alla Dieta due delle tre leggi](#), quella sulla Corte suprema e quella sul Consiglio nazionale della magistratura (è stata invece promulgata quella sull'organizzazione dei tribunali, non meno rilevante per l'aspetto dei relativi presidenti). Il rinvio, secondo Costituzione,

può essere superato solo da un voto a maggioranza di tre quinti dei presenti, maggioranza che non è alla portata del PiS. Duda ha poi annunciato che avrebbe presentato entro due mesi [due disegni di legge alternativi](#), ma i suoi veti non hanno potuto fare a meno di innescare un conflitto con il PiS e in particolare con il suo leader Jarosław Kaczyński, nonché con il ministro della giustizia Zbigniew Ziobro.

E' soprattutto il merito dei rinvii presidenziali, peraltro, a presentare interesse. Il capo dello Stato ha criticato soprattutto l'eccesso di poteri conferito dalle leggi al ministro della giustizia nei riguardi della magistratura giudicante, definendolo inusuale nell'ordinamento polacco; egli però non ha negato che avrebbe preferito che tali poteri fossero semmai riconosciuti allo stesso capo dello Stato, in base al ruolo di garanzia che l'art. 126 Cost. gli attribuisce in forma solenne – compresa la “vigilanza” sul rispetto della Costituzione – e alla posizione importante che in Polonia, anche nei decenni interbellici, era stata riconosciuta a questa carica nei confronti del giudiziario. Resta il fatto che il Presidente è anche, sempre per Costituzione, uno dei componenti dell'esecutivo ‘duale’, è eletto a suffragio universale e soprattutto è un politico: ragioni che dovrebbero far guardare con sospetto a ogni possibile ingerenza tra poteri la cui separazione è enunciata espressamente nell'art. 10 Cost. D'altra parte, nei rinvii presidenziali colpiscono soprattutto le omissioni, che ne lasciano trasparire meglio le reali motivazioni (legittime: nulla vieta che il veto presidenziale possa essere motivato anche con opzioni discrezionali di legittima opportunità politica, in concorrenza con il Parlamento, essendo ciò sotteso alle scelte del costituente polacco). Nulla infatti viene detto sulla violazione della durata, costituzionalmente fissata, del mandato dei membri del Consiglio Nazionale della Magistratura (art. 187, c. 3 cost.) e del primo presidente della Corte suprema (art. 183, c. 3 cost.), come specificazione ulteriore della garanzia di indipendenza dell'ordine giudiziario già enunciata in generale nell'art. 10 della Costituzione.

Su un piano politico più generale, dunque, il periodo considerato si conclude con l'apertura potenziale di un conflitto di potere inedito tra personalità provenienti dallo stesso partito (in particolare il ministro della giustizia Zbigniew Ziobro, che ha reagito ai rinvii [con estrema durezza](#)), e il cui legame era apparso finora indissolubile. Beni costituzionali supremi sono in gioco. Ma vi sono dubbi sul fatto che al centro di questo conflitto di potere, come obiettivo di almeno una delle parti in causa, si collochi la protezione della Costituzione.

PARTITI

IL CONGRESSO DI “DIRITTO E GIUSTIZIA”

In una piccola località presso Varsavia – a sottolineare la vicinanza del partito per centri minori, propria base elettorale – si tiene tra il **30 giugno** e il **1 luglio** il congresso del partito di governo “Diritto e giustizia” (PiS). Alla presenza di 1100 delegati, viene confermato a stragrande maggioranza il leader Jarosław Kaczyński. Il congresso trasmette al paese l'immagine di un partito forte e compatto che tiene saldamente nelle mani il destino della nazione. Kaczyński promette che a novembre, quando saranno compiuti due anni di governo, si procederà a eventuali rimpasti nella composizione del Governo. Sul piano delle misure programmatiche, viene fortemente enfatizzata la riforma dell'ordinamento giudiziario, prossimamente in discussione in Parlamento, e quella del sistema dell'informazione privata – radio, televisione, social media, carta stampata periodica e quotidiana – che dovrebbe essere calendarizzata per il prossimo autunno, al fine di restituire ai polacchi un «autentico pluralismo» (come quello che sarebbe già stato introdotto del sistema radiotelevisivo pubblico) tramite una severa normativa antitrust e la riduzione delle quote di proprietà estere, in particolare tedesche, nei relativi gruppi. Ribadito il fermo «no» del partito a ogni politica europea di riallocazione di rifugiati o immigrati che comporti obblighi in tal senso per la Polonia.

PARLAMENTO

DAL PARLAMENTO PRENDE AVVIO UN CONFLITTO DI ATTRIBUZIONI TRA ORGANI DELLO STATO IN MERITO AL POTERE DI GRAZIA

Il Presidente del Sejm Marek Kuchciński promuove **l'8 giugno** un «conflitto di competenza tra organi centrali dello Stato» (art. 189 Cost.) in ordine all'esercizio del potere di grazia da parte del Presidente della Repubblica Andrzej Duda (v. "Corti"). Al centro del conflitto, in realtà, non vi è una rivendicazione di potere o prerogativa, quanto la negazione da parte della Corte suprema che esistano i presupposti per l'esercizio della prerogativa da parte di altro organo.

SI CONCLUDE L'ITER DI UNA CONTROVERSA RIFORMA DELL'ORDINAMENTO GIUDIZIARIO

Tra il **19 e il 20 luglio** viene approvato in via definitiva dal Parlamento un pacchetto di leggi volto a riformare rispettivamente la struttura e la pianta organica della Corte suprema (SN), quella del Consiglio nazionale della magistratura (KRS) e il funzionamento dei tribunali civili e penali, in particolare sotto l'aspetto degli incarichi ai relativi presidenti. In extremis, il Sejm accetta un emendamento alla legge sul KRS voluto dal capo dello Stato Duda d'accordo con il gruppo parlamentare Kukiz 15. L'emendamento incide sull'innovazione già in precedenza introdotta, che dispone l'elezione da parte dello stesso Sejm anche dei membri 'togati' del Consiglio. Esso prevede però che tale elezione avvenga non a maggioranza assoluta dei presenti, ma con la maggioranza qualificata di tre quinti degli stessi presenti; si stabilisce in tal modo che la composizione dell'organo debba tener conto di una maggiore rappresentatività rispetto alle opzioni politiche presenti in Parlamento, anche se non viene risolto il problema di una indebita politicizzazione dell'organo. Mentre l'opposizione protesta, sostenuta da manifestazioni con decine di migliaia di partecipanti a Varsavia e in altre capitali, pare ormai inevitabile che la giustizia in Polonia subisca una mutazione genetica capace di compromettere la divisione dei poteri. Manca soltanto la promulgazione da parte del Presidente Duda.

GOVERNO

IL PUNTO DI VISTA DEL GOVERNO SU IMMIGRAZIONE E CRIMINALITÀ

Prendendo la parola al Sejm il **5 luglio** a sostegno del ministro dell'interno Mariusz Blaszczak, sul quale pende una mozione di sfiducia – poi respinta a larga maggioranza –, la premier Beata Szydlo coglie l'occasione per mettere a fuoco la posizione del governo in merito al tema dell'immigrazione e delle quote di riallocazione stabilite dall'Unione europea. Le parole della Szydlo trovano eco nei media europei e mondiali, quando afferma l'intenzione di migliorare la politica di sostegno umanitario da parte della Polonia nei confronti dei paesi colpiti da guerre, ma al tempo stesso stabilisce un link diretto e immediato tra immigrazione, terrorismo e criminalità di altro tipo. Viene rivendicato l'elevato livello di sicurezza interna del paese, dovuto proprio alla linea rigida perseguita dal paese nelle politiche migratorie.

CAPO DELLO STATO

L'INATTESO DIBATTITO SU UNA NUOVA COSTITUZIONE

Durante la festa nazionale del **3 maggio** – data che in Polonia coincide con la celebrazione della Costituzione storica del 1791 – il Presidente della Repubblica Andrzej Duda lancia a sorpresa l'idea di una grande discussione nazionale sull'adozione di una nuova Costituzione, in sostituzione di quella del 1997, ritenuta la Carta adatta a un periodo di transizione e residuo del post-comunismo, insufficiente soprattutto nella definizione dei rapporti tra poteri ma anche sotto il profilo di alcuni diritti soggettivi (sebbene le carenze lamentate sotto questo aspetto non vengano meglio precisate). L'idea genericamente formulata da Duda è quella di indire dei referendum consultivi di indirizzo su alcuni punti cardine di una futura Carta, referendum che potrebbero svolgersi nel novembre del 2018, in coincidenza con il centenario della riconquistata indipendenza nazionale. L'iniziativa di Duda è tanto più inattesa in quanto risulta non discussa né condivisa né con il Governo né con il partito di provenienza.

LA VISITA DI TRUMP IN POLONIA

Nel corso di un suo tour europeo, il Presidente degli Stati Uniti Donald Trump compie una visita di un giorno, il **6 luglio**, a Varsavia, su invito di Andrzej Duda. Trump elogia la Polonia per i suoi meriti storici nonché per i successi politici ed economici, e ribadisce l'impegno degli USA nel rispetto degli obblighi derivanti dal

Trattato NATO. Sembra profilarsi un'intesa profonda tra la leadership polacca e quella della potenza di oltre Oceano.

IL VETO PRESIDENZIALE SU DUE LEGGI DI RIFORMA DELL'ORDINAMENTO GIUDIZIARIO

Con un intenso messaggio televisivo, il Presidente Duda annuncia il **24 luglio** di aver rinviato al Sejm due delle tre leggi di riforma dell'ordinamento giudiziario, quella sulla Corte suprema e quella sul Consiglio nazionale della magistratura, mentre ha promulgato la terza, quella sull'organizzazione dei tribunali civili e penali. La reazione presidenziale costituisce sorpresa, perché da un lato la maggioranza parlamentare aveva tenuto conto in ultima lettura della richiesta, formulata da Duda, di adeguare il criterio di elezione dei membri togati del Consiglio della magistratura con una maggioranza di tre quinti, in modo da consentire un maggiore pluralismo; dall'altro, ci si aspettava che se il capo dello Stato avesse avuto delle perplessità sulle leggi approvate, avrebbe richiesto un giudizio preventivo di legittimità presso il Tribunale costituzionale. La decisione dei rinvii, invece, segnala l'avvio del tutto inatteso di una conflittualità con il partito di governo, da cui lo stesso Duda proviene, che infatti reagisce in maniera assai contrariata, definendo i veti «un grave errore».

CORTI

LA CORTE SUPREMA ENTRA NEL CONFLITTO POLITICO PER UN CASO LEGATO AL POTERE DI GRAZIA

La Corte suprema adotta il **1 giugno** una delibera con la quale dichiara nullo qualunque provvedimento di grazia nei confronti di una persona non ancora condannata in via definitiva. In tal modo l'alto collegio giurisdizionale prende posizione contro il provvedimento di clemenza che fu adottato dal Presidente della Repubblica Andrzej Duda, alla fine del 2015, con cui venne graziato Mariusz Kamiński (PiS), attualmente ministro senza portafoglio coordinatore dei servizi segreti, e già direttore dell'Ufficio centrale anticorruzione negli anni 2005-2007 (durante il precedente governo del PiS). Dopo una lunga peripezia giudiziaria, Kamiński fu condannato a tre anni di detenzione nel 2015 per abuso di atti d'ufficio commesso quando ricopriva il precedente incarico. La condanna, avvenuta in primo grado, sembrava preludere a una sua conferma in appello, quando, nel novembre del 2015, giunse la grazia di Duda, necessaria per consentire allo stesso Mariusz Kamiński di tornare a ricoprire un incarico ministeriale.

L'EUROPEAN UNION (WITHDRAWAL) BILL 2017-2019: UN TEST DECISIVO PER LA TENUTA DEL GOVERNO MAY*

di Giulia Caravale**

In *office but not in power*. Questo è il giudizio espresso da alcuni commentatori politici su Theresa May dopo le elezioni anticipate per la Camera dei Comuni dell'8 giugno che la Premier aveva indetto a sorpresa per rafforzare la propria maggioranza e che hanno portato, invece, ad un nuovo *hung parliament*. La May aveva deciso di chiedere lo scioglimento della Camera poche settimane dopo aver notificato ufficialmente la scelta di uscire dall'Unione europea con il conseguente avvio dei negoziati. L'obiettivo della Premier, infatti, era proprio quello di assicurare maggiore stabilità al Paese e rendere più forte la posizione del Regno Unito rispetto all'Europa. E del resto i sondaggi ad aprile erano dalla parte dei conservatori e prefiguravano una maggioranza di 130 seggi, rispetto a quella di 17 che il partito guidato da Cameron aveva ottenuto nelle elezioni del 2015. Con una tale maggioranza la Premier avrebbe non solo potuto annientare le opposizioni in Parlamento ed affrontare i negoziati per la *Brexit* alla guida di un Governo più solido, ma anche rinviare al 2022 le elezioni successive, momento in cui il processo di uscita dall'Unione dovrebbe essere definitivamente concluso. Come detto, la Premier non è riuscita a raggiungere tale risultato, dato che alle elezioni dell'8 giugno i conservatori hanno ottenuto solo 317 seggi su 650, perdendone 13. Dal canto loro i laburisti, guidati dal leader Jeremy Corbyn, ad aprile considerato improbabile candidato Premier anche da molti esponenti del suo stesso partito e giudicato invece vincitore morale delle elezioni di giugno, hanno ottenuto 262 seggi, ben 30 in più rispetto al 2015. Da mettere in evidenza il ritorno in queste elezioni al sostanziale bipartitismo, non solo in termini di seggi, ma anche sotto il profilo dei voti espressi: la somma dei voti ottenuti dai due principali partiti è, infatti, stata superiore all'80% (82,4%), risultato che appare ancora più interessante se

*Contributo sottoposto a *peer review*

** Professore associato di diritto pubblico comparato, Università degli studi di Roma "La Sapienza"

confrontato con quelli del passato, dato che dalla metà degli anni '70 a oggi, con l'unica eccezione del 1979, la somma dei voti dei due partiti non era riuscita mai a raggiungere questo livello. Per quanto riguarda gli altri risultati, lo *Scottish National Party* si è confermato terzo partito, anche se ha perso 21 dei 56 seggi che era riuscito a vincere in modo sorprendente nel 2015. Il partito liberal democratico ha invertito il *trend* negativo degli ultimi anni e ha conquistato 12 seggi, 4 in più rispetto alla passata legislatura. Infine da evidenziare l'insuccesso del partito UKIP in termini di voti, dato che è passato dal 12,6% del 2015 all'1,8%, (senza ottenere seggi), un chiaro segno della difficoltà del "single issue party" di trovare nuovi obiettivi dopo il referendum per la *Brexit*.

A seguito delle elezioni i *Tories* non hanno dato vita ad un Governo di coalizione come durante la legislatura 2010-15, ma ad un Governo monocolore con l'"appoggio esterno" del partito nord irlandese DUP, il quale ha 10 deputati ai Comuni. L'accordo garantisce in pratica al Governo una maggioranza effettiva di 13 seggi, dato che da un canto lo *Speaker* e i suoi 3 vice non partecipano alle votazioni e dall'altro la scelta dei 7 deputati del Sinn Féin di non prendere parte ai lavori dei Comuni riduce di fatto la maggioranza necessaria. Per sigillare tale sostegno i due partiti hanno sottoscritto un "confidence and supply agreement" che prevede un impegno da parte del DUP a votare per tutta la durata della legislatura a favore dei disegni di legge presentati dal Governo che possano metterne in pericolo la tenuta, tra cui quelli relativi alla *Brexit* e alla sicurezza, e dei disegni di legge in materia finanziaria. Sia i conservatori che il DUP sono impegnati a rivedere i contenuti dell'accordo al termine dell'attuale sessione parlamentare che sarà più lunga del solito, dato che durerà due anni. Il DUP ha ottenuto in cambio un ingente finanziamento per il Nord Irlanda, sollevando le immediate proteste degli esponenti dei governi scozzese e gallese i quali hanno richiesto anche per loro maggiori fondi. Molte le perplessità in merito all'accordo manifestate poi dagli esponenti degli altri partiti nord irlandesi che da mesi tentano faticosamente di ripristinare il Governo nelle sei Contee del Nord e che giudicano il *confidence and supply agreement* un rischio per il processo di pace in Nord Irlanda.

Il Regno Unito si trova quindi a dover affrontare una delle sfide più complesse degli ultimi anni, quella della *Brexit*, con un nuovo *hung parliament* e un Governo di minoranza. In tale contesto il Parlamento nel suo complesso dovrà necessariamente offrire un contributo importante al processo di uscita dall'Unione europea. Il Governo dovrà cercare di tenere il partito coeso in modo da garantirsi la maggioranza alla Camera dei Comuni, obiettivo che potrebbe risultare non sempre facile, soprattutto nell'esame dettagliato dei disegni di legge. Peraltro il **10 luglio** la deputata *tory* Anna Soubry e il laburista Chuka Umunna hanno dato vita ad un *all-party parliamentary group (APPG) on EU relations*, un gruppo trasversale per opporsi alla *hard Brexit* prospettata dall'esecutivo. Inoltre il partito laburista, che, pur se in maggioranza contrario alla *Brexit*, ha accettato il risultato referendario, sembra indirizzarsi a favore di una *soft Brexit* che permetta la permanenza nel mercato unico e la libera circolazione di merci, capitali e persone. Il Governo poi dovrà anche ottenere l'appoggio di una Camera dei Lords contraria al progetto di *hard Brexit* della May, tenendo conto che l'assenza di un Governo di maggioranza rende più elastico il vincolo al rispetto da parte dei Lords della *Salisbury Convention*, la convenzione per cui la Camera alta non si oppone ai disegni di legge contenuti nel *manifesto* elettorale del partito che ha vinto le elezioni. Interessante la lettura di tale convenzione che è stata data ai Lords durante il dibattito successivo al *Queen's Speech*, dove è stato affermato che in caso di *hung Parliament* il rispetto della *Salisbury Convention* si traduce in un rispetto delle decisioni prese dalla Camera dei Comuni non di quelle del Governo.

Questo è il complesso quadro in cui, a settembre, il Parlamento inizierà l'esame dell'*European Union (Withdrawal) Bill 2017-2019* presentato il **13 luglio** ai Comuni. Si tratta del principale *bill* relativo alla *Brexit* della sessione parlamentare, anche se non sarà l'unico dato che se ne prevedono altri 7 in materia di dogane, commercio, immigrazione, pesca, agricoltura, nucleare e sanzioni internazionali. Il disegno di legge abrogherà l'*European Communities Act 1972* e convertirà in nazionale la normativa europea in modo da evitare vuoti legislativi dovuti all'uscita dall'Unione.

Inoltre il testo delegherà ai ministri nazionali e devoluti il potere di intervenire con atti regolamentari per abrogare o modificare la normativa nazionale di derivazione comunitaria in modo da adattarla alla nuova realtà del Regno dopo l'uscita dall'Unione. Si tratta di una disposizione che ha suscitato molte polemiche per l'eccessiva delega prevista dei cosiddetti "Henry VIII powers" ai ministri e per le limitate possibilità del Parlamento di intervenire in proposito. Le opposizioni hanno accusato il Governo di voler ridurre il ruolo del Parlamento a mero spettatore del processo di *Brexit* e hanno pertanto annunciato battaglia per il futuro esame del testo. Critiche all'eccessiva delega di potere normativo ai ministri previste dal testo del disegno di legge erano stata già espressa dal *Delegated Powers and Regulatory Reform Committee* della Camera dei Lords nel rapporto pubblicato il 27 aprile scorso e a cui si potrebbe solo in parte ovviare accogliendo la proposta di introdurre una "constitution protection clause" che impedisca al Governo di usare tali poteri per le modifiche di rilevanza costituzionale, su modello di quanto già previsto in altre leggi (In proposito T. Khaitan, *A Constitution Protection Clause for the Great Repeal Bill?*, U.K. Const. L. Blog, 19th Jul 2017).

L'importanza del disegno di legge è evidente sotto molteplici profili ed è facile immaginare che il suo esame assorbirà in pieno l'attività parlamentare: particolare attenzione tra i costituzionalisti ha suscitato anche la nuova categoria di atti legislativi nazionali che viene introdotta dalla legge, quella delle "retained EU laws", che renderanno effettiva la normativa europea nel Regno anche dopo la *Brexit*. Pur trattandosi di leggi nazionali, queste beneficeranno del principio di supremazia di cui gode attualmente la normativa comunitaria: pertanto, fino all'uscita definitiva del Regno dall'Europa, in caso di conflitto tra normativa interna, anche approvata successivamente, e "retained EU laws" queste ultime prevarranno. I costituzionalisti hanno sollevato alcune perplessità in relazione alla compatibilità di questa disposizione con il principio della sovranità parlamentare; a tali critiche si sono aggiunte anche le osservazioni del presidente della Corte Suprema, Lord Neuberger, il quale ha chiesto al Parlamento di fare chiarezza sulla rilevanza che, a seguito della

Brexit, avranno per le Corti nazionali le principali decisioni della Corte europea aventi ad oggetto materie trattate dalle “retained EU laws”.

È facile prevedere poi che la May incontrerà ulteriori problemi per l’approvazione del testo di legge a motivo del coinvolgimento delle nazioni devolute. La Premier, infatti, dopo le elezioni, ha affermato che richiederà il voto della *legislative consent motion* da parte delle Assemblee devolute sulla legge, anche se – come chiarito dalla sentenza Miller in merito al rapporto tra convenzioni e leggi- tale voto non sarà vincolante per Westminster. Il Parlamento di Londra potrebbe, infatti, anche approvare l’*European Union (Withdrawal) Bill* con l’opposizione di Scozia, Galles e Irlanda del Nord. Uno scenario, tuttavia, che potrebbe portare ad uno scontro costituzionale molto grave. La Scozia ed il Galles, infatti, (in attesa della formazione del Governo in Irlanda del Nord) hanno già espresso viva contrarietà al *bill* e hanno denunciato il fatto che la sua approvazione potrebbe ridimensionare i poteri loro assegnati. In particolare la legge dovrebbe prevedere l’attribuzione delle materie “rimpatriate” da Bruxelles prima al Governo centrale e poi in seguito alle nazioni devolute, mentre la *First Minister* scozzese Sturgeon vorrebbe che, quantomeno per agricoltura e pesca, il passaggio fosse diretto da Bruxelles ad Edimburgo. In ogni caso l’uscita dall’Unione comporterà la modifica da parte di Westminster dello *Scotland Act 1998*, del *Northern Ireland Act 1998* e del *Government of Wales Act 2006*, modifica che presuppone naturalmente anche la votazione di una *legislative consent motion* da parte delle Assemblee devolute. Inoltre, mentre attualmente le leggi delle Assemblee devolute sono nulle se contrarie alla normativa europea, in seguito all’approvazione dell’*European Union (Withdrawal) Bill* tali atti non potranno essere contrari alle “retained EU laws” nazionali, pur se queste riguarderanno competenze di Scozia, Galles e Irlanda del Nord. Una previsione questa che ha suscitato la protesta delle Assemblee e che viene giudicata un passo indietro rispetto al cammino compiuto nell’ultimo ventennio.

Anche se l’esecutivo May si è posto l’obiettivo di fare chiarezza sul futuro del Regno Unito attraverso la presentazione dell’*European Union (Withdrawal) Bill*

2017-2019, il dibattito sorto già prima dell'esame del testo da parte del Parlamento permette di condividere in pieno quanto sostenuto da Elliott, vale a dire che “the list of things that demonstrates the palpable — even existential — uncertainties involved in the UK’s proposed departure from the EU is an extraordinarily long one. And the Withdrawal Bill, far from resolving any uncertainties, merely serves to highlight and emphasise the vast scale of the uncertainty that lies ahead”.

ELEZIONI

ELEZIONI AMMINISTRATIVE DEL 4 MAGGIO

Il **4 maggio** si sono tenute le elezioni amministrative in alcuni *Councils* inglesi e gallesi e per 6 “metro-mayors” delle nuove *combined authorities* inglesi secondo il disposto del *Cities and Local Government Devolution Act* 2016. Nei *Councils* il partito conservatore ha ottenuto uno dei migliori risultati degli ultimi anni, mentre i laburisti hanno perso 250 seggi e subito alcune sconfitte significative come a Glasgow, dove vincevano ininterrottamente dal 1980. Quasi del tutto sparito l’UKIP, mentre i liberal democratici hanno perso più di 30 seggi. Se i risultati fossero rapportati al livello nazionale i *tories* avrebbero ottenuto il 38% mentre i laburisti il 27%, i liberal democratici il 18% e l’UKIP il 5%. Degno di nota il caso della contea del Northumberland nella quale il risultato di pareggio tra i candidati ha portato a determinare la vittoria della liberal democratica Rickerbery attraverso l'estrazione del filo di paglia più lungo.

Per quanto riguarda la nuova carica dei *metro mayors* alla guida dei *Councils* riunitisi nelle *combined authorities* i conservatori hanno vinto 4 elezioni (Tees Valley, tradizionale roccaforte *Labour*, Cambridgeshire and Peterborough, West of England, West Midlands), mentre i laburisti hanno vinto a Greater Manchester e a Liverpool City Region.

ELEZIONI POLITICHE DELL'8 GIUGNO

Il **3 maggio** la Camera dei Comuni è stata sciolta in vista delle elezioni anticipate dell'**8 giugno**. Nel corso delle settimane di campagna elettorale il vantaggio che i sondaggi attribuivano al partito conservatore, prefigurando una schiacciante vittoria sui laburisti, si è andato via via assottigliando. Un risultato che

può essere in parte attribuito anche agli errori compiuti dalla Premier e ai suoi limiti caratteriali; la May durante la campagna elettorale è apparsa incerta e poco empatica e si è rifiutata di sottoporsi al confronto televisivo diretto con i suoi avversari. Inoltre alcuni punti del programma elettorale dei conservatori sono stati molto criticati dall'opinione pubblica, come ad esempio in materia di politica sociale; forse proprio perché sicuri della vittoria, il programma *tory* conteneva aspetti certamente di sicuro impatto negativo nella società, tra cui la c.d. "dementia tax", una riforma che prevedeva tagli al finanziamento per la cura di malattie degenerative, come l'Alzheimer. La proposta, subito dopo le critiche, è stata ritirata in maniera ritenuta maldestra, tanto è che da quel momento gli elettori hanno iniziato a reagire e i sondaggi a segnare una rimonta del partito laburista.

Anche in tema di *Brexit* la May ha chiesto durante la campagna una "stronger leadership" per guidare il Paese fuori dall'Europa, senza tuttavia riuscire mai a chiarire del tutto i suoi obiettivi. Gli attacchi terroristici di Manchester e Londra, infine, hanno mostrato gli errori delle decisioni politiche della May, che è stata facile bersaglio per i tagli alla sicurezza applicati nei sei anni da lei trascorsi alla guida dell'*Home Office*. Il leader laburista Corbyn si è rivelato invece più rilassato, coraggioso, empatico e sincero rispetto all'algida May ed è riuscito a conquistare il cuore anche dell'elettorato più giovane.

Questi i risultati che hanno dato vita ad un nuovo *hung parliament*: conservatori: 42,3% di voti e 317 seggi (48,8%); laburisti: 40% di voti e 262 seggi (40,3%); *Scottish National Party*: 3% di voti e 35 seggi (5,4%); liberal democratici: 7,4% di voti e 12 seggi (1,8%); DUP: 0,9% di voti e 10 seggi (1,5%); Sinn Féin: 0,7% di voti e 7 seggi (1,1%); Playd Cymru: 0,5% di voti e 4 seggi (0,6%). Gli altri 3 seggi sono andati ad un candidato indipendente, ad uno dei Verdi e allo *Speaker*. L'UKIP ha ottenuto l'1,8% dei voti e nessun seggio.

PARTITI

ELECTORAL MANIFESTOS

Il programma contenuto nel *manifesto* elettorale del partito conservatore, dal titolo [*Forward Together*](#), è stato particolarmente incentrato sulla *Brexit* e sui disegni di legge che il Parlamento sarà chiamato ad approvare in questi anni per garantire l'uscita. In materia costituzionale non si prevedeva la riforma della Camera dei Lords né l'abrogazione dello *Human Rights Act* al meno fino a che il processo *Brexit* non sarà concluso, mentre è stato proposto di abrogare il *Fixed-term Parliaments Act* 2011

approvato durante il Governo di coalizione per sottrarre al Premier il potere di scioglimento della Camera dei Comuni.

Anche il *manifesto* del partito laburista, *For the many, not for the few*, ha riguardato in modo particolare la *Brexit*. Il partito è contrario all'impostazione dei negoziati dei conservatori e si è espresso a favore di un accordo che consenta di mantenere i benefici del mercato unico e di un *EU Rights and Protections Bill* che possa garantire il mantenimento dei diritti dei lavoratori, dei consumatori, dei cittadini europei residenti nel Regno e di quelli britannici presenti nei Paesi dell'Unione. Il partito laburista era favorevole anche a proseguire la partecipazione del Regno Unito sia ai progetti di ricerca europei sia ad organizzazioni come *Eurojust* e *Europol*. I laburisti si sono detti anche contrari al ripristino dei confini tra il Nord Irlanda e l'Eire. Per quando riguarda le riforme costituzionali il partito di Corbyn ha proposto l'istituzione di una *Constitutional Convention*, la riforma della Camera dei Lords, il mantenimento dello *Human Rights Act 1998* e lo studio di una riforma per rendere il Regno uno stato "more federalised".

Nel *manifesto* del partito liberal democratico *Change Britain's future* è emerso, invece, il carattere europeista del partito, con il suo impegno a voler mantenere l'*European Convention on Human Rights* e soprattutto a dare, dopo le trattative con l'Europa, di nuovo la parola ai cittadini per decidere "whether to accept the deal or remain in the EU".

ELEZIONE DEL LEADER LIBERAL DEMOCRATICO

Il **14 giugno**, dopo solo una settimana dalle elezioni, il leader del partito liberal democratico si è dimesso. Egli, infatti, cattolico osservante, ha reputato difficile conciliare il suo impegno politico con le sue scelte personali. Il **20 luglio** Vince Cable è divenuto il nuovo leader. Il settantaquattrenne Cable, unico candidato alla carica dopo la rinuncia degli altri, subito dopo la sua nomina ha dichiarato che la *Brexit* non è inevitabile.

PARLAMENTO

QUEEN'S SPEECH

Il **21 giugno**, dopo un rinvio di qualche giorno rispetto alla data precedentemente stabilita, la Regina Elisabetta ha tenuto il *Queen's Speech* nel quale ha illustrato il programma legislativo del Governo May per la prossima sessione parlamentare che durerà due anni.

Tra i 28 disegni di legge annunciati 8 riguardano la *Brexit* (oltre all'*European Union (Withdrawal) Bill* di cui abbiamo parlato nell'introduzione, il *Customs bill*, il *Trade bill*, l'*Immigration bill*, il *Fisheries bill*, l'*Agriculture bill*, il *Nuclear Safeguards Bill*, l'*International Sanctions Bill*). Alcuni *bills*, invece, riprendono quelli che erano già in esame nel corso della precedente legislatura, ma non erano stati approvati per lo scioglimento anticipato.

Il Governo May ha scelto di non presentare per ora i disegni di legge relativi ai temi che in campagna elettorale avevano suscitato polemiche, quali la riforma della scuola, le riforme sociali o la caccia alla volpe, né quelli relativi all'abrogazione del *Fixed-term Parliaments Act*. In proposito degno di segnalazione appare il dibattito sorto tra i costituzionalisti i quali si sono interrogati sugli effetti di tale riforma, chiedendosi in particolare se la semplice abrogazione possa o meno portare alla reviviscenza della prerogativa regia dello scioglimento. Nulla è stato detto dalla Regina in merito alla visita del presidente Trump che era stata fortemente osteggiata nei mesi scorsi.

Si deve anche ricordare che durante il dibattito più di cento deputati, tra cui diversi conservatori, hanno espresso il loro sostegno ad una proposta della laburista Stella Creasy diretta a consentire alle cittadine nord irlandesi di avere accesso al servizio sanitario nazionale in tutto il Paese per interrompere la gravidanza, senza pagare le 900 sterline ora richieste. Il Nord Irlanda ha, in materia di aborto, una legislazione più restrittiva rispetto al resto del Regno e questo costringe le donne residenti nelle sei Contee del Nord che vogliono interrompere la gravidanza a recarsi altrove. La proposta è stata poi ritirata dato che l'*Education Secretary and Equalities Minister* Justine Greening si è impegnata ad eliminare tale pagamento. La questione merita di essere ricordata per due ragioni. In primo luogo perché la scelta del ministro rappresenta un cambio di rotta del Governo su un tema sul quale era intervenuta il **14 giugno** anche la Corte suprema emanando la sentenza [*R \(A and B\) v Secretary of State for Health*](#) nella quale aveva giudicato legittima, con 3 giudici a favore e 2 contrari, la decisione del Ministro della Salute di mantenere tale pagamento. In secondo luogo perché l'evento ha mostrato la forza dei *backbenchers* all'interno un *hung parliament* e la loro capacità di organizzarsi e sostenersi, forse in questo caso spinti anche dalla paura che l'accordo con il DUP, partito dalle posizioni molto conservatrici, potrà condizionare il Governo su scelte come questa.

FORMAZIONE DELLE COMMISSIONI PARLAMENTARI

Nella nuova Camera dei Comuni un ruolo molto importante sarà rappresentato dalle Commissioni parlamentari dato che, riflettendo la composizione dell'aula, non saranno dominate dal partito di maggioranza con la conseguenza di garantire un controllo più penetrante sulla politica governativa. Il **12 luglio** sono stati scelti i

presidenti dei *Select Committees*, 19 dei quali dovranno controllare altrettanti dipartimenti a cui si aggiungono quelli relativi a *Environmental Audit, Procedure, Public Administration and Constitutional Affairs, Petitions, Public Accounts and Standards, Exiting the European Union, Women and Equalities*. Alcuni presidenti sono eletti a scrutinio segreto dall'intera Assemblea, secondo la riforma introdotta per la prima volta nel 2010 a seguito delle raccomandazioni proposte dalla commissione Wright. Le presidenze sono state così distribuite: 13 al partito conservatore, 12 al partito laburista, 2 allo *Scottish National Party* e 1 ai Lib Dems.

GOVERNO

BREXIT

Dopo le elezioni la May ha formato un nuovo Governo di minoranza che si fonda sull'[accordo](#) formalizzato il **26 giugno** con il *Democratic Unionist Party* (DUP). Molti i ministri che sono stati confermati dal precedente esecutivo tra cui il Cancelliere dello Scacchiere Philip Hammond, il ministro degli esteri Boris Johnson, il ministro per l'uscita dall'Unione europea David Davis. Il risultato deludente alle elezioni ha portato Nock Timothy e Fiona Hill, i due principali e discussi consiglieri personali della May, a rassegnare le loro dimissioni.

Il **19 giugno** hanno preso il via i negoziati sulla *Brexit* con l'incontro a Bruxelles tra il ministro David Davis e Michel Barnier il responsabile dei negoziati sulla *Brexit* per la Commissione europea. Le trattative sono proseguite poi anche con altre due tornate di incontri, a metà **luglio** e a fine **agosto**, senza tuttavia registrare nessun progresso decisivo. L'Europa ha mosso al Regno Unito la pesante accusa di avere ancora le idee molto confuse. Proprio l'incertezza delle trattative fa aumentare le fila di coloro (da ultimo anche [Vernon Bogdanor](#)), che continuano a ventilare la prospettiva di tenere un ulteriore referendum prima dell'uscita dall'Unione, in modo da permettere ai cittadini di votare sui termini dell'accordo raggiunto dal Governo.

Il Governo il **13 luglio** ha pubblicato tre distinti *position papers* per i negoziati, uno sui [Nuclear materials and safeguards issues](#), uno relativo agli [Ongoing judicial and administrative proceedings](#) ed il terzo su [Privileges and immunities](#).

CORTI

R (ON THE APPLICATION OF UNISON) (APPELLANT) V LORD CHANCELLOR (RESPONDENT)

Nei casi di *judicial review* le Corti inglesi valutano se l'autorità esecutiva (ministeri, autonomie locali, tribunali, agenzie) stia agendo nell'ambito dei poteri conferitigli dal Parlamento e non operi quindi *ultra vires*. Tale controllo non sempre si ferma alla sola legittimità e, in alcuni casi, coinvolge anche il merito. In proposito di sicuro interesse è la sentenza della Corte suprema [*R \(on the application of Unison\) \(Appellant\) v Lord Chancellor \(Respondent\)*](#) del **26 luglio**. Il caso riguarda un procedimento di *judicial review* relativo ad un *Order* emanato dal Lord Cancelliere (*Employment Tribunals and Employment Appeal Tribunal Fees Order 2013*) in esecuzione del *Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007* il quale attribuisce al ministro il potere di “prescribe fees payable in respect of anything dealt with by...” a cui segue l'elenco di alcuni tribunali. Il sindacato UNISON aveva fatto ricorso contro il “Fees Order” del *Lord Chancellor* ritenendolo illegittimo.

La sentenza redatta da Lord Reed ed emanata con il consenso unanime della Corte suprema ha giudicato l'*Order unlawful* e ha ritenuto che il ministro aveva mal interpretato la legge del 2007. Il pagamento introdotto dall'*Order* del Lord Cancelliere, infatti, è giudicato contrario al “constitutional right of access to the courts” che deve essere considerato “inherent in the rule of law”, un diritto riconosciuto fin dalla Magna Carta, consolidato dal *common law* e contenuto nel diritto dell'Unione europea. Il ministro Dominic Raab a seguito della sentenza ha dichiarato che il Governo “will take immediate steps to stop charging fees in employment tribunals and put in place arrangements to refund those who have paid them”.

Molte le osservazioni da fare in merito a questa sentenza. In primo luogo è interessante ricordare quanto affermato da Lord Reed in relazione al ruolo che le Corti devono svolgere nel Regno soprattutto nel rapporto con il Governo: “Courts exist in order to ensure that the laws made by Parliament, and the common law created by the courts themselves, are applied and enforced. That role includes ensuring that the executive branch of government carries out its functions in accordance with the law. In order for the courts to perform that role, people must in principle have unimpeded access to them. Without such access, laws are liable to become a dead letter, the work done by Parliament may be rendered nugatory, and the democratic election of Members of Parliament may become a meaningless charade. That is why the courts do not merely provide a public service like any other”.

In secondo luogo la sentenza risulta interessante per le riflessioni avanzate in merito al rapporto tra sovranità parlamentare e *rule of law* che come noto tradizionalmente protegge gli individui dagli abusi dell’“arbitrary government”. Nella sentenza in esame la Corte ha utilizzato la *rule of law* ed i principi ad essa connessi

come criteri attraverso cui interpretare la legge. E, così facendo, secondo molti, ha agito come una corte costituzionale. Come affermato da M. Hain (*Guardians of the Constitution – the Constitutional Implications of a Substantive Rule of Law*, in *U.K. Const. L. Blog*, 12th Sept 2017) il conflitto tra *rule of law* e sovranità parlamentare “would no longer be a question for academic debate, but the law of the land as a matter of *stare decisis*. This would truly elevate judges to the guardians of the constitution where previously it had been Parliament that, at least on an orthodox understanding, had the final word”.

Infine la sentenza evidenzia il peso e la rilevanza dei principi stabiliti dalla normativa europea nel Regno finendo per aumentare l'incertezza per il futuro post *Brexit* anche per il sistema giudiziario.

BREXIT

L'8 agosto Lord Neuberger, presidente della Corte suprema, ha chiesto al Parlamento di fare chiarezza su quali saranno in futuro gli effetti delle decisioni della Corte di giustizia europea dopo la Brexit. Lord Neuberger non reputa sufficiente infatti quanto sostenuto dalla Premier May, vale a dire che la Corte europea non avrà più giurisdizione e ha affermato che “If [the government] doesn't express clearly what the judges should do about decisions of the ECJ after Brexit, or indeed any other topic after Brexit, then the judges will simply have to do their best”. L'incertezza deriva soprattutto dal disposto dell'*European Union (Withdrawal) Bill* in discussione in Parlamento, il quale pur prevedendo che le Corti britanniche non saranno tenute al rispetto delle decisioni della Corte europea, precisa anche che i giudici nazionale “may do so if it considers it appropriate”, ciò al fine di permettere anche che alcuni giudizi di particolare rilevanza della Corte europea, ad esempio in materia di diritto del lavoro, possano continuare a valere come precedenti vincolanti.

Lord Neuberger ha pertanto chiesto al Parlamento di essere più chiaro: “If the UK parliament says we should take into account decisions of the ECJ then we will do so. If it says we shouldn't then we won't. Basically we will do what the statute says”.

La questione è ovviamente estremamente complessa anche perché, se la normativa europea sarà rimpatriata in quella nazionale attraverso le *EU retained laws*, quest'ultime dovranno continuare ad essere interpretate alla luce dei precedenti stabiliti dalle sentenze della Corte europea.

AUTONOMIE

Annale 2017 della Rivista “Nomos. Le attualità nel diritto”

ISSN 2279-7238

SCOZIA

Nel corso di questo quadrimestre il Governo scozzese ha manifestato costantemente la sua opposizione al progetto di *hard Brexit* voluto dalla Premier May. Ma le elezioni dell'**8 giugno** hanno rappresentato un spartiacque per la nazione. La Sturgeon, infatti, prima di quella data aveva sempre collegato la *Brexit* ad un nuovo referendum per l'indipendenza scozzese, anche come mezzo per cercare di far acquisire alla Scozia un ruolo nelle trattative. Nel corso della campagna elettorale la *First minister* aveva dichiarato, nel *manifesto* dello *Scottish National Party*, che il referendum avrebbe dovuto tenersi alla conclusione dei negoziati. A seguito del deludente risultato alle elezioni dell'8 giugno che hanno visto la mancata conferma da parte dello *Scottish National Party* di 21 dei 56 seggi che era riuscito a conquistare nel 2015 a Westminster, il partito - pur rimanendo il primo in Scozia - ha interpretato il voto come segno del mancato accoglimento da parte degli Scozzesi dell'ipotesi di un secondo referendum per l'indipendenza, almeno in tempi così rapidi. Pertanto il **27 giugno** Nicola Sturgeon ha comunicato all'Assemblea di Holyrood la decisione di rinviare alla fine della legislatura scozzese, quindi al 2021, il progetto referendario. Il partito non ha abbandonato il sogno indipendentista, ma in modo pragmatico ha scelto di concentrarsi su obiettivi più urgenti, quali il ruolo della Scozia nelle trattative in modo da riuscire ad ottenere una *soft Brexit* e soprattutto la questione della riassegnazione delle competenze europee post *Brexit*. Degno di rilievo è poi il successo del partito conservatore scozzese alle elezioni dell'**8 giugno**. Il partito conservatore ha spesso stentato a vincere nelle circoscrizioni scozzesi, dove fino al 2010 il partito laburista era sempre risultato vincitore indiscusso. Nel 2015, quando si era realizzato l'*exploit* dello *Scottish National Party* a Westminster il partito conservatore aveva ottenuto solo 1 seggio, mentre nelle votazioni di giugno ne ha ottenuti 13. La nuova leader dei *Tories* scozzesi Ruth Davidson peraltro si è espressa contro la *hard Brexit* della May, una posizione che potrebbe creare problemi alla Premier la quale deve poter contare sul sostegno di tutti i suoi deputati per evitare la caduta dell'esecutivo.

Che le elezioni abbiano rappresentato uno spartiacque importante per la Scozia appare evidente dalla decisione del Governo di coinvolgere Holyrood e le altre Assemblee devolute nell'approvazione dei disegni di legge relativi alla *Brexit*. Un impegno che era stato annunciato già durante il dibattito sul *Queen's Speech* il **21 giugno** dalla Premier e confermato poi dalla nuova *Leader of the House*, Andrea Leadsom e il **26 giugno** dal *Brexit Secretary* David Davis.

Subito dopo la presentazione a Westminster dell'*European Union (Withdrawal) Bill 2017-2019* il **13 luglio** i *First Ministers* Nicola Sturgeon e Carwyn Jones, in una dichiarazione congiunta, hanno affermato che non potranno sostenere il testo del

bill. Esso infatti “does not return powers from the EU to the devolved administrations, as promised. It returns them solely to the UK Government and Parliament, and imposes new restrictions on the Scottish Parliament and National Assembly for Wales. On that basis, the Scottish and Welsh Governments cannot recommend that legislative consent is given to the Bill as it currently stands”.

Bisogna ricordare anche che il **22 agosto** i rappresentanti dei governi scozzesi e gallesi si sono incontrati per cercare di coordinare gli emendamenti da proporre al disegno di legge e che i tentativi di trovare un accordo tra il Governo di Londra e quello di Edimburgo sono per ora falliti.

Il **20 giugno** è stato pubblicato il [rapporto](#) redatto dalla *Scottish Parliament's Commission on Parliamentary Reform* istituita il 26 ottobre 2016 dal *Presiding Officer of the Scottish Parliament*, Ken Macintosh e presieduta da John McCormick. La commissione, composta da 10 membri sia della società civile che dei partiti aveva il compito di studiare l'evoluzione dello *Scottish Parliament* in questi 18 anni. Essa ha proposto alcune riforme dirette a migliorare la funzione di controllo svolta dai comitati parlamentari e rendere la loro azione più efficace, prendendo spesso a modello quanto avviene a Westminster. Tra le raccomandazioni suggerite si segnalano quelle relative al *First Minister's Question Time* e quella di istituire un *Backbench Committee* su modello di quanto presente alla Camera dei Comuni dal 2010, comitato che in tale sede ha fornito un contributo decisivo alla “cross-party culture”.

GALLES

Il **13 giugno** il *presiding officier* dell'Assemblea gallese ha annunciato l'intenzione di cambiare il nome da *Welsh Assembly* a *Welsh Parliament*.

Il **15 giugno** il Governo gallese ha pubblicato un documento su [Brexit and Devolution Securing Wales' Future](#) nel quale ha affermato che la *Brexit* rappresenta una sfida decisiva che potrebbe anche destabilizzare il Regno e ha pertanto auspicato la sostituzione dell'attuale *Joint Ministerial Committee* con un *UK Council of Ministers*, che consenta ai 4 Governi presenti nel Paese di lavorare insieme nelle trattative. Inoltre, il documento ha richiesto l'istituzione di una convenzione sul futuro del Regno Unito.

IRLANDA DEL NORD

Le elezioni per il rinnovo dell'Assemblea di Stormont del 3 marzo non sono riuscite a risolvere la situazione di stallo che il Nord Irlanda vive dal gennaio di quest'anno, quando le dimissioni di Martin McGuinness da vice primo ministro

hanno portato stante le regole del *power sharing* nord irlandese alla caduta del Governo. Così dopo aver superato con un nulla di fatto il 18 aprile la prima *deadline* fissata per la formazione dell'esecutivo, i partiti non sono riusciti a trovare un accordo neanche entro la seconda del **29 giugno**. I temi che dividono le due comunità sono diversi e riguardano da un canto la *Brexit* (il DUP è a favore dell'uscita dall'Unione, mentre il Sinn Féin è contrario) dall'altro altre questioni legate all'identità delle due comunità e alla gestione dell'eredità del periodo dei *Troubles*. Tra i temi controversi, ad esempio, quello relativo all'approvazione di una legge relativa al gaelico, lingua che i nazionalisti del Sinn Féin vorrebbero equiparare all'inglese, mentre il DUP vorrebbe garantire la parità linguistica anche dell'*ulster scot* considerando, peraltro, la richiesta del Sinn Féin contraria al *Good Friday Agreement* che promuove la parità delle culture presenti in Nord Irlanda.

Anche in Nord Irlanda le elezioni dell'**8 giugno** hanno portato a novità importanti dato che – come abbiamo visto - il Governo May si fonda sul sostegno dei 10 deputati eletti nelle fila del DUP. L'accordo tra Tories e DUP è stato fortemente criticato dal Sinn Féin che lo considera illegittimo perché contrario al principio di imparzialità del Governo britannico nelle questioni nord irlandesi stabilito dall'articolo 1 dell'accordo del Venerdì Santo del 1998. Ed in proposito degno di nota è il tentativo in corso in questi mesi di portare la questione di fronte alle corti a cui chiedere un giudizio sulla possibile violazione dell'indipendenza del Governo. Il partito nazionalista teme anche le possibili conseguenze di un ripristino della *direct rule* da parte del Governo di Londra – Governo che si fonda sull'appoggio del DUP – sui delicati equilibri della nazione.

Il *Northern Ireland Secretary* James Brokenshire ha comunque deciso di concedere più tempo ai partiti nord irlandesi anche se in autunno sarà necessario con ogni probabilità fare approvare da Westminster un bilancio per autorizzare le spese del Nord Irlanda.

Nel mese di **luglio** la Camera dei Lords ha sollecitato la Premier May a recarsi in Nord Irlanda per cercare di contribuire allo sblocco della situazione. L'assenza di un Governo nella regione rappresenta, peraltro, un problema anche per la *Brexit* e per la delicata soluzione della questione del confine interno all'Isola. Dottrina e mondo politico sembrano concordare sulla volontà di non ripristinare il confine come era in passato. Tali preoccupazioni sono contenute anche nel rapporto [Brexit: devolution](#) pubblicato il **19 luglio** dall'*House of Lords European Union Committee*, nel quale si afferma che “In Northern Ireland, the failure to form a power-sharing Executive, the fact that no nationalist MPs have taken up their seats in the new Parliament at Westminster, and the Conservative Party/Democratic Unionist Party agreement, could lead to increased instability and the erosion of cross-community support”.

Il **2 agosto** il *Joint Committee on the Implementation of the Good Friday Agreement* della Repubblica irlandese ha pubblicato il rapporto [*Brexit and the Future of Ireland: Uniting Ireland and its People in Peace and Prosperity*](#) il quale prende in esame l'impatto della *Brexit* per l'Irlanda. Diverse le proposte in esso contenute tra cui l'ipotesi di una riunificazione dell'Isola in modo pacifico, a seguito di un voto da parte dei cittadini del Nord Irlanda. Il *report*, suddiviso in 7 sezioni e contenente 18 raccomandazioni è stato redatto grazie anche del contributo dei politici e della dottrina irlandese, inglese, tedesca e statunitense che hanno preso come modello di riferimento la riunificazione della Germania soprattutto per l'automatico ingresso nell'Unione Europea.

LA RUSSIA E L'IMMINENTE CICLO ELETTORALE*

di Ilmira Galimova**

Non sono molti gli eventi rilevanti dal punto di vista politico costituzionale di questi ultimi mesi in Russia. Potrebbe trattarsi della “quiete prima della tempesta”, vale a dire la futura campagna presidenziale del dicembre 2017 – marzo 2018, quiete che si interromperà probabilmente solo a settembre, quando in diverse regioni si svolgeranno le elezioni per i governatori ed i deputati dei parlamenti regionali. Questa indolenza politica è dovuta in parte alle peculiarità della stagione estiva, e, quindi, alla chiusura per ferie del Parlamento, le cui ultimi riunioni si sono svolte il **21 luglio** per la Duma e il **25 luglio** per il Consiglio di Federazione.

Tuttavia il quadrimestre in esame è stato caratterizzato non solo da celebrazioni patriottiche, come la Giornata della vittoria del **9 maggio**, o la Giornata della Russia del **12 giugno**, ma anche da una intensa attività legislativa svolta dalla Duma (di cui si darà conto nelle pagine seguenti). Inoltre si sono svolte alcune manifestazioni che non hanno però avuto particolari conseguenze¹⁸. La turbolenza politica di cui si è parlato nel numero precedente della rivista *Nomos*¹⁹ è associata principalmente al malcontento dei cittadini per la diffusione della corruzione nel Paese. Tale agitazione ha portato, infatti, ad una campagna su larga scala contro la corruzione, organizzata in coincidenza con la Giornata della Russia in centinaia di città, che alla fine è stata ridimensionata sia per la dura reazione da parte delle autorità, sia una completa disattenzione dai grandi media.

* Contributo sottoposto a *peer review*.

** Dottoranda in Diritto pubblico, comparato ed internazionale, curriculum Teoria dello Stato ed Istituzioni politiche comparate – Dipartimento di Scienze Politiche, “Sapienza” Università di Roma.

¹⁸ Si tratta di alcune manifestazioni, svoltesi principalmente a Mosca per iniziativa di differenti forze dell'opposizione per la maggior parte sotto forma di marcia. Tra queste spiccano: il **6 maggio** la riunione nel quinto anniversario della *Bolotnaya*, il **14 maggio** e il **28 maggio** la marcia degli avversari della ristrutturazione di alloggi a Mosca (entrambe iniziative non politicamente motivate, ma in seguito divenute manifestazioni contro l'arbitrarietà delle autorità locali); il **12 giugno** la manifestazione di protesta contro la corruzione guidata dall'oppositore A. Navalny; il **23 giugno** e **26 agosto** i cortei “Per l'Internet libero” e contro la nuova legislazione in materia di scambio di informazioni via Internet.

¹⁹ Per questo v. I. GALIMOVA, *Ad un anno dalle presidenziali: la Russia entra in una fase di turbolenza politica? – Russia. Cronache costituzionali dall'estero (settembre-dicembre 2016)*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 1, 2017: <http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2017/05/Russia-Cronache-2017-1.pdf>.

Come di consueto il dibattito politico in Russia è stato dominato dal Presidente della Federazione. Il Presidente Putin è apparso in diversi eventi dove ha tenuto i suoi discorsi. Così, il **9 maggio**, in occasione del Giorno della Vittoria (*Den' Pobegy*), nel suo [discorso](#) per il 72° anniversario della vittoria nella Grande Guerra patriottica del 1941-45 Putin ha sottolineato, ancora una volta, lo spirito patriottico dei russi: “Sentiamo un rapporto di sangue e una vicinanza penetrante con la generazione degli eroi e dei vincitori. E rivolgendomi a loro, dirò: non vi vergognerete mai di noi. Oggi, come in qualsiasi altro tempo, mostrando il suo coraggio e l'eroismo, un soldato russo è pronto ad ogni sacrificio e ad ogni atto per il bene della sua Patria e del suo popolo”.

Nell'altro [discorso](#) tenuto durante la cerimonia della consegna di onorificenze statali in occasione della Giornata della Russia, il **12 giugno**, Putin ha ricordato “il tempo estremamente pericoloso e allarmante del indebolimento dello Stato, dell'erosione e della vulnerabilità delle fondamenta sociali” in cui la Russia era entrata durante le “trasformazioni cardinali degli anni '90”. Il Presidente ha aggiunto: “Anno dopo anno, insieme allo sviluppo delle istituzioni democratiche, e all'aumento del livello di apertura della società, siamo diventati più consapevoli dell'importanza delle nostre radici e tradizioni, siamo riusciti a comprendere che possiamo andare avanti solo in un Paese forte, indipendente e sovrano, e che la stabilità politica, l'unità negli obiettivi e il consolidamento della società forniscono la forza dello Stato. Insieme siamo riusciti a preservare la diversità unica del popolo russo, a impedire l'oblio e la svalutazione dei principi del civismo e del patriottismo, a rafforzare affidabilmente la sovranità del nostro Paese e identificare chiaramente gli interessi nazionali della Russia. Abbiamo imparato a difenderli fermamente, contando, tra l'altro, sull'esperienza storica. E questa integrità della percezione della Russia è il nostro bene più importante”.

Probabilmente, l'evento più atteso del quadrimestre è stata la “Linea diretta con il Presidente”, “*Pryamaya liniya s Vladimirom Putinym*”, spostata quest'anno dall'aprile al

15 giugno²⁰. Si tratta di una trasmissione televisiva, in cui Putin risponde per circa quattro ore alle domande poste dalle persone in sala, attraverso video-chiamate in diretta, o via SMS, e che si svolge ogni anno dal 2001. Il programma di quest'anno è stato il quindicesimo (di fila) per Vladimir Putin. In questa occasione il Presidente ha ricevuto per lo più richieste di aiuto per risolvere questioni personali, legati, per esempio, ad una mancanza di farmaci o questioni generali – relative ad esempio a problemi di alloggio. Inoltre, molte sono state le denunce mosse contro le autorità locali e l'inefficienza della burocrazia, entrambe non in grado di gestire problemi come le condizioni delle strade, le discariche in prossimità di aree residenziali, i ritardi nei pagamenti, l'esecuzione dei Decreti di maggio, ecc. Ancora una volta, la trasmissione ha dimostrato l'esistenza di problemi strutturali nell'apparato statale russo e ha rafforzato nell'opinione pubblica il giudizio dell'inefficienza del “regime di controllo manuale” (*regim ručnogo upravleniya*) creato in Russia, cioè, la situazione in cui i livelli inferiori dell'autorità statale (municipale, regionale) non sono in grado di esercitare autonomamente le proprie competenze e ogni iniziativa deve provenire dall'alto. Insomma, in molti²¹ hanno avuto l'impressione che il famoso *vertical' vlasti* alla fine riproduca la *bad governance*, perché sebbene possieda la capacità di reagire in maniera rapida ed efficace all'ordine proveniente dall'alto (come ha mostrato anche la conseguente reazione in seguito alle lamentele denunziate durante Linea diretta), non è in grado di reagire agli impulsi provenienti dall'esterno, dalla società civile e di decidere autonomamente sui problemi vitali dei cittadini.

²⁰ La trascrizione completa della trasmissione tradotta in inglese può essere trovata sul sito *kremlin.ru* sotto il link qui: <http://en.kremlin.ru/events/president/news/547901>. V. il video del programma con la traduzione in inglese su *youtube*: <https://www.youtube.com/watch?v=06gH7SfSOLE>. V. anche il riassunto della Linea diretta in italiano qui: <http://www.eastjournal.net/archives/84838>.

²¹ V. i commenti dei media russi: <http://www.rbc.ru/politics/18/06/2017/594650439a7947852cef790b>, Lo stesso Putin nel intervista dopo la Linea diretta ha spiegato ai giornalisti: "Dopo tutto, le domande le pongono solo coloro che non hanno risolto i loro problemi, ma un enorme numero di persone riesce ad ottenere risultati autonomamente, e questi risultati vengono forniti dalle autorità regionali e comunali. Pertanto, non posso dire che tutto è fatto in 'regime manuale', anche se a volte troviamo le cose che richiedono un'attenzione particolare, anche dal governo e dal Presidente" [v. cfr.: <https://www.gazeta.ru/social/2017/06/18/10727153.shtml#page2>]. Nella stampa o nella letteratura accademica inglese è possibile trovare espressioni *hands-on regime* o *manual control* per identificare il fenomeno, v., per esempio, <https://www.the-american-interest.com/2016/10/05/the-perils-of-putins-manual-controls/>; o una relazione di Carnegie “Overmanaged Democracy in Russia”: http://carnegieendowment.org/files/overmanaged_democracy_2.pdf.

È necessario, inoltre, menzionare il tentativo del Cremlino negli ultimi mesi di incrementare il coinvolgimento degli adolescenti e dei giovani russi nel dialogo con le autorità pubbliche. Questa tattica è in gran parte determinata dalle preoccupazioni delle autorità legate alla crescente partecipazione dei giovani – in età scolare e universitaria – nei movimenti di protesta. Proprio dopo la manifestazione anti-corruzione del **26 marzo** numerosi sociologi e giornalisti hanno parlato di “ringiovanimento di protesta”²², in seguito il Cremlino ha deciso di rispondere a questo *trend* in modo del tutto tradizionale, coinvolgendo i giovani negli eventi filogovernativi. Così, negli ultimi tre mesi, Vladimir Putin ha incontrato già tre volte le generazioni più giovani: il **24 giugno** il Presidente ha partecipato alla cerimonia di apertura della stagione estiva nel campo dei bambini "Artek", il **21 luglio** ha parlato con gli studenti del centro educativo "Sirius" durante la "Conversazione non per bambini con Vladimir Putin" (in russo “*Nedetskij Razgovor*”), un analogo della Linea diretta, e il **20 agosto** il Presidente russo ha incontrato i partecipanti del Foro dei Giovani “Tavrida”, organizzato in Crimea. L'obiettivo di tutti e tre gli eventi, con la presenza presidenziale, era naturalmente, non solo il desiderio di conoscere meglio gli umori di questa parte della società russa, come nel caso della Linea diretta del Presidente, ma anche la volontà di dimostrare che le autorità sono interessate ai problemi giovanili e sono pronti allo scambio di opinioni.

Nel mese di **agosto**, l'attenzione pubblica si è invece concentrata sull'ulteriore deterioramento delle relazioni russo-americane e, nella sfera della politica interna, verso due casi di grande rilievo che hanno suscitato profondo scandalo, il primo relativo al regista K. Serebryannikov, noto negli ambienti liberali, e il secondo all'ex ministro dello sviluppo economico A. Ulyukaev. Serebryannikov è stato incriminato (*ex* articolo 159, paragrafo 4 del Codice penale relativo a "frode su larga scala") a

²² V., ad esempio, alcuni dei commenti comuni dei giornali italiani sui “protagonisti di nuove proteste” contro la corruzione che sono “i giovani e gli studenti, spesso ancora minorenni”: http://www.repubblica.it/esteri/2017/06/12/news/russia_navalny_nuovamente_arrestato_a_mosca-167908637/; http://www.corriere.it/esteri/17_giugno_13/giovanissimi-normali-nuova-generazione-attivisti-russi-b3d3224c-5012-11e7-a437-ba458a65274a-bc_principale.shtml.

causa di una sovvenzione statale; il secondo, invece, è stato accusato di estorsione per una tangente di circa 2 milioni di dollari.

Allo stesso tempo, il **10 agosto**, su un altro fronte, la campagna elettorale nelle regioni alla vigilia del Giorno unico delle Elezioni (**10 settembre**) è arrivata alla stretta finale. La fase di presentazione delle candidature si è chiusa il **21 luglio**, ed è stata poi seguita dalla procedura di *audit* dei documenti presentati (soprattutto delle firme) effettuata dalle Commissioni elettorali locali (*Izбирком*). La presentazione delle candidature si è conclusa tra il **5 e il 10 agosto**. Secondo la maggioranza degli analisti non ci si può attendere una concorrenza forte, in particolare nelle elezioni dei capi delle regioni. Tutto ciò, non solo per il semplice fatto che l'inizio della fase della propaganda elettorale ha coinciso con le vacanze estive, ma soprattutto a causa del "filtro municipale" e della partecipazione nella competizione governatoriale di cinque governatori in scadenza e di undici governatori *ad interim* nominati in precedenza dal Presidente. Inoltre, secondo i dati della CEC (Commissione elettorale centrale), per le elezioni del capo dell'Esecutivo nelle 16 regioni russe sono stati registrati 75 candidati (70% di tutti quelli presentati) di 14 partiti diversi sono stati registrati²³. È opportuno sottolineare la registrazione della candidatura di uno soltanto dei candidati dal partito *Parnas* e di nessun candidato dal partito di opposizione "Yabloko"²⁴.

Oltre alle elezioni dei governatori, nel Giorno Unico si svolgeranno altri 5.800 elezioni regionali e comunali, per un totale di più di 36.000 mandati.

Dunque, le prossime votazioni di **settembre** rappresentano naturalmente la fase preparatoria per la campagna presidenziale, e secondo l'opinione condivisa degli esperti procederanno senza sorprese. Per quanto riguarda il sistema dei partiti, le prossime elezioni avranno carattere stabilizzante. Tuttavia, tale *test* per il sistema politico non fornirà le risposte a tutte le questioni relative all'elezione del Capo di Stato, a causa delle differenze nell'agenda e dell'affluenza alle urne (lo scenario che

²³ V. le notizie della Commissione Elettorale Centrale russa dal 30.08.2017: <http://cikrf.ru/news/cec/2017/08/30/04.html>.

²⁴ V. la tabella preparata dalle CEC "Informazioni sui candidati alle elezioni dei capi regionali": <http://cikrf.ru/news/cec/2017/08/02/sved.xls>.

in più assomiglia alle elezioni presidenziali è quello delle elezioni governative, dove si è sviluppato il modello *incumbent-led*). Come ha scritto il politologo russo, esperto negli studi regionali russi, R. Turovskij: “Date le difficili condizioni socioeconomiche, in Russia si continua la riproduzione delle elezioni che caratterizzano i periodi "problematici"... Queste elezioni hanno caratteristiche comuni, ma anche differenze regionali e in generale forniscono un risultato favorevole per le autorità. Ciononostante, l'occasionalità del risultato mostra chiaramente anche che condurre la successiva campagna presidenziale sulla base e con il sostegno dei vincitori [delle elezioni di settembre] non sarà sufficiente”²⁵.

ELEZIONI

LE CAMPAGNIE ELETTORALI REGIONALI E COMUNALI

Le prossime elezioni regionali e comunali del **10 settembre** rappresentano un momento speciale nella politica elettorale russa. Per la prima volta nella storia post-sovietica russa, il ciclo elettorale ha acquisito un carattere esteso nel tempo, per cui le elezioni del mese di settembre divengono una sorta di "ponte" tra le due campagne federali – quella già passata, della Duma del settembre 2016, e quella futura, presidenziale, del marzo 2018. Questa volta, le tendenze rilevate nel processo consentiranno di parlare di alcuni cambiamenti nelle preferenze e nel comportamento elettorale.

Nel Giorno Unico delle Elezioni i russi dovranno eleggere i deputati di Duma in due circoscrizioni uninominali (le elezioni suppletive), i presidenti di 16 regioni del Paese²⁶ (un altro capo, quello della regione della Repubblica di Adygea, sarà eletto da deputati del Parlamento regionale mediante la elezione tra tre candidati approvati dal Presidente), i legislatori di sei Parlamenti regionali della Russia, nonché i membri degli organi rappresentativi dei comuni nei capoluoghi di 11 regioni russe ed i consiglieri di autogoverno nella città di Mosca. Le elezioni dirette dei sindaci nei capoluoghi delle regioni russe, a causa del processo di cancellazione²⁷, sono quasi

²⁵ Cfr. <http://politcom.ru/22652.html>.

²⁶ Tra i quali anche il capo della Città di importanza federale Sebastopoli, che per la prima volta sarà eletto dal popolo.

²⁷ Secondo la Legge federale "Sui principi generali dell'organizzazione del governo locale nella Federazione Russa", il più alto ufficiale del ente comunale è il suo "capo" (sindaco). La legge ha permesso alle regioni di determinare il modo in cui i sindaci vengono eletti – dalla popolazione nelle elezioni dirette o dai deputati dell'assemblea locale tra i suoi membri. La legge è entrata in vigore il 1° gennaio 2009.

estinte, e l'unico esempio di questo genere quest'anno è rappresentato dall'elezione del sindaco di amministrazione nella città di Yakutsk.

In queste elezioni l'accento è tradizionalmente posto sull'intervento governativo e le conseguenze per quanto riguarda l'eguaglianza dell'opportunità tra i concorrenti. A questo proposito va sottolineato che le regole del gioco, relative alle elezioni governative dirette, sono mutate dopo la reintroduzione delle elezioni dirette nel 2012²⁸. Particolare attenzione ha attirato l'innovazione, denominata il “*filtro municipale*”. Secondo tale regola, i candidati devono ottenere il sostegno di almeno 5%-10% dei consiglieri presenti nelle varie municipalità (ogni deputato può sostenere un candidato). Pertanto, il “filtro municipale”, dichiarato dalla Corte Costituzionale costituzionalmente accettabile, invece è stato più volte criticato dalla comunità degli esperti, in particolare a causa della sua «insuperabilità» per i partiti di opposizione e la possibilità dei capi delle regioni in carica di ricorrere allo strumento della pressione amministrativa (*administrativnyj resurs*). In realtà, come mostrano le elezioni precedenti, questo filtro è diventato una vera barriera per i partiti di opposizione, favorendo soprattutto il partito del potere “Russia Unita”, ed escludendo già in fase di registrazione i concorrenti “indesiderati”. Così, fu anche questa volta, quando nessuno dei tre candidati dal partito di opposizione extraparlamentare “Yabloko” non è riuscito a registrarsi. Tra questi anche il sindaco di Ekaterinburg Y. Roizman²⁹.

Anche il livello di competizione nelle elezioni è stato reso più basso, rispetto al periodo prima del 2004, in gran parte a causa delle nuove regole: come risultato della registrazione alle elezioni di quest'anno il numero di candidati varia a seconda della regione da 3 a 7, mentre il numero medio dei candidati è di circa 4.5. Ciò corrisponde a ciò che è accaduto nel 2014, 2015 e 2016 ed al numero delle liste dei tradizionali i quattro partiti politici rappresentati nella Duma dal 2003.

Il 3 febbraio 2015 la Legge sull'autogoverno locale è stata modificata, è stato aggiunto un altro modo di eleggere il capo del l'ente comunale ,ovvero la scelta da parte dei consiglieri comunali del sindaco tra i candidati presentati dalla Commissione competente. Le disposizioni della legge sono state riconosciute dalla Corte Costituzionale nel 2015 conformi alla Costituzione della Federazione Russa e quindi non "dirette ad un'ulteriore restrizione dei diritti di voto", e sono condizionate dall'“importanza statale” delle grandi città russe [v. il riassunto della Decisione in inglese: <http://www.ksrf.ru/en/Decision/Judgments/Documents/Resume01122015.pdf>].

Già i 43 regioni hanno eliminato le elezioni dirette dei capi delle città prima del 2014. In seguito, nel 2014-2016 un certo numero di soggetti della Federazione hanno anche approvato leggi che aboliscono le elezioni dirette dei sindaci [v. <http://tass.ru/info/1783157>].

²⁸ Si ricorda la Legge della modifica n. 40 del 2 maggio 2012 adottata durante la presidenza di Medvedev, e la controriforma del Presidente Putin– la Legge di modifica del 2 aprile 2013. Su questo punto v. la sezione “*Elezioni?*” delle Cronache dalla Russia: I. GALIMOVA, *Dalle elezioni della nuova дума al messaggio annuale del presidente: una nazione unita? – Russia. Cronache costituzionali dall'estero (settembre-dicembre 2016)*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 3, 2016: <http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2017/01/Galimova-Russia-32016.pdf>.

²⁹ Il 18 luglio 2017 Roizman ha annunciato il ritiro della sua candidatura, in quanto egli non ha superato il filtro municipale - nella regione per candidarsi bisogna raccogliere le firme del 7,9% dei deputati municipali (126 persone), la maggior parte dei quali sono membri della “Russia Unita”.

Secondo la CEC, 20 partiti politici hanno presentato candidati per l'elezione dei deputati degli organi legislativi regionali sia nelle circoscrizioni plurinominali, sia nei collegi uninominali. Un numero minore di formazioni (17 partiti) si può, invece, osservare nelle elezioni dei membri degli enti locali. Tra l'altro, il 94 per cento dei candidati (60.342) sono stati proposti dai quattro partiti parlamentari, e solo i restanti 3.781 candidati sono presentati dalle altre associazioni politiche. Si può dunque osservare che in entrambi i casi, nelle elezioni in assemblee regionali e locali, la configurazione delle forze è a favore dei partiti parlamentari.

Parlando di regole del gioco, va notato che i nuovi emendamenti alla legislazione elettorale, progettati inizialmente per la campagna presidenziale dell'anno prossimo, sono stati adottati già questa estate e saranno "testati sulle regioni" nelle elezioni di autunno. Il 1° giugno il Presidente Vladimir Putin ha firmato [la Legge federale "Sugli emendamenti alla Legge federale "Sulle elezioni del Presidente della Federazione russa"](#) e la [Legge federale n. 104-FZ del 1.06.2017 "Sulla modifica di alcuni atti legislativi della Federazione Russa"](#). Le modifiche legislative introdotte in materia elettorale, in particolare, escludono l'uso di certificati speciali (*otkrepitel'noe udostoverenie*) per la votazione dei cittadini al di fuori del seggio assegnato in base alla loro residenza (che dava, secondo la CEC, la possibilità di votare non nel luogo di residenza, ma nel luogo di soggiorno), introducono nuove sanzioni in materia elettorale per un importo fino a 50 mila rubli (circa 730 euro), modificano le regole del lavoro degli osservatori (in particolare, non è più obbligatorio inviare in anticipo l'elenco degli osservatori alla commissione elettorale) e spostano la data della elezione presidenziale dalla seconda alla terza domenica di marzo.

La Legge federale è formulata in modo tale da agire "per impostazione predefinita", cioè le regioni non hanno bisogno di duplicare gli emendamenti nella propria legislazione elettorale. Così, la nuova procedura di voto senza necessaria aderenza alla regola di residenza riguarda i cittadini che risiedono in 20 regioni. Secondo gli esperti e il Presidente della CEC Pamfilova, questa innovazione, considerata come un "grande passo verso la liberalizzazione della legislazione", porterà ad un aumento partecipazione elettorale.³⁰

PARLAMENTO

Le tematiche affrontate dall'attività legislativa delle due camere del Parlamento russo nell'ultimo quadrimestre sono state differenziate: dal problema dei suicidi

³⁰ V. le dichiarazioni: <https://vz.ru/politics/2017/5/19/305548.html>, <https://news.rambler.ru/politics/36311611-yavka-na-vyborah-v-2018-godu-mozhet-vyrasti-na-5-mln-chelovek/>.

infantili, cioè il fenomeno di *Blue Whale* ([Legge del 7 giugno sulla responsabilità penale per indurre i bambini al suicidio](#)), al divieto dei nomi ridicoli dei bambini per giungere a questioni come la regolazione delle informazioni in Internet e alla materia della cittadinanza. Come nelle legislature precedenti, la Duma non è riuscita a evitare del tutto le polemiche. Sebbene alcuni emendamenti presentati nel corso del dibattito nella Duma abbiano ‘ammorbido’ i disegni di legge originali, la nuova normativa in materia di regolamentazione dell’Internet e sulle procedure per la demolizione di abitazioni obsolete a Mosca ha scontrato malcontento popolare ed ha provocato diverse manifestazioni pubbliche di protesta anti-governativa.

GLI EMENDAMENTI ALLA LEGGE SULLA CITTADINANZA

Il **31 luglio** il Presidente ha firmato la [Legge federale "Sugli emendamenti alla Legge federale “Sulla cittadinanza della Federazione russa” e agli articoli 8 e 14 della Legge federale “Sullo status giuridico dei cittadini stranieri nella Federazione Russa”](#). In particolare, con le modifiche sono state introdotte tre novelle. Innanzitutto, sempre nel quadro della lotta al terrorismo, ed in particolare sulla scia della reazione all’attentato del **3 aprile** nella metro di San Pietroburgo effettuato da un cittadino russo naturalizzato originario del Kirghizistan, la legge ha previsto il ritiro della cittadinanza russa alle persone detenute per crimini legati al terrorismo e all'estremismo³¹. Inoltre, la nuova legge sancisce che il ritiro della cittadinanza interessi ogni individuo la cui “attività minacci i principi costituzionali della Federazione Russa”.

La seconda novella riguarda l’introduzione del giuramento per ottenere la cittadinanza russa. L’idea di obbligare i nuovi cittadini della Federazione Russa a giurare fedeltà al loro nuovo Paese il **6 giugno** è stata espressa dal Presidente Vladimir Putin. La discussione tra le diverse varianti del testo del giuramento è terminata il **26 giugno**, e il comitato di lavoro ha scelto la versione più concisa – il testo proposto dal capo del Comitato per la legislazione e per gli affari statali Pavel Kraseninnikov.

L’ultimo ma non meno importante cambiamento nella legge sulla cittadinanza russa prevede una regola speciale sulla procedura dichiarativa (di notifica) della rinuncia alla cittadinanza ucraina. Pertanto, in questo caso, al ricorrente è richiesta solo una copia certificata notarilmente della sua dichiarazione sul rifiuto della cittadinanza ucraina. Tale regola sulla procedura semplificata dell’adozione della

³¹ Si ricorda che la Costituzione russa nell’articolo 6 comma 3 sancisce la regola, per cui, “un cittadino della Federazione russa non può essere privato della sua cittadinanza o del diritto di cambiarla”. Allo stesso tempo, le norme del diritto internazionale – sanciti nella Convenzione delle Nazioni Unite del 1954 per la *status* degli apolidi e la Convenzione del 1961 sulla riduzione dei casi di apolidia – parlano della necessità che gli Stati aiutino a ridurre il numero di apolidi.

cittadinanza russa si applica anche al cittadino ucraino, riconosciuto come "madrelingua russa".

“VOTI PER LA DEMOLIZIONE!”

La nuova idea di sostituire i vecchi edifici a cinque piani – le cosiddette *chruščëvki* (dal nome del Primo segretario del Partito Comunista dell'Unione Sovietica Chruščëv, sotto la cui guida in tutta l'URSS si costruirono massicciamente le case popolari per risolvere il problema dell'alloggio- con nuove costruzioni fu espressa per la prima volta il **21 febbraio** in occasione di un incontro del sindaco attuale di Mosca Sobyjanin con il Presidente Putin. Gli esperti hanno notato che l'annuncio di una simile iniziativa appare correlata con le prossime elezioni municipali di Mosca del 2018, hanno notato gli esperti.

Con un tocco di leggerezza, l'idea lanciata dal sindaco di Mosca ha acquisito un nome strano è non del tutto comprensibile per il popolo russo “*Renovazija*”, cioè il “rinnovamento”, ovvero lo smantellamento dei palazzi a cinque piani. Il programma di rinnovamento urbano prevede la demolizione di circa 8.000 edifici residenziali situati all'interno dei confini territoriali della vecchia Mosca. Al loro posto si prevede di costruire circa 60 milioni di metri quadrati di nuova proprietà residenziale. Allo stesso tempo, è stato progettato di trasferire 1.6 milioni di persone – ex residenti delle *chruščëvki* – in case moderne. La promessa del sindaco Sobjanin è stata quella di non trasferire gli abitanti in altri quartieri e di destinare a ciascuno un appartamento delle rispettive attuali dimensioni.

Il disegno di legge, presentato alla Duma dello Stato all'inizio di marzo 2017, è stato criticato per aver violato la legislazione già esistente e la Costituzione russa. In particolare, nella sua forma originale, il disegno di legge limitava il diritto dei cittadini alla tutela giudiziaria. La decisione di acconsentire alla demolizione delle case doveva essere presa con voto di maggioranza espresso tramite piattaforma elettronica *Aktivnyj graždantin* entro il **15 giugno** (tra l'altro, tutti coloro che non hanno partecipato al voto dovevano essere immediatamente considerati favorevoli). In più, il reinsediamento dei residenti doveva essere originariamente effettuato secondo i criteri, per i quali la nuova casa “risarcita” equivale alla dimensione della quella vecchia, e non in termini del prezzo di mercato.

In risposta all'adozione del disegno di legge nella prima lettura nell'aprile di quest'anno dalla Duma, il **14 maggio**, per la prima volta, i moscoviti sono scesi in piazza per esprimere le critiche in merito al programma di abbattimento delle *chruščëvki* e contro l'imprudente comportamento delle autorità di Mosca che non hanno tenuto conto delle esigenze nel rispettare i diritti legittimi dei proprietari degli appartamenti. In seguito le marce contro il programma di demolizione delle case

sono continuate, e le autorità non hanno potuto fare altro, tranne che coinvolgere le persone interessate nella discussione. Circa 300 moscoviti le cui case sono state incluse nel programma di ristrutturazione sono stati invitati alla Duma il **6 giugno** per discutere sul disegno di legge. Queste sono state le prime udienze pubbliche nella Duma di Stato.

Nel processo di elaborazione, il testo della legge è stato ampiamente modificato e sono stati presi in considerazione tutti i commenti critici. Alla fine, la Legge sul rinnovo degli alloggi a Mosca [[la Legge federale del 1° luglio 2017 n. 141-FZ “Sugli emendamenti alla Legge Federale “Sullo status della capitale della Federazione russa” e agli atti legislativi in parte che riguarda la regolamentazione specifica delle relazioni giuridiche ai fini del rinnovamento delle abitazioni nel soggetto della Federazione russa – città di importanza federale Mosca”](#)] è stata firmata dal Presidente russo Vladimir Putin il **1° luglio**. Il **28 giugno**, il disegno di legge sul rinnovamento urbano è stato approvato dai senatori. Poco prima, il **14 giugno**, nella Duma di Stato, il documento è stato adottato.

I LEGISLATORI “STRINGONO LE VITI” SULL’INTERNET

Per molto tempo Internet non è stato compreso nell’area di regolamentazione dei legislatori russi, nonostante il crescente utilizzo della rete da parte dei cittadini russi (si fa riferimento alla tendenza evidenziata dalla popolarità di *blogging* sulla piattaforma online *LiveJournal* –“*Zivoj Zurnal*” – o al successo della rete sociale nazionale *Vkontakte*, l’analogo di *Facebook*). La situazione è cambiata dopo le manifestazioni del 2011-2012, quando l’uso attivo di Internet è passato dai computer ai telefoni cellulari, e la capacità della rete di mobilitare le masse è aumentata drasticamente (come, tra l’altro, hanno mostrato le “primavere arabe”). I primi documenti in questo campo, come anche i successivi, sono stati ufficialmente dettati dalla lotta contro il terrorismo, l’estremismo e il separatismo. In questo modo, la lotta contro il terrorismo, in realtà, alla fine ha colpito maggiormente l’ultimo spazio pubblico “libero”, l’Internet.

L’attività legislativa della Duma su questo tema è cominciata dalla Legge del luglio 2012 che prevedeva la creazione del registro unico dei siti *web* vietati: sono siti segnalati dal Servizio federale per la supervisione delle comunicazioni, della connessione e la comunicazione di massa (ovvero *Roskommnadzor*), che contengono informazioni proibite in Russia, come, per esempio, immagini della pornografia infantile, informazioni sulla fabbricazione di sostanze psicotrope, informazioni su come suicidarsi, materiali estremisti ecc. In seguito, nel dicembre 2013, è stata adottata la Legge federale (detta anche la Legge di *Lugovoj*), che consente al *Roskommnadzor*, sulla base di un decreto del Procuratore generale della Federazione

Russa, di bloccare immediatamente i siti *web* che invitano a disordini di massa o contengono altre informazioni estremistiche. Il 5 maggio del 2014 è stata adottata la Legge nota come la “legge sui *blogger*”, che obbliga gli autori di risorse della rete Internet (siti *web*, *blog*, ecc.) con un pubblico di più di 3.000 persone al giorno a registrarsi nel *Roskomnadzor*. Un altro esempio di leggi che sono state elaborate con lo scopo di regolamentare l'uso delle reti Internet sono le due leggi, dette anche “pacchetto legislativo di Yarovaya”. Esse sono state adottate nel luglio dell'anno scorso e hanno suscitato crescente preoccupazione da parte dei cittadini russi e di numerose organizzazioni internazionali.

Recentemente, l'attenzione dei legislatori si è spostata di nuovo sulle questioni della regolamentazione di Internet. Così, il **21 luglio** la Duma di Stato ha adottato nella terza lettura due disegni di legge, elaborati dal Comitato sulla politica informativa, sulle tecnologie dell'informazione e sulle comunicazioni. Entrambi i disegni di legge hanno causato malcontento tra i cittadini. Così, il **23 luglio** a Mosca gli attivisti hanno protestato contro la censura su Internet.

Il primo emendamento alla legge sulla informazione riguardava l'attività dei servizi di messaggistica elettronica (*WhatsApp*, *Viber*, *Skype* ecc.) e limitava fortemente il loro utilizzo anonimo. Secondo le nuove regole i fornitori dei servizi devono identificare (per numero di telefono) l'identità degli utenti e limitare il trasferimento dei messaggi contenenti informazioni distribuite in violazione ai requisiti della legge russa in base alla procedura specificata dal Governo. Il disegno di legge è stato approvato il **25 luglio** dal Consiglio della Federazione e firmato dal Presidente. La legge [[Legge del 29 luglio “Sugli emendamenti agli articoli 10.1 e 15.4 della Legge federale “Sulla informazione, tecnologie dell'informazione e protezione dell'informazione”](#)] entrerà in vigore il 1° gennaio 2018.

La seconda modifica alla legge in esame è stata relativa al divieto dell'uso dei mezzi di elusione (VPN, *proxy server*). Secondo questo emendamento, sarà possibile bloccare i servizi che forniscono una VPN (*virtual private network*) se essi non limitano l'accesso a pagine che *Roskomnadzor* dichiara indesiderabili. Il Ministero dell'Interno e la FSB sono incaricati di monitorare gli anonimati. Lo stesso disegno di legge ha imposto agli operatori dei motori di ricerca di non fornire link per i siti bloccati. Questa modifica è stata approvata dalla Duma il **21 luglio** e poi il **25 luglio** dal Consiglio della Federazione. La legge entrerà in vigore già quest'anno – il 1° novembre 2017.

Con la legge [[Legge federale del 1° luglio 2017 n. 156 “Sugli emendamenti alla legge federale “Sulla informazione, le tecnologie dell'informazione e la protezione dell'informazione”](#)] sui “specchi” (*mirror*, cioè una pagina *HTML* che è una copia esatta di un insieme di dati) già adottata il **1 luglio** e la legge sulla lotta alle vendite illegali di carte SIM [[Legge federale del 29 luglio 2017 n. 245 “Sulla modifica della](#)

[Legge federale "Sulle comunicazioni"](#)], possiamo dire che questa sessione della Duma di Stato è stata intensa in termini di attività legislativa nel campo della regolamentazione dello scambio di informazioni.

PRESIDENTE

Sempre in tema di tecnologia dell'informazione, oltre alla legge sulla sicurezza dell'infrastruttura di informazioni sensibili e sulla lotta contro i *cyber*-attacchi, quest'estate è stato firmato un [Decreto presidenziale del 9 maggio "Sulla Strategia dello sviluppo della società dell'informazione nella Federazione Russa per il 2017-2030"](#). Come indicato nel documento, "i mass media elettronici, sistemi d'informazione, reti sociali, a cui è possibile accedere utilizzando la rete Internet, sono diventati parte della vita quotidiana dei russi". Secondo il documento, più di 80 milioni di persone sono stati utenti di Internet in Russia nel 2016. Tra le altre cose, il decreto afferma che per una gestione efficace delle reti di comunicazione è necessario "creare un sistema centralizzato per il monitoraggio e la gestione della rete di telecomunicazioni russe". Il Governo dovrà approvare il piano di attuazione della Strategia entro il 1° ottobre di quest'anno.

CONFRONTO USA-RUSSIA

L'argomento più sensazionale nei media, sia nazionali sia internazionali, è stato il confronto tra la Russia e gli Stati Uniti, che nella stampa ha preso il nome di una "guerra diplomatica".

Il conflitto diplomatico tra Russia e Stati Uniti è iniziato nel dicembre 2016, quando con Decreto dell'ex presidente americano Barack Obama 35 diplomatici russi sono stati espulsi dal paese e due residenze suburbane delle missioni diplomatiche russe sono state chiuse. In seguito, al fine di **luglio** il Senato americano ha approvato le nuove sanzioni contro la Russia. Da parte sua, la Mosca ha risposto [v. la [Dichiarazione del Ministero degli Affari Esteri della Federazione Russa](#)] a queste misure, chiedendo agli Stati Uniti di ridurre entro il **1° settembre** 2017 il numero del personale diplomatico da 750 a 455 "per stabilire la parità del numero di impiegati delle missioni diplomatiche". Inoltre, la Russia si è riservata il diritto di ricorrere – sulla base del principio della reciprocità – ad altre misure che possono incidere sugli interessi degli Stati Uniti.

In questo contesto teso sembra coerente la firma del Decreto presidenziale sull'estensione delle contro-sanzioni fino alla fine del 2018 [[Ukaz del 30 giugno 2017 n. 293 "Sull'estensione del funzionamento di talune misure economiche speciali per garantire la sicurezza della Federazione Russa"](#)]. Con lo scopo di "proteggere gli interessi nazionali della Russia", è stato deciso di prorogare il periodo delle

contromisure. Si tratta di un divieto di importazione in Russia di alcuni prodotti agricoli, materie prime e prodotti alimentari, il cui paese di origine è lo Stato, che ha deciso di imporre sanzioni economiche alle persone giuridiche russe o ad aderire a tale decisione³².

CORTI

IL DISEGNO DELLA RIFORMA STRUTTURALE DELLE CORTI

Il **13 luglio** il Plenum della Corte Suprema ha approvato un disegno di legge per creare nel sistema giudiziario cinque corti d'appello e nove tribunali di cassazione – in analogia con l'attuale sistema di tribunali arbitrali – per l'esame dei casi penali, civili e amministrativi. Le corti d'appello ed i tribunali di cassazione saranno istanze indipendenti, ed i nuovi distretti giudiziari non coincideranno con la divisione amministrativo-territoriale. L'iniziativa di questa riforma strutturale del sistema giudiziario russo è stata pronunciata l'anno scorso dal Presidente Putin. Tuttavia, un piano dettagliato è stato elaborato solo quest'estate.

Secondo la Corte Suprema, il miglioramento della gerarchia del sistema giudiziario russo aumenterà gli standard di indipendenza dei giudici e la loro obiettività nella considerazione dei casi. Fino ad oggi i ricorsi contro le decisioni dei tribunali dei distretti venivano valutate dagli uffici dei giudici provinciali. Le decisioni finali dei tribunali provinciali sono state verificate dal Consiglio giudiziario della Corte Suprema, ma non esisteva una cassazione a pieno titolo.

Inoltre, è stato previsto che il disegno di legge preparato [[Risoluzione del Plenum della Corte Suprema "Sull'introduzione alla Duma di Stato del Progetto della Legge costituzione federale "Sulle modifiche delle Leggi costituzionali federali in connessione con la creazione di tribunali di cassazione di giurisdizione generale e di tribunali di appello di giurisdizione generale"](#)] sarà presentato alla Duma dello Stato già nella sessione autunnale 2017.

AUTONOMIE

IL RINNOVO MANCATO DELL'ACCORDO BILATERALE TRA IL TATARSTAN E LA FEDERAZIONE RUSSA

³² V. il sommario qui: <http://www.garant.ru/hotlaw/federal/1120027/#ixzz4rcNEXJo7>.

L'accordo "Sulla delimitazione dei poteri e delle competenze tra gli organi di potere statale della Federazione Russa e gli organi di potere statale della Repubblica di Tatarstan" è stato firmato il 26 giugno 2007 dai Presidenti della Russia e del Tatarstan – Vladimir Putin e Mintimer Shaimiev. Il termine dell'accordo era stabilito di 10 anni, la sua validità scade appunto nel 2017.

Proprio intorno alla proroga di questo trattato si è sviluppata negli ultimi mesi una lunga disputa tra il centro e la periferia sul carattere federativo della Federazione Russa.

Infatti, la soluzione del problema simmetria-asimmetria della Federazione Russa è stata trovata dopo svariati tentativi e con l'attuazione di strategie diverse. L'approccio del primo Presidente El'zin è stato di tipo pattizio e consisteva nella stipulazione di Trattati bilaterali con i soggetti della Federazione che avevano ad oggetto la questione della separazione delle sfere di competenza. Nel periodo tra il 1994 e il 1998 sono stati stipulati circa 46 Trattati con i diversi soggetti, grazie ai quali veniva aumentata la sfera di competenza dei soggetti, anche se in difformità con la Costituzione. Così, per esempio, uno degli implacabili rivali del centro federale degli anni '90 che non aveva firmato il Patto federativo del 1992, era stata la Repubblica del Tatarstan. Tale regione ha stipulato nel 1994 il Trattato bilaterale "Sulla delimitazione delle questioni giurisdizionali e la delegazione reciproca delle competenze tra le autorità della Federazione Russa e le autorità della Repubblica del Tatarstan" (il primo Trattato bilaterale). Secondo l'accordo, la Repubblica del Tatarstan ha ricevuto il diritto di avere una propria Costituzione e legislazione, stabilire e raccogliere le tasse repubblicane, introdurre la cittadinanza repubblicana, stabilire e mantenere rapporti con i soggetti della Federazione Russa e con i paesi stranieri ecc.

Nel 1999 l'approccio del centro federale verso i soggetti è cambiato. Come un grave problema, che inficia il normale equilibrio dei rapporti tra centro e regioni e crea asimmetria eccessiva, sono stati recepiti i contenuti dei primi trattati che hanno determinato lo *status* "speciale" (oppure, "privilegiato") di alcune repubbliche all'interno della Federazione e in parte hanno confermato la loro sovranità. I Trattati sono diventati non soltanto non alla moda, ma anche politicamente rischiosi e inefficaci per il centro federale.

Nonostante tutto ciò, dopo la scadenza del primo trattato, il Tatarstan aveva preparato il [nuovo trattato bilaterale](#), ovviamente, con disposizioni molto meno ambiziose rispetto al primo documento. Pertanto, la Repubblica del Tatarstan fino ad ora era rimasto l'unico soggetto della Federazione, che ha un accordo bilaterale stipulato con il centro federale³³.

³³ Una vicenda meno significativa, ma molto rivelatrice, sempre sul tema dei "privilegi" di alcune repubbliche riguarda la legge del 2010 che ha vietato di chiamare i capi delle unità componenti della Federazione con il

Questa situazione, con l'esistenza di soggetti “speciali” non è stata vista con buon occhio dal centro. Così, il vice capo dell'amministrazione presidenziale Sergej Kiriyeenko recentemente ha affermato: “Ora lo Stato non è costruito secondo il principio contrattuale”³⁴. Allo stesso tempo, le autorità regionali hanno espresso la fiducia nella possibilità di riconfermare lo *status* della Repubblica di Tatarstan, e quindi di rinnovare il Trattato e di tenere il titolo di “Presidente”. Così, l'**11 luglio** i deputati del Consiglio di Stato (Parlamento regionale di Tatarstan) in una riunione hanno approvato il testo del Messaggio rivolto al Presidente russo Vladimir Putin in cui essi sollecitano il rinnovo dell'accordo sulla ripartizione delle competenze tra le autorità statali della Federazione russa e del Tatarstan e la creazione di una corrispondente commissione speciale sulle questioni legali relativi all'accordo³⁵.

titolo “Presidente” (in quanto, secondo l'opinione ufficiale, “il Presidente in Russia deve essere uno solo”). Di seguito, i soggetti dovevano rendere le loro costituzioni o statuti conformi con questa legge entro la data del 1 gennaio 2015. La maggior parte dei soggetti si sono adeguati alle disposizioni entro il 2011: solo due repubbliche – Tatarstan e Bashkortostan – hanno riservato il diritto di chiamare i funzionari di alto livello con il titolo di “Presidente”. In seguito il parlamento del Bashkortostan ha adottato una legge per cui l'alto funzionario della repubblica viene chiamato il “Capo della Repubblica”. Il cambiamento della denominazione sembrerebbe una questione meramente simbolica, ma anche questo ritocco da parte del centro federale ha provocato, come si vede, le resistenze di alcune repubbliche nazionali. In particolare, il Tatarstan considera tale titolo come “l'ultimo bastione della sovranità”. Di conseguenza, il Presidente del Tatarstan fino ad oggi è l'unico capo di un componente della Federazione che non ha rinunciato al titolo scelto per questa carica in origine.

³⁴ Tuttavia, la Costituzione russa nell'articolo 11 comma 3 non esclude lo strumento del trattato per la regolamentazione dei rapporti centro-periferia: “*La delimitazione delle materie di competenza e dei poteri tra gli organi del potere statale della Federazione Russa e gli organi dei poteri statali dei Soggetti della Federazione Russa è stabilita dalla presente Costituzione, dal Trattato Federativo e da altri Trattati sulla delimitazione delle materie di competenza e dei poteri*”.

³⁵ V. il testo del Messaggio e il video del discorso del deputato del Parlamento regionale N. Rybushkin durante la seduta plenaria: <https://www.business-gazeta.ru/news/351167>.

REFERÈNDUM, AUTODETERMINACIÓ Y TRANSITORIETAT JURÍDICA. LA SFIDA DELLE ISTITUZIONI CATALANE ALLA “INDISSOLUBILE UNITA’ DELLA NAZIONE SPAGNOLA” *

di Laura Frosina**

Che il problema indipendentista catalano meritasse maggiore considerazione da parte del Governo statale e uno straordinario sforzo di dialogo e compromesso politico tra gli attori coinvolti, era già stato da tempo e più parti osservato. Così come era stato osservato, da una parte della dottrina, che dalla risoluzione di tale problema dipendesse non soltanto il futuro dell’unità nazionale ma anche quello “de la propia democracia española como forma civilizada de convivencia de una sociedad pluralista” [R. Blanco Valdés, “Encuesta sobre la cuestión catalana”, in *Teoría y realidad constitucional*, n. 37, 2016, p. 81].

L’assenza di dialogo, la giurisdizionalizzazione estrema del conflitto, la radicalità, e talvolta l’incostituzionalità, delle rivendicazioni indipendentiste per l’esercizio del c.d. *derecho a decidir*, hanno portato a una vera e propria degenerazione del conflitto politico-costituzionale tra Madrid e Barcellona. Le vicende di questi ultimi mesi hanno dimostrato emblematicamente la gravità della situazione, che sta assumendo sempre di più la forma di uno scontro aperto tra le istituzioni statali e catalane, con evidenti riflessi sulla solidità democratica dell’ordinamento spagnolo.

La strada dell’unilateralismo è stata ufficialmente intrapresa il 9 giugno dal Governo catalano di Carles Puigdemont, con l’annuncio della celebrazione, il 1° ottobre, del referendum di autodeterminazione avente ad oggetto il seguente quesito: *¿Quiere que Catalunya sea un Estado independiente con forma de república?*. Ennesimo guanto di sfida lanciato a Madrid, che ha replicato duramente all’annuncio, negando

*Contributo sottoposto a *peer review*

** Dottore di ricerca in Teoria dello Stato e istituzioni politiche comparate, Università degli studi di Roma “La Sapienza”

l'esistenza di qualsiasi possibilità di celebrare un referendum di autodeterminazione del tutto "incostituzionale" nell'ordinamento spagnolo.

A partire dalla dichiarazione del Presidente della Generalità, le istituzioni catalane hanno portato avanti, in maniera convulsa e con evidenti forzature delle procedure parlamentari, una serie di iniziative per pervenire alla celebrazione del referendum, che hanno sortito una dura reazione da parte del Governo statale e del Tribunale costituzionale. Le iniziative intraprese hanno riguardato l'approvazione, il più rapidamente possibile, delle leggi di c.d. *desconexión* dallo Stato spagnolo, ovverosia, la legge sul referendum di autodeterminazione e la legge di transizione giuridica fondativa dell'ordinamento repubblicano. La prima, rivolta a istituire e disciplinare il referendum autonomico di "autodeterminazione", e, la seconda, diretta a regolamentare la fase transitoria successiva per pervenire all'approvazione della Costituzione di una Repubblica catalana indipendente.

Con questa finalità è stata approvata a fine luglio, in tempi molto rapidi, una riforma del regolamento del Parlamento catalano riguardante il procedimento di lettura unica. La riforma, che introduceva una nuova e più estesa modalità applicativa di tale procedimento, è stata immediatamente sospesa e poi annullata dal Tribunale costituzionale, principalmente perché ritenuta lesiva dei diritti delle minoranze parlamentari. Decisione quest'ultima, che non è servita, tuttavia, a frenare l'avanzamento del progetto independentista. Nonostante i plurimi pronunciamenti contrari del Tribunale costituzionale, i partiti del fronte independentista sono riusciti a portare a termine in soli due giorni, il 6 e 7 settembre, l'approvazione delle due fondamentali leggi di *desconexión* dallo Stato, attraverso l'applicazione dell'art. 81, comma 3 del Regolamento del Parlamento, che ha permesso di modificare l'ordine del giorno e ridurre i tempi complessivi del dibattito e dell'approvazione parlamentare. Non senza tensioni politiche e forzature procedurali, il Parlamento catalano, quindi, ha approvato [la legge n. 19/2017](#) (DOGC, n. 7449A del 6 settembre), sul referendum di autodeterminazione, a cui sono seguiti [il decreto n. 139/2017](#) (DOGC, n. 7450, del 7 settembre), di convocazione del referendum, e [il](#)

[decreto n. 140/2017](#) (DOGC, n. 7450, del 7 settembre), recante norme complementari per la sua celebrazione, emanati il giorno stesso dal Governo della Generalità. A questi atti è seguita [la legge n. 20/2017](#) (DOGC, n. 7541 dell'8 settembre) di transitorietà giuridica e fondativa della Repubblica.

Immediata è stata la reazione del Tribunale costituzionale, che ha accolto i ricorsi di incostituzionalità promossi dal Governo contro tali atti normativi, sospendendone l'applicazione ai sensi dell'art. 161, comma 2 Cost.. Tali provvedimenti sono stati notificati a un lungo elenco di cariche pubbliche e, nello specifico, la *providencia* n. 4333-2017 è stata notificata ai sindaci dei 948 comuni catalani, informandoli del dovere su loro gravante di impedire o paralizzare qualsiasi iniziativa rivolta a ignorare o violare la sospensione accordata, permettendo la preparazione e/o la celebrazione del referendum. Il Tribunale ha inoltre sospeso anche il processo di costituzione della *Sindicatura electoral nacional*, organo amministrativo indipendente previsto dalla legge sul referendum al fine di garantire la trasparenza e la democraticità del processo referendario nella sua interezza.

L'efficace e rapido intervento del Tribunale costituzionale ha fatto venir meno la base giuridica della consultazione referendaria sull'indipendenza convocata il 1° ottobre; consultazione che il legislatore parlamentare catalano definisce in forma anomala di "autodeterminazione", come se ricorressero i presupposti per l'esercizio del diritto di autodeterminazione, cercando, presumibilmente, di ancorare tale qualificazione all'impossibilità per i catalani di esercitare il c.d. *diritto a decidere* da loro ampiamente rivendicato. A questa anomalia si aggiungono alcune peculiarità nella regolazione del referendum, soprattutto rispetto ad altre rilevanti esperienze referendarie di carattere secessionista. Tali peculiarità si sostanziano principalmente nella mancata previsione di una *clear majority*, essendo richiesta per l'approvazione del referendum la sola maggioranza dei voti validi, e nell'attribuzione di effetti vincolanti alla sua celebrazione. Effetti che, nel caso prevalesse l'opzione secessionista, dovrebbero condurre ad approvare- entro le 48 ore successive- una dichiarazione formale di indipendenza della Catalogna e dare inizio al processo costituente.

Il conflitto catalano-spagnolo di questi mesi si rivela in realtà molto più complesso di quanto descritto, poiché si è sostanziato in molti altri atti ed eventi normativi e giudiziari che hanno determinato l'insorgere di delicati problemi giuridici, a cui potrebbero collegarsene a catena molti altri qualora si celebrasse una consultazione referendaria illegale che riportasse la vittoria dell'opzione secessionista. In realtà - come è stato evidenziato in dottrina- nel quadro giuridico vigente nell'ordinamento spagnolo non vi sono i margini per celebrare il c.d. referendum di autodeterminazione e l'eventuale dispiegarsi della dinamica referendaria e secessionista dei prossimi mesi rimane per lo più ancorata a un piano meramente politico-fattuale [G. Ferraiuolo, *Sovranità e territorio alla prova della crisi catalana*, in *Federalismi.it*, n. 17, 2017, 4]. Non è possibile quindi fare alcuna previsione: tutto dipenderà dalla capacità di resistenza che dimostreranno le istituzioni catalane rispetto alla reazione di ferma opposizione dello Stato centrale e, in particolare, rispetto all'azione di risposta che il Tribunale costituzionale metterà in atto per dare esecuzione alle sue decisioni. L'opposizione dello Stato centrale potrebbe spingersi fino al ricorso all'art. 155 della Costituzione, ove si prevede che il Governo, previa maggioranza assoluta del Senato, può adottare le misure necessarie per obbligare una Comunità autonoma all'adempimento forzato degli obblighi imposti dalla Costituzione o da altre leggi.

Non va sottovalutato, poi, che la convulsa vicenda catalana si inserisce in un quadro politico generale particolarmente complesso, in cui il II Governo di Mariano Rajoy, costituitosi dopo una lunga fase di stallo politico-istituzionale, sta superando faticosamente le sfide di governabilità della XII legislatura. La conferma inaspettata di Pedro Sánchez alla carica di segretario generale del *Partido socialista obrero español* (PSOE), l'accordo raggiunto con il *Partido nacionalista vasco* (Pnv) ai fini dell'approvazione della legge di bilancio 2017, la presentazione e la mancata approvazione della mozione di sfiducia costruttiva da parte di *Podemos*, hanno rappresentato le principali sfide di questi mesi per il Governo di Mariano Rajoy.

La debolezza politica del Governo, la frammentazione partitico-parlamentare, le divisioni politiche, non costituiscono, pertanto, un quadro favorevole per affrontare le sfide della Catalogna e della plurinazionalità della Spagna democratica attraverso l'unica via percorribile, vale a dire la riforma costituzionale del modello di decentramento territoriale, sulla quale sta iniziando a convergere fermamente la volontà di alcuni partiti dell'opposizione. Pur mostrando uno spiraglio di apertura rispetto a tale ipotesi, Mariano Rajoy ha affermato nelle sue ultime dichiarazioni che la priorità del Governo in questo momento non è riformare la Costituzione ma «dar la batalla» per difenderla da quelli che «quieren liquidarla». Con questa finalità, probabilmente, sono stati compiuti in queste ultime settimane le perquisizioni della polizia spagnola per il sequestro del materiale elettorale, così come gli arresti da parte della *Guardia Civil* dei 14 funzionari ed esponenti del governo catalano impegnati nella organizzazione del referendum indipendentista del 1° ottobre.

PARTITI

PRIMARIE DEL PSOE: LA CONFERMA DI PEDRO SÁNCHEZ

Il **21 maggio** si sono svolte le primarie del PSOE che hanno decretato inaspettatamente la vittoria ad ampia maggioranza di Pedro Sánchez alla carica di segretario generale del partito. L'ex segretario generale è riuscito, quindi, a riconfermare la sua carica superando di 15.000 voti (10%) la candidata superfavorita di queste primarie, la presidente andalusa, Susanna Díaz, considerata la vera responsabile del cambio di gestione interna al partito che ha portato il 1° ottobre alle dimissioni obbligate di Sánchez e all'istituzione della cd. *Comisión Gestora*.

Pedro Sánchez ha vinto in tutte le federazioni, salvo in quella andalusa e basca, unica federazione, quest'ultima, dove è risultato vincitore Patxi López, l'altro candidato alle primarie che ha ottenuto il sostegno del 9,9% dei votanti. La vittoria di Pedro Sánchez a larga maggioranza era completamente inattesa, poiché si pensava che avrebbe scontato le conseguenze del suo declino all'interno del partito e delle sconfitte riportate nelle ultime elezioni politiche.

Il nuovo segretario generale si è impegnato a tenere unito il partito fortemente diviso e a risollevarlo dallo stato di crisi. “Nada termina hoy sino que hoy empieza todo. Vamos y queremos hacer una organización nueva. Vamos a hacer y cumplir con el mandato de las urnas, hacer del Psoe el partido de la izquierda de este país, y mi compromiso sigue siendo firme: unir al partido”. Con queste parole il nuovo segretario generale ha commentato i risultati dalla sede principale del partito di *calle Ferraz*, confermando il suo impegno a promuovere l’unità, l’integrazione e la lealtà internamente al partito.

La vittoria di Sánchez ha un chiaro significato politico “antigovernativo” e potrebbe avere delle ripercussioni sulla governabilità del paese, perché egli si è ampiamente contrapposto all’opzione astensionista seguita dai socialisti nell’ultima votazione di investitura che ha portato alla costituzione del Governo minoritario di Mariano Rajoy.

PARLAMENTO

LA MOZIONE DI CENSURA COSTRUTTIVA DI PODEMOS

Il **14 giugno** il Pleno del Congresso dei Deputati ha respinto con 170 voti contrari, 82 voti favorevoli e 97 astensioni [la mozione di censura](#) presentata da *Unidos Podemos* contro Mariano Rajoy, in cui Pablo Iglesias si è presentato come candidato alternativo alla presidenza difendendo il suo programma di governo. A favore dell’iniziativa hanno votato soltanto i 71 deputati di *Unidos Podemos*, i 9 deputati di *Esquerra Republicana de Catalunya* e i 2 di *Bildu*, mentre hanno votato contro i deputati del Pp e di *Ciudadanos*, con cui si è registrato un duro scontro durante il lungo dibattito che ha preceduto la votazione. Particolarmente duri sono stati i toni utilizzati da Albert Rivera e Pablo Iglesias, che si sono accusati reciprocamente di essere responsabili della costituzione del Governo di Mariano Rajoy. Hanno optato, invece, per l’astensione i nazionalisti baschi e i socialisti del Psoe. A questi ultimi *Podemos* ha offerto di collaborare per presentare in futuro una nuova mozione di censura e costruire una maggioranza alternativa. Il portavoce del Psoe al Congresso, Jozé Luis Abalos, ha criticato fortemente il Governo di Mariano Rajoy e si è detto disposto ad accogliere l’offerta di collaborazione avanzata da *Podemos*.

In definitiva, quindi, la mozione di censura presentata da *Podemos* è stata respinta a larga maggioranza, confermando in carica il Governo di Mariano Rajoy, anche se non è stata priva di effetti politici. È servita, infatti, ad aprire

un ampio dibattito nell'ambito del quale sono stati evidenziati gli scandali di corruzione legati al Pp, i punti di maggiore frizione nelle relazioni con *Ciudadanos*, e si sono create delle premesse favorevoli per una futura intesa tra il Psoe e *Podemos*. È possibile, infatti, che la mozione di censura abbia delle conseguenze sulla stabilità politica del Governo anche nel medio periodo, così com'è accaduto in passato con le altre due mozioni di censura presentate dalle forze dell'opposizione dopo l'entrata in vigore della Costituzione del 1978.

In effetti, poche settimane dopo la votazione di censura, il nuovo segretario generale del Psoe, Pedro Sánchez, ha iniziato a negoziare con i leader di *Podemos* e *Ciudadanos* per discutere della ipotesi di presentare un'altra mozione di censura sostenuta da un'ampia maggioranza parlamentare, al fine di sfiduciare il Governo Rajoy e costituire un nuovo governo. Il **27 giugno** Sánchez ha incontrato il leader di *Unidos Podemos*, Pablo Iglesias, con cui ha iniziato a dialogare di un'agenda sociale, incentrandosi, in particolare, sui temi della rigenerazione democratica e della lotta alla povertà. Dall'incontro è emersa la volontà di creare una dinamica favorevole all'approvazione di una mozione di censura meditata, dialogata, e non improvvisata, in grado di presentare una chiara alternativa di governo. Alla riunione con Iglesias è seguita quella con Rivera in seno al Congresso dei Deputati, che ha sortito tuttavia esiti differenti. Albert Rivera si è dichiarato contrario alla presentazione di un'ulteriore mozione di censura, considerandola una strategia fallimentare, mentre si è detto pronto a negoziare un complesso di riforme da approvare con carattere prioritario. Nel corso della riunione i due leader hanno deciso di approvare una riforma sui c.d. *aforamientos*, una riforma della legge elettorale rivolta a rendere il sistema elettorale più proporzionale, una legge che introduca un limite al numero di mandati alla carica di presidente del governo, e infine, una riforma costituzionale. Per l'approvazione di quest'ultima, i due leader hanno deciso di creare un tavolo di lavoro, aperto anche alle altre forze politiche, incaricato di redigere una bozza di progetto di revisione costituzionale. La chiusura di *Ciudadanos* alla mozione di censura sembra pertanto escluderne la presentazione nell'immediato futuro.

LEGGE DI BILANCIO 2017

Il **27 giugno** il Parlamento ha approvato [la legge n. 3/2017, di bilancio generale dello Stato per il 2017](#), pubblicata nel BOE del 28 giugno 2017. La legge è stata approvata grazie agli sforzi di negoziazione e agli accordi raggiunti dal Pp con gli altri partiti politici e, in particolare, con il Pnv. Con tale partito il Pp ha sottoscritto il **3 maggio**, dopo mesi di complesse negoziazioni, un accordo politico molto vasto, articolato in 36 punti, in base al quale i deputati del nazionalismo basco si sono impegnati a sostenere il progetto di legge di bilancio in tutti i passaggi

parlamentari in cambio di diverse misure rivolte a rafforzare l'autogoverno della propria Comunità autonoma. Le principali misure approvate nell'accordo consistono in un'ampia riduzione del *cupo* da versare allo Stato (per un importo pari a 500 milioni di euro), un piano completo di investimenti nelle infrastrutture e nell'alta velocità che dovrebbe consentire il pieno funzionamento della Y ferroviaria basca nel 2023.

L'accordo, sia pur molto oneroso per il Governo, ha rappresentato la chiave di volta per pervenire all'approvazione della legge di bilancio per l'anno 2017 in seno al Congresso con la maggioranza assoluta di 176 deputati (appartenenti a PP, *Ciudadanos*, PNV, UNP, *Foro Asturias*, *Coalición Canaria e Nueva Canarias*).

La legge, in continuità con le manovre di bilancio degli anni passati, si prefigge di ridurre il deficit pubblico e di garantire la sostenibilità delle finanze pubbliche, confermando il pieno impegno di consolidamento fiscale con l'Unione europea. Gli obiettivi prioritari della manovra di bilancio continuano a essere la crescita economica, l'occupazione, l'incremento della competitività e la coesione sociale. Per quanto concerne la spesa sociale, si registra un incremento degli stanziamenti previsti per le politiche attive del lavoro e per le Comunità autonome.

Il Ministro dell'Economia Montoro ha affermato che, secondo le previsioni contenute nella legge, il PIL dovrebbe aumentare del 2,5% e dovrebbero crearsi 506.000 posti di lavoro, con la conseguente riduzione del tasso di disoccupazione.

GOVERNO

RELAZIONI INTERNAZIONALI E RAPPORTI CON L'UNIONE EUROPEA

Il **16 giugno** si è svolto un incontro a Parigi tra il Presidente del Governo Mariano Rajoy e il Presidente della Repubblica francese, Emmanuel Macron, in vista del Consiglio europeo del 22 e 23 giugno. Nell'incontro i due leader hanno confermato la volontà di rafforzare e riformare l'Unione europea e la zona euro, quale unica soluzione necessaria per far convergere le economie nazionali e disegnare un futuro a medio e lungo termine per l'Europa. Inoltre, hanno identificato i temi bilaterali di interesse comune, in materia di energia e di cooperazione culturale, linguistica e universitaria, che verranno affrontati nella prossima Conferenza franco-spagnola programmata per il 2018.

Il **22-23 giugno** Mariano Rajoy ha partecipato, insieme agli altri leader europei, al Consiglio europeo, in cui sono stati trattati i temi della sicurezza e della difesa, del

cambio climatico, dell'economia, della migrazione e dell'Europa digitale. Nella conferenza stampa successiva al Consiglio europeo, Rajoy ha insistito sull'importanza delle decisioni raggiunte nel suo ambito in riferimento alla lotta al terrorismo, alla difesa e alla sicurezza estera dell'Unione, al Mercato Digitale, all'unione energetica e alla immigrazione. Si è lungamente soffermato sui dati e le previsioni che attestano un pieno recupero e una crescita economica della Spagna.

Il **29 giugno** Mariano Rajoy ha partecipato alla riunione dei capi di Stato e di Governo europei membri del G-20 in vista della riunione programmata per la settimana successiva ad Amburgo. Il Presidente ha appoggiato l'agenda presentata dalla Germania, in cui sono stati affrontati i cinque temi prioritari per i paesi europei. Nella conferenza stampa successiva alla riunione, il Presidente Rajoy ha evidenziato la piena condivisione delle priorità identificate in tale riunione coincidenti con la crescita economica e la creazione dell'occupazione, la libertà del commercio, il cambio climatico, la lotta al terrorismo e l'immigrazione. Si è dichiarato, inoltre, a favore dell'assunzione di una posizione unitaria dei paesi europei sul libero commercio e ha confermato la piena adesione del suo Paese agli accordi di Parigi.

Il **7 luglio** il presidente Mariano Rajoy ha partecipato al vertice del G-20 nell'ambito del quale ha difeso, insieme agli altri leader europei, la linea sostenuta da Angela Merkel, diretta a promuovere il libero commercio e l'Accordo di Parigi contro il cambio climatico. Dinanzi agli altri leader mondiali, Rajoy ha illustrato i dati relativi all'economia spagnola, insistendo sulle previsioni di crescita del 3% per il 2017, che pone il Paese in cima alla lista degli Stati dell'Unione europea. Ha evidenziato l'importanza delle riforme economiche e strutturali approvate per la ripresa economica e la crescita dell'occupazione.

POLITICHE ECONOMICHE

Il **5 maggio** il Consiglio dei Ministri ha definitivamente approvato il riparto dei fondi tra le Comunità autonome per dare attuazione alle politiche attive del lavoro. La quantità dei fondi ammonta finora a 1.893 milioni di euro, vale a dire il 5,14% in più rispetto al 2016. La Ministra dell'Occupazione e della Sicurezza sociale, Fátima Báñez, ha specificato che l'approvazione del bilancio generale dovrebbe determinare un ulteriore incremento dei fondi destinati alle politiche occupazionali.

Il **3 luglio** il Consiglio dei Ministri ha approvato gli obiettivi di stabilità di bilancio e debito per il 2018-2020, nonché il tetto massimo di spesa per il 2018. Quanto agli obiettivi di stabilità, il documento prevede una riduzione progressiva del deficit complessivo delle Amministrazioni pubbliche rispetto al PIL secondo tale andamento: il 3,1% nel 2017, il 2,2% nel 2018, l'1,3% nel

2019, e lo 0,5% nel 2020. I risultati attesi permetteranno alla Spagna di rispettare le raccomandazioni del Consiglio europeo e di abbandonare la procedura per deficit eccessivo. Rispetto al debito pubblico, si stima di registrare, per il totale delle amministrazioni pubbliche, una riduzione dal 99% del PIL al 92,5% nel 2020. Una contrazione consistente che sembra addebitabile, secondo le stime del Ministero, alla continuità della crescita e alla riduzione del deficit pubblico. Per quanto concerne la spesa pubblica, si prevede che il limite della spesa non finanziaria raggiunga per l'anno 2018 i 119.834 milioni di euro, vale a dire l'1,3% in più rispetto al 2017.

Nel complesso, quindi, il Consiglio dei Ministri ha rivisto le previsioni di crescita dell'economia spagnola per quest'anno e per il prossimo anno rispetto alle stime contenute nel Programma di Stabilità 2017-2020 inviato nel mese di aprile a Bruxelles. Nello specifico si prevede per il 2017 un tasso di crescita pari al 3%, a fronte della previsione del 2,7% contenuta nel programma di Stabilità, e un incremento dal 2,5% al 2,6% per il 2018.

Il nuovo scenario macroeconomico prevede un aumento delle entrate provenienti dal settore estero e un incremento delle esportazioni di beni e servizi, che rappresentano la variabile più dinamica dell'economia spagnola, a cui si aggiunge un aumento della domanda interna. Le previsioni di crescita dovrebbero consentire -secondo le stime del Ministero- di creare due milioni di posti di lavoro tra il 2016 e il 2020, in maniera da giungere nel 2019 alla quota di 20 milioni di occupati e ridurre al 7,5% il tasso di disoccupazione entro la fine del 2020.

Il Ministro dell'Economia, Industria e Competitività, Luis de Guindos, ha commentato molto positivamente le nuove previsioni macroeconomiche, chiarendo che si tratta di previsioni molto prudenti fondate sul conseguimento di risultati facilmente raggiungibili.

DICHIARAZIONI E INTERVENTI DEL GOVERNO IN SEGUITO AGLI ATTENTATI TERRORISTICI IN CATALOGNA

Il **18 agosto** il Presidente del Governo Mariano Rajoy ha emesso [una dichiarazione istituzionale](#) per esprimere il suo cordoglio e la solidarietà alle vittime e ai familiari dell'attentato terroristico di Barcellona. Come prova del dolore della nazione spagnola dinanzi all'attentato criminale, il Governo ha decretato fino al 20 agosto due giorni di lutto nazionale. Nel suo discorso Rajoy ha sottolineato l'enorme dolore e sofferenza che il terrorismo dissemina, ma ha evidenziato anche come questo vada sconfitto con l'unità istituzionale, la cooperazione delle forze di sicurezza, la

prevenzione, il sostegno internazionale e la ferma determinazione nel difendere i valori della civiltà: la democrazia, la libertà e i diritti delle persone.

All'indomani della strage, il Premier Rajoy ha partecipato a Barcellona a un vertice di crisi con i servizi di sicurezza e i responsabili delle amministrazioni pubbliche, insieme al Presidente della Generalità, Carles Puigdemont. Il Premier ha ringraziato le forze di polizia per il loro lavoro e la professionalità con cui hanno gestito situazioni così drammatiche e difficili. Ha ringraziato, inoltre, il presidente della Generalità per la collaborazione e l'azione di coordinamento svolta tra le forze di sicurezza, le amministrazioni e i politici, che hanno reso efficace la risposta della Spagna all'offensiva terroristica.

Il Premier ha preannunciato inoltre la celebrazione di una prossima riunione della commissione incaricata di valutare il livello di allerta da mantenere contro il terrorismo islamico, nonché la riunione del Patto antiterrorista, a cui aderiscono la maggior parte delle forze politiche.

Il **19 agosto** si è svolta la riunione della commissione di valutazione della minaccia terroristica, che ha deciso di mantenere il livello 4 di allerta e di rafforzare le misure di sicurezza nelle zone turistiche e infrastrutturate. Il Ministro dell'Interno, Juan Ignacio Zoido, che ha partecipato alla riunione, ha informato il Presidente del Governo di questa decisione.

Il **21 agosto** Juan Ignacio Zoido ha convocato con carattere di urgenza una riunione della Commissione di controllo del Patto contro il terrorismo yihadista sottoscritto nel 2015 dalle seguenti forze politiche: Pp, Psoe, *Ciudadanos*, *Coalición Canaria* (CC), *Unión del Pueblo Navarro* (UPN), *Foro Asturias*, *Partido Aragonés*, *UpYd* e la antica *Unió Democràtica de Catalunya* (UDC). Alla riunione hanno partecipato, in qualità di osservatori, anche i rappresentanti di *Unidos Podemos*, ERC, del Pnv e del PDeCat, che, tuttavia, hanno respinto la richiesta del Governo di aderire al patto per via delle discrepanze già ampiamente evidenziate al momento della sua originaria sottoscrizione. Nel corso della riunione è stata evidenziata la necessità di aprire una riflessione sul funzionamento del patto e di rafforzarlo, prevedendo, ad esempio, delle riunioni periodiche e non solamente legate a un attentato terrorista. Si è accolta, inoltre, con favore la proposta di *Ciudadanos* di affidare ai Ministeri dell'Interno, della Difesa e degli Esteri, il compito di elaborare un *informe* critico sugli aspetti funzionali e gli errori commessi nell'azione complessiva di contrasto del terrorismo yihadista.

Il **30 agosto** il Presidente Rajoy è intervenuto nel Congresso dei Deputati per riferire sui tragici attentati terroristici di Barcellona e Cambrils e aprire una breve riflessione.

Dopo aver nuovamente rinnovato l'offerta di pieno sostegno alle vittime ai loro familiari, ha evidenziato come la Spagna sia riuscita in questa tragica circostanza a

dimostrare al mondo il coraggio e la solidarietà di una nazione che conosce e ha dovuto contrastare per anni il terrorismo. Ha rinnovato, quindi, i suoi ringraziamenti alle forze di sicurezza dello Stato che hanno mostrato grande abilità e professionalità, nonché ai servizi sanitari e di protezione civile che hanno svolto una funzione di assistenza fondamentale ai feriti.

Il Presidente si è poi soffermato sulla necessità di procedere uniti contro la minaccia terroristica, sia all'interno del Paese, rafforzando il Patto contro il terrorismo, sia all'esterno, incrementando la collaborazione con gli alleati europei. Ha fatto riferimento alla sfida dell'indipendentismo catalano di voler rompere l'unità nazionale in forma unilaterale e nel disprezzo delle regole più elementari della democrazia, evidenziando la necessità di agire con fermezza per difendere la Costituzione, la democrazia e lo Stato di Diritto.

CAPO DELLO STATO

Il **28 giugno** il Re Felipe VI e la Regina Letizia hanno partecipato alla solenne cerimonia svoltasi al Congresso dei Deputati per celebrare il quarantesimo anniversario delle prime elezioni generali democratiche dopo la dittatura franchista. Il Re Felipe VI, nel suo discorso incentrato sugli ultimi due secoli di storia spagnola, ha invitato a preservare “la convivenza” quale bene più prezioso conseguito con l'entrata in vigore della Costituzione, principalmente attraverso il rispetto della legalità. Ha sottolineato l'importanza del cammino compiuto dagli spagnoli per la realizzazione del grande progetto di una Spagna democratica e costituzionale. Ha evidenziato come nella fase attuale di minaccia di rottura dell'unità nazionale si renda più che mai necessario rispettare le leggi e come ciò rappresenti una garanzia per i cittadini e una forma di difesa dei loro diritti.

Il discorso del Re Felipe VI è stato tuttavia severamente criticato dal leader di *Podemos*, Pablo Iglesias, che lo ha definito “un fallimento”, perché privo di riferimenti alle sfide che minacciano -a suo giudizio- il Paese, quali, la corruzione, il problema sociale e la plurinazionalità. Iglesias ha approfittato di questo episodio per mettere in discussione il ruolo della monarchia e di Felipe VI nella democrazia spagnola.

Dal **12 al 14 luglio** il Re Felipe VI e la Regina Letizia hanno svolto un viaggio istituzionale nel Regno Unito per discutere prevalentemente delle principali sfide legate alla Brexit e dei rapporti bilaterali che si instaureranno tra i due Paesi una volta che il Regno Unito sarà definitivamente uscito dall'Unione. Durante il viaggio si è confermata la volontà istituzionale reciproca di rinsaldare i rapporti di collaborazione economica, commerciale e scientifica tra i due Paesi. La prima ministra britannica,

Theresa May, ha dato rassicurazioni sulla volontà di preservare lo status degli spagnoli, così come quello degli altri cittadini della Unione che vivono nel Regno Unito, secondo un accordo di reciprocità che dia le medesime certezze e garanzie ai cittadini britannici che vivono in Spagna, così come nel resto della Unione.

Felipe VI ha definito questo viaggio “molto importante” per la Spagna perché è servito a gettare le basi per le future relazioni bilaterali che si instaureranno tra i due paesi in seguito alla Brexit.

Il **20 agosto** i Re hanno presieduto la cerimonia religiosa celebrata dal cardinale e arcivescovo, Juan José Omella, svoltasi nella basilica della Sagrada Família, per commemorare le vittime degli attentati di Barcellona e Cambrils.

Il **28 agosto** i Re si sono recati nelle strutture ospedaliere del Mar e di Sant Pau per andare a trovare le vittime degli attentati terroristici e informarsi sul loro stato clinico. Il Dipartimento del Lavoro, degli Affari sociali e delle Famiglie della Generalità ha avanzato alla Casa Reale la richiesta di ritirare dal proprio sito web le foto in cui i Re appaiano insieme ai bambini e agli adolescenti rimasti feriti negli attentati, affermando che la diffusione di tali immagini risulta proibita dalla legislazione sulla protezione dell'infanzia e dell'adolescenza perché lesiva del loro diritto alla dignità e alla privacy. La Casa Reale ha assicurato che la pubblicazione di tutte le immagini è stata autorizzata dai feriti, dalle famiglie e dai responsabili delle strutture ospedaliere.

CORTI

SENTENZA ATUXTA MENDIOLA Y OTROS C. ESPAÑA

Il **13 giugno** la Corte europea dei diritti dell'uomo ha adottato [la sentenza](#) con cui ha risolto il ricorso (n° 41427/14) dell'ex presidente del Parlamento basco, Juan Maria Atuxta, e degli ex membri della presidenza della Camera, Gorka Knörr e Kontxi Bilbao, contro lo Stato spagnolo per violazione del diritto a un giusto processo. In particolare, i ricorrenti lamentavano la violazione delle garanzie del giusto processo legate all'audizione dei testimoni nell'iter giudiziario che ha portato alla loro condanna per aver commesso un reato di disobbedienza. In quella vicenda il Tribunale supremo condannò, senza l'audizione diretta dei testimoni, i tre politici baschi con l'accusa di mancato scioglimento del gruppo parlamentare di *Sozialista Abertzaleak* in seguito alla illegalizzazione di Batasuna. Sei anni dopo il Tribunale costituzionale confermò tale decisione, negando la richiesta di audizione dei testimoni avanzata dall'ex presidente del Parlamento basco. La Corte ha ritenuto che

nel processo giudiziario contro i membri del Parlamento basco sia stato violato l'articolo 6 della Carta europea dei diritti umani, ove si prevede che ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale. La condanna economica emessa nei confronti dello Stato spagnolo è puramente simbolica, poiché impone il pagamento di 1 euro nei confronti di ciascuno dei ricorrenti per risarcimento del danno morale. La sentenza pone fine a una battaglia giudiziaria che dura da più di un decennio.

TRIBUNALE COSTITUZIONALE

Il **29 giugno** il *Pleno* del Tribunale costituzionale ha adottato all'unanimità [la sentenza 78/2017 \(BOE 19 luglio 2017\)](#) con cui ha valutato il ricorso di incostituzionalità n. 8112-2006 presentato dal Governo contro varie disposizioni della legge catalana n. 22/2005, di comunicazione audiovisiva della Catalogna. Nella sentenza i giudici hanno dichiarato l'incostituzionalità di varie disposizioni che si riferiscono ad aspetti tecnici dello spazio radioelettrico e incidono sulla competenza esclusiva dello Stato in materia di telecomunicazioni. Hanno dichiarato inoltre l'incostituzionalità del regime di durata, rinnovo e trasmissione delle licenze di comunicazione audiovisiva contrarie alla legislazione básica dello Stato. Con tali decisioni i giudici hanno chiarito che la competenza esclusiva dello Stato in materia di telecomunicazioni include l'ordine, la gestione, la pianificazione e il controllo del dominio pubblico radioelettrico, così come la regolazione degli aspetti più tecnici delle comunicazioni elettroniche.

Il **5 luglio** il Tribunale costituzionale con [la sentenza 90/2017 \(BOE n. 171, del 19 luglio 2017\)](#) ha giudicato il ricorso di incostituzionalità 1638-2017 presentato dal Presidente del Governo contro la legge catalana n. 4/2017, di bilancio per il 2017, dichiarando all'unanimità la incostituzionalità di quelle previsioni impugnate destinate al referendum di indipendenza. Nello specifico ha dichiarato incostituzionale la disposizione addizionale 40, con cui si autorizzava la Generalità a disporre genericamente delle risorse necessarie per far fronte al processo referendario sul futuro politico della Catalogna. Ha chiarito inoltre che le altre previsioni di bilancio impugnate, che sommano complessivamente 6,2 milioni di euro, saranno incostituzionali qualora vengano destinate al finanziamento di un processo referendario di secessione. Non si esclude, invece, l'impiego di tali risorse per finanziare processi elettorali, consultazioni non referendarie, o processi partecipativi, di competenza della Comunità autonoma. Con questa sentenza, quindi, il Tribunale costituzionale ha convalidato la sospensione accordata in via cautelare il passato

aprile, che era stata notificata, su richiesta del Governo, ai membri dell'esecutivo catalano.

Il **24 luglio**, nel corso di una cerimonia formale svoltasi in presenza del Re Felipe VI, il Presidente del Tribunale costituzionale, Juan José González Rivas, ha illustrato i dati contenuti nella [Memoria 2016](#) che sintetizzano l'attività svolta dall'organo nel 2016. Dal documento emerge chiaramente - come evidenzia il Presidente - una notevole riduzione dei tempi di risposta del Tribunale sia nei processi costituzionali, così come per i ricorsi di *amparo*. Nel 2016 il Tribunale costituzionale non ha accolto il 99,05% dei ricorsi di *amparo* presentati dai cittadini per assenza o insufficiente presenza del principale requisito della "speciale rilevanza costituzionale". In quest'anno, inoltre, sono aumentati i ricorsi di incostituzionalità presentati dal Governo centrale, i gruppi parlamentari del Congresso e del Senato, gli esecutivi autonomici e i parlamenti regionali. Nel complesso sono state risolte 90 azioni di questo tipo, a fronte delle 65 del 2015 e delle 62 del 2014. Inoltre sono state sollevate dai giudici 120 questioni di costituzionalità, un numero sensibilmente inferiore rispetto alle 172 registrate nel 2015.

AUTONOMIE

CONFLITTO INDIPENDENTISTA CATALANO

Il **10 maggio** il Tribunale costituzionale ha accolto, a distanza di quattro anni dalla sua interposizione, il ricorso di incostituzionalità n. 8912-2010 presentato dal Governo statale contro la legge catalana n. 4/2010, sulle consultazioni popolari per via referendaria. Si tratta della legge che introduceva la possibilità di richiedere al Governo l'autorizzazione di celebrare un referendum autonomico su questioni di speciale rilevanza politica. Con questa sentenza il Tribunale ha annullato alcune parti della legge autonoma impugnata, ritenendo che la istituzione di una tipologia referendaria a livello autonomico, non prevista né dalla Costituzione né dalla legislazione statale, esorbitasse dalle competenze della Generalità. La decisione del Tribunale non ha avuto conseguenze pratiche dato che il Governo catalano ha già approvato un'altra legge sulle consultazioni popolari non referendarie, che è stata, tuttavia, anch'essa parzialmente annullata.

Il **18 maggio** il Parlamento catalano ha approvato, con l'appoggio di *Junts pel Si* e *Catalunya Si Que es Pot*, la [moció 122/XI sobre el compliment de l'apartat I.1.2. «Exigència social de celebració d'un referèndum», de la Resolució 306/XI](#), con cui si richiede

al Governo catalano di porre in essere le iniziative necessarie per ottenere il riconoscimento internazionale del referendum e l'avallo della Commissione di Venezia per la sua celebrazione.

Il **19 maggio** la vicepresidente del governo e ministra della presidenza e delle amministrazioni territoriali, Soraya Sáenz de Santamaria, ha ribadito la posizione del Governo contraria al referendum di autodeterminazione e la necessità di difendere l'unità della Spagna e il rispetto della sovranità nazionale proclamata dalla Costituzione. Ha invitato il presidente della Generalità, Carles Puigdemont, a discutere democraticamente le sue proposte attraverso i canali legali esistenti e nella sede prevista a tal fine: il Parlamento della nazione. Sáenz de Santamaria ha assicurato che l'esecutivo si impegnerà ad offrire la massima collaborazione per rendere il dibattito parlamentare il più agile possibile.

Il **24 maggio** il Presidente della Generalità, Carles Puigdemont, ha spedito al Presidente del Governo Mariano Rajoy una lettera per concordare i termini e le condizioni di un referendum sul futuro politico della Catalogna. Alla lettera sono stati allegati due documenti: l'accordo approvato il giorno prima dal Governo catalano per sollecitare l'avvio delle negoziazioni con il Governo centrale e pervenire a un'intesa sul referendum indipendentista; e la mozione approvata due settimane prima dal Parlamento catalano in cui si esprime la volontà di pervenire a un accordo con il Governo centrale sul referendum indipendentista che rispetti le regole del codice di *best practices* della Commissione di Venezia. Per il Presidente della Generalità è arrivato il "momento imprescindibile" di avviare un dialogo intergovernativo al fine di pervenire a una soluzione negoziata e concordata sul referendum.

Il **31 maggio** Puigdemont ha inviato al presidente della Commissione di Venezia, Gianni Buquicchio, una lettera per informare la Commissione della volontà di celebrare un referendum negoziato con il Governo centrale nonostante la risposta negativa del Presidente Mariano Rajoy. Puigdemont non ha chiesto alla Commissione il riconoscimento e l'avallo per la celebrazione del referendum, ma soltanto la sua collaborazione nell'eventualità che si celebri una consultazione negoziata e concordata con il Governo statale.

Il **9 giugno** Carles Puigdemont nella sede della Generalità, dinanzi alla presenza dei membri del governo e dei deputati indipendentisti, ha annunciato in forma solenne che il referendum si celebrerà il 1 ottobre e avrà ad oggetto il seguente quesito: *¿Quiere que Catalunya sea un Estado independiente con forma de república?*. Il Governo spagnolo ha replicato duramente all'annuncio, affermando che il

referendum non potrà mai avere luogo nell'ordinamento spagnolo in quanto illegale e incostituzionale.

Il **26 luglio** il Parlamento della Catalogna ha approvato con i 72 voti della maggioranza “soberanista” (Junts Pel Sì e la CUP), e i 63 contrari di tutti gli altri gruppi dell'opposizione, [una riforma parziale del proprio regolamento pubblicata nel Bollettino Ufficiale del Parlamento n. 484, del 27 luglio 2017](#). La riforma, che consta di un solo articolo, una disposizione transitoria e due disposizioni finali, introduce diverse modifiche che riguardano il diritto di accesso all'informazione, l'organizzazione dei lavori delle Commissioni, il funzionamento e la trasparenza dell'attività del Parlamento. La modifica che ha suscitato ampie contestazioni, oltretutto il giudizio di incostituzionalità del Consiglio delle garanzie statutarie, riguarda la nuova redazione dell'art. 135, comma 2, che disciplina il procedimento di lettura unica. La modifica introdotta prevede che il gruppo parlamentare promotore di una proposta di legge possa richiedere l'attivazione di tale procedimento senza il consenso unanime degli altri gruppi parlamentari. Tale procedimento –come noto– esclude il dibattito parlamentare e la presentazione di emendamenti e si sostanzia in una sola votazione che permette di ridurre drasticamente i tempi di approvazione dell'iniziativa legislativa. La novità non risiede nella previsione di tale procedimento, di per sé già contemplato dal diritto parlamentare catalano, ma nella sua possibile estensione applicativa su richiesta di un solo gruppo parlamentare anche ai progetti di legge privi del carattere di urgenza.

La riforma è stata adottata al fine di portare a termine il procedimento di approvazione delle leggi di c.d. *desconexión* dallo Stato spagnolo, vale a dire la legge sul referendum e la legge di transizione giuridica, nota come *ley de ruptura*.

La riforma è stata ampiamente contestata a livello politico-istituzionale perché ritenuta lesiva dei diritti dei parlamentari e, in particolare, lesiva del diritto delle minoranze parlamentari a partecipare alla politica in condizione di uguaglianza, contrariamente a quanto previsto dalla Costituzione e dallo Statuto di autonomia della Catalogna.

Il **28 luglio** il Governo, dopo aver ottenuto il parere favorevole [nell'informe del Consiglio di Stato](#), ha presentato ricorso al Tribunale costituzionale contro la riforma regolamentare approvata dal Parlamento catalano, chiedendone la sua immediata sospensione ai sensi dell'art. 161, comma 2 Cost. Tale articolo –come è noto– consente al Tribunale di decretare nell'immediato la sospensione in via cautelare delle disposizioni impugnate giudicate incostituzionali e di ratificare o meno tale decisione entro i cinque mesi successivi. Nel ricorso si lamenta, in particolare, la violazione del contenuto essenziale del diritto di partecipazione politica riconosciuto dall'art. 23, comma 2 della Cost. e dall'art. 29 dello Statuto di autonomia della Catalogna, che

regolano il diritto dei cittadini a partecipare agli affari pubblici attraverso i propri rappresentanti politici. Tale violazione – secondo i ricorrenti- viene ricondotta all'impossibilità di presentare emendamenti collegata all'attivazione del procedimento di lettura unica.

Il **31 luglio** il Tribunale costituzionale ha accolto all'unanimità il ricorso promosso dal Presidente del Governo, accordando la sospensione in via cautelare del comma 2 dell'articolo 135 del Regolamento del Parlamento della Catalogna, con il quale si introduceva sostanzialmente la possibilità di approvare con il procedimento di lettura unica le leggi in una sola giornata. La pronuncia sospensiva del Tribunale, che avrà effetti retroattivi a partire dalla data di presentazione del ricorso, è stata notificata al Presidente, al vicepresidente, ai segretari e ad altre cariche del Parlamento catalano.

Il **16 agosto** i funzionari del Tribunale Superiore di Giustizia della Catalogna hanno notificato alla presidente del Parlamento, Carme Forcadell, e agli altri membri della presidenza la sospensione della riforma regolamentare accordata in via cautelare dal Tribunale costituzionale. Con tale notifica il Tribunale ha ricordato loro le responsabilità penali in cui potrebbero incorrere i membri della presidenza qualora applicassero l'articolo 135, comma 2, della riforma regolamentare sospesa.

Il giorno stesso dell'avvenuta notifica il Tribunale costituzionale ha respinto il ricorso c.d. *de suplica* presentato dal Governo catalano contro la c.d. *admisión a tramite* e la conseguente sospensione della riforma del regolamento del Parlamento. Nel ricorso si denunciava un "abuso di diritto" compiuto da parte del Governo statale con l'impugnazione della riforma del regolamento parlamentare, perché definita "eccessiva, sproporzionata", e in grado di determinare una limitazione ingiustificata all'autonomia del Parlamento catalano rispetto al Parlamento nazionale e a quello delle altre Comunità autonome. I giudici costituzionali all'unanimità, in continuità con i precedenti giurisprudenziali, hanno ritenuto non accoglibile il ricorso dell'esecutivo catalano, perché non riferito ai requisiti formali-procedurali ma al contenuto del provvedimento di *admisión a tramite* emanato dal Tribunale. Con questa decisione il Tribunale ha mantenuto ferma la sospensione della riforma del regolamento parlamentare.

**TRUMP UNVEILED. LUCI E OMBRE DELLA
AMMINISTRAZIONE STATUNITENSE: IMMIGRAZIONE,
IMPEACHMENT E WAR POWERS***

di Giulia Aravantinou Leonidi**

I conservatori americani sono stati ingannati. Si sono illusi che una volta eletto Presidente Trump si sarebbe trasformato in un vero statista e che avrebbe progressivamente abbandonato i toni aggressivi che avevano caratterizzato la sua campagna elettorale. L'attualità politica e istituzionale degli ultimi mesi ha definitivamente dissipato ogni dubbio e spazzato via ogni speranza circa la natura e le intenzioni della nuova amministrazione. A partire dalle controverse dichiarazioni rese alla stampa all'indomani dei gravi fatti di Charlottesville che hanno scosso il Paese, passando per la concessione della grazia a Joe Arpaio, sceriffo della contea di Maricopa, Arizona, condannato per aver preso di mira nei suoi controlli i clandestini, fino al recente annuncio di voler eliminare il [DACA](#), provvedimento voluto da Obama nel 2012 che consente agli immigrati irregolari, entrati negli Stati Uniti da bambini seguendo i propri genitori, di evitare il rimpatrio e ricevere un permesso di lavoro biennale e rinnovabile, il Presidente Trump ha rivelato la sua visione della politica nazionale.

E' in questa prospettiva che si colloca anche la recente proposta del [RAISE \(Reforming American Immigration for a Strong Economy\) Act](#), presentato in Senato il **2 agosto**, la cui approvazione da parte del Congresso ridurrebbe l'immigrazione legale del cinquanta per cento, privilegiando l'ingresso nel Paese degli anglofoni altamente qualificati.

*Contributo sottoposto a *peer review*

** Dottore di ricerca in Teoria dello Stato e istituzioni politiche comparate, Università degli studi di Roma "La Sapienza"

Le politiche dell'immigrazione sono da alcuni anni al centro del dibattito accademico e istituzionale negli Stati Uniti. I provvedimenti adottati nel corso del tempo si sono rivelati poco efficaci nel dare risposte adeguate³⁶ ad una questione che contribuisce ad alimentare forti tensioni sociali, di cui spesso la politica si è fatta cattiva interprete³⁷. Le azioni intraprese dal Presidente neo-eletto nell'immediatezza del suo insediamento alla Casa Bianca, prima fra tutte l'emanazione dell'[Executive Order Protecting the Nation from Foreign Terrorist Entry into the United States](#) No. 13,769, 82 Fed. Reg. 8977, il 27 gennaio 2017, e del successivo [Executive order Enhancing Public Safety in the Interior of the United States](#), e l'inizio, nei mesi seguenti, di un aspro scontro tra Esecutivo e Corti relativamente alla legittimità e all'implementazione del cd. "travel ban" tutt'oggi in atto, hanno concorso a definire l'agenda dell'amministrazione Trump in materia di immigrazione³⁸.

Gli ordini esecutivi emanati da Trump sollevano diverse questioni di carattere costituzionale, facendo intravedere la possibilità³⁹ che le Corti rivedano la cd. *plenary power doctrine*⁴⁰ con la quale la Corte Suprema ha riconosciuto un potere federale illimitato nel settore dell'immigrazione, ponendosi alla base del cd. *immigration exceptionalism*⁴¹. Gli ordini esecutivi emanati in questi primi mesi dal Presidente Trump sollevano numerosi interrogativi circa la loro compatibilità con il primato della *rule of law*,

³⁶ Il sistema è stato da più parti definito fallimentare. In proposito cfr. Remarks by the President in Address to the Nation on Immigration, Nov. 20, 2014, <https://www.whitehouse.gov/issues/immigration/immigration-action#>, archived at <https://perma.cc/635Z-WL32>, at 2 (President Obama: "But today, our immigration system is broken — and everybody knows it."); Paul Ryan, Immigration, <http://paulryan.house.gov/issues/issue/?IssueID=9970>, archived at <https://perma.cc/2YZT-V4QX>, at 1 ("Our immigration system is broken, and the evidence is overwhelming. Eleven million undocumented immigrants are living in the United States.").

³⁷ Ricostruisce in maniera approfondita le tematiche relative all'acquisizione della cittadinanza e alle politiche dell'immigrazione negli Stati Uniti il recente articolo di M. I. AHMAD, *Beyond Earned Citizenship*, in *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, Vol. 52, No. 2, Summer 2017, pp. 257-304.

³⁸ La politica del Presidente Trump in materia di immigrazione è esaminata nella prospettiva storica dall'interessante saggio di J.M. CHACÓN, *Immigration and the Bully Pulpit*, in *Harvard Law Review Forum*, Vol. 130, n.7, Maggio 2017, p. 243-268.

³⁹ Si auspica una revisione della plenary power doctrine E. DELANEY, *Immigration in the Age of Trump Extremism vs. Exceptionalism*, in *U. Ill. L. Rev. Online: Trump 100 Days* (29 aprile, 2017)

⁴⁰ S. VOLTERRA, *Corte Suprema e assetti sociali negli Stati Uniti d'America*, Torino, 2004.

⁴¹ D. S. RUBENSTEIN & P. GULASEKARAM, *Immigration Exceptionalism*, in *Northwestern University Law Review*, Vol.111, n.3, p.583-654.

questione che coinvolge attivamente la comunità scientifica, parte della quale tenterà di fornirne una prima valutazione in occasione del convegno “*Democracy and the Rule of Law: Relationships, Challenges, and Conflicts*” organizzato dall’Università di Westminster a Londra il prossimo 18 novembre.

Nel corso del quadrimestre preso in esame il Congresso si è preparato a rivedere la [War Powers Resolution](#) del 1973. Al di là di valutazioni circa le possibilità fattuali di interventi militari che l’amministrazione Trump cerca di promuovere, è certo che il ricorso all’uso della forza da parte del Presidente statunitense in questi mesi ha sollevato numerose questioni di carattere giuridico, che il recente attacco missilistico alla Siria e le minacce della Corea del Nord hanno contribuito a mettere ulteriormente in risalto. I limiti all’uso della forza imposti sia dalla Costituzione statunitense che dal diritto internazionale hanno lo scopo di ridurre le conseguenze derivanti da un’azione unilaterale che, sebbene in un primo momento potrebbe apparire giustificata dalla necessità di frenare le intenzioni di un dittatore isolato, come potrebbe essere nel caso di un eventuale attacco alla Corea del Nord di Kim Yong Un, alla fine rischierebbe di innescare una pericolosa reazione a catena di destabilizzazione degli equilibri geopolitici internazionali. I limiti prescritti dalla Costituzione ai poteri presidenziali in ambito militare assumono un’accresciuta rilevanza allorquando il carattere impulsivo del Presidente si manifesta in dichiarazioni che rischiano di spingere il Paese sul baratro di una nuova guerra.

Una delle affermazioni più calzanti in merito all’interpretazione estensiva dei poteri presidenziali in questo ambito è quella resa dal giudice della Corte Suprema Robert H. Jackson (membro della Corte dal 1941 al 1954) in occasione della sentenza emessa il 2 giugno 1952 nel caso [Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer](#) (343 U.S. (1952)). Nella *concurring opinion* Jackson sostenne che “While the Constitution diffuses power the better to secure liberty, it also contemplates that practice will integrate the dispersed powers into a workable

government. It enjoins upon its branches separateness but interdependence, autonomy but reciprocity. Presidential powers are not fixed but fluctuate depending upon their disjunction or conjunction with those of Congress”⁴². Jackson affermò altresì che sebbene la Costituzione riconosca il Presidente quale Capo delle forze armate (Art.II, sezione II, 1), tale previsione è stata “sometimes advanced as support for any presidential action, internal or external, involving use of force, the idea being that it vests power to do anything, anywhere, that can be done with an army or navy.”

Al momento, all’esame del Congresso si trova un provvedimento che se approvato abrogherebbe la *War Powers Resolution* del 1973, la quale prescrive l’obbligo in capo al Presidente di ottenere l’autorizzazione congressuale all’uso della forza, richiedendo al Congresso di approvare una mozione contraria alla nuova iniziativa militare, permettendogli di fatto di sfuggire alla responsabilità della decisione finale sulla guerra e sulla pace. Sostanzialmente, è proprio quello che i Padri Fondatori volevano evitare.

Sullo sfondo di questo dibattito si colloca la questione ancora aperta del procedimento di *impeachment* a carico di Donald Trump. In uno dei momenti in cui la popolarità del Presidente è ai minimi storici - prevalentemente a causa delle ambigue dichiarazioni rese all’indomani degli scontri che hanno insanguinato le strade di Charlottesville in agosto per mano di un manipolo di suprematisti bianchi - le azioni intraprese in luglio da alcuni membri del Congresso per mettere in stato d’accusa Trump e provocare il suo allontanamento dalla Casa Bianca conoscono un nuovo slancio, stimolando le suggestioni e le ipotesi dei commentatori politici e accademici.

⁴² K.L. HALL, *The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions*, Oxford University Press 1999, p. 344-345. La *concurring opinion* resa dal giudice Jackson è riportata anche in S. D. JAMAR, *Constitutional Law: Power, Liberty, Equality*, Wolters Kluwer, New York, 2017, p. 378-382. CHRISTOPHER H. PYLE, RICHARD M. PIOUS, *The President, Congress, and the Constitution*, Free Press, New York, 1984, p. 129. CRAIG R. DUCAT, *Constitutional Interpretation: Powers of Government*, Volume 1, Wadsworth, 2009, p. 202; OTIS H. STEPHENS, JR., JOHN M. SCHEB, *American Constitutional Law: Sources of Power and Restraint*, Volume 1, wadsworth, 2012, p.213

Una delle questioni maggiormente discusse in questi mesi concerne la possibilità che il Congresso indichi una *special presidential election*, nel caso in cui sia il Presidente che il Vice-Presidente siano sottoposti al procedimento di *impeachment*⁴³ per ostacolo alla giustizia nel corso dell'indagine relativa al sospetto coinvolgimento della Russia nell'elezione presidenziale del novembre 2016.

La Costituzione lascia aperta la questione. L'art. II, sezione 1, clausola vi, prevede infatti che « In case of the removal of the President from office, or of his death, resignation or inability to discharge the powers and duties of said office, the same shall devolve on the Vice President, and the Congress may by law provide for the case of removal, death, resignation or inability, both of the President and Vice President, declaring what officer shall then act as President, and such officer shall act accordingly, until the disability be removed, or a President shall be elected». Nessuna disposizione costituzionale impone, dunque, un esplicito divieto allo svolgimento di un'elezione presidenziale anticipata, qualora ricorrano eccezionali condizioni, quale, per l'appunto, la messa in stato d'accusa simultanea del Presidente e del Vice-Presidente. Pertanto, qualora il Congresso decidesse, nell'ambito delle prerogative riconosciutegli dalla Costituzione, di indire un'elezione presidenziale speciale, tale decisione potrebbe essere agevolmente difesa dinanzi alle Corti e la sua legittimità costituzionale facilmente provata.

D'altra parte è opportuno ricordare che l'ordinamento statunitense prevede un termine fisso per il mandato presidenziale, stabilito dalla Costituzione in quattro anni. Ciò implica che il Congresso non può decidere di indire nuove elezioni presidenziali a mandato già in corso. L'unico strumento a sua disposizione per la rimozione del Presidente dall'incarico rimane quello

⁴³ Sull'istituto dell'*impeachment* e le problematiche di carattere costituzionale legate alla sua applicazione si rinvia allo studio classico di R. Berger, *Impeachment: The Constitutional Problems*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1973. Per la dottrina italiana si veda M. Oliviero, *l'impeachment nell'ordinamento costituzionale degli Stati Uniti d'America*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1999, fasc. 3 pag. 1080 – 1102. Dello stesso autore, *L'Impeachment dalle origini inglesi all'esperienza degli Stati Uniti d'America*, Torino, Giappichelli, 2001. E più di recente S. Volterra «Il leone in gabbia»: l'impeachment negli Stati Uniti d'America »Studi Carlassare, 2009, pp. 785 ss.

“quasi-politico” dell’*impeachment*. Tuttavia, nel caso di vacanza non sussiste un limite costituzionale all’indizione di elezioni speciali. Inoltre, è bene sottolineare che l’approvazione di un disegno di legge che preveda l’indizione di un’elezione presidenziale speciale è estremamente improbabile, non solo per la difficoltà oggettiva di convincere un numero sufficiente di membri del Congresso a votare in favore di un tale provvedimento, ma anche perché il suo passaggio comporterebbe l’abrogazione parziale del [*Presidential Succession Act*](#), firmato il 18 luglio del 1947 dal Presidente Harry S. Truman, in base al quale in caso di vacanza dell’incarico presidenziale e vice-presidenziale, spetta allo *Speaker* della Camera dei Rappresentanti assumere la carica presidenziale.

Infine, allo stato attuale le probabilità che sia il Presidente Trump che il suo vice Pence siano sottoposti simultaneamente a procedimento di *impeachment* appare al momento piuttosto improbabile⁴⁴.

Nel frattempo il Presidente è sempre più solo. In questi mesi l’allontanamento e la sostituzione di numerosi membri del suo staff, a cui si sommano eccellenti dimissioni come quelle di Steve Bannon, capo stratega della Casa Bianca, e quelle di Reince Priebus, capo dello staff della Casa Bianca, lasciano trapelare una certa difficoltà della nuova amministrazione rispetto all’organizzazione degli uffici che coadiuvano il Presidente nell’esercizio delle sue funzioni. Le palesi difficoltà intercorrenti nel rapporto tra il Presidente Trump e i suoi più stretti collaboratori si devono anche al clima generato dall’inchiesta del FBI e del Congresso sul sospetto di influenze russe nelle elezioni presidenziali del 2016. Viene allora alla memoria il bel romanzo di Bob Woodward e Carl Bernstein, trasposto sugli schermi cinematografici da Alan J. Pakula, *Tutti gli uomini del Presidente*, che ripercorre le vicende che portarono nel 1974 alle dimissioni di Richard Nixon.

⁴⁴ Sul punto si veda R. PRIMUS, *Can Congress call a special election if Trump and Pence are impeached*, <https://takecareblog.com/blog/can-congress-call-a-special-election-if-trump-and-pence-are-impeached> (11 settembre 2017)

Numerose sono, dunque, le problematiche di carattere costituzionale che si sono prospettate in questi mesi di monitoraggio dell'ordinamento statunitense. Al centro dell'attenzione si pone ancora una volta l'azione dell'esecutivo e l'eccentrica interpretazione della carica presidenziale fornita da Donald Trump, campione di populismo e sempre più prodotto della democrazia americana in declino⁴⁵.

ELEZIONI

LEGISLATIVE SPECIAL ELECTIONS

Nei 50 Stati, ci sono 99 Camere legislative statali e 7.383 seggi legislativi statali. Nel novembre 2017, tre di queste 99 Camere saranno interessate da elezioni generali per un totale di 220 seggi legislative statali. Le elezioni legislative nazionali speciali si svolgono anch'esse nel 2017. Nello stato di Washington, elezioni speciali potrebbero determinare il controllo del Senato dello Stato. Delle tre Camere che saranno rinnovate a seguito di elezioni generali nel 2017, due sono quelle dello Stato del New Jersey: l'Assemblea Generale del New Jersey e il Senato dello Stato. L'altra Camera è la Virginia *House of Delegates*. I legislatori della Virginia House e dell'Assemblea del New Jersey servono due anni. I legislatori del Senato del New Jersey servono quattro anni, tranne nel primo periodo di un nuovo decennio, che dura solo due anni. Nella maggior parte degli Stati si svolgono elezioni generali per le legislature statali anche in anni pari. Nel 2016, ad esempio, 86 camere hanno tenuto elezioni generali per un totale di 5.923 seggi legislative - circa l'80 per cento del totale dei seggi legislativi nel paese. Quattro Stati, Louisiana, Mississippi, New Jersey e Virginia svolgono le elezioni nel corso degli anni dispari. I legislatori in Louisiana e Mississippi sono eletti ogni quattro anni, le prossime elezioni sono previste per il 2019. Nel New Jersey e in Virginia, la corsa a governatore dello Stato nel 2017 coincide con lo svolgimento delle elezioni legislative dei loro Stati. Molto è in gioco nelle elezioni legislative del 2017. Il New Jersey potrebbe diventare una roccaforte democratica, il che significa che i democratici potrebbero finire per controllare sia il legislativo dello Stato che l'esecutivo. La Virginia, d'altra parte, potrebbe diventare una roccaforte repubblicana. Le elezioni legislative del 2017 si inseriscono nel più ampio contesto nazionale. Storicamente, il partito il cui esponente risiede alla Casa Bianca tende a perdere i seggi

⁴⁵ T. GINSBURG, A. HUQ, *How Constitutional Democracy is Lost (and Saved)*, University of Chicago Press, in corso di stampa 2018.

delle legislazioni statali. Le elezioni legislative del 2017 possono offrire un'anteprima se questa tendenza storica continuerà nella presidenza di Trump.

PARTITI

IL PARTITO REPUBBLICANO IN DIFFICOLTÀ

Nonostante controllino entrambe le Camere e alla Casa Bianca vi sia un loro esponente, i repubblicani ostentano una certa difficoltà mentre tentano di riscrivere la legislazione fiscale del Paese e mettere a punto un nuovo quadro normativo che segni il destino di migliaia di giovani immigrati irregolari.

CONGRESSO

PRODUZIONE NORMATIVA

Nel corso dei primi mesi della Presidenza di Donald Trump la Camera dei Rappresentanti ha approvato il maggior numero di disegni di legge rispetto a qualsiasi altra amministrazione. Più specificatamente la Camera a guida repubblicana ha approvato ben 321 disegni di legge confermando un sorprendente attivismo nel primo termine del mandato presidenziale. L'analisi del dato quantitativo relativamente ai disegni di legge licenziati dalla Camera dei rappresentanti mostra come i disegni di legge approvati siano stati 270 nel corso della presidenza di Barack Obama, 143 nel corso della presidenza G.W. Bush, 185 nel corso della presidenza Clinton, 187 nel corso della presidenza G.H. Bush.

Occorre ricordare che le possibilità che questi disegni di legge incontrino il voto favorevole del Senato sono molto scarse. In effetti, come ampiamente dimostrato dai dati: D. Trump 56, B. Obama 62, G.W. Bush 37, B. Clinton 82, G.H. Bush 94.

ACA

Il **5 maggio** la Camera dei Rappresentanti ha votato con, 217 voti favorevoli contro 213, per l'abrogazione di alcune parti dell'*Affordable Care Act* (ACA) e la loro sostituzione con le disposizioni dell'*American Health Care Act* (AHCA). L'AHCA rimuoverà le sanzioni *pecuniary* di carattere penale per coloro che non hanno l'assicurazione sanitaria, ma consentirà alle compagnie assicurative di inserire una penale quando qualcuno acquista una polizza dopo molto tempo. La nuova normativa proposta limita anche il finanziamento federale agli Stati per il programma *Medicaid*. Infine, consente agli Stati di operare l'*opting-out* su molti dei requisiti del ACA. L'amministrazione Trump è soddisfatta del provvedimento,

mentre i democratici ne temono le pesanti ricadute sociali. Il leader della minoranza alla Camera dei Rappresentanti, Nancy Pelosi ha detto che oltre ventiquattro milioni di americani rimarranno senza copertura assicurativa. Il **22 giugno** i repubblicani al Senato hanno svelato la loro versione di [Health Care Bill](#) proponendo numerose modifiche al [Affordable Care Act](#) (ACA). Molti senatori hanno espresso perplessità sul disegno di legge ed è difficile prevedere un passaggio indolore attraverso l'iter congressuale. Senza poter contare sull'appoggio di qualche democratico, basta il voto contrario di tre senatori per affondare il disegno di legge. Il **14 luglio** una nuova versione del disegno di legge è stata introdotta alla Camera dei Rappresentanti. La battaglia dell'amministrazione Trump per la controriforma sanitaria mantiene pertanto i caratteri assunti nel primo quadrimestre del 2017.

EMOLUMENTS CLAUSE

Il **14 giugno** duecento membri del Congresso hanno citato in giudizio il Presidente Trump per aver accettato finanziamenti esteri e donazioni in contrasto con quanto disposto dalla Costituzione. La *Emoluments Clause* prevede che "ciascun individuo che occupi un incarico di profitto o fiduciario, può, senza il consenso del Congresso, accettare alcun dono, emolumento, incarico o titolo di alcun genere da qualunque re, principe o Stato estero". In sostanza vieta ai pubblici ufficiali di accettare un regalo da un governo estero senza l'autorizzazione del Congresso, allo scopo di evitare che rappresentanti stranieri possano usare questo favore per ottenere influenze sulla politica americana.

I legali del Presidente Trump hanno sostenuto che la *Emoluments Clause* non si applica ai pagamenti, quali il saldo di un conto di albergo, ma la disposizione è stata concepita al fine di evitare l'accettazione di doni o altri finanziamenti allo scopo di costringere o influenzare decisioni politiche. Si tratta della quarta causa intentata nei confronti del Presidente Trump dopo quelle intentate dai procuratori generali dello Stato del Maryland e di Washington, DC, e quella intentata in gennaio dal gruppo [Citizens for Responsibility and Ethics in Washington](#) (CREW).

RUSSIAGATE

Il Procuratore Generale Jeff Sessions ha testimoniato il **13 giugno** dinanzi alla [Senate Select Committee on Intelligence](#) in relazione ai suoi presunti legami con la Russia e al coinvolgimento di quest'ultima nella campagna elettorale di Donald Trump. Nel corso dell'audizione, durata oltre due ore, Sessions si è ripetutamente rifiutato di rispondere alle domande sostenendo che le conversazioni private che intercorrono tra il Presidente degli Stati Uniti e i segretari dei dicasteri sono protette da un regolamento del Dipartimento di Giustizia. Egli ha, inoltre, dichiarato di non essere

in grado di fornire dettagli circa i contenuti di conversazioni che precedentemente aveva negato di aver avuto con alcuni funzionari del governo russo. Nessuna dichiarazione è stata resa in proposito alla presunta conoscenza delle intenzioni del Presidente di allontanare James Comey dal suo incarico di direttore del FBI. L'ombra del sospetto di legami con la Russia incombe su Trump sin dal suo insediamento alla Casa Bianca. In maggio Comey ha reso testimonianza dinanzi alla commissione di inchiesta del Senato per l'intelligence. Sempre in maggio la commissione ha emanato un *subpoena* ingiungendo a Michael Flynn, ex consigliere per la sicurezza nazionale di Trump, di produrre dei documenti relative all'indagine condotta dalla commissione sulle interferenze russe nell'elezione presidenziale del 2016. Il **9 maggio** l'ex procuratore generale Sally Yates ha testimoniato dinanzi alla *Senate Judiciary Committee* affermando di aver più volte segnalato, all'indomani dell'insediamento del Presidente Trump alla Casa Bianca, la possibilità che Flynn fosse ricattato dalla Russia.

TRAVEL BAN

Il **28 giugno** il Dipartimento di Stato ha reso note le linee guida al "travel ban" sulla base delle indicazioni fornite dalla Corte Suprema. L'ordinanza della Corte consente di negare la Visa ai viaggiatori provenienti da sei Stati musulmani eccetto nel caso in cui il visitatore non possa dimostrare di avere una "bona fide relationship" con un membro della propria famiglia o un socio in affari. La Corte tuttavia non ha fornito ulteriori indicazioni che contribuiscano a definire ulteriormente i requisiti richiesti per accedere al permesso di soggiorno. Il Dipartimento di Stato ha precisato che i rapporti professionali e di affari devono essere opportunamente e formalmente documentati. Le nuove disposizioni sono entrate in vigore il **29 giugno** e rimarranno in vigore fino alla decisione della Corte Suprema sui ricorsi che sono stati presentati contro l'ordine esecutivo dell'amministrazione Trump. Nel frattempo le corti federali continuano ad essere investite di casi relative a questioni legate ai temi dell'immigrazione. A metà giugno la [US District Court for the Western District of Washington](#) ha parzialmente respinto una mozione relative ad una class action nei confronti del Presidente e i [US Citizenship and Immigration Services](#) (USCIS). Anche la [US District Court for the Eastern District of Michigan](#) ha temporaneamente sospeso l'espulsione di cento cittadini iracheni fermati dagli agenti del [US Immigration and Customs Enforcement](#) (ICE). La sospensione ha una durata di due settimane, il tempo necessario alla corte per decider se abbia o meno giurisdizione sulla questione. All'inizio di giugno, invece, la [US Court of Appeals for the Ninth Circuit](#) ha sentenziato contro l'*executive order* di Trump. L'amministrazione Trump ha presentato una petizione alla Corte Suprema di sospendere temporaneamente le ingiunzioni che bloccano l'ordine esecutivo del Presidente. Quando in marzo Trump ha annunciato

l'emanazione del secondo ordine esecutivo relative al "travel ban" alcuni Stati quali il Maryland, il Massachusetts, la California, New York e l'Oregon si sono uniti allo Stato di Washington nella causa contro il divieto imposto dall'amministrazione. Anche lo stato delle Hawaii ha presentato una causa separate in febbraio. Ma non sono solo gli Stati ad aver ricorso contro il *travel ban*. Anche alcuni ex funzionari governativi e privati cittadini hanno presentato ricorso presso le corti federali.

IMPEACHMENT E XXV EMENDAMENTO

Il **12 luglio** il senatore democratico della California Ben Sherman, ha fatto richiesta formale al Congresso di avviare il procedimento di *impeachment* a carico del Presidente Trump per ostacolo alla giustizia, per aver interferito nello svolgimento delle indagini da parte del FBI sul coinvolgimento della Russia nelle elezioni presidenziali del novembre 2016. L'unico a sostenere apertamente la battaglia di Sherman, ad oggi, è un altro democratico, Al Green del Texas. Ma molti altri nel partito, credono che, almeno al momento, la richiesta di impeachment sia una mossa controproducente che finirà per favorire e rafforzare Trump. In questi mesi le dichiarazioni del Presidente hanno contribuito ad alimentare un clima di insoddisfazione e malcontento a Washington, irritando non solo i democratici ma anche i repubblicani, tra i quali alcuni non nascondono di nutrire flebili speranze che la procedura di impeachment segua il suo corso fino alla destituzione del controverso inquilino della Casa Bianca. Nel frattempo il deputato dello Stato della California, Jackie Speier, ha invitato il VicePresidente e il governo a prendere in considerazione il ricorso al XXV emendamento affinché Trump venga dichiarato non in grado di esercitare i poteri e i doveri derivanti dal suo ufficio, così che il Vice Presidente assuma immediatamente l'incarico quale Presidente facente funzioni. Fino ad oggi è stato fatto ricorso al XXV emendamento sei volte, di cui tre durante lo scandalo *Watergate* all'epoca di Richard Nixon, una con Reagan e due con George W. Bush. Ma la sezione 4 non è mai stata invocata e mai seriamente proposta. Le esternazioni del Presidente Trump in agosto a seguito degli scontri avvenuti nella cittadina di Charlottesville e la sua retorica sulla possibilità di intraprendere una guerra contro il dittatore di Pyong Yang hanno provocato un'ondata di sdegno e preoccupazione nell'opinione pubblica americana, tale da convincere gli oppositori del Presidente che i tempi siano ormai maturi per avanzare serie ipotesi relative ad un suo allontanamento dalla Casa Bianca. Le dichiarazioni del Presidente americano all'indomani degli scontri di Charlottesville, quando alcune centinaia di manifestanti di estrema destra hanno marciato verso la *University of Virginia* per protestare contro la decisione di rimuovere la statua del generale Robert E. Lee, che aveva guidato le forze della confederazione schiavista durante la guerra civile americana, hanno impresso un'accelerazione importante alle

richieste dei democratici per una sua destituzione. Critiche per la reticenza mostrata dal Presidente nel condannare i gravi fatti avvenuti in Virginia ad opera di gruppi di suprematisti bianchi sono giunte anche da parte dei repubblicani Marco Rubio, Cory Gardner e dal governatore di New Jersey, Chris Christie, che hanno incalzato il Presidente Trump ad essere più specifico nella sua condanna dell'accaduto.

LA *WAR POWERS RESOLUTION* E L'AVVENTURISMO DEL PRESIDENTE

La *War Powers Resolution* (o *War Powers Act*), approvata nel 1973 durante la presidenza di Richard Nixon, impone che il Presidente notifichi al Congresso la decisione di inviare in missione forze militari entro 48 ore dall'inizio delle operazioni e che le forze non restino sul campo per più di 60 giorni senza l'autorizzazione del Congresso o una dichiarazione di guerra. In base a tale legge 131 deputati e 30 senatori possono richiedere la convocazione di una speciale sessione del Congresso affinché venga intrapresa un'azione decisiva qualora vi sia un "imminent involvement in hostilities is clearly indicated by the circumstances." La risoluzione contiene anche delle regole speciali relativamente alle tecniche di ostruzionismo, consentendo al Congresso di imporre limitazioni ai poteri del Presidente in qualità di comandante delle forze armate dopo solo tre giorni di discussione in Aula. Le recenti dichiarazioni del Presidente Trump, a seguito del lancio di missili ordinato dal dittatore nordcoreano, hanno richiamato l'attenzione sulla *War Powers Resolution* la cui *ratio* è quella di porre un freno ai poteri presidenziali. Le minacce nei confronti della Corea del Nord risalgono all'**8 agosto** quando il Congresso non era in sessione. In tale occasione il Presidente ha mancato di informare lo Speaker della Camera dei Rappresentanti e il Presidente del Senato della sua intenzione di reagire alle provocazioni del dittatore nordcoreano Kim Jong Un esponendo a serio rischio l'intera nazione americana. La risoluzione di cui sopra non si limita a richiedere che il Congresso sia informato quando il Presidente lancia un attacco ma che tale notifica avvenga anche qualora "imminent involvement in hostilities is clearly indicated by the circumstances." L'atteggiamento del Presidente nei confronti del Congresso ha irritato gli esponenti di entrambi i partiti. Negli ultimi anni grazie all'azione di lobbying del *Freedom Caucus*, la Camera e il Senato hanno programmato una serie di sessioni pro forma, ogni tre giorni, nel corso delle quali nulla viene deciso. Questa tecnica è stata sempre più utilizzata per diversi motivi strategici nell'ultimo decennio, ma non era nota al momento in cui il Congresso redigeva la risoluzione nel 1973. Inoltre, quando Mitch McConnell adottò la tecnica "pro forma" quest'estate per ragioni di convenienza politica, non aveva alcuna ragione per anticipare l'avventurismo militare espresso da Trump. I costituzionalisti dovrebbero quindi

rifiutare ogni sforzo da parte degli avvocati di Trump volto a ricorrere al "pro forma" per tenere il Congresso fuori dall'azione fino al ritorno previsto il **5 settembre**. Essi dovrebbero invece seguire l'approccio di base adottato dalla Corte Suprema nel caso [NLRB v. Noel Canning](#) (2014). In tale occasione la Corte ha dichiarato all'unanimità che quando il Congresso si aggiorna per un periodo prolungato, non può limitare il potere di nomina del Presidente di fare appuntamenti di appuntamento programmando sessioni "pro-forma" ogni tre giorni per far sembrare che fosse rimasta in attività. Ma al momento la questione fondamentale che si pone non è tanto di carattere giuridico quanto di carattere politico e riguarda le probabilità che i membri del Congresso richiedano una sessione speciale per discutere della questione della Corea del Nord. A settembre le preoccupazioni del Congresso saranno dirottate sull'approvazione del bilancio e sul rischio di un *government shutdown*. L'immobilismo del Congresso rischia in questa occasione di inviare al Presidente un segnale pericoloso che gli fornirebbe l'erronea l'impressione di avere l'autorità costituzionale di intraprendere azioni unilaterali in maniera indisturbata. D'altra parte una presa di posizione da parte del Congresso, rispetto alle recenti dichiarazioni di ostilità del Presidente Trump all'indirizzo del giovane dittatore nord-coreano, rassicurerebbe la comunità internazionale sull'efficace operatività del sistema di *checks and balances*. Il disegno di legge bipartisan presentato il **25 maggio** dai senatori Kaine e Flake abroga l'autorizzazione del 2001 alla Guerra contro Al-Qaida e l'autorizzazione alla Guerra in Iraq del 2002, sostituendole con un'autorizzazione alle operazioni militari contro i talebani, Al-Qaida e l'ISIS. Se il Presidente volesse intraprendere azioni militari contro ulteriori gruppi associati o all'interno di Paesi non specificamente indicati nell'autorizzazione, dovrebbe informare il Congresso, che avrebbe poi la possibilità di passare una mozione contraria. La nuova autorizzazione di guerra se approvata, rimarrebbe in vigore cinque anni a meno che non venga rinnovata. Di fatto la nuova risoluzione abrogerebbe la *War Powers Resolution* del 1973, che imponeva al Presidente l'onere per ottenere l'autorizzazione congressuale all'uso della forza, richiedendo al Congresso di passare una mozione contraria alla nuova iniziativa militare, permettendogli di sfuggire alla responsabilità della decisione finale sulla guerra e sulla pace. È proprio quello che i Padri Fondatori volevano evitare.

SANZIONI CONTRO LA RUSSIA, LA COREA DEL NORD E L'IRAN

Il **29 luglio** Il Senato ha approvato con 92 voti favorevoli e 2 contrari la risoluzione [H.R. 3364](#) che impone nuove sanzioni alla Russia. Il via libera del Senato giunge a pochi giorni dall'approvazione della risoluzione con un'ampia maggioranza. Le sanzioni imposte alla Russia riguardano, tra l'altro, abusi contrari ai diritti umani, aggressioni informatiche e minacce alla sicurezza informatiche, la fornitura di armi

alla Siria e l'aver minato il processo democratico e la pace, la sicurezza, la sovranità e l'integrità territoriale dell'Ucraina. Inoltre, il disegno di legge include una disposizione che richiederà al Presidente Donald Trump di ottenere l'approvazione del Congresso per togliere le sanzioni contro la Russia. La reazione del Cremlino non si è fatta attendere. Le sanzioni non interessano solo la Russia. Anche l'Unione europea ha espresso preoccupazione, poiché le sanzioni imposte alla Russia potrebbero minacciare la sicurezza energetica degli Stati membri. La risoluzione licenziata dal Congresso impone sanzioni anche alla Corea del Nord e all'Iran.

PRESIDENTE E ESECUTIVO

ORGANO DI SORVEGLIANZA CITA IN GIUDIZIO L'AMMINISTRAZIONE PER L'ATTACCO MILITARE IN SIRIA

L' **8 maggio**, un mese dopo l'attacco militare in Siria, l'amministrazione Trump è stata citata in giudizio da un organo di sorveglianza [Protect Democracy](#) composto dagli esperti giuridici assunti dalla precedente amministrazione Obama. Sebbene l'attacco del **6 aprile** avesse incontrato il favore bipartisan del mondo politico statunitense, le basi legali dell'azione militare avevano suscitato un acceso dibattito e numerose perplessità. L'attacco non è stato autorizzato né dal Congresso americano, né tantomeno dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, circostanza che solleva numerosi interrogativi relativamente ai poteri del Presidente Trump e all'interpretazione della Costituzione da parte della nuova amministrazione, ma anche questioni inerenti il diritto internazionale. In passato molti presidenti, di entrambi i partiti politici, hanno rivendicato in ambito nazionale il diritto a ricorrere unilateralmente all'uso della forza all'estero per proteggere gli interessi americani. Ad esempio, il Presidente Barack Obama dispose nel 2001 l'intervento militare in Libia congiuntamente con le forze NATO senza richiedere l'autorizzazione del Congresso.

LICENZIAMENTO DEL DIRETTORE DEL FBI

Il **10 maggio** il Presidente Trump ha licenziato il direttore del FBI James Comey. Il Presidente ha sostenuto di aver agito sulla base delle indicazioni ricevute dal Vice Procuratore Generale Rod Rosenstein e del Procuratore Generale Jeff Sessions. Comey era a capo dell'inchiesta sulle possibili interferenze della Russia sulla campagna elettorale di Trump. Il Presidente ha dichiarato che il licenziamento del direttore del FBI è dovuto alla cattiva gestione dell' "email gate", lo scandalo che ha investito Hillary Clinton.

PRESIDENTIAL COMMISSION ON ELECTION INTEGRITY

Il Presidente ha firmato **l'11 maggio** un [*executive order*](#) che istituisce una commissione di inchiesta per le frodi elettorali. La *Presidential Commission on Election Integrity* sarà presieduta dal Vice Presidente e dal Segretario di Stato del Kansas Kris Kobach. La commissione sarà composta da dodici funzionari elettorali, appartenenti ad entrambi i partiti, e avrà il compito di individuare eventuali falle nel sistema come ad esempio la registrazione fraudolenta degli elettori. Nel corso della sua campagna elettorale il Presidente Trump ha fatto spesso accusato i suoi avversari politici di brogli elettorali senza disporre di alcuna prova. L'istituzione di questa commissione di inchiesta presidenziale impone ora all'amministrazione di dotarsi delle prove necessarie a sostenere le accuse di Trump. Nel corso degli ultimi anni numerosi Stati hanno approvato leggi per affrontare il tema dei brogli elettorali, spesso introducendo requisiti stringenti per la registrazione negli elenchi elettorali.

RINEGOZIAZIONE DEL NAFTA

Il **20 maggio** l'amministrazione ha inviato una lettera al Congresso comunicando l'intenzione di proceder alla rinegoziazione del [*North American Free Trade Agreement*](#) (NAFTA). Il NAFTA è un trattato internazionale del commercio tra Stati Uniti, Messico e Canada, in vigore dal 1994. Le ragioni per le quali Trump desidera procedere ad una rinegoziazione dell'accordo risiedono nell'evoluzione dell'assetto economico mondiale negli ultimi venticinque anni che hanno visto la progressiva perdita di egemonia degli Stati Uniti. Molte parti del NAFTA richiedono un necessario aggiornamento e ammodernamento. La lettera fa seguito ad un *executive order* che richiede al Dipartimento del Commercio di riesaminare tutti gli accordi commerciali degli Stati Uniti e la partecipazione del Paese alla World Trade Organization.

TRATTATO DI PARIGI SUL CLIMA

Il **1 giugno** il Presidente Trump ha annunciato il ritiro dal Trattato di Parigi sul Clima sottoscritto da 195 nazioni. L'annuncio non sorprende. Già nel corso della sua campagna elettorale Trump aveva più volte fatto riferimento alla sua intenzione di denunciare il trattato, considerato negativo per lo sviluppo economico e industriale degli Stati Uniti.

SANZIONI CONTRO LA RUSSIA, LA COREA DEL NORD E L'IRAN

Il **2 agosto** il Presidente ha firmato la risoluzione approvata in luglio dal Congresso che impone nuove sanzioni alla Russia, alla Corea del Nord e all'Iran. La

Casa Bianca considera la risoluzione seriamente carente poiché investe l'esecutivo dell'autorità a negoziare.

POTERE DI GRAZIA

Il **17 agosto** Donald Trump ha concesso la grazia all'ex sceriffo anti-immigrati dell'Arizona Joe Arpaio, che era stato condannato per aver preso di mira nei suoi controlli i clandestini. Una decisione in questo senso era attesa ma il Presidente aveva rimandato l'annuncio per evitare polemiche. Arpaio è infatti un sostenitore della prima ora del Presidente e da quanto trapelato sulla stampa nazionale Trump chiese la scorsa primavera all' Attorney General Jeff Sessions se il governo poteva lasciar cadere il processo a carico dell'ex sceriffo Joe Arpaio, suo fervido sostenitore durante la campagna elettorale e partner nella crociata contro l'immigrazione illegale. Trump decise quindi di lasciar proseguire il procedimento e di garantire la grazia in caso di condanna. La decisione di Trump è stata fortemente criticata dallo *Speaker* della Camera, Paul Ryan, che lo scorso luglio era stato condannato per disprezzo della corte. Arpaio aveva infatti ignorato l'ordine di un giudice federale che gli chiedeva di smettere di arrestare le persone esclusivamente sulla base del sospetto di immigrazione clandestina. Nelle stesse ore, Trump ha firmato anche la misura che proibisce ai transgender di servire nell'esercito. Due provvedimenti che hanno soprattutto un obiettivo: cementare la base bianca e conservatrice di Trump.

REVOCA DEL PROVVEDIMENTO DI OBAMA SU LGBT NELL'ESERCITO USA

Il **26 luglio** il Presidente ha annunciato la revoca del provvedimento voluto da Obama nel 2016 che aveva tolto il divieto a membri LGBT nell'esercito degli Stati Uniti d'America.

DACA

Il Dipartimento per la Sicurezza Nazionale (DHS) ha annunciato in un *memorandum* che manterrà il programma *Deferred Action for Childhood Arrivals* (DACA). Il DACA consente agli immigrati giunti negli Stati Uniti da bambini, conosciuti come "Dreamers", di ottenere permessi di lavoro e rimanere legalmente nel paese. Lo stesso memorandum interviene nello stesso modo dell'amministrazione Obama il *Deferred Action for Parents of Americans and Lawful Permanent Residents* (DAPA), destinata a proteggere i genitori immigrati di cittadini statunitensi. Il DAPA non è mai stato completamente implementato. Piuttosto che continuare a difenderlo, il DHS ha formalmente annullato il programma. Il Presidente Donald Trump si è impegnato a revocare DACA e DAPA durante la sua campagna elettorale per le

presidenziali del 2016. Di conseguenza, entrambe le questioni controverse negli ultimi mesi hanno ripreso slancio nel dibattito politico e istituzionale. Nel mese di febbraio, John Kelly, segretario del Dipartimento per la Sicurezza Nazionale (DHS), ha firmato diversi memo che descrivono i piani per facilitare la detenzione e la deportazione degli immigrati giunti negli Stati Uniti illegalmente.

SPIONAGGIO

Il **5 agosto** il Procuratore Generale Jeff Sessions ha annunciato l'avvio di indagini approfondite e l'adozione di misure stringenti in cooperazione con la [*National Insider Threat Task Force*](#) per prevenire la fuga di informazioni sensibili. Tra queste misure 1) nuove istruzioni al vice procuratore generale Rod Rosenstein e al nuovo direttore dell'FBI Christopher Wray; 2) la prioritizzazione dei casi che comportano divulgazioni non autorizzate; 3) l'aumento delle risorse dedicate ai "casi di fuga di notizie"; 4) la creazione di un'unità di contrasto per la gestione di tali casi; e 5) dirigere il DOJ per rivedere le politiche che influenzano le indagini sulle fughe di informazioni. La fuga di informazioni governative è diventato un problema che ha assunto negli ultimi anni notevoli proporzioni e gli Stati hanno lottato per contrastare questo fenomeno. Nel mese di giugno, un tribunale composto da tre giudici della Corte di Appello degli Stati Uniti per il Quarto Circuito ha confermato la condanna per l'ex ufficiale della CIA Jeffrey Sterling, condannato nel 2015 per la divulgazione informazioni riservate a un giornalista. Le informazioni riguardavano la strategia di difesa nazionale in Iran. Questa decisione è l'ultima in una lunga serie di azioni giudiziarie per la prevenzione della fuga di notizie relative alla sicurezza nazionale negli Stati Uniti. Nell'agosto del 2015 un ex contraente militare è stato condannato per aver rubato file classificati. All'inizio dello stesso anno, il generale David Petraeus è stato condannato a due anni e al pagamento di una multa di \$ 100.000 per aver divulgato informazioni classificate al suo biografo e alla sua amante Paula Broadwell.

INCHIESTA DEL FBI SUGLI SCONTRI DI CHARLOTTESVILLE

Il procuratore generale Jeff Sessions ha annunciato l'apertura di un'inchiesta federale sulle violenze di Charlottesville. Sessions ha condannato le violenze definendoli atti che colpiscono al cuore della giustizia e del diritto in America. Il FBI e la divisione per i diritti civili del Dipartimento di giustizia hanno dichiarato che saranno messi in campo sforzi congiunti per la raccolta delle testimonianze e delle prove relativi ai gravi fatti accaduti in Virginia e che l'inchiesta sarà condotta in maniera imparziale al fine di assicurare i responsabili alla giustizia.

DIRITTO DI VOTO

Annale 2017 della Rivista "Nomos. Le attualità nel diritto"

Il Dipartimento di Giustizia statunitense (DOJ) **l'8 agosto** ha ribaltato la propria posizione in un [caso](#) chiave per i diritti di voto che sarà all'attenzione della Corte Suprema entro la fine di quest'anno. Il DOJ ha confermato il suo sostegno alla tattica di manutenzione dei registri elettorali adottata dallo Stato dell'Ohio, procedendo alla rimozione dei nominativi in seguito alla presentazione di [amicus curiae](#) alla Corte suprema. La pratica adottata in Ohio implica l'invio di un avviso con richiesta di conferma a coloro che non hanno votato per due anni pur essendosi registrati e la rimozione dai registri nel caso di mancata replica e l'interdizione dal voto per quattro anni. Il DOJ ritiene l'azione dell'Ohio conforme alla [legge nazionale di registrazione dei votanti del 1993](#) (NVRA) e al [2002 Help America Vote Act](#). Il DOJ ha infine concluso che l'astensione dal voto costituisce un motivo sufficiente per lo stato di inviare un avviso di conferma.

La regolamentazione del diritto di voto, sia a livello nazionale che a livello statale, costituisce da sempre un problema negli Stati Uniti. A maggio la Corte Suprema ha accettato di ascoltare questo caso relativo al diritto di voto in Ohio. All'inizio di maggio la Corte Suprema del Maine ha [stabilito](#) che la legislazione appena adottata dallo Stato, confligge con la costituzione dello stato.

CORTI

GERRYMANDERING

La Corte Suprema si è [pronunciata](#) il **22 maggio** sul caso [Cooper v. Harris](#) dichiarando incostituzionale il ritaglio dei college elettorali operatoi nello Stato della Carolina del Nord. I funzionari della Carolina del Nord avevano ridisegnato sue collegi, dopo il censimento del 2010, nei quali non vi era una maggioranza di popolazione di colore ma in cui, in ogni caso, "both consistently elected the candidates preferred by most African-American voters." Per rispettare lo standard di one-person-one-vote, il distretto 1 ha bisogno di aggiungere quasi 100.000 persone. La maggior parte delle persone aggiunte erano "dalle aree fortemente nere di Durham, aumentando il BVAP del distretto dal 48,6% al 52,7%". Anche il distretto 12 è stato riconfigurato, aumentando gli elettori afroamericani dal 43,8% al 50,7%. La Corte ha dichiarato che lo Stato "non ha fatto alcun tentativo per giustificare il distretto in base alla razza". In un parere dissenziente, il giudice Samuel Alito ha citato una precedente causa di una corte statale riguardante il distretto 12 della Carolina del Nord e ha sostenuto che la corte "junks a rule adopted in a prior, remarkably similar challenge to this very same congressional district.". Il giudice ha tuttavia dichiarato che "North Carolina's victory in a similar state-court lawsuit does not dictate the

disposition of this case." Il diritto di voto e il modo in cui gli elettori sono raggruppati e contati è diventato un problema sempre più importante nell'ultimo anno. A **gennaio** il Dipartimento di Giustizia ha denunciato la Detroit Suburbs su una potenziale violazione del diritto di voto sui diritti delle minoranze per eleggere altri membri della minoranza come membri del consiglio. A metà maggio la Corte Suprema degli Stati Uniti ha bloccato una decisione che prevede la ridefinizione del distretto congressuale e delle elezioni speciali che si terranno in North Carolina. Ciò è avvenuto dopo che la Corte Suprema ha ascoltato gli argomenti delle parti nei casi di *racial gerrymandering* della Virginia e della Carolina del Nord. Nel mese di settembre diverse organizzazioni hanno presentato ricorsi presso corti federali contestando il sistema di registrazione degli elettori della Georgia. Il **21 giugno** la Corte Suprema ha acconsentito al riesame del caso [Gill v. Whitford](#) relativo al *gerrymandering* nello Stato del Wisconsin. Lo Stato ricorre contro la decisione di un collegio di tre giudici della [US District Court for the Western District of Wisconsin](#) che ha respinto una mappa dei collegi realizzata dal legislativo dello Stato controllato dai repubblicani. Il **17 agosto** un collegio formato da tre giudici della [US District Court for the Western District of Texas](#) ha stabilito l'invalidità di due distretti congressuali rispetto a quanto disposto dal [Voting Rights Act](#) e dal XIV emendamento della Costituzione. La Corte Suprema si è pronunciata nuovamente su un caso analogo il **28 agosto**.

TRAVEL BAN

Il **26 giugno** la Corte Suprema si è espressa per la prima volta sul cosiddetto *travel ban*, l'ordine esecutivo con cui il Presidente degli Stati Uniti ha introdotto un divieto temporaneo di ingresso nel paese ai cittadini di sei paesi a maggioranza musulmana. La Corte nel pronunciarsi nel caso [Trump v. International Refugee Assistance Project](#) (582 U.S. _ 2017), ha sbloccato solo alcune parti del provvedimento relative al divieto di immigrazione per individui senza alcuna relazione con persone o entità nel paese, per esempio datori di lavoro o università, riservandosi di esprimersi sulla sua legittimità in autunno. Per l'amministrazione Trump si tratta di una vittoria parziale che guarda alle elezioni di mid-term e cerca di riguadagnare il favore dell'elettorato bianco. Il provvedimento aveva attirato numerose critiche che avevano costretto l'amministrazione a ritirare una prima versione del *travel ban* per emanarne successivamente un'altra, comunque bloccata da alcune corti federali. La Corte Suprema, si è pronunciata in via interinale sul ricorso della Presidenza e ha rinviato la decisione definitiva al prossimo ottobre. I giudici della Corte hanno emanato una *per curiam opinion* in cui la non applicazione del ban viene circoscritta ad una categoria specifica di soggetti, consentendo invece l'entrata in vigore del provvedimento nei confronti di ogni altro soggetto non specificatamente indicato.

Viene così ad essere limitata l'operatività dei provvedimenti sospensivi assunti dalle corti federali inferiori.

OBAMACARE

La [US Court of Appeals for the Third Circuit](#) ha [stabilito](#) che le organizzazioni non religiose anti-abortiste devono seguire le disposizioni dell'[Affordable Care Act](#) (ACA). La Corte ha respinto il ricorso del [Real Alternative Inc.'s](#). Il fatto che il governo possa richiedere agli assicuratori di offrire copertura delle spese per determinati servizi che alcuni potrebbero trovare scorretti per motivi religiosi non possono costituire la base di richiedere al governo di adeguare i propri programmi a favore di tutti i dipendenti. Le categorie di servizi che potrebbero offendere le credenze religiose sono ampie e, come discusso in precedenza, negare il rimborso di tali servizi a tutti in base alle obiezioni religiose di alcuni non sarebbe né desiderabile né amministrabile. La *concurring* e la *dissenting* opinion concordano con quanto affermato nella opinione di maggioranza. L'accesso a servizi sanitari equi è una battaglia controversa e in evoluzione in tutto il mondo, in particolare per quanto riguarda la salute riproduttiva e sessuale. Per il timore che il Presidente Trump facesse seguito alle minacce espresso in campagna elettorale di ricorrere alla Corte Suprema contro la sentenza *Roe v. Wade*, che ha legalizzato l'aborto negli Stati Uniti, il legislativo del Delaware ha approvato una [legge](#) che garantisce l'accesso all'aborto.

SANCTUARY CITIES

Il **7 agosto** il sindaco di Chicago ha citato in giudizio l'amministrazione Trump per fermare l'implementazione delle politiche orientate a trattenere i fondi federali destinati alle cd. "sanctuary cities." Nel ricorso si sostiene che le nuove politiche richiederebbero alla città di Chicago di operare una scelta tra i diritti costituzionali individuali e il finanziamento per l'implementazione della legge. L'esistenza ed il funzionamento delle sanctuary cities sono al centro delle preoccupazioni dell'amministrazione Trump sin dal suo insediamento. Dall'inizio dell'anno alcuni Stati e città hanno presentato dei disegni di legge volti a mantenere il regime delle sanctuary cities. E' il caso della California, la cui assemblea legislative in giugno ha approvato due disegni di legge che rafforzano la protezione degli studenti migranti senza documenti.

RISARCIMENTO DANNI

Il **21 agosto** la [Los Angeles Superior Court](#) ha condannato una nota multinazionale a pagare 417 milioni di dollari ad una donna che ha usato per anni il loro talco e ora è malata di cancro alle ovaie. La società ha annunciato che presenterà ricorso. La saga del talco killer continua. Il verdetto è arrivato nel sesto processo

riguardante il prodotto; il gruppo ne aveva vinto uno a marzo ma ne ha persi altri quattro con le giurie che hanno approvato oltre 300 milioni di dollari complessivi di risarcimenti.

FEDERALISMO

PENA DI MORTE

Il **3 luglio** il Governatore della Florida Rick Scott ha confermato l'esecuzione di Mark Asay. Si tratta della prima esecuzione capitale nello Stato in due anni. Le esecuzioni capitali in Florida avevano subito una battuta d'arresto dopo che il procedimento di condanna era stato ritenuto incostituzionale dalla [Corte Suprema](#). Inizialmente il sistema di condanna prevedeva il coinvolgimento di una giuria che suggeriva al giudice di comminare una determinata pena, suggerimento che il giudice poteva decidere di non seguire. La procedura è stata [emendata](#) nel tentativo di correggere i difetti del sistema. Attualmente è necessario il voto della giuria all'unanimità per comminare la pena di morte

IMMIGRAZIONE

Il **28 agosto** il Governatore dell'Illinois ha firmato la legge che limita la detenzione dei migranti e un'altra legge che semplifica le operazioni di registrazione dei votanti. Il primo il Senate Bill 31, noto anche come [TRUST Act](#) limita l'autorità locale di vigilanza nell'effettuare l'arresto degli immigrati in base allo status di cittadinanza. I critici sostengono che questo farà dell'Illinois un cosiddetto "stato santuario" perché contraddice la legge federale. Tuttavia, la legge non impedirà la detenzione di questi individui quando un funzionario o un'agenzia ottenga un mandato federale valido. La seconda legge il [Senate Bill 1933](#) emenda la sezione 7.5 del *Freedom of Information Act* cambiando le sezioni esistenti e aggiungendo nuove disposizioni

ASPETTANDO GODOT: L'ITALIA TRA MANCATE INTESE E UTOPICI AUSPICI *

di Marco Mandato** e Giuliaserena Stegher***

Gli effetti del risultato referendario del 4 dicembre 2016 hanno indubbiamente avuto ripercussione anche nel quadrimestre ivi trattato. Dopo la formazione del governo Gentiloni, le forze politiche, conscie della difficile situazione instabile venutasi a creare, hanno cercato di trovare un accordo sulla legge elettorale che rispondesse ai suggerimenti pervenuti dalla consulta con la sentenza n. 35/2017.

Impasse. Il sistema istituzionale italiano e le forze politiche che lo animano aspettano inesorabilmente la fine della XVII Legislatura. La campagna elettorale serpeggia silenziosamente, i partiti si comportano come duellanti prossimi al confronto, timorosi di mostrare il fianco perché ancora incerti sul da farsi. L'appuntamento elettorale è ormai prossimo, i fallimenti del referendum costituzionale ed i tentativi di modificare la legislazione elettorale in senso stretto, ai fini di una sua armonizzazione, pongono l'attenzione dei partiti politici sulla necessità di ritrovare e definire loro stessi, sotto i profili della leadership, delle alleanze che dovranno necessariamente delineare e delle piattaforme programmatiche da presentare all'elettorato. Alcuni appuntamenti che hanno caratterizzato il quadrimestre appena trascorso ne danno prova. Si fa riferimento in primo luogo alla celebrazione delle primarie del Partito democratico, conclusesi con la proclamazione dell'ex Presidente del Consiglio Matteo Renzi a Segretario nazionale, che hanno ridato nuova linfa al partito stesso, stabilizzandone la sua organizzazione interna e, di fatto, promuovendo

*Contributo sottoposto a *peer review*

** Dottorando di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale – Teoria dello Stato e Istituzioni politiche comparate, Università degli studi di Roma “La Sapienza”

*** Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale – Teoria dello Stato e Istituzioni politiche comparate, Università degli studi di Roma “La Sapienza”

la riapertura di uno spiraglio per un sereno e costruttivo dibattito sulla legge *più politica* di tutte.

Il rilancio della piattaforma politica ha interessato anche la Lega Nord, all'interno della quale per la prima volta i militanti hanno partecipato attivamente alla scelta del Segretario federale. Da questo punto di vista, la conferma di Matteo Salvini, avvenuta il **13 maggio**, ha contribuito a rafforzare il progetto politico da questi portato avanti.

Nel frattempo si sono svolte le elezioni amministrative in XX Comuni italiani, che hanno visto prevalere la coalizione di centro-destra. La sconfitta alle amministrative da un lato ha rappresentato un campanello d'allarme per le forze politiche di centro-sinistra e dunque ci si è resi conto che il precipuo obiettivo deve essere quello di perseguire la massima unità sulla base di principi e valori tradizionalmente propri del suddetto schieramento. A tal ragione, si richiama il tentativo di avviare il processo di reciproca aggregazione promosso da uno dei leader, Giuliano Pisapia. Lo conferma la manifestazione che ha avuto luogo il **1 luglio**, nella romana cornice di piazza Santi Apostoli.

Dall'altro lato, invece, ha rappresentato l'occasione per favorire il rilancio dell'azione politica del centro-destra, che in questa occasione si è presentato unito e compatto, ottenendo risultati probabilmente insperati.

Nonostante i predetti avvenimenti, i mesi appena trascorsi hanno dimostrato l'incapacità delle forze politiche di assumersi la responsabilità di definire concretamente e in maniera condivisa le regole del gioco, perché troppo interessati alle rispettive convenienze e spaventati dalla determinazione di una formula elettorale che li danneggiasse e che al tempo stesso non garantisse quella quota di seggi minima per ottenere la maggioranza.

I numerosi progetti di legge presentati da tutte le forze politiche presenti in Parlamento, atti a testimoniare l'unanime consapevolezza dell'improcrastinabilità di procedere ad una omogeneizzazione delle leggi elettorali di Camera e Senato – già all'attenzione della Corte costituzionale nel recente passato – sono naufragati miseramente, testimoniando l'incapacità del partito di maggioranza relativa di trovare

un testo di sintesi tra tutte le posizioni delle forze politiche. Pertanto, nonostante gli iniziali buoni propositi e le quotidiane sollecitazioni del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella, ad oggi il sistema risulta essere deficitario di una formula elettorale coerente ed omogenea per i due rami del Parlamento.

Nel corso del dibattito parlamentare, l'esame in Commissione ha avuto inizialmente ad oggetto la proposta di legge presentata dal Presidente della I Commissione Affari costituzionali della Camera - Andrea Mazziotti di Celso - e volta ad estendere anche alla formula elettorale prevista per il Senato, i principi sottesi alla legge elettorale n. 52/2015 cd. "Italicum", predisposta per la sola elezione della Camera bassa. Le difficoltà e le criticità reciproche tra i partiti emerse nel corso della discussione in sede referente e la mancanza di una condivisione sostanziale tra le parti, sono sfociate nella bocciatura del testo base. A seguito di questo accadimento, il partito di maggioranza relativa si è assunto la responsabilità di presentare un nuovo testo, ispirato al proporzionale e ai collegi uninominali, ribattezzato dalla cronaca giornalistico-parlamentare "Rosatellum". Il testo esprimeva un accordo che sembrava essere stato raggiunto tra le principali forze politiche: Partito Democratico, Forza Italia, Movimento 5 Stelle e Lega. Il predetto testo, caratterizzato dal 50% di collegi uninominali e dal 50% di proporzionale con piccole liste bloccate, nonché dal 5% di sbarramento, è stato però sostituito da uno nuovo ispirato alla formula elettorale tedesca. Nel corso della discussione in Aula, benché già rigettato in sede di Commissione e contro il parere del Capogruppo, l'On. Biancofiore (FI) ha riproposto un emendamento, la cui approvazione ha fatto saltare l'intera chiave di volta.

Ulteriori temi di dibattito politico parlamentare degni di notazione e che hanno impegnato buona parte dei lavori d'Aula e che da più parti è auspicato possano giungere ad approvazione entro la fine della Legislatura sono stati: lo *Ius soli*, la questione attinente ai vitalizi dei deputati e senatori, il testamento biologico e il

reddito di cittadinanza.

PARTITI

PARTITO DEMOCRATICO

Il **7 maggio** ha avuto luogo l'ultima fase delle primarie interne al partito democratico, che hanno visto l'elezione di Matteo Renzi a Segretario nazionale, rispetto ai contendenti Andrea Orlando (Ministro della Giustizia) e Michele Emiliano (Presidente della Regione Puglia)⁴⁶. Nella suddetta data si è svolta anche l'Assemblea Nazionale che ha certificato il voto.

LEGA NORD

Le primarie interne al partito Lega Nord, svoltesi il **13 maggio**, hanno confermato a larghissima maggioranza come Segretario federale Matteo Salvini, che ha ottenuto l'82,7% dei voti contro l'avversario Gianni Fava.

PARLAMENTO

LA LEGGE ELETTORALE, ANCORA UNA VOLTA!

Il Presidente della Commissione Affari Costituzionali della Camera Andrea Mazziotti di Celso (SC), nell'arco temporale compreso tra l'**11** e il **16 maggio**, ha avuto l'onere di presentare un [testo](#) unificato che fosse condiviso sia dalla maggioranza che dalle opposizioni. Il contenuto era ispirato ai seguenti principi: introduzione del premio di maggioranza al Senato per la lista che ottiene almeno il 40% dei seggi; 50 collegi al Senato, plurinominali con delega al governo, e in caso di mancata approvazione costituiti mediante accorpamento dei collegi attualmente previsti dall'Italicum; soglie di sbarramento omogenee al 3% tra le due Assemblee, su base regionale; un sistema di liste identico a quello della l. n. 52/2015 anche al Senato, con capilista bloccati e preferenze; la sostituzione del criterio del sorteggio in caso di elezione in più collegi, con la regola per la quale il candidato risulta eletto nel collegio in cui la lista ha ottenuto la percentuale più bassa. La discussione sul testo si è arenata per l'insorgere di contrasti insolubili tra i principali partiti, che hanno portato Mazziotti

⁴⁶ Come già anticipato nella [cronaca 1/2017](#), le primarie interne al Partito democratico hanno visto una prima fase, a livello dei circoli aperte ai soli iscritti, mentre la seconda ha visto il coinvolgimento di tutti i cittadini interessati.

a ritirare la sua proposta. Pertanto, se in un primo momento Emanuele Fiano (PD), divenuto relatore, ha presentato il [nuovo testo base](#) nella giornata del **17 maggio**, successivamente il **30 maggio** ha depositato in Commissione Affari costituzionali un maxi emendamento, frutto dell'intesa tra le tre maggiori forze (Pd-M5s-Fi). Con tale emendamento, il testo base ha subito una curvatura proporzionale ispirata al sistema tedesco, diventando un modello misto, ove l'assegnazione di metà dei seggi sarebbe stata effettuata in collegi uninominali con formula maggioritaria, mentre l'altra metà con metodo proporzionale nell'ambito di collegi plurinominali, prevedendo altresì una soglia di sbarramento pari al 5%.

Il **31 maggio** la Conferenza dei Presidenti di Gruppo della Camera dei deputati ha deciso di portare all'esame del *plenum* il testo della legge elettorale. A tal ragione, il **5 giugno** è iniziata la discussione. L'intesa raggiunta sulla formula di ispirazione tedesca (con un proporzionale caratterizzato da uno sbarramento al 5%), fallisce però **l'8 giugno** con l'approvazione dell'[emendamento Biancofiore](#) (FI), presentato - contro il parere del Capogruppo Brunetta - dall'omonima proponente, relativo all'eliminazione dei collegi maggioritari che la legge elettorale manteneva in Trentino Alto Adige e alla loro sostituzione con il riparto proporzionale. L'emendamento approvato con 270 sì e 256 no a scrutinio segreto - nonostante un'iniziale disfunzione del sistema, che ha reso la votazione palese -, ha posto fine alla discussione sulla legge elettorale, che si sarebbe caratterizzata per la formula proporzionale ove il territorio nazionale sarebbe stato suddiviso in 28 circoscrizioni e in 225 collegi uninominali per la Camera; mentre per il Senato in 20 regioni e in 112 collegi uninominali.⁴⁷

IUS SOLI

Nei primi mesi della Legislatura è stato presentato un [disegno di legge contenente modifiche alla legge 5 febbraio 1992, n. 91](#), e altre disposizioni in materia di cittadinanza, ribattezzato [Ius soli](#). Il testo, approvato in prima lettura dalla Camera dei deputati e trasmesso alla Presidenza del Senato il 13 ottobre 2015, è stato calendarizzato e assegnato all'Aula solamente il **15 giugno 2017**.

IL REATO DI TORTURA

Il **5 luglio** è stato approvato in via definitiva dalla Camera dei deputati il disegno di legge relativo all'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano. La [legge n. 110 del 14 luglio 2017](#), che ha introdotto nel codice penale - titolo XII (*Delitti contro*

⁴⁷ Nel momento in cui il n. 2/2017 di questa Rivista sta per chiudere, si è verificato un evento, che sebbene sarà trattato approfonditamente sul prossimo numero, su cui è doveroso soffermarsi in questa sede. In particolare si fa presente che il 21 settembre 2017 è stato depositato presso la I Commissione una nuova proposta di testo base. La proposta, nota con il nome di [Rosatellum bis](#), prevede una formula elettorale mista, ove l'assegnazione di 231 seggi alla Camera e 102 seggi al Senato viene effettuata sulla base di collegi uninominali con formula maggioritaria, in cui vince il candidato più votato; mentre l'assegnazione degli altri viene effettuata sulla base del metodo proporzionale, nell'ambito di collegi plurinominali.

la persona), sez. III (*Delitti contro la libertà morale*) - i reati di tortura (art. 613-*bis*) e di istigazione alla tortura (art. 613-*ter*), è stata pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 166 del 18 luglio 2017.

L'INATTUAZIONE DELLA COMMISSIONE PARLAMENTARE DI VIGILANZA SULLE BANCHE

Il **12 luglio** è stata approvata la legge che istituisce la Commissione parlamentare di inchiesta sul sistema bancario e finanziario, firmata dal Presidente della Repubblica Mattarella il **13 luglio**. Nonostante la celerità nell'iter di approvazione, non è ancora pervenuta né la nomina dei commissari, né la convocazione per la nomina del Presidente.

LA DISCIPLINA DEI PORTATORI DI INTERESSE

Il **17 luglio** è entrato in vigore il [Registro dei portatori di interesse](#), preventivamente approvato dalla Giunta per il Regolamento nell'aprile 2016 e deliberato dall'Ufficio di Presidenza l'8 febbraio 2017

L'ANNOSA QUESTIONE DEI VITALIZI

Su iniziativa dell'On. Matteo Richetti (PD) nel mese di luglio del 2015 è stato presentato il disegno di legge recante disposizioni in materia di [abolizione dei vitalizi](#) e nuova disciplina dei trattamenti pensionistici dei membri del Parlamento e dei consiglieri regionali. Il testo (A.C. 3225-A/R e abb.), che prevede l'applicazione di un sistema previdenziale esclusivamente di tipo contributivo ai membri del Parlamento analogo a quello vigente per i dipendenti pubblici, è stato approvato in prima lettura dalla Camera dei deputati il **26 luglio** e trasmesso in quella data dalla Presidente Boldrini al Senato (AS n. 2888)

IL TESTAMENTO BIOLOGICO

Ulteriore disegno di legge pendente da inizio Legislatura è quello presentato nel giugno del 2013 dall'On. Matteo Mantero (M5S), recante Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento, più noto come [Testamento biologico](#). Il testo è stato calendarizzato e, dal mese di **giugno**, è in discussione alla 12ª Commissione permanente Igiene e sanità.

LA MISSIONE IN LIBIA

A seguito della [delibera](#) del **28 luglio** del Consiglio dei Ministri, con cui è stata autorizzata la partecipazione dell'Italia alla missione internazionale in supporto alla guardia costiera libica, il **1 agosto** sono stati [auditi il Ministro della Difesa Roberta](#)

[Pinotti e il Ministro degli Affari Esteri Angelino Alfano](#) nelle Commissioni III e IV (Affari esteri e Comunitari, Difesa) di Camera e Senato riunite in seduta congiunta. Il **2 agosto** la Camera ha svolto la [discussione sulle linee generali della Relazione predisposta dalle predette Commissioni](#), al termine della quale ha approvato la risoluzione Cicchitto, Garofani, Caruso, Pisicchio, Locatelli, Alfreider ed altri n. 6-00338.

GOVERNO

DIMISSIONI SOTTOSEGRETARIO VICARI

A seguito dell'accusa di concorso in corruzione formulata dalla Procura della Repubblica di Palermo nei suoi confronti, la Sottosegretaria ai Trasporti e alle Infrastrutture Simona Vicari ha rassegnato le proprie dimissioni dal Governo Gentiloni il **19 maggio**.

La vicenda questionata riguarderebbe la presentazione di un emendamento alla Legge di Stabilità 2017-2019, finalizzato ad introdurre il pagamento dell'Iva al 10% per i trasporti marittimi urbani, profilando un vantaggio per le aziende che si occupano di trasporto marittimo.

PROVVEDIMENTI ADOTTATI

Per quanto concerne i principali provvedimenti approvati dal Governo Gentiloni nel secondo quadrimestre di attività, si pone la giusta e doverosa attenzione su quelli di seguito riportati:

In data **19 maggio** il Consiglio dei Ministri ha approvato il decreto legge (cd. decreto vaccini) contenente [Disposizioni urgenti in materia di prevenzione vaccinale](#), che si pone l'obiettivo di prevenire, contenere e ridurre la diffusione di malattie, attraverso la disciplina di una materia nazionale, eventuali fattori di rischio per la salute pubblica relativamente alla profilassi e alla copertura vaccinale.⁴⁸ Nella stessa data sono stati approvati anche due decreti legislativi contenenti disposizioni di attuazione della riforma della pubblica amministrazione: il primo relativo all'introduzione di modifiche ed integrazioni al [Testo unico del pubblico impiego](#), mentre il secondo attinente alla [valutazione della performance dei dipendenti pubblici](#).

Il **26 maggio**, invece, il Consiglio dei Ministri ha deliberato la presentazione alle Camere dell'Accordo di partenariato strategico tra l'Unione europea e i suoi Stati membri e il Canada cd. *Strategic partnership Agreement* – SPA e dell'Accordo economico

⁴⁸ Il testo di conversione del decreto, su cui è stata posta la questione di fiducia il 27 luglio, è stato approvato in via definitiva dalla Camera dei deputati con 296 voti a favore e 92 contrari. [Qui](#) è consultabile il testo del dossier elaborato dal Servizio studi della Camera.

e commerciale globale tra il Canada e l'Unione europea e i suoi Stati membri ([Comprehensive Economic and Trade Agreement – CETA](#)), per la loro ratifica ed esecuzione.

Nella riunione successiva, tenutasi il **9 giugno**, il Governo, su proposta del Ministro del lavoro e delle politiche sociali Poletti, ha effettuato un esame preliminare del [decreto legislativo di attuazione della legge sul contrasto della povertà](#), il riordino delle prestazioni di natura assistenziale e il rafforzamento del sistema degli interventi e dei servizi sociali (legge 15 marzo 2017, n. 33), finalizzato ad introdurre il Reddito di inclusione (ReI), quale misura unica a livello nazionale di contrasto alla povertà e all'esclusione sociale, con decorrenza dal 1 gennaio 2018. L'esame definitivo si è svolto nella prima riunione utile dopo la pausa estiva, del **29 agosto**.

CAPO DELLO STATO

LE DECLINAZIONI DELLA DEMOCRAZIA VISTE DAL QUIRINALE

In occasione della [commemorazione del venticinquennale della strage di Capaci](#), il **22 maggio** il Presidente Sergio Mattarella è intervenuto alla Seduta straordinaria del Consiglio superiore della Magistratura, esprimendo parole di ricordo nei confronti del Giudice Giovanni Falcone. Il Capo dello Stato ha ricordato l'importanza dell'azione di prevenzione e contrasto alla mafia, valorizzando la figura di Falcone e la sua missione di combattere la criminalità organizzata dando pieno senso alla funzione degli appartenenti all'ordine giudiziario e all'autonomia e all'indipendenza della Magistratura.

Il **23 maggio** il Capo dello Stato è intervenuto alla [cerimonia commemorativa](#) in occasione del 25° anniversario delle stragi di Capaci e via D'Amelio. Anche in questa circostanza, il Presidente ha pronunciato parole significative nei confronti dell'operato dei Magistrati Falcone e Borsellino e verso la loro azione, costante e ininterrotta, contro la criminalità organizzata. Il Capo dello Stato ha, inoltre, ricordato l'importanza di prevenire e reprimere forme di infiltrazione mafiosa attraverso istituzioni trasparenti ed efficienti e con un pieno coinvolgimento della società civile.

Durante la tradizionale [cerimonia del ventaglio](#), svoltasi il **26 luglio** al Palazzo del Quirinale, il Presidente ha affrontato una serie di importanti tematiche.

Anzitutto, ha ricordato la centralità della libertà di stampa e l'importanza della medesima per la vitalità di un regime politico democratico.

Di seguito, ha auspicato, data la prossimità delle elezioni per il rinnovo delle Camere, un'ampia partecipazione degli elettori, volta a formare istituzioni più forti e riconosciute dai cittadini.

Ha richiamato l'importanza della politica e la necessità che la stessa non si esaurisca nella propaganda, ma si svolga attraverso un confronto sui programmi delle diverse forze politiche.

Ha, inoltre, sottolineato la rilevanza della manovra finanziaria autunnale per la ripresa dei mercati e la credibilità internazionale del nostro Paese. In questa direzione, il Presidente ha augurato che il sistema bancario sia sempre più efficiente e teso al rilancio dell'economia.

Infine, il Capo dello Stato ha espresso tutto il suo rammarico per la mancata intesa, fra le forze politiche, in materia di legge elettorale. A tal fine ha nuovamente auspicato l'intervento del Parlamento per rimediare alle disomogeneità delle leggi elettorali.

AUTONOMIE

ELEZIONI AMMINISTRATIVE

Nel mese di giugno si sono tenute le elezioni amministrative per il rinnovo di alcuni consigli comunali e regionali. Le regioni coinvolte sono state: Abruzzo, Calabria, Emilia Romagna, Friuli Venezia Giulia, Lazio, Liguria, Lombardia, Piemonte, Puglia, Sardegna, Sicilia, Toscana, Veneto. In molti casi è stato necessario ricorrere al turno di ballottaggio, ove si è registrata, nonostante i sondaggi, la prevalenza delle forze di centro-destra rispetto a quelle del centro-sinistra e del Movimento 5 stelle.

Di seguito si riportano i dati in percentuale⁴⁹:

| | Prima dei ballottaggi | | Dopo i ballottaggi | |
|-----------------------|-----------------------|--------------|--------------------|--------------|
| | N. comuni | % sul totale | N. comuni | % sul totale |
| Centrosinistra | 64 | 58,2 | 34 | 30,9 |
| Centrodestra | 32 | 29,1 | 53 | 48,2 |
| M5s | 2 | 1,8 | 8 | 7,3 |
| Lista civica | 12 | 10,9 | 15 | 13,6 |
| Totale | <i>110</i> | <i>100,0</i> | <i>110</i> | <i>100,0</i> |

NORMATIVE DI RILIEVO

A livello regionale, si pone l'attenzione su alcune normative di rilievo: innanzitutto la legge regionale della Toscana [n. 43 del 2017](#), recante norme in materia di valutazione di insindacabilità dei consiglieri regionali, ai sensi dell'articolo 122, comma 4, della Costituzione e che abroga la precedente normativa (l.r.21/2003).

⁴⁹ I dati sono tratti dall'Istituto Cattaneo, consultabili on line \ <https://www.cattaneo.org/2017/06/26/comunali-2017-quadro-generale-del-voto/>

Secondo quanto disposto dalla predetta fonte secondaria, la decisione di procedere o meno alla valutazione della sindacabilità delle dichiarazioni rese dai Consiglieri regionali nell'esercizio delle loro funzioni e opinioni espresse, richiede un preliminare intervento dell'organo competente in materia. Pertanto, previa istruttoria della Giunta, il Consiglio delibera nel merito, senza precludere la possibilità dell'organo giurisdizionale di esercitare le proprie prerogative.

In secondo luogo, doverosa è la menzione della legge regionale della Lombardia n. [20/2017](#) recante disposizioni in merito all'attuazione delle leggi regionali e valutazione degli effetti delle politiche regionali per la qualificazione della spesa pubblica e l'efficacia delle risposte ai cittadini. Tale normativa rappresenta una novità nel panorama italiano, dal momento che sono pochi i casi di introduzione di istituti di valutazione di impatto della legislazione rispetto al quadro normativo esistente.

A proposito di alcuni contributi sul tema della cittadinanza e sul caso israeliano*

di Enrico Campelli**

SOMMARIO: 1. Introduzione, il problema e il suo contesto – 2. Alcuni contributi della comunità scientifica nel dibattito italiano – 2.1 E. Grosso, *Cittadinanza e territorio, lo ius soli nel Diritto Comparato*, Editoriale Scientifica, 2015 – 2.2 E. Zonca, *Cittadinanza sociale e diritti degli stranieri*, Cedam, 2016 3. L'attualità della cittadinanza nel caso israeliano – 3.1 G. Ben Porat, *The contradictions of Israeli citizenship: land, religion and State*. Routledge, 2011 3.2 N. Rouhana, *Israel and its Palestinian citizens*, Cambridge University press, 2017 4. Note conclusive: quale orizzonte per la cittadinanza?

1. Introduzione, il problema e il suo contesto

La relazione tra diritti sociali, politici, cittadinanza e condizione giuridica dello “straniero” rappresenta un tema di rilevante interesse e indiscutibile attualità, sia nel dibattito istituzionale all'interno degli ordinamenti giuridici europei, che nella prospettiva della comparazione giuridica. La ragione di un simile interesse va ricercata soprattutto nella presenza di problematiche giuridiche inedite nel contesto dei sistemi di welfare europei, oltre che in nuove contingenze politiche, simbolico-religiose e sociali. Tradizionalmente concepiti sull'idea di una comunità redistributiva nazionale, essi devono ora confrontarsi, da un lato, con il proiettarsi del paradigma dell'appartenenza oltre i confini statuali e, dall'altro, con l'accresciuta rilevanza dei fenomeni migratori, soprattutto in periodi di crisi economica e austerità.

In un'epoca caratterizzata così profondamente da fenomeni di tipo transnazionale e globale alla base del “diritto oltre lo Stato”⁵⁰, appare necessario problematizzare la nozione di cittadinanza e arricchirla di nuovi livelli di analisi, che prendano in considerazione il complesso moltiplicarsi delle posizioni giuridiche non rientranti pienamente nella stretta dicotomia “cittadino-straniero”, e superino la tradizionale ottica privilegiata dello Stato-Nazione. Un momento così drammaticamente segnato da fenomeni migratori forzati e massicci spinge inevitabilmente molti ordinamenti giuridici, tra cui quello italiano, a riformulare i criteri di cittadinanza e di inclusione sostanziale, interrogandosi sulle nuove forme che tali concetti hanno

* Contenuto sottoposto a *peer review*

** Dottorando di Diritto Pubblico, Comparato ed Internazionale presso il Dipartimento di Scienze Politiche della Università di Roma “La Sapienza”

⁵⁰ Si veda a questo proposito S. Cassese, *Oltre lo Stato*, Laterza, 2006.

necessariamente assunto nel tempo e che spesso mettono in discussione il paradigma “classico” della cittadinanza.

L'esempio israeliano, in tutta la sua complessità e, a tratti, contraddittorietà, sembra inoltre assumere una notevole rilevanza nell'analizzare il valore archetipico della questione relativa alla cittadinanza negli ordinamenti giuridici contemporanei. Il caso di Israele mostra chiaramente come lo studio della questione si sia arricchita di posizioni giuridiche intermedie e sfumate, che mandano in crisi l'equazione della cittadinanza come uguaglianza e rilanciano temi complessi come quello della “semi-cittadinanza” e dell'inclusione differenziale.

2. Alcuni contributi della comunità scientifica nel dibattito italiano

Il tema della cittadinanza, e la legislazione relativa a tale tematica, sono state negli ultimi mesi al centro del dibattito politico italiano, sottolineando fortemente ed inevitabilmente il potenziale divisivo della questione. Alla luce della discussione parlamentare del [DDL 2092](#) per la riforma della legge n.91 del 1992 sulla cittadinanza, già approvato dalla Camera dei Deputati il 13 ottobre 2015 e fermo in Commissione “Affari Costituzionali” del Senato, si riportano di seguito alcune riflessioni in merito a specifici contributi pubblicati nel periodo più recente, al fine di confrontare posizioni diverse e ipotizzare nuovi modelli interpretativi della questione.

2.1 E. Grosso, *Cittadinanza e territorio: lo *ius soli* nel diritto comparato*, Editoriale Scientifica, 2015.

Nel breve scritto qui preso in analisi, E. Grosso, professore ordinario di diritto costituzionale presso l'Università di Torino, compie un mirabile lavoro di comparazione giuridica sul tema delle leggi circa l'acquisizione della cittadinanza in moltissimi ordinamenti.

Prendendo come focus centrale d'analisi il criterio dello *ius soli*, l'autore inizia con dei brevissimi cenni circa i problemi definatori della questione, osservando come il termine sintetico “cittadinanza”, sia finito per diventare “un crocevia di suggestioni variegata e complesse che coinvolgono l'identità politico-giuridica del soggetto, le modalità della sua partecipazione politica, l'intero corredo dei suoi diritti e dei suoi doveri” (pag 8.)

Ad una nozione tutta incentrata su elementi giuridico-formali, che affida alla legge la definizione di uno status dal quale dipende la riferibilità a un soggetto di determinate situazioni giuridiche soggettive, si contrappone chiaramente una

nozione tutta sostanziale, che qualifica l'uomo, dotato di diritti e doveri, come membro di una comunità.

Tracciando le origini dello *ius soli* nella legislazione costituzionale statunitense, Grosso descrive efficacemente come sia il XIV Emendamento del 1868 ed il *Civil Rights Act* del 1866 avessero come reale obiettivo, non una generica estensione dei confini della cittadinanza, ma quello di sancire giuridicamente un risultato politico *de facto* già raggiunto dall'Unione durante la guerra civile. Il *Civil Rights Act* ed il successivo emendamento costituzionale, non hanno dunque nulla a che vedere con l'apertura la società statunitense all'immigrazione, puntando piuttosto a vanificare i risultati della sentenza "Dredd Scott" della Corte Suprema del 1857 circa gli schiavi. Tale punto di partenza serve però a comprendere più profondamente il dibattito circa i limiti interpretativi cui lo stesso emendamento potrebbe essere soggetto, allo scopo di limitare, ad esempio, la pratica del cosiddetto "*birth tourism*".

Anche l'evoluzione del diritto francese della cittadinanza è, secondo Grosso, figlia, come quella americana, di ben precise circostanze storico-politiche. Al di là della *vulgata*, sovente accreditata da una parte della letteratura, di una Francia che, attraverso lo *ius soli*, afferma il proprio spirito repubblicano figlio dell'utopia rivoluzionaria del *citoyen universel* (un'utopia che, in realtà, era già fallita nei primi anni del XIX secolo, come testimonia la politica legislativa in materia di cittadinanza portata avanti dal *Code Civil* napoleonico), la materia è stata sempre trattata, nel corso dei vari momenti che hanno segnato le principali fratture storiche nel corso degli ultimi due secoli, con grande prudenza e attenzione agli obiettivi politici che, di volta in volta, ci si prefiggeva. Particolarmente interessanti, a questo proposito, sono state le modifiche dell'ultimo ventennio. Le politiche circa la cittadinanza (ed in particolare la questione dell'acquisto della cittadinanza per "doppio" *ius soli* e della sua maggiore o minore automaticità) si sono variamente intrecciate con il dibattito sulla fine del colonialismo, sulle politiche di integrazione e sulla lotta contro la discriminazione etnica.

Sempre attraverso l'esempio francese, l'autore riprende la questione della cittadinanza da intendersi come sostanzialità dei diritti e non, solamente, come uno status formale. L'esempio delle rivolte delle *banlieues* del 2006/2007 testimonia come non sia possibile, attraverso mere politiche di cittadinanza indiscriminatamente espansive, affrontare efficacemente il problema della garanzia sostanziale dell'uguaglianza. Tali eventi hanno fatto maturare, sia a livello politico che nel dibattito scientifico, l'idea che la questione dell'accesso alla cittadinanza (e dunque il suo allargamento o restringimento) "sia solo uno, e forse nemmeno il più rilevante, dei problemi in agenda" (p. 35).

Nella parte finale del suo lavoro, l'autore analizza i diversi tipi di acquisto iure soli della cittadinanza in Europa e le necessarie cautele che ne circondano la disciplina. (Sono qui oggetto di analisi principalmente lo *ius soli* alla nascita e lo *ius soli* differito, con una interessante panoramica tecnica che risulta ricchissima di spunti e proposte per gli studiosi e i comparativisti).

Infine Grosso sottolinea come sia giunto il momento di una armonizzazione a livello europeo delle politiche di attribuzione della cittadinanza nazionale. Nell'ottica dell'autore infatti, appare sempre più evidente come proprio la disomogeneità e l'assenza di un coordinamento delle politiche nazionali in tema di cittadinanza, a fronte della crescente esigenza di "oggettività dei processi di inclusione" manifestata dalla giurisprudenza comunitaria, finisca per segnare una sempre più intollerabile dissonanza nella pratica della protezione dei diritti nello spazio giuridico e politico europeo.

2.2 E. Zonca, *Cittadinanza sociale e diritti degli stranieri*, Cedam, 2016.

Il lavoro di E. V. Zonca, *Cittadinanza sociale e diritti degli stranieri*, dedica la prima parte della sua analisi all'annosa questione dell'ormai insufficiente dicotomia straniero/cittadino, sottolineando immediatamente come sia impossibile, e forse nemmeno augurabile, poter studiare *la* cittadinanza come un fenomeno unitario e coerente.

Nella nostra epoca, con l'emergere già ricordato di fenomeni globali, migrazioni internazionali e integrazione degli ordinamenti giuridici, l'istituto della cittadinanza si scompone a favore di nuove modalità di appartenenza, che travalicano i confini della comunità politica tipica dello Stato-Nazione.

L'autrice, partendo dalle analisi di S. Mezzadra, S. Sassen e S. Benhabib⁵¹, osserva come tale scomponimento si traduca nella disarticolazione e "proliferazione" di confini, che problematizza la distinzione netta tra cittadino e straniero, svelando come al suo interno vi siano una miriade di posizioni giuridiche soggettive.

Nella prima parte del suo elaborato, Zonca smonta le concezioni sulla cittadinanza come concetto giuridico unitario o monolitico, privilegiando invece una concezione della questione come tema "diviso, contestato e dinamico" (p. 8), che si scompone in una pluralità di status intermedi quali "cittadinanza parziale" o "semi-

⁵¹ Si veda E. Balibar, *Cittadinanza*, Torino, Bollati Boringhieri, 2012; S. Benhabib, *The Rights of Others. Aliens, Residents and Citizens*, Cambridge, Press Syndicate of the University of Cambridge, 2004, trad. it. a cura di Sefania De Petris, *I diritti degli altri. Stranieri, residenti, cittadini*, Milano, Raffaello Cortina, 2006 e S. Mezzadra, *Confini, migrazioni, cittadinanza*, in "Scienza & Politica" n°30,52 2004, pp.103-113, S. Sassen, *Territorio, autorità, diritti. Assemblaggi dal Medioevo all'età globale*, Mondadori, Milano, 2008.

cittadinanza”. È proprio a causa di questi status intermedi che l’interpretazione basata sulla contrapposizione tra inclusione ed esclusione deve essere aperta a concetti quali quello di “inclusione differenziale” o, richiamando E. Balibar, di “esclusione dall’interno”.

Prima di analizzare le forme di cittadinanza sociale in ottica comparata, con un focus su Regno Unito, Francia ed Italia, l’autrice muove, sul finire del primo capitolo, una profonda critica all’impostazione marshalliana. Primo a parlare di “cittadinanza sociale” nel suo saggio del 1950 *Citizenship and social class*⁵², Marshall intende con tale concetto - includendovi in successione diritti civili, politici e sociali - il riconoscimento ai cittadini di diritti finalizzati alla piena inclusione e partecipazione nella società. Il senso di questa successione evolutiva dei diritti sottintende - per la verità forse semplicisticamente - una forma di uguaglianza sociale implicita nel concetto di cittadinanza intesa come “piena appartenenza alla comunità”, ed in aperta contrapposizione con le disuguaglianze di classe sociale.

La moltiplicazione dei confini e le profonde trasformazioni che mettono in crisi il concetto di cittadinanza come *status* uniforme ed il nesso cittadinanza-uguaglianza espresso dal sociologo inglese (fondato su una dimensione squisitamente nazionale), dimostrano invece, secondo autori come Mezzadra e Benhabib⁵³ (e la stessa Zonca), come la cittadinanza sociale non si esaurisca nella dimensione statale ma piuttosto si risolva, attraverso la relazione multilivello tra dimensione europea, statale e locale, in un mosaico di appartenenze sempre più stratificate e asimmetriche, il cui ripensamento, insieme a quello circa le dinamiche di inclusione/esclusione, è necessario alla costruzione di una reale identità comune europea.

Nella seconda parte del volume, l’autrice esamina le forme assunte dalla cittadinanza sociale in tre ordinamenti (Regno Unito, Francia ed Italia), scegliendo di dedicare particolare attenzione al “diritto alla protezione sociale” e alle fonti costituzionali e legislative e ai suoi fondamenti normativi.

L’esperienza del Regno Unito assume rilievo sotto diversi profili: la lettura diacronica del caleidoscopio della *Immigration Law* del 1971 e della *British Nationality Law* del 1981 evidenzia il carattere paradigmatico del caso britannico riguardo alla costruzione complessa delle categorie giuridiche di cittadino e straniero. A pp. 29-30 sono infatti elencate le sei categorie che la legislazione britannica contempla in materia di nazionalità e, sebbene nella sua analisi la Zonca inserisca il sistema britannico nel binario di uno *ius sanguinis* fortemente “temperato”, in questa sede si trova più appropriato parlare di “*ius soli* parziale”.

⁵² trad. it. *Cittadinanza e classe sociale*, Laterza, Roma-Bari 2002

⁵³ S. Mezzadra, *Moltiplicazione dei confini e pratiche di mobilità*, in “Ragion Pratica” n°41, il Mulino, dicembre 2013, pp. 413-431. Si veda a questo proposito anche la concezione di S. Benhabib circa i confini “porosi”.

L'inclusione dell'ordinamento francese nel percorso di comparazione è motivato dall'importanza del relativo modello di cittadinanza, nato sui presupposti della Rivoluzione, in cui l'individuo, astrattamente considerato, è al centro dei diritti, appartenente ad una comunità di cittadini senza distinzioni sulla base delle tradizioni culturali, legali e religiose del paese.

Al termine dell'esperienza dei "Trent'anni gloriosi", l'ideologia dell'*intégration républicaine*, basata sul modello assimilazionista⁵⁴, cominciava a mostrare le sue debolezze e ad essere sottoposta ad un duro attacco a partire dalla metà degli anni Ottanta.

Il dibattito politico si concentrava sulla non assimilabilità di immigrati di seconda e terza generazione, provenienti dalle ex colonie e trasformati in cittadini francesi, ma a tratti indifferenti (se non a volte addirittura ostili) al possesso della stessa cittadinanza francese. La comprensione di queste dinamiche è fondamentale per chiarire il concetto già espresso in precedenza di "esclusione dall'interno": da questo punto di vista, si possono meglio spiegare i limiti al processo di universalizzazione della *citoyenneté républicaine*, spesso inefficace rispetto alle discriminazioni. Così tali limiti paiono sostanzialmente in alcune categorie residuali, tra cui spicca l'esempio dei *banlieusards*, formalmente cittadini giacché immigrati di seconda o terza generazione, ma sostanzialmente "esclusi dall'interno".⁵⁵

Infine, l'analisi dell'ordinamento italiano, che risente fortemente delle vicende di paesi di ben più antica immigrazione e soprattutto delle vicende d'Oltralpe, in base all'assetto normativo di ripartizione delle competenze legislative tra Stato e Regioni, declina, nell'analisi di Zonca, la cittadinanza sociale soprattutto secondo paradigmi regionali e locali, che l'autrice esamina con specifico riguardo al diritto alla protezione sociale, esplorandone i "confini interni".

Il volume si conclude con una breve panoramica del diritto internazionale e diritto dell'Unione Europea, in cui l'autrice mette nuovamente in risalto la limitatezza del paradigma marshalliano sulla cittadinanza ribadendo l'attualità delle nuove sfide sul tema (moltiplicazione dei confini, inclusione differenziale e "porosità dei confini"), alla luce dei massicci fenomeni migratori nel Mediterraneo degli ultimi anni.

Nonostante il lavoro della Zonca suggerito non abbia, e non voglia avere, un valore propositivo nell'intricato panorama teorico sul tema, è certamente da apprezzare un volume che riesce con successo a coniugare analisi storica, giuridica e sociologica sul tema della cittadinanza sociale, evidenziandone tutti i limiti e

⁵⁴ In reazione alle misure xenofobe adottate durante il regime di Vichy, il *Code de la nationalité* del 1945 affermava la centralità giuridica del criterio dello *ius soli*. Si veda a questo proposito anche l'*Haut comité de la population* creato nel 1937 ed il lavoro di G. Mauco.

⁵⁵ Si veda a questo proposito il lavoro di E. Balibar, *Uprising in the Banlieues*, in *Constellation*, 1/2007, p. 57.

registrando la cruciale necessità di inclusione sociale e uguaglianza sostanziale in una nuova dimensione sovranazionale.

3. L'attualità della cittadinanza nel caso israeliano

Forse in nessun ordinamento giuridico contemporaneo il tema della cittadinanza assume un valore costituente come in Israele. Domande come “chi può essere israeliano?”, “quale rapporto esiste tra ebraismo e cittadinanza israeliana?”, non sono solo “approcci” giuridici modificabili nel tempo come per la maggior parte degli ordinamenti moderni, ma rappresentano il vero cardine ontologico dello Stato Israeliano.

Affrontare il tema della cittadinanza in Israele significa dunque comprendere in che modo i criteri di inclusione sociale e di acquisizione della cittadinanza possano influenzare giuridicamente e politicamente la natura di Israele ed il futuro del conflitto israelo-palestinese.

Con la [legislazione vigente](#), datata 1952, l'ordinamento israeliano ha cercato di trovare una direzione che potesse soddisfare i bisogni fondativi di uno Stato appena nato. Tuttavia la soluzione trovata è riuscita a rispondere solo parzialmente alle cruciali questioni poste, scegliendo di affidarsi alla altalenante interpretazione da parte dei vari esecutivi- e soprattutto della Corte Suprema- per regolare di volta in volta i criteri di inclusione/esclusione dell'ordinamento.

L'analisi dei volumi proposti cerca dunque di evidenziare le più gravi e profonde criticità presenti attualmente in Israele in tema di cittadinanza.

3.1 G. Ben Porat, *The contradictions of Israeli citizenship: land, religion and State*. Routledge, 2011.

Il volume di G. Ben-Porat e B. Turner, *The contradictions of Israeli citizenship: land, religion and State*, riesce nel difficile compito di offrire un contributo dottrinale che vada oltre i casi studiati e riesca, contemporaneamente all'analisi di un tema complesso come quello della cittadinanza, a divenire strumento utile per la comprensione del contesto della moderna società israeliana, sempre più liquida e divisa.

L'introduzione di Ben-Porat e Turner al volume ed il capitolo di S. Eisenstadt che segue (il volume preso in esame è infatti una raccolta di saggi di vari autori), compiono un lavoro puntuale nell' articolare chiaramente il quadro teorico che lega gli undici successivi capitoli formando un'unità coerente. Ben-Porat e Turner

evidenziano immediatamente come la cittadinanza sia, più di altri, lo strumento giuridico e politico centrale nella forma di governo israeliana e come tale elemento giuridico e le sue declinazioni, capaci nelle società contemporanee di determinare principi di inclusione o esclusione sociale, siano in Israele ulteriormente complicate dalla tensione tra due principi concorrenti: quello di "preferenza" e quello di "uguaglianza". (pp 11 e ss)

Nel caso particolare di Israele, la precisa volontà costituente di creare uno Stato ebraico non può (e non deve) essere scissa dalla necessità di coniugare il carattere religioso dello Stato con una forma chiaramente democratica.

Nonostante tale punto di partenza teorico, gli autori mettono bene in evidenza come sia il principio di preferenza che quello di uguaglianza siano, nell'ordinamento israeliano recente, principi dalla complicatissima applicazione e come il caso specifico israeliano possa offrire nuovi spunti per immaginare diversi paradigmi giuridici sul tema della cittadinanza.

Domande come "chi è un ebreo?" e "chi dovrebbe essere incluso nel contratto sociale con lo Stato ebraico?" o ancora, "qual è il rapporto vigente in Israele tra Stato e religione?" servono infatti da elementi di contestazione e conflitto che il diritto in Israele non ha ancora saputo dirimere in maniera soddisfacente. Tali questioni rimangono ad oggi come interrogativi fondamentali per il tessuto giuridico nazionale, ma ancora irrisolti e scottanti.

Negli undici capitoli che seguono, gli autori descrivono come le battaglie sul tema della cittadinanza – e dunque sui meccanismi di inclusione ed esclusione dal punto di vista giuridico, sociale e politico - si articolino nella società israeliana, creando scenari di conflitto giuridico internamente ed esternamente alla popolazione israeliana ebraica.

Il volume fornisce non solamente un valido strumento di analisi del contesto complessivo in cui si inquadra il tema, ma approfondisce anche le particolari complessità della società israeliana: si veda, a questo proposito, il riferimento agli *Haredim* o il rapporto tra *Mizrahim* e *Ashkenazim*.

Trai vari argomenti affrontati spiccano anche la rottura dell'"equazione repubblicana" dopo la guerra del 1973 (e l'analisi delle forme di protesta e contestazione ad essa connesse in Israele) e la genesi e l'effetto sulla società di partiti e gruppi tra loro contrapposti come *Shas*, *Peace Now*, *Yesh Gvul* e *Gush Emunim*. Nel volume si trattano altresì le nuove sfide giuridiche e le battaglie portate avanti negli ultimi anni dai gruppi di attivisti gay, ma emergono soprattutto gli interrogativi posti ai concetti tradizionali di cittadinanza e partecipazione degli ultra-ortodossi e, non ultimo, il ruolo avuto dalle minoranze etniche, compresi ovviamente i cittadini

palestinesi di Israele o i gruppi di immigrati dall'ex Unione Sovietica (il cui assorbimento mette in discussione i criteri ortodossi di ebraicità).

Non tutti i contributi sembrano dello stesso livello ed alcuni, forse, falliscono nel cogliere la reale profondità di alcune dinamiche di esclusione e democratizzazione: si veda, a questo proposito, l'interessante ma non sufficientemente approfondito capitolo sulla società civile palestinese in Israele di A. Jamal, e la sua distinzione tra società civile e forze di democratizzazione a livello nazionale, o il capitolo finale di Y. Peled sul "liberal-nazionalismo" israeliano, dove risulta evidente la mancanza di una proposta convincente nell'ambito della Teoria dello Stato. È anche da rilevare la mancanza di un necessario capitolo conclusivo: il volume appare tuttavia come un importante tassello nel complesso discorso sulla cittadinanza in Israele, di cui si offre un focus nel complesso chiaro.

Tenendo fede inoltre a quanto indicato nell'introduzione del volume dagli autori infatti, quasi tutti i contributi tentano, con vera vocazione comparatistica, di creare connessioni tra i loro *cases studies* e altri contesti nazionali.

Inoltre, alcuni dei contributi analizzano le modalità attraverso cui i fenomeni evidenziati in Israele si manifestano altrove, rendendo il libro una lettura preziosa per i comparativisti che si confrontano con i temi della cittadinanza e le diverse forme di nazionalismo.

3.2 N. Rouhana, *Israel and its Palestinian citizens*, Cambridge University press, 2017.

Sulla scia delle numerose sfide interne ed esterne presentate nel volume appena descritto, il lavoro di N. Rouhana, *Israel and its Palestinian citizens*, affronta, nello specifico, lo status giuridico e le dinamiche di inclusione/esclusione riguardanti la popolazione palestinese in Israele.

Di recentissima pubblicazione, il volume affronta la questione della relazione tra lo Stato di Israele ed i suoi cittadini palestinesi, concentrandosi sulle fattispecie di "cittadinanza privilegiata" ebraica, in pieno contrasto con quella che l'autore definisce *underprivileged Palestinian citizenship*.

Concentrando la sua analisi principalmente sul periodo precedente al 1967 (l'anno, cioè, della Guerra dei Sei giorni e del conseguente inizio dell'occupazione israeliana sui territori palestinesi) l'autore problematizza la nozione di "Stato ebraico", anche e soprattutto aldilà del problema giuridico e politico (oltre che ovviamente sociale) dell'occupazione.

Tale focus d'analisi, benché limitato nel tempo e nello spazio, e certamente inseparabile dagli eventi successivi al 1967, serve all'autore a mettere in luce come le politiche israeliane riguardanti cittadinanza e partecipazione privilegino i cittadini di

religione ebraica e favoriscano, costituzionalmente e politicamente, la cittadinanza ebraica rispetto a quella palestinese o, in realtà, rispetto a qualsiasi cittadino non ebreo.

Da un punto di vista di teoria dello Stato invece, una simile problematizzazione serve a provare l'idea di Rouhama - in questo controcorrente rispetto alla maggior parte degli studiosi della questione - che Israele possa essere allo stesso tempo un ordinamento ebraico e insieme democratico, anche "solo" all'interno dei suoi confini del 1967.

Il carattere ebraico di Israele si concretizza infatti, secondo Rouhama, in un sistema di privilegi etnici che sono incompatibili con un ordinamento democratico.

A supporto di tale visione, anche il capitolo di A. Bishara, che affronta il tema del sionismo ed il principio di cittadinanza (p. 137), vede come unica direzione possibile per Israele, per essere considerata una democrazia, il completo abbandono della sua natura esclusivamente ebraica. È noto infatti come tutti gli atti fondativi dello Stato ebraico, a cominciare dalla [Dichiarazione di Indipendenza del 1948](#)⁵⁶ e dall'emendamento della [Basic Law "The Knesset"](#)⁵⁷ del 1985, contengano elementi controversi che si riferiscono ad una natura religiosa dello Stato. È noto altresì come le [recenti proposte di legge](#) circa la riformulazione giuridica del carattere dello Stato di Israele, portate avanti dai partiti della coalizione di centro-destra di Netanyahu, invocano a gran voce la necessità di un nuovo momento costituente che ridefinisca il carattere complessivo del paese, in una direzione che escluda il principio democratico dall'ordinamento.

Il volume prosegue con analisi in cui si incrociano sociologia e diritto, e affrontano, tra gli altri argomenti, la connessione tra la tematica ancora "indeterminata" della cittadinanza e la situazione demografica della zona (soprattutto considerando l'ipotesi di Stato binazionale) (p. 238), e il movimento dei coloni in West Bank. (p. 336)

Nella terza ed ultima parte, che si concentra sui movimenti sociali palestinesi evidenziandone responsabilità e limiti strategici, il volume descrive accuratamente il caso specifico dei cittadini di Gerusalemme Est: emblematico della difficoltà politiche e di un intreccio giuridico, spesso sottovalutato anche dagli attori politicamente rilevanti su un piano internazionale. Il caso specifico sembra appunto essere paradigmatico dei concetti di "semi-cittadinanza" ed "inclusione differenziale" a cui si è già fatto cenno.

⁵⁶ In cui è fatta esplicita menzione del carattere ebraico dello Stato e ritenuta dalla Corte Suprema come principio guida nelle sue sentenze.

⁵⁷ Che formalizza il carattere democratico dello Stato, prima ritenuto implicito.

A seguito dell'annessione di Gerusalemme Est nel 1967, Israele ha infatti concesso agli abitanti dei quartieri annessi, lo status di “residenza permanente” e ha offerto loro la possibilità di ottenere la piena cittadinanza. Solo un numero minimo di palestinesi ha tuttavia intrapreso il complesso iter giuridico per ottenerla, rifiutandola, in buona parte, per motivi politici e a causa della forte volontà di non riconoscere la giurisdizione israeliana sulla parte est della città, considerata la futura capitale dello Stato palestinese.⁵⁸

A differenza dei cittadini, i residenti permanenti non possono votare nelle elezioni nazionali, non hanno passaporti e vivono in una terra giuridica dai contorni sfumati e poco chiari. Una situazione molto simile è quella dei drusi del Golan, anch'essi residenti permanenti fermi su una posizione di rifiuto della cittadinanza israeliana, ma, a differenza dei palestinesi di Gerusalemme Est, considerati in tutto e per tutto cittadini siriani.

Il fatto che negli ultimi anni stiano aumentando le richieste palestinesi di cittadinanza israeliana, attraverso il canale preferenziale della residenza permanente, ed il vasto dibattito pubblico scaturito dalla questione (si pensi che la Corte Suprema, per la prima volta nella sua storia, [decide](#) nell'Agosto 2017 di revocare la cittadinanza *singolarmente* ad un cittadino arabo-israeliano⁵⁹), dimostra chiaramente come l'elemento della cittadinanza sia la chiave di volta essenziale per un ordinamento, quale quello israeliano, che si trova schiacciato tra il principio di “preferenza” e quello “democratico”.

Sebbene il volume analizzato presenti degli elementi di innegabile ricchezza e manifesti un interessante approccio integrato con analisi economiche e sociologiche, esso risulta a tratti, nella sua disamina storica e religiosa, carente di una elaborazione complessiva ed equilibrata, che avrebbe giovato alla completezza del quadro giuridico delineato.

4. Note conclusive: quale orizzonte per la cittadinanza?

Il tema della cittadinanza, tradizionalmente appannaggio di una cultura giuridica incline al formalismo, è oggi al centro di un dibattito che a queste tradizionali sensibilità disciplinari unisce oggi consistenti elementi propri della sociologia e della filosofia politica.

⁵⁸ Si veda a questo proposito N. Rouhana, *Palestinian Citizens in an Ethnic Jewish State: Identities in Conflict*, Yale University Press, 1997.

⁵⁹ Si legga a questo proposito <http://www.haaretz.com/israel-news/1.805483>, <http://www.independent.co.uk/news/world/middle-east/israel-revokes-citizenship-stripped-arab-israeli-alaa-raed-ahmad-zayoud-haifa-kibbutz-gan-shmuel-a7879771.html>, <https://www.adalah.org/en/content/view/9182>.

Segno ed insieme effetto delle imponenti trasformazioni che investono le nostre società – flussi migratori di portata rilevante, crisi del welfare, emersione negli stati nazionali delle tematiche della differenza, creazione di entità sovranazionali e di un corrispondente diritto- la cittadinanza è un territorio più che polisemico: denota, in qualsiasi contesto il termine venga usato, oggetti complessi e impalpabili, irriducibili *ad unum*, incapaci di restare in confini definitivi precisi.

Non a caso, anche dal punto di vista linguistico (*nationalité* e *citoyenneté* in francese e *citizenship* e *nationality* in inglese), termini distinti per tradurre lo stesso concetto coprono di fatto aree di significato sensibilmente diverse e mostrano come la cittadinanza sia insieme appartenenza e costellazione di diritti e doveri, in un intreccio spesso inesplicabile e opaco, comunque largamente multiplo.

Si approda, attraverso un percorso davvero impervio, all'idea che la cittadinanza sia uno status soggettivo, che denota l'appartenenza ad una comunità politica, ed ha come conseguenza la titolarità di una serie di diritti, riconosciuti e garantiti dalla comunità stessa.

E tuttavia quella che si sta compiendo è proprio una ridefinizione dei processi di appartenenza ed un complicarsi ed un gerarchizzarsi del sistema dei diritti, in realtà molto meno lineare di quanto avesse immaginato, negli anni '50, Marshall (senza contare l'internazionalizzazione del concetto ed il suo moltiplicarsi in una miriade di incroci possibili).

Cosa siano -o siano diventate- in realtà nazionalità, appartenenza, comunità, welfare e qualità della democrazia, è questione di enorme complessità, soprattutto quando le politiche nazionali oscillano, nei confronti degli stranieri, tra inclinazione al controllo e spinte all'integrazione.

Sine dubio, si può dire che sono cittadini tutti coloro che, avendo la nazionalità di un certo Stato, godono in atto di tutti i diritti civili, politici e sociali. Ma tale definizione mette insieme i due livelli di cittadinanza *nationality* e cittadinanza *citizenship*: e proprio questi due aspetti oggi, in quella che Bobbio chiamava "l'età dei diritti"⁶⁰, si stanno divaricando in modo evidente, e aprono criticità importanti nello stesso concetto di cittadinanza.

La dimensione verticale dell'appartenenza (cittadinanza *nationality*) e quella orizzontale del legame comunitario tra tutti i cittadini (cittadinanza *citizenship*) che l'appartenenza dovrebbe portare con sé sembrano camminare su binari largamente divergenti.

Cittadinanza in senso formale e cittadinanza in senso sostanziale rimandano comunque e fatalmente a regole di inclusione/esclusione codificate in modo diverso

⁶⁰ N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Einaudi editore, Torino, 1990.

dagli Stati nazionali e alle condizioni di acquisto o perdita della cittadinanza definite dalla legge ed in fondo espressione – una delle espressioni- della sovranità degli Stati.

Qui il tema della cittadinanza incrocia inevitabilmente quello dei diritti della persona e l'esistenza di norme di tutela internazionale che individuano una serie di diritti inviolabili da garantire sempre e comunque, *prius* di ogni considerazione.

Non si può dunque non consentire con la tesi di Grosso quando sostiene la necessità di riconfigurare la cittadinanza come istituto coerente con la tutela universale di quei diritti e la loro compiuta affermazione, recuperando un tipo di appartenenza e partecipazione sganciato dall'esclusivo legame verticale con lo Stato ed inclusivo di nuovi cittadini immigrati, un legame orizzontale che lega gli individui tra loro e non al sovrano o allo Stato.

L'ipotesi è che il concetto di cittadinanza, “rianimato” nella prospettiva orizzontale del legame comunitario, possa costituire un ponte per ricomporre le fratture prodotte dalla globalizzazione e vincere il paradigma dell'estraneità e dell'essere “altro”.

Purtroppo, se si può valutare come problematica la prospettiva di una *governance* internazionale della cittadinanza – e la relativa cessione di sovranità da parte degli Stati - ancora più evidente appare la labilità dei legami orizzontali e comunitari a cui questa ipotesi fa riferimento.

Tutta la “fatica” del concetto di cittadinanza, in una forma estrema e straordinariamente complessa, spesso legata a congiunture politiche variabili nel paese, emerge con evidenza nel caso di Israele. Si è visto come il binomio esclusione/inclusione sia qui infatti ulteriormente complicato dalla tensione tra i due principi concorrenti di “preferenza” ed “uguaglianza”. Nel contesto di una scelta di fondo che non può né vuole prescindere dal carattere religioso dello Stato (Stato ebraico), la sfida che in questo caso si presenta è quella stessa dell'eguaglianza e della democrazia, prima ancora che quella della laicità. Ad oggi il paese, attraversato sin dalla fondazione da fortissime correnti migratorie e segnato da inestricabili questioni demografiche, non ha ancora elaborato risposte chiare alle questioni poste dall'esistenza e residenza, nel suo territorio di cittadini non ebrei, ai quali è riservato un trattamento, in tema di diritti sostanziali, problematicamente definibile di “minore eguaglianza” rispetto alla parte di popolazione israeliana di religione ebraica.

La semi-cittadinanza, l'inclusione differenziale, come quella dei “residenti permanenti” di Gerusalemme Est, sono termini che coprono la ricchezza e varietà delle nuove posizioni intermedie in tema di cittadinanza: immaginate come vere e proprie nuove formulazioni giuridiche, non sembrano però avere la forza di proporsi come vere e proprie soluzioni a lungo termine.

In questi termini, il caso di Israele è certamente particolare per l'asprezza e le tensioni che accompagnano tali zone di opacità e indeterminazione della cittadinanza.

Da un altro punto di vista, tuttavia, lo stesso caso di Israele, risulta, per i comparativisti, di particolare interesse proprio per la ragione che vi si subiscono, con particolare nettezza ed evidenza quasi da laboratorio, effetti di problemi non esclusivi del paese. Sia pure in condizioni di urgenza e di drammaticità assai minori infatti, queste “turbolenze della cittadinanza” interessano, come si è visto, anche altri paesi, stretti talvolta tra immigrazioni, neo-irredentismi e micro-nazionalismi. In tutti i paesi infatti, il principio di preferenza agisce, nel basso, come antitesi del principio di democrazia ed uguaglianza: ed è questa la fattispecie caratterizzante anche Israele.

Scopo di queste note non può essere certamente quello di suggerire “soluzioni” a problemi tanto radicati e complessi. Il tentativo di elaborare una analisi sufficientemente attenta di queste dinamiche emergenti resta in ogni caso un primo passo necessario alla comprensione dei nuovi meccanismi, orizzonti e significati della cittadinanza contemporanea.

[G. BASCHERINI, *Il dovere di difesa nell'esperienza costituzionale italiana*, Napoli, Jovene, 2017, pp. 234*](#)

Il Volume di Gianluca Bascherini ha ad oggetto il dovere costituzionale di difesa della Patria; questo è approfondito a partire da un inquadramento teorico dell'istituto e attraverso le vicende normative e giurisprudenziali che lo hanno interessato nel corso della storia costituzionale italiana.

A introduzione del lavoro v'è un'importante premessa metodologica: che il tema dei doveri costituzionali – e, fra questi, del dovere di difesa, che ne costituisce la più risalente estrinsecazione – offre “un importante terreno di riflessione intorno alla dialettica storica tra autorità e libertà su cui poggia la vicenda stessa del costituzionalismo” e “un punto di osservazione [...] dei conflitti e delle dinamiche storiche riguardanti contenuti e soggetti del discorso costituzionale della cittadinanza” (p. 9). Rileva l'Autore che tale prospettiva, tuttavia, non sempre è stata adeguatamente considerata; infatti, a fronte del successo arriso all'indagine, da parte di dottrina e giurisprudenza, circa i *diritti* costituzionali, il dibattito di età repubblicana sui *doveri* si è rivelato, nel complesso, piuttosto modesto e discontinuo ed è solo sul finire degli anni Sessanta che matura una riflessione più consapevole sia della precettività dei doveri costituzionali, sia del significativo mutamento di prospettive in materia operato dalla Costituzione del 1948 rispetto al passato. Anche il dovere di difesa sarà oggetto di questa riflessione e a venire all'attenzione saranno le questioni riguardanti il progressivo riconoscimento dell'obiezione di coscienza, la condizione giuridica del militare, la sospensione della leva obbligatoria, l'istituzione del servizio civile nazionale e il mutamento di paradigma rispetto allo *jus ad bellum* per come codificato dopo i due conflitti mondiali del Novecento.

Nel primo capitolo l'Autore investiga l'origine dei doveri costituzionali, il significato del loro richiamo operato dalla Costituzione repubblicana alla solidarietà e il rapporto fra questa e le singole situazioni giuridiche soggettive che la Carta costituzionale qualifica in termini di doveri.

L'origine dei doveri è individuata nell'idea di cittadinanza democratica che origina dalla tradizione greca di doverosa partecipazione alla vita della *polis*, “che si tratti di condividere le decisioni sul reggimento [*taxis*] della città [...] o di difenderla” (p. 1). Nell'esperienza romana sarà Cicerone, con il *De Officiis*, a offrire il primo sistematico trattato sui doveri della cultura giuridica occidentale e ad evidenziare il loro ruolo nei dispositivi di inclusione ed esclusione dalla *civitas*.

* Contributo sottoposto a *peer review*.

A partire dall'età comunale, i doveri pubblici, sino ad allora concretizzati in una serie di legami a carattere personale, subiranno un processo di istituzionalizzazione; il teorizzatore di questo processo sul terreno della difesa sarà Machiavelli, il quale, se da un lato sottolinea sul ruolo svolto dalla partecipazione attiva dei membri della comunità nella difesa di un ordinamento, dall'altro richiama l'attenzione del principe sull'importanza di un esercito "d'arme proprie" quale *instrumentum regni*, per "correggere e raffrenare i sudditi", evitando che essi si rivoltino contro chi li governa e li comanda (p. 4).

In epoca successiva, i richiami ai doveri operati rispettivamente dalla costituzione giacobina e da quella del 1795 riflettono in via paradigmatica la dialettica in materia tra costituzionalismo democratico e costituzionalismo liberale. Nella costituzione dell'anno I, infatti, la *fraternité* trova nei doveri un rilevante punto di condensazione dei legami qualificanti un'idea di cittadinanza che democraticamente si perimetra a partire dall'agire dei suoi membri, includendoli ed escludendoli sulla base della loro adesione ai principi e alle virtù rivoluzionarie (idea poi ripresa da Mazzini e dalla costituzione della Repubblica romana del 1849); nella costituzione dell'anno III, invece, l'introduzione di una dichiarazione dei doveri rappresenta il contrappeso alla dichiarazione dei diritti, ponendosi al servizio di una società che individua in essi uno strumento di difesa degli interessi dei proprietari e nella proprietà il fattore di determinazione del soggetto e di tramite dell'ordine.

Nella Costituzione del 1948, l'ancoraggio dei doveri costituzionali alla solidarietà operato dall'art. 2 non solo ribadisce l'attribuzione ai doveri di compiti di mitigazione in senso sociale dei diritti, ma implica "un rilevante mutamento di paradigma nelle concettualizzazioni dei doveri, individuando in essi dei vettori d'integrazione e identità civica chiamati a conservare e promuovere la coesione sociale e la convivenza civile in una società pluralista e disomogenea" (p. 8).

Al termine del capitolo, infine, per sommi capi sono affrontati i singoli doveri di solidarietà politica previsti dalla Costituzione e l'intreccio di tali situazioni giuridiche con quello di difesa della Patria, oggetto di approfondimento nei capitoli successivi: il concorso alle spese pubbliche (art. 53), il voto (art. 48), la fedeltà alla Repubblica e l'adempimento delle funzioni pubbliche con disciplina ed onore da parte dei cittadini cui esse sono affidate (art. 54).

Nel secondo capitolo l'Autore illustra il dibattito sul dovere di difesa sviluppatosi in Italia a partire dall'età risorgimentale sino alla promulgazione della Costituzione. Durante il Risorgimento, il tema della difesa e della costituzione di un esercito nazionale ha svolto un ruolo di primo piano nelle dinamiche di costruzione della cittadinanza e dell'identità civica del nuovo Stato. D'altra parte, la costruzione della nazione italiana e la lotta per affermare il suo valore ha dovuto contestare l'idea

diffusa in Europa nel corso del Settecento secondo cui la decadenza della penisola era spiegabile a partire da una sua “mollezza di costumi”, che la rendevano poco incline all’urto bellico, ragion per cui la questione del valore militare nel discorso nazionale del Risorgimento, tanto di parte moderata quanto di parte democratica, era legata a una concezione “parentale” della comunità nazionale (p. 44).

Il biennio 1848/1849 segna un momento di passaggio nel dibattito in materia, portando alla luce le differenze che, sul piano delle opzioni politico-militari e organizzative, caratterizzano democratici e moderati al di là delle condivise simbologie e retoriche. In tal senso l’Autore rimarca la concezione dell’esercito e della difesa condivisa da Mazzini, Pisacane e Cattaneo; essa, in vista dell’affermazione del nuovo ordinamento e della sua conservazione, investe sul “coinvolgimento attivo e consapevole dei maschi adulti alla vita politica della nazione, tanto sul piano della partecipazione quanto su quello della difesa” (p. 47). Queste linee di sviluppo, tuttavia, entrano in un rapporto contraddittorio e irrisolto con la tradizione militare sabauda, che costituisce l’archetipo del successivo esercito unitario: la concezione sardo-piemontese di ascendenza napoleonica è quella di un esercito “di caserma”, basato sulla coscrizione obbligatoria e quale corpo separato dalla società e con sue proprie regole, ma al contempo strettamente connesso dal punto di vista istituzionale alla Monarchia.

Come molti altri aspetti del processo di unificazione, anche la nascita delle forze armate italiane (ad opera della Nota n. 76 del 4 maggio 1861 del Ministro della Guerra Manfredo Fanti) si risolve in una “piemontesizzazione” delle stesse e, laddove la riflessione democratica connetteva la sua idea di esercito ad una partecipazione (maschile) alla vita politica tanto sul piano della partecipazione quanto su quello della difesa, l’organizzazione dell’esercito sabauda alimenta la cesura fra chi a quella vita politica è chiamato a partecipare (aristocrazia e borghesia) e chi invece è chiamato a difendere (le classi popolari). Successivamente, la guerra al brigantaggio costituisce un passaggio di rilievo nella storia italiana dei rapporti tra forze armate e nazione che, coinvolgendo l’esercito fino dalle origini dello Stato unitario nella repressione del dissenso politico-sociale, paradossalmente evidenzia il carattere autoritario del moderatismo risorgimentale e le contraddizioni e le debolezze del rapporto tra identità nazionale e identità militare (p. 50).

La convergenza nel sovrano delle funzioni tanto d’indirizzo quanto di comando contribuisce a configurare l’amministrazione militare quale articolazione dell’amministrazione della Corona, escludendo o comunque marginalizzando il Parlamento dalle decisioni sulla pace e sulla guerra e ponendo tanto le gerarchie militari quanto gli apparati dell’amministrazione militare sotto la diretta competenza del Monarca; d’altra parte, la specificità dei fini e delle attribuzioni dell’ordinamento

militare lo collocano in una posizione di supremazia rispetto ai principi, alle regole e ai diritti dell'ordinamento civile e alimentano una concezione istituzionale dell'ordinamento militare, che lo Stato non tanto istituirebbe, ma si limiterebbe a riconoscere (p. 59). Lo scoppio della Grande Guerra evidenzia la scarsa capacità d'integrazione civica e nazionale caratterizzante la leva in età statutaria e le ragioni di quella debolezza. La materia militare è rimasta impermeabile alle interpretazioni in senso parlamentare della carta sabauda, mentre il rapporto diretto ed esclusivo che l'esercito ha con la Corona favorisce la persistenza di una concezione separatista delle forze armate.

In epoca successiva, la frattura tra esercito e società e il rapporto privilegiato tra forze armate ed esecutivo che caratterizzano la vicenda statutaria rappresentano un fertile terreno d'intesa tra fascismo e gerarchie militari sin dagli albori del regime (p. 64). Anche se non può propriamente parlarsi di una fascistizzazione delle forze armate (data appunto la loro perdurante impermeabilità a ogni controllo e ingerenza politica), ciò da un lato non intacca la solidarietà di queste al regime e, dall'altro, fa dell'esercito uno dei principali strumenti nelle mani della monarchia e delle dirigenze liberali in caso di crisi del regime, come testimonierà il ruolo che ebbero il 25 luglio 1943.

Nel 1938, a seguito della conquista dell'Etiopia, viene istituito il "Primo Maresciallo dell'Impero", che equipara monarca e duce nel grado militare e dà progressivamente forma a un esecutivo bicefalo, in cui a un appannamento del ruolo politico del monarca corrisponde un maggiore rilievo del capo del governo. L'istituzione del Maresciallo e la duplice attribuzione rispondono all'intento di Mussolini di spezzare il legame tra Corona e Forze armate e, in vista dell'imminente conflitto mondiale, accentra sul duce il comando supremo delle forze armate e il loro controllo politico, portando gli equilibri interni alla diarchia a un grado di tensione prima mai raggiunto (p. 71).

L'8 settembre del 1943 le forze armate, lasciate senza ordini dagli alti comandi fuggiti assieme al re, collassano; tale crollo non solo accentua la distanza tra mondo militare e società (azzerando la credibilità del primo agli occhi della seconda e aprendo una rottura altrettanto profonda all'interno dello stesso mondo militare), ma rispecchia il rapido capovolgere di ruolo dell'Italia sulla scena internazionale e segna un profondo cambiamento dell'esercito, da strumento dell'imperialismo e del bellicismo fascista a ristretto contingente impegnato in mansioni secondarie, prevalentemente con compiti di mantenimento dell'ordine pubblico. L'esercito rimarrà sostanzialmente estraneo (quando non ostile) al movimento di Liberazione, in ragione delle "profonde differenze di organizzazione, di principi, di regole, di motivazioni, di stili di azione e di vita tra truppe regolari e bande partigiane" (p. 75);

specularmente, il tramonto delle esperienze e dei valori della partigianeria nell'immediato dopoguerra, ricompresi all'interno di una prospettiva eminentemente partitica, investe sia il dibattito costituente in materia di doveri politici, sia l'ambito prettamente militare.

I gravi lasciti che in ambito militare l'età statutaria e il fascismo consegnano alla Repubblica e l'importanza della lotta partigiana nel superamento di quel passato concorrono a spiegare l'intenzione dei costituenti di operare una netta rottura, culturale ancor prima che giuridica, con il passato e di "costituzionalizzare" l'ordinamento militare, configurandolo in modo da garantire un giusto equilibrio tra le esigenze di autonomia operativa dell'organizzazione militare, data la particolarità dei compiti che questa è tenuta a perseguire, e quella di controllo politico sulla conformità di tale organizzazione ai principi costituzionali. Sottolinea l'Autore che i tre commi dell'art. 52 Cost. ("*La difesa della Patria è sacro dovere del cittadino*"; "*Il servizio militare è obbligatorio nei limiti e modi stabiliti dalla legge. Il suo adempimento non pregiudica la posizione di lavoro del cittadino, né l'esercizio dei diritti politici*"; "*L'ordinamento delle Forze armate si informa allo spirito democratico della Repubblica*") sono rivelatori dei diversi piani che intersecano il dibattito sul dovere di difesa in Assemblea Costituente: "la densità di valori etici e il senso di «indissolubile appartenenza» del primo comma, la «moderazione» del secondo e il «monito» a un «dover essere» dell'ordinamento militare all'interno della repubblica democratica" (p. 85); peraltro, anche a causa della diffusa preoccupazione di dimostrare la vocazione pacifista della nuova Repubblica e della sostanziale convergenza dei punti di vista delle maggiori forze politiche ivi presenti, tali questioni non appaiono di particolare problematicità nel dibattito costituente e l'art. 52 viene approvato all'unanimità sia in commissione, sia in plenaria. Tale mutamento di paradigma acquista ulteriore evidenza, se si prendono in esame le connessioni che legano l'art. 52 alle altre previsioni caratterizzanti la c.d. "Costituzione della difesa": da una parte, l'art. 11 e il ripudio della guerra come strumento di offesa, chiamato a cambiare l'agire delle forze armate; dall'altra, sia l'art. 78 (che attribuisce al Parlamento, quale organo espressivo della rappresentanza nazionale, il potere di deliberazione dello stato di guerra e riconduce all'indirizzo politico di maggioranza la principale scelta in materia di difesa), sia l'art. 87, comma 9 (secondo cui, una volta deliberato dalle Camere, spetta al capo dello Stato dichiarare lo stato di guerra).

Il terzo capitolo è dedicato al quadro normativo e giurisprudenziale che, dall'approvazione della Carta sino agli anni Duemila, ha avuto ad oggetto il dovere di difesa. Nel primo ventennio repubblicano, nel dibattito intorno all'art. 52 Cost. riecheggia la più complessiva svalutazione che ampia parte della dottrina, partendo da premesse tipiche del giuspositivismo liberale, opera delle previsioni costituzionali

in tema di doveri, attribuendo a tali norme sovente una valenza morale e politica, ma non un valore propriamente giuridico (come ad es. Ballardore Pallieri e Predieri).

Solo a partire dalla fine degli anni Sessanta inizia a esservi maggiore consapevolezza sia della rivoluzione assiologica intervenuta in tema di difesa e forze armate con l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, sia della progressiva estensione che il contesto costituzionale opera del campo semantico dei concetti caratterizzanti tale ambito. Anzitutto, è riconosciuta l'autonomia concettuale del dovere di difesa di cui al primo comma dell'art. 52 dall'obbligo militare previsto dal secondo comma e viene contestata la sussistenza di un nesso di stretta strumentalità tra difesa e leva (Corte cost., sent. n. 53 del 1967). Laddove il dovere di difesa rappresenta il più penetrante ed estremo strumento di tutela dello stato come complesso unitario, che può adempiersi non solo mediante la prestazione militare, ma anche tramite attività che non prevedono l'uso delle armi, l'obbligo militare costituisce un "profilo strumentale e organizzativo del dovere in questione" (p. 101), che risulta limitato nel tempo e nei mezzi e non coinvolge tutti i cittadini, ma solo coloro che sono ritenuti idonei; in altre parole, difesa e servizio militare non sono collegati da un nesso esclusivo, perché il primo può essere altrimenti adempiuto, mentre il secondo è obbligatorio "*nei limiti e modi stabiliti dalla legge*". Allo stesso tempo, innanzi all'inerzia del legislatore e a una giurisprudenza militare che continua a condannare chi, per motivi religiosi o morali, rifiuta di prestare il servizio militare, gli studiosi iniziano a interrogarsi sul tema dell'obiezione di coscienza non più in prospettiva esclusivamente filosofico-giuridica, ma anche dal punto di vista del diritto positivo, cercando di individuare soluzioni più aderenti alla logica del dettato costituzionale (p. 104).

Il rovesciamento di prospettiva operato dalla carta costituzionale rispetto alla separatezza caratterizzante l'esperienza liberale e fascista tra mondo civile e mondo militare – che deve ora informarsi allo "*spirito democratico*" della Repubblica – non manca di incontrare resistenze da parte delle istituzioni militari. Il "*Regolamento di disciplina militare*" del 1964 testimonia l'intento delle forze armate di ribadire la propria impermeabilità ai principi e alle regole della società civile e di continuare a determinare da sé le norme della propria condotta, e ciò tanto sul piano formale e procedurale (adottato *sub specie* di regolamento indipendente, al riparo da ogni disciplina e controllo parlamentare), quanto su quello contenutistico (riflettendo un sistema di principi propri, privo di qualsiasi richiamo alla Costituzione).

A partire dai primi anni Settanta ha avvio un'importante stagione di riforme in materia di difesa, che condurrà al riconoscimento dell'obiezione di coscienza e del servizio civile e tenterà di adeguare al contesto costituzionale repubblicano la disciplina militare e i codici penali militari. I concetti di *patria* e di *difesa* subiscono una

profonda trasformazione e rispettivamente nella parte in cui il primo arriva a trascendere l'elemento territoriale per ricomprendere elementi personali, culturali e ideali e il secondo finisce con l'assumere i caratteri di un'obbligazione più di risultati che di mezzi e a ricomprendere anche attività preparatorie e di prevenzione. La legge n. 372 del 1978 (recante “*Norme di principio sulla disciplina militare*”) porta la disciplina militare sotto l'impero della legge e non più del regolamento e, introducendo quei richiami ai principi costituzionali ancora assenti dal regolamento del 1964, contribuisce secondo la felice espressione dell'Autore alla “cattura costituzionale” dell'ordinamento e dello *status* militare (p. 117). Ad opera del Giudice delle leggi (ma anche su impulso del Consiglio di Stato) è valutata la compatibilità con la Costituzione di normative ancora in gran parte risalenti all'età statutaria, sia sul terreno dei diritti di libertà e delle rispettive garanzie (sentt. nn. 204 del 1974, 192 del 1976, 72 del 1980, 74 del 1985, 278 del 1987, 278 del 1990, 22 e 414 del 1991, 37 del 1992, 172 del 1999), sia (ma in misura assai minore) su quello delle libertà associative e partecipative (sentt. nn. 126 del 1985, 24 del 1989, 449 del 1999).

È necessario attendere il 1972 per il riconoscimento dell'obiezione di coscienza e per l'istituzione del servizio sostitutivo, operati dalla legge n. 772 del 1972. Questa, infatti, prende le mosse dalla progressiva affermazione dell'autonomia concettuale e istituzionale del dovere di difesa rispetto alla prestazione del servizio militare e tutela la libertà di coscienza del singolo che si pone in conflitto insanabile con il suo “foro interno”; riconosce forme di esenzione dell'obbligo più o meno ampie, a seconda del rilievo giuridico riconosciuto alle ragioni di coscienza del singolo; tratteggia il servizio civile non quale obbligo autonomo, ma quale prestazione sostitutiva dell'obbligo militare e “al pari di questo idone[a] a concorrere al dovere, quello sì inderogabile, di difesa della Patria” (p. 141). Che l'impianto della legge, tuttavia, sia espressione di un'ottica di tolleranza più che di libertà ne sono riprova sia la qualificazione in termini di “sostitutività” e non di alternatività, sia la maggior durata del servizio civile “sostitutivo”, sia - a causa della natura discrezionale del provvedimento d'ammissione - la ricostruzione dell'obiezione di coscienza in termini di interesse legittimo e non di diritto soggettivo. Anche in questo caso sarà la giurisprudenza costituzionale a contribuire alla metamorfosi dell'obiezione di coscienza da servizio *sostitutivo* in vero e proprio servizio *alternativo* a quello militare (sentt. nn. 164 del 1985 e 113 del 1986; ma solo con la l. n. 64 del 2001 il legislatore recepirà tale impostazione) e a qualificarlo come un vero e proprio diritto soggettivo, operando una decisa limitazione della discrezionalità amministrativa in materia; in seguito, la sent. n. 470 del 1989 dichiarerà l'incostituzionalità della maggior durata del servizio militare non armato e del servizio civile rispetto al servizio militare armato. La disciplina del 1972 è successivamente abrogata dalla legge n. 230 del 1998, che amplia

le ragioni che possono fondare l'obiezione e qualifica quest'ultima in termini di diritto soggettivo, il cui esercizio può essere limitato solo in ipotesi di palese incompatibilità.

Il quarto capitolo espone come gli anni che vanno dalla fine del bipolarismo est-ovest ai tragici eventi dell'11 settembre 2001 abbiano sollecitato sul piano internazionale l'affermazione di nuovi modelli e concetti strategici di difesa, in rispondenza a un nuovo modello di "guerra", e sul piano nazionale un rilevante cambio di paradigma in materia di difesa (pp. 167 ss.). La riforma dei vertici della difesa avviata dalla l. n. 25 del 1997 ridefinisce la separazione delle competenze politiche e operative tra ministero e stato maggiore, allineando gli assetti ordinamentali delle forze armate ai criteri di efficienza ed efficacia caratterizzanti la riforma della pubblica Amministrazione; la legge delega n. 331 del 2000 avvia la sospensione (ma, *de facto*, ne segna la soppressione) della leva a favore di un servizio militare professionale su base volontaria; la legge delega n. 388 del 1999 apre alle donne l'ingresso nelle forze armate; la legge delega n. 64 del 2001 istituisce il servizio civile nazionale. Con le sentt. nn. 309 del 2013 e 119 del 2015, la Corte costituzionale aprirà le porte del servizio civile nazionale agli stranieri.

Le trasformazioni dei compiti, dell'organizzazione e dell'attività militare italiana s'intrecciano ai mutamenti intervenuti nei sistemi ONU, NATO e UE. Da un lato, infatti, tali organizzazioni operano integrazioni orizzontali, cooperando tra loro, ma dall'altro esse influiscono sempre più sensibilmente su fini, struttura e attività delle forze armate nazionali. In questo contesto, la riorganizzazione nazionale non solo testimonia la nascita di un modello di difesa "*multilevel*", ma si lega alle nuove modalità del fare la guerra e al rinnovato "attivismo bellico" al di fuori dei rispettivi territori nazionali che hanno seguito il secolo breve (p. 165).

Le conseguenze sono rilevanti, anzitutto, sul versante internazionale, in cui la lotta al terrorismo, esprimendo un antagonismo diffuso e non individuato e potendo colpire chiunque e ovunque, trasforma lo stesso concetto di guerra: la scomparsa della parola "guerra" a favore di ridenominazioni del conflitto ("polizia internazionale", "intervento umanitario", "difesa integrata", "lotta al terrorismo internazionale": p. 167), dovuta al carattere sempre più selettivo di tali conflitti, esonera il belligerante dalle responsabilità derivanti dallo *jus in bello* internazionale. D'altra parte, l'Autore si interroga se i tentativi di parlamentarizzare la decisione sulla guerra non costituiscano una "possibilità non realizzata nell'esperienza costituzionale italiana" (p. 168), evidenziando che, sul versante interno, la rimozione della parola "guerra" trascina con sé l'elusione delle procedure di deliberazione *ex art.* 78 Cost. e riporta "il centro gestionale della crisi «bellica» dal Parlamento al Governo"; che, dalla prima guerra del Golfo, nessuna missione italiana nei teatri dei "nuovi conflitti" è passata attraverso l'applicazione dei passaggi previsti dagli artt. 78 e 87, comma 9,

Cost. caratterizzanti la relazione costituzionalmente imposta nei rapporti tra autorità civile e autorità militare “dinanzi a quella deliberazione dello stato di guerra che costituisce decisione politica per eccellenza” (p. 169); che, pur nelle guerre c.d. difensive *sub specie* di legittima difesa collettiva o in cui vi sia il consenso dello Stato nel quale si svolge il conflitto, interventi di aggressione come quelli operati dalle truppe italiane nel Kosovo (1999), in Afghanistan (2001) e, più di recente, in Libia (2011) sollevano “più che fondati dubbi riguardo alla loro compatibilità con il quadro di principi costituzionali” ora richiamato (p. 177).

Il Volume si chiude con l’auspicio dell’Autore a una rinnovata riflessione intorno ai contenuti e all’oggetto del dovere di difesa: in particolare, ai significati che assumono oggi le parole “patria” e “difesa” e ai soggetti tra le due siano chiamati a fungere da *trait d’union*. Tale ripensamento - sottolinea l’Autore – è vieppiù necessario, se si vuole evitare di ampliare oltre il lecito la portata semantica dell’art. 52 Cost. Il pericolo, infatti, è quello di ricondurre al servizio civile la delega a lavoratori precari e poco pagati di surrogati sempre più esangui delle prestazioni pubbliche e a quello militare l’impiego di militari italiani in mansioni che, se sul piano interno nulla o poco hanno a che fare con la difesa della Patria, su quello internazionale appaiono “riferibili ai diversi livelli del più vasto ordine giuridico in cui si cala attualmente l’azione degli Stati” (p. 197) piuttosto che alla scelta assiologica tracciata dagli artt. 11 e 52 Cost.

In questo senso è condivisibile la soluzione proposta dall’Autore a conclusione del Volume: la valorizzazione del principio solidarista per ridare oggetto e significato al dovere di difesa. L’innovazione costituzionale dell’ancoraggio anche del dovere di difesa alla solidarietà politica, infatti, rimasto in ombra nella vicenda repubblicana, va valorizzata oggi ancor più che in passato, perché consente di “mediare il passaggio dalla tolleranza all’integrazione dei nuovi soggetti della cittadinanza”, di “avvicinare i bordi della *Gemeinschaft* e della *Gesellschaft*” (p. 205): in altre parole, di consegnare l’effettività dell’ordinamento repubblicano, “prima che ai suoi strumenti di coazione, alla collaborazione tra coloro i quali effettivamente partecipano alla vita della comunità” (p. 207).

Lucio Adalberto Caruso

[A. DI MARTINO, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali. Uno studio comparativo*, Jovene Editore, Napoli, 2016, pp. 577*](#)

In apertura del volume, nella sua introduzione, l'Autrice precisa che il proprio lavoro di ricerca circa l'istituto dell'opinione dissenziente adotta un punto di vista che prende le mosse dalla «consapevolezza di un'assenza e la valutazione di una presenza». La prima fa riferimento alla mancata introduzione dell'opinione dissenziente nell'ordinamento italiano, seppur al netto di un lungo e vivace dibattito dottrinale; la seconda è rivolta all'analisi dei fondamenti teorici e prassistici che consentono di apprezzare gli sviluppi e gli effetti della *dissenting opinion* – nelle sue molteplici forme – all'interno di quegli ordinamenti che invece la accolgono.

In realtà la riflessione è avviata attraverso un primo capitolo di storia del diritto, cui fa da ideale spartiacque la rivoluzione francese. Viene messo in evidenza come sia esistita una tradizione giuridica europea prerivoluzionaria non ostile a forme più o meno esplicite di espressione del dissenso da parte dei giudici, pur prediligendo il radicarsi in sistemi che prevedevano l'obbligo di motivazione della sentenza, come ad esempio le rote romana e fiorentina od i senati di Nizza, Savoia e Piemonte. Sotto tale profilo si prende in considerazione, contestualizzandolo, il filone di studi gorliano, che ha dimostrato come «in certi periodi i parlamenti e i [...] senati costituirono dei centri di resistenza al potere del principe», specie sotto l'egida dei principi giusnaturalistici. Contemporaneamente i *Parlements*, in possesso di funzioni sia normative che giurisdizionali, venivano attaccati dall'ideologia illuministica soprattutto a causa del segreto delle loro procedure interne. Tale fattore perpetuava, in capo ai *Parlements*, una concezione sacerdotale del diritto, che attraverso l'elemento della segretezza legittimava privilegi ingiustificabili ed una giurisprudenza non imparziale schermandosi dietro gli *arcana juris*.

Tuttavia gli sviluppi progressivi dell'ideologia illuministico-rivoluzionaria, sulla scorta della separazione dei poteri montesquieana e in ossequio alla concezione della volontà generale di J. J. Rousseau, portarono tanto alla netta definizione ed assegnazione dei poteri tra gli organi dello Stato quanto all'affermarsi di un modello burocratico-funzionario di giudice, secondo una concezione che vedeva con sfavore l'attività interpretativa di quest'ultimo. Sancendo la centralità del legislatore nel sistema, la legge, generale ed astratta, andava non soltanto applicata meccanicamente secondo lo schema sillogistico – con evidente disagio per l'espressione di una opinione dissenziente – ma doveva anche venire sistematizzata, raccolta e resa omogenea. In quest'ottica si inserisce l'attività di codicizzazione napoleonica, tesa a

* Contributo sottoposto a *peer review*.

rafforzare l'identità statale e le sue nuove istituzioni, conformandosi all'idealtipo weberiano della legittimità razionale-legale, almeno nel contesto continentale.

La diversa strutturazione del processo inglese ha invece accompagnato sin dagli albori la pronuncia di opinioni *seriatim*, in connessione con un'idea dell'indipendenza del giudice differente da quella del *continental law*. La compattezza sociale e professionale del ceto giudiziario inglese è uno degli elementi tipici della stratificazione storica del *common law*, specie con riguardo all'aspetto della protezione dei diritti, che rappresenta uno dei cardini del costituzionalismo inglese. La questione investe anche una concezione della sentenza che è rivolta alla migliore definizione della controversia concreta alla luce delle prove offerte, piuttosto che alla ricerca di una verità univoca. Tale concezione, oltre a ribadire il carattere *adversarial* del *trial* di *common law*, meglio si presta alla enunciazione di opinioni in serie su di un medesimo caso, contemplando le *opinions* nella qualità di espressioni delle singole personalità di giudici inamovibili, divenuti tali al culmine della propria attività professionale e la cui indipendenza ed imparzialità non sono in discussione. Come ha del resto sottolineato Dicey, i principi costituzionali «sono il risultato di decisioni giudiziali che definiscono i diritti degli individui in casi particolari portati dinanzi alle corti», valorizzando così la connessione fra indipendenza formale dei giudici e funzione sostanziale di garanzia svolta dalle corti, abbinando *rule of law* e *parliamentary sovereignty* come fondamenti della costituzione inglese.

L'orientamento britannico più recente rispetto all'impiego delle opinioni dissenzienti è essenzialmente influenzato, per l'autrice, da tre fattori: *in primis* il tendenziale accantonamento dell'oralità in favore della scrittura, specie nella fase di emissione della sentenza; poi l'*incorporation* della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), attraverso l'approvazione dello *Human Rights Act* del 1998; in ultimo la creazione nel 2005 della *United Kingdom Supreme Court*, cui sono state trasferite le funzioni giudicanti dell'*Appellate Committee* della *House of Lords* e quelle, relative alle questioni connesse al processo di devoluzione, del *Judicial Committee* del *Privy Council*.

La confluenza del diritto inglese in quello delle Tredici Colonie americane, all'indomani della Dichiarazione di Indipendenza e della Costituzione del 1787-1789, non preclude tuttavia a un'evoluzione del tutto peculiare della *dissenting opinion* negli Stati Uniti. Analizzata nel secondo capitolo, e proprio perché ponderata all'interno del dinamismo costituzionale statunitense, lo sviluppo dell'opinione dissenziente viene descritto in corrispondenza di cangianti contesti storico-giuridici (permeati, comprensibilmente, dalla politicità) e convenzioni costituzionali.

Una delle caratteristiche interessanti del volume è di inquadrare la traiettoria dell'opinione dissenziente, negli ordinamenti specificatamente analizzati, ricorrendo a tre coordinate teoretiche in rapporto dialogico fra loro:

- a) una ricostruzione dell'essenziale dibattito dottrinale che soggiace al tessuto giuridico del paese in esame;
- b) l'individuazione di figure e momenti che siano esemplari per tratteggiare gli sviluppi dell'opinione dissenziente;
- c) la casistica più rilevante, tesa a materializzare le direttrici evidenziate, contestualizzandola negli stadi per cui transita naturalmente ogni sistema giuridico.

Così, per accompagnare le trasformazioni dell'opinione separata nelle diverse organizzazioni statuali, l'autrice si avvale di alcune illustri personalità della rispettiva storia costituzionale. È il caso, *ex multis*, di Johnson, Holmes, Brandeis e Scalia per gli Stati Uniti, ad esempio, per i quali più che di biografie forse si può parlare di ritratti costituzionalistici, nel senso di illustrarne il peculiare contributo in ordine al tema cardine del libro. Vengono interpretate le diverse *judicial philosophies* caratterizzanti tali figure di spicco, ricostruendo efficacemente le tradizioni e le traiettorie della Corte Suprema sin dall'inizio della sua azione, nel 1790. In tal modo è possibile cogliere nell'ordinamento statunitense la massima vitalità dell'opinione dissenziente, rintracciando molteplici passaggi cruciali della storia costituzionale come la tensione fra federalisti e repubblicani, i momenti di protagonismo della *opinion of the Court* oppure l'avvicendamento fra la *norm of acquiescence* e la *norm of individual expression*, sino ad una delle conseguenze possibilmente più eclatanti del dissenso, ovvero l'*overruling*.

Emerge come il graduale passaggio da una concezione dichiarativa del diritto ad una più creativa sia stato ampiamente sostenuto dal robusto e continuativo impiego dell'opinione dissenziente, in grado di accompagnare il mutamento giuridico assecondando il rinnovamento della società. Senz'altro il mandato sostanzialmente vitalizio (*during good behavior*) della carica di giudice della Corte Suprema ha favorito l'alto tasso di autorialità e personalizzazione dell'opinione separata, consentendo l'affinamento e la solida elaborazione di caratteristiche giurisprudenziali originali. L'opinione dissenziente diventa in tal modo una chiave di lettura per penetrare l'evoluzione costituzionale statunitense da Marshall a Scalia, per citare i poli opposti del *continuum* proposto dall'autrice.

Nella famiglia giuridica di *civil law* sono analizzate due coppie di sistemi idealmente contrapposte nella concezione dell'opinione dissenziente, ovvero Germania e Spagna da un lato ed Italia e Francia dall'altro, almeno nel senso che, a differenza della prima coppia, la seconda non concede la possibilità della posizione separata del giudice. Il modello accentrato di giustizia costituzionale, comune agli ordinamenti summenzionati, fa riferimento alla soluzione kelseniana, particolarmente

concretizzatasi nel continente europeo nelle carte costituzionali pluralistiche del secondo dopoguerra, successive a paradigmi autoritari.

In Germania, dopo due tentativi falliti per introdurre l'opinione dissenziente tra il 1949 ed il 1950 (in sede di approvazione della legge sul *Bundesverfassungsgericht*) e tra il 1960 ed il 1961 (nell'ambito della legge sull'ordinamento giudiziario), fu merito della comunità dei giuristi se nel 1970 venne accolto nell'ordinamento il *Sondervotum* (che è l'espressione processuale dell'opinione dissenziente, mentre il termine *abweichende Meinung* è riferibile al mero contenuto). In quegli anni la società tedesca ripensava sé stessa sotto la spinta di forze tese a rinnovare le proprie istituzioni nella direzione della trasparenza e dell'apertura, proprio mentre si verificava (1966-1969) la prima esperienza di *Große Koalition*. Significativamente, gli anni '60 del XX secolo costituiscono anche per Francia e Italia due intensi momenti di riflessione per i giudici delle leggi, nel solco della apertura ad una maggiore partecipazione. La V repubblica francese attraverso l'ingrandimento del *bloc de constitutionnalité* e la concessione della *saisine* alle minoranze parlamentari; in Italia in virtù sia del celebre questionario di *Democrazia e Diritto* – i cui risultati, largamente favorevoli all'istituto dell'opinione dissenziente, furono pubblicati nelle annate 1963-64 – sia sulla scorta delle riflessioni di Mortati.

Meritevole di riflessione è l'aspetto per il quale in questa galassia di ordinamenti europei, sostanzialmente venuti fuori faticosamente da esperienze autoritarie se non a tendenza totalitaria, le corti costituzionali abbiano dovuto raccogliere la sfida della legittimazione all'interno del sistema, specie in considerazione della elezione non popolare ma secondo le rispettive procedure costituzionali, coinvolgenti attori differenziati fra i vari ordinamenti. La cultura giuridica diventa allora un'istanza di normalizzazione o di polemicità, secondo uno schema che interpreta la lacerazione dell'unitarietà del giudizio (peraltro spesso apparente e semplicemente formale) come un'insidia per la tenuta dell'equilibrio dei poteri dello Stato. Alla maturazione della cultura giuridica partecipano diversi fattori in grado di incentivare o scoraggiare l'adozione dell'opinione dissenziente, che possono denunciare – è il caso mortatiano – il rischio di una deriva partitocratica ostile all'apertura di nuovi spazi di discussione oppure, in Francia, l'ancoramento a tradizioni giuridiche più resistenti, come la duratura concezione del principio del segreto delle deliberazioni o lo stile stesso della sentenza transalpina.

In tal senso il contesto del giudice tedesco appare più protetto ed immunizzato dalle sollecitazioni politico-ideologiche, circostanze che hanno sorretto l'autorevolezza del Tribunale costituzionale federale, integrandolo felicemente nel regime, anche in considerazione di un impiego dell'istituto dell'opinione dissenziente votato alla prudenza, almeno in termini quantitativi.

Il *Tribunal constitucional de España*, impiantato nella cornice della terza ondata di democratizzazione con la Costituzione del 1978, prevede la possibilità del *voto particular* nell'ottica di un superamento del modello di opinione dissenziente già previsto tra il 1933 ed il 1939, con esiti in chiaroscuro, dal *Tribunal de Garantías Constitucionales* nella Seconda Repubblica. Il giudice delle leggi spagnolo si è rivelato un organo centrale per l'assestamento costituzionale dell'ordinamento dopo la fine del franchismo, garantendo con successo la preservazione dell'equilibrio fra le istituzioni statali ed a legittimarsi presso l'opinione pubblica: in una prima fase, la preoccupazione centrale del Tribunale spagnolo è stata quella di precisare a più riprese i propri limiti funzionali, per non incorrere nell'accusa di sostituirsi al legislatore; tuttavia la prassi recente, che è intervenuta in *cleavages* sociali assai significativi come ad esempio la questione degli statuti delle autonomie o il matrimonio fra omosessuali, ha riflesso un notevole tasso di conflittualità sul Tribunale, spaccato al suo interno circa argomenti per definizione dall'elevato coefficiente di divisività. Circostanze che, lungi dall'intaccare la valenza specifica dell'opinione dissenziente, ne hanno semmai sottolineato il rilievo euristico, proiettando ad alto livello nell'arena pubblica le diverse voci che compongono la comunità politica spagnola.

Lecito soffermarsi brevemente sulla riflessione circa le opinioni separate presso le Corti europee. Se la matrice della Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU) è rinvenibile nella Corte internazionale di giustizia (CIG), per quanto concerne la Corte di Giustizia dell'Unione europea il modello di riferimento è il *Conseil d'État* francese. Riguardo quest'ultima, la figura dell'avvocato generale presso la Corte è ispirata all'omonimo francese, ma su di un livello diverso: uno agisce in seno ad una istituzione chiamata ad applicare un diritto sovranazionale; l'altro presso la più alta autorità amministrativa francese, concepita per garantire l'osservanza del diritto interno. Inoltre, considerando che la Corte di Lussemburgo fu istituita nel 1957, la pubblicità dei dissensi interni avrebbe, per un verso, ingenerato dubbi interpretativi relativamente ad un ordinamento di tipo "nuovo" come quello comunitario, per un altro avrebbe corso il rischio di incentivare comportamenti non virtuosi da parte di quegli Stati membri che si fossero trovati in disaccordo con una decisione.

Diversamente, la CEDU è stata dotata delle opinioni separate sin dalla sua istituzione nel 1950. L'azione dell'opinione dissenziente nella Convenzione è soprattutto valutata nella duplice capacità di fondare un *consensus standard* fra le parti, chiarificando le traiettorie di protezione dei diritti, e di contestualizzare le tradizioni costituzionali nazionali in materia. Mentre si sottolinea la funzione di mediazione offerta dal giudice nazionale fra l'ordinamento di riferimento e la Convenzione, allo stesso tempo i giudici nazionali dimostrano di affrancarsi dalla pressione dei governi

del proprio paese, in virtù dell'adozione di un approccio pluralistico ed integrato nel tema della salvaguardia dei diritti.

La ricchezza e varietà delle argomentazioni proposte, oltretutto assistite da una bibliografia importante e da un interessantissimo parco di note, vengono fatte dialogare nel capitolo conclusivo, dalla caratura propriamente comparatistica. Le questioni che l'autrice definisce «trasversali» attengono ad un ampio spettro di influenze che l'opinione dissenziente può esercitare nel sistema, dalle interazioni fra questa e le teorie sull'interpretazione e l'argomentazione al collegamento fra l'opinione separata e lo stile delle sentenze. Inoltre si analizza la difficile compresenza di consenso e voto nel procedimento decisionale delle corti od il bilanciamento fra principio di trasparenza e libertà di espressione del giudice in ordine alla facoltà di esprimere *dissenting opinions*.

Spicca in ogni caso la contiguità ideologica dell'autrice alle tesi häberliane, almeno nella enfaticizzazione del concetto di cultura costituzionale, connesso tanto alla cultura giuridica quanto allo spazio pubblico, ma al contempo distinto da questi. La compenetrazione di elementi oggettivi e soggettivi nella cultura costituzionale contribuisce a rappresentarla come un'area semantica che è tanto più articolata ed espressiva quanto più viene discussa, approfondita e confrontata, anche in maniera conflittuale. In quest'ottica appare convincente la prospettiva per la quale l'introduzione o il rifiuto dell'opinione dissenziente si coniughi con due rappresentazioni idealtipiche dell'uomo, e quindi del giudice: una fiduciosa ed ottimista nella responsabilità ed indipendenza del giudice, in grado di rapportarsi costruttivamente con una società policroma e partecipe; l'altra, chiusa e pessimista nella difesa ad oltranza dei propri margini di autonomia, minacciati da forze sociali frammentate e bellicose.

Michele Crisafi

C. M. FOMBAD (a cura di), *Separation of Powers in African Constitutionalism*, Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 448*.

Il manuale curato dal Prof. C.M. Fombad, *Separation of Powers in African Constitutionalism*, inaugura una nuova serie di volumi edita dalla Oxford University Press, la “*Stellenbosch Handbooks in African Constitutional Law*”. Questi volumi, rendendo conto delle problematiche del costituzionalismo africano, hanno il fine di mettere in luce ed analizzare i temi critici che accomunano la maggioranza delle esperienze costituzionali africane, consegnando così alla dottrina giuscomparatista validi strumenti per promuovere lo studio delle numerose problematiche del costituzionalismo in Africa. La rilevanza di questa collana è presto detta: la totalità degli Stati africani condividono il passato coloniale da cui hanno ereditato i relativi modelli giuridici. Inoltre essi nonché presentano omogenee situazioni sociali, economiche e politiche. Di conseguenza porre attenzione, in chiave comparatistica, alle diverse esperienze africane significa tentare di colmare una lacuna della dottrina comparatista, fino ad oggi poco reattiva alle vicende giuridiche del “continente nero”. Appaiono quindi necessari approfondimenti dottrinari che sottolineino differenze e tratti comuni, nonché, alcuni esempi virtuosi, seppur minoritari, di consolidamento del costituzionalismo e della democrazia pluralista dopo lunghe fasi di autoritarismo (su tutti il Sud Africa, ma anche Benin e Ghana). Nonostante le chiare influenze giuridiche occidentali, primariamente britanniche, statunitensi e francesi, il pregio di questi volumi risiede nella promozione della comparazione delle esperienze costituzionali africane e non con i modelli giuridici esportati dalle potenze coloniali.

In questo senso, meritano altrettanta visibilità le precedenti iniziative della scuola dell’Università di Pretoria, di cui il Prof. Fombad è uno dei massimi esponenti. Questa si è già affermata in passato nel campo del diritto costituzionale africano comparato con i primi due volumi sul tema: C. M. Fombad, C. Murray (a cura di), *Fostering Constitutionalism in Africa*, Pretoria, Pretoria University Law Press, 2010, pp. 396, M. K. Mbondenyi, T. Ojienda (a cura di), *Constitutionalism and Democratic Governance in Africa: contemporary Perspectives from Sub-Saharan Africa*, Pretoria, Pretoria University Law Press, 2013, pp. 377 e C.M. Fombad (a cura di), *The Implementation of Modern African Constitutions: Challenges and Prospects*, Pretoria, Pretoria University Law Press, 2016, pp. 355. Si segnala inoltre l’interessante volume di S. Mancuso, C.M. Fombad (a cura di), *Comparative Law in Africa: Methodologies and Concepts*, Cape Town,

* Contributo sottoposto a *peer review*.

JUTA, 2015, pp. 196, pubblicazione del *Centre for Comparative Law in Africa*, dell'*University of Cape Town*.

Il volume, che inaugura questa nuova collana di manuali della casa editrice *Oxford University Press*, cerca di approfondire le dinamiche del costituzionalismo africano alla luce della classica teoria della separazione dei poteri mediante alcuni casi scelti, la maggior parte dei quali relativi all'area anglofona. Proprio l'abuso e la centralizzazione del potere nell'organo esecutivo costituisce, ancor oggi, un elemento da cui non è possibile prescindere per l'analisi di ogni ordinamento africano. Così è la relazione tra i gli organi esecutivi, legislativi e giudiziari dei sistemi africani ad essere approfondita, con particolare riguardo alle Corti Costituzionali/Supreme, il cui ruolo è stato spesso snaturato dalle pressioni degli esecutivi.

Il volume è strutturato, secondo questa logica, in quattro sezioni: la prima è costituita da due capitoli introduttivi sull'evoluzione del costituzionalismo africano e sullo stato della separazione dei poteri; la seconda è basata sulla relazione tra il potere legislativo ed esecutivo, introdotto da un saggio che esamina il rapporto tra gli organi richiamati nell'Africa subsahariana anglofona e, successivamente, dai due casi scelti del Kenya e della Nigeria. La terza parte, probabilmente quella più "densa" e che sicuramente desta maggiore curiosità, contiene una serie di saggi sul rapporto tra l'organo giudiziario e gli organi "politici". Questa si sofferma inizialmente sulle esperienze costituzionali lusofone, Capo Verde, Guinea-Bissau, Mozambico e Sao Tome e Principe e Angola, la cui forma di governo è stata definita un "super-presidenzialismo o iper-presidenzialismo". Successivamente, viene analizzato il ruolo degli organi giudiziari in Ghana, Nigeria, Etiopia, Kenya e Namibia.

Infine, la quarta ed ultima sezione focalizza l'attenzione sulle c. d. "*hybrid institutions*", il cui status costituzionale è stato raggiunto per la prima volta nel continente dalla Costituzione del Sud Africa del 1996 (cap. 9). Il compito di queste istituzioni dovrebbe essere quello di agire contro le frequenti distorsioni nel bilanciamento dei poteri. Viene esaminato inoltre il ruolo del pubblico ministero nell'Africa subsahariana anglofona e francofona, la cui eredità giuridica risulta ancora molto attuale. Il volume si conclude con un breve ma interessante capitolo sulle prospettive del costituzionalismo africano.

Come accennato, la prima parte, ripercorrendo le fasi storiche del costituzionalismo africano – probabilmente l'aspetto maggiormente conosciuto – intende non solo dar rilevanza agli influssi dei modelli giuridici occidentali, bensì agli sviluppi successivi all'importazione o all'imposizione delle costituzioni da parte delle potenze coloniali. Si tratta quindi di sottolineare le caratteristiche tipiche delle costituzioni africane, la maggior parte delle quali riconducibili ai sistemi giuridici misti. La prima generazione del costituzionalismo africano fu caratterizzata da un

mero passaggio di potere dalle potenze coloniali all'élite locali e a redigere le costituzioni furono sostanzialmente le prime. Il costituzionalismo liberale, tradotto in un sistema Westminster nelle ex colonie britanniche e nella forma di governo semi presidenziale in quelle francofone, fu applicato senza tener conto delle realtà locali; non fu questa l'unica criticità, in quanto le popolazioni africane non furono incluse nei processi costituenti. Ciò generò, nel corso dei primi anni di indipendenza, un gran numero di conflitti armati in tutta l'Africa e l'emersione di leader politici che, con il pretesto di promuovere l'unità nazionale, favorirono l'accentramento del potere nell'esecutivo. Tra la metà degli anni '60 e l'inizio degli anni 90' in tutta l'Africa subsahariana si susseguirono decine di colpi di stato; i militari erano essenzialmente l'unico attore politicamente rilevante, i quali guidarono brevi transizioni costituzionali, che furono tuttavia travolte da nuovi colpi di stato. Durante questa seconda fase, si diffusero forme di governo presidenziali a tendenza autoritaria, con il ramo esecutivo in pieno controllo dell'organo legislativo e giudiziario. La personalizzazione dell'esecutivo e l'accentramento dei poteri erano così accompagnati dalla costituzionalizzazione del partito unico, spesso anche con la complicità dei precedenti poteri coloniali. Gli anni 80' videro la massima estensione del regime autoritario in Africa verso cui ci si riferisce con l'espressione "*constitutions without constitutionalism*" (Ogendo 1991, Barrie 2009), che rimane, come afferma Fombad, ampiamente attuale. La terza generazione del costituzionalismo africano, che coincise con la "terza ondata di democratizzazione", abbracciò fermamente i principi del costituzionalismo e sotto i migliori auspici si svolsero le prime elezioni con una partecipazione partitica e associativa accettabile. Tuttavia è ancora comune l'abuso di potere da parte dei leader politici africani a cui segue il rafforzamento dei poteri presidenziali sino ad una sua "assolutizzazione", come dimostrano i numerosi tentativi di introdurre il terzo mandato.

Se chiara risulta l'influenza coloniale, non viene trascurata la rilevanza che ha avuto l'ideologia marxista, laddove l'indipendenza venne ottenuta a seguito di lunghi conflitti armati contro la potenza coloniale, come in Algeria, Angola e Mozambico. Analogamente viene esaminata l'influenza dell'Islam e delle tradizioni indigene; ci si sofferma in particolare su queste ultime, in quanto numerose costituzioni riconoscono e sostengono il *customary law* e le *traditional courts*. Non solo; anche dove non è presente un esplicito riconoscimento costituzionale delle istituzioni tradizionali, ciò non significa che esse non abbiano un ruolo rilevante all'interno delle numerose comunità indigene. In particolare, le *traditional courts* godono di grande popolarità in quanto offrono, alla maggior parte della popolazione, un facile accesso alla giustizia. A tal riguardo rilevano gli esempi della Nigeria, la cui attuale costituzione riconosce il ruolo delle corti richiamate come primo grado di accesso

alla giustizia (artt. 236, 245, 266), il Malawi (artt. 110 e 204) e lo Zimbabwe (art. 174). Il problema sorge in caso di conflitto tra le tradizioni giuridiche locali e il riconoscimento dei diritti fondamentali; a tal riguardo la maggior parte delle costituzioni dell’Africa anglofona affermano che il *customary law* non deve contraddire i principi, i valori e i diritti espressi in costituzione, come il concetto di *ubuntu*, richiamato dalla Corte Costituzionale del Sud Africa in *Port Elizabeth Municipality v Various Occupiers* [2005 (1) SA 2017 (CC)]. Inoltre, non vengono trascurati i tentativi messi in atto dalle organizzazioni internazionali e regionali, i cui effetti tuttavia non stati rilevanti sulle costituzioni africane, ad eccezione dell’*African Charter of Human and Peoples Rights* (ACHPR). Fombad conclude che sono sostanzialmente due le tradizioni giuridiche prevalenti in Africa: il modello di *common law*, inizialmente basato sul modello Westminster e successivamente sul presidenzialismo statunitense, e il modello di *civil law* le cui radici sono individuabili nella costituzione francese del 1958. Quindi, nonostante il costituzionalismo africano non sia individuabile come un genere *tout court*, è doveroso sottolineare l’adozione di alcune interessanti soluzioni giuridiche maggiormente allineate alla realtà del continente.

Il Prof. Fombad, nel secondo capitolo, esamina il principio della separazione dei poteri approfondendo i modelli appena richiamati. Per l’Africa anglofona vengono selezionati alcuni casi: la Costituzione del Botswana (1966), del Ghana (1992), del Kenya (2010) e dello Zimbabwe (2013). Queste per una duplice ragione: esprimono la forma di governo presidenziale ma sono state redatte in tre fasi differenti del costituzionalismo africano. Rispetto al rapporto tra organo legislativo e giudiziario, evidenzia, preliminarmente, come tale analisi non possa prescindere dalla frequente assenza del multipartitismo, con la presenza di un partito dominante nel 54% degli stati africani (Fombad 2015). Rafforzamento dell’esecutivo e personalizzazione del partito politico coniugati con l’assoluta maggioranza nelle camere rappresentative generano un forte controllo dell’esecutivo sul legislativo, su cui vengono esercitate forti pressioni nella fase dell’iniziativa legislativa, quando questa non viene delegata. Analogamente forti influenze vengono esercitate sull’apparato giudiziario, spesso segnato da un sistema di nomine che favoriscono l’esecutivo. Tali problematiche si ritrovano in modo accentuato nell’Africa francofona, come nei casi del Cameroon, della Repubblica Democratica del Congo e della Repubblica del Congo.

La seconda parte del volume si sofferma maggiormente sul rapporto tra l’organo legislativo ed esecutivo. Nel primo saggio vengono analizzati in chiave comparata gli ordinamenti del Ghana, Kenya, Namibia e Sudafrica, in quanto al modello costituzionale importato sono state apportate alcune interessanti modifiche maggiormente in linea con le realtà sociali locali. Le costituzioni degli Stati richiamati sono costruite attorno a “*powerful presidencies*”, con il ruolo di Capo dello Stato e

dell'Esecutivo. Tutti gli Stati hanno costituzionalizzato la legge elettorale e, accanto alla maggioranza assoluta richiesta dalla costituzione del Ghana (art. 63) e della Namibia (art. 28), rileva l'interessante legge elettorale keniota. Quest'ultima fissa l'elezione del Presidente nello stesso giorno in cui si tengono le elezioni legislative ma, per essere eletto, il candidato deve ottenere la maggioranza assoluta e il 25% dei voti in almeno metà delle 47 contee (art. 138). Soluzione alternativa è sostenuta dal Sudafrica, ove il presidente è eletto in modo indiretto a maggioranza assoluta dalla Camera bassa, l'Assemblea Nazionale, nella prima sessione dopo le elezioni generali (art. 86). I candidati alla Presidenza sono i leader di partito, riprendendo così le convenzioni costituzionali inglesi; l'influenza della forma di governo parlamentare è evidente laddove la camera bassa può sfiduciare il Presidente e quest'ultimo può sciogliere la camera stessa. L'interessante forma di governo sudafricana presenta una commistione di elementi del regime parlamentare e della forma di governo presidenziale, ossia il conferimento della carica di Capo del Governo e Capo dello Stato conferite al Presidente (art. 83). Dai quattro casi presi in esame si evince quindi che, la tradizione britannica della divisione delle cariche di Capo dello Stato e dell'Esecutivo, è ormai scomparsa in tutta l'Africa anglofona. Inoltre il Presidente, in questi casi, detiene ampia discrezione nella composizione del Governo i quali hanno la facoltà di rimuovere i Ministri in qualsiasi momento. Questo saggio conclude che, nonostante l'esistenza nei testi costituzionali di *check and balances*, i presidenti tendono ad influenzare pesantemente il ramo legislativo. Ciò, unitamente alla coesistenza della carica di Capo dell'Esecutivo e dello Stato, rende chiaro come il bilanciamento dei poteri sia in favore degli esecutivi e dei presidenti. La realtà politica, di conseguenza, viene ad assurgere come vero ago della bilancia da cui dipende la variazione di questo “*constitutional pattern*”.

In questa seconda sezione vengono analizzati in modo maggiormente approfondito i casi del Kenya e della Nigeria, accomunati per aver adottato il sistema Westminster e il tipo di stato federale (o quantomeno decentrato). Il Kenya, fu caratterizzato, durante l'ultima fase del colonialismo, da una forma di governo parlamentare bicamerale, la cui seconda camera rappresentava le otto regioni in cui era suddiviso. La Costituzione dell'indipendenza (1963) ribaltò l'assetto istituzionale, conferendo al Kenya una forma di governo presidenziale in un tipo di stato unitario. L'abuso di potere da parte dei presidenti ha successivamente generato un risentimento popolare verso la forte centralizzazione, portando all'adozione di un nuovo testo nel 2010, i cui tratti salienti sono un rilevante sistema di *check and balances*, la forma di governo presidenziale e la reintroduzione del Senato, composto da 47 senatori eletti in modo diretto, in rappresentanza delle 47 contee. Il Senato Riveste il medesimo ruolo della Camera bassa nell'esercizio della funzione legislativa

riguardanti le contee, che si dividono in *special* e *ordinary bills*; le prime richiedono una maggioranza dei due terzi da parte dell'Assemblea Nazionale per contrastarne l'approvazione, mentre le seconde la maggioranza semplice. La funzione di contrasto del Senato verso la Camera bassa su iniziative legislative dell'esecutivo ha avuto modo di manifestarsi sull'*County Allocation of Revenue Bill* (CARB) ma soprattutto sull'*Annual Division of Revenue Bill* (DORB). Mentre la costituzione conferisce speciali poteri di revisione sulla prima, rimane silente sulla seconda; nel caso della DORB per l'anno finanziario 2013/2014, vennero ignorati gli emendamenti proposti dal Senato, che pose la questione alla Corte Suprema (mediante una *advisory opinion*). La Corte, in *Senate v National Assembly, Advisory Reference Opinion n. 2/2013*, accolse le istanze del Senato, in quanto la DORB coinvolge appieno il secondo livello di governo. Non fu questo il solo caso in cui il Senato svolse una funzione di contrasto nei confronti della camera bassa e l'esecutivo; a ciò si aggiunga che non vi è la garanzia di ottenere la maggioranza in entrambe le camere. Quindi il nuovo assetto costituzionale kenyota ha reso entrambe le camere, riequilibrandone il ruolo, in grado di controllare le proprie funzioni, riducendo le interferenze dell'esecutivo.

In tema di rapporti tra esecutivo e legislativo, viene analizzato il caso nigeriano, formalmente sin dall'indipendenza un tipo di stato federale ma che ha sostituito, nella costituzione del 1979, la forma di governo parlamentare con quella presidenziale, le cui disposizioni sono state riprese in larga parte in nella costituzione del 1999. Date le numerose giunte militari susseguitesisi dall'indipendenza, la Nigeria ha ereditato una forte centralizzazione, nonostante formalmente figure come stato federale. Sebbene nel testo della Costituzione siano presenti ampi riferimenti al bilanciamento dei poteri e al rispetto della *rule of law*, i passati regimi autoritari, hanno profondamente segnato la cultura politica nigeriana, rafforzando il ramo esecutivo. Ciò è risultato evidente soprattutto durante la presidenza del generale Obasanjo (1999-2007), sia a livello federale quanto a livello statale; nonostante alcuni timidi richiami al principio di legalità da parte della Corte Suprema (SC 127/2004), l'organo esecutivo continua a detenere ampi poteri, considerando anche la "timidezza" dell'organo legislativo (Assemblea Nazionale e Senato), che sembra ancora non aver assunto il ruolo di importante verifica delle azioni dell'esecutivo.

La terza sezione, la più estesa, riguarda i rapporti tra ordinamento giudiziario e organi politici e viene introdotta dall'analisi delle ex colonie portoghesi. In questi Stati, il potere giudiziario non gode di ampia considerazione, tanto che, come nel caso dell'Angola, la quasi totalità delle Corti municipali e provinciali non risultavano operative nel 2010. Sono questi, probabilmente, i casi in cui le *traditional authorities* e le *customary courts*, riconosciute nei testi costituzionali (Mozambico art. 4 Cost. e Angola art. 223 Cost.), rivestono un ruolo fondamentale nella risoluzione dei conflitti

giuridici, purché non siano confliggenti con i principi costituzionali. Gli esecutivi, inoltre, sostanzialmente svuotano dei loro ruoli gli organi legislativi e giudiziari; le Corti Supreme/Costituzionali, sono soggette ad un'endemica corruzione ed a pressioni politiche da parte degli esecutivi e degli "State party". Tra le ex colonie portoghesi, l'Angola costituisce probabilmente il caso più emblematico di "super presidenzialismo". L'aspetto più controverso è la modalità di elezione; secondo l'art. 109, il Presidente eletto è il primo nome nella lista vincitrice delle elezioni, che non è soggetto ad alcun voto di fiducia da parte dell'assemblea. La lucida analisi di questo "assolutismo presidenziale", considera anche il sistema di nomine dei giudici della Corte Suprema, composta da 11 membri, di cui 4 nominati dal Presidente e 4 dall'Assemblea Nazionale. Il controllo della Corte Costituzionale da parte del partito dominante e del Presidente si è palesato nella sentenza n. 319/2013 in merito ai poteri dell'Assemblea di «*exercise its controlling and oversight functions*» verso l'esecutivo ex art. 261). In tale occasione, la Corte ha negato tali poteri in virtù dell'assenza di subordinazione politica dell'organo esecutivo a quello legislativo; la Corte ha così perso un'ottima occasione per rafforzare i poteri dell'Assemblea, lasciando intatto lo squilibrio del potere in favore del Presidente. Il saggio successivo si interroga proprio sul ruolo del ramo giudiziario: oltre a tener presente che spesso questo si trova in totale subordinazione rispetto agli esecutivi, viene sottolineato come sono presenti alcuni casi in cui le Corti Costituzionali hanno iniziato a ricoprire o ricoprono un ruolo primario nella protezione dei diritti dei più deboli. Esempi pertinenti sono costituiti dal Botswana, dal Sudafrica e dal Benin, casi in cui si è verificato un *virtuous alignment* con l'esecutivo, nonché si è giunti ad un *judicial supremacy*. Un altro caso di successo, ampiamente analizzato quello del Ghana e dell'evoluzione dell'organo al vertice del sistema giudiziario del Paese: se inizialmente questo fu pesantemente indebolito dall'esecutivo, vedendolo con sospetto, successivamente si è giunti ad una mutua tolleranza e ad una "*self assertion*" da parte dell'organo giudiziario. I due giudizi della Corte Suprema, che con la nuova Costituzione del 1992 si sentì "*a bird out of a cage*", sono il *New Patriotic Party v Attorney – General (31 December case)* e il *National Patriotic Party v Inspector General of Police*. Il primo riguardò la festa nazionale del 31 dicembre, istituita nel 1989 per celebrare il colpo di stato del 1981 guidato da Jerry Rawlings che pose fine alla terza breve esperienza repubblicana del 1979. La Corte giudicò incostituzionale la festa nazionale, proprio all'indomani delle elezioni vinte dallo stesso Rawlings, in quanto si riferiva ad eventi ampiamente contrari ai principi fondamentali della nuova Costituzione, in particolar modo agli artt. 3 e 4, appositamente dedicati alla difesa dello Stato costituzionale contro i colpi di stato. Da aggiungere che i difensori, richiamando la dottrina della *political question*, elaborata dalla Corte Suprema USA e spesso utilizzata nell'Africa anglofona, sostennero la non

giustiziabilità del caso, al cui riguardo la Corte affermò che «*that doctrine cannot have application to us here in Ghana*». Il secondo, noto come *Public Order Case*, sancì l'incostituzionalità del Public Order Decree del 1972, emanato durante la giunta che guidò il colpo di stato dello stesso anno, che richiedeva il permesso dell'autorità di pubblica sicurezza per indire assemblee pubbliche o dimostrazioni pacifiche; ciò violava questo diritto fondamentale, in accordo con l'articolo 21 co. lett. d della Costituzione.

Il caso nigeriano viene esaminato anche rispetto al ruolo della Corte Suprema nei confronti dell'esecutivo e nel rapporto centro periferia. Particolarmente interessante è il caso *Attorney General of Lagos State v Attorney General of the Federation (SC 70/2004)*, in cui l'esecutivo di Obasanjo ignorò la sentenza della Corte che obbligava il trasferimento dei fondi federali allo stato di Lagos, dimostrando con ciò l'inettitudine dell'esecutivo nei confronti della Corte. Nota è la prassi relativa all'utilizzo della burocrazia, sia a livello federale quanto in quello statale, quale ostacolo all'applicazione di giudizi delle corti contrari ai *desideranda* degli esecutivi. In precedenza la Corte, nel caso della “*adaptive legislation*”, ex art. 315 Cost., che individua nell'esecutivo un organo in grado di modificare testi di legge, ma solamente in termini di meri cambiamenti testuali e non sostanziali, non sanzionò l'esecutivo. Questo infatti apportò sostanziali modifiche *all'Allocation of Revenue Modification Order 2002*, aumentando l'allocation delle risorse per il governo federale dal 48.5% al 56% (*Attorney General of Abia State and Ors v Attorney General of the Federation, SC 1/2003*). Notevole, invece, è stato l'attivismo della Corte in tema di *political question doctrine* in caso di *impeachment* di governatori statali, richiamata nel corso della Seconda Repubblica (1979-1982), ma non nei giudizi occorsi dal 1999 ad oggi. Sostanzialmente in Nigeria l'ordinamento giudiziario, ad entrambi i livelli di governo, si è mostrato molto timido nel contravvenire all'esecutivo e alquanto riluttante nel pronunciarsi in modo fermo su sensibili tematiche costituzionali.

L'esperienza federale etiopie è profondamente segnata dalla forte influenza dell'organo legislativo sul giudiziario, articolato in corti federali e regionali. Ciò è dato dal ruolo della Camera bassa *House of Federation (HoF)* che limita fortemente l'operato delle corti in virtù della facoltà, conferitagli dalla Costituzione, di interpretare e risolvere dispute di rilevanza costituzionale (artt. 62 e 83). La HoF è in grado anche di intervenire sui giudizi pendenti o definitivi della Corte Suprema, negando totalmente qualsiasi barlume di autonomia del sistema giudiziario. Inoltre, la Camera bassa è intervenuta affidando le funzioni delle corti ad organi amministrativi o giudiziari in seno all'esecutivo, nonostante ciò sia proibito dall'art. 78 della Costituzione. In Etiopia si è verificata quindi una pressoché totale spoliazione, da

ultimo con le c.d. *ouster clauses*, delle funzioni dell'apparato giudiziario trasferite ad organi amministrativi.

In Kenya, invece, se da una parte le corti mostrano un certo attivismo nei confronti dell'Esecutivo, come in *Independent Policing Oversight Authority & Another v Attorney General & 660 Others (Petition No. 390/2014)*, dove l'Alta Corte fece cessare il reclutamento delle forze di polizia per corruzione della *National Public Service Commission*, dall'altra non sono mancate accuse verso di esse per porre dei freni verso l'esecutivo, come nel caso in cui il Presidente Kenyatta accusò gli organi giudiziari di “*frustrating the operations of the executive*”.

Questa sezione, si conclude con uno studio sul rapporto tra esecutivo e giudiziario in Namibia, dimostrando come le Corti sono abili nell'affermare la propria indipendenza. Due sono stati, in particolare, i casi in cui si è verificato un aperto contrasto tra i due organi. In entrambi, *Ngoma v the Minister of Home affairs (No. 206/2000)* e *Sikunda v Government of the Republic of Namibia and another (2) 2001 NR 86 (HC) 96*, venne ordinato, dall'Alta Corte e dalla Corte Suprema, il rilascio dei ricorrenti, un richiedente asilo e un membro del partito d'opposizione, il *National Union for the Total Independence of (UNITA)*. L'organo giudiziario in Namibia si è reso dunque indipendente sebbene l'esecutivo abbia provato ad esercitare la propria influenza.

Infine, la quarta parte del volume tratta delle *hybrid institutions*, come rimedio contro le difficoltà incontrate dai sistemi di *check and balances*; introdotte dalla Costituzione del Sudafrica del 1996, sono state introdotte in numerosi stati (es. Nigeria 1999, Kenya 2010, Zimbabwe 2013). Si tratta delle numerose agenzie o autorità dedite a contrastare la corruzione nonché predisposte appositamente per gestire le elezioni, questione delicata in tutti gli stati africani. Secondo l'autore, l'emersione di queste istituzioni ha un preciso significato: la dottrina della separazione dei poteri, applicata nella realtà africana, può non essere vincente, nel limitare l'arbitrio del Leviatano e questi organi, solo se nel pieno della loro indipendenza, possono agire in supporto della corretta applicazione dei testi costituzionali soprattutto nell'esercizio di funzioni investigative e di controllo. Prima del capitolo conclusivo viene esaminata la figura del Pubblico Ministero, sia nell'Africa anglofona quanto in quella francofona, mettendo in risalto come le funzioni di questo istituto debbano essere strettamente legate ad una solida indipendenza verso gli organi politici.

L'ultimo capitolo di questo ricco volume è dedicato alle prospettive future del costituzionalismo africano, nel cui ambito l'interazione tra i sistemi giuridici di *common law*, *civil law* e *customary law* costituisce un tema di sicuro interesse e di futuro approfondimento. In riferimento al ruolo dell'organo giudiziario l'Autrice nota che il progressivo abbandono della *political question doctrine* non rappresenti

necessariamente un progresso; ciò in ragione della mancanza dello sviluppo di principi guida alternativi per le corti. Nell'ambito del costituzionalismo subsahariano l'unica esperienza pienamente positiva è sicuramente rappresentata dall'ordinamento del Sud Africa del 1996. L'Autrice del saggio in chiusura del volume suggerisce che, per la comprensione delle dinamiche costituzionali di numerosi Stati africani, sia necessario "guardare altrove". Ciò significa, in linea con la più autorevole dottrina (Choudhry 2006, Maldonado 2013, Vilhena 2013, Hirschl 2010, 2014), comparare non solo le diverse esperienze africane tra loro, all'interno delle quali il Sudafrica costituisce un'eccezione, bensì anche con altre realtà del c.d. Sud Globale, come India, Brasile e Colombia, tutti Stati segnati da un passato coloniale e caratterizzati da società attraversate da numerose tensioni etniche e religiose.

L'opera descritta, nonché la collana di volumi che introduce, è considerabile come pionieristica nel campo del costituzionalismo africano comparato. Da sottolineare come questo volume prenda in considerazione prevalentemente l'Africa subsahariana anglofona, mentre le vicende costituzionali relative all'area francofona risultino, generalmente, ancora poco affrontate in dottrina. Lo studio di queste esperienze costituzionali rimane molto complicato, ma altrettanto affascinante, in ragione della difficoltà nel reperimento di documenti (ad esempio nel caso delle *customary courts*) e per sua la continua evoluzione, come dimostra l'annullamento, da parte della Corte Suprema, delle elezioni generali in Kenya dell'8 agosto 2017. Le vicende costituzionali africane destano sempre più interesse come dimostra il recentissimo volume curato da E.N. Sahle, *Democracy, Constitutionalism, and Politics in Africa: Historical Contexts, Developments, and Dilemmas*, New York, Palgrave Macmillan, 2017 e dal secondo manuale della collana, di prossima uscita, curato anch'esso da Fombad, *Constitutional Adjudication in Africa*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

Adriano Dirri

[P. NORRIS, A. NAI \(a cura di\), *Election Watchdogs: Transparency, Accountability and Integrity*. New York, Oxford University Press, 2017, pp. 304*](#)

Il tema della qualità delle elezioni è al centro del dibattito nelle moderne democrazie rappresentative. Negli ultimi decenni è maturato un nuovo interesse verso gli studi in materia di diritto elettorale, poiché la stragrande maggioranza degli Stati ha adottato il metodo elettivo per l'assegnazione delle cariche pubbliche condividendo l'idea di democrazia rappresentativa, sebbene non sempre quella di *accountability*. Pertanto, nella letteratura accademica, la qualità delle votazioni pubblicistiche, valutata in base alla loro conformità agli standard di *fair and free elections* (il suffragio universale, uguale, libero, segreto e diretto, la periodicità delle elezioni, la stabilità delle leggi elettorali, l'organizzazione delle elezioni da parte di un organo imparziale, l'esistenza di un sistema di ricorso efficace ecc.), è alla base della distinzione tra le democrazie liberali e i “regimi ibridi”, chiamati anche autoritarismi competitivi. Negli ultimi, nonostante la presenza di strumenti tipicamente democratici (le elezioni), gli attori politicamente rilevanti non competono tra loro in condizioni di parità e di incertezza *ex ante* (v. per questo L. Diamond, *Thinking about Hybrid Regimes*, in *Journal of Democracy*, 2002, vol. 13, n. 2, pp. 21-35; S. Levitsky, L. Way, *Elections without democracy. The Rise of Competitive Authoritarianism*, in *Journal of Democracy*, 2002, vol. 13, n. 2, pp. 51-66; S. Steward, M. Klein, A. Schmitz, H. Schröder [a cura di], *Presidents, Oligarchs and Bureaucrats: Forms of Rule in the Post-Soviet Space*, New York, Routledge, 2016).

Dunque, è impossibile sottovalutare il ruolo che le elezioni giocano nel processo politico di ogni singolo Stato, poiché in ogni Paese si riscontrano problemi legati alla condotta elettorale e alla sua integrità, indipendentemente dal livello di sviluppo e democraticità. Perché i brogli e malversazioni elettorali succedono? Come evitare tali violazioni? E cosa sono le “*good elections*”? Tali questioni sono al centro degli studi di vari enti di ricerca, gruppi di ricercatori e singoli studiosi, la cui area d'interesse è legata ai problemi della gestione del processo elettorale (*Electoral Management*). Uno di questi gruppi di ricercatori si è riunito intorno al progetto accademico pluriennale, diretto dalla professoressa Pippa Norris, *The Electoral Integrity Project*, che si occupa dello studio dei processi elettorali nella prospettiva comparatistica e collabora con

* Contributo sottoposto a *peer review*.

molte agenzie internazionali per lo sviluppo, tra cui UNDP, International IDEA, OSCE, Carter Center ecc. Il volume “*Election Watchdogs*”, oggetto della recensione, è frutto di una ricerca che fa parte del progetto *The Electoral Integrity Project*. Il libro pubblicato recentemente da Oxford University Press contiene una serie di saggi di studiosi e professionisti internazionali che analizzano i problemi della gestione elettorale. Il volume non solo offre una teoria originale per comprendere il modo in cui le politiche di trasparenza (*transparency politics*) possono influire positivamente sulla condotta elettorale, ma dimostra anche la tesi secondo la quale attori diversi, come gli osservatori internazionali, i media, o le istituzioni coinvolte nell'amministrazione delle elezioni, sono in grado di intervenire in modo efficace per eliminare i difetti che possono manifestarsi nel processo elettorale.

Da quest'ultima affermazione deriva anche il titolo del libro “*Election Watchdogs*”, che significa letteralmente “Guardiani delle elezioni”. I *watchdogs* (il contrario è “*lapdog*”, “scagnozzo”) sono tutte le istituzioni che svolgono funzioni di gestione, assistenza, controllo, sorveglianza, monitoraggio, mediazione, consultazione e comunicazione, la cui attività può rendersi efficiente nell'attenuazione delle pratiche scorrette (*malpractices*) che possono rivelarsi nella condotta elettorale. La loro vigilanza può anche portare in alcuni casi all'introduzione di riforme nel sistema elettorale, alla risoluzione delle controversie legate alla violazione delle norme elettorali, o anche alla caduta del governo in carica. Pertanto, la ricerca svolta dagli Autori non si limita allo studio della *governance* elettorale ma punta ad analizzare il ruolo della comunità internazionale, delle istituzioni statali e degli attori della società civile nel promuovere: la trasparenza, intesa come “*the public availability of information*” (p. 3); l'*accountability* (il dovere di rendere conto delle proprie azioni, la responsabilità di *decision-maker* verso una collettività); e *compliance mechanisms* (prevede una eventualmente sanzione da parte dell'elettorato in merito all'operato dei politici, la richiesta dell'adempimento). È opportuno chiarire che, con il termine **accountability** si intende “*identifying the underlying reasons for any incidents of electoral maladministration and responsibility for any flaws that occur*” (cfr. p.6). “*In all democracies, elections are admittedly fairly blunt instruments of political accountability: voters have to bundle preferences to match the limited party choices available on the ballot paper, and citizens also need to counterbalance retrospective evaluations of government performance against prospective promises, where opposition parties pledge to remedy past defects and do better (Przeworski et al. 1999)*” (cfr. p.9). Secondo gli Autori, queste tre componenti – trasparenza, responsabilità e adempimento – contribuiscono in modo significativo alla “purezza” del processo elettorale o, nella terminologia usata dagli Autori, alla sua integrità. Quest'ultima (*electoral integrity*) viene percepita come la conformità delle votazioni agli *standard* internazionali, ai principi democratici del suffragio universale

e alle regole della *par condicio*. Inoltre, l'integrità del processo elettorale presuppone che esso si svolga in maniera imparziale e trasparente durante tutto il ciclo elettorale.

Alla base dell'impostazione teorica della ricerca si colloca la tesi proposta dagli Autori del libro che può essere sintetizzata con la seguente osservazione: per rendere l'influenza dei principali attori (società civile o comunità internazionale) più efficace, la trasparenza deve essere accompagnata dalla responsabilità e dai meccanismi di sanzioni. Questa è la regola del cd. *transparency-responsibility-compliance nexus*: “*This process can be understood as a three-step transparency-accountability-compliance sequence; information provides the foundation that precedes and facilitates the accurate identifications of any malpractices and their potential solutions. In turn, compliance uses rewards and sanctions designed to ameliorate problems and encourage the implementation of remedies leading toward improved performance by electoral officials*” (cfr. p.8).

Il capitolo che introduce lo studio “*Transparency in Electoral Governance*” chiarisce il significato dei concetti principali al centro della ricerca e indica in linea generale gli argomenti che attraversano il discorso accademico sulla trasparenza della condotta elettorale. L'Autore discute gli *standard* internazionali e i vari codici di buona condotta in materia elettorale, traccia le particolarità dei canali (rotti) di responsabilità nelle autocrazie e affronta il tema degli attori coinvolti nel processo dell'*electoral management*, soffermandosi, in particolare, sulle diverse tipologie di istituzioni impegnate nella gestione del processo elettorale (dai dipartimenti governativi alle agenzie amministrative legalmente indipendenti, come le Commissioni elettorali).

La struttura del libro rispecchia l'impostazione metodologica della ricerca. I saggi del libro che seguono la parte introduttiva sono raggruppati in tre blocchi, secondo l'idea dei canali di responsabilità multidirezionale – verso l'alto, verso il basso e orizzontalmente tra gli attori statali – e rappresentano nove ricerche indipendenti che affrontano il problema della qualità delle elezioni con vari approcci, considerando l'argomento da angolazioni diverse. Così, per esempio, nella parte dedicata alla responsabilità verso la comunità internazionale (*upward accountability*), diversi autori parlano del ruolo delle organizzazioni internazionali nel promuovere la buona condotta in materia elettorale. Alcuni Autori si concentrano sulla funzione delle missioni di osservazione e, in particolare, sul valore delle loro raccomandazioni. Altri valutano le capacità degli *IGO* nell'effettuare pressioni sulla cattiva amministrazione attraverso il meccanismo di condizionalità o dell'impegno diplomatico, mentre i restanti esaminano il ruolo della comunità internazionale nel processo dell'audit elettorale, utilizzato soprattutto come metodo di risoluzione delle controversie.

Nella III Parte del libro, che ha ad oggetto le responsabilità di tipo orizzontale tra gli attori statali, due sono le ricerche svolte riguardo l'organo di gestione elettorale

(*Electoral-Management Body, EMB*). La prima si occupa della questione di trasparenza dei siti web, la seconda analizza il lavoro dei membri del seggio elettorale (*poll workers*) durante il giorno delle votazioni. Infine, è esaminata l'efficacia dei tribunali della giurisdizione ordinaria e delle Corti costituzionali, nella loro competenza a giudicare i ricorsi contro gli illeciti elettorali.

L'ultimo blocco delle ricerche (*downward accountability*) riguarda le attività dei 'Guardiani' domestici, cioè gruppi d'iniziativa elettorale nazionali (*Domestic Election-Monitoring Initiatives, DEMI*) e mass-media tradizionali. Questi ultimi – chiamati anche “quarto potere” (*fourth estate*) – sono stati considerati dall'Autore non solo come i *watchdogs*, ma anche come **agenda setters**, cioè di chi stabilisce l'ordine del giorno e quindi decide a quale notizia dare la priorità, e **gatekeepers** – che garantiscono l'equilibrio nella visibilità e il giusto grado di copertura per i rappresentanti dei vari gruppi di interesse.

Infine, la Conclusione scritta dal co-editore, professoressa P. Norris, completa lo studio sull'argomento, unendo insieme i risultati ottenuti nei capitoli precedenti. La ricercatrice propone il modello originale dell'*electoral accountability*: la responsabilità elettorale è intesa come il processo in cui “*citizens judge the government's performance and either punish them where they are blamed, by withholding support, or else reward them with their return to office*” (cfr. p. 216). La professoressa Norris si interroga sulle circostanze in cui la responsabilità elettorale funziona in maniera più efficiente e inserisce il problema della qualità delle elezioni e della loro gestione in un discorso più ampio sulla legittimità.

Riguardo al metodo della ricerca, l'analisi svolta dagli Autori del volume nel suo insieme rappresenta un classico esempio di studi comparativi condotti su larga scala con l'utilizzo di *database* originali, integrati con i *case-study* come elemento illustrativo della prassi. Oltre alla prospettiva comparativista che attraversa tutto il discorso, le ricerche degli Autori dedicati ad argomenti diversi si basano su approcci specifici, coerenti con lo scopo della concreta analisi. Per esempio, nello studio degli osservatori internazionali, l'Autore si è basato su *democracy-theory approach*, secondo il quale le valutazioni delle stesse elezioni, che vengono espresse nei rapporti di monitoraggio elettorale, in gran parte differiscono tra loro a causa dell'esistenza di differenti comprensioni della democrazia, da quella minima (Schumpeter) a quella più consistente (Dahl, O'Donnell). Parlando degli effetti della tutela internazionale delle norme elettorali, l'Autore del Capitolo 3 “*International Enforcement?*” procede dal *incumbent-led model*, cioè dall'ipotesi che uno dei soggetti politicamente rilevanti abbia superiorità sui suoi avversari e che quindi strumenti di pressioni esterne non solo possano incoraggiare i partiti dell'opposizione a unirsi, ma anche ad avere un impatto sui risultati elettorali, provocando alternanza al potere. Lo studio condotto da uno

degli Autori nel Capitolo 4 del volume ha ad oggetto le raccomandazioni contenute nelle relazioni dell'Organizzazione degli Stati Americani ed è basato sull'idea delle *best practices*, mentre l'analisi dei questionari dei membri dei seggi elettorali locali in Regno Unito riflette l'impostazione della *evidence-based research* (vale a dire, ricerca basata sulle prove e sulle esperienze concrete).

In modo particolare è necessario menzionare la componente empirica dello studio. Nella raccolta dei dati, gli Autori hanno intrapreso due strategie – 1) quella di raccolta dei dati originali sulla base dell'analisi di varie risorse: rapporti e relazioni delle organizzazioni internazionali, questionari dei *poll workers* britannici, decisioni delle Corti di alcuni degli Stati post-sovietici, siti *web* delle Commissioni elettorali ecc., oppure 2) quella dell'analisi secondaria delle banche dati esistenti: *World of Journalism Study (WJS) data set*, indici affidabili e autorevoli come *Freedom House*. Di grande importanza per la ricerca in particolare, e per l'iniziativa *The Electoral Integrity Project* in generale, è l'elaborazione dell'indice *Perceptions of Electoral Integrity (PEI)* sulla base dei dati di 177 Paesi del mondo forniti da *International IDEA Database*. Proprio partendo da *PEI* alcuni degli Autori hanno sviluppato propri indicatori, *Electoral Malpractice Index (EMI)*, l'indice delle 'cattive pratiche elettorali' (è il *PEI* invertito).

Per quanto riguarda il metodo con cui i dati ricavati o selezionati vengono elaborati nei singoli capitoli, la maggior parte dei ricercatori si è avvalsa dei metodi di (*comparative*) *content analysis*, *citation count analysis*, *sentimental analysis*, utilizzando anche il metodo della codifica delle parole-chiave. In tale analisi empirica (la raccolta e l'elaborazione dei dati e l'ottenimento di prove) il momento più sorprendente è la precisione con cui gli Autori procedono alla concretizzazione del significato di concetti difficili per la loro astrattezza, come la trasparenza, l'integrità, l'*accountability*. Le variabili e i fattori esplicativi sono identificati con accuratezza, e, inoltre, la connessione tra i fattori vari è dimostrata su grafici, tabelle e disegni.

Senza avere la pretesa di operare una descrizione esaustiva del contenuto dell'intera opera, ritengo necessario soffermarmi su alcuni risultati e intuizioni più importanti. Innanzitutto, dalla ricerca si evince che vi è una mancanza di norme comunemente condivise da diverse istituzioni internazionali di monitoraggio. Nella valutazione delle elezioni, alcuni di loro fanno attenzione solo agli aspetti tecnici associati al processo di organizzazione e agli intervalli a breve termine, come la condotta "pulita" nel giorno di votazione; altri considerano le elezioni da una prospettiva più ampia, integrando i criteri per valutare l'integrità della condotta elettorale con indicatori relativi all'osservanza nel Paese dei diritti civili e politici e del principio di legalità.

Allo stesso tempo, per quanto riguarda i reati elettorali, la comunità internazionale ha le sue leve di influenza sul Paese in cui vengono violati i diritti elettorali e le regole

delle elezioni competitive e libere. Fra i diversi meccanismi che possono essere messi in moto per influenzare la condotta, in particolare, gli Autori citano l'assistenza diplomatica, l'imposizione di condizioni rigide o la formulazione di raccomandazioni contenenti indicazioni per la riforma del sistema elettorale. Uno o l'altro strumento di pressione è più efficiente in certe fasi del ciclo elettorale. Ad esempio, l'assistenza diplomatica è efficace durante la fase pre-elettorale, quando lo Stato che si preoccupa della sua reputazione internazionale (!) s'impegna ad adeguare agli standard internazionali la propria legislazione in materia elettorale in cambio della cooperazione, per esempio, in materia economica. D'altra parte, già in fase post-elettiva sono particolarmente importanti gli sforzi delle organizzazioni intergovernative nel controllo dell'audit elettorale: le garanzie di prevedibilità e chiarezza, di trasparenza e professionalità e la possibilità del ricorso (nel contenzioso elettorale) sono tutti elementi-chiave che devono essere rispettati durante la procedura della revisione dei risultati elettorali. Anche il ruolo delle Corti è rilevante, soprattutto per le nuove democrazie, nel processo di risoluzione delle controversie riguardanti le frodi elettorali. In particolare, è stato rilevato il crescente coinvolgimento delle Corti Costituzionali nell'ambito del controllo sull'integrità elettorale.

La trasparenza è innanzitutto l'accesso alle informazioni. Sarebbe sbagliato pensare che una maggiore informazione da sola rafforzi la responsabilità. Tuttavia, è vero che una corretta e accurata presentazione delle informazioni potrebbe contribuire a migliorare la condotta elettorale in particolare, e la *governance* in generale. Pertanto, il ruolo dei media tradizionali non deve essere sottovalutato. Purtroppo, gli sviluppi negli ultimi decenni hanno segnalato un cambiamento in termini di qualità del giornalismo politico e hanno portato al mutamento del modo in cui sono fornite le notizie, dall'esposizione dei fatti al solo esprimere un'opinione. Come nota uno degli Autori del volume: *“Increased competition and market pressure... along with an increased commercialization of news format, resulted in a shift toward “soft news”, infotainment journalism”, and a global trend that puts more attention on personalisation and privatization of politics”* (cfr. p. 198).

Elezioni manipolate, che creano tra la gente il sentimento di dissonanza tra aspettative e realtà, in combinazione con un ambiente politico aperto e attento alle forme diverse dell'attivismo civico (chiamate dall'Autore *political opportunities*), sono significativamente correlate con il numero delle associazioni di cittadini, dei gruppi informali e dei movimenti sociali, che si occupano del monitoraggio delle elezioni nei loro Paesi. Tuttavia, uno dei risultati inaspettati è un'osservazione secondo la quale, stando alle stime dell'Autore, il numero delle associazioni non necessariamente cresce in parallelo con il livello dell'apertura del sistema politico, ma soltanto con il crescente

malcontento sulla condotta elettorale. Ed è anche vero che, rispettivamente, i regimi chiusi, dove le violazioni delle elezioni sono massicce, non necessariamente producono numerosi movimenti ‘per le elezioni pulite’. Anzi, più elezioni sono manipolate, più la gente preferisce ‘restare a casa’. In sintesi, il numero di gruppi d’iniziativa locali non è direttamente correlato al livello della libertà politica.

Nel complesso, si può dire che il volume “*Election Watchdogs*” rappresenta uno studio all’avanguardia sul tema dell’integrità dei processi elettorali. Grazie all’impostazione teorica e all’analisi empirica, gli Autori forniscono un quadro completo delle problematiche riguardanti la trasparenza e l’*accountability* nella *governance* elettorale e politica, aspetti che, in un modo o nell’altro, contribuiscono al miglioramento della qualità delle elezioni e possono prevenire o correggere le pratiche elettorali scorrette.

Ilmira Galimova

[R. ORRÙ, F. BONINI, A. CIAMMARICONI \(a cura di\), *La rappresentanza in questione*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2016, pp. 430](#)

Nell'attuale contesto storico di profonda difficoltà del regime politico democratico e delle associazioni partitiche, in profonda crisi nel rappresentare gli interessi sociali è stato messo in evidenza, quotidianamente e con forza, il pericolo derivante dalla scomparsa delle ideologie e delle strutture di partito. Il cambiamento della *forma partito* in direzione leaderistica ha prodotto una forte crisi del tradizionale modo di concezione del *politico* e della *politica*, indebolendo il circuito rappresentativo ad essi connesso, con conseguente svilimento della tradizionale funzione rappresentativa inerente al mandato elettivo.

Su questi aspetti, nel corso degli anni, si sono sviluppate le riflessioni di ampia parte della comunità scientifica, la quale ha stimolato il dibattito pubblico con copiose e utilissime opere scientifiche, sia monografiche sia collettanee. Tra queste, preme segnalare, in questa sede, il Volume collettaneo curato da Romano Orrù, Francesco Bonini e Anna Ciammariconi, che presenta contributi diversificati per i temi trattati e per l'ampio coinvolgimento di diversi esponenti della dottrina.

Per quanto concerne la struttura dell'opera, essa raccoglie quattro Seminari, tutti incentrati sull'approfondimento della rappresentanza politica e introdotti da una breve nota esplicativa. Non a caso, il titolo del Volume è proprio '*La rappresentanza in questione*', analizzata sotto diversi angoli prospettici. *Ivi* vengono affrontate le varie sfaccettature della rappresentanza politica così come sono emerse dai vari Seminari che sono stati dedicati al tema nel corso di questi anni (2012-2015). Un pregio dello scritto in commento è quello di aver integrato la prospettiva giuridica con quella storica, approccio metodologico espressione della multidisciplinare formazione dei curatori e delle materie da essi insegnate.

Il primo dei Seminari è stato tenuto nell'anno 2012 e approfondisce la tematica *de qua* trattando "*Gli stati di emergenza e di eccezione in prospettiva storico-comparata*", con contributi di Cristina Cassina, (*La regola nell'eccezione. Considerazioni sul caso francese*), Roberto Grazzi (*L'emergenza costituzionale nel modello weimeriano: origini e lascito costituzionale*) e Luigi Guarnieri Calò Carducci (*La dittatura, il più classico degli stati d'eccezione, nel pensiero e nella prassi latinoamericana. Alcune riflessioni*). La disciplina degli stati d'eccezione e d'assedio viene accuratamente descritta attraverso una prospettiva storicamente situata. La stessa, infatti, presenta indubbe criticità quanto a

presupposti e limiti. Le situazioni emergenziali si concretizzano nell'estensione dei poteri governativi a discapito di quelli delle Assemblee elettive. In queste ipotesi, si assiste ad una distorsione del fisiologico 'funzionamento' della rappresentanza politico-parlamentare poiché le principali scelte su come affrontare e gestire l'emergenza vengono assunte in sede governativa. Come si vedrà dalla lettura dei saggi, l'eccezionalità può provocare gravi conseguenze per la stessa tenuta dell'ordinamento democratico. E il Volume ne fa compiutamente conto, illustrando esaurientemente i precedenti storici. A partire dai primi atti normativi, introdotti dal settecento in poi nel contesto rivoluzionario francese, si può facilmente comprendere come la disciplina in commento presupponga il verificarsi di situazioni eccezionali potenzialmente pregiudizievoli per la permanenza dell'intero assetto istituzionale. Proprio queste motivazioni spiegavano la specifica disposizione costituzionale cui all'articolo 48 della Costituzione weimariana. L'intervento sul caso tedesco ci consente di cogliere con precisione le motivazioni storico-politiche e i dirompenti effetti che l'esercizio dei poteri presidenziali, in ordine alle situazioni emergenziali, ha provocato nella storia costituzionale della Germania. I regimi d'eccezione sembrano essere la regola negli Stati dell'America Latina. Nel contributo dedicato, viene descritto il periodo dittatoriale nell'America meridionale e il conseguente riflesso che lo stesso ha avuto nella regolazione degli stati d'emergenza così come regolati, attualmente, nelle Costituzioni dei vari Paesi.

Il secondo dei Seminari ha avuto luogo nel 2013 e ha riguardato “*Appello al popolo e democrazia: nuove forme plebiscitarie che sanno d'antico?*” e reca i contributi di Francesco Bonini (*Plebisciti “costituenti”: all'origine (e alla fine) del Regno d'Italia*), Andrea Buratti (*Andrew Jackson e le radici del populismo americano*), Paola Marsocci (*Le tracce di populismo e plebiscitarismo nell'odierna realtà costituzionale italiana*), Viola Storni (*Diritto di accesso alla rete e nuovi istituti plebiscitari: spunti critici*), Cosimo Cascione (*I plebisciti nel mondo antico e la democrazia plebiscitaria*) e Maria Sofia Corciulo (*Alle origini delle esperienze referendaria e plebiscitaria francese: questioni di semantica politico-istituzionale*). All'interno di questa parte del Volume emerge il collegamento tra plebisciti e referendum. Entrambi espressione di una 'decisione popolare', l'approfondimento sull'origine storica dei populismi (nell'antica Roma, nel contesto rivoluzionario francese e in quello italiano dall'Unità in poi) è particolarmente significativo per coglierne il significato e la finalità, ovvero 'avviare' un processo di legittimazione dal basso in modo che il popolo esprima 'la propria voce'. Da deliberazione assunta della plebe, il plebiscito ha assunto un processo di progressiva trasformazione divenendo un vero e proprio appello al popolo diretto ad ottenere l'approvazione su una specifica questione, profondamente legata ad una persona. Ed è in questo caso che si evince come, alla luce dell'attuale contesto politico-partitico, è senz'altro possibile che i quesiti referendari si

trasformino in plebisciti, i quali nella loro versione moderna si traducono in consensi del popolo su un leader e capo politico rispetto ad una proposta che finisce per essere meramente ratificata. Questo processo, comune agli Stati Uniti e all'intero contesto europeo, è ulteriormente favorito dallo sviluppo dei moderni strumenti di comunicazione di massa i quali agevolano un rapporto sempre più immediato e diretto tra leader e popolo aggirando i tradizionali circuiti della rappresentanza politica.

Il terzo Seminario si è celebrato nel 2014 ed ha avuto ad oggetto “*Il principio del divieto di mandato imperativo: antico feticcio o baluardo irrinunciabile?*”, con contributi di Valentina Corneli (*Lo stato dell'arte del dibattito sulla anti-defection clause in Canada, Australia, Nuova Zelanda e Italia*), Federica Girinelli (*I rapporti tra elettori, eletti e partiti politici in Brasile: la Fidelidade Partidaria*), Matteo Tedde (*La vicenda sudafricana intorno al floor crossing*) e Daniele Paolanti (*L'introduzione dell'anti-defection clause nell'ordinamento indiano*). Questa Sezione è interamente dedicata alla disciplina del mandato imperativo. I quattro contributi che approfondiscono la suddetta tematica ne svolgono un'indagine in chiave strettamente comparatistica. I Paesi analizzati sono il Canada, l'Australia, la Nuova Zelanda, l'Italia, il Brasile e l'India. L'elemento in comune degli scritti è stato quello di aver storicizzato le differenti previsioni costituzionali – ove esistano – in materia di mandato elettivo, connettendole alla rispettiva storia costituzionale, alla forma di governo, al sistema partitico e alle formule elettorali. L'aspetto di maggior rilievo che emerge dalla lettura dei testi è quello per il quale il mandato imperativo è funzionale ad assicurare la piena rappresentanza degli interessi collettivi all'interno di contesti sociali profondamente diversificati ed eterogenei. Trattasi di società portatrici di interessi e valori disomogenei, potenzialmente difficili da ricondurre ad unità. Nello scritto dedicato anche all'Italia, è interessante notare come una particolare forza politica prediliga la concezione di un mandato elettivo imperativo, con la sottoscrizione di specifici documenti che garantiscano il rispetto degli impegni assunti; contestualmente, vengono propugnatte tesi per le quali sarebbe necessaria attribuire al popolo la possibilità di revocare gli eletti.

Il quarto e ultimo Seminario si è svolto nel 2015 su “*Le formule elettorali fra legittimazione democratica e selezione dei governanti?*” con i contributi di Fabrizio Politi (*Italicum: legittimazione o governabilità?*), Giampiero Di Plinio (*Costituzione economica e sistema elettorale*), Valentina Corneli (*Liste bloccate e selezione dei candidati*), Marco Fioravanti (*Alle origini dei sistemi elettorali: la Francia rivoluzionaria*), Tito Forcellese (*Il premio di maggioranza e gli snodi elettorali della storia d'Italia: traiettorie politiche ed istituzionali*), Gianluca Sardi (*Riforme inglesi dell'Ottocento ed elezioni genuine*), Edmondo Mostacci (*Proiettivo, ma non troppo: le correzioni alle formule elettorali proporzionali nelle democrazie*

contemporanee), Francesca Di Matteo (*Il concetto di libere elezioni in diritto internazionale*), Marcello Salerno (*Il modello Westminster: crisi strisciante o fiorente vitalità?*), Matteo Cosulich (*Il quadro delle discipline legislative elettorali nelle Regioni ordinarie e speciali*), Pietro Pulsoni (*I modelli elettorali regionali*), Sabrina Altamura (*La legge elettorale della Regione Abruzzo*), Marta Ferrara (*Sistema elettorale e ruolo del Presidente della Regione in una recente prassi abruzzese*), Alessia Fonzi (*Il contenzioso in materia elettorale*), Carmen Ranalli (*Nuove forme di rappresentanza? Le elezioni provinciali sotto il segno della legge Delrio*) e Raffaele Daniele (*La disciplina elettorale dei Comuni*). I contributi riguardano la legislazione elettorale in senso stretto, descritta sia a livello nazionale che locale e il suo rapporto con il principio elettivo. Il filo conduttore degli scritti è indubbiamente quello di valorizzare l'intimo rapporto tra il principio elettivo – considerato nella sua prospettiva storica e nel rilievo assunto nei documenti internazionali – le formule elettorali e il conseguimento dell'equilibrio tra le opposte e, parimenti legittime, esigenze della governabilità e della rappresentatività. Da un confronto fra i diversi interventi si può cogliere come, nel corso della storia, il problema di fondo è sempre stato quello di inquadrare le leggi elettorali prendendo in considerazione la storia costituzionale, i rapporti tra gli organi attivi – Governo e Parlamento – e il sistema partitico introducendo anche appositi correttivi come il premio di maggioranza. L'effetto di quest'ultimo ha, in più occasioni, compromesso e alterato il complessivo funzionamento del sistema democratico, rendendo necessario – come è noto – l'intervento degli organi di garanzia esterna sulle leggi elettorali le quali hanno privato l'elettore della libertà di voto a vantaggio delle liste bloccate. La scelta e gli effetti del sistema elettorale hanno indubbiamente rilevanti riflessi sulla composizione delle Assemblee elettive e sulla formazione della compagine governativa, da cui derivano – a seconda che si formi o meno un governo di coalizione – effetti diversi sulle scelte di politica economica. L'adozione di sistemi elettorali maggioritari assume maggiore pregnanza soprattutto a livello regionale dove il Presidente della Regione si trova al vertice della struttura di governo, potendo condizionare i lavori del Consiglio regionale e la stessa durata della Legislatura. Le problematiche sulla legislazione elettorale devono inquadrarsi anche nella prospettiva processuale con espresso riferimento agli strumenti messi a disposizione dai candidati nel corso o al termine del procedimento elettorale.

Sebbene gli argomenti trattati nel Volume siano plurimi ed eterogenei, lo stesso si caratterizza per la loro puntualità e rilevanza. La disciplina dei poteri emergenziali in situazioni di crisi, i dibattiti sulla democrazia plebiscitaria, sul mandato elettivo e sulle formule elettorali costituiscono aspetti di indubbia e stretta attualità. Dagli stessi emergono, infatti, criticità e problematiche non trascurabili in quanto presentano come elemento comune la funzione costituzionale della rappresentanza politica.

Il regime normativo degli stati di eccezione ritorna prepotentemente nella odierna realtà costituzionale e comparata a seguito degli attentati terroristici, sollevando problematiche di palese ‘sensibilità costituzionale’. Come emerge dalla lettura dei contributi, la previsione di situazioni eccezionali altera il canonico funzionamento dei poteri dello Stato con la prevalenza delle competenze governative rispetto a quelle parlamentari e con il correlato rischio che si ecceda nella disciplina compromettendo l’esercizio dei diritti di libertà. Proprio per evitare i rischi suddetti, le Costituzioni che normano gli stati di crisi ne prevedono limiti di durata e contenuto, vincolando l’azione governativa al rispetto di determinati presupposti.

A ciò si aggiunga come, i restanti temi che vengono approfonditi dai diversi Autori – ossia quelli del mandato imperativo, dei populismi e delle leggi elettorali – sono certamente una spia delle tendenze che si stanno diffondendo nelle democrazie costituzionali. La profonda crisi del partito politico, la carenza di legittimazione delle istituzioni rappresentative e il ruolo delle moderne tecnologie stanno indubbiamente provocando una trasformazione pericolosa degli schemi della rappresentanza politica. Dal partito al leader, dalla collegialità all’individualismo e alla compressione del principio del divieto di mandato imperativo sostituito, dai fatti, da un vincolo di fedeltà nei confronti del capo politico. Il quale ultimo – come del resto è ben evidenziato nel Volume – sfrutta le moderne tecnologie di massa e gli strumenti informatici per creare un rapporto sempre più diretto e personalizzato con la collettività. L’effetto di questi cambiamenti si concretizza e si riflette proprio nelle formule elettorali le quali, oltre ad impedire all’elettore di esprimere la propria preferenza, si ispirano prevalentemente alla governabilità sacrificando la dimensione rappresentativa.

Su tutti questi temi si sviluppa l’Opera collettanea, la quale rappresenta un utile lavoro scientifico per stimolarci a riflettere su questioni essenziali per la vitalità democratica.

Marco Mandato

[G. DE MINICO, *Costituzione. Emergenza e terrorismo*, Napoli, Jovene, 2016, pp. 360*.](#)

“**A** chi mai gioverebbe la legge della paura, se il danno procurato fosse maggiore del pericolo dal quale prometteva di difenderci?”.

Con questo interrogativo si chiude il volume di Giovanna De Minico “Costituzione. Emergenza e terrorismo”, un libro che affronta la tematica dell’emergenza terroristica ponendosi a metà strada tra l’esperienza passata e gli scenari futuri.

La quotidiana paura collettiva dettata da un fenomeno terroristico imprevedibile - nel dove, nel come, nel quando e nel chi - è infatti all’origine delle cosiddette “*laws of fear*”, espressione coniata dall’americano Sunstein (C. R. Sunstein, *Laws of Fear. Beyond the Precautionary Principle*, 2005), basate sul calcolo probabilistico dell’avveramento del rischio. L’attestazione del livello di rischio pone però il legislatore di fronte alla scelta tra la salvaguardia delle libertà individuali e la garanzia della sicurezza collettiva. Il pericolo maggiore cui si va incontro pare pertanto essere quello di una deriva securitaria, ove la regola eccezionale si fa permanente e i principi costituzionali moderni vengono irrimediabilmente soffocati. In buona sostanza, nell’intento di scongiurare una situazione in cui “il decisore politico cede al ricatto della violenza, [...] abdica alla cultura delle libertà e dell’equilibrio dei poteri, soffocando le prime irragionevolmente anche nei confronti di chi non è in odore di terrorismo, e accumulando poteri nelle mani di esecutivi, collocati in zone più o meno franche del riesame giudiziario” (p.3), l’Autrice si propone di individuare gli strumenti utili per governare il fenomeno emergenziale. In particolare, in mancanza - nell’ordinamento italiano - di una speciale disciplina dello stato di emergenza, l’A. fa appello ai tradizionali canoni dello Stato di diritto e al nocciolo duro dei diritti fondamentali, al fine di formulare un paradigma costituzionale per le generazioni future per gestire l’emergenza terroristica.

Tale necessità nasce dalla novità insita nel terrorismo di matrice pseudo-islamica la cui azione criminale si articola in “atti violenti indirizzati senza alcuna progettualità verso chiunque si trovi a passare dove l’evento accadrà” (p.10). La vittima prescelta non è più lo Stato, ma la persona comune. Il “Nuovo Terrorismo” si fa pertanto amorfo, diffuso su larga scala e dotato di un network internazionale di tipo orizzontale, come già osservato da Wilkinson (in P. Wilkinson, *Why modern Terrorism? Differentiating Types and Distinguishing Ideological Motivations*, in C.W. Kegley (ed.), *The New Global Terrorism: Causes and Consequences*, 2004). Si delinea così un fenomeno dai

* Contributo sottoposto a *peer review*.

contorni labili, dalle proporzioni a-territoriali, temporalmente ricorrente ma non per questo prevedibile, che determina lo stato di emergenza.

Si hanno due idee differenti circa il titolo costitutivo dello stato di emergenza, entrambe illustrate dall'A. – facendo richiamo a numerose autorevoli voci dottrinarie - nel primo capitolo del volume, intitolato “Il regime costituzionale dell'emergenza in Italia”.

Secondo la teoria dualista, il potere emergenziale trae la propria origine dalla necessità, che si assurge a vera e propria fonte del diritto, alternativa alla Costituzione (v. S. Romano, Sui decreti-legge e lo stato d'assedio in occasione del terremoti di Messina e Reggio-Calabria, in *Rivista di Diritto Pubblico e Pubblico Amministrativo in Italia*, 1909). Se quest'ultima rappresenta infatti l'ordine giuridico costituito e minacciato dall'emergenza, la necessità – quale situazione impreveduta esterna all'ordinamento - si pone come fonte *extra ordinem*, legittimante lo Stato ad attivarsi al fine di governare l'evento straordinario, costringendo in tal modo l'ordinamento a evolversi (p.17). Il potere emergenziale di matrice dualista agisce dunque in funzione dinamica, derogando in chiave costituente all'ordine preesistente. La pericolosità insita in tale formulazione è però lampante e può essere ben riassunta dalle parole di Agamben (citato a p.21), secondo cui: “*Quando si affida la democrazia alla protezione assoluta e incontrollata della necessità, ci si allontana progressivamente dalla libertà e dalla divisione dei poteri per avvicinarsi inesorabilmente alla dittatura costituzionale 'schmittiana': fase di transizione verso l'instaurarsi di un regime totalitario*” (G. Agamben, *Stato di eccezione*, 2003).

D'altro canto, l'idea monista rinviene la fonte del potere emergenziale in una norma – sia essa esplicita o implicita – intestina all'ordinamento stesso (vedasi P. Barile, *Le libertà in Costituzione. Lezioni*, 1966). Tale concezione mira a conservare l'ordine pregresso in una logica di continuità dell'assetto costituzionale. L'emergenza viene allora percepita come meramente provvisoria ed eccezionale; come un'occasione per riaffermare staticamente i valori identitari propri dell'ordinamento e per “far ritornare le cose al punto iniziale” (p.21). La situazione straordinaria finisce dunque per rafforzare la regola e per conferirle ulteriore validità (come in C. Masi Doria, ‘*Salus populi suprema lex esto*’. *Modelli costituzionali e prassi del 'Notstandsrecht' nella 'res publica' romana* in *Scritti in onore di M. Scudiero III*, 2008).

L'A. passa poi ad esporre una terza via, rappresentata dalla tesi formulata da Ranelletti (nello specifico, O. Ranelletti, *La polizia di sicurezza*, in V.E. Orlando, *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, 1904) secondo cui – in assenza di una clausola *ad hoc* - il potere emergenziale non può che trovare la sua giustificazione nel diritto-dovere dello Stato all'autodifesa ossia, citando Mortati: “*l'esigenza fondamentale che presiede allo Stato è la conservazione di sé stesso, nonché la soddisfazione dei fini istituzionali i quali lo sorreggono*” (C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, 1975). La necessità entra qui

a far parte dell'ordinamento, in funzione creativa del diritto, ma al contempo il potere emergenziale viene contenuto all'interno del perimetro tracciato dalla Costituzione, in funzione conservativa dell'ordinamento stesso.

La mancanza di una previsione costituzionale espressa dello stato di emergenza non impedisce perciò l'attivazione di poteri inespressi e impliciti che consentono comunque al legislatore di disciplinare la situazione straordinaria.

Ciò su cui si interroga l'A., nel prosieguo del primo capitolo, sono quindi le conseguenze giuridicamente rilevanti sull'ordinamento italiano derivanti “dalla perdurante assenza o dall'introduzione in via di revisione di una statuizione esplicita” (p. 41). Particolare attenzione viene riservata all'incidenza dell'emergenza sulle libertà fondamentali.

Nella situazione straordinaria, infatti, ogni libertà fondamentale può essere oggetto di misure ampiamente repressive, applicate invocando un'interpretazione estensiva del concetto di sicurezza che, in qualità di valore rilevante, ben si presta a contemperare gli opposti interessi costituzionali.

Anche nello stato di emergenza, però, il nocciolo delle libertà essenziali deve continuare ad essere garantito. A ciò vale il richiamo alla riserva di legge, che può essere sì attenuata ma non annullata dalle leggi della paura.

In particolare, l'A. prospetta il caso in cui il Governo – per far fronte alla situazione eccezionale – dovesse arrivare a delegificare l'intera materia dei limiti alle libertà o a delegare ad un regolamento secondario il compito di delineare i suddetti margini. Indipendentemente dal fatto che agisca sulla base di una clausola emergenziale espressa o implicita, l'Esecutivo andrebbe chiaramente ad invertire la gerarchia delle fonti, consentendo al regolamento di operare come una legge e di surrogarsi ad essa. Questi tipi di fonti – pur sostenuti da una disposizione generale di stato di emergenza - si rivelerebbero non di meno illegittimi, proprio poiché contrari ai principi della riserva di legge e della gerarchia delle fonti che sono incomprimibili, poiché essi stessi costituenti il nocciolo duro dei diritti fondamentali e pertanto resistenti anche all'emergenza (p.53).

Per una protezione più completa del contenuto essenziale dei diritti fondamentali, l'A. rileva poi come alla riserva di legge debba comunemente accompagnarsi la riserva di giurisdizione. Il giudice è difatti il solo autorizzato a rendere operanti le misure limitative delle libertà previste in astratto dalla legge. Lo stato di emergenza potrebbe però indurre ad attenuare la riserva di giurisdizione prevedendo che anche l'autorità amministrativa possa adottare provvedimenti - dotati di efficacia provvisoria - limitativi dei diritti. Si tratterebbe quindi di favorire la discrezionalità dell'Amministrazione, unica incaricata ad adottare ordinanze urgenti spesso sottratte al controllo del giudice indipendente, alterando l'equilibrio tra i poteri, tra l'esecutivo

e il giudiziario. Tale “ridefinizione *in peius*” (p.55) della riserva di giurisdizione sarebbe però nella sola disponibilità di una clausola emergenziale espressa, introdotta in via di revisione costituzionale. L’unica via per poter introdurre tale deroga, partendo da una clausola inespressa, sarebbe infatti quella dell’interpretazione analogica o estensiva della disposizione eccezionale eventualmente già presente in Costituzione, “ma il diritto eccezionale, a maggior ragione se di rango costituzionale, si sottrae a tali strumenti ermeneutici” (p. 55).

Il vantaggio di una esplicita *emergency clause* preferibilmente da introdurre in Costituzione in via di revisione – come proposto da De Minico - sarebbe allora quello di assicurare una maggiore certezza procedimentale alla disciplina dell’emergenza, ad esempio indentificando i soggetti competenti e delineando l’iter da seguire. La stessa disposizione sarebbe poi espressione del potere costituito e dunque in linea con l’architettura costituzionale preesistente, all’interno della quale si va a inquadrare. Essa inoltre garantirebbe un più ampio margine di intervento al legislatore, definendo i limiti sia positivi che negativi.

Nel caso contrario, si avrebbe una mera autorizzazione in bianco che “non costituirebbe di per sé alcuna garanzia per le libertà” (p.57) e che in sede di *judicial review*, potrebbe giustificare un’attenuazione sensibile del sindacato sulle leggi della paura. Significativa in tal senso è l’esperienza francese, trattata nel capitolo quinto del volume.

Il progetto di riforma presentato all’Assemblea Nazionale francese in data 23 dicembre 2015 (*Projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation* n. 3381/2015) prevedeva infatti la costituzionalizzazione della disciplina emergenziale già vigente e contenuta nella legge n.55-385 e successive modifiche. Il testo dell’art. 36-1 proposto dal Governo si articolava in espressioni piuttosto vaghe – come, ad esempio, “pericolo imminente” – e pertanto insitamente pericolose. Anche in punto di poteri e dei relativi limiti, l’Esecutivo francese aveva adottato un atteggiamento volutamente omissivo, facendo venir meno ogni garanzia sul rispetto delle libertà fondamentali e sulla separazione dei poteri istituzionali. Tale inaccettabile indeterminatezza veniva altresì rilevata dal *Conseil d’État* che, nel sollevare la questione prioritaria di costituzionalità nel dicembre 2015, lamentava l’assenza di un legame tra la circostanza determinante la dichiarazione dell’*état d’urgence* e il singolo episodio giustificante le misure repressive. Ad ogni modo, il *Conseil Constitutionnel* si esprimeva (*Decision* n. 2015-527 QPC del 22 dicembre 2015) a favore della legittimità costituzionale della disposizione, facendo ricorso alla cosiddetta “necessità operativa”. Secondo questa tesi è sufficiente la presenza di un nesso funzionale tra l’evento terroristico iniziale e la singola misura concreta per poter ammettere delle limitazioni generalizzate ai diritti supportate da ragioni di prevenzione. Gli ermellini francesi, in

un atteggiamento di *self-restraint*, decidevano evidentemente di ridurre il *judicial review* ad un sindacato debole e sommario, atto a censurare le sole disposizioni manifestamente incostituzionali.

La proposta di legge non venne poi approvata ma è innegabile che, in caso contrario, l'effetto sarebbe stato sicuramente pregiudizievole per l'ordinamento francese. L'introduzione dell'art. 36-1 avrebbe difatti permesso al legislatore di derogare facilmente alle libertà e ai principi costituzionali, abbassando drasticamente lo standard di protezione dei diritti. A nulla sarebbe altresì valso lo strumento del riesame giudiziario, in ragione dell'autorizzazione costituzionale, per cui si sarebbe incorsi in “un sindacato di fatto neutralizzato o almeno sensibilmente alleggerito, anche se ancora esistente in punto di diritto” (p. 270). Il caso francese serve pertanto all'A. a dimostrare come la razionalizzazione di un'*emergency clause* non sia una garanzia di per sé del rispetto delle libertà fondamentali. L'introduzione in Costituzione di una disposizione che autorizza una deroga *omnibus* ai principi e libertà cardini dell'ordinamento rischia, al contrario, di produrre l'effetto opposto, sottraendo il legislatore da un *judicial review* sostanziale.

Secondo Giovanna De Minico, dunque, la conservazione dell'ordinamento può essere assicurata solo dalla “resistenza del nocciolo duro dei diritti fondamentali e [da]lla difesa degli elementi fondativi dell'architettura costituzionale” (p.95), prevalenti sulle ragioni securitarie veicolate dalla *law of fear*. Fondamentale si rivela perciò anche il ruolo assunto dal giudice delle leggi – soprattutto in assenza di una clausola espressa – chiamato a censurare quelle leggi dell'emergenza che aggrediscono o violano il nocciolo duro dei diritti fondamentali, al fine di garantire l'effettiva conservazione dell'ordinamento costituzionale, in forza dell'affermazione del diritto statale all'autodifesa e alla stabilità che passa necessariamente per il rispetto dei valori identitari.

Nel capitolo conclusivo dell'opera, l'A. giunge così a chiudere il cerchio, delineando i caratteri ottimali della proposta clausola espressa dello stato di emergenza, atta a conservare l'ordinamento consentendogli di superare indenne il periodo di crisi. Il *fil rouge* che percorre l'intero volume è infatti la ricerca di quegli elementi volti alla formulazione di un'ipotetica *emergency clause*, capace di “tenere armonicamente insieme garanzie della libertà, domanda di sicurezza, continuità e coerenza dell'architettura istituzionale” (p.277), da inserire in Costituzione.

Innanzitutto, a parere dell'A., la decisione sullo stato di emergenza dovrebbe essere consegnata al Parlamento, quale organo rappresentativo della volontà popolare, capace di garantire ampia rappresentatività e piena partecipazione democratica. Il necessario consenso delle minoranze parlamentari, soprattutto in punto di proroga del regime emergenziale, si pone infatti come argine alla possibilità

di stabilizzazione ingiustificata dell'emergenza ad opera dell'Esecutivo. Un sempre crescente coinvolgimento del pluralismo politico-rappresentativo viene posto a presidio della democraticità dell'ordinamento, impedendo possibili involuzioni autoritarie. In punto di contenuto, invece, *l'emergency clause* razionalizzata dovrebbe limitarsi alla mera indicazione di un fascio di poteri, puntualmente definibili solo *ex post*, comunque rispettosi del nocciolo duro dei diritti fondamentali costituzionalmente riconosciuti.

Il volume di Giovanna De Minico è, di fondo, un ennesimo invito alla difesa della democrazia, oramai "sotto assedio". Soprattutto nella situazione emergenziale "a Costituzione invariata" (p.300), il rispetto delle regole democratiche appare all'A. più che mai necessario per impedire al potere straordinario di stravolgere l'assetto costituzionale esistente. La stessa suggerisce perciò di valutare le misure di contrasto all'emergenza terroristica in base al criterio della ragionevolezza, in modo tale che le ragioni securitarie non soffochino le libertà fondamentali e non giustifichino la compressione indiscriminata dei diritti. Nel periodo di protratta emergenza, l'A, pertanto, optando per una sorta di "involuzione e ripiegamento interno alla Costituzione", esorta il legislatore ad aver cura di rafforzare quelle libertà minacciate dal pericolo terroristico poiché baluardi dell'identità dell'ordinamento e garanti della sua sopravvivenza. La proposta è quindi quella di adottare un metodo politico di lotta civile al terrorismo che non può che passare, ovviamente, per la cultura della legalità – fautrice dei valori di democrazia, uguaglianza e libertà – affinché una volta cessata l'emergenza non si presenti un pericolo ancora maggiore, cioè il sacrificio permanente dei diritti e l'abbassamento legalizzato degli standard democratici, lasciando però ancora aperto l'interrogativo sull'esistenza di possibili soluzioni innovative, alternative e inesplorate al problema.

Laura Pelucchini

V. LIPPOLIS, N. LUPO (a cura di), *Il Parlamento dopo il referendum costituzionale*, Napoli, Jovene, 2017, pp. 332*.

Il 4 dicembre 2016 il popolo italiano è stato chiamato ad esprimersi sul quesito referendario “Approvate il testo della legge costituzionale concernente: Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del titolo V della parte II della Costituzione?”, relativo al disegno di legge di riforma costituzionale approvato dal Parlamento e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del XX aprile 2016.

La riforma, nonostante i propositi di rinnovamento più o meno condivisi, è stata respinta. I voti sfavorevoli espressi sono stati pari al 59,12%, mentre i consensi si sono attestati ad un mero 40,88%. A seguito della diffusione dei primi *exit poll*, il Presidente del Consiglio Renzi ha anticipato di voler rassegnare le proprie dimissioni, dopodiché si è aperta una crisi lampo, conclusasi a stretto giro con la formazione del Governo Gentiloni.

Dunque, da un punto di vista ordinamentale, la Costituzione è rimasta immutata dal momento che alcuna modifica al dettato costituzionale è entrata in vigore e, pertanto, la volontà della maggioranza parlamentare si è vanificata con il veto referendario.

Il volume *ivi* trattato rappresenta una raccolta di contributi che si pongono l'obiettivo di affrontare *ex post* la fattibilità di riforme finalizzate a migliorare l'efficienza dell'architettura istituzionale del sistema da intraprendere per via regolamentare, pur a Costituzione invariata. Il Quaderno 2015/2016, infatti, è diviso in due parti essenziali: nella prima, titolata “Le prospettive della rappresentanza parlamentare a Costituzione invariata”, gli Autori avanzano ipotesi circa eventuali innovazioni finalizzate a rendere maggiormente efficaci i procedimenti parlamentari: Pinelli con il suo contributo *Dalle 'grandi riforme' alle 'manutenzioni costituzionali'. Ma di cosa parliamo?* fa un bilancio tra le diverse revisioni tentate negli ultimi decenni e, richiamando alcuni esempi comparati - Francia e Germania - osserva come la riuscita di tali riforme sia connessa all'ampiezza del consenso parlamentare che le accompagna. I contributi di Caretti – *Il Parlamento dopo il referendum del 4 dicembre 2016: che fare?* –, Ceccanti – *A costituzione invariata (ma non pecchiamo di iper-realismo?)*. *La priorità è la disciplina dei gruppi* –, Gori-Rossi – *Il Parlamento dopo il referendum: contributo ad un*

* Contributo sottoposto a *peer review*.

percorso incrementale di riforma dei regolamenti parlamentari – e Lupo – *Due norme costituzionali che i regolamenti di Camera e Senato devono ancora attuare: l'integrazione della Commissione bicamerale per le questioni regionali e il controllo parlamentare sulla finanza pubblica* – hanno una portata meno astratta e sottolineano l'improcrastinabilità di aggiornare i testi regolamentari, sulla base di questioni dagli stessi ritenute prioritarie (si v. *infra*). Invece, nella seconda parte, sono dapprima esaminati i singoli istituti che necessitano di specifici interventi e, successivamente, sono analizzati i rapporti tra il Parlamento e l'Unione europea, in particolar modo a seguito della revisione del Regolamento del Parlamento europeo.

L'obiettivo generale è dunque quello di fornire non solo chiavi di lettura, ma anche proposte concrete in merito alle procedure parlamentari seppur tra loro diverse, così come lo sono – per formazione e *cursus honorum* – i rispettivi proponenti. Un *file rouge* sembra però collegare l'intera opera, poiché tutti gli autori concordano sulla necessità di operare una revisione – per alcuni puntuale, per altri integrale – dei Regolamenti parlamentari, ritenuti obsoleti e non più in grado di assicurare la funzionalità del sistema, nonostante i diversi ed opportuni interventi manutentivi operati negli ultimi trent'anni.

La stessa Costituzione rinvia ai Regolamenti (art. 64 co. 1) la determinazione delle modalità di organizzazione e funzionamento delle due Assemblee, perciò le stesse hanno la facoltà di apportare modificazioni alle disposizioni regolamentari, pur nel pieno rispetto di quanto disposto dalla Carta fondamentale. Non esistendo un obbligo espresso che i Regolamenti debbano presentare la stessa identica formulazione testuale – anche perché la Costituzione si limita ad affermare che entrambe le Camere devono dotarsi di un proprio Regolamento – alcuni Autori ipotizzano l'introduzione di una differenziazione di competenze fra i due rami del Parlamento, nell'alveo di un bicameralismo paritario redivivo. Altri, invece, auspicano una loro omogeneizzazione al fine di evitare qualsiasi disarmonia, giacché “*il superamento delle differenze regolamentari fra le due Camere e la realizzazione di un vero bicameralismo paritario a tutti gli effetti costituirebbe un risultato dall'impatto tutt'altro che trascurabile*” (Rossi-Gori, cit. p. 30). In particolare, nel contributo curato da Rossi-Gori sono richiamate le problematiche derivanti dalle differenze nel procedimento di conversione dei decreti legge, che alla Camera non è soggetto al contingentamento dei tempi in virtù dell'art. 154 RC, obbligando così il Governo a ricorrere alla questione di fiducia ovvero il Presidente di Assemblea alla ghigliottina. Di contro, nell'altro ramo del Parlamento, lo stesso può essere sottoposto a al predetto strumento mutuato dall'ordinamento francese, costringendo l'Assemblea ad esprimersi sulla conversione entro trenta giorni dal deferimento. Quella appena esposta non è la sola differenza che attualmente sussiste tra specifiche disposizioni

nei Regolamenti, ma in alcuni casi talune differenze sono il frutto di una mancata codificazione delle prassi relative alle dinamiche di funzionamento delle Assemblee (si v. in particolare i contributi di Lasorella, *Aggiornamenti e sviluppi in tema di programmazione dei lavori, tra decreti-legge e maggioranze variabili* nel merito della programmazione lavori; e di Griglio, *I poteri di controllo del Parlamento italiano alla prova del bicameralismo paritario*, relativo invece alle altre funzioni parlamentari).

Oggi, come in passato, i Regolamenti parlamentari sono chiamati ad ovviare alle farraginosità del sistema palesandosi come strumento correttivo, con la finalità di prevedere la codificazione di taluni strumenti che non era – e che non è – stato possibile prevedere in Costituzione. Da ritenersi dunque come “*fondamentali elementi integrativi del disegno costituzionale*” (Caretti, cit. p. 17). A maggior ragione, se si considera che il *corpus* elettorale – ma in passato anche quello assembleare – possa essere restio a riforme organiche ed estese del Testo costituzionale (si v. sia Pinelli, sia Ciaurro con *Le procedure fiduciarie sotto esame nell’era incerta del post-referendum*), giacché nel giro dell’ultima decade ha respinto ben due tentativi di riforme strutturali, seppur tra loro diversi (l’uno proiettato al federalismo, l’altro al superamento del bicameralismo perfettamente paritario e con una Camera alta ispirata alla rappresentanza degli enti territoriali autonomi, diversa per natura e funzioni).

Se uno degli obiettivi precipui della riforma Renzi-Boschi era quello di riformare il Senato – che sarebbe divenuto centro di raccordo, decisione e gestione degli interessi delle autonomie territoriali – in tal senso sarebbe oggi possibile ipotizzare di dare attuazione all’art. 11 della l. cost. n. 3/2001, relativo alla commissione bicamerale per le questioni regionali, procedendo ad una sua integrazione con i rappresentanti delle Regioni e degli Enti locali. Si sottolinea però come tale soluzione avrebbe carattere transitorio in vista di una riforma più ampia ed adeguata del Titolo V della Costituzione. (*Pro* Caretti, Gianfrancesco, Gori-Rossi, Lupo; *contra* Ceccanti). Naturalmente, il rapporto tra Stato e Autonomie territoriali sarebbe stato rivisto anche in funzione di un nuovo riparto della competenza legislativa ex art. 117 Cost., dal momento che il disegno Renzi-Boschi avrebbe comportato l’eliminazione della competenza concorrente e l’assorbimento statale delle relative materie, la redistribuzione complessiva delle materie tra Stato e Regioni (effettuato sulla base del profluvio di interventi della Corte costituzionale) in un’ottica centripeta, e l’introduzione della cd. clausola di supremazia. Nonostante l’arduo compito svolto – o meglio imposto – al sistema delle Conferenze, che hanno tentato come potevano di rilanciare il regionalismo cooperativo, si palesa quanto più urgente una profonda riflessione indirizzata ad una semplificazione, ancor meglio ad un miglioramento, dell’assetto dei rapporti tra Stato e Regioni, che veda però il coinvolgimento diretto

di queste ultime (si v. Gianfrancesco, *Parlamento e Regioni: una storia ancora in attesa di un lieto fine*).

Altro aspetto che non deve essere trascurato – e che con la stessa riforma avrebbe trovato giustificazione costituzionale – è il riconoscimento del ruolo di primo piano che di fatto il Senato ha assunto nella partecipazione ai processi decisionali in tema di affari europei. La differenza sussistente tra i due rami del Legislativo impone quanto più necessaria l'individuazione di procedure di raccordo, in particolare nel meccanismo dell'*early warning* e del dialogo politico, al fine di scongiurare rischi derivanti da una mancata “*rappresentanza unitaria degli interessi italiani nei confronti dell'Unione europea*” (si veda Romaniello, *Le procedure europee presso il parlamento italiano*, cit. p. 321).

La riforma, inoltre, si poneva l'obiettivo di apportare profonde modifiche al procedimento di formazione delle leggi, introducendo un' incisiva razionalizzazione dello stesso, da realizzarsi attraverso una differenziazione di poteri spettanti in capo alle due Camere. Tale asimmetria, che avrebbe relegato il Senato ad una posizione minoritaria nel procedimento legislativo, non si è concretizzata nella realtà. A tal ragione, per ovviare all'ipotesi di eventuali contrasti di natura politica tra le due Assemblee su un determinato disegno di legge, potrebbe essere proficua l'istituzione di una Commissione paritetica – mutuata dall'esperienza francese – che avrebbe il compito di definire testi condivisi (Gori-Rossi). Peraltro, al fine di arginare il più possibile il ricorso a procedure di emergenza, quali la decretazione d'urgenza – cui si aggiungono il maxi-emendamento e la questione di fiducia (si v. la precisa ricostruzione offerta da Di Porto nel suo *La “problematica prassi” dei maxi-emendamenti e il dialogo a distanza tra Corte costituzionale e Comitato per la legislazione*) –, si è cercato di dotare il Governo di strumenti d'intervento rapidi ed efficaci. Non si esclude però che tale tentativo di razionalizzazione del procedimento legislativo, nonché l'introduzione del “voto a data certa”, che comporterebbe un concreto rafforzamento del ruolo del Governo all'interno dell'Istituzione parlamentare palesandosi quand'anche come strumento alternativo alla decretazione d'urgenza, possa realizzarsi in via regolamentare (si v. i contributi di Caretti, Ciaurro, Lasorella e Perna).

Una notazione è però doverosa: mettere mano alle regole del gioco parlamentare, che rappresentano “*il terreno per la disciplina del procedimento legislativo*” (Perna, *Il restauro regolamentare del procedimento legislativo*, cit. p. 95), è operazione assai rischiosa in quanto si interviene nei “*rapporti fra i diversi soggetti che operano sulla scena parlamentare*” (Perna, cit. p. 101).

A tal proposito, si palesano come necessarie modifiche all'organizzazione ed al funzionamento delle due Camere, al fine di razionalizzare la funzionalità del sistema

attraverso una semplificazione dei lavori. Per questo, alcuni autori ritengono essenziale intervenire: 1) sul sistema delle commissioni permanenti, attraverso una loro riorganizzazione (Caretti, Ceccanti, Gori-Rossi); 2) sulla disciplina della programmazione dei lavori, attraverso la previsione del *premier question time* maggiormente sistematizzata e l'introduzione di una sessione periodica riservata alla verifica dell'attuazione del programma di governo (sullo stesso tema si sofferma anche Lasorella, contribuendo con una puntuale ricostruzione delle prassi delle ultime due legislature); 3) sugli apparati amministrativi delle due Camere, realizzando l'auspicata unificazione; e 4) sulla disciplina dei gruppi parlamentari, che meriterebbe una complessa rivisitazione.

L'aspirazione verso una semplificazione dei procedimenti legislativi, osserva Caretti, potrebbe da un lato basarsi, per i procedimenti di revisione costituzionale, sulla modifica delle regole che disciplinano *l'alternanza tra l'esame delle proposte da parte delle due Camere e i limiti che esse incontrano in sede di seconda deliberazione*; mentre, dall'altro, per i procedimenti ordinari, sarebbe ipotizzabile non solo l'introduzione di un programma di legislazione semestrale e di una commissione di conciliazione tra le due Assemblee per risolvere i casi di dissenso, ma altresì rimettere mano allo strumento della istruttoria legislativa

Com'è noto, con la funzione legislativa non si esauriscono i compiti che la Costituzione e i Regolamenti parlamentari attribuiscono ad entrambe le Camere. A causa del contesto sempre più europeizzato, delle spinte provenienti da una serie di soggetti come le Organizzazioni internazionali, le Regioni, le Autonomie locali e le *Authorities* (per i cui procedimenti di designazione si rinvia al contributo di Gambale, *Il ruolo del Parlamento italiano nei procedimenti di designazione a cariche pubbliche: profili evolutivi e prospettive di riforma*), oggi il Parlamento è chiamato a svolgere prevalentemente le attività di indirizzo e controllo. Funzioni che però si sono modificate nel tempo, non attraverso una contestuale revisione dei Regolamenti, ma in via di prassi e con il *placet* di alcuni organi interni alle Assemblee – Presidente d'Assemblea, Giunta per il Regolamento, Conferenza dei Capigruppo, etc. –, generando così una vera e propria asimmetria funzionale e sostanziale delle procedure. Tale differenziazione, secondo alcuni Autori, potrebbe comportare *“una menomazione dell'unitarietà dell'azione di controllo del Parlamento nei confronti dell'Esecutivo”* (Griglio, cit. p. 237). Da questi adeguamenti regolamentari non si deve escludere il coinvolgimento delle procedure di bilancio, con particolare riferimento alle funzioni di indirizzo e controllo sulla finanza pubblica ex art. 1 l. cost. 1/2012 (si cfr. Lupo e Bergonzini-Rivosecchi, *L'art. 81 Cost. e le procedure finanziarie*).

Tematica che necessariamente dovrà essere affrontata nel prossimo futuro, su cui per ovvie ragioni la riforma costituzionale soprassedeva, è quella legata alla disciplina dei

gruppi parlamentari e della previsione di norme finalizzate a mitigare il fenomeno del transfughismo, che negli ultimi anni ha subito un'incontrollata accelerazione, contribuendo ad un'eccessiva frammentazione del sistema (analiticamente e puntualmente esposta tramite l'ausilio di dati da Curreri, che nel suo *Gruppi parlamentari e norme anti-transfughismo* sottolinea la stretta interrelazione sussistente tra la legislazione elettorale e la disciplina regolamentare sulla costituzione dei gruppi politici).

Dal momento che i Gruppi, per tradizione, rappresentano la “proiezione dei partiti nelle Camere”, in virtù del fatto che operano all'interno delle istituzioni parlamentari, gli stessi sono riconosciuti come soggetti necessari al funzionamento delle Assemblee (art. 14 co. 1 RC, come modificato nel 2012). Secondo autorevole dottrina, pertanto, la priorità non è solo quella di assicurare la coincidenza tra gruppi parlamentari e partiti presentatisi alle consultazioni elettorali, integrando il requisito numerico per la loro formazione con quello politico, ma altresì di prevedere regole che disincentivino il fenomeno dei transfughi, senza però annientarlo (si v. Ceccanti, ma più nello specifico Curreri). Appare dunque evidente come si ponga necessario operare un bilanciamento tra la libertà di mandato ex art. 67 Cost. e le garanzie di funzionalità su cui il Parlamento si poggia.

Benché i tempi non sembrino ancora maturi (nonostante l'evoluzione repubblicana opportunamente ricostruita in quasi tutti i contributi del volume), ulteriori passi in avanti potrebbero essere fatti in considerazione dello “Statuto dell'opposizione”, ma sarebbe sufficiente perlomeno un rafforzamento delle garanzie per le minoranze parlamentari – grazie all'introduzione di specifici istituti –, al fine di garantire il pluralismo nella rappresentanza politico-parlamentare (si v. Antonuzzo-Perniciaro, *Statuto dell'opposizione: non è questo il momento... ma vanno rafforzate le garanzie delle minoranze*).

Altro intervento improcrastinabile è quello relativo alla regolazione dei rapporti tra Parlamento e interessi organizzati – più genericamente definiti lobby –, che solo nel periodo più recente ha ottenuto uno specifico interesse da parte dell'Ufficio di Presidenza della Camera, a seguito di quanto deliberato dalla Giunta per il Regolamento (si v. Petrillo, *Il dialogo in Parlamento tra politica e interessi organizzati*). Sebbene i predetti interventi siano considerati superficiali, si spera possano rappresentare un primo passo verso un prossimo intervento legislativo più pervasivo e compiuto.

Essendo dunque fallita la riforma della Costituzione, la scelta rimane verosimilmente obbligata: intraprendere la via di una riforma regolamentare senza una preventiva riforma dell'assetto istituzionale, cui spetta la soluzione di alcuni nodi fondamentali e che probabilmente assorbirà la XVIII legislatura. Si auspica che

l'obiettivo possa essere quello di giungere ad un migliore funzionamento del Parlamento, di modo che lo stesso possa essere in grado di far fronte alle sfide della contemporaneità. “I regolamenti parlamentari – perciò – dovrebbero costituire un vero e proprio tavolo di lavoro per incrementare la qualità delle attività parlamentari e, in forme incrementali, provare a differenziare il ruolo delle due Camere (nei limiti in cui ciò sia possibile a Costituzione invariata, ovviamente)” (Rossi-Gori, cit. p. 29). Non è escluso infatti che proprio l'intraprendere la strada della revisione regolamentare – anche attraverso la codificazione di quanto già affermatosi in via di prassi – possa in qualche modo rappresentare il banco di prova di un'eventuale futura riproposizione di riforme dell'architettura istituzionale.

Giuliaserena Stegher

CORTE COSTITUZIONALE E CORTI EUROPEE*

INDICE

- [Paolo Carnevale, *Dialogando con Giuliano Amato in tema di dialogo fra Corti*](#)
- [Massimo Luciani, *La difficile linea di confine*](#)
- [Guido Melis, *La tecnica e il meticciano*](#)
- [Giuliano Amato, *Le Corti e le Corti. Riflessioni dall'interno*](#)

* A proposito del volume di Giuliano Amato, *Corte costituzionale e Corti europee, Fra diversità nazionali e visione comune*, con la collaborazione di Benedetta Barbisan, Bologna, Il Mulino, 2017, pp. 126. Tavola rotonda svolta a Roma, Sala delle Lauree della ex Facoltà di Scienze Politiche, il 25 settembre 2017.

Dialogando con Giuliano Amato in tema di dialogo fra corti

di Paolo Carnevale*

SOMMARIO: 1. Il genere letterario del volume – 2. Il genere letterario della presentazione – 3. La Corte costituzionale italiana e la riflessione sulla costruzione del *decisum* – 4. Il dialogo fra Corte costituzionale e Corte EDU: il tema del parto in anonimato e la “convergenza parallela” dei reciproci approdi giurisprudenziali – 5. Nel dialogo entra in scena anche la Corte di Giustizia: la questione del processo contumaciale e il mancato utilizzo del canone della massimizzazione delle tutele ex art. 53 CDFUE.

1. Il genere letterario del volume

Comincio col rivelare l’esperienza occorsami durante la lettura del libro oggi al centro della nostra attenzione. Dico subito – prevenendo qualche cattivo pensiero, che pure a tutta prima potrebbe avere qualche buon motivo dalla sua – che non si tratta di espediente retorico, né di operazione di mestiere, quanto invece del racconto di una personale vicissitudine la cui comunicazione, per le ragioni che esporrò, ben si colloca in apertura di questa mia presentazione.

E l’esperienza è presto detta.

Mi è accaduto che, man mano che scorrevano le pagine dello scritto, nella mia mente è cominciato ad affacciarsi a più riprese – quasi fosse una sorta di *refrain* – il ricordo di un passo posto in chiusura del capitolo XIII del Vangelo secondo Matteo, a conclusione del discorso parabolico lì riportato, nel quale si afferma che:

“Ogni scriba divenuto discepolo del Regno è simile ad un padrone di casa che estrae dal proprio tesoro cose nuove e cose antiche”.

La cosa, pur singolare, mi è parsa subito assai chiara.

Quello appena citato, infatti, è un *loghion* che, di là dalla evidente distanza di piano e di merito, esprime abbastanza bene quella che – a mio parere – è la cifra stilistica complessiva del volume di Giuliano Amato. Giacché, come lo scriba evangelico è in grado di trar fuori dal proprio tesoro cose idonee a soddisfare palati assai diversi – di conservatori come di progressisti; di amanti della tradizione e di decisi innovatori – così anche questo libro è capace di fare altrettanto con i propri lettori.

Mi spiego.

Quello che abbiamo dinanzi è un lavoro che ha una dichiarata origine didattica: il volume raccoglie il contenuto di alcune lezioni tenute dall’Autore a studenti dell’Università di Macerata e – come si dice nell’avvertenza iniziale – non «ha lo stile, né le cadenze dei lavori accademici», essendo frutto di un’oralità che senza mediazione si fa scrittura, trattandosi di

* Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico presso l’Università degli Studi di Roma ‘Roma Tre’.

testo non rivisto in funzione della pubblicazione. Ed è anche vero che lo scritto presenta un certo taglio didascalico-esplicativo, dovuto del resto alla natura di un uditorio fatto non solo da studenti, ma – come si precisa ancora nell'avvertenza – da studenti neppure tutti avvezzi ai temi della giustizia costituzionale. Cionondimeno – e si potrebbe dire ad onta di questa sua genesi e di questa forma – quanto vi si legge è in grado di fornire spunti e sollecitazioni capaci di stimolare e soddisfare il palato, non solo dello studente, ma anche dello studioso.

Vi si trovano, invero, come nel tesoro dello scriba, cose per gli uni – gli studenti – e cose per gli altri – gli studiosi – o meglio: cose che sia gli uni che gli altri possono al loro modo decifrare e metabolizzare a proprio uso e a propria convenienza.

Se mi si permette una seconda citazione eccentrica – prometto che è l'ultima – quanto appena osservato richiama alla mente ciò che è mirabilmente scolpito sul frontespizio del primo libro del Clavicembalo ben temperato di Johann Sebastian Bach, opera anch'essa nata in funzione didattica, specificamente per l'insegnamento della tecnica della tastiera, eppure divenuta nel tempo miniera ricchissima di indagine e studio per musicisti e musicologi. Ebbene in quel frontespizio si legge che il lavoro è destinato «all'uso e godimento di tutti i giovani desiderosi di imparare e in particolar modo per lo svago di quanti sono già abili in questi studi». Insomma, musica suonata per acquisire abilità, per i primi; musica suonata per il piacere (oltre che per l'accrescimento dell'abilità posseduta), per i secondi.

Quella di parlare a studenti, attraendo anche studiosi, è un'arte difficile, tutta giocata sul delicato equilibrio per cui l'attenzione dello studioso va attirata senza scoraggiare quella dello studente – destinatario primo della comunicazione – la cui cattura, però, non deve spingere la trattazione verso una dimensione che finisca per demotivare il primo, spegnendone la molla dell'interesse.

Ebbene, a mio parere – e di questo cercherò di dar conto nel prosieguo di questo mio intervento – questo libro reca l'impronta di questa arte difficile ed anzi ne rinverdisce i fasti, ponendosi nel solco di una tradizione che anche nell'ambito degli studi costituzionalistici vanta non pochi fulgidi esempi – per stare solo ad esperienze maturate fra le mura dell'Ateneo che ci ospita, mi sovviene il caso delle (auree) “Lezioni di diritto costituzionale” di Vezio Crisafulli o quelle (non meno auree) sulle forme di governo di Costantino Mortati.

Questo, a mio modo di vedere, è tanto più importante oggi, in un'epoca contrassegnata da una accentuata divaricazione fra trattazione didattica e trattazione scientifica, le quali – complice un processo di progressiva semplificazione che ha interessato la manualistica universitaria a far tempo dalla riforma degli ordinamenti didattici dei primi anni duemila – tendono per lo più (salve ovviamente lodevoli eccezioni) ad atteggiarsi ormai ad espressione di generi letterari e universi concettuali abbastanza distinti (e distanti): l'una, risultando tendenzialmente improntata a quella logica prevalentemente descrittiva e alla propensione per la dimensione non problematica che l'altra invece rigetta.

Prova ne sia il fatto, a mio avviso significativo, che mentre un tempo (quantomeno nelle materie che frequento) non era certo strano né singolare che negli studi scientifici si

ricorresse alla citazione di manuali, oggi invece una simile prassi sembra decisamente in declino – merce rara, si potrebbe dire – nonostante il deciso incremento delle opere manualistiche in circolazione. Due dimensioni parallele che stentano a nutrirsi reciprocamente, se non proprio a parlarsi.

Invero, dinanzi ad una simile linea di tendenza che sembra riflettere l'esistenza di un pericoloso vallo nella osmosi fra didattica e ricerca, il volume di Giuliano Amato va, già solo per questo, salutato con interesse e particolare favore.

2. Il genere letterario della presentazione

Vengo, a questo punto, alla riflessione di merito e quindi ai contenuti del volume che vorrei qui passare in esame in modalità dialettica, entrando cioè in discussione con l'Autore e con le posizioni espresse nel volume, allo scopo di dar conto della molteplicità di spunti e sollecitazioni ricevute dalla lettura. Ne soffriranno, certo, la completezza e l'organicità della presentazione; spero che, per converso, ne possa beneficiare la vivacità e l'efficacia della trattazione.

La mia sarà pertanto una presentazione “a partire da”, frutto di quella che per uno studioso è l'esperienza migliore si possa fare nel leggere: ricevere stimoli per ragionare e per elaborare una riflessione promossa dalle cose lette. In questo il libro si fa occasione maieutica: consegna di pensiero in grado di generarne altro. È quanto cercherò di mostrare.

3. La Corte costituzionale italiana e la riflessione sulla costruzione del *decisum*

Nel primo dei tre saggi che compongono il volume – dedicato alla modalità di lavoro del nostro giudice costituzionale e di interazione con le Corti europee – un ruolo assolutamente centrale ha il tema della motivazione delle decisioni della Corte costituzionale e, più in generale, della costruzione del *decisum*.

Il discorso sulla motivazione delle pronunzie costituzionali – intesa, questa, nella sua duplice dimensione: *endoprocessuale*, di supporto giustificativo della decisione ed *extraprocessuale*, di leva per il controllo e, al contempo, fattore di legittimazione della decisione (o forse dovrebbe dirsi, al pari, del decidente) – è inizialmente proposto valorizzando soprattutto questo secondo profilo, incanalando la riflessione nel solco della tematica dei controlli esterni cui van soggette le decisioni della Corte, sia da parte dei chierici (“di chi conosce” le regole giuridiche), sia dinanzi alla pubblica opinione (intesa come «opinione più larga, fuori dalla cerchia dei tecnici e degli esperti»).

Qualche parola sul punto.

Quanto al primo controllo, viene da osservare che esso dà luogo ad una forma di scrutinio di tipo elitario-sapientziale, assegnato alla c.d. “dottrina” ed espressione del ceto dei giuristi, nel quale si registra evidentemente la comunanza di genere letterario, bagaglio concettuale e forma del ragionare fra “controllore” e “controllato”, i cui assunti appaiono egualmente

improntati alla logica dell'«argomentazione razionale finalizzata alla persuasione». Se ne dovrebbe ricavare una relazione di interlocuzione fra dottrina e giurisdizione costituzionale destinata a tradursi in un rapporto di mutua alimentazione che, tuttavia, mai negato in astratto, non è assolutamente facile accertare in concreto, laddove si tratti di valutare, in particolare, il ruolo della prima quale formante della seconda. Come anche studi recenti hanno mostrato, l'assenza di indici ufficiali e il ricorso ad incerte fonti indirette o implicite rende l'analisi assai difficoltosa e gli esiti abbastanza incerti.

Mi permetto, però, sul punto una notazione: all'inizio della mia attività di studio della giurisprudenza costituzionale, nei primi anni ottanta dello scorso secolo, ricordo quanto preziosa fosse per il giovane annotatore delle sentenze della Corte la consultazione delle ricerche preparatorie elaborate dagli assistenti di studio. E la preziosità stava tutta nel fatto che in quelle pagine veniva offerto un ricco e articolato quadro della dottrina e della giurisprudenza rilevanti per il tema oggetto della pronuncia; quadro che si presentava come un dittico formato da due tavole sostanzialmente di egual misura. Ebbene, sfogliando oggi una ricerca preparatoria quello che mi colpisce è il profondamente mutato rapporto fra le due tavole per l'evidente preponderanza della rassegna giurisprudenziale su quella dottrina, quasi ad esemplare – questa è la sensazione – una egemonia del punto di vista interno su quello esterno rappresentativa di una sorta di rivendicazione di alterità dei giudici costituzionali.

Per quanto concerne, poi, il più ampio controllo (diffuso) della pubblica opinione, di là da ingenuità quanto irrealistiche ipotesi di occhuto scrutinio *ex post* operato dalla *communitas civium*, c'è da dire che esso si atteggia a sindacato mediato dalla lettura (asseritamente) disinteressata della decisione da parte dei mezzi di informazione e da quella (maggiormente) interessata delle forze politiche, il quale ha talvolta portato a forme di reazione critica che, se di regola non hanno partorito granché ove incanalate nella via dello scontro frontale e della neutralizzazione della sentenza costituzionale, qualche maggiore risultato hanno ottenuto superando il *decisum* della Corte mercé la modifica del parametro costituzionale. Penso, in proposito, ai non troppo risalenti (e assai noti) casi di revisione-reazione che hanno dato luogo alle modifiche degli art. 111 e 51 della Costituzione, in funzione di superamento degli sgraditi approdi giurisprudenziali della Corte costituzionale.

Ad ogni modo – come accennato in precedenza – la riflessione sulla motivazione delle pronunzie di quest'ultima è nel volume inserita nel discorso sul metodo di lavoro del collegio dei quindici e sul processo di edificazione del convincimento che porta ad assumere la decisione. Si tratta di un processo fondato sul confronto dialettico razionale finalizzato alla reciproca persuasione, in cui «se metto sul tavolo un argomento razionalmente forte, esso può essere respinto solo avanzando un argomento razionalmente più forte». È il «valore enorme, gigantesco, profondamente paritario» della collegialità che fa sì che anche l'opinione riuscita minoritaria avrà, quantomeno, avuto il benefico effetto di contribuire alla fortificazione della posizione uscita maggioritaria che, per superarla, avrà dovuto incrementare e rendere più solida la «batteria di argomenti a sostegno della decisione che verrà adottata».

Utilizzando il confronto con la dimensione decisionale politica cui l'A., per esperienza personale, fa esplicito riferimento, si potrebbe dire che dalla *maggioranza generata dal consenso*, tipica della dinamica politico-rappresentativa, si passa qui al *consenso* razionalmente raggiunto *generatore di maggioranza* (o unanimità); dalla maggioranza come esito di una decisione collettiva – come nelle elezioni – o di una appartenenza collettiva – come negli organi politici rappresentativi – alla maggioranza (o unanimità) come approdo per la decisione collegiale. Del resto, questo mutamento di prospettiva spiega altresì l'opposto valore che nei due contesti assume l'unanimità nel decidere: sinistro, nell'una; auspicabile, nell'altra.

Nel volume si respira un sincero quanto convinto favore per il metodo della collegialità che caratterizza il processo decisionale della Corte – «il meno arbitrario» possibile – sino ad arrivare a far trasparire una certa sottile soddisfazione per l'esperienza del mutar di avviso, uscendo dalla camera di consiglio con una posizione diversa (o diversamente fondata) rispetto a quella di partenza. È l'ibridazione delle ragioni e degli argomenti che scaturisce dalla discussione su base dialettico-razionale a far sì che gli argomenti contrari «avanzati via via dagli altri, argomenti ai quali tu a volte non avevi pensato, [...] finiscono per entrare nella sequenza dei tuoi e a volte per cambiarla del tutto, trasformando così l'esito del confronto».

Registro a questo punto, però, la difficoltà del tenere assieme una simile rappresentazione del processo decisionale del giudice costituzionale e il favore che nel saggio in esame si manifesta per l'introduzione della opinione dissenziente, che – si dice – il nostro sistema dovrebbe arrivare a prevedere quale forma espressiva del disaccordo del singolo giudice «con l'orientamento della maggioranza», oggi consegnato a modalità rappresentative in sé abbastanza chiare ma *argomentativamente mute*, come la divaricazione fra giudice relatore e giudice redattore o, più opache ma *argomentativamente più eloquenti*, come il ricorso all'inserimento di *obiter dicta* nelle pieghe della motivazione.

Quello del *dissent* nella pronunzia costituzionale è tema non certamente nuovo nella riflessione nostrana sulla giustizia costituzionale: si potrebbe dire costituisca anzi una *vexata quaestio*, che presenta – come noto – radici che rimontano al dibattito scientifico svoltosi già nei primi anni sessanta dello scorso secolo e che, a più riprese, è stata nel tempo oggetto di considerazione.

Tramontato l'argomento contrario delle origini, legato all'esigenza di non minare l'autorevolezza di un organo di nuovo conio, come la Corte costituzionale, bisognevole di radicamento nel sistema, esso vanta ancor oggi diverse buone ragioni favorevoli o contrarie all'introduzione dell'istituto: dall'effetto di responsabilizzazione del singolo giudice all'affinamento della tecnica argomentativa; dalla trasparenza decisionale alla promozione dell'evoluzione e del dinamismo della giurisprudenza (ma anche della legislazione) – da un verso – dal timore per i rischi per l'indipendenza del giudice all'incentivazione del protagonismo individuale; dalla enfaticizzazione della dimensione polemica nella motivazione alla preoccupazione per l'indebolimento del ruolo dell'organo discendente dalla rappresentazione *ab externo* delle crepe interne al collegio, sino all'effetto di incremento della litigiosità costituzionale – dall'altro.

Non voglio qui entrare nel merito per esprimere una mia posizione personale, quanto piuttosto, in aderenza al genere di questo scritto, interrogarmi circa il grado di compatibilità dell'istituto della *dissenting opinion* con la visione del metodo decisionale collegiale espressa dall'Autore.

Mi chiedo, in proposito: sarebbe questo, ove introdotto, un elemento capace di assecondare (o armonizzarsi in) quella prospettiva o non piuttosto un fattore di attrito?

Temo, al riguardo, che la possibilità di far emergere pubblicamente e formalizzare l'opinione dissenziente da parte del singolo giudice possa costituire una ragione d'ostacolo a quella logica del confronto razionale orientato al reciproco convincimento, di cui s'è ampiamente detto, perché finirebbe per rendere il singolo giudice meno disposto (o disponibile) alla persuasione e alla ricerca del consenso convergente. Non penso tanto al fenomeno del protagonismo individuale, quanto semmai ad un fattore di deterrenza psicologica, ad una tentazione in grado di incidere sull'atteggiamento mentale e sull'approccio al confronto. Insomma, una causa di *competizione* piuttosto che di *coesione* dialettica.

Senza poi dimenticare un paio di considerazioni di contorno.

Per una Corte, come la nostra, con giudici aventi un mandato temporalmente predefinito l'introduzione dell'opinione dissenziente dovrebbe essere accompagnata dalla previsione di una ricca ed ampia rete di ipotesi di incompatibilità a fine carica che, auspicabile a mio avviso anche oggi in assenza del *dissent*, diverrebbe a quel punto assolutamente necessaria. Così come sarebbe forse opportuno fissare una soglia minima di età – ora assente, ma già prevista, come si sa, per altre cariche istituzionali – per ricoprire il ruolo di giudice costituzionale.

A questo si aggiunge anche un'osservazione personale di carattere decisamente più congiunturale. Mi riferisco all'attuale momento storico vissuto dal nostro Paese e, in particolare, alla cultura della divisione che sembra da qualche tempo denotare, permeandolo, il dibattito pubblico. Non voglio certo impegnarmi in analisi che, in questa sede, risulterebbero eccentriche e sin troppo disinvolute, ma più modestamente limitarmi alla notazione circa il fatto che un simile clima temo abbia in qualche misura catturato anche il ceto dei giuristi. Non è certo il divergere negli esiti della riflessione che qui viene in considerazione – che, anzi, è cosa salutare e quasi naturale nel dibattito scientifico: “sul punto la dottrina risulta divisa” è affermazione assai ricorrente in letteratura – ma il pensare in funzione delle preve divergenze.

Ad avermi suggerito il rilievo è stata la recente vicenda referendaria conclusasi alla fine del 2016 con la bocciatura popolare del testo di revisione, riguardante la seconda parte della Carta costituzionale, approvato dalle Camere nell'aprile di quell'anno (c.d. riforma Renzi-Boschi).

Ebbene, quel che mi ha colpito in quella vicenda non è tanto il fatto che l'accademia, ed in specie la specifica categoria dei costituzionalisti, si sia divisa e abbia mostrato contrapposizioni interne assai più pronunciate che in passato ovvero che sia scesa in campo in prima linea nel dibattito referendario, abbandonando la tendenziale unitarietà e il

maggior riserbo che ne aveva caratterizzato l'atteggiamento in precedenti (analoghi) frangenti. Quel che invece mi ha un po' sorpreso è scoprire qua e là anche fra giuristi eccessi di piegatura partigiana e mancanza di quella presa di distanza dalla contesa in atto che consente, pur nella presa di posizione in favore di una parte, una maggior obiettività valutativa. Insomma – per essere estremamente sintetico – una certa tendenziale trasformazione dello studioso in avvocato.

Se quanto osservato ha un minimo di valenza e se il segnale colto ha un suo fondamento nella realtà, la scelta di immettere anche all'interno del collegio dei giudici costituzionali un fattore di distinzione come l'opinione dissenziente potrebbe non cadere nel momento giusto.

4. Il dialogo fra Corte costituzionale e Corte EDU: il tema del parto in anonimato e la “convergenza parallela” dei reciproci approdi giurisprudenziali

Sempre nel solco della riflessione sul metodo di lavoro dei giudici costituzionali che attraversa, come un fiume carsico, l'analisi compiuta nel primo saggio, si situano le interessanti considerazioni sul rapporto fra giudice e assistenti di studio: circa la scelta e le caratteristiche di questi ultimi.

Quanto alla prima, l'Autore confessa l'adozione di un criterio di tipo protettivo che credo sia abbastanza diffuso: non avendo «mai fatto il giudice di mestiere in vita mia» – osserva – «ho sentito io stesso il bisogno di mettermi al fianco qualcuno che potesse offrirmi una qualche maturità». Esigenza, questa, del tutto opposta a quella nutrita dallo stesso nell'esperienza parlamentare, in cui l'assoluta padronanza del tema del *drafting* e l'abitudine a maneggiare prodotti legislativi lo avevano spinto a scegliere collaboratori «fra giovani talenti [...] per farli crescere accanto a me».

È qui però che si annida il problema: se il giudice sceglie i propri assistenti «in una cerchia tecnica» col fine di individuare le «persone [...] più adatte di altre ad aiutar[lo] nel lavoro» e se questa scelta è spesso legata alla professionalità di origine del medesimo giudice o agli ambiti di sua competenza professionale, mirando a soddisfare la necessità di colmare lacune discendenti dalla propria formazione – si pensi, ad esempio, al fatto che in un tribunale costituzionale come la nostra Corte, al dato dell'assoluta prevalenza di giudici di estrazione accademica corrisponda quello dell'assoluta prevalenza degli assistenti magistrati – allora evidentemente il rischio che gli attrezzati e maturi assistenti di studio possano surrettiziamente divenire «i veri autori della sentenza, anziché il giudice» e che sia questi «a collaborare con loro nella impostazione e nella stesura della sentenza piuttosto che il contrario» non appare una eventualità del tutto remota. Si prefigura così il pericolo di giudici eterodiretti dai propri assistenti, i quali più ancora che “eminenze grigie” finirebbero per trasformarsi in veri e propri *ghost writers*.

Nel volume si guarda, in proposito, con un certo favore ad esperienze di altri tribunali costituzionali, come la Corte suprema negli Stati Uniti (ma un analogo discorso potrebbe

farsi per il *Bundesverfassungsgericht*), ove l'assistente di studio (c.d. *law clerk*) è in genere reclutato fra giovani neolaureati e può permanere nel ruolo per un arco temporale abbastanza circoscritto, così da immergere la categoria dei *law clerks* in un flusso dinamico di rotazione assai spinto e sterilizzare il paventato timore di un eccesso di condizionamento nei riguardi del giudice. Con «assistenti di studio giovani e ancora in formazione, indubbiamente la distinzione dei ruoli è anche anagraficamente chiara» così come la differenziazione dei compiti rispetto al giudice.

Certo, viene a riguardo da osservare che, se è vero che la normativa interna della Corte, avendo nel tempo eliminato talune limitazioni verso l'alto circa il livello delle funzioni di provenienza degli assistenti di studio, ha di fatto favorito, complice anche la previsione di limiti di durata nel ruolo abbastanza ampi, l'affermarsi della figura dell'assistente di studio “anziano”, è altrettanto vero che nulla impedisce al singolo di giudice di perseguire, in una certa misura, la via (per dir così) americana.

A sconsigliarne la scelta gioca forse – provo qui ad ipotizzare, non avendo mai ricoperto né ovviamente la carica di giudice costituzionale, né tantomeno quella di assistente di studio – il timore di un eccesso di indebolimento o il rischio di scopertura nutrito dal giudice di fronte alla ricchezza ed articolazione di una domanda di giustizia costituzionale che, una volta giunta a Palazzo della Consulta, non conosce filtri all'ingresso, né smistamenti interni, nonché alla mole e alla stratificazione della giurisprudenza costituzionale.

Peraltro, credo che nella dinamica del rapporto giudice-assistente, ai fini della potenziale insorgenza di un potere di condizionamento del secondo nei confronti del primo, abbiano un certo peso, oltre a condizioni obiettive, anche fattori di ordine soggettivo legati alla personalità del giudice, oltre che dell'assistente di studio. Come pure ritengo che ad incidere sulla entità del problema e spingere verso una sua più corretta perimetrazione giochino in una certa misura anche la qualità ed il rilievo delle questioni sottoposte, di volta in volta, all'attenzione del giudice costituzionale.

Penso, altresì, che una soluzione organizzativa utile anche al problema che ci occupa possa essere quella di costituire un *pull* di assistenti (sono ormai tre) articolato sul piano delle professionalità originarie – accademiche e giudiziarie – in modo da favorire un moto dialettico interno anche nella presentazione dell'attività propedeutica e nel rapporto col giudice.

Resta, infine, un'ultima considerazione che mi viene suggerita proprio da quanto osservato nel volume circa la modalità costruttiva della motivazione e del *decisum*, di cui abbiamo già ampiamente parlato in precedenza. Se, infatti, a condurre il tutto è il metodo della collegialità basato sul confronto dialettico razionale fra i giudici finalizzato alla reciproca persuasione, mi viene da pensare che questo possa costituire di per sé un fattore di possibile neutralizzazione (limitazione) dell'eventuale potere di condizionamento dell'assistente sul singolo giudice; potere che vedrebbe attenuarsi la sua forza nell'incontro della posizione di quest'ultimo con quelle degli altri giudici, il cui rimescolamento nella competizione a quindici finirebbe per restituire al giudice il necessario spazio di emancipazione. Se si vuole, dal giudice eterodiretto dall'assistente si potrebbe passare al giudice eterodiretto dal collegio

e se anche si volesse pensare ad un collegio in cui si riversano paritariamente le “eterodirezioni singolari” rivolte dall’assistente al suo proprio giudice, il semplice fatto di questo *mix* finirebbe per indebolirle.

5. Il dialogo fra Corte costituzionale e Corte EDU: il tema del parto in anonimato e la “convergenza parallela” dei reciproci approdi giurisprudenziali

Nel secondo e terzo saggio si affronta in modo diretto il tema della interazione fra Corte costituzionale e Corti europee, rimasto invero un po’ ai margini nel primo che vi dedica solo una parte iniziale destinata a rapidamente ricostruire il percorso evolutivo dei rapporti fra Corti e che ora è portato al centro dell’attenzione attraverso l’analisi ragionata di due importanti casi giudiziari: la vicenda *Godelli* riguardante la delicata questione del c.d. parto in anonimato o, meglio, del diritto all’oblio della madre che abbia optato per quella modalità e quella dei diritti dell’imputato nel caso del processo contumaciale culminata nel c.d. caso *Melloni*. Nella prima si registra una interlocuzione fra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell’uomo, nell’altra il dialogo si fa più polifonico, aggiungendosi alle prime due (quantomeno sul fronte sovranazionale) anche la voce della Corte di giustizia dell’Unione europea.

Si tratta di casi selezionati in ragione della attualità, crucialità e problematicità delle tematiche evocate che, proprio in quanto «diversamente inquadrati e risolti a seconda delle differenti culture e sensibilità giuridiche», si offrono come terreno ideale per far percepire il carattere «illuminante [...] della giurisprudenza» e cogliere, nella sua complessità, l’«intreccio, il confronto e il dialogo o le resistenze reciproche» fra Corti «chiamate a convergere sulle stesse materie».

Mi soffermo, per ora, sulla vicenda riguardante il parto in anonimato, di cui è offerta nel volume una essenziale quanto brillante ricostruzione del profilo legislativo, come di quello giudiziario nei quali essa si è dipanata, concludendosi con due pronunzie pressoché coeve della Corte EDU e della Corte costituzionale di identica censura nei confronti della disciplina italiana in tema di adozioni (l. n. 184 del 1983, art. 28, comma 7), la quale prevede il diritto intangibile e assoluto di mantenere l’oblio per la madre che abbia optato a suo tempo per il parto in anonimato, anche dinanzi a contrapposte esigenze legate, ad esempio, alla tutela della salute del figlio.

Ebbene, quel che rileva è che la soluzione di condanna cui pervengono le due Corti risulta diversamente motivata, nel senso che la Corte intervenuta per seconda – cioè quella italiana – pur potendolo fare, non si è sostanzialmente avvalsa della sentenza dei giudici di Strasburgo. La declaratoria di illegittimità costituzionale è affermata sulla scorta dell’accertata violazione degli artt. 2 e 3 della Costituzione, ritenendosi invece assorbito il profilo del *vulnus* apportato all’art. 117, comma 1 pel tramite del contrasto con la CEDU. E a decidere dell’incostituzionalità non è l’ingiustificatezza della prevalenza assoluta del diritto alla perennità dell’anonimato della madre sul diritto del figlio alla conoscenza della propria

identità – come nella sentenza della Corte europea – bensì l'irragionevolezza di un diritto che non ammette lo *ius poenitendi*, cioè a dire il diritto di cambiare idea, facendo di quell'originaria scelta in favore del parto in anonimato un che di irreversibile anche a fronte della richiesta del figlio variamente motivata.

Per usare la terminologia propria della tematica del *dissent* giudiziario – cui s'è fatto prima riferimento – la decisione della Corte italiana, ove letta in combinazione con la pronuncia della Corte EDU, sembrerebbe dar luogo ad una sorta, per dir così, di *concurring opinion*: concorso nell'esito, ma non nelle ragioni addotte a sostegno dal giudice europeo.

Vero è che il richiamo all'ordine argomentativo privilegiato dalla Corte di Strasburgo compare nella motivazione della sentenza nazionale, così come il riferimento alla giurisprudenza europea, ma è evidente che si tratta di un che di relegato sullo sfondo. Insomma, se interlocuzione c'è fra le due Corti è una interlocuzione in cui si marca chiaramente la “distanza” piuttosto che la prossimità.

A cosa siamo posti dinanzi? Forse ad un «gioco delle parti in cui ciascuna cerca di uscire dalla partita integra nella sua autorevolezza e senza rischi di subalternità all'altra»? Oppure ci troviamo di fronte ad un effettivo difetto di comunicazione o ad una mancanza di convergenza?

Si tratta, certo, di domande legittime – rileva l'A. – ma in una certa misura «ignare delle circostanze reali che condizionano oggettivamente queste vicende». Invero, a parte il fatto che la convergenza si realizza comunque nell'approdo conclusivo cui pervengono i due giudici, nazionale ed europeo, la situazione di disallineamento nell'assetto motivazionale – si osserva nel testo – va colta ed apprezzata tenendo conto della diversità dei sistemi ordinamentali di riferimento e, in specie, del fatto che il Consiglio d'Europa conta un numero molto elevato di Stati membri – assai di più, ad esempio, dell'Unione europea – e soprattutto molto «diversificati nelle rispettive legislazioni e nei contesti storico-culturali che in esse si riflettono». Il compito – estremamente delicato e complesso – che si propone alla Corte di Strasburgo è quello di «gestire di volta in volta una differenza mentre cerca di costruire una convergenza» con l'ambizione di «sviluppare una giurisprudenza che rimanga autorevole e presa sul serio da un numero così vasto e diversificato di realtà nazionali». Nell'adempiere a questo compito, utilizzando criteri valutativi come “il margine di apprezzamento”, è comprensibile che si registrino difficoltà di sintonizzazione con i giudici costituzionali nazionali che pure concorrono con la prima nella funzione di salvaguardia dei corrispondenti diritti.

Se ne può dedurre che – per usare una celebre espressione del nostro gergo politico – quelle fra le due Corti e le rispettive giurisprudenze sono, sì, convergenze, ma “convergenze parallele”.

Quanto detto sin qui suscita in chi scrive un'ulteriore considerazione circa le ragioni di questo guardarsi mantenendo le distanze.

Parto dall'ovvio dato che le due Corti, di Roma e Strasburgo, sono poste rispettivamente a presidio di una Carta costituzionale che fonda un ordine costituzionale statale e di una

Carta dei diritti contenuta in una convenzione internazionale che fonda un sistema di relazioni fra Stati.

Ebbene, la diversità di quadro di riferimento sistematico, oltre a riflettere difformità di contesto storico-culturale e a comportare che una medesima istanza possa ottenere una distinta considerazione, pel fatto di andare incontro nei differenti ordinamenti – nazionale e convenzionale – ad operazioni di ponderazione idonee a produrre soluzioni diversificate, va a mio modo di vedere apprezzata anche con riguardo alla possibilità di diseguale capacità qualificatoria dei fenomeni che essa reca con sé. Cosa che non sempre viene tenuta nella debita considerazione.

Mi spiego – adeguandomi alla metodologia del volume – richiamando una nota vicenda che ha, a suo tempo, coinvolto entrambe le Corti e che, a mio avviso, può dar conto in modo abbastanza efficace di tale fenomeno divaricante.

Mi riferisco alla questione della esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche: all'uno e all'altro giudice si è posto il medesimo quesito di conformità alle rispettive Carte della previsione della presenza del simbolo religioso nelle scuole, immerso tuttavia in una luce abbastanza diversa. Per la Corte di Roma, quella prospettata – e tuttavia non affrontata per vizi di ordine processuale dell'ordinanza del giudice remittente – è una questione di compatibilità con il principio (supremo) di laicità, sotteso ad una molteplicità di precetti costituzionali; per quella di Strasburgo è invece una questione di rispetto del diritto dei genitori a liberamente educare i propri figli secondo le matrici ideali, religiose e filosofiche prescelte (e del diritto di libertà di coscienza [pensiero, religione] degli alunni). Per Roma (e per l'ordinamento costituzionale italiano) c'è un problema di qualificazione dello spazio pubblico; per Strasburgo, invece, (e per l'ordinamento convenzionale) a porsi è un problema di salvaguardia di diritti individuali.

La partita dinanzi ai giudici europei è stata giocata ponendo tutta l'attenzione sul carattere offensivo – prima decisione della Piccola Camera – o non offensivo – seconda definitiva decisione della Grande Camera – dell'esposizione in aula del crocifisso per la libertà individuale, laddove nei nostri confini il tema prefigurato è parzialmente diverso, ha dimensione obiettiva, ordinamentale e pur implicando la tutela riflessa di posizioni soggettive non ne resta assorbito, non risultando astretto nella prospettiva della relazione si(ng)olo/si(mb)olo.

In estrema sintesi: qui c'è un principio e là c'è un diritto!

Non intendo in questa sede minimamente entrare nel merito, non mi interessa. Quel che qui importa rilevare è la divaricazione dei termini della *quaestio*, frutto, non già, di un fattore accidentale legato alla prospettazione della stessa dinanzi ai due giudici, bensì della logica profonda che intesse i due sistemi di riferimento e che implica conseguenze e soluzioni che possono non poco differire fra loro. Se a venire in primo piano è la salvaguardia dei diritti individuali, nella prospettiva del rapporto singolo/simbolo, allora si può immaginare la correttezza di una definizione del problema rilasciata alle comunità scolastiche, ad esempio (c.d. soluzione bavarese); soluzione che invece risulta impraticabile se a porsi è il tema della qualificazione dello spazio pubblico scolastico.

La logica della salvaguardia del *diritto* individuale si apre ad una disponibilità o flessibilità che la tutela del *principio* non consente: ciò non foss'altro perché la lesione del primo è pur sempre riservata all'apprezzamento del suo titolare che, però, non ha alcuna possibilità di incidere sull'applicazione/non applicazione del secondo, per l'essere, nella specie, la qualificazione dello spazio pubblico scolastico sottratta alla sua personale valutazione.

Tutto questo solo per segnalare come anche il profilo logico delle *rationes* fondative dei sistemi di riferimento possa rappresentare un fattore di disallineamento argomentativo fra le due Corti e le rispettive giurisprudenze; fattore di cui tener conto nel valutare l'eventuale "parallelismo delle convergenze".

6. Nel dialogo entra in scena anche la Corte di Giustizia: la questione del processo contumaciale e il mancato utilizzo del canone della massimizzazione delle tutele ex art. 53 CDFUE

Qualche considerazione conclusiva sul terzo ed ultimo saggio imperniato, come già ricordato in precedenza, sulla «tecnicamente un po' più complicata» tematica relativa al c.d. processo *in absentia* o contumaciale previsto nel nostro ordinamento e sulla relativa vicenda giudiziaria. Quest'ultima si presenta, rispetto alla precedente, come più frammentata, non soltanto per il fatto che il fronte giudiziario europeo si arricchisce della voce della Corte di giustizia dell'Unione europea (che si aggiunge a quella della Corte EDU), ma anche perché ad affollarsi è anche il "cartello" nazionale che vede aggiungersi alla nostra Corte costituzionale la Corte di cassazione, nonché un altro giudice costituzionale: il *Tribunal* spagnolo.

È proprio l'interlocuzione fra quest'ultimo e la Corte di giustizia a costituire il momento culminante e conclusivo dell'itinerario giudiziario esaminato nel testo, noto ai più come vicenda Melloni, dal nome del contumace condannato in Italia per bancarotta fraudolenta con sentenza passata in giudicato, trasferitosi in Spagna e per questo destinatario di una richiesta di estradizione da parte del nostro Paese avanzata sulla scorta di un mandato di arresto europeo. Ad esso vorrei dedicare la mia attenzione per svolgere qualche considerazione in contrappunto con quanto si osserva nel testo.

A seguito della richiesta di estradizione il Melloni si rivolge al *Tribunal constitucional* con un *recurso de amparo* che si basa sulla diversità di trattamento assicurata dall'ordinamento spagnolo al condannato in contumacia rispetto a quanto previsto nell'ordinamento italiano, la quale si sostanzia nel regime di maggior favore che il primo riconosce allo stesso, consentendo quel ricorso contro la sentenza di condanna, anche se divenuta nel frattempo definitiva, che il nostro sistema giudiziario, invece, impedisce. È a questo punto che il *Tribunal*, nel trattare del *recurso*, chiama a sua volta in causa la Corte di giustizia con un rinvio pregiudiziale nel quale si chiede, in sostanza, come debba interpretarsi la normativa sul mandato di arresto europeo – che esclude la possibilità di rifiutare l'esecuzione del mandato di arresto europeo, ai fini dell'extradizione di un condannato in contumacia nello Stato richiedente, laddove questi sia stato informato dell'addebito e abbia conferito il mandato

per essere rappresentato in dibattito (art. 4^{bis}, decisione-quadro 2009/299) – alla luce della previsione dell’art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell’Ue (c.d. Carta di Nizza). Quest’ultimo infatti, sotto la rubrica “livello di protezione”, statuisce come noto che: “Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell’Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l’Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri”.

Quella appena richiamata è una delle previsioni di più incerta definizione e quindi più misteriose dell’intera Carta di Nizza. Vero è che essa bisca l’omologa e parimenti numerata disposizione della CEDU, ma se ne differenzia, da un verso, proprio per lo specifico riferimento alle “Costituzioni degli stati membri”, assente nella clausola convenzionale, e, dall’altro, per l’inquadramento in un ordinamento, come quello dell’Unione, in cui le ben più rilevanti esigenze di integrazione non possono accreditare la visione minimalista di clausola orizzontale volta ad assicurare la salvaguardia di un minimo comun denominatore di tutela – oltre il quale tornerebbe a valere il margine di apprezzamento degli stati – che si attaglia, in linea con simili formule utilizzate nel diritto internazionale, alla previsione convenzionale. Non a caso per l’art. 53 CDFUE si è parlato, con linguaggio assai più pregnante, di canone di massimizzazione delle tutele.

La risposta fornita dalla Corte di giustizia è stata abbastanza netta. Nell’escludere l’utilizzabilità dell’art. 53 per introdurre una deroga nella disciplina riguardante il mandato di arresto europeo, la Corte afferma che l’adozione della decisione quadro 2009/299, sulla scorta di un consenso raggiunto da tutti gli Stati membri, aveva lo scopo di armonizzare le condizioni per l’esecuzione di un mandato d’arresto europeo nel caso di condanna pronunciata in contumacia. Ebbene – prosegue la Corte – nei settori di competenza del diritto dell’Unione in cui si registra piena armonizzazione, l’art. 53 della Carta non consente agli stati membri l’applicazione delle proprie norme costituzionali perché, pur a fronte della possibilità di elevare il livello di tutela del diritto fondamentale implicato con il ricorso alle norme statali, ad essere compromesso finirebbe per essere il principio cardine del primato e dell’uniformità del diritto dell’Unione.

Insomma, da un verso, fedeltà al consenso espresso in sede di approvazione della decisione-quadro da parte di ciascuno stato firmatario e, dall’altro, necessità di proteggere la primazia del diritto UE.

La vicenda si chiude con la decisione del *Tribunal constitucional* di respingere il ricorso, adeguandosi, sia pur con una certa fatica, alla decisione della Corte di giustizia, modificando *oborto collo* la propria posizione in ordine alle garanzie che assistono l’equo processo ai sensi dell’art. 24 della Costituzione spagnola.

Dinanzi a questo epilogo del caso Melloni, pur non celando un certo sentimento di sottile delusione, l’A. del volume spinge tuttavia per una certa lettura comprensiva della posizione assunta dalla Corte di giustizia alla stregua della necessità di presidiare una sorta di «*ragion*

d'Unione» e di salvaguardare il sistema da una deriva che potrebbe portare ad uno «sgretolamento dell'intera impresa europea». Del resto – si aggiunge – alla Corte di giustizia si proponeva un'operazione di «bilanciamento che nessuna delle altre due Corti ha davanti, ma che è parte ciò nondimeno del sistema in cui viviamo», nella quale dover considerare anche (e, nella specie, far prevalere) il «principio di superiorità ed uniformità del diritto dell'Unione». Quello della massimizzazione delle tutele sembrerebbe così un canone che «va incontro ad ostacoli e [...] ragioni di bilanciamento che collocano quel massimo possibile a livelli diversi per le Corti nazionali, per la Corte di Strasburgo, per quella del Lussemburgo».

Certo, viene da osservare in proposito che, innanzitutto, pure l'art. 53 CDFUE costituisce diritto europeo, la cui cedevolezza rischia di tradursi (anch'essa) in un *vulnus* apportato al principio di primazia del diritto dell'Unione e del diritto europeo di natura primaria, stante l'equiparazione fra Carta di Nizza e Trattati istitutivi *ex art. 6* del Trattato di Lisbona. In sostanza, una sorta di corto circuito logico: assicurare la primazia... a danno della primazia.

Non solo, il bilanciamento effettuato dalla Corte di giustizia appare come una ponderazione *a sensu unico* nella quale l'esigenza della maggior tutela interna del diritto non è realmente posta in raffronto col principio di superiorità del diritto dell'Unione che si limita, in tal modo, solamente ad occultarla: essa semplicemente non entra in circolo. Si potrebbe dire non che si tratti di un diverso bilanciamento ma che non si tratti di vero e proprio bilanciamento.

Ma, al di là del caso ricordato, è l'intera giurisprudenza della Corte di giustizia ad essere in proposito assai deludente: poche sono le decisioni in cui risulta richiamato l'art. 53 della Carta e nessuna, a quanto mi risulta, si fonda su tale previsione. Quel che se ne ricava è una sorta di processo di rimozione o, comunque, di marginalizzazione di un criterio che in sé avrebbe potuto costituire una delle più significative strade per l'osmosi integrativa fra ordinamenti nazionali e ordinamento europeo e che soprattutto avrebbe finito per porre proprio il supremo giudice europeo nella condizione di crocevia privilegiato del processo, nella sua funzione di interlocutore dei giudici e delle Corti costituzionali nazionali.

Tutto questo fa dell'art. 53 CDFUE una delle prescrizioni più ambiziose, quanto misteriose – come dicevo – dell'intero edificio ordinamentale europeo.

Mi chiedo allora, in questo contesto, se la sostanziale devitalizzazione dello stesso che si registra anche nella vicenda in esame non possa assurgere a simbolo di un'integrazione europea che sembra oggi vivere non pochi contraccolpi e registrare significative resistenze, con la conseguenza di un dialogo fra le Corti europee e nazionali che pare segnare un po' il passo e conoscere qualche rigurgito muscolare; oppure se venga piuttosto a rappresentare realisticamente la cifra più genuina di un'integrazione che, come si dice nel volume, per ricercare convergenza sa che, «oltre un certo limite, l'uniformità non possa andare ma, oltre un certo limite, le stesse diversità distruggono l'unità».

La difficile linea di confine

di Massimo Luciani*

1 .- Dico subito due cose, in premessa. Anzitutto che questo è un libro piccolo, ma non è un piccolo libro. Ciò significa che la mole non deve ingannare: le sue dimensioni sono esigue, ma è fitto di questioni. In secondo luogo, che interesserebbe molto (soprattutto dialogando con i non giuristi presenti fra il pubblico) discutere dell'*Introduzione* al volume, nella quale si tratta della formazione culturale e politica di Giuliano Amato: ci sono molte cose interessanti e anche divertenti, ma parlarne ci condurrebbe al di là dei limiti tracciati dal titolo del nostro incontro. Non posso non fare eccezione, però, per la notazione con cui il giovane Amato mostrò di comprendere la *ὑβρις* (anche sua, all'epoca, per qualche tempo) di chi ritiene che non si possa seriamente discutere con chi non è in grado di leggere Platone direttamente in greco. Aveva ragione criticare quell'atteggiamento presuntuoso, ma un qualche governo del greco e del latino sarebbe bene mantenerlo: chi conosce un po' l'attuale situazione culturale europea sa bene quale catastrofe sia stata l'abbandono degli studi classici da parte dei sistemi educativi di molti dei paesi del nostro continente, catastrofe che ha avuto effetti molto negativi anche su consolidate tradizioni di studi giuridiche (penso, per tutte, a quella tedesca).

2.- Torno, però, al resto del volume, forse meno accattivante per chi non è giurista, ma pieno di spunti interessanti per chi di diritto si occupa. Ne ho isolati - per ovvie ragioni di tempo - solo alcuni, scegliendo, in particolare, quelli che hanno sollecitato, in me, una riflessione più attenta, talvolta anche critica.

i) La prima questione riguarda l'introduzione della *question prioritaire de constitutionnalité* in Francia. Si tratta, come è noto, dell'introduzione di una sorta di giudizio incidentale (lo chiameremmo noi) in un ordinamento giuridico che per decenni ha conosciuto solo un giudizio *a priori* di costituzionalità, o comunque non ha dato alcuna possibilità di accesso dei giudici all'*aile Montpensier* del *Palais-Royal*. Afferma Amato che, in questo modo, il giudizio da astratto si è fatto concreto. Condivido in pieno questa osservazione: più di trent'anni fa, dedicandomi allo studio di questi temi, avevo trovato proprio nella regolazione dell'accesso la spiegazione dell'oscillazione dei singoli sistemi di controllo di costituzionalità fra l'astrattezza e la concretezza: mi sembra evidente che l'accesso incidentale apra sulla concretezza dei rapporti giuridici una finestra che un controllo *a priori* o riservato a pochi soggetti istituzionali non potrà mai spalancare.

C'è, però, nel caso dell'esperienza francese, un punto che non va trascurato. La ritrosia delle istituzioni francesi nei confronti di questa novità, forse troppo rivoluzionaria per quell'ordinamento, le ha indotte a prevedere un filtro assai diverso dal nostro, riservando

* Professore ordinario di istituzioni di diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Roma 'La Sapienza'.

l'accesso al controllo di costituzionalità solo alla Corte di cassazione e al Consiglio di Stato e per ciò solo - a mio parere - allontanando la prospettiva di una piena concretizzazione.

ii) C'è poi il tema della valutazione positiva del dualismo che, nel sistema inglese, sarebbe stato determinato da quella distinzione fra *iurisdictio* e *gubernaculum* che Mc Ilwain aveva ricondotto agli scritti di Bracton, e dunque al tredicesimo secolo. Anche qui l'osservazione è corretta, perché la parabola inglese è molto diversa da quella (propri dei paesi continentali) che abbiamo conosciuto noi, ma mi permetto di osservare che, forse, in *Constitutionalism: Ancient and Modern* (altro libro piccolo, ma non piccolo libro) c'è un qualche eccesso agiografico nella lettura della storia inglese, nella quale il *gubernaculum*, per molti secoli, e in molti passaggi-chiave, l'ha fatta da padrone e non ha avuto i temperamenti che Mc Ilwain si sforza di mettere in luce.

iii) Un'osservazione che, probabilmente, oggi andrebbe rivista è quella (che incontriamo a p. 35) che il Parlamento potrebbe adottare le leggi senza alcun onere di spiegare e di spiegarsi. Certo, abbiamo sempre insegnato agli studenti che la legge è un atto *sine motivatione* e che (al contrario dell'atto amministrativo) non può essere viziata da alcun difetto motivazionale, ma forse non è più così. E se non è più così lo si deve proprio alla giurisprudenza della Corte costituzionale. Penso, in particolare a quella sui vincoli di bilancio: non si esige forse il rispetto di oneri motivazionali quando si chiede di accompagnare la legge con una relazione tecnica? O quando si vuole che da questa relazione si desumano le ragioni, poniamo, del taglio di una spesa? O, ancora, quando si pretende dal legislatore che spieghi perché certi diritti non possono (più) essere soddisfatti a causa di un difetto di risorse?

In astratto, dunque, la legge resta un atto che non abbisogna di motivazione, ma, in realtà, negli ultimi anni abbiamo assistito a un suo consistente avvicinamento al provvedimento amministrativo.

iv) Il libro si occupa anche delle discussioni in seno alla Corte costituzionale, ma lo fa in modo molto diverso da altri che hanno dato testimonianza - dall'interno - dei lavori del collegio, perché è assai più riservato. Amato, però, conferma almeno una cosa che all'esterno era in qualche modo nota, e cioè che oggi l'ordine della discussione non è più quello di una volta. Un tempo la parola era data a tutti i giudici, partendo dal meno anziano di mandato e via via in ordine di anzianità sino al Presidente, sicché tutti i componenti del collegio (fosse pure solo per qualche secondo, se non avevano rilievi particolari da fare) partecipavano alla discussione. Ora non è più così e questa organizzazione dei lavori è riservata solo alle questioni più importanti e delicate.

Vista dall'esterno questa novità è fonte di qualche preoccupazione. Capisco bene che una discussione organizzata "alla vecchia maniera" affatica - e non poco - l'andamento delle operazioni, ma credo che in questo modo tutti siano costretti a studiare con attenzione le singole problematiche e a intervenire *ex informata conscientia* anche sulle questioni di cui non sono relatori, con evidente valorizzazione della collegialità.

v) Sulla *dissenting opinion* molto ha detto Paolo Carnevale nel suo intervento. Aggiungo solo un'osservazione.

Giuliano Amato ci dice che, quando alla Corte ci si divide, non lo si fa seguendo le astratte linee politiche che (inevitabilmente) attraversano qualunque collegio, ma in ragione di concrete divergenze d'opinione su questioni giuridiche, della propria sensibilità culturale, degli studi che si sono fatti, delle proprie esperienze di giurista, etc. Ebbene: personalmente, così come tutti - credo - gli addetti ai lavori che sono qui presenti, non esito a credere a questa rappresentazione dei fatti, ma il problema è che in un paese come il nostro non è affatto detto che siano altrettanto propensi a farlo i *non* addetti ai lavori. A mio parere, l'introduzione della *dissenting opinion* sarebbe dunque pericolosa anche per questo profilo: in quanto può rafforzare, in un'opinione pubblica imbarbarita da una stampa raramente attenta alla logica del diritto e da un dibattito in rete che brilla per violenza di toni, il convincimento che, in realtà, "là dentro" si faccia politica. Condivido, dunque la cautela che in questo volume si dimostra nei confronti dell'opinione dissenziente. Certo, vi si elencano molti argomenti a favore, ma prevalgono quelli contrari, ai quali aggiungerei anche quello - che ho appena enunciato - dell'immagine della Corte.

vi) Sul "governo dei giudici" si dice che spetta ai giudici stessi dissipare l'idea che questo spettro (che aleggia periodicamente: direi ogni cent'anni) possa aggirarsi nelle nostre esperienze politico-istituzionali. È vero, spetta a loro, ma questi giudici, proprio per essere idonei ad assolvere a questo compito, dovrebbero munirsi di tecniche decisorie e di teorie dell'interpretazione adeguate alla bisogna, sicché, in particolare, dovrebbero rifiutare quella tesi della natura creativa della giurisprudenza che purtroppo sembra egemone in dottrina ed è significativamente presente anche in alcuni strati dell'ambiente giudiziario.

vii) Amato, giustamente, ricorda che la Corte è molto attenta a tener conto del fatto che, nelle esperienze giuridiche in cui siamo immersi, abbiamo "carte dei diritti che sono uguali". Eppure, qui va fatta qualche precisazione.

Certo, queste Carte dei diritti sono sempre più simili, ma i contesti nei quali esse operano sono assai differenziati. E proprio questa diversità dei contesti spiega a sufficienza la grande difficoltà di interlocuzione fra le varie Corti poste a presidio delle singole dichiarazioni, difficoltà che emerge ampiamente da questo volume. In questa prospettiva (Amato lo riconosce) diventa centrale l'elemento della democraticità della decisione. Proprio verso la fine del libro ci si chiede se sia più democratico che decida *una* Corte, a livello europeo, oppure che decidano i singoli Parlamenti. Ebbene, qui non avrei dubbi: penso che sia sempre meglio che la decisione spetti ai Parlamenti e che questi abbiano il dovere di definire le priorità da seguire nella protezione dei diritti, entro il quadro assiologico definito dalle singole Costituzioni. Da questo punto di vista non si può non vedere con angosciata preoccupazione il fatto che il processo di integrazione europea sia giunto a una fase di stallo, dalla quale è imperativo uscire. Personalmente, auspico che si esca in avanti, con un suo approfondimento (intendo, con una maggiore integrazione *politica*), ma se non ci si riesce comprendo anche le ragioni di una marcia indietro, perché è difficile rimanere, bloccati, in queste condizioni.

viii) Si dice, nel libro, che di fatto il conflitto fra le Corti è evitato il più possibile. È indubbiamente così, perché registriamo continuamente i tentativi di far sì che il conflitto

non esploda, ma è evidente che ci sono momenti in cui il conflitto fatalmente viene alla luce. Ricordiamo bene di avere assistito, a distanza di quarant'anni l'una dall'altra, a due "guerre fra le Corti", che hanno visto sul campo la nostra Corte costituzionale e la Corte di cassazione; oggi stiamo assistendo a qualcosa che non si ancora se chiamare guerra, ma è quanto meno - diciamo - un dialogo "intenso", fra Corte costituzionale e Corte di giustizia. Mi riferisco - ovviamente - al famoso caso *Taricco*, che ha registrato l'importante rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale con l'ord. n. 24 del 2017, e che ancora non si è concluso (conosciamo, oggi, solo le conclusioni dell'Avvocato Generale, che dal mio punto di vista non sono particolarmente entusiasmanti, per usare un eufemismo). Vedremo quale sarà la risposta della Corte di giustizia e quale sarà la controrisposta della Corte costituzionale.

ix) Vengo, infine, a quello che a mio avviso è il problema dei problemi, ovverosia alla questione del bilanciamento.

Di bilanciamento, in questo libro, si parla spessissimo ed è fatale che sia così, considerati i contenuti della giurisprudenza e della discussione dottrinale. Correttamente, nel libro non solo ci si interroga su quale sia la distinzione concettuale fra lo spazio del bilanciamento che spetterebbe alle Corti (tanto la Corte costituzionale, quanto la Corte di giustizia e la Corte di Strasburgo) e il *marge d'appréciation* spettante al legislatore, ma si mette anche in luce l'enorme difficoltà di tracciare una linea di confine. E questo non sorprende, perché, a mio avviso, una linea di demarcazione, semplicemente, non si può disegnare.

Personalmente, ritengo che sarebbe assai opportuno che i giudici rifuggissero dal bilanciamento. Mi rendo ben conto che si tratta di un'affermazione in controtendenza, perché, al di là di quanto si legge in dottrina, tutte le Corti costituzionali, sovranazionali e internazionali, ma anche gli stessi giudici comuni, dicono continuamente di aver bilanciato fra questo e quel diritto, fra questo e quell'interesse, fra questo e quel valore e via discorrendo (con varietà terminologica che - aggiungo - dovrebbe destare qualche sospetto sulla chiarezza dell'impianto concettuale). Eppure, è proprio un bilanciamento quello che fanno? E, soprattutto, è proprio un bilanciamento quello che dovrebbero fare?

Anzitutto, quanto a quello che fanno: quando la Corte di giustizia, ad esempio, ha risolto la questione del mandato di arresto europeo (mi riferisco al caso *Melloni*) ha davvero fatto un bilanciamento fra i valori inclusi nell'art. 53 della Carta europea e i confliggenti valori che poi l'hanno indotta a decidere come ha deciso? A me sembra di no: mi sembra - invece - che, puramente e semplicemente, abbia del tutto trascurato l'art. 53, facendo riferimento ad altre previsioni normative, i cui contenuti ha ritenuto prevalenti.

Poi, quanto a quel che dovrebbero fare. A me sembra che proprio perché il bilanciamento non si distingue dal margine d'apprezzamento, quando i giudici bilanciano non facciano altro che sostituirsi al legislatore, al quale l'apprezzamento, invece, istituzionalmente spetta. La decisione sulla meritevolezza di certi valori (o beni, interessi, diritti) è già stata compiuta dal Costituente. Spetta al legislatore bilanciare fra gli uni e gli altri nel concreto dell'esercizio della funzione di indirizzo politico (che, come si sa, trova anche nella legge un suo punto di emersione), rispettando la gerarchia esistente (non

nell'intera Costituzione, che non conosce alcuna *allgemeine Wertordnung*, ma) nei singoli “campi di attività” tracciati dalla Costituzione (per riprendere la corretta formula di Antonio Baldassarre). Spetta, infine, alle Corti supreme (e ai giudici in generale) controllare il bilanciamento effettuato dal legislatore, senza pretendere di bilanciare essi stessi, pesando le grandezze a raffronto. Deve trattarsi di un controllo (oltre che - ovviamente - di rispetto della Costituzione) di coerenza, di logicità, di completezza, di corrispondenza tra il mezzo e il fine, di fondazione (quando è necessario) su dati di fatto veridici. Nulla più di questo. L'ultimo punto, in particolare, merita attenzione. Da tempo sono convinto che l'uso dei poteri istruttori da parte (in generale delle Corti supreme, ma soprattutto) della Corte costituzionale dovrebbe essere più assiduo e trasparente, specie se si vuole essere coerenti con quella esigenza di “motivazione” della legge della quale ho parlato in precedenza. Questo è essenziale soprattutto nelle questioni in cui sono in ballo i conti e quando si discute del costo della protezione dei diritti, spesso sacrificati in ragione di un generico richiamo a indimostrate esigenze di bilancio.

In definitiva: non si tratta tanto di constatare la difficoltà di tracciare una linea divisoria fra bilanciamento e margine di apprezzamento, quanto di rassegnarsi a riconoscere ch'essa non può essere definita. Il che conduce a una conclusione estrema, ma inevitabile: se il bilanciamento altro non è che il margine di apprezzamento diversamente denominato, è bene che i giudici, di qualunque rango o natura siano, si astengano dal praticarlo; che lo lascino al legislatore; che ne verifichino - però - con rigore e sulla base di saldi paradigmi le modalità di conduzione, nei termini e nei limiti che abbiamo appena visto.

La tecnica e il meticciano

di Guido Melis **

Intervenendo in questa presentazione, mi sento, in certo modo, un intruso, non essendo io né un costituzionalista, né un giurista.

Ho accettato la proposta di Fulco Lanchester perché, già quando me l'ha gentilmente formulata, avevo letto il libro e ne ero rimasto impressionato, e anche un po' affascinato. Lasciamo il giudizio su Amato costituzionalista, che non mi compete. Ma non dico nulla di originale se segnalo la capacità straordinaria di rendere semplici e interessanti le cose difficili e apparentemente aride. Queste tre lezioni delle quali il libro si compone sono rivolte a un pubblico evidentemente colto ma non di specialisti; e tuttavia al tempo stesso spiccano per acutezza intellettuale, densità di ragionamento, cultura e metodo di esposizione.

La prima osservazione che vorrei formulare è forse un po' estranea al libro, ed è una specie di autocritica professionale. Riguarda i ritardi della storiografia italiana, specie di quella delle istituzioni e del diritto, rispetto all'esperienza delle grandi Corti in età liberale e repubblicana.

Una storia della Corte costituzionale italiana non c'è. Esistono ottimi libri di sintesi, alcuni anche con taglio storico, ma bisogna riconoscere che nessuno di noi ha saputo ricostruire a tutto tondo l'esperienza di un istituto che ha ormai 60 anni di vita e che ha segnato profondamente la storia politica e istituzionale del Paese. Del resto, con poche distinzioni, si potrebbe dire la stessa cosa per altre grandi istituzioni dell'età repubblicana: non esiste una storia della Corte di cassazione, né del Consiglio di Stato, né del Csm, né – per venire a tempi più recenti – delle varie *Autorities*. In definitiva non abbiamo neanche una storia del Parlamento che si addentri nel suo funzionamento reale.

Il perché di questa lacuna diffusa è variamente spiegabile. Per quanto riguarda la Corte costituzionale ha inciso certamente l'esclusione della *dissenting opinion*, il che poi si traduce nella laconicità della documentazione sulle discussioni in camera di consiglio. La Corte non ha un archivio vero e proprio, le carte personali dei giudici non sono disponibili e quel che è dato leggere sulla attività si limita alle pratiche del personale e ad una documentazione

** Professore ordinario di Storia delle Istituzioni Politiche – Università “La Sapienza” di Roma.

prevalentemente amministrativa. Quasi inutile, dunque. Come se per scrivere la storia della Fiat si studiasse tutto salvo i processi di produzione.

E' un punto – questo – quasi paradossale (lo ha denunciato in un libro recente anche Sabino Cassese, lo richiama ora Giuliano Amato) che certamente ha ostacolato la ricerca storica. Analisi anche raffinate delle sentenze non bastano a scrivere la storia della giurisdizione. In Francia uno studioso di sociologia, Bruno Latour, ha potuto eccezionalmente assistere alle camere di consiglio del Conseil d'Etat e ne ha tratto un libro non banale (*La fabrique du droit*), restando tuttavia nel campo delle notazioni sociologiche. Quel che servirebbe sarebbe – e lo dimostra implicitamente questo libro di Giuliano Amato – una lettura in chiave storico-istituzionale della “sala macchine” e di ciò che in essa quotidianamente si svolge. Non l'abbiamo.

Delle tre lezioni che il libro raccoglie, è la prima quella che più mi ha colpito. Vi ho ritrovato temi che già in parte avevo incontrato nella lettura del libro di Cassese e in quello, precedente di qualche anno, di Zagrebelsky (*Principi e voti*, che curiosamente non ho trovato citato nella accurata bibliografia finale).

Come funziona la Corte? come lavora il giudice relatore e come viene scelto? come collaborano (e come sono reclutati e utilizzati) gli assistenti? come si svolge l'udienza? qual è il ruolo del presidente? Infine, cosa succede in camera di consiglio? Come si formano le decisioni? E, una volta formate, come si redige la sentenza?

Soprattutto importerebbe sapere come si affronta, senza pregiudizi dice anche Amato, la discussione, e come si persegue, quasi *naturaliter* il fine della collegialità (le due pagine sul valore della collegialità sono tra le più efficaci della prima lezione: ricordo di aver letto in Zagrebelsky che a volte l'unitarietà è un fine così rilevante da indurre giudici di diverso parere a fare un passo indietro, pur di evitare, attraverso un compromesso, la spaccatura nel voto finale).

Ma soprattutto, già nella prima delle tre lezioni, emerge subito la grande questione del tempo presente: l'intreccio cioè (lo chiama proprio così Amato), o l'interazione, o se volete la connessione tra le Corti europee e quelle nazionali.

Il crearsi di un tessuto giurisprudenziale “meticcio”, nel quale non solo si mescolano la tradizione del *civil law* con quella del *common law*, ma si “contagiano” tra di loro le corti sovranazionali con quelle nazionali.

E' questa la rete dei "prestiti" e delle "influenze" su scala anche sovranazionale di cui ci ha parlato Guido Calabresi. Un prestito tuttavia che non si consuma nella mera acquisizione, nel passaggio lineare da una Corte all'altra. La cerniera dei diritti è mobile – spiega Amato; ma non necessariamente nel senso che una fonte debba prevalere sull'altra, in base a un adattamento "meccanico": piuttosto in base a una volontaria adozione e possibilmente rielaborazione nelle Corti nazionali dei principi delle Corti europee (delle due Corti qui prese in esame, Lussemburgo e Strasburgo, ognuna delle quali opera secondo funzioni, modalità di intervento, differenti da quelle dell'altra). In questo intenso lavoro sta la virtù, mi sembra di capire, del dialogo tra le Corti.

Quel che di questo complesso fenomeno più mi interessa, quello che più mi attrae come studioso delle istituzioni, è ciò che ho chiamato prima il "contagio", cioè la rete di interrelazioni che viene in questo modo a costituirsi. La storia del diritto dell'Ottocento e in gran parte quella del Novecento ci hanno documentato sistemi giuridici relativamente impermeabili, tradizioni nazionali compatte, isolazioniste, autolegittimantesi anzi proprio sulla base della loro corrispondenza al diritto nazionale. I "prestiti" culturali, la gita a Chiasso, almeno in Italia, sono stati più un'eccezione che la regola.

Anni fa avevo iniziato un lavoro poi sfortunatamente interrotto, per registrare le traduzioni di libri stranieri, la pubblicazione di saggi di studiosi di altri Paesi e le recensioni di opere francesi, spagnole, inglesi o tedesche nelle riviste giuridiche tra Otto e Novecento, prima del fascismo. Rivedendo quelle schede, ne ho tratto di nuovo l'impressione che ebbi allora: di un isolamento culturale di fondo. Del resto è stato di recente osservato quanto poco fossero tradotti all'estero i maestri del diritto pubblico italiano di prima generazione (Orlando, ad esempio). La circolazione delle idee sembra insomma si fermasse allora alle frontiere di ciascun Paese, sebbene (lo ha notato Cassese) poi certe acquisizioni, alcune intuizioni di fondo e "scoperte" (lo dico nel senso proprio che ha la parola nelle scienze sperimentali) siano miracolosamente avvenute negli stessi tempi in Paesi e continenti diversi: quasi che l'evolversi stesso delle società occidentali, specie tra le due guerre mondiali, dettasse lo sviluppo spontaneo e convergente di culture giuridiche tra loro non comunicanti.

Bene, oggi non è più così. Oggi si lavora – come in fondo è sempre stato per le discipline che chiamiamo scientifiche come la fisica o l'astronomia – su scala mondiale, nel caso qui studiato su scala continentale.

E una storiografia delle giurisdizioni costituzionali, oggi, dovrebbe lavorare appunto su questa zona grigia in espansione che chiamerei dei reciproci contatti, delle influenze più o meno dichiarate. Nel decalogo di Gino Gorla su come "leggere" le sentenze (poi ripreso da un suo allievo, Giuseppe Barbagallo, in alcuni interessanti lavori sulla giurisdizione

amministrativa) figurava anche, come indicatore, la presenza in sentenza di citazioni di giurisprudenza straniera.

Amato ci spiega bene, a un certo punto, come la Corte costituzionale, nel recepire in sostanza una certa posizione “esterna”, talvolta la fa sua ma con argomenti diversi, quasi volesse rivendicare la in questo modo la propria indipendenza. Non ho capito se Amato ritenga questa specie di *escamotage* un fatto storico, provvisorio, o se pensi che le Corti nazionali si autolegittimeranno ancora in futuro difendendo quest’ultima trincea. In ogni caso sarebbe, questo, un punto interessante da approfondire.

La maestria di Amato, poste le premesse nella prima lezione, sta però soprattutto nella capacità di svilupparle poi attraverso i due esempi posti al centro della seconda e della terza: quello del diritto della madre a restare ignota e quello della posizione dell’imputato contumace nel processo.

Qui emerge una serie molto ricca di articolazioni e di spunti che meriterebbero ognuno una trattazione a sé. Viene specialmente in evidenza una parola chiave, nel diritto costituzionale e nella giurisprudenza della Corte: “bilanciamento”. “Bilanciare” è un verbo cruciale: cioè soppesare quantità e qualità, misurare, equilibrare. In fondo Amato ci propone qui un vocabolario intrinseco alla funzione della Corte e delle Corti in generale. Nel caso *Godelli*, quello della madre ignota, emergono le culture diverse delle Corti che se ne occupano, le sensibilità più o meno acute dei giudici per questo o quel lato della questione, e, sullo sfondo, il groviglio dei diritti di vari soggetti coinvolti, diritti che divergono tra loro. E’ sintomatico come Corti diverse giungano al medesimo risultato pratico ma attraverso percorsi logici e argomentativi obiettivamente diversi.

Il paradosso del futuro diritto europeo sta in ciò: che non potrà non tenere conto delle diversità nazionali, sicché non potrà che nascere da una dialettica interna tra i diritti degli Stati.

Concludo. Un libro intelligente, scritto in modo intelligente: e intendo dire quel che l’aggettivo esattamente significa, cioè un libro che capisce la realtà complessa del nostro tempo e che aiuta a capirla.

Scritto benissimo, anche, il che non è proprio un vanto che si possa attribuire alla scrittura giuridica in Italia.

Con un’autoprefazione inusuale, quasi sorprendente, in punta di penna, che è anche un’ironica autobiografia (sarà molto utile per rifare la storia futura del ceto dei giuristi a cavallo dei due secoli). Con qualche vezzo qua e là, qualche segnale nascosto delle passioni segrete dell’autore che non sarà sfuggito al lettore attento: come quando, a p. 84, Amato

rivendica *en passant* di avere organizzato un Master di tennis a Orbetello; o quando, a p. 73, cita “la divina Maria Sharapova”, per quella croce che porta al collo mentre gioca.

Che a nessuno – dice – verrebbe in mente di proibire in nome di una malintesa parità tra i credi religiosi.

La Corte e le Corti. Riflessioni dall'interno

di Giuliano Amato**

Ero io che dovevo sentire gli altri, e dunque ringrazio tutti. A partire dal rettore – gliel'ho già detto – e da te, Fulco, che sei l'insostituibile *manager* dotto delle nostre cose.

Rapidissimamente su alcuni dei punti cruciali. Intanto sullo stile del lavoro, che avete apprezzato. Lo dico con l'orgoglio di chi ha fatto come mestiere principale – e tale lo considera nella sua vita – quello di insegnante: quanto mi ha insegnato insegnare! Penso ancora al ragazzino intollerabile, che ero a Liceo, quando ritenevo che non si potesse parlare con qualcuno che non sapesse leggere Platone direttamente in greco. Col tempo ho imparato a scrivere ed a parlare in modo da comunicare con chiunque mi trovassi davanti, studente o studioso. A volte con la presunzione che lo studioso sapesse di più dello studente – presunzione smentibile dalla realtà in molti casi – ma essendo in ogni caso insegnante, e provando il massimo di soddisfazione nel cogliere nell'interlocutore i segni dell'avvenuta comprensione di ciò che gli sei venuto dicendo e spiegando. Quando si trattasse di studente, con soddisfazione ancora maggiore, perché doveva in primo luogo orientarsi ed era più che legittimo che gli servisse per farlo entrare gradualmente nel tema.

È stata per me una lezione straordinaria ed è il frutto di tale lezione che si realizza nello stile di questo libretto. E' lo stile del parlato in classe, con volute che vanno e vengono, vanno avanti e poi ritornano, in modo che chi ancora deve fissare nella mente ed ascolta possa così prima percepire, poi radicare. In realtà, ciò che dovremmo imparare è avvicinare lo stile accademico a quello che si usa nella didattica. Ne guadagnerebbe la chiarezza e forse anche l'attrattività di quanto scriviamo e diciamo. Avevo un professore le cui lezioni non riuscivo a seguire perché parlava esattamente come scriveva, e scriveva in modo assai difficile. Non dirò chi era.

Secondo punto e passo alla Corte. Ci sarebbero tante cose da dire, ma mi soffermerò su alcune soltanto, affrontando poi da ultimo la collegialità e la motivazione. Le modalità di discussione. Osserva Massimo Luciani che sarebbe meglio che vi fosse sempre, su ogni caso, la discussione a 360°, dal più giovane al più anziano. È facile capire che la riserva di una tale modalità alle questioni più importanti e controverse è dovuta all'economia dei lavori, perché non potremmo gestire più di un certo numero di questioni, se si facesse sempre così. Oggettivamente vi sono questioni che non la meritano una discussione così ampia, o perché particolarmente semplici o perché, come diciamo in gergo, già largamente coperte dai precedenti. Per cui dopo l'esposizione del relatore, se nessuno esprime disaccordo od anche perplessità, si approva la proposta iniziale e si va avanti, né credo che questo vada a repentaglio della qualità della decisione. Del resto, su questioni importanti o che comunque si rivelano più controverse di quanto si potesse pensare a priori, la

** Professore emerito di Diritto costituzionale italiano e comparato presso l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza". Giudice della Corte Costituzionale.

discussione a 360° viene fuori da sola, anche se il presidente non l'ha organizzata come tale. Capita spesso che, dopo il relatore, qualcuno alza il dito e poi, ad uno ad uno, tutti dicono la loro. Lasciata all'intelligenza dei giudici, credo che questa elasticità non danneggi la Corte.

Sulla *dissenting opinion* ha forse ragione chi ha espresso dei dubbi. Quando è nato il libretto che oggi commentiamo, ero poco più che un neo-giudice (un anno e mezzo di esperienza) e mi portavo dietro il *favor* per l'opinione dissenziente, nato negli anni '60 alla luce dell'esperienza statunitense ed espresso allora nel libretto sul tema, curato da Costantino Mortati ed edito da Giuffrè. L'argomento principe a favore era ed è l'incoraggiamento che essa può fornire ai giudici di merito ai fini della riproposizione di questioni respinte e quindi della evoluzione della giurisprudenza. Ciò che l'esperienza mi ha fatto apprezzare è la spinta, invece, che l'assenza di questa via d'uscita fornisce alla ricerca della soluzione condivisa, all'impegno nel convincere gli altri. In caso contrario, al primo emergere di un contrasto posso essere indotto a scavarci dentro e a lasciarlo in piedi, vedendovi anzi un'opportunità per uscire allo scoperto con una bella opinione dissenziente. Si pensi a un giudice della Corte Suprema Usa, di cui non ho mai condiviso nemmeno mezza idea, ma di cui ho ammirato tantissimo l'intelligenza e la formidabile preparazione giuridica, ovvero Nino Scalia. Sarei pronto a scommettere che in lui la voglia di scrivere la *dissenting opinion* superava spesso quella di convincere gli altri. Ha scritto delle formidabili opinioni dissenzienti, ma c'è da chiedersi se e quanto sarebbe stata diversa la decisione della Corte, ove lo stesso impegno l'avesse profuso nel tentare di convincere gli altri.

Il che non significa che io ora sia contro. Sono anche consapevole che la forzata riconduzione di tutti ad un'unica opinione, quella della sentenza, a volte porta l'inserimento in essa, tanto per dargli un po' di spazio, di un punto di vista che in realtà condurrebbe ad un'altra soluzione, e la coerenza complessiva della motivazione può risentirne. Lo stesso dicasi per l'indicazione di talune cautele, di *obiter dicta* che fanno intravedere dissensi non sedati all'interno della Corte.

La motivazione. Sento moltissimo questo tema, è un po' il filo rosso di tutto il lavoro, del rapporto tra le Corti come di quello con il Parlamento. Io vengo da un'esperienza politica, sono o meglio ero abituato molto al Parlamento. So bene che esso è venuto motivando sempre di più le sue scelte, ma sono anche consapevole di una profonda differenza che c'è fra il consenso che si forma al suo interno e quello che si forma da noi. Nella Corte è la razionalità degli argomenti che genera la maggioranza. In Parlamento è la maggioranza che genera il consenso sulla soluzione che essa ritiene più coerente con le preferenze dei suoi elettori. Può capitare che vada diversamente su singoli emendamenti, a seconda del clima, delle circostanze, dei rapporti in quel momento fra le parti politiche. Ma insomma, se è così che io penso che i miei elettori desiderano che io faccia, troverò il modo di dimostrare che è così che bisogna fare, oggettivamente. Si cerca allora di razionalizzare una scelta che precede il momento della motivazione.

Io mi sono trovato più volte in passato a fare od a leggere motivazioni sulle coperture finanziarie. Meno male che ora c'è un ufficio del bilancio, che spero col massimo disinteresse controlli tutto questo, perché vi assicuro che a volte, secondo una vecchia

regola, se non ci si arriva, ci si tira il cappello. Il cappello è sempre intessuto di numeri e quant'altro, ma è sempre un cappello tirato. Alla Corte non si può fare così, e non si fa così. E le leggi, soprattutto regionali, che cadono per la non credibilità delle loro coperture, sono numerose.

Io ho più volte segnalato questa differenza, che se volete è la differenza fra le discussioni tecniche e quelle cosiddette politiche, così come la vissi nella Convenzione europea. Nella fase iniziale eravamo suddivisi in gruppi di lavoro nei quali prevaleva la dimensione tecnica. Se un argomento non era persuasivo io lo dicevo, “così non mi puoi convincere”, e quindi il mio interlocutore, o trovava un argomento tecnicamente o razionalmente migliore del mio, oppure doveva prendere atto, e prendeva atto che la soluzione era la mia. Poi, nella parte finale dei lavori, mi trovai davanti un rappresentante di Governo che mi disse “no!”, e io gli obiettai “come no? Tu mi devi dire perché no...”. Risposta: “Giuliano, non l’hai capito? Qui ormai siamo alla decisione finale, decidiamo noi Governi. Il mio Governo ti dice no”. No che io chiamai il *niet sovrano*, che è tale anche quando è vestito con una motivazione.

Alla Corte non si può fare così. Alla Corte devi convincere gli altri con un argomento migliore del loro e devi farti convincere dagli argomenti migliori del tuo. Specie nelle controversie *border line* che ci si trova ad affrontare, questo è il punto focale su cui una Corte non solo deve essere persuasiva, ma si trova in ragione di ciò a mettere in gioco la sua stessa legittimazione nel sistema degli organi costituzionali. Perché, su tante delle questioni che ha davanti, non deve apparire all'esterno così come legittimamente appare invece il Parlamento nell'uso che esso fa del suo margine di apprezzamento.

Ed allora Massimo Luciani può aver ragione quando dice che il termine bilanciamento evoca un'operazione che fondamentalmente è quella del Parlamento- Ed è tecnicamente corretto quando aggiunge “voi chiamate bilanciamento quello che è il prodotto di un'interpretazione sistematica”. È vero, è così. Lo si chiama ciò nondimeno bilanciamento, perché così si fa ormai nella dottrina internazionale, tanto è vero che con la prevalenza in essa dell'inglese lo si chiama ormai *balancing*. Ma il nostro *balancing* deve essere fatto con gli argomenti di Luciani, perché se noi non riusciamo a dimostrare l'irragionevolezza, la non proporzionalità, lo squilibrio manifesto fra la tutela dell'uno e la tutela dell'altro fra gli interessi costituzionali in gioco, noi dobbiamo rimetterci all'uso che ha fatto il Parlamento del suo margine di apprezzamento. Io questo lo sento fortemente, anche perché ho una sensibilità che è cresciuta dalla parte di là.

Noi possiamo dire qual è la soglia ragionevole per un premio di maggioranza in una legge elettorale? Non possiamo dirlo, ma possiamo dire che l'assenza di qualunque soglia per un premio di maggioranza è irragionevole. Noi non possiamo decidere, in presenza di opinioni diversificate, se la destinazione degli embrioni soprannumerari alla ricerca è o non è costituzionalmente dovuta. Abbiamo detto in questo caso: questi sono gli argomenti pro, questi sono gli argomenti contro, nessuno di essi è coperto costituzionalmente più dell'altro, non c'è uno squilibrio irragionevolmente ampio tra l'uno e l'altro, decida il Parlamento. Per contro, quando ci siamo trovati davanti al quesito: se si espantano tre ovuli e si producono

tre embrioni, questi tre embrioni vanno davvero tutti impiantati nella donna? Abbiamo risposto che per la scienza medica questo è del tutto irragionevole, perché qualunque addetto ai lavori dirà che il numero degli impianti dipende dalle caratteristiche del singolo caso, dall'età della donna e da altre circostanze. Quindi il Parlamento non può decidere al posto della scienza.

Pensando all'osservazione di Luciani, può essere interessante ricordare che, nel caso della madre anonima, fra le protagoniste di questo libretto, il Presidente attuale della Corte, che allora non lo era, ma era relatore, Paolo Grossi, si rifiutò di parlare di bilanciamento. Leggete quella sentenza, che io pure spiego in termini di bilanciamento, perché c'è uno squilibrio fra la tutela esclusiva dell'anonimato della madre e l'assenza di ogni tutela delle ragioni del figlio che anche in difesa della propria salute può aver bisogno di sapere chi sia sua madre. La sentenza usa un diverso argomento e sostiene che l'unilateralità della legge trasforma in un vincolo per la madre quello che è un suo diritto sì. Una precedente sentenza sullo stesso tema, che questa ha cancellato, si esprimeva invece in chiave di bilanciamento, che essa aveva ritenuto non irragionevole.

È su questo terreno che noi ci troviamo con diversità fra i Paesi europei, in ragione del diverso uso dei margini di apprezzamento da parte dei diversi Parlamenti. Ed allora come se la cavano, non tanto le Corti nazionali, quanto le Corti europee? Come traggono le somme da tali diversità? È il tema più affascinante che, nel tempo, dovrebbe portare ad una crescita delle convergenze e ad una riduzione delle stesse diversità. Posso citare come esempio la questione degli omosessuali, perché è chiarissimo che è una questione rispetto alla quale le sensibilità nazionali sono diverse. Non a caso è problematica – diciamo – la decisione del luglio 2015 della Corte Suprema degli Stati Uniti, con la quale il divieto di matrimonio per gli omosessuali venne ritenuto una violazione del principio federale di eguaglianza, mentre in precedenza si era lasciata la questione alla legislazione degli Stati membri. Non a caso su questa sentenza Nino Scalia fece una *dissenting opinion* che era tutta su “voglio sapere se questo Paese è governato ancora dalle sue assemblee legislative o da noi, nove giudici di questa Corte”.

Da noi, la Corte di Strasburgo ha preso atto delle differenze esistenti, ma si è venuta gradualmente spostando verso un crescente riconoscimento del diritto degli omosessuali. Tre anni fa era stata portata alla sua attenzione una legge greca sulle unioni civili, che non includeva gli omosessuali. La Corte disse “non siete tenuti a fare una legge sulle unioni civili; ma se la fate, non potete escluderne gli omosessuali”. Due anni dopo le è arrivato un caso sull'Italia, prima che l'Italia facesse la legge sulle unioni civili, ed in esso la Corte ha preso atto che da noi i diritti degli omosessuali avevano una qualche tutela, ma ha aggiunto che senza una legge sulle unioni civili questa tutela non era adeguata. Era un passo in più. A questo punto è solo il matrimonio degli omosessuali a rientrare nel margine di apprezzamento dei Parlamenti nazionali. Fino a quando? Quando e con quali argomenti la Corte arriverà eventualmente a sostenere che le ragioni della convergenza sulla eguaglianza dei diritti sono ormai prevalenti?

Non siamo in grado di dirlo. Questo, del resto, è il tema cruciale non tanto e non soltanto della larga Europa della Corte di Strasburgo, quanto della stessa Unione Europea, che vive oggi una difficile crisi, proprio sul rapporto fra convergenza e diversità. È un tema sul quale noi italiani, figli di Ventotene, tendiamo a sottovalutare gli ostacoli e ad ignorare perciò che –come è stato scritto- l'arte dell'integrazione non sta tanto nel cancellare le diversità, quanto nell'assorbirle. E questo è il cimento più difficile, che impegna, ciascuno a suo modo, tanto i Parlamenti, quanto le Corti.

Introduzione

di Fulco Lanchester*

Questo Convegno, i cui atti completi verranno pubblicati nella collana dei *Quaderni di Nomos- Le attualità nel Diritto*, unisce due anniversari: il 70° dell'Assemblea Costituente e l'80° del trasferimento dello *Studium Urbis* nella nuova sede. I lavori dello stesso hanno confermato il ruolo rilevante fornito dai singoli e dalle strutture dell'Università romana nella preparazione e nella implementazione dei lavori della Assemblea costituente, nell'ambito di una continuità di ruolo che si era consolidata nel tempo. Le relazioni di Ugo De Siervo e di Paolo Pombeni hanno permesso di inquadrare ed attualizzare i profili generali, mentre le analisi specifiche si sono concentrate sul contributo dei singoli protagonisti dei lavori prima, durante e dopo i lavori dell'Assemblea costituente nell'ambito di una dinamica in cui gli elementi di continuità e rottura sono fortemente connessi.

Nel periodo successivo al 1870 e per circa un secolo l'Università di Roma fu, infatti, da un lato un luogo importante di produzione ed attrazione della classe dirigente nazionale, dall'altro un punto di equilibrio tra mondo accademico, espressione della classe dirigente, e ceto politico. Simili caratteristiche, presenti sia nello Stato liberale oligarchico, sia in quello di massa (democratico e non) si sono indebolite con la crisi degli anni '70 del secolo scorso e poi sono venute progressivamente a cadere dopo il 1980, nel momento della esplosione di massa delle iscrizioni e dell'incapacità di controllare e riformare il settore dell'istruzione superiore.

Dopo il 1968 l'università romana divenne, anche simbolicamente, il luogo della crisi sociale e politica sistemica. I casi Moro (1978) e Bachelet (1980) contribuirono infatti al riconoscimento dell'impotenza del politico di riformare il settore universitario e indussero con il DPR 382/1980 a scindere il legame tra ceto politico e università pubbliche, rapporto che si era stabilito progressivamente e che nei primi sessanta anni del secolo XX era divenuto strettissimo. Non è – dunque- un caso che proprio nel 1980 sia stato attribuito allo *Studium urbis* il nuovo nome di Università La Sapienza di Roma, poi affiancato dal 2006 dal logo *Sapienza Università di Roma*. La istituzione, da un lato, delle Università di Tor Vergata (1982) e di Roma Tre (1992) e la nascita di un attivo settore di università private attesta dunque trasformazione dello *Studium Urbis* da università nazionale ad uno dei componenti, certo il più rilevante, del sistema universitario romano.

Ed è su questo schema che la tavola rotonda finale (cui hanno partecipato Giuliano Amato, Sabino Cassese, Raffaele Romanelli e Luciano Violante) si è concentrata sul tema “classe dirigente e procedimento costituente”. Il tema sottoposto ai relatori è non soltanto quello relativo alla valutazione del contributo dello *Studium Urbis* al procedimento costituente nel periodo costituzionale transitorio e provvisorio 1944-1947, ma anche una

* Professore ordinario di Diritto costituzionale italiano e comparato presso il Dipartimento di Scienze politiche dell'Università “La Sapienza” di Roma.

riflessione sul cambiamento dei luoghi e dei soggetti capaci di produrre classe dirigente. Le trasformazioni di questo settantennio sembrano suggerire che, se vi dovesse essere un nuovo processo costituente, in questo *La Sapienza* non eserciterebbe più quel ruolo che lo *Studium Urbis* ebbe la possibilità di esprimere.

FL

[Il ruolo dei giuristi alla Costituente*](#)

di Ugo De Siervo **

Antonio Amorth, uno dei giuristi davvero più impegnati -in stretta collaborazione con Dossetti- nella preparazione dei confronti costituenti ed autore di vari importanti approfondimenti sui maggiori problemi istituzionali di quel periodo⁶¹, apre il suo corso universitario a Modena nel 1946 con un' ampia ed articolata lezione sul "contenuto giuridico della Costituzione"⁶²: in questo testo egli mette analiticamente in evidenza che se le Costituzioni sono ovviamente il frutto del confronto fra soggetti politici, esse però consistono in disposizioni giuridiche, variamente ricollegabili con i modelli costituzionali preesistenti ed ispirate dalle Costituzioni sperimentate in altri paesi nonché dai loro istituti. In questo contesto scriveva: "è sicuramente compito di noi giuristi prospettare il problema del contenuto giuridico della costituzione, il quale è -con tutta probabilità- di tanto ignorato di quanto importante",

A sua volta, nel giugno 1945 Piero Calamandrei aveva scritto: "L'ora che viviamo non sembra fatta per i giuristi, artigiani riposati e raffinati, che non amano il tempestoso clima dei grandi cataclismi sociali, e preferiscono attendere che il ciclo delle trasformazioni rivoluzionarie sia compiuto per ricominciare, sui muri maestri della nuova grezza legalità, il loro lavoro di rifinitura, a base di intonaco esegetico e di riquadrature sistematiche.

Ma un'eccezione si deve fare per il diritto costituzionale: perché, alla vigilia di una Costituente dalla quale dovrà uscire il nuovo ordinamento giuridico italiano, le questioni politiche che si presentano preliminarmente non possono non essere, insieme, questioni di diritto costituzionale. In questo campo, politica e diritto si completano e si sovrappongono; e chi vuol essere orientato politicamente, deve necessariamente orientarsi in termini di tecnica giuridica. I grandi problemi attinenti alla creazione del nuovo Stato non possono essere esattamente posti, se non si conoscono i meccanismi formali in virtù dei quali si sono storicamente risolte, in altri tempi ed in altri Stati, crisi simili a quella che oggi l'Italia

* Contributo pubblicato previa accettazione del Comitato scientifico del Convegno. Relazione presentata al Convegno *I 'Costituenti' de 'La Sapienza'*, svoltosi il giorno 30 novembre 2017, presso il Rettorato – Aula degli Organi Collegiali, Università "La Sapienza" di Roma.

** Presidente emerito della Corte costituzionale. Già ordinario di diritto costituzionale all'Università di Firenze.

⁶¹ Si vedano quanto meno, fra gli scritti più tipicamente giuridici: *La concezione dello Stato nel messaggio pontificio*, del 1944; *Il problema della struttura dello Stato in Italia (Federalismo, Regionalismo, Autonomismo)*, del 1945; *Essenza e funzioni della Costituente*, del 1946; *Il contenuto giuridico della Costituzione*, del 1946; *Corso di diritto costituzionale comparato (Stati Uniti d'America, Inghilterra, Svizzera, Unione delle Repubbliche socialiste sovietiche, la nuova costituzione di Francia)*, del 1947, scritti ora ripubblicati in A. Amorth, *Scritti giuridici. 1940-1948*, vol. II, Giuffrè, Milano 1999. A questi si aggiunga quanto meno: A. Amorth, *La riforma dello Stato*, D.C. Spes 1946.

⁶²A. Amorth, *Scritti cit.*, pag.789 ss.

attraversa. Certe premesse da cui oggi bisogna prender le mosse per proporre nuove soluzioni ... non si possono chiarire se non ragionando su nozioni giuridiche; e ragionare su questo terreno vuol dire, nonostante le facili ironie che si possono fare in momenti come questi contro i giuristi, rimanere aderenti alla storia e costringere le tendenze politiche a uscire dal generico e dal vago e a tradursi sul piano tecnico della concreta attuazione”⁶³.

Queste parole così chiare mettono bene in luce due punti che mi sembrano fondamentali per affrontare il tema che mi è stato affidato: in primo luogo, le riforme istituzionali esigono necessariamente la piena conoscenza delle trasformazioni costituzionali intervenute nel passato e negli altri paesi di analoga consistenza e tradizione, nonché l'utilizzazione corretta di istituti e di coerenti linguaggi giuridici. In secondo luogo, solo adeguate proposte normative possono trasformare in proposte praticabili ed efficaci i programmi politici (più o meno astratti e precisi), di riforma costituzionale che siano espressione delle diverse forze politiche, così stimolandole ad “uscire dal generico e dal vago”.

Ed è evidente che non era, invece, sufficiente per redigere una nuova Costituzione nel difficile contesto della fine della seconda guerra mondiale, la tradizionale larga presenza nelle assemblee rappresentative e negli stessi dirigenti politici di eletti dotati della ordinaria formazione giuridica o comunque di una lunga esperienza nelle istituzioni (pari al 40% della Costituente, secondo alcune documentazioni) : le enormi trasformazioni politiche ed istituzionali intervenute in tanti paesi democratici dopo la prima guerra mondiale ed anche i problemi emersi con l'affermazione dei moderni Stati totalitari, imponevano quanto meno un'informazione e una riflessione davvero adeguate su quanto era intervenuto ⁶⁴, ma a tal fine esigevano anche l'inserimento nella classe politica di autorevoli esperti e accademici che sapessero operare presso i partiti politici, allora soggetti assolutamente essenziali nel nascente confronto istituzionale.

Ma chi erano allora i giuristi a cui si riferisce questo contributo? Certamente alcuni intellettuali operanti nelle Università nelle materie giuridiche (non solo pubblicistiche) che ebbero collegamenti più o meno significativi con le diverse forze politiche, magari addirittura riuscendo ad essere eletti all'Assemblea costituente e a svolgervi ruoli più o meno importanti (ma ovviamente non sempre tutti hanno inciso analogamente sul prodotto costituente). Ma ad essi vanno aggiunti pure alcuni altri esperti provenienti dalle magistrature e anche dall'avvocatura, che hanno dimostrato di essere portatori di proposte adeguate ed analitiche nelle varie aree politiche che si erano venute formando.

In effetti, nella nostra esperienza vi sono stati anche alcuni significativi protagonisti del dibattito preconstituente, espressivi di tendenze riformiste, che non erano accademici di materie giuridiche ma che hanno messo in luce una sufficientemente moderna ed aggiornata cultura giuridica ed istituzionale, spesso alimentata da adeguati riferimenti

⁶³ P.Calamandrei, *Presentazione*, in P.Barile, *Orientamenti per la Costituente*, La Nuova Italia, Firenze 1945, pag. V-VI.

⁶⁴ Sulla fatica dei procedimenti di “democratizzazione” del costituzionalismo ereditato da liberalismo, per tutti si veda C.Friedrich, *La démocratie constitutionnelle*, PUF, Paris 1958.

comparatistici : si può pensare, ad esempio, allo stesso Meuccio Ruini⁶⁵ e ad Umberto Tupini⁶⁶, entrambi autori di considerazioni e proposte sicuramente interessanti (al di là del loro stesso merito) in scritti precedenti alla Costituente. Scritti nei quali si trovano, ad esempio, anche ricchi riferimenti ai dibattiti in materia ed alle realizzazioni operate durante i primi decenni del novecento.

Ma inoltre ci si potrebbe porre il problema di come classificare alcuni costituenti importanti come Giorgio La Pira, Lelio Basso o Paolo Emilio Taviani⁶⁷, successivamente autori anche di notissime proposte nella Commissione dei 75, espressamente alimentate da confronti comparatistici e dalla considerazione attenta dei dibattiti in corso.

D'altra parte, per aver consapevolezza del panorama effettivo dei contributi di tipo giuridico al nascente dibattito costituzionale si pensi pure ai numerosi (circa 90) componenti della Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato (la cosiddetta seconda Commissione Forti⁶⁸), mediamente assai qualificati, in quanto essa era stata composta -per lo più- da alti magistrati, funzionari statali particolarmente esperti, noti avvocati, oltre che da professori universitari di discipline giuridiche ed economiche. Il rilevante materiale elaborato nell'immediata vigilia dell'Assemblea costituente⁶⁹ e gli stessi dibattiti che si svolsero in quella sede, con esiti non sempre particolarmente innovativi, hanno certamente aiutato non poco (come facilmente dimostrabile) i successivi confronti

⁶⁵ Si veda in particolare : Meuccio Ruini, *Verso la Costituente: problemi della Costituzione*, Ed. Europa, Roma 1945. Sulla sua opera alla Costituente cfr. Fulco Lanchester, *Meuccio Ruini fra forma di Stato e forma di Governo*, e Ugo De Siervo, *Ruini alla Costituente*, in Senato della Repubblica, *Meuccio Ruini: la presidenza breve*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2004, pag. 51 ss., 63 ss.

⁶⁶ Si veda U. Tupini, *La nuova Costituzione. Presupposti, lineamenti, garanzie*, SELI, Roma 1946. Su questo scritto si veda P. A. Capotosti, *Il progetto costituzionale democratico-cristiano: il contributo di Umberto Tupini*, in *Democrazia cristiana e Costituente*, a cura di G. Rossini, ed. Cinque lune, Vol.II pag. 925 ss.

⁶⁷ Mentre La Pira ha avuto una produzione assai significativa di articoli, saggi e brevi volumi dedicati alle prospettive di rifondazione del paese (mi permetto di rinviare a G. La Pira, *La casa comune. Una Costituzione per l'uomo*, Cultura ed., Firenze 1979, a cura di U. De Siervo), sia Basso che Taviani hanno affiancato all'intensa attività politica una evidente vicinanza con i giuristi impegnati per i loro partiti.

⁶⁸ Sulla sua composizione, anche in riferimento alla precedente Commissione Forti, istituita nel 1944, e sulla sua opera, per tutti si veda E. Balboni, *Le riforme della pubblica amministrazione nel periodo costituente e nella prima legislatura*, in *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, a cura di U. De Siervo, Il Mulino, Bologna 1980, vol. II, pag. 238 ss.; G. D'Alessio, *Introduzione*, in *Alle origini della Costituzione italiana. I lavori preparatori della "Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato" (1945-1946)*, pag. 16 ss.

Per la sua collocazione all'interno della complessiva attività del Ministero per la Costituente, si veda C. Giannuzzi, *L'istituzione e l'attività del Ministero per la Costituente*, in Fondazione Pietro Nenni, *Il Ministero per la Costituente. L'elaborazione dei principi della Carta costituzionale*, La Nuova Italia, Firenze 1993, pag. 3 ss.

⁶⁹ Essa ha lavorato fra il novembre 1945 e il giugno 1946 e la documentazione degli esiti dei suoi lavori è contenuta in Ministero per la Costituente. Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato, *Relazione all'Assemblea costituente*, Failli ed., Roma 1946, 3 volumi. In effetti, attraverso una saldatura fra le concezioni istituzionali dominanti a livello accademico e le opinioni di alcuni esperti di designazione dei partiti, alcune delle relazioni finali risultarono alquanto tradizionali. mentre altre apparvero notevolmente innovative : si vedano E. Balboni, *Le riforme* cit., e U. De Siervo, *La ripresa del regionalismo nel dibattito costituente*, in ISSIRFA-CNR, *Il regionalismo italiano dall'Unità alla Costituzione ed alla sua riforma*, vol.I, pag. 56/7.

costituenti in molteplici settori, al di là della ridotta esplicita citazione delle relazioni finali negli atti della Costituente ⁷⁰.

Non può peraltro sottovalutarsi il fatto che solo una piccola frazione dei componenti di questa Commissione, specie se si considerano coloro che possano essere annoverabili fra gli “esperti” e non fra i politici “puri”, sono stati eletti alla Costituente. Ciò è tanto più significativo in quanto questa mancata selezione per la formazione della Costituente ha riguardato perfino gli esperti entrati nella Commissione su indicazione dei diversi partiti del CLN (sette per partito). Qui ha pesato in modo decisivo la diversa sensibilità e volontà dei diversi partiti politici, come reso evidente dal fatto che la DC portò alla Costituente tutti gli accademici in precedenza qui impegnati, come Dossetti, Mortati, Tosato e l’avvocato dello Stato Scoca (oltre Fanfani)⁷¹, mentre -come ben noto- lo PSIUP non candidò Massimo Severo Giannini ⁷² ed il PCI non candidò Vezio Crisafulli ⁷³ (unici importanti accademici nel settore giuridico fra i loro esperti), malgrado il loro intenso impegno nella Commissione. A quest’ultimo proposito non c’è che da ripetere quanto Paladin ⁷⁴ ha scritto: “non mi è dato sapere se questa esclusione fosse il frutto di una certa impreparazione istituzionale, allora condivisa dai comunisti e dai socialisti, o dalla dichiarata diffidenza di Togliatti nei confronti della scuola giuridica italiana o forse più ancora, della sua convinzione che i giuristi fossero solo gli strumenti inessenziali di un gioco politico destinato a svolgersi ai più alti livelli”.

In conseguenza di scelte del genere, in questi partiti le fondamentali responsabilità nella elaborazione delle proposte alla Costituente furono essenzialmente affidate a tipici esponenti della classe politica socialista o comunista dell’epoca ⁷⁵, mentre i giuristi annoverabili in modo diretto od indiretto al mondo accademico o gli esperti

⁷⁰ Si veda, quanto meno, il manifesto forte influsso della relazione finale di Mortati sui diritti pubblici subiettivi alla Commissione Forti sulle relazioni di La Pira e Basso alla Commissione dei 75, nonché ovviamente della relazione di Calamandrei sulla magistratura su quelle relative alla disciplina costituzionale del potere giudiziario.

⁷¹ Furono eletti alla Costituente anche gli altri due componenti designati dalla DC nella Commissione Forti (Fuschini, Piccioni).

⁷² Non risultò eletto alla Costituente nessuno degli esperti indicati dallo PSIUP per comporre la Commissione Forti. Sulla mancata candidatura di Giannini, malgrado che avesse notoriamente svolto un ruolo assai significativo nel Ministero per la Costituente (in generale si veda M. Macchia, *Massimo Severo Giannini nell’età costituente*, in *Nomos* 2017 n.3) e fosse stato pure relatore sui problemi istituzionali al Congresso del Partito dell’aprile 1946, si veda da ultimo M. Pastorelli, *Massimo Severo Giannini. Il nuovo ordine democratico tra pluralismo, giustizia sociale e dirigismo economico*, in *Costituenti ombra. Altri luoghi ed altre figure della cultura politica italiana (1943-48)*, a cura di A. Buratti e M. Fioravanti, Carocci – Fondazione Olivetti, Roma 2010, pag. 257 ss.

⁷³ Si veda S. Bartole, *Militanza politica e scienza giuridica nei contributi di Vezio Crisafulli alla stampa comunista (1944 – 1955)*, in *Forum di Quaderni costituzionali* 2016. Fra i componenti della Commissione designati dal PCI risultarono, invece, eletti alla Costituente Terracini e Grieco.

⁷⁴ L. Paladin, *L’opera di Vezio Crisafulli fra diritto e politica*, in Università di Trieste. Quaderni del Dipartimento di scienze giuridiche, 2001, pag.16. Non mi sembra quindi che sia di per sé significativo che una ventina dei componenti della Commissione siano entrati alla Costituente, dal momento che essi erano in prevalenza normali esponenti politici dei partiti.

⁷⁵ F. Taddei, *La Costituente nella politica del PSI*, e G. Conti, M. Pieretti, G. Perra, *Il “partito nuovo” e la Costituente*, in *Cultura politica e partiti nell’età della Costituente*, a cura di R. Ruffilli, vol.II, pag.17 ss., pag. 280 ss.

rappresentarono decisamente eccezioni marginali (penso, oltre che a Lelio Basso, a Paolo Rossi e ad Antonio Pesenti ⁷⁶).

Del tutto diversa, come abbiamo accennato, la linea seguita dalla DC, che sembra aver molto investito sulla formazione di un programma piuttosto articolato di contenuti costituzionali e sulla selezione di un gruppo significativo di costituenti specializzati in quest'ambito. In questo fenomeno sembrano sommarsi due spinte convergenti, la prima proveniente dal mondo delle organizzazioni ecclesiali, centrali e periferiche, attraverso la mobilitazione di tutta una serie di intellettuali, giovani ed anziani, espressivi del mondo cattolico italiano ⁷⁷ per cercare di recuperare lo storico ritardo di attenzione verso l'assetto istituzionale del paese, e l'altra proveniente dal partito della DC, che fin dai suoi primissimi documenti politici sembrava aver individuato come decisivo contenuto programmatico la rifondazione costituzionale secondo i modelli dei moderni Stati democratici europei ⁷⁸.

Non a caso, nell'ambito più vicino alle organizzazioni intellettuali di Azione cattolica viene elaborato fra il 1943 ed il 1944 il cosiddetto "Codice di Camaldoli", alla cui stesura relativamente alla concezione dello Stato collaborano anche giuristi accademici come Capograssi, Corsanego, Giacchi, Gonella, La Pira, Moro, Pergolesi ⁷⁹; se però questo documento si muove ancora a livello di meri principi, già molto più concretamente propositive sono le numerose pubblicazioni curate dalla Spes, la struttura di formazione della DC diretta nel 1945/6 dal giovane vice-Segretario Giuseppe Dossetti, che riesce a coinvolgere nelle sue varie pubblicazioni un numero davvero notevole di giuristi ed economisti (fra i tanti: Amorth, Ballardore Pallieri, Bettiol, Dominedò, Dossetti, Fanfani, Gonella, La Pira, Miglio, Mortati, Pergolesi, Scoca, Taviani, Vanoni)⁸⁰.

Quando nell'autunno 1945 si svolge a Firenze un'apposita Settimana sociale su "Costituzione e costituente" ⁸¹, si coglie agevolmente, seppur sotto traccia, una profonda divaricazione fra le proposte di alcuni relatori ecclesiastici (specie Padre Messineo e Mons. Lanza), palesemente affascinati dall'ideale di "Stato cristiano" e polemici anche contro le tesi espresse da Costantino Mortati nel noto volume su *La Costituente*, e le diverse opinioni di vari dei relatori operanti presso la DC (Gonella, Pergolesi, Corsanego, Fanfani, Tosato,

⁷⁶ Paolo Rossi in realtà consegue la vittoria nel concorso a cattedra di diritto penale nel 1947. Analogamente Antonio Pesenti consegue la vittoria nel concorso a cattedra di scienza delle finanze e diritto finanziario nel 1948.

⁷⁷ Si vedano in particolare i saggi di R.Moro, *I movimenti intellettuali cattolici*, di Agostino Giovagnoli, *Le organizzazione di massa d'Azione cattolica*, G.P. Oppezzo, *Le riviste dell'Università cattolica*, Paolo Pombeni, *Il gruppo dossettiano*, in *Cultura politica e partiti nell'età della Costituente*, a cura di R. Ruffilli, Il Mulino, Bologna 1979, I, pag. 157 ss.

⁷⁸ Si veda, fra gli scritti più recenti, N.Antonetti, U. De Siervo, F. Malgeri, *I cattolici democratici e la Costituzione*, Rubbettino ed., Soveria Mannelli 2017.

⁷⁹ *Per la comunità cristiana. Principi dell'ordinamento sociale a cura di un gruppo di studiosi amici di Camaldoli*, Ed. Studium, Roma 1945, pag. XVI. Sull'origine e l'elaborazione di questo noto documento si veda ora l'ampio volume di T. Torresi, Sergio Paronetto, *Intellettuale cattolico e stratega dello sviluppo*, Il Mulino, Bologna 2017, pag. 339 ss., pag. 395 ss.

⁸⁰ Fra i numerosi opuscoli editi a cura della Spes nel 1945/6 va considerato anche il significativo *Dizionario sociale* del 1946, una minuscola enciclopedia di neppure duecento paginette, ma nella quale, per far solo qualche esempio, è Mortati che redige le brevissime definizioni di Costituente e di Costituzione, Amorth quelle di Governo e di Regione, Fanfani quelle di Democrazia e di Partito.

⁸¹ *Costituzione e Costituente, Atti della XIX settimana sociale dei cattolici d'Italia*, ed. ICAS, Roma 1946.

Amorth, La Pira), molto più aperti, seppure in misura tra loro diversa, verso le esperienze delle moderne democrazie e portatori di molti stimoli comparatistici ⁸²: ciò che sembrava essere in gioco in quella significativa occasione era la concezione della sovranità sostanziale dell'Assemblea costituente nel determinare la nuova Costituzione sul modello del moderno costituzionalismo democratico, senza aree ad essa sottratte o la necessità di far intervenire anche un referendum popolare per l'approvazione della Costituzione elaborata dalla Costituente. Inoltre in questa stessa occasione, De Gasperi, portando un breve saluto ai partecipanti, richiamò l'attenzione sul fatto che le costituzioni sono necessariamente il frutto di compromessi fra le diverse forze costituenti ⁸³.

Ciò mentre, dopo la Settimana sociale, la DC designerà Mortati nella Commissione per la predisposizione per la legge elettorale per la Costituente e nella Commissione Forti. Evidenti prudenze politiche interne fecero, invece, preferire Tupini ad Amorth per la presidenza della Commissione interna alla DC sui problemi costituzionali ⁸⁴ e poi scegliere Gonella per lo svolgimento della relazione al Congresso nazionale del 1946 sul tema della nuova Costituzione⁸⁵.

Resta da dire sull'elezione dei costituenti democristiani annoverabili fra i giuristi accademici: fra i più impegnati soltanto Amorth risulta escluso, essendo risultato primo dei non eletti nella lista nazionale, ma risultarono invece eletti Ambrosini, Bettiol, Caristia, Codacci-Pisanelli, Dominedò, Dossetti, Gonella, La Pira, Leone, Moro, Mortati, Scoca, Segni, Tosato. Al tempo stesso risultarono pure eletti accademici di materie economiche che avevano collaborato con il gruppo dei giuristi, come Fanfani, Taviani, Vanoni ⁸⁶.

Anche alcuni gruppi parlamentari espressivi dei partiti "minori" appaiono abbastanza significativamente caratterizzati dalla presenza di specialisti del settore e da accademici, seppure con tutti i limiti derivanti dalle loro esili rappresentanze in sede di Assemblea costituente: penso a Tomaso Perassi fra i repubblicani, a Orazio Condorelli (e ad Einaudi) fra i liberali, ad Aldo Bozzi ed a Meuccio Ruini fra i demolaburisti, a Calamandrei fra gli

⁸² Per un'estrema sintesi dei loro contributi, si veda: U.De Siervo, *Scelte e confronti costituzionali nel periodo costituente. Il progetto democratico cristiano e le altre proposte*, Jus, 1979 n.2, pag.134 ss.

⁸³ *Costituzione e Costituente* cit., pag.315. D'altra parte, anche successivamente in alcuni limitati ambienti vaticani continuavano a sussistere posizioni assai discutibili in tema di assetto costituzionale, almeno a giudicare dalle incredibili progettazioni dell'autunno 1946, secondo quanto documentato da G. Sale, *Il Vaticano e la Costituzione*, Jaka book, Milano 2008 e F. Occhetta, *Le radici della democrazia. I principi della Costituzione nel dibattito fra gesuiti e costituenti cattolici*, Jaka book, Milano 2012. Queste progettazioni peraltro furono immediatamente bloccate dalla stessa Segreteria di Stato: *Note di mons. A. Dell'Acqua sui progetti di Costituzione dei padri della Civiltà Cattolica*, in G.Sale *Il Vaticano* cit., pag. 198 ss.

⁸⁴ Non è stata individuata alcuna documentazione dei lavori di questa Commissione, che dovrebbe essere stata insediata nel 1945 ed introdotta dalla relazione di Tupini di cui alla precedente nota 6.

⁸⁵ Il testo di questa nota relazione, intitolata *Il Programma della Democrazia cristiana per la nuova Costituzione*, per quanto assai diffuso, non sembra aver determinato effettivamente la linea dei costituenti democristiani: si vedano le opinioni convergenti di R.Ruffilli, *La formazione del progetto democratico-cristiano dopo il fascismo*, e di U. De Siervo, *Il progetto democratico cristiano e le altre proposte: Scelte e confronti costituzionali*, in *Democrazia cristiana e costituente*, a cura di G. Rossini, I, pag. 90 ss. e II, pag. 563 ss.

⁸⁶ Tutti inoltre risultano fra i collaboratori delle iniziative di cui alla nota 20.

azionisti, a Francesco Saverio Nitti e a Vittorio Emanuele Orlando fra gli esponenti del prefascismo.

Ma soprattutto significative appaiono, dopo l'inizio dei lavori costituenti, la composizione della Commissione dei 75, l'assegnazione delle relazioni introduttive ai lavori delle tre Sottocommissioni, la composizione del Comitato di coordinamento e successivamente del Comitato di redazione: qui, infatti, si registra una larghissima utilizzazione proprio dei costituenti "accademici" o comunque particolarmente "esperti", malgrado la presenza alla Costituente di tutti i più autorevoli politici⁸⁷; basti qui ricordare che se essi erano circa una ventina nella Commissione dei 75, divengono relatori in quasi metà delle proposte iniziali nelle Sottocommissioni (fra cui le più importanti⁸⁸) ed arrivano ad essere circa la metà dei componenti del Comitato di coordinamento diretto da Ruini⁸⁹. E ciò malgrado che la Commissione dei 75 fosse stata chiamata addirittura a stendere il progetto di Costituzione, avendo i partiti saggiamente rinunciato a proporre propri progetti costituzionali (come, invece, in Francia, ad esempio).

Ma proprio dinanzi alla grande difficoltà di formulare, nell'assai difficile situazione in cui si operava, una proposta sufficientemente condivisa, malgrado le evidenti divaricazioni culturali e politiche e la stessa pericolosità del contesto nazionale e internazionale, evidentemente pesò molto l'esigenza di trovare soluzioni affidabili, sulla base delle varie esperienze, felici ed infelici, fatte nelle recenti trasformazioni costituzionali degli Stati democratici (e nei relativi dibattiti). Ciò non in sostituzione dei confronti e dei compromessi praticabili soltanto fra le forze politiche, allora tanto caratterizzate da loro particolari culture, ideologie, alleanze, ma per dar loro sicurezza e garanzia relativamente all'efficacia degli istituti che si venivano progressivamente configurando nel confronto costituente.

⁸⁷ Dati sostanzialmente analoghi sono in F. Lanchester, *La dottrina giuspubblicistica italiana alla Costituente: una comparazione con il caso tedesco*, in F. Lanchester, *I giuspubblicisti tra storia e politica. Personaggi e problemi tra storia e politica*, Giappichelli, Torino 1998, pag. 87 ss.

Forse l'unico importante politico escluso dalla Costituente è stato don Luigi Sturzo, trattenuto negli USA nel momento elettorale, che peraltro riuscirà, una volta rientrato in Italia, a seguire intensamente il dibattito costituente (mi permetto di rinviare a U. De Siervo, *Luigi Sturzo dalla Costituente alla Costituzione*, in *Sociologia*, 2010, 2, pag.13 ss.).

⁸⁸ Basti pensare alle proposte relative ai principi fondamentali della Costituzione ed alle libertà civili e politiche (La Pira e Basso), ai principi in materia di cultura (Moro) e di famiglia (Corsanego), ai rapporti dello Stato con altri ordinamenti e con le confessioni religiose (Dossetti), al potere legislativo (Mortati), al Capo dello Stato ed al Governo (Tosato), alla giustizia ordinaria e costituzionale (Leone e Calamandrei), alla revisione della Costituzione (Rossi), al controllo sociale dell'attività economica (Fanfani), all'ordinamento dell'impresa (Dominedò e Pesenti), al diritto di proprietà (Taviani).

⁸⁹ E. Cheli (*I giuristi alla Costituente. Divergenze nella storiografia e linee di una possibile ricerca*, in *Enciclopedia italiana. Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Istituto Treccani, Roma 2012, ora in E. Cheli, *Il Taccuino di un costituzionalista*, a cura di M. Manetti, Mucchi ed., Modena 2015, pag.109) ricorda che del Comitato hanno fatto parte "nei vari momenti" ben "nove docenti di materie giuridiche": Ambrosini, Calamandrei, Dossetti, Leone, Moro, Mortati, Perassi, Rossi, Tosato.

Sull'origine ed il ruolo svolto dal Comitato di redazione, si veda S. Bova, *L'elaborazione della carta costituzionale nel "Comitato di redazione"*, in *La fondazione della Repubblica. Dalla Costituzione provvisoria alla Assemblea costituente*, a cura di Enzo Cheli, Il Mulino, Bologna 1979, pag. 320 ss. Sulle diverse modificazioni che ne sono conseguite, si veda M. Luciani, *Il testo della Costituzione*, e G. Busia, *Il percorso di elaborazione del testo costituzionale*, in Fondazione Basso, a cura di S. Rodotà, *Alle origini della Costituzione*, Il Mulino, Bologna 1998, pag. 99 ss., 129 ss.

Ciò era tanto più necessario in presenza delle profonde trasformazioni istituzionali che avevano caratterizzato il costituzionalismo nei paesi democratici dopo il superamento del costituzionalismo liberale ottocentesco ed il crollo di tanti Stati dopo la prima guerra mondiale: mi riferisco ancora una volta alla suggestione in me prodotta dai significativi titoli di due volumi di Mirkin Guetévich, che intitolò un suo volume del 1928 come *Le Costituzioni della nuova Europa* e poi la sua riedizione nel 1936 come *Le nuove tendenze del diritto costituzionale*, volendo evidentemente con ciò segnalare che ormai si erano venuti costruendo in tanti paesi europei alcuni nuovi modelli di costituzionalismo democratico, pur con tutti i dibattiti ed i problemi del caso⁹⁰. Ed in quest'ambito erano emersi in particolare temi complessi ed oggetto di animati dibattiti dottrinali, come l'esigenza della giustizia costituzionale o l'assetto statale a forte decentramento territoriale, rispetto ai quali non era certo agevole operare sulla base delle informazioni recepite dalle ormai invecchiate culture dei partiti politici. Solo per fare pochi esempi fra i molti possibili, appare di grande interesse trovare nello scritto di Ruini prima citato, o nella relazione di Mortati sul potere legislativo, ampi riferimenti alle recenti vicende e sperimentazioni costituzionali o nella relazione di Tosato alla Settimana sociale la ripresa alla lettera di alcune parti delle opinioni di Kelsen sulla giustizia costituzionale, o nella relazione di La Pira l'attento riferimento, oltre che alla proposta Mounier, al recentissimo dibattito costituente francese⁹¹.

Ma poi la trasformazione dei rapporti di forza a livello internazionale rendeva ormai ineludibile una considerazione attenta e documentata quanto meno dell'ordinamento costituzionale statunitense. Al tempo stesso, l'evidente tendenza all'espansione del peso delle istituzioni internazionali imponeva una rinnovata attenzione ai rapporti fra l'ordinamento interno e quello internazionale⁹².

In tutto ciò sta la spiegazione del necessitato inserimento nei partiti politici operanti nella fase precostituente e costituente di una significativa presenza di giuristi "esperti", chiamati appunto a trasfondere le decisioni politiche assunte in sede costituente in istituti e modelli efficaci e non pericolosi. Naturalmente il rapporto fra i partiti e gli esperti non fu sempre facile, dal momento che la grande complessità dei problemi oggettivi, nel mutamento continuo dei rapporti politici e sociali, ed i tanti ineludibili profili soggettivi che caratterizzano vicende del genere, contribuirono a produrre anche incomprensioni e

⁹⁰ D'altra parte, il tema era ben presente anche in alcuni ambienti italiani, tanto che -come ben noto- il Ministero per la Costituente promosse la pubblicazione anche di una raccolta commentata di recenti testi e documenti costituzionali. Inoltre il Ministero pubblicò fra il novembre 1945 ed il giugno 1946 un apposito Bollettino di informazione e documentazione.

⁹¹ Mentre per Ruini si veda il volume citato alla nota 5, per le relazioni di Mortati e di La Pira, sono sufficienti le loro relazioni illustrative pubblicate negli *Atti della Costituente*. Per l'utilizzazione del testo di Kelsen da parte di Tosato, si può confrontare la parte finale della sua relazione *Garanzia delle leggi costituzionali* (in *Costituzione e Costituente* cit., pag. 144 ss) con il testo di una famosa relazione del 1928, ora tradotta e ripubblicata in H. Kelsen, *La Giustizia costituzionale*, a cura di C. Geraci, Giuffrè, Milano 1981, pag. 143 ss.

⁹² A. Cassese, *Politica estera e relazioni internazionali nel disegno emerso alla Assemblea costituente*, in *Scelte della Costituente* cit., vol. II, pag. 505 ss.

conflitti, fra gli esperti, fra i partiti ed i loro esperti⁹³, fra i partiti a causa dei loro esperti. Ma poi, questi cosiddetti giuristi “esperti” non corrispondevano certo ad una categoria uniforme, né erano portatori di eguali culture istituzionali e politiche e neanche erano di comparabile autorevolezza.

In effetti la Costituente è stata un’occasione per confronti vivaci e non di rado aspri, che non di rado hanno anche coinvolto i giuristi tra loro: al di là del notissimo dibattito intorno alla sorte dei Patti lateranensi, spesso si è ricordata l’evidente difformità fra le argomentazioni di Orlando e di Ruini nel dibattito generale sul progetto di Costituzione⁹⁴, ma si potrebbe anche portare l’esempio del dissenso fra Orlando, Tupini e Mortati sulla proposta di prevedere un preambolo in cui trasferire vari articoli del testo costituzionale⁹⁵, del prolungato contrasto fra Ruini ed Ambrosini in tema di regionalismo⁹⁶ e poi dei confronti fra Calamandrei e Moro in tema di efficacia dei principi costituzionali⁹⁷, fra Leone e Calamandrei in tema di giustizia costituzionale⁹⁸, fra Basso e La Pira all’inizio del dibattito nella prima Sottocommissione sui principi fondamentali⁹⁹ (si tratta solo di alcuni dei tanti esempi possibili).

Sinceramente, invece, non mi sembra significativo il peso delle diverse teorie giuridiche che ciascun giurista utilizza nel compiere i suoi studi analitici e sistematizzare quanto analizzato e neppure i condizionamenti derivanti dalle loro personali evoluzioni politiche¹⁰⁰: senza ovviamente negare l’importanza di tutto ciò sul piano delle loro attività e teorie giuridiche, mi sembra che il grosso lavoro fatto dai giuristi alla Costituente sia essenzialmente valutabile in termini di più o meno soddisfacente utilizzo da parte loro dei materiali conoscitivi di tipo storico e comparato in relazione al contesto politico ed ideale degli anni della Costituente; ma poi altro e grande loro merito mi sembra che sia stata l’adeguata e (almeno di norma) corretta progettazione e concretizzazione degli istituti e delle disposizioni conseguenti¹⁰¹.

⁹³ Basti considerare che all’accusa di “radicalità” da parte della dirigenza democristiana a Mortati, corrisponde la manifesta acuta insoddisfazione di Mortati dinanzi alla mancata disciplina dei partiti politici, malgrado il loro ruolo fondamentale nell’ordinamento democratico: si veda U.De Siervo, *Parlamento, partiti e popolo nella progettazione costituzionale di Mortati*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, a cura di Galizia e Grossi, Giuffrè 1990, pagg. 331/2.

⁹⁴ Camera dei deputati. Segretariato generale, *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente*, Vol. I, pag. 287 ss., pag. 352 ss.

⁹⁵ Camera dei deputati. Segretariato generale, *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente*, Vol. II, pag.1156 ss.

⁹⁶ Si veda in U. De Siervo, *La ripresa del regionalismo* cit. pag. 65 ss.

⁹⁷ Camera dei deputati. Segretariato generale, *La Costituzione* cit., Vol. I, pag. 156 ss., 373-4.

⁹⁸ Si veda in A. Pizzorusso, *Art. 134-136, 137 (prima e seconda parte)*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G.Branca, *Garanzie costituzionali. Art.134-139*, Zanichelli – Il foro italiano, Roma 1981, pag. 67 ss.

⁹⁹ Camera dei deputati. Segretariato generale, *La Costituzione* cit., Vol. VI, pag. 326 ss., pag. 333.

¹⁰⁰ In questa sede sarebbe inoltre del tutto fuori luogo un tentativo di valutare l’impatto effettivo dei singoli “giuristi” sulle varie parti del testo costituzionale.

¹⁰¹ Si vedano nello scritto di S. Bova (*L’elaborazione* cit., pag. 314 ss.) i molteplici organi creati nell’ambito della Commissione dei 75 al fine di rivedere e coordinare i testi elaborati.

Anche recenti vicende istituzionali del nostro paese ci hanno ricordato la grande importanza che le innovazioni costituzionali siano coerenti, chiare e adeguatamente redatte.

Un recente scritto di Cheli, dedicato proprio ai giuristi operanti alla Costituente, pur correttamente notando un loro parziale peso minore nella fase finale dei lavori dell'Assemblea rispetto alle fasi precedenti, conclude che la cultura giuridica e la categoria dei giuristi hanno esercitato “nel complesso, un’influenza essenziale e determinante” sulla nostra Costituzione: ciò perché la loro non fu solo una cultura accademica “ma originale e fortemente impegnata a interpretare le novità emerse nella società italiana attraverso le vicende della guerra e della Resistenza e, per questo, particolarmente sensibile, almeno nelle sue punte più alte, tanto alla riflessione storica su tali vicende, quanto all’apporto che si poteva trarre dalle esperienze straniere (continentali ed anglosassoni) legate alle migliori tradizioni democratiche”¹⁰². Un’influenza, quindi, complessiva, seppur certamente portata avanti dai singoli giuristi, secondo le loro diverse appartenenze, culture e anche con le loro differenziate capacità ed autorevolezze.

Al tempo stesso, ricordo che Livio Paladin, nel suo bel volume sulla storia costituzionale nel periodo repubblicano, nel valorizzare dal punto di vista storico la nostra Costituzione, ha attribuito ai giuristi, piuttosto che alla “generalità degli storici puri”, il merito di aver dimostrato “un più vigile senso della storia”¹⁰³.

Si tratta di giudizi largamente condivisibili, poiché le troppo facili valutazioni più o meno demolitorie del ruolo dei giuristi nel dibattito costituente sembrano non aver adeguatamente considerato né la notevole consistenza del loro complessivo impegno (specie considerando il modesto numero dei docenti universitari di ruolo ¹⁰⁴), né il ruolo propositivo e correttivo che -pur nella diversità del ruolo di ciascuno- allora effettivamente svolsero, malgrado il contesto eccezionalmente difficile.

¹⁰²E. Cheli, *I giuristi* cit., pag. 111 ss.

¹⁰³ L. Paladin, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, Il Mulino, Bologna 2004, pagg. 53/4.

¹⁰⁴ Si vedano le utili documentazioni contenute in F. Lanchester, *La dottrina* cit., pag. 69 ss., pag. 115 ss.

Ripensare la Costituente*

di Paolo Pombeni**

Non vorrei avere preso troppo sul serio la richiesta di contribuire alla riflessione del Convegno sui giuristi della Sapienza e la Costituente con un intervento dal titolo così impegnativo come “Ripensare la Costituente”. Del resto nel contesto di riflessioni di autorevoli giuristi e studiosi di storia del diritto cosa di diverso si poteva chiedere ad un modesto storico della politica, se non di ragionare oltre il tema delle tecnicità che si erano presentate nell’ambito della prima e sinora unica assemblea a cui è stato affidato il compito di scrivere la Carta fondamentale della repubblica italiana?

Si può dunque partire ponendosi il tema di cosa dobbiamo intendere con il termine “costituente”. Non è difficile oggi concordare sul fatto che esso non può essere riferito semplicemente al lavoro della Assemblea Costituente propriamente detta, senza estendersi al contesto in cui essa operò, se vogliamo davvero capire come sia stato strutturato il nostro sistema costituzionale, che è qualcosa di più complesso di quanto semplicemente registrato nelle norme della Carta fondamentale. Se muoviamo da quest’ottica si comprenderà più facilmente cosa possa significare ripensare la Costituente: intendere sia quale possa essere davvero considerata la costituzione in senso materiale (per riprendere il famoso concetto elaborato da Mortati: cioè cosa sia il nucleo portante e che ne determina e organizza l’interpretazione) sia quali possano essere le radici delle problematiche che essa ha affrontato e che oggi affronta il sistema costituzionale nato dal combinarsi del disegno espresso nella Carta con la vita delle sue istituzioni e della comunità politica a cui ha dato forma.

Il primo dato su cui mi permetto di richiamare l’attenzione è il fatto che la Carta del 1948 è un documento bifronte: ottimista su un versante, pessimista e preoccupato sull’altro. Non che questa sia una caratteristica anomala: molte costituzioni uniscono un impegno a costruire un nuovo contesto per la propria comunità politica (e nel fare questo non possono che mostrare fiducia nelle capacità creative o almeno evolutive dei consociati e nell’orizzonte storico che essi hanno davanti) con una certa consapevolezza della debolezza della natura umana e di conseguenza della politica, in quanto tale necessitante limiti e contenimenti contro le inclinazioni poco commendevoli verso cui facilmente tende a scivolare chi, persona o istituzione, si vede affidato un potere. Tuttavia nel nostro caso sono peculiari i contesti in cui si sono formati sia l’ottimismo della parte che seguendo una convenzione definiremo programmatica, sia le preoccupazioni pessimistiche che hanno

* Contributo pubblicato previa accettazione del Comitato scientifico del Convegno. Relazione presentata al Convegno *I ‘Costituenti’ de ‘La Sapienza’*, svoltosi il giorno 30 novembre 2017, presso il Rettorato – Aula degli Organi Collegiali, Università La Sapienza di Roma.

** Professore emerito di Storia contemporanea presso l’Università degli Studi di Bologna

connotato la regolamentazione del sistema dei poteri soprattutto nella seconda parte della Carta.

La parte dei principi fondamentali ha le sue radici nell'interpretazione apocalittica (in senso tecnico: cioè intesa come disvelamento ultimo) che si era data di quanto avvenuto nella prima metà del Novecento. L'esperienza della Prima Guerra Mondiale e di quanto ne era conseguito aveva già prodotto la convinzione che il mondo che si rifaceva al positivismo post-illuminista del costituzionalismo liberale, per quanto parzialmente rimodulato dall'affermarsi del socialismo come elemento per una sua democratizzazione, fosse da considerare ormai, per usare una formula letteraria, un "mondo di ieri". L'impatto delle grandi dittature e della grave crisi economica fra fine anni Venti e prima metà degli anni Trenta aveva rilanciato la domanda di una nuova definizione degli equilibri politici e sociali, per non dire che aveva spinto alla ricerca di più o meno grandi utopie. Il precipitare della crisi di quel ventennio nella prova della Seconda Guerra Mondiale, con tutto ciò che essa aveva comportato, aveva confermato quella che sembrava l'inevitabilità di procedere a fondare un mondo nuovo. Del resto sul significato di quel ventennio interbellico i contemporanei avevano riflettuto a lungo e in maniera ampia, per quanto contraddittoria: lo sfociare di quel confronto nella contrapposizione fascismo e antifascismo, ciascuno di essi inteso come parte dell'apocalisse, non sarebbe stata una caratteristica transeunte.

La domanda che saliva dalle società di tutta l'Europa sconvolta dalle macerie di una guerra che aveva sovvertito più o meno tutto quel che si era ritenuto fondante era che si potesse disporre di un orizzonte di ricostruzione. Questo termine andrebbe preso più seriamente di quanto a volte non si faccia, perché non riguardava solo il ristabilimento di condizioni di vita accettabili e di una economia in grado di produrre il sostentamento, se non ancora il benessere delle popolazioni. Si pensava necessario promuovere un ripensamento globale del contesto storico in cui si era assistito da un lato alla crisi dell'Occidente europeo e dall'altro all'affermarsi delle nuove egemonie americana e sovietica, ciascuna portatrice, si riteneva, della proposta di un "nuovo mondo".

Ma che cosa richiedeva un contesto di questo tipo per la produzione di quella progettualità che è elemento indispensabile per ogni ricostruzione? Rispondere a questa domanda non è oggi difficile alla luce dei molti studi storici di cui disponiamo. C'era bisogno di leadership, di ideologie progettuali, di ordine nei vari settori della vita. Mi permetto di dire che la produzione di queste risposte costituisce la costituzione in senso materiale.

La presenza di leadership è un bisogno elementare in tutte quelle che Max Weber definirebbe delle "comunità di destini". La semplice trasposizione delle funzioni di leadership prodotte naturalmente dalla società in quelle che sono necessarie al governo della sfera politica era stata in fondo la scelta che si supponeva implicita nel costituzionalismo delle origini, non a caso spesso connotato come un sistema di "notabili". Questo meccanismo si era rivelato inadatto al governo di un contesto nel quale lo sviluppo economico e culturale portava ad una notevole mobilità nella formazione delle élite sociali, un fenomeno che non era sfuggito agli osservatori più acuti nel passaggio fra XIX e XX secolo, basti qui citare Pareto, ma anche Mosca. Occorreva dunque che la politica fosse in

grado di assecondare e forse anche di disciplinare questa circolazione delle élite in modo che non mettesse in questione gli equilibri di sistema, ma anzi ne promuovesse un rinnovamento virtuoso e non traumatico. Dimostratosi disastroso il tentativo di affidare a forme di dittatura, per non dire di tirannide la soluzione del problema, non era restato che fare perno su quelle nuove strutture di raccordo fra le comunità sociali e la sfera della gestione politica che erano i partiti nella “forma” che avevano progressivamente assunto fra fine Ottocento e prima fase del Novecento.

Il momento costituente in Italia aveva investito appieno questa realtà. Quei partiti che il fascismo aveva condannato come camarille, si erano rivelati le uniche strutture capaci di salvare e saldare il rapporto fra identificazione delle comunità sociali col loro destino e produzione di forme di regolamentazione della sfera pubblica nel momento in cui l’assunzione di questo compito da parte della burocrazia si era rivelata più che catastrofica, inesistente.

La cosiddetta “repubblica dei partiti” ha la sua radice materiale negli eventi di dissoluzione del precedente sistema costituzionale italiano con la catastrofica gestione della guerra, ma soprattutto con il vuoto di potere che si determinò nel luglio 1943 quando divenne evidente che la capacità di gestione di un cambio di regime da parte delle istituzioni politico-amministrative dello stato semplicemente non era stata nemmeno tentata con un minimo di credibilità. A farsi “portatori” del sistema di disciplinamento tanto delle istituzioni quanto delle reti sociali erano stati quei partiti che il colpo di stato del 1924-25 aveva creduto di poter espungere per sempre dal nostro orizzonte politico.

Il disegno della nostra Carta costituzionale formalizzerà quella funzione di asse portante dei partiti che di fatto si era stabilita nella difficile transizione del 1943-46, anche se lo farà, mi si permetta di dirlo, con una certa reticenza. Non è qui solo questione del fallimento del tentativo di costituzionalizzare, regolandoli, i partiti. Come è noto il tentativo di Mortati, ma anche più tiepidamente di altri, si infranse contro le diffidenze delle classi dirigenti partitiche, ma in specie di quelle comuniste, di vedere declassata, se così posso dire, la loro sfera di egemonia sottoponendola al controllo esterno di istituti giuridici della cui capacità di essere *super partes* dubitavano in molti. Va piuttosto ricordato che di fatto tutta la gestione dei nostri equilibri politici veniva implicitamente affidata ai partiti, a cominciare dalla teoria del “governo di direttorio” che come espressione forse decadde presto, ma che come realtà durò molto a lungo. Qualcosa di simile si può dire per l’organizzazione della rappresentanza e basterà ricordare la questione delle modalità di formazione della seconda Camera per toccare con mano come in fondo non si sia mai riusciti ad andare oltre la formalizzazione di una certa simbiosi fra rappresentanza politica e rappresentanza partitica per realizzare il coinvolgimento democratico dei cittadini nella res publica.

Ovviamente qui bisogna fare una piccola riflessione. Nel momento in cui fu varata la Carta e poi per lunghi decenni la rappresentanza partitica era in gran parte la formalizzazione di componenti sub culturali, ovvero in parte sociali e in parte ideali, che avevano una consolidata tradizione nella storia italiana e che rappresentavano delle realtà facilmente individuabili persino a livello di esperienza del comune cittadino. Quando progressivamente

verrà meno questa caratteristica dei partiti, ovvero quando essi diventeranno davvero quelle temute “macchine politiche” denunciate dai liberali (Einaudi usò espressamente questo termine nel dibattito costituente, riprendendolo dalla polemica politica fra Otto e Novecento) e di fatto la società italiana perderà quella caratteristica di essere una federazione di “mondi vitali” (uso per semplicità questa formula che si deve ad Ardigò, che la usa ad altri propositi) la nostra costituzione in senso materiale vedrà messo in discussione prima e poi in crisi uno dei suoi pilastri fondanti senza che tuttavia fosse stato possibile emendare davvero la struttura che affida ai partiti la gestione di molte articolazioni dei poteri dello stato. E questo avviene perché la costituzione è stata reticente nel formalizzare questo ruolo di pilastro dei partiti, soggiacendo alle obiezioni di quei teorici difensori del vecchio costituzionalismo liberale che pensarono di evitare il potere di queste agenzie politiche non formalizzandolo e che di fatto, credo io, resero loro possibile di monumentalizzarlo, preservandolo oltre la loro stessa esistenza nella tipologia che originariamente aveva giustificato quel loro ruolo preminente.

Era evidente che la realtà dell’origine del nostro sistema costituzionale nell’azione concorrente dei partiti che avevano partecipato alla gestione della Resistenza non avrebbe potuto essere rimossa essendo mancato in Italia quel concorso all’operazione della tradizionale nervatura dello stato che invece in Francia, grazie a De Gaulle, aveva avuto un ruolo da protagonista parallelo della rinascita. Si poteva mantenere nel vago la definizione della “forma” che i partiti avrebbero dovuto assumere per esercitare quel ruolo di forze strutturanti della società da un lato e dell’organizzazione dei pubblici poteri dall’altro, così si evitava di esprimere un giudizio su quanto avrebbero dovuto fare per mantenere la loro legittimazione all’esercizio di quel ruolo costituzionale che veniva loro assegnato. Per questo ci si affidava di fatto alla registrazione implicita di un certo fatto storico con le sue articolazioni. Quando quel quadro fosse venuto mutando non era chiaro in base a quali meccanismi eventuali trasformazioni dei partiti storici o eventuali ingressi di nuovi partiti avrebbero ottenuto la legittimazione necessaria ad esercitare quel ruolo “fondativo” e di “pilastro” che si era adombrato nel sistema costituzionale.

Si deve ora passare all’esame di quella componente che ho chiamato ideologia progettuale. Le costituzioni hanno inevitabilmente, in maniera implicita o esplicita, un contenuto progettuale che è una componente essenziale nella costruzione della legittimazione politica. In fondo le regole si accettano, sia in termini di diritti che di doveri, in quanto ciò consente ai consociati di ottenere quel *pursuit of happiness* a cui aspirano sia gli individui che le comunità. Chi elaborò nella nostra fase costituente quei contenuti progettuali? Anche in questo caso non è semplice rispondere.

Per quanto riguarda ciò che è registrato nella Carta sappiamo che fu una pattuglia piuttosto ristretta di costituenti i quali si sentirono investiti della sfida di disegnare il progetto di stato verso cui doveva orientarsi la nuova repubblica e che si presero di fatto un potere che i partiti che li avevano designati non furono in grado né di revocare né di temperare, sebbene io dubiti che al momento di designare quei costituenti i partiti avessero intenzione di conferire loro un mandato così ampio e impegnativo.. Che cosa avevano a disposizione? Ci

si deve interrogare se esistesse davvero una cultura nazionale sufficientemente autonoma e condivisa alla quale fosse possibile ispirarsi. A me pare che questa esistesse, ma fosse piuttosto debole. Era la cultura che era stata forgiata dal sistema di educazione pubblica delle élite, la scolarità nei suoi diversi ordini e gradi, non diversamente da quanto era avvenuto negli altri paesi europei. Era però debole perché non era riuscita ad assumere la veste di una moralità pubblica capace di inglobare tutte le componenti sub culturali presenti in una società assai poco omogenea come era quella italiana. Nel paese persistevano in forma assai radicata diversi percorsi di formazione culturale identitaria, filiere di selezione delle élite che rispondevano ad universi sociali di riferimento i quali non avevano trovato che una fusione relativa nello spazio pubblico comune creato dall'unificazione italiana. Certo il fascismo aveva, grazie alla sua impostazione dittatoriale e totalitaria, forzato una certa omogeneizzazione della cultura nazionale, ma non era riuscito a sradicare quegli universi sociali che connotavano la società italiana.

Perché questa realtà culturale che era al tempo stesso articolata in subculture diverse e unificata per certi aspetti dal formarsi di una *koïnè* culturale nazionale come portato storico si traducesse in formule giuridiche condivise c'era dunque bisogno di tentare di operare una sintesi ed è quel che si fece non tanto, mi si consenta di dirlo, in una specie di incontro dialettico fra le tre tradizionali componenti delle subculture nazionali, quella cattolica, quella laico-liberale, quella socialista con le sue varie confessioni, bensì per la maggior parte nell'operazione che una limitata avanguardia della cultura cattolica fece assumendosi essa l'onere di proporre un nuovo quadro interpretativo e tirandosi dietro la confluenza innanzitutto della leadership comunista e in qualche caso anche di altre componenti. Ciò dipendeva da un fatto che in genere non si vuole ammettere. La cultura laico-liberale non aveva avuto in Italia l'occasione di elaborare una sua compiuta teoria della comunità politica come comunità di destini, in parte perché travolta dal nazionalismo, in parte perché ideologicamente diffidente verso approcci di tipo non positivistic. La cultura socialista era legata alla prospettiva del futuro come attesa e compimento della rivoluzione, cosa che le impediva di proporre in termini netti la sua impostazione ove non fosse stato possibile far accettare la premessa della teleologia rivoluzionaria. Certo una intelligenza brillante come quella di Togliatti se la sarebbe cavata proponendo la teoria della "democrazia progressiva", teoria che in parte era debitrice della stagione dei Fronti Popolari negli anni Trenta, ma che ancor più era un espediente sottile per reintrodurre dalla finestra quella teleologia rivoluzionaria che non poteva entrare dalla porta: in fondo in quell'ottica il "progresso" non poteva essere che il prodromo della rivoluzione.

Non la cultura cattolica in generale, ma la cultura di una certa avanguardia cattolica era invece meglio attrezzata per assumersi il compito di elaborare il contenuto progettuale della nostra Carta. Chi avesse dubbi su questa spaccatura interna alla cultura cattolica basta che si rilegga i progetti di costituzione e gli interventi collegati dei padri de "La Civiltà Cattolica" e vedrà un mondo non solo lontano, ma oggettivamente estraneo alle nostre dinamiche costituenti. I cosiddetti professorini, cioè il gruppo che si raccolse sotto la leadership di Giuseppe Dossetti, avevano invece davanti la necessità di rispondere a quella che a loro

avviso era la sfida storica del cristianesimo: il suo rapporto con la modernità, in questo caso con la modernità politica. Essa era stata di fatto condannata dalla Chiesa gerarchica (tralasciamo per ragioni di spazio la posizione di Pio XII sul punto che è un po' più complicata) che vedeva la modernità come il fenomeno che aveva voluto negare alla religione il ruolo di pilastro del consorzio civile. In fondo era alla restaurazione di questo specifico ruolo che si ispiravano gli ambienti del conservatorismo cattolico ben collocati nei vertici vaticani (e si tratta di una visione che, magari con qualche aggiustamento, avrebbe a lungo pesato nel rapporto fra le gerarchie ecclesiastiche e alcuni gruppi dirigenti del partito cattolico: basterebbe rileggere la travagliata storia della cosiddetta "apertura a sinistra" dalla metà degli anni Cinquanta alla prima metà degli anni Sessanta del secolo scorso).

Ora, nella temperie degli eventi dei primi quattro decenni del XX secolo, la modernità politica, cioè il costituzionalismo, non si presentava più come l'astratto regime che con la separazione del trono dall'altare aveva impedito, come disse La Pira alla Costituente, che i cattolici dessero il loro apporto alla costruzione del nuovo sistema fondato sulla sovranità che appartiene al popolo. Sentendosi rappresentanti in senso forte della *koimé* della cultura giuridico-politica che si era formata nel travaglio della prima metà del Novecento, Dossetti e i suoi amici si assunsero l'onere di essere in un certo senso i registi del lavoro di costruzione delle formule di convergenza in cui iscrivere le progettualità di una sovranità popolare che doveva esercitarsi oltre l'ambito delle garanzie dei diritti per estendersi alla loro implementazione evolutiva.

Ciò che va sottolineato è che essi trovarono lo strumento per realizzare questa operazione più nel pensiero giuridico che nel pensiero politico. Sono consapevole di fare così una affermazione forte, ma cerco di spiegarmi. La scelta del pensiero giuridico costituzionale di rescindere, almeno a livello di dichiarazione d'intenti, i suoi legami con il pensiero politico, che risale alla rivoluzione culturale di fine Ottocento (non occorre spiegarla in questa sede) lo aveva reso fruibile come "tecnicità", mentre ciò non era facile per un pensiero politico che ovunque, ma in Italia in specie, era stato molto "partigiano". Fu attirando i componenti della prima sottocommissione su questo terreno, che i professorini riuscirono a farsi promotori di quella sintesi progettuale che sono gli articoli della prima parte della nostra Carta: in questo modo essi non apparivano legati direttamente ad alcuna delle "ideologie" che si contendevano il campo, ma facevano in modo che ciascuna potesse, magari con qualche sforzo, ritenersi rappresentata. Non si trattava dunque della Costituzione scritta "metà in latino e metà in russo" secondo la famosa battuta, ma della sostanziale vittoria di quello che in altri paesi si sarebbe chiamato il "nuovo liberalismo" ed è curioso che essa sia stata realizzata ad opera di uomini che erano seriamente convinti di essere degli anti-liberali. Ma questa non è una colpa loro ma dell'arretratezza cronica del liberalismo ufficiale italiano.

Proprio perché siamo in sede di "ripensamento" va spesa una parola sul significato che mantiene o meno questa operazione di inserzione nella nostra Carta dei famosi articoli programmatici. Mi si consenta qui di accennare a quello che ritengo essere un grave problema. Il giuridicismo positivista che progressivamente ha preso il sopravvento sta minando il significato di quella parte programmatica. Sembra curiosamente che si sia

superata la famosa querelle sui diritti azionabili che portò Calamandrei ad esprimere forti riserve su quegli articoli. E ciò non è avvenuto solo perché il lavoro di risistemazione ad opera della Corte Costituzionale di una quota non piccola del sistema giuridico ereditato dal fascismo è avvenuto grazie a quegli articoli che non si sono dimostrati prediche inutili, ma perché, anche sulla scia di quest'opera, essi ora tendono ad essere trasformati in diritti azionabili quasi nel senso immaginato da Calamandrei. Cosa voglio dire? Mortati quando li difese disse che essi non disegnavano diritti in capo ai cittadini tali da poter essere reclamati davanti a qualche corte, ma doveri in capo allo Stato per orientare e stimolare il suo intervento sull'evoluzione del sistema.

Ebbene, sembra a me che oggi si tenda invece a considerare quelle prescrizioni come base per un diritto di mettere sotto accusa lo Stato, ma, si badi, non tanto sul piano della dialettica politica, perché ciò sarebbe perfettamente consono alla loro funzione, nemmeno sul piano altrettanto importante del sindacato di legittimità sulla legislazione, altrettanto sacrosanto, quanto sul piano della verifica astratta della legittimità dell'azione del potere pubblico da esercitarsi per le vie brevi (talora brevissime) da parte di chiunque, con la conseguenza che la presunta esistenza di una violazione di questa legittimità, ovviamente auto asserita da chi contesta, consentirebbe di sollevare dal dovere di fedeltà nel lavoro di partecipazione alla gestione della sovranità popolare.

Non meravigli se poi sull'onda di questa tipologia fasulla di azionabilità per quanto sancito nella parte programmatica ci si è spinti ad una sopravvalutazione del ruolo delle magistrature, che appunto sono le sedi deputate all'esercizio del contenzioso sulla azionabilità. Il potere giudiziario corre così il rischio di trasformarsi da "potere neutro" destinato a dirimere conflitti di interpretazione fra i titolari dell'azione pubblica in un potere attivo che crea proprie interpretazioni che devono essere considerate "autentiche": il rischio di finire in una "repubblica dei giudici" è un totem polemico, ma qualche riflessione sul tema merita di essere condotta.

Un tema senz'altro difficile da affrontare riguarda il problema della fase costituente come momento per restaurare una forma di ordine nel nostro sistema nazionale. Come è noto la questione coinvolge da un lato l'aspetto della continuità degli ordinamenti giuridici e dall'altro la preminenza gerarchica dell'ordinamento costituzionale capace di imporre al sistema giuridico, ma anche a quello più in generale amministrativo, l'adeguamento ai suoi principi. Tutto ciò deve avvenire nel quadro di un riordino del sistema di governo a cui devono poter risalire l'azione per disciplinare la transizione necessaria in una prima fase e in una seconda fase le tensioni inevitabili fra i due ambiti che ho citato.

Può essere discutibile chiamare sistema di governo ciò che è normalmente rubricato come i poteri dello stato, ma lo faccio per rendere evidente che non ha molto senso immaginare quei poteri come monadi distinte e in contrapposizione fra loro, per di più senza tenere conto che il sistema di fatto va ben al di là della semplice tripartizione scolastica fra legislativo, esecutivo e giudiziario imputabili ciascuno in qualche misura ad una sola sede preminente. Si deve invece considerare che il quadro costituzionale deve puntare a creare un sistema di collaborazione dialettica fra quegli ambiti e non di contrapposizione, perché

il fine di tutti, tenuto anche conto delle articolazioni che interessano ciascuno di essi, è il governo in senso forte della comunità politica che così viene non solo preservata, ma portata a sviluppare le sue potenzialità.

Sebbene questo orizzonte fosse presente alla componente più responsabile degli attori che gestirono la fase costituente, si finì qui per scontare il peso di due limitazioni: una era data dal contesto di elaborazione delle dottrine giuridiche così come si erano venute articolando nel confronto con la crisi della prima metà del Novecento; l'altra consisteva nel vincolo posto dalla necessità di preservare al massimo possibile il sistema amministrativo esistente per evitare che in una fase di transizione venissero meno gli strumenti per il disciplinamento della vita pubblica e di quella economica.

De Gasperi fu particolarmente sensibile a questa ultima componente, perché aveva davanti lo spettro di quel che era successo nella Germania post 1919, quella famosa “repubblica senza repubblicani” che era stata la repubblica di Weimar. Il suo disegno fu quello di riportare le istituzioni amministrative (intendiamo il termine in senso lato) al servizio del nuovo sistema di governo senza però metterne veramente in discussione né la composizione, né gli spazi di azione. Era una strategia sottile la quale, in un'epoca che era potenzialmente revisionista se non anche rivoluzionaria, avvertiva la pubblica amministrazione ereditata dal periodo precedente che poteva godere di una sua sfera tutelata a patto che si allineasse al servizio al nuovo governo. In ciò vi era ovviamente una ambiguità che in seguito sarebbe emersa e avrebbe esigito dei prezzi da pagare: il servizio al governo non era automaticamente quello all'istituzione-governo che era disegnata dalla costituzione, ma facilmente scivolava nell'essere quella semplicemente al governo in carica. In più, essendo questo un governo di coalizione, diventava possibile muoversi all'interno delle competizioni fra le sue componenti ed essere al tempo stesso vittima di queste. Senza indebite generalizzazioni, qui sta una radice del sistema di corruzione dello spirito dei “public servants” e della lottizzazione, più o meno riuscita, delle varie branche dell'amministrazione.

E' curioso notare che la scelta da un lato di preservare la continuazione del sistema amministrativo e dall'altro di affidare il suo reclutamento ad un sistema che in teoria non consentisse quasi in alcun caso di scegliere se non sulla base di parametri astratti e “per concorso pubblico” produsse contemporaneamente una corporativizzazione semi autonoma degli ambiti dell'amministrazione e una necessità di ricorso alla manipolazione più o meno corruttiva nei meccanismi di selezione per raggiungere quelle che in linea di principio potevano anche essere le esigenze di arrivare a scelte basate sul criterio della omogeneità dell'apparato amministrativo coi fini di governo evolutivo richiesti dal sistema costituzionale, ma che in seguito finivano spesso per diventare i grimaldelli per una lottizzazione di sempre più basso profilo.

Se questa scelta comunque consentì nella fase più immediatamente costituente dei risultati di preservazione degli equilibri sociali ed economici, evitando pericolosi conflitti con le classi dirigenti della burocrazia, comunque necessarie per il loro deposito di competenze e per la conoscenza dei meccanismi di funzionamento del sistema amministrativo, essa al

tempo stesso depotenziò la progettazione di un sistema politico di governo che avesse le potenzialità per realizzare appieno quanto si andava prefigurando nel disegno di ciò che doveva essere il nuovo stato repubblicano. Nell'elaborazione di questa parte della nostra Carta emerse quel pessimismo a cui ho fatto cenno all'inizio. Le articolazioni del nostro sistema dei poteri finirono in parte per essere disegnate sul principio della sfiducia nella possibilità che esse potessero operare rettamente se non circondate di vincoli, cautele e limitazioni.

Lo si vede bene nell'esaminare le posizioni sia del Presidente della Repubblica, sia del Presidente del Consiglio e dei ministri, ma anche dello stesso sistema parlamentare. Tutto finisce per essere disegnato col presupposto implicito di rendere impossibile che si vada oltre una articolazione moderata del potere politico-sociale che di fatto si ritiene debba rimanere nelle mani dei partiti gestori e difensori delle articolazioni socio-culturali su cui si fonda la repubblica, senza consentire l'emergere di alcuna preminenza momentanea (quella determinata dai successi elettorali), perché la si considerava semplicemente l'anticamera di una preminenza che si sarebbe probabilmente trasformata in definitiva, così come in fondo era accaduto con l'insediamento del regime fascista.

Il lungo confronto che si ebbe in costituente sulla questione delle modalità di formazione della seconda Camera è, a mio giudizio, assai rivelatore, soprattutto se lo si iscrive anche nell'ambito della scelta per il sistema di fiducia al governo che pure era dubbio potesse essere razionale attribuire in egual misura a due organi rappresentativi che avrebbero dovuto essere diversi. In realtà si vide chiaramente in quella occasione che non c'era modo di uscire dal nesso fra rappresentanza e partiti, essendo evidentemente il ritorno al vecchio collegio uninominale una nostalgia dell'età dei notabili e al contrario la ripresa della rappresentanza su base corporativa un azzardo impossibile per le reminiscenze del sistema fascista. E' questo che in definitiva portò, con tutti gli escamotage per fingere che non fosse così, ad una semplice duplicazione della domiciliazione dei rappresentanti dei partiti, accontentandosi che così si salvasse il principio della doppia lettura delle leggi (il che ovviamente qualche ragione la può pure avere) senza che questo comportasse problemi di conflitto politico fra le Camere, perché l'identità in esse della presenza dei partiti garantiva l'orientamento complessivo del sistema senza alcun reale spazio per divergenze fra due sedi che, tutto sommato, dovevano semplicemente essere le camere di ratifica di quanto deciso a livello di partiti.

L'esecutivo stesso era posto nella cornice di questa costituzione fondata sulla convivenza dialettica dei partiti, ma più specificamente di quel tipo particolare di partiti, che inoltre convenivano di vedere nel presidente della repubblica il notaio, certo autorevole, che certificava e all'occorrenza sosteneva col suo prudente consiglio quella loro convivenza negli equilibri che di volta in volta uscivano dalla consultazione del paese attraverso le elezioni.

Non si può negare che questo sistema sia stato in grado di garantire a lungo un ordine al nostro sistema. Certo intendiamo questo nel quadro delle capacità della natura umana, che non conosce paradisi, ma solo terre che si coltivano col sudore e la fatica. Tuttavia il sistema

reggeva finché avevano corso e significato i partiti del tipo specifico che avevano costruito prima il passaggio alla repubblica e poi i suoi decenni iniziali. Quando quelle tipologie di formazioni politiche vennero progressivamente esaurendosi, al di là ovviamente del mantenimento dei loro nomi storici per le burocrazie interne e per il professionismo politico che avevano prodotto e che sopravvivevano, il nostro sistema costituzionale entrò in crisi.

Oggi per esempio è difficile non avere un sorriso quando si legge Vittorio Emanuele Orlando criticare in Costituente le norme sul Presidente della Repubblica che diventava, a suo dire, un “fannullone”: al di là dell’osservazione che in realtà tutti i Presidenti hanno trovato poi modo di esercitare una loro presenza politica, è banale rilevare che mano a mano che le componenti partitiche perdevano la loro legittimazione originaria, il presidente più che essere il notaio che registrava i contratti, diventava, se mi si passa l’immagine, l’onesto mediatore attivo che cercava di portare le parti a concluderli.

Osservazioni analoghe si potrebbero fare sulla crisi del ruolo del parlamento o sui tormenti circa la capacità d’azione da assegnare ai presidenti del Consiglio ed ai loro governi. Del resto questa è semplicemente la registrazione di quella storia infinita che è l’opera che si cercò di fare per portare a compimento i lavori della Costituente che si era chiusa con la netta sensazione da parte di buona parte dei suoi membri più attivi nella costruzione della nuova Carta che si fosse piantata a mezzo quella progettazione di un nuovo sistema politico che era nei loro voti. E’ appena il caso di ricordare che di questa insoddisfazione per un lavoro lasciato per tanti versi in sospeso si trovano eco nei discorsi di alcuni autorevoli costituenti tenuti negli anni seguenti alla conclusione dei lavori. Sia consentito citare il caso di Giuseppe Dossetti, ultimamente fatto passare per un difensore tetragono dell’intangibilità della Carta, che invece più volte ricordò, anche in discorsi tenuti negli ultimi anni della sua vita, l’insoddisfazione per alcuni passaggi normativi in cui, come per esempio nel caso degli articoli sul Senato, non si erano raggiunti i risultati auspicati da una ragionevole architettura costituzionale.

Quanto si era per così dire lasciato in sospeso venne in seguito affrontato con due distinte strategie in due diversi momenti. In una prima fase si ebbe il lavoro per il compimento di quanto progettato col dettato costituzionale sia attivando gli istituti che erano stati previsti ma che si erano lasciati letteralmente sulla Carta, sia adeguando, soprattutto su impulso della Corte Costituzionale, il nostro sistema giuridico al nuovo impianto. In seguito si iniziò a parlare in maniera più diretta di una revisione per una serie di norme, ma anche da parte di qualcuno di una più generale rimessa in discussione dell’impianto della Costituzione. Questo percorso, che durò decenni, ebbe poi un primo momento di coagulo nel lavoro delle Commissioni bicamerali per poi arrivare alle riforme tentate sull’onda di quei lavori, alcune giunte all’approvazione definitiva, altre cassate dai referendum confermativi.

Non rientra nel contesto di questo intervento soffermarsi su questi aspetti. Voglio invece concludere ricordando due elementi che mi paiono interessanti. In primo luogo il fatto che la memoria dalla Costituente sia servita nel trentennale del 1976-78 a rilanciare per un tratto la consapevolezza che la costituzione in senso materiale è inscindibile dalla valorizzazione

di un momento costituente in cui le forze politiche furono capaci di convergere nella ricerca di dare le basi a quella comunità di destini che doveva essere la nuova repubblica. Certo allora si stava affrontando la dura sfida del terrorismo a cui si associava l'emergere di una sensibilità in espansione verso gli elementi di fragilità che stava rivelando il tessuto connettivo del nostro paese. In secondo luogo voglio richiamare che dall'apoteosi che si volle lanciare allora del momento costituente interpretato come *union sacrée* e della Carta come quasi testamento biblico di quelle alleanze non sono derivate solo conseguenze positive. La monumentalizzazione di quella fase ha portato all'immagine corrente di una Carta intangibile salvo modesti ritocchi, sicché per ripensarne anche solo una parte sarebbe stato necessario riesumare quell'arco costituzionale di partiti che nel frattempo stavano cessando di esistere. Questo rappresentava al contrario, a mio avviso, un falso storico, perché cancellava il fatto che nella scrittura della seconda parte della Carta non si era più trovata la via per condividere un nuovo modello compiuto di organizzazione dei poteri dello stato e dei loro istituti e si era di conseguenza per gran parte ripiegato su mediazioni determinate dalle contingenze politiche che venivano sia dalla memoria delle esperienze precedenti sia dalle esigenze cautelative di partiti fra cui non c'era fiducia reciproca, sia infine dalle incertezze di interpretazione su quale avrebbe potuto essere il futuro degli equilibri geopolitici.

Ripensare la costituente significa dunque riprendere un'ottica di fiducia verso il futuro e contenere il pessimismo circa i limiti e le tentazioni connessi alla vita politica entro i confini di una razionalità che sa che comunque il rischio è una componente inevitabile per rendere governabile una sfera pubblica e non si può evitare di affrontarlo.

Il ruolo dello Studium Urbis nel periodo costituzionale transitorio*

di Fulco Lanchester**

SOMMARIO: 1-Introduzione; 2-L'Università e il suo ruolo cangiante; 3-La dinamica dello Studium Urbis; 4-Gli indicatori empirici; 5-Lo Studium Urbis e le tre crisi di regime dal 1870; 6- Il periodo costituzionale transitorio-7-Conclusioni- I-Appendice: Tabelle e Documentazione iconografica.

1-Introduzione-

Il convegno su *I costituenti della Sapienza*, attivato per il 70° anniversario della conclusione dei lavori Assemblea Costituente, si collega ad iniziative precedenti. Ricordo in ordine cronologico il convegno più risalente su *Passato e presente delle Facoltà di Scienze politiche* in occasione del 75° anniversario di fondazione della oramai defunta Facoltà di Scienze politiche; il Convegno sul giovane Leopoldo Elia; il Convegno dedicato a Piero Alberto Capotosti; ed infine il Convegno sui simboli della Città universitaria nel periodo costituzionale transitorio(2016), fino ad arrivare alle recentissime celebrazioni dell'80° anniversario dello Studium Urbis, con il trasferimento dell'Università romana nella attuale sede¹⁰⁵.

Oggi ripensiamo in maniera specifica al contributo dell'Università romana alla Costituente sia dal punto di vista personale che strutturale nell'ambito di una riflessione che lega la dinamica politico-costituzionale a quella della classe dirigente e agli strumenti che contribuiscono a selezionarla ed implementarla.

Queste brevi note vogliono fornire alcuni parametri di giustificazione e di inquadramento, ma per farlo è necessario definire sia il luogo deputato all'istruzione superiore denominato università in una prospettiva storica (valutando la specificità romana in maniera da comprenderne l'evoluzione), sia chi siano i 'costituenti' protagonisti del Convegno.

Inizio dai secondi. I 'costituenti' della Sapienza di cui al titolo sono coloro che hanno fatto parte dello Studium Urbis, prima-durante e dopo i lavori della Assemblea costituente collaborando in maniera diretta o indiretta al suo lavoro. Alcuni di essi sono esaminati nelle relazioni odierne, altri lo saranno negli atti. Avverto che vi sono delle assenze che voglio ricordare subito: ad esempio, Francesco Dominedò ordinario di Diritto commerciale a

* Contributo pubblicato previa accettazione del Comitato scientifico del Convegno. Relazione presentata al Convegno *I 'Costituenti' de 'La Sapienza'*, svoltosi il giorno 30 novembre 2017, presso il Rettorato – Aula degli Organi Collegiali, Università La Sapienza di Roma.

** Professore ordinario di Diritto costituzionale italiano e comparato presso il Dipartimento di Scienze Politiche – Università "La Sapienza" di Roma.

¹⁰⁵ *Passato e presente delle facoltà di scienze politiche*, a cura di F. Lanchester, Milano, Giuffrè, 2013; *'La 'Sapienza' del giovane Leopoldo Elia*, a cura di F. Lanchester, Milano, Giuffrè, 2014; *La riflessione giuridica di Piero Alberto Capotosti*, a cura di G. Amato e F. Lanchester, Milano, Giuffrè, 2015,

Giurisprudenza; Giuseppe Togni incaricato di Diritto del lavoro a Scienze politiche; Guido Gonella libero docente di filosofia del diritto a Giurisprudenza; Vezio Crisafulli nel periodo costituente ordinario a Trieste, ma prima assistente a Scienze politiche e a Giurisprudenza e poi ordinario a Roma negli anni Sessanta. Tutti i ‘costituenti’ hanno fatto parte della cosiddetta classe dirigente, che ha caratterizzato il nostro ordinamento politico-costituzionale nel secondo dopoguerra ed alcuni di questi sono anche stati, per lungo tempo, componenti del ceto politico.

L’esperienza del periodo costituzionale provvisorio e transitorio (per utilizzare la dizione di Vincenzo Gueli¹⁰⁶) evidenzia in maniera plastica la natura peculiare della allora unica Università statale di Roma (lo *Studium Urbis* appunto) in un periodo, che le relazioni di De Siervo e Pombeni inquadreranno in modo efficace sia per quanto riguarda il tema della Assemblea costituente, sia per quanto riguarda quello della partecipazione della cultura giuridica al lavoro di redazione della Costituzione. Ma come la stessa sezione introduttiva suggerisce, i settanta anni di distanza da quegli avvenimenti evidenziano la necessità di riflettere sugli stessi alla luce dei cambiamenti intervenuti a livello nazionale e globale. In una relazione specifica sulla dottrina giuspubblicistica dello *Studium Urbis* (derivante da precedenti ricerche) ho cercato di individuare il filo rosso che unisce la riflessione costituzionalistica dell’Università romana nella continuità – rottura i vari regimi che si sono succeduti nel tempo. Ho tentato in particolare di segnalare come la giovane dottrina giuspubblicistica romana degli anni Venti – Trenta sia stata particolarmente importante sia per l’elaborazione tecnica sia per l’interpretazione del testo costituzionale repubblicano.

In queste pagine desidero evidenziare piuttosto alcuni elementi del ruolo dell’Università (e in particolare dello *Studium Urbis*) al processo costituente, tenendo conto della realtà dell’Istruzione superiore in quel periodo, non comprensibile agli occhi dell’osservatore contemporaneo. Inizierò, però, con l’enunciazione di alcuni generali punti relativi al ruolo dell’Università, proseguirò con la dinamica dello *Studium Urbis*, per poi esaminare alcuni elementi del periodo provvisorio e transitorio 1943-47 all’interno del ventennio 1937-1957.

2-L’Università e il suo ruolo cangiante-Per fornire elementi utili a questo fine prospetto otto affermazioni preliminari relative all’istruzione superiore ed al suo ruolo nello Stato moderno e contemporaneo:

1) che l’Università è una istituzione storicamente situata, che ha uno scopo duplice: i- formare una classe dirigente (a vario livello); ii- rispondere ad esigenze concrete della società sia dal punto di vista della ricerca che da quello della produzione e della amministrazione;

¹⁰⁶ v. V. Gueli, *Diritto costituzionale provvisorio e transitorio*, Roma, Il foro italiano, 1950.

2) che l'istituzione odierna denominata Università non è né l'Università medievale della *Res publica christiana*, né quella scaturita dalla riforma e dalla controriforma, né infine quella dello Stato nazionale accentrato post-rivoluzionario;

3) che il modello humboldtiano che unisce didattica e ricerca è palesemente in affanno nell'ambito del mondo internazionalizzato e globalizzato

4) che l'Università statale ha oramai perso il privilegio del monopolio tendenziale della produzione della classe dirigente e della ricerca. Il fenomeno della sostanziale licealizzazione del settore ha provocato, infatti, la dissociazione tra la funzione predetta e il nome dell'istituzione universitaria in favore di alcuni luoghi con natura pubblica e privata.

5) che in particolare nelle scienze giuridiche e politiche, seguendo un modello di oltreatlantico, il rapporto tra pubblico e privato si è spostato sul privato.

6) che di conseguenza università come ad es. la Sorbona e La Sapienza sono oramai istituzioni di massa, dove può esservi, ma non necessariamente eccellenza, mentre i discenti sono attratti dalla posizione degli Atenei sugli assi di comunicazione;

7) che il processo europeo di Bologna assegna oramai alle Università tradizionali la formazione di personale intermedio.

8) che la classe dirigente di alto livello nell'era della globalizzazione si forma in alcune istituzioni internazionali e solo di riflesso in quelle nazionali.

Simili osservazioni evidenziano che l'Università ha cambiato natura, ruolo, dimensioni dal periodo liberale oligarchico con l'avvento dello Stato nazionale di massa fino ad arrivare a quello della integrazione sovranazionale e della globalizzazione. La cesura tra l'Università dello Stato nazionale accentrato di origine ottocentesca e la nuova può essere identificata sia a livello internazionale che nazionale negli anni '70, quando finirono i 30 gloriosi del dopoguerra, e l'istruzione superiore fu colpita dagli effetti dell'incremento della popolazione studentesca derivante dal *baby-boom* postbellico e dal progressivo spostamento degli assi geopolitici. Per quanto riguarda lo *Studium Urbis romano* si deve, in particolare, osservare come per circa cento anni il suo ruolo peculiare di istituzione di istruzione superiore della capitale dello Stato nazionale accentrato sia stato accompagnato da un equilibrio complesso tra accademia e politica nella transizione tra differenti regimi politici dello Stato nazionale liberale oligarchico e di massa (democratico e non).

3-*La dinamica dello Studium Urbis* -Per comprendere il ruolo dello *Studium Urbis* come università nazionale e il suo contributo nelle vicende del periodo costituzionale provvisorio

e transitorio è interessante prendere brevemente in esame ciò che è avvenuto nelle tre crisi di regime che l'hanno caratterizzata dall'arrivo delle truppe italiane nel settembre 1870 rappresentanti del regime statutario liberale oligarchico, con l'avvento del fascismo e con il crollo dello stesso e l'instaurazione della Repubblica in una continuità di sviluppo che traguarda i mutamenti politici.

La tesi che intendo sostenere è che lo *Studium Urbis* nel periodo 1870/1970 divenne progressivamente l'università dello Stato nazionale accentrato, produttore e/o recettore di classe dirigente in un equilibrio peculiare tra Accademia e ceto politico, al di là della forma di Stato adottata dall'ordinamento. In sintesi, mentre oggi effettuare un Convegno sui costituenti della Sapienza può sembrare un'operazione localistica di celebrazione di un falso storico, ancora negli anni Quaranta lo *Studium Urbis* possedeva un ruolo centrale nel campo dell'istruzione superiore (ed in particolare nell'ambito delle scienze giuridico-politiche), che si rifletteva nel politico.

Per verificarlo in maniera anche solo sintetica, è opportuno fare riferimento infatti ai differenti periodi attraversati dallo *Studium Urbis* nel corso di circa un secolo. Dopo circa un decennio di incertezze iniziali, l'Ateneo romano vide un forte investimento da parte del ceto politico nazionale nel periodo 1880-1900, per poi dimostrare una sua crescente egemonia nell'ambito del periodo liberale giolittiano fino agli anni '20 del secolo scorso. Il mutamento di regime, con la nascita dello Stato di massa non democratico, corrispose alla prospettazione dello *Studium Urbis* come università della terza Italia. Nel secondo dopoguerra questa funzione proseguì per forza di inerzia fino alla fine degli anni Sessanta nell'ambito dell'ordinamento democratico pluralista per poi implodere nel decennio successivo di fronte alla defragrazione dell'istruzione superiore e alla crisi del sistema politico-costituzionale.

Gli interventi normativi dei provvedimenti urgenti (1973), ma soprattutto il DPR 382/1980 e il coevo cambiamento del nome in Università degli studi di Roma "La Sapienza" portarono ad una scissione del delicato equilibrio tra accademia e politica, che - dopo quaranta anni - ha mutato profondamente volto e ruolo di Sapienza (per utilizzare il nome del nuovo logo adottato nel 2006), principale erede dello *Studium Urbis*. Una simile trasformazione, non riconosciuta per molto tempo dai componenti della stessa istituzione universitaria, è stata certificata a metà degli anni Novanta dalla stabilizzazione di un sistema sistema universitario romano di cui *Sapienza- Università di Roma* è ora solo uno, anche se - appunto - principale, dei componenti.

4-*Gli indicatori empirici*- Nell'ambito di una simile prospettiva temporale gli indicatori di analisi sono costituiti dall'evoluzione del numero degli studenti, dei docenti e del personale amministrativo, nonché dalla dinamica delle strutture edilizie nel quadro della legislazione nazionale dedicata alla istruzione superiore. Per il personale docente è rilevante invece aggiungere anche il calcolo del tasso di politicità degli stessi (ovvero della percentuale di docenti coinvolti direttamente negli organi costituzionali di vertice).

La tab. 1 relativa alla dinamica degli studenti evidenzia la parabola dello *Studium Urbis* che fatica nel corso della prima transizione tra regime papalino e sabauda e necessita di un intervento normativo del Ministro Ruggero Bonghi, docente dell'Ateneo, nel 1876 per eliminare la concorrenza dell'Istituto universitario vaticano. Dopo gli anni Ottanta con Guido Baccelli, anche lui ministro della pubblica istruzione e docente dello *Studium Urbis*, partì faticosamente l'adeguamento alla nuova funzione di Università della Capitale, ma è solo con l'inizio del secolo che l'Università di Roma assunse il ruolo di Ateneo nazionale sia dal punto di vista delle dimensioni sia da quello del prestigio. Salandra, Luzzatti, Orlando Presidenti del Consiglio dei ministri all'inizio del XX secolo evidenziano questo nuovo ruolo, cui si connette quello della partecipazione dei docenti dell'Ateneo romano al Governo alle assemblee politiche, sia agli Organi specialistici (Csm, Cons Superiore p.i.).¹⁰⁷

La tab. 2(a e b) sullo sviluppo di docenti e studenti nei primi cinquanta anni dello scorso secolo a Roma ed in Italia evidenzia la dinamica peculiare dell'Ateneo romano, mentre la tab. 3 riporta il tasso di politicità, derivante dalla percentuale di cariche rappresentative nazionali ricoperte da docenti di alcune facoltà, evidenziando il ruolo peculiare che lo *Studium Urbis* (al di là delle crisi di regime) ricopriva. Questa funzione costituisce una costante fino alla crisi del 1970/80 e alla uscita di controllo del settore universitario romano. Gli assassini di Aldo Moro (1978) e di Vittorio Bachelet (1980), entrambi sapientini della Facoltà di Scienze politiche, certificarono l'incapacità del ceto politico di affrontare la questione universitaria in modo adeguato.

Non avendo saputo o potuto operare la frammentazione dell'Università della capitale come venne fatto, ad es., in Francia nel 1968 ed avendo risposto solo con normative relative alla sistemazione del personale, la reazione della classe dirigente italiana al tema della maggiore università europea fu da un lato la cesura del rapporto organico con il settore universitario con il dpr 382/80, che provocò per lo *Studium Urbis* la rottura del tradizionale equilibrio Accademia / politica, dall'altro la formazione nell'arco dei due decenni successivi delle Università di Tor Vergata e di Roma Tre, ma soprattutto delle Università private (Luiss, Lumsa, S. Pio V, ecc. ben collegate con il mondo politico)..

5-Lo *Studium Urbis* e le tre crisi di regime dal 1870- Il 1943/1947 rappresenta, dunque, solo la terza crisi di regime subita dallo *Studium Urbis* da quando Roma fu annessa al Regno d'Italia. Nel 1870 Roma divenne capitale d'Italia, con l'abolizione dello Stato pontificio; nel periodo 1922-1925 si ebbe l'avvento del fascismo; nel 1943-1947 il crollo dello stesso e la transizione verso il regime repubblicano e la Costituzione. Le mutazioni degli assetti in oggetto devono essere tenute in debito conto anche per valutare i temi specifici del nostro Convegno.

¹⁰⁷v. N. Spano, L'Università di Roma, con prefazione di Pietro de Francisci, Roma, Casa Editrice "Mediterranea", 1935,

La prima crisi è descritta da Nicola Spano nel suo volume sulla storia della Università romana pubblicato l'anno dell'inaugurazione dello Studium Urbis nella zona tra S.Lorenzo, la stazione Termini, il Policlinico e il Verano. Essa evidenzia come la trasformazione dell'*Archiginnasio* pontificio in Università del Regno liberale (e massonica) non fosse certo stata facile. Quando i bersaglieri entrarono in Roma esisteva l'*Archiginnasio* pontificio con la sua organizzazione che era stata implementata da Leone XII negli anni Venti del sec. XIX. In quell'occasione l'Università romana era stata parificata a Bologna come Ateneo di prima classe e nella sua storia aveva, come altri complessi universitari, subito alti e bassi. Laura Moscati per il settore giuridico ha certificato come Savigny, nel suo viaggio in Italia, avesse giudicato in maniera molto critica il livello delle università italiane, ma in particolare di quello dell'ateneo romano¹⁰⁸. Il clima e l'organizzazione non erano di certo al livello delle realtà più dinamiche di altri ordinamenti europei.

Con l'unificazione venne applicata anche allo *Studium Urbis* la legge Casati del 1859, con la centralizzazione che la caratterizzava. Fino alla seconda metà degli anni Settanta del XIX secolo l'esistenza dello *Studium Urbis* fu significativamente contrastato dalla concorrenza incisiva dell'Istituto universitario vaticano. I tentativi di trasferire "nomi" rilevanti da altre università statali del Regno a Roma si infransero, infatti, contro la continuità rappresentata dall'Istituto di Palazzo Altemps (proprio accanto a Piazza Navona), che - come detto - dovette essere sciolto con decreto ministeriale (1876).

Da quella data - e lo certifica bene Vincenzo Di Gioia - inizia l'investimento concreto dello Stato nazionale sull'Ateneo romano, con l'inquadramento della stessa nell'ambito della realtà urbanistica della città di Roma. Non fu facile trovare un equilibrio per il nuovo Ateneo che alcuni volevano addirittura abolire. L'espansione venne vista da un lato verso via Panisperna al Viminale, dall'altro verso il Colle Oppio¹⁰⁹. Caduta la destra, fu il Depretis che fece recepire con la legge n. 209 del 14 maggio 1881 la Convenzione Stato e Comune di Roma. Già nel 1874 Bonghi e Sella avevano posto il problema del Policlinico, che prima venne ipotizzato all'Esquilino e poi in zona Castro Pretorio. In questa prospettiva la presenza e l'opera di Guido Baccelli, ordinario di Clinica medica nell'Università romana, furono determinanti, anche se il completamento non si ebbe che nel primo lustro del secolo XX, dove nel 1907, per intervento del Ministro Luigi Rava - ordinario di Scienza dell'amministrazione a Fiurisprudenza, si decise di trasferire l'Università accanto al Policlinico. In quello stesso anno venne anche istituito l'Ufficio tecnico dell'Università.

¹⁰⁸ V. L. Moscati, **Italianische Reise : Savigny e la scienza giuridica della restaurazione, Roma, Viella, 2000.**

¹⁰⁹ V. Gioia, *Dalla scuola d'ingegneria alla facoltà d'ingegneria di Roma*, Roma, Edizioni dell'Ateneo, 1985 e *Idem Gli insediamenti universitari a Roma da "La Sapienza" alla Città Universitaria*, in *Ingegneri architetti*, n. 1/3 e 4/6 del 1991

La necessità di ampliare e delocalizzare gli istituti universitari romani veniva da un lato dall'incremento della popolazione romana, dall'altro da quella studentesca. Dai dati in appendice risulta evidente come la popolazione della città di Roma fosse aumentata di circa il 150 % rispetto agli incrementi superiori a 60% di quella italiana (v. tab. 2). Ma il tema che unirà la fase liberale e quella fascista sarà quella relativa allo sviluppo esponenziale della popolazione studentesca dello *Studium Urbis*, ben superiore a quello della popolazione residente e degli iscritti alle Università del Regno. Il numero degli studenti universitari romani subì, infatti, un incremento di circa dieci volte non soltanto per lo sviluppo demografico urbano, ma anche per la capacità di attrazione dell'Università (v. tab. 4).

In questa prospettiva è bene evidenziare che la capitale politica dello Stato nazionale accentrato, non soltanto attraeva studenti, ma faceva sì che anche i docenti fossero invogliati a trasferirvisi. Chi legga i nominativi dei professori della Sapienza riportati dallo Spano nel volume sulla storia della Sapienza fino al 1935 può verificare come vi fosse un forte legame tra di essi e lo stesso ceto politico, che è certificata dal tasso di politicità di alcuni Consigli di Facoltà (il tasso rappresenta la percentuale di docenti coinvolti nelle assemblee rappresentative o nel Governo).

La Tab. 3 evidenzia l'evoluzione dell'indicatore di politicità del corpo docente dagli anni Venti in poi, ma il fenomeno era già rilevante dall'inizio dell'era giolittiana, mentre in precedenza i docenti dello *Studium Urbis* erano coinvolti preferenzialmente in organismi tecnici (ad es. per i giuristi Consiglio di Stato, Consiglio superiore della P.I., CSM...). Risulta in particolare rilevante in questa prospettiva, segnalare la presenza costante da Baccelli in poi di Ministri della P.I. docenti dello *Studium Urbis*.

La seconda crisi di regime operatasi nel 1922 vide la progressiva fascistizzazione dell'Ateneo e la sua trasformazione incrementale in università della terza Italia. La sostituzione nel 1923 del Rettore Sanarelli con Severi e poi nel 1925 con Del Vecchio evidenzia la penetrazione militante del fascismo nel corso della legislatura costituente del 1924-1929. Lo sviluppo della popolazione studentesca rese impossibile la permanenza dello *Studium Urbis* nel centro della città per ragioni funzionali e di ordine pubblico, mentre quelle ideologiche portarono al recupero con adattamenti delle ipotesi già prospettate in periodo liberale di delocalizzazione nella zona del Verano.

La decisione di costruire la nuova università romana e la capacità di farlo rapidamente fecero divenire lo *Studium Urbis* un indice empirico del successo del regime. Emilio Gentile ci ha spiegato sulla base dei progetti Piacentini e degli interventi di Mussolini quale fosse l'interesse e l'attenzione di quest'ultimo per l'opera¹¹⁰. Dopo Millosevich i Rettori che si succedettero furono personaggi importanti del Regime e della stessa discussione

¹¹⁰ V. E. Gentile, Relazione al Convegno su La Sapienza nel periodo transitorio provvisorio (<http://www.radioradicale.it/scheda/469875/la-sapienza-nel-periodo-costituzionale-provvisorio-1943-47>)

giuspubblicistica. Mi riferisco a Pietro De Francisci, che si alternò con Alfredo Rocco nella massima carica accademica ed in quella di ministro guardasigilli. In questa prospettiva è significativo che la morte di Rocco possa essere considerata come l'ultimo avvenimento della Sapienza di S.Ivo prima dell'inaugurazione e del trasferimento nella nuova sede (v. foto 1).

La politicizzazione dei ruoli è segnalata dall'arrivo di personaggi fortemente orientati (penso a Bottai o a Zangara, ma anche dalla presenza di ministri e sottosegretari di origine accademica) e alla costituzione di nuovi istituti o insegnamenti collegati con l'ideologia del regime. Le rappresentazioni iconografiche conservate dall'Istituto Luce ci tramandano la parabola di un ordinamento con i riti di una religione politica che sta per rompere il precario equilibrio diarchico per tentare il passaggio dall'autoritarismo a tendenza totalitaria al totalitarismo. L'inaugurazione dell'anno accademico 1939 può essere considerato come il simbolo di una simile tendenza (v. film.1), così come la rivista dello schieramento universitario operata da Zangara, vicesegretario PNF e ordinario di Diritto costituzionale italiano e comparato a Scienze politiche, seguito da un affannato Rettore (v. foto 2). Segnala invece, in modo significativo, la differenza di clima nei toni e nella forma le difficoltà belliche l'inaugurazione del 1942 (v. film.2), in corrispondenza con El Alamein e Stalingrado. Nella cerimonia, presieduta sempre da De Francisci in piazza della Minerva, l'atmosfera è caratterizzata dalla presenza di studenti mutilati e dei parenti dei caduti. Si stava avvicinando la ulteriore crisi del regime, prefigurata dal discorso di Natale di Pio XII, dalla liquefazione del consenso da parte della classe dirigente e dagli scioperi operai del marzo 1943. Simbolo della situazione può essere la prolusione di uno dei più raffinati giuristi del periodo fascista e del periodo repubblicano, Giuseppe Chiarelli, che nel 1943 – chiamato da Perugia nell'Università romana (Facoltà di Economia e commercio) – evidenziò un chiaro addio al regime¹¹¹.

Il ritorno in gioco della Monarchia avvenne come è noto nel luglio del 1943, dopo lo sbarco alleato in Sicilia (10 luglio) e il bombardamento di Roma (17 luglio, v. film.3). La terza crisi di regime scoppia in modo progressivo in corrispondenza con il 25 luglio 1943 e agli atti successivi, che comprendono i 45 giorni, l'8 settembre, l'occupazione nazifascista di Roma con la costituzione della RSI che contrappone la propria legittimità a quella del Regno del Sud (faccio notare che l'autore del famoso volume Agostino degli Espinosa era libero docente a Scienze politiche), la liberazione della stessa sotto l'egida del compromesso istituzionale rappresentato dal d.lg. lgt. 151 del 25 giugno 1944.¹¹²

Come si è detto, l'ateneo si era trasferito nel 1937 nell'area del policlinico sulla base di un progetto originariamente liberale, per esigenze ideologiche e di sicurezza. Il progetto Baccelli degli anni 80 del secolo XIX possedeva un profilo incomparabile con quello

¹¹¹ G. Chiarelli, *Il pensiero giuridico italiano e i problemi attuali del diritto pubblico*, in *Stato e diritto*, 1943

¹¹² V.A. degli Espinosa, *Il regno del sud: 8 settembre 1943 - 4 giugno 1944*, Roma, Migliaresi, 1946, pref. di M. Lupinacci.

piacentiniano e la difficoltà con cui l'Università venne divelta dal centro cittadino(si pensi alla posizione negativa di Giovanni Gentile) lo certifica. La dinamica demografica della città e degli studenti imponevano,però, il decentramento, ma l'impianto dello Studium Urbis e la rapidità di esecuzione si correlarono con l'esigenza di costruire l'Università della terza italia. Gli studenti in centro costituivano un problema(lo sapeva bene Mussolini testimone della campagna interventistica) e il potere di solito evita concentrazioni studentesche nelle capitali, mentre l'università piacentiniana costituisce una affermazione della religione politica fascista. Emilio Gentile nel Convegno Cappella lo ha dimostrato e la terza crisi lo certificherà con l'eliminazione/ mutamento dei principali simboli della Sapienza durante il periodo costituzionale transitorio 1943-47(mi riferisco in particolare al *quadriportico degli eroi*)

In questo lustro lo *Studium Urbis* costituisce un simbolo significativo della transizione costituzionale. Ancora recentemente Giovanni De Luna ha contrapposto *i partiti del fucile a quelli delle tessere* per rinnovare il contrasto tra il vento del nord di fronte al continuismo del sud.¹¹³ Al di là della ideologicità di questa contrapposizione l'Ateneo romano può essere ai nostri fini un buon indicatore della crisi del fascismo e della transizione alla repubblica nella continuità dello Stato. La Costituzione repubblicana sarà indubbiamente il frutto più duraturo della trasformazione del periodo.

*6- Il periodo costituzionale transitorio-*Nel luglio,dopo lo sbarco degli alleati in Sicilia non fermati in alcun modo sul bagnasciuga, era stata proprio l'area della Sapienza – S.Lorenzo a evidenziare il crollo del regime. I bombardamenti dell'area il 19 luglio,mentre Mussolini era a Feltre per incontrare Hitler, accelerarono infatti le decisioni che portarono al Gran Consiglio del 25luglio. La visita di Pio XII al Verano e l'assenza-se si esclude Maria José-delle autorità del regime e dello Stato (v.film 4) evidenziarono il collasso del fascismo. Lo *Studium Urbis*,colpito nella parte più prossima al Verano dal bombardamento, non dà segni apparenti di vita né allora né durante i 45 giorni di Badoglio né in occasione dell'8 settembre. Solo il 3 novembre si riunisce il Senato accademico per discutere se iniziare l'anno accademico. Il Rettore De Francisci è assente e lo sostituisce Giuseppe Cardinali,prorettore-preside di Lettere-Senatore del Regno su segnalazione di Bottai e futuro Rettore dal 1948al 1953- che dichiara di aver convocato la riunione” per prendere ,dopo tanti ed infausti avvenimenti un primo contatto con i colleghi , per sentire il loro consiglio e tracciare la via da seguire nei per la vita della nostra universitàprossimi mesi”(pp.164-65). La linea è chiara e coerente con quella di molta parte della burocrazia e della magistratura dei territori occupati. Cardinali dichiarò infatti come “la vita dell'Ateneo [dovesse] rimanere assolutamente al di fuori di qualunque partito o governo o contingenza”(p.165), mentre il Direttore amministrativo Nicola Spano presentò parere favorevole alla ripresa dell'attività accademica (lezioni ed esami). Vico della Facoltà di Scienze e Caronia di Medicina ,che sostituiva il Preside Perez , suggerirono di posporre

¹¹³ G.De Luna,LaRepubblica inquieta.L'Italia della Costituzione 1946-1948,Milano,Feltrinelli,2017,pp.133 ss.

il più possibile la riapertura di corsi ed esami, cosicché la soluzione fu quella di attivare gli esami solo per le facoltà di Giurisprudenza e Scienze politiche (p.168). Indicativo della situazione di incertezza della situazione, ma anche della pressione esterna è invece il Senato accademico del 12 gennaio 1944 in cui riappare la numerazione dell'annale dalla rivoluzione fascista (XXII), scomparsa dai precedenti verbali, si annunzia l'apertura di corsi paralleli per professori sfollati (ma solo dal Sud) e la nomina di un Commissario del Governo.

Il ritorno alla "normalità" è certificato, dopo la liberazione di Roma del giugno 1944, dal primo Senato accademico presieduto dal pro-rettore Caronia del 2 agosto (p.191), in cui lo stesso esprime innanzitutto il saluto ai docenti e agli studenti caduti per la libertà, per poi evidenziare i provvedimenti relativi alla riattivazione degli esami e delle tesi (orali) (pp.192/3), alla eliminazione di materie collegate con precedente regime (diritto corporativo, biologia delle razze, ecc.) e la edizione (vecchio pallino di Nicola Spano) di un bollettino per la pubblicizzazione delle attività accademiche.

E' significativo che il processo di epurazione sia stato attivato all'inizio di luglio dal colonnello Charles Poletti, il rappresentanza del Governo militare alleato a Roma, per poi proseguire sulla base del d.leg. lgt. del 27 luglio 1944, n.159 (Sanzioni contro il fascismo). Di quest'attività, che si accompagna alla riammissione in ruolo dei perseguitati per motivi politici e razziali si recupera traccia nella relazione di Caronia al Senato del Novembre del 1944 (p.195). In essa si può toccare con mano la difficoltà della situazione, che vede la riammissione dei professori esonerati per motivi razziali (Roberto Amalgia, Alessandro Della Seta, Gaetano De Santis, Giorgio Del Vecchio, Federico Enriques) e dall'altro la sottoposizione, poco dopo, di Del Vecchio a procedimento di epurazione. Del Vecchio sarà sostituito da Widar Cesarini Sforza (il *Romulus de la Nuova antologia di Federzoni*¹¹⁴) nell'insegnamento di Filosofia del diritto, mentre Zangara che aveva chiesto di riprendere servizio nella sede romana verrà arrestato. Ernesto Buonaiuti – come vedremo non riuscirà ad essere riammesso nell'attività didattica, pur essendo stato riassunto nei ruoli. Il pro-rettore nella Relazione ricorda da un lato l'assunzione di De Ruggiero della carica di Ministro della Pubblica Istruzione, dall'altro che oltre 1500 persone erano state esaminate da una Commissione di nomina politica. Proprio Caronia afferma che "su 195 posti di ruolo (di cui molti erano scoperti ben 50 professori [erano] stati destituiti o sospesi" (p.2011) e che la stessa proporzione era rilevabile per funzionari, incaricati ed assistenti.

Il tema dell'epurazione e del modo con cui la stessa si dipanò nell'amministrazione pubblica in Italia e nell'Università romana sono ben conosciuti, seguendo una scansione temporale che si collega con la dinamica temporale più generale. Se si escludono situazioni difficilmente difendibili, nel tempo tutti i soggetti sottoposti a procedimento ritornarono al loro posto. Sintomatico dell'evoluzione in materia è ciò che accadde a Costantino Mortati (allora ordinario a Napoli), che nel semestre successivo alla liberazione di Roma

¹¹⁴ V. su questo F. Lanchester, L'auspicio di Mussolini per la nuova Antologia, in "La Nuova antologia", 2017, ottobre – dicembre.

riuscì ad ottenere un certificato di partecipazione all'attività clandestina da Democrazia del Lavoro e poi nel novembre 1944 chiese di essere iscritto alla DC, rispondendo alle contestazioni di Mario Scelba (v. lettere Archivio Mortati presso Fondazione Galizia). In quegli stessi mesi Sergio Panunzio, cieco e sottoposto a mandato di cattura, veniva ospitato proprio nella abitazione di Mortati in piazza Verdi, per poi scomparire nell'ottobre 1944. Vorrei notare, inoltre, che la ripresa dell'attività accademica non riguardò la Facoltà di Scienze politiche che venne "ibernata" (se si esclude la sede del fiorentina del Cesare Alfieri) e i suoi locali concessi all'USAFI (United State Armed Forces Institute).

Il 24 aprile 1945 si riunì il primo Senato democraticamente eletto della nuova stagione politica, cui portò il saluto il nuovo Rettore Caronia (v. vol. 20, pp. 9 ss). Nulla trapela sul periodo di ricostruzione dell'ordinamento nelle sedute del 3 maggio del 1 luglio e del 27 luglio, mentre nella seduta di Ottobre viene resa nota la richiesta del segretario del Pci Togliatti di poter utilizzare l'Aula Magna per il V Congresso del partito (p. 130). Il preside della Facoltà di Medicina Puntoni ed il fisico Amaldi espressero la loro contrarietà per i pericoli di politicizzazione e di disordini interni all'Ateneo, mentre il Direttore amministrativo Spano evidenziò come non soltanto gli stessi non vi sarebbero stati per la proverbiale disciplina comunista, ma che la proposta si inseriva nella prospettiva di fornire un simile servizio anche ad altri congressi di partito. La decisione di concedere l'Aula Magna (corredata dai ringraziamenti di Togliatti nella seduta del 23 febbraio 1946) evidenzia come la stessa sia stata iterata nei confronti delle richieste della DC, dei liberali e del Partito d'Azione nel 1946, mentre i socialisti lo fecero nel 1947.

Lo *Studium Urbis* partecipava alla ricostruzione dell'ordinamento democratico con i suoi docenti nelle commissioni di consulenza o rappresentative e forniva le sue strutture per le assemblee di massa. Ma era anche condizionata dal mutamento di prospettiva. Due casi sono esemplari e evidenziano la riconquista dello *Studium Urbis* da parte della Chiesa cattolica.

Il primo è la contrastata vicenda della riammissione in servizio di Ernesto Buonaiuti, contrastata; il secondo la costruzione della Cappella della Divina Sapienza che sostituisce il simbolo della religiosità fascista costituito dal Quadriportico dei caduti. Buonaiuti non soltanto non riuscirà a rientrare in servizio per la docenza, ma a lui verrà anche impedito di tenere un seminario organizzato nei locali concessi dal Rettore nella Facoltà di Giurisprudenza, scatenando una severa reprimenda di Arturo C. Jemolo su "La voce repubblicana".

Il secondo episodio esemplare è rappresentato dalla costruzione della Cappella della Divina Sapienza, progettata dallo stesso Piacentini nel corso del 1944, al posto del Quadriportico degli eroi. Essa risulta frutto di una specifica Convenzione tra Pio XII e il Cerur che, nell'atto di stipula, coinvolge il principe Pacelli e Monsignor Montini da un lato e Caronia e Vittorio Emanuele Orlando dall'altro, mentre sono incorso le trattative sull'art. 7 della Costituzione tra il 1946 e il 1947. È significativo che i lavori della Cappella

inizieranno, inoltre, dopo il 18 aprile 1948 e termineranno con l'inaugurazione durante l'anno santo del 1950

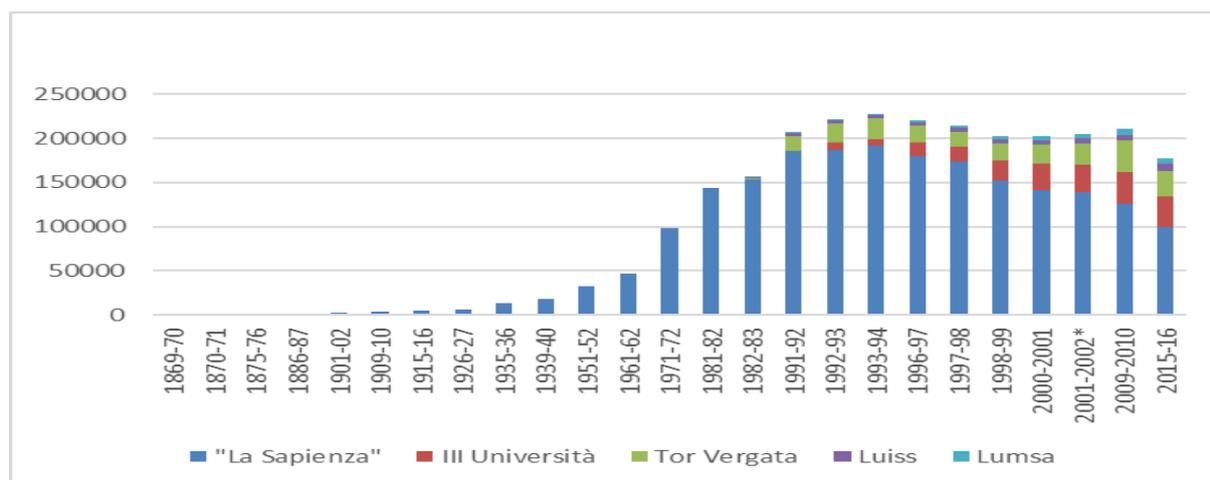
Il Convegno Elia ha certificato come proprio in quel periodo si stessero per laureare i protagonisti della storia successiva dello Studium Urbis e che nel proseguo fortificarà la presenza cattolica in ateneo. La funzione nazionale dello stesso veniva continuata in ambito pluralistico in una sedimentazione personale e strutturale complessa che non è il caso di approfondire in questa sede. Dal punto di vista della classe dirigente e del rapporto tra Università e ceto politico continua dopo la Costituente il rapporto privilegiato con l'università romana, mentre il periodo bellico e l'aumento della popolazione studentesca mettono in evidenza l'inaspettata insufficienza delle strutture edilizie, che verranno sviluppate negli anni Cinquanta e Sessanta con l'integrazione intensa nel tessuto piacentiniano di nuovi edifici. Lo *Studium Urbis* si preparava a divenire la più grande università d'Europa, ma anche un grande problema italiano.

I-Appendice

a-Tabelle

Tab 1 Roma-Dinamica studenti universitari dal 1869 al 2015

| Anno Acc. | "La Sapienza" | III Università | Tor Vergata | Luiss | Lumsa | Totale |
|-----------|---------------|----------------|-------------|-------|-------|---------|
| 1869-70 | 1012 | | | | | 1012 |
| 1870-71 | 814 | | | | | 814 |
| 1875-76 | 519 | | | | | 519 |
| 1886-87 | 1416 | | | | | 1416 |
| 1901-02 | 2801 | | | | | 2801 |
| 1909-10 | 3958 | | | | | 3958 |
| 1915-16 | 4334 | | | | | 4334 |
| 1926-27 | 5.787 | | | | | 5.787 |
| 1935-36 | 13.037 | | | | | 13.037 |
| 1939-40 | 17.838 | | | | | 17.838 |
| 1951-52 | 31.961 | | | | | 31.961 |
| 1961-62 | 46.470 | | | | | 46.470 |
| 1971-72 | 97.685 | | | | | 97.685 |
| 1981-82 | 144.054 | | | | | 144.054 |
| 1982-83 | 153.379 | | 819 | 1.825 | 969 | 156.992 |
| 1991-92 | 185.258 | | 17.298 | 3.740 | 762 | 207.058 |
| 1992-93 | 187.013 | 8.077 | 21.268 | 3.757 | 922 | 221.037 |
| 1993-94 | 191.819 | 6.699 | 24.544 | 3.982 | 969 | 228.013 |
| 1996-97 | 179.575 | 16.317 | 18.199 | 4.439 | 1.915 | 220.445 |
| 1997-98 | 173.464 | 17.498 | 16.515 | 4.590 | 2.787 | 214.854 |
| 1998-99 | 152.624 | 22.921 | 18.297 | 4.814 | 3.340 | 201.996 |
| 2000-01 | 141.488 | 29.326 | 21.551 | 5.036 | 4.801 | 202.202 |
| 2001-02 | 138.948 | 31.463 | 24.037 | 5.234 | 5.631 | 205.313 |
| 2009-10 | 126.374 | 35.304 | 35.454 | 7.050 | 6.774 | 210.956 |
| 2015-16 | 99727 | 33975 | 29687 | 8108 | 5923 | 177.420 |



Graf. 1-Studenti università romane dal 1869 al 2015

Tab. 2 (a e b): Sviluppo studenti, docenti Roma Italia 1910, 1939, 1946

Tab.2, a – Sviluppo studenti e docenti Roma Italia

| Anno | (a) stud. Roma | (b) stud. Ita | (c) prof. Roma | (d) prof. Ita | Impiegati | Tecnici/bidelli |
|------|----------------|---------------|----------------|---------------|-----------|-----------------|
| 1910 | 3958 | 36614 | 160 | 1255 | 18 | 151 |
| 1939 | 17838 | 85535 | 346 | 1417 | 89 | 326 |
| 1946 | 39500 | 190799 | 450 | 1451 | 211 | 125 |

Tab. 2, b – Roma – Italia – Studenti e Docenti (n.i. 1910=100)

| Anno | (a) Stud. Roma | (b) Stud. Italia | (c) Prof. Roma | (d) Prof. Italia |
|------|----------------|------------------|----------------|------------------|
| 1910 | 100 | 100 | 100 | 100 |
| 1939 | 548 | 234 | 216 | 113 |
| 1946 | 1212 | 521 | 281 | 115 |

Tab. 3 – Tasso di politicITÀ di alcune facoltà dello Studium Urbis dal 1936 al 1971

| % | 1936 | 1943 | 1945 | 1949 | 1956 | 1964 | 1971 |
|-------------------|------|------|------|------|------|------|------|
| Giurisprudenza | 32 | 33,3 | 17,9 | 14 | 13,3 | 24,4 | 14,3 |
| Scienze Politiche | 31 | 27,6 | 0 | 28 | 10 | 15,4 | 9,6 |
| Economia | 3 | 5,6 | 3,6 | 3,4 | 10 | 13 | 7,7 |

Tab. 4 – Roma – Italia – Sviluppo popolazione (numeri indici 1871 =100)

| Anno | / 000 | n.i. | /000 | n.i. |
|------|-------|------|--------|------|
| 1871 | 212 | 100 | 22.176 | 100 |
| 1881 | 274 | 129 | 28951 | 131 |
| 1901 | 422 | 199 | 32963 | 149 |
| 1911 | 519 | 245 | 35841 | 162 |
| 1921 | 560 | 264 | 39842 | 180 |
| 1931 | 931 | 439 | 41043 | 185 |
| 1936 | 1150 | 542 | 42398 | 191 |
| 1951 | 1651 | 779 | 47515 | 214 |
| 1961 | 2188 | 1032 | 50624 | 228 |
| 1971 | 2787 | 1315 | 54137 | 244 |
| 1981 | 2840 | 1340 | 56557 | 255 |
| 1991 | 2775 | 1309 | 56778 | 256 |
| 2001 | 2664 | 1257 | 56996 | 257 |
| 2011 | 2617 | 1234 | 59434 | 268 |

Tab.5-Ministri della Pubblica istruzione dal 1861 al 2011

Ministri Pubblica Istruzione dal 1861 al 2011

I Ministri della Pubblica Istruzione dal 1870 al 2001

Università di Roma

| Ministro | Mandato | Governo |
|---------------------------|---|------------------------|
| | <i>Ministero della Pubblica Istruzione(1)</i> | |
| Ruggiero Bonghi | 27 settembre 1874 - 20 novembre 1876 | Governo Minghetti |
| Guido Baccelli | 2 gennaio 1881 - 29 maggio 1881 | Governo Depretis |
| Guido Baccelli | 29 maggio 1881 - 25 maggio 1883 | Governo Depretis IV |
| Guido Baccelli | 25 maggio 1883 - 30 marzo 1884 | Governo Depretis V |
| Guido Baccelli | 15 dicembre 1893 - 10 marzo 1896 | Governo Crispi III |
| Luigi Cremona | 1 giugno 1898 - 29 giugno 1898 | Governo Starrabba V |
| Guido Baccelli | 29 giugno 1898 - 14 maggio 1899 | Governo Pelloux I |
| Guido Baccelli | 14 maggio 1899 - 24 giugno 1900 | Governo Pelloux II |
| Vittorio Emanuele Orlando | 3 settembre 1903 - 12 marzo 1905 | Governo Giolitti II |
| Vittorio Emanuele Orlando | 12 marzo 1905 - 27 marzo 1905 | Governo Tittoni |
| Luigi Credaro | 31 marzo 1910 - 29 marzo 1911 | Governo Luzzatti |
| Luigi Credaro | 29 marzo 1911 - 19 marzo 1914 | Governo Giolitti IV |
| Pietro Chimienti | 16 settembre 1919 - 14 marzo 1920 | Governo Nitti |
| Orso Mario Corbino | 4 luglio 1921 - 22 febbraio 1922 | Governo Bonomi I |
| Giovanni Gentile | 30 ottobre 1922 - 1 luglio 1924 | Governo Mussolini |
| Pietro Fedele | 5 gennaio 1925 - 9 luglio 1928 | Governo Mussolini |
| Balbino Giuliano | 12 settembre 1929 - 20 luglio 1932 | Governo Mussolini |
| Giuseppe Bottai | 15 novembre 1936 - 5 febbraio 1943 | Governo Mussolini |
| Guido De Ruggiero | 18 giugno 1944 - 10 dicembre 1944 | Governo Bonomi II |
| Vincenzo Arangio Ruiz | 12 dicembre 1944 - 19 giugno 1945 | Governo Bonomi III |
| Vincenzo Arangio Ruiz | 21 giugno 1945 - 8 dicembre 1945 | Governo Parri |
| Guido Gonella (DC) | 13 luglio 1946 - 28 gennaio 1947 | Governo De Gasperi II |
| Guido Gonella (DC) | 2 febbraio 1947 - 31 maggio 1947 | Governo De Gasperi III |
| Guido Gonella (DC) | 31 maggio 1947 - 23 maggio 1948 | Governo De Gasperi IV |
| Guido Gonella (DC) | 23 maggio 1948 - 14 gennaio 1950 | Governo De Gasperi V |
| Guido Gonella (DC) | 27 gennaio 1950 - 19 luglio 1951 | Governo De Gasperi VI |
| Antonio Segni (DC) | 26 luglio 1951 - 7 luglio 1953 | Governo De Gasperi VII |
| Antonio Segni (DC) | 17 agosto 1953 - 12 gennaio 1954 | Governo Pella |
| Egidio Tosato (DC) | 18 gennaio 1954 - 8 febbraio 1954 | Governo Fanfani I |
| Gaetano Martino (PLI) | 10 febbraio 1954 - 19 settembre 1954 | Governo Scelba |
| Aldo Moro (DC) | 19 maggio 1957 - 1 luglio 1958 | Governo Zoli |
| Aldo Moro (DC) | 1 luglio 1958 - 15 febbraio 1959 | Governo Fanfani II |
| Giuseppe Medici (DC) | 15 febbraio 1959 - 23 marzo 1960 | Governo Segni II |
| Giuseppe Medici (DC) | 25 marzo 1960 - 26 luglio 1960 | Governo Tambroni |
| Giacinto Bosco (DC) | 26 luglio 1960 - 21 febbraio 1962 | Governo Fanfani III |
| Salvatore Valitutti (PLI) | 4 agosto 1979 - 4 aprile 1980 | Governo Cossiga I |
| Sergio Mattarella (DC) | 22 luglio 1989 - 27 luglio 1990 | Governo Andreotti VI |
| Francesco D'Onofrio (CCD) | 10 maggio 1994 - 17 gennaio 1995 | Governo Berlusconi I |
| Tullio De Mauro (tecnico) | 25 aprile 2000 - 11 giugno 2001 | Governo Amato II |

(1) Dal 1929 al 1943 il Ministero cambia nome in "Ministero dell'Educazione Nazionale"; nel 2001 il ministero viene accorpato nel Ministro dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, in ottemperanza al D. Lgs. n. 300/1999, relativo alla Riforma Bassanini, dal Governo Berlusconi II; l'accorpamento di cui il MIUR era risultato viene abolito dal Governo Prodi II, per cui torna ad esistere il Ministero della Pubblica Istruzione; nel 2008 il ministero è stato nuovamente accorpato nel Ministro dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca,

dal Governo Berlusconi IV, ai sensi della legge n. 247/2007 (versione della Riforma Bassanini).

2. FILMATI ⁽¹¹⁵⁾

1) Istituto Luce - architettura fascista - Roma Città Universitaria (fonte: <https://www.youtube.com/watch?v=FOgat4r6ETQ>) (slide n. 43)

2) Giornale Luce B0756 25/09/1935 Roma. Panoramiche della città universitaria.(fonte: http://www.archiviolute.com/archivio/indice.jsp?content_2=http%3A%2F%2Fwww.archiviolute.com%2Farchivio%2Fjsp%2Fschede%2FschedaCine.jsp%3Fdb%3DcinematograficoCINEGIORNALI%26section%3D%2F%26physDoc%3D9409%26theTerm%3Dsapienza%2Buniversit%25E0%2Broma%2B1935%26qrId%3D3se6416142831340%26findCine%3Dtrue%26findFoto%3Dtrue) (slide n. 44)

3) Giornale Luce B0776 06/11/1935 Roma. Mussolini inaugura la città universitaria. Una compagnia di studenti volontari per l'Africa Orientale presenta le armi a Mussolini. Viene inaugurato anche il monumento alla memoria degli studenti romani caduti in guerra. (fonte: <http://www.archiviolute.com/archivio/jsp/schede/videoPlayer.jsp?tipologia=&id=&physDoc=11057&db=cine matograficoCINEGIORNALI&findIt=false§ion=/>) (slide n. 45)

4) Giornale Luce B0991 18/11/1936 Roma. Il Rettore della città universitaria di Roma, De Francisci, inaugura l'anno accademico. (fonte: <http://www.archiviolute.com/archivio/jsp/schede/videoPlayer.jsp?tipologia=&id=&physDoc=13020&db=cine matograficoCINEGIORNALI&findIt=false§ion=/>) (slide n. 46)

5) Giornale Luce B1203 18/11/1937 Roma. La consegna delle M d'oro ai Littori della Cultura, dell'Arte e dello Sport presso la Città Universitaria. (fonte: <http://www.archiviolute.com/archivio/jsp/schede/vi>

¹¹⁵ Il filmato n. 1 è stato tratto dal seguente sito: <https://www.youtube.com/watch?v=FOgat4r6ETQ>. I filmati dal n. 2 al n. 11 sono stati tratti dal seguente sito: <http://www.archiviolute.com/archivio/>

[deoPlayer.jsp?tipologia=&id=&physDoc=14964&db=cinematograficoCINEGIORNALI&findIt=false§ion=/](http://www.archivioluca.com/archivio/jsp/schede/videoPlayer.jsp?tipologia=&id=&physDoc=14964&db=cinematograficoCINEGIORNALI&findIt=false§ion=/)) (slide n. 47)

6) **Giornale Luce B1622 22/11/1939 Italia: Roma.**

Il rettore inaugura l'anno accademico dopo aver depresso una corona d'alloro al monumento eretto in memoria degli universitari della legione Benito Mussolini morti in Africa e Spagna. Muti consegna tessere del Guf ad honorem alle famiglie dei caduti, premia i vincitori dei Littoriali.

<http://www.archivioluca.com/archivio/jsp/schede/videoPlayer.jsp?tipologia=&id=&physDoc=18366&db=cinematograficoCINEGIORNALI&findIt=false§ion=/>

7) **Giornale Luce C0092 15/11/1940 Cultura e leggi fasciste.**

"L'inaugurazione del nuovo Anno Accademico. La consegna del gagliardetto agli uditori giudiziari partecipanti al corso di preparazione fascista"

<http://www.archivioluca.com/archivio/jsp/schede/videoPlayer.jsp?tipologia=&id=&physDoc=19300&db=cinematograficoCINEGIORNALI&findIt=false§ion=/>

8) **Giornale Luce C0299 23/11/1942 Anno Accademico. "L'inaugurazione dell'anno accademico con la presenza degli studenti mutilati"** (fonte:

<http://www.archivioluca.com/archivio/jsp/schede/videoPlayer.jsp?tipologia=&id=&physDoc=20310&db=cinematograficoCINEGIORNALI&findIt=false§ion=/>) (slide n. 48)

9) **Giornale Luce C0367/1 s.d. Bombardamento di Roma. L'attacco su Roma sferrato dagli Anglo-americani** (fonte:

<http://www.archivioluca.com/archivio/jsp/schede/videoPlayer.jsp?tipologia=&id=&physDoc=20591&db=cinematograficoCINEGIORNALI&findIt=false§ion=/>) (slide n. 49)

10) **Notiziario Nuova Luce NL010 1946 Roma. Aula Magna dell'Università La Sapienza: congresso della DC** (fonte:

<http://www.archivioluca.com/archivio/jsp/schede/videoPlayer.jsp?tipologia=&id=&physDoc=22306&db=cinematograficoCINEGIORNALI&findIt=false§ion=/>) (slide n. 50)

11) **La Settimana Incom 00082**

Annale 2017 della Rivista "Nomos. Le attualità nel diritto"

01/10/1947

Vita dei partiti. Congresso dell'Uomo Qualunque.

2° Congresso nazionale del Fronte dell'Uomo Qualunque a Roma

<http://www.archivioluca.com/archivio/jsp/schede/videoPlayer.jsp?tipologia=&id=&physDoc=23685&db=cinematograficoCINEGIORNALI&findIt=false§ion=/>

12) La Settimana Incom 00197 13/10/1948 Città universitaria di Roma: nasce la Cappella della "Divina Sapienza". Pio XII regala all'Università di Roma la nuova cappella, che sorgerà all'interno della città universitaria.
(fonte:

<http://www.archivioluca.com/archivio/jsp/schede/videoPlayer.jsp?tipologia=&id=&physDoc=24499&db=cinematograficoCINEGIORNALI&findIt=false§ion=/>) (slide n. 51)

13) La Settimana Incom 00216 25/11/1948 Vita universitaria: apertura dell'anno accademico. Roma: festa goliardica per l'apertura dell'Anno Accademico; presenti tra gli studenti anche Bonomi e Gronchi. (fonte:

<http://www.archivioluca.com/archivio/jsp/schede/videoPlayer.jsp?tipologia=&id=&physDoc=24639&db=cinematograficoCINEGIORNALI&findIt=false§ion=/>) (slide n. 52)

14) La Settimana Incom 00363

09/11/1949 Roma. Il congresso della L.C.G.I.L. Primo Congresso della Libera confederazione generale italiana dei lavoratori. (fonte:

<http://www.archivioluca.com/archivio/jsp/schede/videoPlayer.jsp?tipologia=&id=&physDoc=25637&db=cinematograficoCINEGIORNALI&findIt=false§ion=/>) (slide n. 53)

3. FOTO

1) Monumento ai Caduti a Sant'Ivo. Foto lastra fotografica in vetro conservata in Archivio Storico del patrimonio immobiliare universitario (slide n. 20)

2) Monumento ai Caduti a Sant'Ivo. In Università di Roma, Annuario per l'anno accademico 1920-21, Roma, Pallotta, 1921. (slide n. 21)

3) Roma. I solenni funerali di Alfredo Rocco. Da Giornale Luce B0742 04/09/1935 (slide n. 22)

- 4) Ibid. (slide n. 23)
- 5) Il Quadriportico. In *Architettura*, Annata XIV, 1935, fasc. spec., p. 5 (slide n. 24)
- 6) Il monumento ai Caduti. Da *Giornale Luce* B0991 18/11/1936 Roma. Il Rettore della città universitaria di Roma, De Francisci, inaugura l'anno accademico (slide n. 25)
- 7) Ibid. (slide n. 26)
- 8) Ibid. (slide n. 27)
- 9) Ibid. (slide n. 28)
- 10) Ibid. (slide n. 29)
- 11) Ibid. (slide n. 30)
- 12) Ibid. (slide n. 31)
- 13) Vedetta goliardica Foto conservata in Archivio Storico del patrimonio immobiliare universitario (slide n. 32)
- 14) Il vice-segretario del direttorio del PNF Vincenzo Zangara, accompagnato dal rettore De Francisci e da un gruppo di autorità, attraversa il piazzale della Minerva passando in rassegna uno schieramento di militi fascisti 10.11.1938. Da Archivio storico Istituto Luce (slide n. 33)
- 15) Pio XII visita quartieri bombardamenti 1943 in Archivio Storico del patrimonio immobiliare universitario (slide n. 34)
- 16) MARIA JOSÈ visita quartieri bombardamenti 1943 in Archivio Storico del patrimonio immobiliare universitario (slide n. 35)
- 17) Cappella UNIVERSITARIA DIVINA SAPIENZA (I). Da *Notiziario Nuova Luce* NL010 1946 Roma. Aula Magna dell'Università La Sapienza: congresso della DC (slide n. 36)
- 18) Cappella UNIVERSITARIA DIVINA SAPIENZA (II) (slide n. 37)
- 19) Foto INGRESSO DELLA FACOLTA' DI GIURISPRUDENZA (slide n. 38)
- 20) Foto ERNESTO BONAIUTI (slide n. 39)
- 21) Foto BALDASSARRE LABANCA (slide n. 40)

I-La Sapienza nel periodo 1935 – 1947(mappe e foto)

- Mappa città di Roma
- Monumento ai caduti a Sant'Ivo (I)
- Monumento ai caduti a Sant'Ivo (II)
- Addio a La Sapienza:i funerali di Alfredo Rocco (i)
- Funerali di Alfredo Rocco (II)
- Quadriportico 1935
- Il monumento ai caduti (I)
- Il monumento ai caduti (II)
- Monumento ai caduti con lapidi nominative
- Il monumento ai caduti (III)
- Il monumento ai caduti (IV)
- Il monumento ai caduti (V)
- Il monumento ai caduti (VI)
- Vedetta goliardica
- Il vice-segretario del direttorio del PNF Vincenzo Zangara, accompagnato dal rettore De Francisci e da un gruppo di autorità, attraversa il piazzale della Minerva passando in rassegna uno schieramento di militi fascisti 10.11.1938

V. E. Orlando costituente*

di Massimiliano Gregorio**

SOMMARIO. 1. Del perché si dovrebbe ritenere V.E. Orlando estraneo rispetto all'esperienza costituente; 3. Due validi argomenti a favore e un'ancora più valida obiezione; 4. Due concetti chiave, il diritto e il Parlamento, come possibili spiegazioni dell'apparente antinomia.

1. Del perché si dovrebbe ritenere V.E. Orlando estraneo rispetto all'esperienza costituente.

Sia consentito esordire con un'ovvietà: col ricordare cioè la complessità della figura di V.E. Orlando, figlia dei molti ruoli ricoperti (giuridici e politici¹¹⁶), della eccezionale longevità che gli permise di attraversare tutta la storia italiana dall'Unità alla democrazia e, cosa più importante, della straordinaria densità della sua riflessione giuridica. La considerazione è ovvia, ma non inutile. Non fosse altro perché consente di mettere a fuoco il tema della presente riflessione. Quella complessità, infatti, che sempre ispira ogni ricostruzione del pensiero e della vicenda intellettuale orlandiana, non sembra emergere con altrettanta evidenza nelle interpretazioni dell'ultimo Orlando, che appaiono generalmente schiacciate sull'immagine di un giurista estraneo al consesso costituente. Non si tratta ovviamente di un'interpretazione inesatta. In primo luogo perché furono altri – e non Orlando – i veri protagonisti della fase costituente. Ma soprattutto perché è lo stesso Maestro palermitano a descriversi sovente in quegli anni come un sopravvissuto, un uomo di un'altra epoca catapultato – suo malgrado – in un mondo completamente nuovo, che non riusciva a comprenderlo. Tuttavia, se questa ricostruzione non è inesatta, al tempo stesso non pare però nemmeno del tutto esaustiva. Di qui l'obiettivo di queste pagine: provare cioè a sfaccettare questa interpretazione, restituendo all'ultimo Orlando maggiore tridimensionalità. E per farlo non v'è modo migliore che analizzare l'ultimo tratto della sua parabola intellettuale proprio alla luce della straordinaria complessità del suo pensiero giuridico, delle molte tradizioni che lo innervarono e della grande capacità di Orlando di rielaborarle e ordinarle in un sistema coerente, ma non per questo privo di elasticità. È nelle pieghe di quel sistema, dunque, che vale la pena indagare, nel tentativo di restituire un'immagine più articolata dell'impegno costituente di V.E. Orlando.

* Contributo pubblicato previa accettazione del Comitato scientifico del Convegno. Relazione presentata al Convegno *I 'Costituenti' de 'La Sapienza'*, svoltosi il giorno 30 novembre 2017, presso il Rettorato – Aula degli Organi Collegiali, Università La Sapienza di Roma.

** Professore associato in Storia del diritto medievale e moderno presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Firenze.

¹¹⁶ Che tuttavia non si fronteggiano dicotomicamente. La tesi dell'«Orlando bifronte», insomma appare davvero un «luogo comune» da ripensare, come sottolinea recentemente anche Diego Quagliani: cfr. D. QUAGLIANI, *Il 'peccato politico' di V.E. Orlando*, in *I giuristi e il fascino del regime (1918-1925)* a cura di I. Birocchi e L. Loschiavo, Roma, RomaTrepress, 2015, p.383.

È impossibile, tuttavia, non muovere dalle considerazioni più evidenti, che nascono da una domanda non solo legittima ma addirittura scontata, ossia: cosa aveva a che fare Orlando con l'Assemblea costituente? La risposta è obbligata, e decisamente *tranchant*: assolutamente nulla. Anzi: la stessa espressione 'V.E. Orlando costituente' sembra rappresentare un ossimoro, una classica *contradictio in adiecto*. Perché per quanto ricco, sfaccettato e complesso sia il pensiero giuridico orlandiano, nulla risulta più distante da esso del concetto di potere costituente.

Tale concetto venne completamente espunto, come è noto, dalla superba costruzione tecnico-giuridica della *Rechtsstaatslehre* europea, di cui Orlando fu non già un banale importatore (come alcuni critici, anche coevi sostennero) ma invece un originalissimo interprete. Le teorie dello Stato di diritto presero infatti le mosse proprio dalla negazione di quel potere, minaccioso residuo delle velleità rivoluzionarie e dunque pericoloso elemento di destabilizzazione delle istituzioni statuali. Poiché la primaria esigenza del secolo XIX risultava essere proprio la costruzione di uno Stato forte e autorevole, e poiché tale scopo non poteva in alcun modo essere raggiunto considerando lo Stato medesimo come il prodotto della volontà dei consociati, la *Rechtsstaatslehre* ottocentesca ripiegò allora su un'idea di statualità marcatamente tautologica, ma sicuramente utile allo scopo: l'idea hegeliana cioè dello Stato fine a sé stesso, di uno Stato autolegittimantesi, di uno Stato che esiste perché è necessario, perché non può non esistere¹¹⁷.

Ma non meno estranea all'idea di potere costituente risultava anche l'altra grande tradizione che innervava profondamente il pensiero orlandiano: si fa riferimento allo storicismo, sia nella sua declinazione britannica, sia in quella germanica.

Per quanto concerne la prima, non c'è ovviamente bisogno di sottolineare come la costituzione storica inglese e la sua forma di governo saldamente forgiatasi nella temperie dei secoli rappresentassero per le esperienze costituzionali assai più giovani, quale quella italiana, un modello di riferimento imprescindibile, persino esageratamente stereotipato¹¹⁸ ed enfatizzato¹¹⁹. Ma Orlando fece dell'eredità britannica un utilizzo assai diverso e per nulla retorico. Egli vi attinse ad esempio nell'elaborazione della sua teoria del Governo di gabinetto che, se sotto il profilo della «doppia investitura» ministeriale risultava certamente debitrice rispetto alla tradizione del *King in Parliament*¹²⁰, nelle sue linee generali si ispirava

¹¹⁷ «Lo Stato [...] è la realtà della volontà sostanziale, [...] è il Razionale in sé e per sé. Ora questa unità sostanziale è autofinalità assoluta e immobile». Cfr. G. W. F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto* (1820), Milano, Bompiani, 2006, p.417.

¹¹⁸ Per un ragionamento più realistico e disincantato sul valore retorico del riferirsi al 'modello britannico' nella polemica politica italiana a cavallo tra Otto e Novecento, cfr. F. CAMMARANO, *Crisi politica e politica della crisi: Italia e Gran Bretagna 1880 – 1925*, in *Crisi, legittimazione, consenso*, a cura di P. Pombeni, Bologna, Il Mulino, 2003.

¹¹⁹ Ancora Cammarano riporta, al proposito, un aneddoto illuminante, in cui sottolinea l'ilarità spontanea della Camera dei Deputati di fronte all'ennesimo tentativo di Francesco Crispi di cominciare il proprio discorso citando l'Inghilterra (Cfr. F. CAMMARANO, *Il progresso moderato. Un'opposizione liberale nella svolta dell'Italia crispiana (1887 – 1892)*, Bologna, Il Mulino, 1990, pp.190-191, nota 85). Per il dibattito integrale, si cfr. *Atti Parlamentari, Camera, XVI legislatura, 18 maggio 1889, 3° sessione, discussione*.

¹²⁰ Secondo Orlando, infatti, la fonte di legittimazione dell'esecutivo non poteva essere unica, ma doveva necessariamente essere duplice: accanto ad un'investitura politica che proveniva dalla Camera dei rappresentanti, infatti, occorreva anche una seconda e più rilevante investitura – giacché era grazie ad essa che il Ministero riceveva un «fondamento giuridico» – che non poteva che essere monarchica (cfr. V.E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, Firenze, Barbera, II ed., 1890, pp. 206 e ss.). Sul principio della doppia investitura, si vedano inoltre: M. FIORAVANTI,

largamente al principio del *Government by discussion*. Del resto, se porre in equilibrio l'elemento monarchico con quello rappresentativo costituì la vera sfida per la riflessione giuspolitica ottocentesca, sottolineare la rilevanza del secondo non comportava alcun cedimento verso la sovranità popolare. Ad escludere drasticamente l'ipotesi, infatti, stava l'idea che il voto non comportasse alcun trasferimento di poteri. Il modo col quale Orlando sistematizzò la fattispecie dell'elettorato attivo lo rivela chiaramente: questo non si configurava affatto come l'esercizio di un diritto, ma piuttosto come l'adempimento di una pubblica funzione¹²¹. Coloro che votavano per la Camera dei deputati, cioè, non lo facevano in forza di un presunto diritto a vedere rappresentate le proprie opinioni, perché l'interesse da soddisfare attraverso il procedimento elettorale non era dell'elettore, ma dello Stato. Questo, valutando opportuna per la formazione di un suo organo costituzionale la procedura elettiva, incaricava infatti un più o meno largo settore della cittadinanza (non per nulla per accedere all'elettorato attivo erano richiesti alcuni requisiti in grado di attestare una «capacità elettorale»¹²²) di coadiuvarlo nella scelta. Quanto restava all'elettore, dunque, era semplicemente l'onere di scegliere i più adeguati, i più capaci a ricoprire l'incarico di deputato.

Quando Orlando, tuttavia, esprimeva nei suoi scritti – e lo fece a più riprese – la propria professione di appartenenza alla scuola storica del diritto¹²³, non era alla tradizione britannica che faceva riferimento. Egli alludeva piuttosto alla grande tradizione storicistica tedesca e a Savigny in particolare, dalla cui lezione trasse alcuni dei mattoni più importanti per la costruzione del suo personalissimo edificio teorico: a partire dal concetto stesso di diritto, per giungere al ruolo della scienza giuridica. Stupirà solo chi di Orlando ha maturato una visione stereotipatamente schiacciata su un gretto statualismo leggere, ad esempio, che per il grande giurista la funzione che il legislatore era chiamato ad assolvere non era quella «di creare ma di riconoscere il diritto»¹²⁴. Perché – continuava – «postulato fondamentale della scienza odierna è che il Diritto è manifestazione naturale e necessaria, così nelle sue origini che nel suo sviluppo, della vita di un popolo, come la lingua, come il pensiero, come l'indole generale di esso. Dalla coscienza popolare in cui il Diritto immediatamente riposa, esso si trasfonde e si elabora nella *scienza giuridica* sin che riceve la sanzione solenne dall'autorità dello Stato, e diventa *legge*»¹²⁵. La produzione giuridica, dunque, per Orlando non si esaurisce in un unico atto, ma scaturisce da un percorso che affonda le radici nella società per

Sovranità e forma di governo, in *La Costituzione italiana* a cura di M. Fioravanti e S. Guerrieri, Roma, Carocci Editore, 1999, nonché ID., *Costituzione, amministrazione e trasformazioni dello Stato* in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di A. Schiavone, Roma-Bari, Laterza, 1990.

¹²¹ Tale impostazione era già palese nella prima opera di Orlando: Cfr. V.E. ORLANDO, *Delle forme e delle forze politiche secondo H. Spencer* (1881), ora in ID., *Diritto pubblico generale. Scritti vari coordinati in sistema 1881-1940*, Milano, Giuffrè, 1954.

¹²² V.E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, cit., p.74.

¹²³ Un esempio su tutti: V.E. ORLANDO, *Stato e diritto (Ordinamento giuridico-Regola di diritto-Istituzione)*, in «Rivista di diritto pubblico», 1926, ora anche in ID., *Diritto pubblico generale*, cit.

¹²⁴ V.E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, cit., p.111. In corsivo nel testo.

¹²⁵ *Ibidem*. I corsivi sono ancora di Orlando.

concludersi nelle istituzioni, e nel quale il ruolo più importante viene svolto proprio dalla scienza giuridica, che funge da vera e propria levatrice del diritto¹²⁶.

Ed anche in questo caso, per tornare al nostro tema, non c'è bisogno di sottolineare quanta distanza intercorra tra questa interpretazione e il concetto di potere costituente. A quest'ultimo, figlio della vertigine di un potere autolegittimato e privo di vincoli, è coesistente infatti un'idea di diritto molto diversa: quella cioè che vede nell'ordinamento giuridico il prodotto di un atto razionale di posizione effettuato da una volontà politica.

2. Due validi argomenti a favore e un'ancor più valida obiezione

Sulla base delle considerazioni appena esposte, dunque, la conclusione più logica e ovvia da trarre sembra essere effettivamente quella dell'estraneità¹²⁷, se non addirittura dell'ostilità, di V.E. Orlando verso il percorso costituente. E a sostegno di questa tesi potremmo anche addurre almeno un paio di validi argomenti.

Il primo di essi è rappresentato dal giudizio di Orlando sulla Costituzione; un giudizio – come è noto – decisamente severo e fortemente critico verso quasi tutti i cruciali aspetti di novità che la carta repubblicana introdusse, sia nella sua prima parte, sia nella seconda. Quanto alla prima, buona parte dei rilievi critici mossi dal Maestro palermitano si appuntarono sulla scarsità, quando non addirittura sulla totale assenza di giuridicità delle disposizioni. Esempio, al proposito, risulta l'*incipit* dell'emendamento presentato da Orlando per eliminare l'intero Titolo II (Rapporti etico-sociali) dal progetto di costituzione, che recitava, con lapidaria chiarezza: «L'Assemblea, ritenendo che tutti gli Articoli del Titolo II (dal 23 al 29) non debbano essere inseriti in una Carta Costituzionale [...] perché mancano di un effettivo contenuto normativo...»¹²⁸. La questione problematica è nota: siamo di fronte al grande tema della giuridicità delle disposizioni della carta, soprattutto di quelle aventi natura più schiettamente programmatica, che sarà oggetto negli anni seguenti di un approfondito e vivace dibattito dottrinale, alimentato dall'arcinota sentenza della Cassazione (sent. SS.UU. penali del 7 febbraio 1948) che distingueva le norme costituzionali in direttive e precettive¹²⁹. Sul tema Orlando aveva tuttavia già le idee piuttosto chiare e non esitò quindi ad ammonire i suoi colleghi ricordando loro che: «positivamente, una Costituzione è una legge (la qual cosa, mi pare, spesso si è dimenticata nella discussione di questa nostra Assemblea), una legge – dico – sia pure di un ordine superiore, sia pure una superlegge; ma è sempre una legge. Ebbene: una legge deve avere per contenuto un

¹²⁶ Lo conferma l'utilizzo che fa Orlando dell'avverbio «immediatamente» riferito al momento in cui il diritto nasce nella coscienza popolare. Il significato dell'avverbio è letterale: sta cioè ad indicare che il diritto nasce senza bisogno di alcuna mediazione. Questa risulta invece necessaria nella fase successiva, quando il diritto, rielaborato e sistematizzato per mano della scienza giuridica, prende la forma indispensabile per essere poi consegnato al legislatore.

¹²⁷ Di un «straneo in Assemblea costituente» scrive ancora recentemente F. PIZZOLATO, *Orlando all'Assemblea costituente*, in «Rivista AIC», 3/2016, p.1 (scaricabile liberamente dal sito: <http://www.rivistaaic.it/orlando-all-assemblea-constituente.html>).

¹²⁸ *Atti dell'Assemblea Costituente*, seduta del 23 aprile 1947, p.3239.

¹²⁹ Per una ricostruzione di quel dibattito, sia consentito rimandare a M. GREGORIO, *Quale Costituzione? Le interpretazioni della giuspubblicistica nell'immediato dopoguerra*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XXXV (2006), pp.849 e ss.

comando»¹³⁰. E se la prima parte della Costituzione, infarcita di norme programmatiche, induceva Orlando ad esprimere dubbi sulla sua giuridicità, la seconda, quella destinata a disciplinare i rapporti tra gli organi costituzionali, lo convinceva ancora meno e lo preoccupava molto di più. I profili di criticità erano a suo avviso molteplici. A partire dalla forma di governo (tema sul quale Orlando tornò, qualche anno dopo, anche con un saggio¹³¹), che gli appariva assolutamente indefinita. Nel commentare il complessivo progetto di Costituzione nella seduta del 10 marzo 1947, preso atto che la Seconda sottocommissione aveva optato per una forma di governo parlamentare corretta tuttavia da idonee misure volte ad evitare le degenerazioni del parlamentarismo e a garantire la stabilità del governo, Orlando esclamava: «Ora, signori, o il tecnicismo che mi avete attribuito fallisce in pieno, o è giusto questo che devo dirvi, cioè che l'ordinamento che sorgerebbe da questa Costituzione, così come è scritta, non sarebbe una forma parlamentare [...], meno che mai poi sarebbe rafforzato il potere esecutivo»¹³². E ancora peggiore era la soluzione adottata per disciplinare la figura del Presidente della Repubblica, che egli criticò duramente (in un aspro confronto col Presidente della Commissione dei 75 Meuccio Ruini¹³³: la celebre diatriba sui due piloni) perché lo riteneva completamente esautorato, privato cioè di poteri veri e propri e, conseguentemente, anche della sua dignità costituzionale; un «*fainéant*, un fannullone»¹³⁴ lo ebbe ironicamente a definire. Ma Orlando criticò severamente anche l'istituzione della Corte Costituzionale che gli appariva, da un lato, priva di una vera e propria funzione («È inutile farsi delle illusioni. L'autorità ad un istituto non viene da una definizione, da un conferimento astratto di poteri: deve avere radice nella istituzione stessa, o per la forza politica che rappresenta o per la tradizione che si è venuta formando. Or, tali condizioni mancano totalmente in questa futura Corte»¹³⁵) e, dall'altro, come uno degli istituti previsti dalla nuova carta che risultavano strutturalmente «incompatibili con il sistema parlamentare»¹³⁶. Forma di governo, Capo dello Stato, Corte Costituzionale; e l'elenco potrebbe continuare, magari ricordando la diffidenza orlandiana verso il riconoscimento di un ruolo costituzionale ai partiti politici. Diffidenza antica, peraltro: sorta con gli avvenimenti che seguirono l'approvazione della legge elettorale proporzionale del 1919, culminò probabilmente col suo celeberrimo discorso alla Camera del novembre 1924, quando – riferendosi al Pnf ma ponendo la questione in termini assai più generali – stigmatizzava l'intrusione nel cuore delle istituzioni di «questo *quid*, imprecisato e imprecisabile, che si chiama partito»¹³⁷. E nel secondo dopoguerra le cose non dovettero affatto sembrargli più chiare, visto che tornò sul tema con quello che fu il suo ultimo scritto,

¹³⁰ Ibidem.

¹³¹ V.E. ORLANDO, *Studio intorno alla forma di governo vigente in Italia secondo la Costituzione del 1948*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», I, 1951 ora in *Costituzione criticata*, a cura di F. Gentile e P.G. Grasso, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1999.

¹³² *Atti dell'Assemblea Costituente*, seduta del 10 marzo 1947, p.1933.

¹³³ Cfr. *Atti dell'Assemblea Costituente*, seduta del 23 ottobre 1947.

¹³⁴ *Atti dell'Assemblea Costituente*, seduta del 10 marzo 1947, p.1937.

¹³⁵ Ivi, p. 1939.

¹³⁶ V.E. ORLANDO, *Studio intorno alla forma di governo*, cit., p.126.

¹³⁷ V.E. ORLANDO, *Contro il fascismo ovvero esame di una crisi di coscienza. Discorso tenuto alla Camera dei Deputati nella seduta del 22 novembre 1924*, ora in ID., *Discorsi parlamentari*, Roma, Tipografia della Camera dei Deputati, 1965, vol. IV, p. 1574.

rimasto incompiuto a causa della morte, col quale si proponeva di offrire una ricostruzione giuridica del ruolo dei partiti, che ad Orlando tuttavia continuava ad apparire essenzialmente privatistica e nient'affatto pubblicistica¹³⁸.

Rispetto a tutta questa abbondante messe di critiche è peraltro possibile individuare un comune denominatore, un'obiezione di carattere generalissimo che riguardava proprio il principale presupposto del potere costituente, ossia la pretesa razionalistica di determinare a tavolino gli assetti dell'ordinamento giuridico. A più riprese Orlando sottolineò infatti che il diritto non andava concepito «come una imposizione dall'esterno, ma come un qualche cosa di organico che si sviluppa da sé»¹³⁹; e ciò valeva naturalmente anche per le costituzioni, giacché queste «le fanno assai più il costume, assai più la maniera della loro attuazione, anziché la fredda relazione degli articoli»¹⁴⁰.

Ma vi è anche un secondo argomento, non meno fondato, che possiamo addurre per sostenere la tesi dell'estraneità di Orlando rispetto al consesso costituente; e ce lo fornisce egli stesso tornando, nella sua produzione di quegli anni, su un tema ricorrente: quello cioè del trapasso epocale da un'era – la sua – ad un'altra completamente nuova ed alla prima per larga parte estranea. Orlando, che pure nell'estate del 1943 era tornato al centro dell'attenzione politica durante gli eventi che avevano condotto alla destituzione di Mussolini¹⁴¹, dopo la Liberazione sembra aver definitivamente abbandonato ogni seria speranza di poter riallacciare, caduto il fascismo, il filo che il regime aveva interrotto nel 1922. Di qui la sua attitudine a presentarsi, già nei suoi interventi alla neonata Consulta nazionale, come «un vecchio rappresentativo di un'altra età, di un altro mondo, di un'altra storia»¹⁴². Oppure, dichiarando addirittura di parlare – siamo nelle ultimissime sedute dell'Assemblea Costituente – «meno come un collega, che come un antenato»¹⁴³. Questo suo costante richiamo all'età senile, che in realtà finiva per esaltare ancora di più la straordinaria lucidità dell'eloquio e del pensiero, rappresentava per certi versi anche un vezzo retorico. Ma appare soprattutto una testimonianza ulteriore della straordinaria capacità di Orlando di interpretare il presente alla luce della sua evoluzione storica. Forse soltanto Costantino Mortati, pur da posizioni radicalmente opposte, dimostrò una consapevolezza altrettanto chiara della frattura epocale che le costituzioni del secondo dopoguerra stavano tracciando, nel decretare la fine dell'antico *Rechtsstaat* ottocentesco per inaugurare l'epifania di uno Stato di tipo nuovo¹⁴⁴.

¹³⁸ V.E. ORLANDO, *Sui partiti politici. Saggio di una sistemazione scientifica e metodica*, in *Studi di sociologia e politica in onore di L. Sturzo*, Bologna, Zanichelli, 1953.

¹³⁹ V.E. ORLANDO, *L'augurio del vecchio statista alla nuova Italia democratica. Discorso tenuto all'Assemblea Costituente nella seduta pomeridiana del 22 dicembre 1947*, ora in ID., *Discorsi parlamentari*, cit., vol. IV, p. 1736.

¹⁴⁰ *Atti dell'Assemblea Costituente*, seduta del 10 marzo 1947, p.1932.

¹⁴¹ È noto come soprattutto Grandi vedesse in Orlando una valida soluzione per il dopo Mussolini, giacché il Presidente del Consiglio che aveva condotto l'Italia alla vittoria nella Grande guerra poteva garantire l'autorevolezza necessaria ad un Ministero di unità nazionale che avrebbe permesso all'ala dissidente del fascismo di svincolare i propri destini da quelli di Mussolini e ricostruirsi così un'immagine maggiormente presentabile.

¹⁴² V.E. ORLANDO, *Da un'epoca a un'altra. Discorso pronunciato alla Consulta nazionale nella seduta pomeridiana del 9 marzo 1946*, ora in ID., *Discorsi Parlamentari*, cit., vol. IV, p. 1587.

¹⁴³ V.E. ORLANDO, *L'augurio del vecchio statista alla nuova Italia democratica*, cit., p. 1734.

¹⁴⁴ Sul punto si rimanda al bel contributo di Maurizio Fioravanti: M. FIORAVANTI, *Costantino Mortati: uno Stato «di tipo nuovo»*, in «Nomos», 3/2013.

Questa rottura epocale, questa «rivoluzione mondiale»¹⁴⁵, incombe sullo sfondo anche della prolusione che segna il suo ritorno all'insegnamento nell'Ateneo romano, pronunciata nel dicembre 1948. Il tema, la crisi del diritto internazionale, può apparire forse un po' sghembo rispetto ai tradizionali interessi di ricerca del grande giurista, ma addentrandosi nella lettura di quella lezione solenne, ogni dubbio circa la pertinenza delle sue osservazioni si dirada. La raffigurazione millenaristica, se non – per stessa ammissione dell'oratore – addirittura «apocalittica»¹⁴⁶ dei tempi presenti è sempre descritta in un'ottica di comparazione diacronica e sincronica al tempo stesso, con la quale Orlando non rinuncia mai né a ripercorrere le tappe storiche che avevano condotto ad un certo assetto nell'ordine internazionale, né a sottolineare come quest'ultimo fosse intimamente dipendente (quando non addirittura direttamente originato) dalle trasformazioni degli equilibri del diritto pubblico interno. E così la crisi del diritto internazionale si spiegava non tanto e non solo col fatto che non erano più i Re a stipulare gli accordi e garantirne, con il valore sacrale della onorabilità della parola del Sovrano, il rispetto. Ma pareva soprattutto legata alla crisi stessa dello Stato nazionale che, in quel secondo dopoguerra, dopo aver perso il proprio attributo fondamentale – ossia la sovranità – sul piano del diritto pubblico interno, vedeva quello stesso attributo minacciato anche sul piano esterno. E in quel frangente scandito da enormi rivolgimenti, Orlando, che dello Stato nazionale era sempre stato orgoglioso sostenitore, non dubitò per un attimo sulla posizione da tenere. Lo dichiarò con enfasi, nel marzo del 1947, quando l'Assemblea costituente gli tributò il grande onore di celebrare il cinquantesimo anniversario del suo primo discorso parlamentare. Orlando si emoziona e al tempo stesso si sottrae; invita i Deputati a considerare quella celebrazione non come un'onorificenza personale, ma come un onore reso al Parlamento, per il tramite del suo più vecchio esponente, e quindi ad intenderlo «come una specie di ponte che colleghi il vecchio Parlamento con il nuovo e con i futuri». E prosegue: «Io inauguro il ponte oggi; lo inauguro, ma per restare al di qua, con i miei morti [...] che mi aspettano»¹⁴⁷.

Tutto dunque sembrerebbe confermare la tesi di un V.E. Orlando fuori luogo, fuori posto, estraneo al consesso costituente, persino le parole del diretto interessato. C'è un però, tuttavia, che giustifica l'uso del condizionale. Perché nonostante tutto quanto si è ricordato finora, l'impressione complessiva che si ricava dalla lettura degli interventi di Orlando alla Costituente è di tutt'altro tenore.

Anzitutto, perché Orlando non si dimostrò affatto sordo al mutare dei tempi, come in fin dei conti dimostra la sua stessa partecipazione al percorso costituente. È vero che egli amava sottolineare la sua appartenenza ad un'altra epoca, ma il suo atteggiamento di fronte a quanto di nuovo stava emergendo dal ventre profondo della società non apparve mai di chiusura, bensì – al contrario – di vivo e autentico interesse. Le stesse critiche che egli mosse alle norme cosiddette programmatiche della prima parte della Costituzione, si appuntavano sul senso giuridico di una loro collocazione nell'articolato costituzionale, muovevano cioè

¹⁴⁵ E non può non fare impressione la parola «rivoluzione» pronunciata da Orlando: cfr. V.E. ORLANDO, *La crisi del diritto internazionale* (1948), ora in «Nomos», 1/2014, p.3

¹⁴⁶ Ibidem.

¹⁴⁷ *Atti dell'Assemblea Costituente*, seduta del 21 marzo 1947, p.2310.

dalla difesa di una certa idea di costituzione; ma mai spinsero Orlando a mettere in dubbio o peggio a biasimare quella potente richiesta di maggiore socialità che le animava, nemmeno quando questa irruppe fragorosamente all'interno della sfera delicatissima dei diritti individuali.

Soprattutto, però, della complessiva partecipazione di Orlando ai lavori dell'Assemblea costituente colpisce l'atteggiamento marcatamente propositivo. Egli non risultò mai un teorico pedante, né tantomeno si accontentò di recitare il ruolo della Cassandra. Al contrario, si calò nella realtà politica che sottostava alle scelte costituenti con grande passione e competenza, riuscendo a tenere insieme tecnica giuridica e scelte di politica costituzionale, senza rinunciare ad illustrare quali ascendenze culturali profonde ispirassero entrambe. Anche per queste ragioni, oltre che per l'autorevolezza dell'oratore, i suoi interventi non furono mai di mera testimonianza, non risultarono mai sterili. Forse non trovarono un positivo riscontro nella formulazione dell'articolato costituzionale¹⁴⁸, ma alimentarono sempre un vivace dibattito che costrinse l'Assemblea a confrontarsi con le ragioni ultime delle proprie scelte costituenti e quindi con i caratteri – e, perché no, anche con le eventuali carenze – della propria cultura costituzionale. E da ultimo, tra le cose che colpiscono l'attenzione dell'interprete, è impossibile non citare anche la sensazione di sostanziale coerenza, di grande affinità tra la retorica di Orlando e quella degli altri grandi protagonisti del dibattito costituente, sia nelle soluzioni argomentative, sia nella prosa. Quanto si intende dire è che Orlando non parlava affatto un'altra lingua rispetto ai leader dei partiti di massa; e ciò non sembra spiegabile unicamente col fatto che la discussione si snodava – giocoforza – sul terreno più congeniale al giurista. Rispetto ai vari Dossetti, De Gasperi, Togliatti o Nenni, Orlando assunse posizioni ovviamente molto diverse; ma sostanzialmente omogeneo sembrava invece il retroterra culturale.

Da queste ultime considerazioni, dunque, si ricava un'immagine dell'Orlando costituente completamente diversa da quella che sarebbe stato legittimo attendersi. Emerge l'immagine di un Orlando che appare in buona sintonia con il clima e con i dibattiti svolti in Assemblea, di un Orlando, insomma che, in quel consesso, sembrava trovarsi perfettamente a proprio agio.

3. Due concetti chiave, il diritto e il Parlamento, come possibili spiegazioni di questa apparente antinomia

Si tratta dunque di provare a comporre questa apparente antinomia, continuando ad attingere all'inesauribile serbatoio del pensiero giuridico orlandiano. Due in particolare sembrano i concetti chiave che ispirarono la vicenda costituente di Orlando e che possono fornire una spiegazione dell'atteggiamento propositivo da questi tenuto in Assemblea: il primo è il perdurante valore del diritto; il secondo è incarnato invece dall'istituzione parlamentare.

¹⁴⁸ Lo sottolineò in un suo celebre intervento anche C. ESPOSITO, *La dottrina del diritto e dello Stato di Vittorio Emanuele Orlando*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1953.

Quanto al primo, va premesso che esso riemerse con forza nel pensiero orlandiano del secondo dopoguerra non in seguito all’immutata riproposizione delle tesi da lui elaborate sul crinale del secolo precedente, ma – al contrario – proprio in virtù di una loro revisione. Orlando infatti non fu mai il tipo di giurista vocato a rimanere eguale a sé stesso; non ripropose mai, inalterata, una sua qualche teoria pretendendo di calarla – magari non senza forzature – sulla realtà dei fatti. Al contrario, coerente con le premesse savignyane, si rese sempre permeabile al movimento della fattualità storica; e così fece anche nel secondo dopoguerra, persino a prezzo di clamorose – e immaginiamo non indolori – sconfessioni. La più celebre di queste Orlando la pronunciò di fronte alla Consulta nazionale, prendendo atto del «fallimento di tutta questa costruzione», di quella cioè che «i giureconsulti del secolo XIX racchiusero nell’espressione ‘Stato di diritto’» e alla quale – ammetteva – «anche io [...] ho cooperato»¹⁴⁹. Una costruzione che aveva ceduto di schianto di fronte alla tirannide totalitaria, e il cui punto più debole Orlando individuava nella celebre e raffinata teoria dell’autolimitazione dello Stato (con conseguente interpretazione dei diritti riflessi), che egli paragonò amaramente a quanto faceva il barone di Münchhausen che, per non affogare, pretendeva di tenere fuori la testa dall’acqua sorreggendola con le proprie mani.

Il grande Maestro non esita dunque a rimettersi in discussione¹⁵⁰, e lo fa riscoprendo la vocazione più autentica del costituzionalismo, quella di porre limiti al potere. Ma se Orlando, nel secondo dopoguerra, abbandona Jellinek, è per affidarsi ancor più decisamente a Savigny; e per accostarsi, forse più di quanto abbia mai fatto, anche al suo allievo prediletto, Santi Romano. Orlando confida infatti nella capacità di reazione del diritto rispetto all’invasione del potere, perché il diritto viene da lontano, si sedimenta nei tempi lunghi della coscienza popolare e produce istituzioni; «e quando l’istituzione si è in tal modo formata, diventa essa stessa limite che agisce spontaneamente anche contro il dispotismo»¹⁵¹.

Tutto questo ci pare abbia avuto un riflesso diretto sull’atteggiamento dell’Orlando costituente. Perché quella peculiare caratteristica del diritto, che appare fatta di resilienza e resistenza al tempo stesso, se poteva essere opposta alla tirannide, a maggiore ragione poteva agire contro le pretese costruttivistiche del potere costituente (dalle cui interpretazioni radicali e giacobine, Orlando mise spesso in guardia, proprio perché foriere di ulteriori dispotismi). Insomma «la soma», come ebbe a dire in Assemblea, «si può accomodare per via»¹⁵², alludendo al fatto che in fondo le costituzioni si fanno anche da sole, adattandosi e modellandosi nel loro divenire storico, a prescindere dalle pretese razionalistiche del costituente e anzi, più spesso, a correzione di queste. Egli, nei suoi

¹⁴⁹ V.E. ORLANDO, *Sullo schema di provvedimento legislativo «Integrazioni e modificazioni al decreto-legge luogotenenziale 25 giugno 1944, n. 151, relativo all’Assemblea per la nuova Costituzione dello Stato, al giuramento dei membri del Governo ed alla facoltà del Governo di emanare norme giuridiche»*, Discorso pronunciato alla Consulta nazionale, nella seduta del 9 marzo 1946, ora in ID., *Discorsi parlamentari*, cit., p. 675.

¹⁵⁰ Dietro quella critica stava infatti anche una severa autocritica. La tesi dell’autolimitazione dello Stato, come noto, fu elaborata da Jellinek nel suo *System der subjektiven öffentlichen Rechte* del 1892, che venne tradotto in italiano venti anni dopo, introdotto da una entusiastica prefazione dello stesso Orlando. Cfr. G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*, Milano, SEL, 1912.

¹⁵¹ V.E. ORLANDO, *Sullo schema di provvedimento*, cit., p. 676.

¹⁵² Ivi, p.1932.

interventi, pertanto lavorò costantemente per minimizzare i danni che un'Assemblea giuridicamente poco avvertita poteva produrre, ma con ogni probabilità nella sincera convinzione (o quantomeno nella fondata speranza) che difficilmente essi sarebbero risultati irreparabili.

La fiducia nella capacità del diritto di resistere al costruttivismo costituente, tuttavia, non spiega ancora tutto. È soprattutto grazie ad un secondo concetto, quello di Parlamento, che possiamo decifrare l'immagine di un Orlando perfettamente a proprio agio sugli scranni dell'Assemblea costituente. Egli infatti, nei suoi interventi, equiparò costantemente quella Assemblea ad un Parlamento. La considerazione – si badi bene – non è affatto neutrale; né può essere spiegata semplicemente con la volontà di ricondurre il consesso costituente a categorie più familiari e meno problematiche. Perché il Parlamento non era un'istituzione qualunque nell'interpretazione orlandiana¹⁵³.

La sua peculiare centralità derivava in gran parte dal modello culturale di riferimento cui Orlando si rifaceva, ossia quel Parlamento britannico fatto da tre rami – *King, Lords e Commoners* – che rappresentavano le tre componenti fondamentali della comunità inglese. Tre componenti di per sé lontanissime tra loro, portatrici di interessi completamente diversi, ma che – sin dal 1322 – una volta riunite assieme, offrivano la rappresentazione plastica della unitaria comunità politica nazionale. Il vero Parlamento, dunque, era qualcosa di più e di diverso della mera somma algebrica delle proprie componenti e proprio per questo, risultava capace di esprimere – forse più in termini di rappresentazione che di rappresentanza¹⁵⁴ – l'unità del corpo politico. Ora, ci pare di poter affermare che anche per Orlando la rappresentazione parlamentare fosse quasi una condizione necessaria per rendere tangibile quella dimensione unitaria della comunità politica nazionale che altrimenti non avrebbe potuto prodursi. Nel dire ciò non si vuole sostenere l'adesione del nostro giurista a tesi di stampo hobbesiano secondo le quali un popolo esiste a condizione che un sovrano lo rappresenti. Per Orlando il popolo esiste di per sé. Ma in che modo? Il popolo di Orlando, analogamente al *Volk* di Savigny, non era un soggetto in grado di esprimere una autonoma volontà. Era l'incubatore naturale dal quale scaturivano i caratteri più rilevanti di una comunità (quali il linguaggio ed il diritto) e dunque la sua non era mai un'esistenza immediata; per emergere necessitava sempre di una qualche mediazione. Così avveniva, come detto, per la produzione del diritto, che richiedeva l'indispensabile intervento della scienza giuridica. Ma, analogamente, così avveniva anche per la definizione

¹⁵³ Lo si evince anche dal ruolo che egli assegna ai giuristi nelle assemblee rappresentative. Quando egli si definiva – e lo faceva sovente e non senza autocompiacimento – un «*bomo parlamentaris*» (V.E. ORLANDO, *Discorso pronunciato in occasione della ratifica del Patto Atlantico il 29 luglio 1949*, ora in ID., *Discorsi parlamentari*, Bologna, Il Mulino, 2002, p.875. Cfr. anche P. POMBENI, *L'ultimo Orlando: il costituente*, in *Vittorio Emanuele Orlando: lo scienziato, il politico, lo statista*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2003, pp.33 e ss) non alludeva solo ai molti anni trascorsi in Parlamento. Se l'attività legislativa rappresentava infatti solo l'ultimo passo di un più lungo processo di produzione giuridica, le assemblee non potevano ovviamente fare a meno dello scienziato del diritto, che finiva per incarnare quell'ideale figura di giurista-legislatore che Orlando coltivò per tutta la vita. Come notava in un discorso parlamentare del 1912: «qui siamo tutti giuristi; naturalmente, essendo legislatori, dobbiamo essere *a fortiori* giuristi» (V.E. ORLANDO, *Discorso in tema di riforma della legge elettorale politica. Tornata del 15 maggio 1912*, in *Discorsi parlamentari di Vittorio Emanuele Orlando*, Tipografia della Camera dei Deputati, Roma, 1965, vol. III, p.1006. Il corsivo è nel testo).

¹⁵⁴ Sul punto cfr. H. HOFMANN, *Rappresentanza-rappresentazione. Parola e concetto dall'antichità all'Ottocento*, Milano, Giuffrè, 2007.

della volontà politica dello Stato, la cui garanzia di adesione al sentimento popolare riposava solo nella capacità dei rappresentanti parlamentari di interpretare i bisogni e le aspirazioni della società. Pertanto l'unità del corpo politico nazionale poteva manifestarsi concretamente solo attraverso la rappresentazione che il Parlamento ne dava. Nel già citato intervento in occasione della celebrazione del cinquantesimo anniversario del suo primo discorso parlamentare, Orlando ricordava un episodio che pare confermare questa impressione. Correvano gli anni della Grande guerra quando, da Presidente del Consiglio, egli si era trovato a commemorare in Parlamento i caduti citando il verso più celebre della Canzone del Grappa, ossia «Monte Grappa tu sei la mia Patria», venendo a quel punto interrotto dall'allora *leader* dell'opposizione Turati che così esclamava: «Ma onorevole Presidente, anche per noi Monte Grappa è la Patria». Tutta l'aula, ricordava Orlando, a quel punto si unì in quel grido. Ed egli poteva dunque concludere: «Quella era veramente l'Italia, tutta l'Italia, nell'augusta maestà del suo Parlamento»¹⁵⁵. Un Parlamento pienamente sovrano (gli etimi dell'aggettivo *augusto* e del sostantivo *maestà* parlano da soli), dunque, era tale proprio perché in grado di esprimere – di rappresentare appunto – l'unità politica nazionale; che, a sua volta, essendo qualcosa di più e di diverso della somma delle parti che la componevano, aveva modo di palesarsi, in forma di sintesi, solo e soltanto nell'aula parlamentare.

Ebbene, il ricorrente paragone che Orlando fa tra Assemblea costituente e Parlamento lascia pensare che egli riconoscesse alla prima questo prezioso carattere che era proprio del secondo. In fin dei conti quell'Assemblea, pur in condizioni politiche difficilissime (acute dal progressivo degradarsi degli equilibri internazionali), riuscì nel compito cui era chiamata, ossia quello di dare al paese una Costituzione che non fosse di questo o quel partito, ma una costituzione in cui l'Italia, tutta l'Italia potremmo dire parafrasando Orlando, poteva riconoscersi. E vi riuscì perché non si arenò sul conflitto ideologico, ma – come i veri Parlamenti – dimostrò di saper coniugare idealità e buon senso, elaborazioni teoriche e pragmatica capacità di ricercare il compromesso. Certo, il risultato di quel compromesso a Orlando non piaceva, ma egli non poté comunque esimersi, nel momento stesso in cui esprimeva le proprie riserve sul testo, dal tessere pubblicamente le lodi degli autori che lo avevano redatto, ossia di quei membri della cosiddetta Commissione dei 75 (dalla quale, ricordiamolo, egli era stato escluso) che, chiamati a progettare la nuova carta partendo completamente da zero, avevano realizzato – ammetteva Orlando – un vero e proprio «miracolo»¹⁵⁶.

In fondo, l'Italia poteva anche fare a meno di una buona costituzione; la consuetudine e il costume avrebbero potuto correggere in corso d'opera le troppo presuntuose pretese legislative del costituente. Ma di un Parlamento, di un vero Parlamento in grado di offrire la rappresentazione plastica della comunità politica nazionale, nessun paese poteva davvero fare a meno.

¹⁵⁵ *Atti dell'Assemblea Costituente*, seduta del 21 marzo 1947, p.2310.

¹⁵⁶ *Atti dell'Assemblea Costituente*, seduta del 10 marzo 1947, p.1931.

[Il contributo di Mortati nella fase costituente attraverso la prospettiva teorica e storica della Costituzione in senso materiale*](#)

di Salvatore Bonfiglio**

SOMMARIO: 1. L'instaurazione di una nuova forma di Stato. – 2. Genesi e crisi della Costituzione di Weimar: il problema della scarsa democratizzazione dei corpi intermedi. - 3. Democratizzazione delle formazioni sociali e disciplina costituzionale dei partiti politici. – 4. Crisi delle istituzioni parlamentari, selezione delle élites democratiche e modelli di rappresentanza. – 5. Stabilità governativa ed esecuzione dell'indirizzo politico. – 6. Il concetto di costituzione in senso materiale: un “cannocchiale” ancora in uso.

1. L'instaurazione di una nuova forma di Stato

Al contributo di Mortati durante i lavori della Costituente sono stati già dedicati ampi e ben documentati studi¹⁵⁷.

In questo lavoro, si è scelto di dare un *sensu* unitario ai suoi tanti interventi durante gli anni di fondazione della Repubblica, utilizzando il concetto di costituzione materiale¹⁵⁸, nella formulazione e nel significato che l'autore stesso ha attribuito a tale nozione. In questo modo è possibile ricostruire i suoi vari e articolati contributi attraverso una ben identificabile chiave di lettura teorico-interpretativa, che affonda le radici nella dottrina degli anni Trenta e nell'osservazione di alcune dinamiche costituzionali caratterizzanti diversi ordinamenti costituzionali¹⁵⁹. E, del resto, l'attenzione di Mortati per l'evoluzione delle forme di Stato e di governo – presente anche negli scritti di teoria generale – relativizza il carattere «assoluto» del concetto di costituzione materiale e ne valorizza meglio il rilievo strumentale.

Nella teoria della costituzione in senso materiale le fonti “pre-giuridiche” sono “giuridicizzate”, in quanto caratterizzanti sia l'instaurazione che la stabilizzazione

* Contributo pubblicato previa accettazione del Comitato scientifico del Convegno. Relazione presentata al Convegno *I 'Costituenti' de 'La Sapienza'*, svoltosi il giorno 30 novembre 2017, presso il Rettorato – Aula degli Organi Collegiali, Università La Sapienza di Roma.

** Professore associato di Diritto costituzionale italiano e comparato e di Diritto dei partiti italiano e comparato presso l'Università degli Studi “Roma Tre”.

¹⁵⁷ F. Bruno, *I giuristi alla Costituente: l'opera di Costantino Mortati*, in *Scelte della Costituzione e cultura giuridica*, II, a cura di U. De Siervo, Il Mulino, Bologna, 1980; e, della stessa a., *Costantino Mortati e la Costituente*, in *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, a cura di F. Lanchester, ESI, Napoli, 1989, p. 135; G. Amato, *Costantino Mortati e la Costituzione italiana. Dalla Costituente all'aspettativa mai appagata dell'attuazione costituzionale*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, a cura di M. Galizia e P. Grossi, Giuffrè, Milano, 1990, p. 231 e, nello stesso volume, U. De Siervo, *Parlamento, partiti e popolo nella progettazione costituzionale di Mortati*, p. 301; M. Volpi, *Mortati costituente e teorico delle forme di governo e alcuni momenti dell'esperienza costituzionale svizzera*, in *Forme di Stato e forme di governo: nuovi studi sul pensiero di Costantino Mortati*, a cura di Mario Galizia, Giuffrè, Milano, 2007, p. 1231.

¹⁵⁸ Sui molteplici usi dell'espressione «costituzione materiale» si veda S. Bartole, *Costituzione materiale e ragionamento giuridico*, in *Diritto e società*, n. 4, 1982, p. 605 ss.

¹⁵⁹ F. Lanchester, *Costantino Mortati e la «dottrina» degli anni Trenta*, in *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, cit., p. 89.

dell'ordinamento costituzionale. Il diritto non può essere successivo allo Stato, perché l'uno e l'altro nascono nel medesimo momento. L'origine fattuale dello Stato e, più precisamente, la sua derivazione da una volontà che non sia ad esso estranea, non esclude affatto la giuridicità della sua formazione¹⁶⁰. Si tratta di un fenomeno che, secondo Mortati, potrebbe essere designato come «fatto normativo», quando questo si intenda «nell'esatto significato di fatto che ha in se la sua legge e le garanzie della sua persistenza anche nell'avvenire¹⁶¹».

La volontà espressa è quella del soggetto caratterizzante la costituzione in senso materiale che, secondo Mortati, non può che essere la forza politica risultante dall'organizzazione di un gruppo sociale prevalente¹⁶². Egli critica le concezioni meramente formalistiche dell'ordine statale, che trascurano l'esame dei procedimenti formativi dello Stato, in quanto li considerano estranei allo studio del giurista¹⁶³. Quest'ultimo, invece, deve porre particolare attenzione alla *giuridificazione* della politica, a cominciare dal potere costituente.

Il rapporto tra costituzione materiale e costituzione formale assume sempre un tratto distintivo di connessione tra società e Stato; connessione tanto più *necessaria* – rispetto alla configurazione dello Stato monoclasse – per la realizzazione dello Stato pluri-classe, il quale non può che presentarsi come “Stato sociale”, in presenza di un compromesso sostanziale effettivo. Il partito politico, come *elemento strumentale* della costituzione in senso materiale, costituisce un importante elemento di unione tra lo Stato e la società che attenua quella separazione tra l'uno e l'altra, così come si era configurata nella esperienza dello Stato monoclasse. Il compromesso costituzionale fra le varie forze politiche, secondo Mortati, non può essere meramente procedurale, ma sostanziale; esso deve fondarsi sulla condivisione e il rispetto di valori e principi condivisi, e nell'ambito di questi devono mantenersi i vari indirizzi politici.

La costituzione in senso materiale, pur riallacciandosi al problema del rapporto fra partito e Stato nell'ordinamento fascista¹⁶⁴, rappresenta certamente il punto di arrivo di un lungo

¹⁶⁰ C. Mortati, *La Costituente. La teoria. La storia. Il problema italiano*, Darsena, Roma, 1945. Le citazioni sono tratte da C. Mortati, *Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato. Raccolta di scritti*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1972, p. 13. Del resto, scrive Mortati nella sua opera *La costituzione in senso materiale* (Giuffrè, Milano, 1940, cit. pp. 74-75) «se all'istituzione originaria si attribuisca, come si deve, natura giuridica, devono trovarsi in essa sussistenti quei caratteri irriducibili della giuridicità, senza dei quali l'istituzione non potrebbe considerarsi idonea al suo compito: compito che, nella sua sostanza, non può differire da quello dello Stato poiché l'ordinamento originario non è da intendere in contrapposizione ad esso, ma è lo Stato stesso nella sua prima e più elementare espressione».

¹⁶¹ C. Mortati, *La Costituente*, cit., p. 14. Si veda anche: C. Mortati, *Appunti sul problema della fonte del potere costituente*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1946. Ripubblicato in C. Mortati, *Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato*, cit., p. 358. Il dato originario istituzionale, «a traverso il potere costituente che da essa si enuclea, si manifesta propriamente come principio e fondamento di validità dell'ordinamento che cotesto potere costituisce» (F. Modugno, *Il concetto di costituzione*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol.1, XXX Anniversario della Costituzione (27 Dicembre 1947- 27 Dicembre 1977), Giuffrè, Milano, 1977, p. 208.

¹⁶² C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, cit., p. 76.

¹⁶³ C. Mortati, *Appunti sul problema della fonte del potere costituente*, cit., p. 357.

¹⁶⁴ M. Fioravanti, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, cit., pp. 45-185; M. Brigaglia, *La teoria del diritto di Costantino Mortati*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 235.

percorso storico e teorico che dagli anni Trenta¹⁶⁵ arriva fino alla articolata discussione che si sviluppò negli anni di fondazione della Repubblica e nel corso dei lavori dell'Assemblea costituente. Il suo svolgimento e la sua collazione sistematica non sono, dunque, meramente riconducibili all'assunzione dello Stato fascista a paradigma dello «Stato moderno». Lo studio di Mortati nella sua opera del 1940, essendo rivolto a uno scopo di teoria generale, si avvicina al diritto positivo riflettendo non soltanto sull'esperienza giuridico-costituzionale dello Stato fascista¹⁶⁶, ma sulle dinamiche e le tendenze presenti in quel tempo anche in altri ordinamenti costituzionali¹⁶⁷.

Il governo (la funzione *di* e *del* governo, come quarta funzione dello Stato)¹⁶⁸ e il partito sono i due pilastri costituzionali non soltanto dello Stato fascista, ma dello «Stato moderno» rappresentativo e della sua particolare configurazione grazie all'allargamento del suffragio, che ha indotto lo Stato ad un maggior intervento nella società e, soprattutto dopo la crisi del 1929, nell'economia, rafforzando il ruolo degli esecutivi. Col nome di partito Mortati intende «solo quelle associazioni che, assumendo come propria una concezione generale, comprensiva della vita dello Stato in tutti i suoi aspetti, tendono a tradurla nell'azione concreta statale, con esclusione delle concezioni ad essa contrastanti»¹⁶⁹. Il partito non come *fazione* ma come *parte totale*, che non nega il pluralismo sociale e giuridico, anzi è propriamente l'effetto del suo irrompere nello Stato monoclasse e, in certi contesti, una delle principali cause della sua crisi e del suo superamento, con l'affermarsi di nuove forme di Stato nel primo dopoguerra. La *parte totale* trascende dalla sua originaria parzialità, trasformandola in una visione complessiva, in una interpretazione dell'interesse generale. Nella dottrina di Mortati, il riferimento al partito così inteso non è riconducibile esclusivamente ai regimi totalitari monopartitici. Si tratta, piuttosto, del partito in senso gramsciano quale «nuovo Principe», che, come scrive Bartole, ha attirato l'attenzione di Mortati¹⁷⁰.

¹⁶⁵ Si pensi al dibattito per individuare una nozione giuridica di regime: G. Chiarelli, *Il concetto di "Regime" nel diritto pubblico*, in *Archivio giuridico Filippo Serafini*, 1932, CVII, fasc. 2, pp. 203 e ss; V. Zangara, *Il partito e lo Stato*, Studio editoriale moderno, Catania, 1935, p. 33. Sulla evoluzione del pensiero di Zangara rispetto a Chiarelli si veda M. Galizia, *Autorità autonomie e «democrazia di masse» nel pensiero di Vincenzo Zangara*, in *Quaderni costituzionali*, anno VII, n. 1, aprile 1998, p. 111. Sui concetti di regime, costituzione materiale e forma di Stato, si veda: S. Bonfiglio, *Mortati ed il dibattito sul concetto di regime durante il ventennio fascista*, in *Costantino Mortati costituzionalista calabrese, cit.*, pp. 394-407.

¹⁶⁶ Cfr. G. Zagrebelsky, *Premessa*, in C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, ristampa inalterata, Giuffrè, Milano, 1998, p. XI. Nella sua *Premessa*, Zagrebelsky con riferimento al nucleo teorico della dottrina mortatiana enfatizza la *compromissione politica* quanto alla sua genesi e ai suoi svolgimenti. Secondo Zagrebelsky «non v'è dubbio che si tratti di svolgimenti e collocazioni tutti conformi, se non *alla* almeno *a una* concezione fascista dello Stato e del diritto» (p. XI). Tuttavia, lo stesso Zagrebelsky riconosce che «*La costituzione in senso materiale non è una concezione fascista dello Stato ma una concezione dello Stato applicabile (e applicata) a quello fascista*» (p. XIII).

¹⁶⁷ Il contributo di Mortati può essere opportunamente «analizzato in maniera dinamica sulla base delle trasformazioni intense degli ordinamenti contemporanei, che investono sia lo Stato sociale che la stessa democrazia rappresentativa» (F. Lanchester, *Mortati e la "legislatura costituente"*, in *Nomos-leattualitaneldiritto.it*, n. 1, 2016, p. 2).

¹⁶⁸ C. Mortati, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto italiano*, ed. A.R.E., Roma, 1931. Su questo scritto – che è una rielaborazione della tesi di laurea in Scienze politiche discussa con Luigi Rossi nel 1929, ma seguita nella sua compilazione da Sergio Panunzio – si veda: T. E. Frosini, *Mortati e l'indirizzo politico (negli anni Trenta)*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati, cit.*, pp. 561-591.

¹⁶⁹ C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milano, 1940, pp. 84-85.

¹⁷⁰ S. Bartole, *Costituzione materiale e ragionamento giuridico, cit.*, p. 610.

La dottrina della costituzione in senso materiale è anche una risposta sul piano teorico (e storico) all'agnosticismo e alla idiosincrasia dello Stato liberale nei confronti del fenomeno partitico; una risposta che è stata definita, a ragione, come 'cesura dottrinale della fine degli anni Trenta'¹⁷¹. Mentre, prima di allora, la posizione dello Stato liberale di ostilità verso i partiti politici era stata sostenuta dalla scuola giuridica orlandiana, che considerava i partiti e i sindacati una minaccia per l'unità e la sovranità del giovane Stato italiano¹⁷². E tutto ciò non avrebbe certo favorito un allargamento della base sociale dello Stato attraverso il pieno riconoscimento del pluralismo sociale, giuridico e politico.

Nella riflessione giuridica di Mortati, invece, il problema del rapporto tra Stato e comunità sociale sottostante è molto avvertito, anche se siamo lontani dal riconoscimento della dignità politica del pluralismo sociale¹⁷³: in essa è prevalente la necessità di risolvere il problema dell'unità statale attraverso un principio unificatore di carattere sostanziale, che non poteva essere ricavato dal complesso delle norme vigenti, e che una volta caduto avrebbe trascinato con sé la caduta dello Stato (fascista). Non a caso, la funzione della costituzione in senso materiale è anche quella, secondo Mortati, di fissare dei limiti assoluti alla modificabilità della costituzione. Affinché i limiti in parola «possano ritenersi giuridicamente rilevanti, è necessario mostrare come siano giuridiche le forze dalle quali emanano, perché assoggettate al diritto nell'atto stesso in cui pongono l'ordine costituzionale»¹⁷⁴.

Il merito di Mortati è stato quello di aver contribuito a spostare l'attenzione del giurista – in opposizione al formalismo giuridico di origine ottocentesca e, altresì, in aperto contrasto con il decisionismo schmittiano – dalla centralità dello Stato-apparato alla comunità sociale sottostante, nel cui seno si formano le forze politiche. Per questa ragione, la sua dottrina della costituzione in senso materiale non ha seguito la sorte del regime fascista; anzi, essa ha esercitato una maggiore influenza durante l'opera di fondazione dello Stato repubblicano e nei suoi primi decenni di vita¹⁷⁵.

¹⁷¹ M. Gregorio, *Parte totale. Le dottrine costituzionali del partito politico in Italia tra Otto e Novecento*, Giuffrè, Milano, 2013.

¹⁷² La 'rivoluzione scientifica' di Orlando, alla ricerca di un diritto nazionale, era animata sia da una maggiore rigidità di metodo, sia da un forte atteggiamento patriottico che mirava a favorire il consolidamento del giovane Stato italiano. Può apparire un paradosso, ma sta proprio qui l'importanza del disegno orlandiano: «in questa funzione politica del metodo giuridico» (S. Cassese, *«Auf der gefährlichen Strasse des öffentlichen Rechts»*. *La «rivoluzione scientifica» di Vittorio Emanuele Orlando*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 2, 2011, p. 310). Orlando, come ha scritto Sabino Cassese, «si sentì il continuatore dei patrioti e degli statisti del Risorgimento; ebbe il sentimento delle carenze costituzionali del nuovo Stato» (S. Cassese, *op. ult. cit.*, p. 310). Per questa ragione lo scopo principale della riflessione orlandiana era quello dell'affermazione del nuovo Stato, attraverso l'affermazione di una 'nuova' scienza (G. Azzariti, *Il liberalismo autoritario e la costruzione dello Stato unitario italiano. Vittorio Emanuele Orlando, un liberale al servizio dello Stato*, in *Democrazia e diritto*, n. 1-2, 2011, p.123).

¹⁷³ Sul punto si vedano le osservazioni di M. Carducci, il quale mette a confronto Capograssi e Mortati: M. Carducci, *Programmaticità della politica e governi di coalizione in Costantino Mortati*, in *Forme di Stato e forme di governo: nuovi studi sul pensiero di Costantino Mortati*, cit., in particolare pp. 385-392. Sui tratti peculiari del pluralismo di Mortati, le puntuali riflessioni di P. Ridola, *Democrazia e rappresentanza nel pensiero di Costantino Mortati*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, cit., pp. 259-300.

¹⁷⁴ C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, cit., p. 221.

¹⁷⁵ G. Zagrebelsky, *Premessa*, op. cit., p. XII.

Anche dopo la caduta del regime fascista, Mortati ripropone il nucleo della sua dottrina: nel suo volume apparso nel 1945, *La Costituente*, fa un largo uso di concetti elaborati cinque anni prima nella sua maggiore opera, ma del partito unico prendono il posto i partiti, autori dell'accordo costituente¹⁷⁶. In quel volume, dunque, egli «fornisce del pluralismo dei partiti una dimensione costruttiva»¹⁷⁷.

A proposito del ruolo svolto dal Comitato di Liberazione Nazionale (C.L.N.), Mortati evidenziava il riconoscimento giuridico che nella vita dello Stato era venuto ad assumere il comitato stesso e la sua «iniziativa costituente» come «organo puramente di fatto, ed in antitesi con i propositi del governo regio», che era contrario alla formazione di un governo politico prima della liberazione di Roma¹⁷⁸. I partiti del C.L.N. sono espressione del mutamento della classe politica, artefice dei mutamenti costituzionali «quando essi involgano il principio fondamentale organizzativo»¹⁷⁹. Con la «decisione costituente» del giugno 1944 con il D.L.L. n. 151 stava mutando la forma di Stato, con il tramonto del principio monarchico, ed era nata una nuova forma di governo, in cui il C.L.N., nella sua veste di istituzione governativa¹⁸⁰, vi imprimeva il proprio indirizzo politico, svolgendo anche un compito analogo a quello prima spettante al Parlamento¹⁸¹. Dopo l'allontanamento di Badoglio dalla carica di Primo Ministro, il nuovo governo sotto la presidenza di Bonomi, non più “Capo del Governo” ma “Primus inter pares”, era un'emanazione diretta dei partiti del C. L. N. I ministri non dovevano più giurare fedeltà alla Corona, impegnandosi, invece, a esercitare la loro funzione nell'interesse supremo della nazione. Ai partiti politici furono riconosciute attribuzioni costituzionali solo in quanto facenti parte del C.L.N., malgrado ciò la derivazione partitica di quest'ultimo, nonché della Consulta, indicava chiaramente la rilevanza dei partiti politici non soltanto sotto l'aspetto storico e politico¹⁸², ma anche per la comprensione dello Stato democratico¹⁸³ e lo studio delle forme di governo¹⁸⁴.

¹⁷⁶ G. Zagrebelsky, *Premessa*, cit., p. XXIX.

¹⁷⁷ M. Carducci, cit., p. 393.

¹⁷⁸ C. Mortati, *La Costituente*, cit., pp. 208-210.

¹⁷⁹ C. Mortati, *Appunti sul problema della fonte del potere costituente*, cit., p. 357.

¹⁸⁰ C. Lavagna, si veda la voce *Comitati di liberazione*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VII, Giuffrè, Milano, 1960, p. 784.

¹⁸¹ G. Guarino, *Due anni di esperienza costituzionale italiana*, in *Rassegna di diritto pubblico*, n. 1, 1946, pp. 61-76; A. Predieri, *I partiti politici*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, diretto da Pietro Calamandrei e Alessandro Levi, Firenze, 1946, p. 193; P. Caretti, *Forme di governo e diritti di libertà nel periodo costituzionale provvisorio*, in *La fondazione della Repubblica*, a cura di Enzo Cheli, Il Mulino, Bologna, 1979; C. Pinelli, si veda la voce *Comitati di liberazione nazionale*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1988.

¹⁸² Ciò spiega il grande interesse che suscitò nel 1945 il libro di C. Morandi, *I partiti politici nella storia d'Italia*, Le Monnier, Firenze, 1945.

¹⁸³ E. Crosa, *Lo Stato democratico. Presupposti costituzionali*, Utet, Torino, 1946, p. 286.

¹⁸⁴ Si vedano gli studi sulle forme storiche di assetto costituzionale dei maggiori Stati pubblicati nella collana di Testi e documenti costituzionali, promossa dal Ministero della Costituente: L. Lettieri, *La costituzione inglese*, Firenze, 1946, pp. 85-86; V. Gueli, *La costituzione federale svizzera*, Firenze, 1947, p. 93; G.D. Ferri, *Leggi elettorali degli Stati Uniti d'America*, Firenze, 1946, p. 10; C. Mortati, *La Costituzione di Weimar*, Firenze, 1946, pp. 14-19.

2. Genesi e crisi della Costituzione di Weimar: il problema della scarsa democratizzazione dei corpi intermedi

I profondi mutamenti politico-costituzionali verificatisi nei primi decenni del Novecento – e che determinano la nascita di nuove forme di Stato – inducono Costantino Mortati a riflettere, proprio nel corso degli anni di fondazione della Repubblica italiana, sulla esperienza weimariana, cercando di spiegare la singolare sorte toccata a quella costituzione tedesca considerata, al suo apparire, come un modello di costituzione democratica.

Nell'esaminare la Repubblica di Weimar, Mortati riflette sulla genesi dello Stato tedesco, sulla sconfitta militare e, soprattutto, sulle forze politiche (e la loro composizione sociale) che hanno dato vita al nuovo equilibrio istituzionale ponendosi come suo fondamento. Soltanto dopo questa disamina, Mortati analizza l'organizzazione dei poteri, in cui confluiscono elementi appartenenti a tipi diversi di governo (presidenziale, parlamentare, di quello a *premier* e di gabinetto). Ma anche questo particolare assetto, come meglio egli precisa, è dovuto alla «necessità di raggiungere dei compromessi sulla base di concessioni a ciascuna delle forze politiche in contrasto»¹⁸⁵. A differenza dell'esperienza costituzionale inglese, in cui si realizza l'unione reale del *leader* del partito di maggioranza con il titolare della carica di capo del governo, a Weimar si venne a contrapporre «al capo politico, investito nella carica dalla fiducia della maggioranza del parlamento, un altro capo designato direttamente dal popolo. In questo modo si venne ad introdurre un dualismo più spiccato di quello caratteristico della forma monarchico-costituzionale, poiché in questa il carattere non direttamente rappresentativo del monarca veniva naturalmente a limitare l'efficienza dei suoi interventi»¹⁸⁶.

Questo dualismo ha comportato certamente il decadimento della funzione di discussione e di deliberazione degli indirizzi politici in seno al parlamento; funzione che caratterizza le forme moderne di democrazia, conseguente all'ampliarsi della base dei grandi partiti. La debolezza della Costituzione di Weimar, che è espressione di una borghesia diffidente della repubblica e sostanzialmente attaccata alle più antiche istituzioni, non è da imputare all'organicismo a cui si ispirava, ma invece «all'assenza di una democratizzazione sostanziale dei corpi intermedi, di una effettiva utilizzazione di questi e di una loro coordinazione, oltretutto nei rapporti reciproci, in quelli con lo Stato»¹⁸⁷.

¹⁸⁵ *Introduzione alla Costituzione di Weimar*. Le citazioni qui riportate sono tratte da C. Mortati, *Problemi di politica costituzionale. Raccolta di Scritti*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 1972, p. 317. La destra aspirava ad un presidente forte, «il quale limitasse in modo sostanziale lo spiegarsi del principio parlamentare maggioritario». Anche il partito democratico (risultante dalla fusione operatasi tra gli antichi progressisti e la componente più avanzata dei nazionali liberali) tendeva a temperare la forma di governo parlamentare ma attraverso il ricorso agli interventi diretti del popolo. Infine, i socialdemocratici che erano per una forte affermazione dell'organo parlamentare, non sposando però la tesi degli indipendenti (l'estrema sinistra) che sostenevano la soppressione della carica di capo dello Stato.

¹⁸⁶ *Ivi*, p. 319.

¹⁸⁷ *Ivi*, p. 345.

Secondo Mortati, dall'esperienza costituzionale vissuta dalla Germania si può trarre questa utile lezione: se si vuol dare vita ad una nuova costituzione, e non ad un semplice rimaneggiamento dei rapporti fra gli organi supremi, l'assetto istituzionale democratico deve permeare tutte le strutture economiche e sociali.

3. Democratizzazione delle formazioni sociali e disciplina costituzionale dei partiti politici

L'ampiezza dell'elettorato – sino all'affermarsi del suffragio universale – ha sollecitato la formazione di nuovi corpi intermedi o, comunque, una loro più incisiva iniziativa nell'ambito del circuito della rappresentanza politico-parlamentare. Il Partito Laburista britannico, ad esempio, nasce dalle esperienze concrete e dalle circostanze storiche¹⁸⁸, che spingono le *Trade Unions* a cambiare strategia e a investire maggiori energie in un partito dei lavoratori¹⁸⁹ e nella scelta delle candidature parlamentari.

Nei suoi scritti, anche in quelli immediatamente successivi alla fase costituente¹⁹⁰, Mortati considera incontestabile che con l'operare dei corpi intermedi – con dirette ripercussioni nella politica generale dello Stato – sia venuta meno la funzione del Parlamento, che è stata sua caratteristica, di formazione della volontà comune attraverso il pubblico dibattito, e di mediazione delle opinioni divergenti, «per assumere invece la figura di organo di dichiarazione esterna e di registrazione di decisioni prese fuori di esso»¹⁹¹.

Per tale motivo, anche durante la fase costituente, si conferma centrale nella riflessione di Mortati la questione del “metodo democratico” nella vita delle istituzioni politiche, nella organizzazione e nel funzionamento delle formazioni sociali¹⁹², a cominciare dai partiti

¹⁸⁸ Una spinta forte in tal senso è data dalla opposizione alla decisione della *House of Lords* sul *Taff Vale case*, che riconobbe la *Amalgamated Society of Railway Servants* responsabile di aver arrecato gravi danni alla *Taff Vale Railway Company* durante uno sciopero. Nel 1903, l'Unione dei ferrovieri fu costretta a versare alla compagnia *Taff Vale* un indennizzo di 23.000 sterline; nel medesimo anno, il sindacato dei minatori del Galles meridionale fu condannato a versare una multa di 50.000 sterline. Sul punto si veda: *Opposition to the decision did much to spur the growth of the nascent British Labour Party, Taff Vale case*, in *Encyclopædia Britannica* <https://www.britannica.com/event/Taff-Vale-case>

¹⁸⁹ Il 27 febbraio 1900 (una data simbolica, scelta apposta, perché in quel medesimo giorno, nel 1837, l'Unione dei Lavoratori Londinesi si era schierata a favore della Carta del Popolo) si riunì per la prima volta il *Labour Representation Committee* (LRC), un comitato composto da sette sindacalisti, due membri dell'*Independent Labour Party* (ILP), due membri della *Social Democratic Federation* (SDF) e uno della *Fabian Society*. James Ramsay MacDonald (1866-1937), membro dell'ILP, fu eletto segretario. La nuova struttura non era aperta all'iscrizione libera di singoli individui, come i moderni partiti politici; piuttosto, era un'aggregazione di associazioni sindacali o politiche, e in tale veste si proponeva come strumento di coordinamento elettorale di candidati favorevoli al movimento operaio. Nel 1901, il LRC era sostenuto da 65 unioni sindacali, ma aveva perduto l'appoggio della SDF, la cui ideologia e strategia rivoluzionaria guardavano alle correnti di pensiero marxista.

¹⁹⁰ C. Mortati, *Parlamento e democrazia*, in *Studium*, 1948, n. 11, pp. 507-516. Le citazioni qui riportate sono tratte da: C. Mortati, *Problemi di politica costituzionale*, cit., pp. 5-21.

¹⁹¹ C. Mortati, *Parlamento e democrazia*, cit., p. 8.

¹⁹² Qui si accoglie una nozione ampia di formazioni sociali, che va oltre l'ancoraggio esclusivo del concetto al diritto privato. Impostazione che non contraddice l'art. 2 Cost., che ad una prima lettura sembra adottare una nozione

politici, a maggior ragione che proprio il fascismo aveva negato il pluralismo partitico. I partiti politici, secondo Mortati, dovevano essere considerati come elementi costitutivi dello Stato democratico e il loro inserimento nella Costituzione – in particolare, per le sinistre e per il gruppo dossettiano, al quale egli apparteneva insieme all'altro giurista Giorgio La Pira – doveva intendersi nel segno di un reale superamento non soltanto del regime fascista, ma anche del regime liberale fondamentalmente oligarchico¹⁹³.

Com'è noto, in Assemblea costituente la Prima Sottocommissione si era espressa a favore del conferimento ai partiti politici di compiti di carattere costituzionale, anche se poi prevalse la tesi che la materia non dovesse essere regolata dal testo costituzionale. Lelio Basso, nell'ambito di una «nuova concezione di democrazia di partiti»¹⁹⁴, era favorevole a riconoscere ai partiti politici una rilevanza non solo sociale ma anche istituzionale, attribuendo agli stessi alcune funzioni di natura costituzionale. Questa posizione fu di fatto accantonata dalla Prima sottocommissione, ma riemerse nei lavori dell'Aula quando fu dibattuto un emendamento, presentato proprio da Mortati e Ruggiero, in base al quale i partiti politici si sarebbero dovuti uniformare al metodo democratico nell'organizzazione interna e nell'azione diretta alla determinazione della politica nazionale. Precedentemente, Mortati aveva presentato un emendamento molto più lungo, in cui proponeva forme di controllo da parte di un organo giurisdizionale, la Corte costituzionale, sui partiti politici, in modo tale che a questi ultimi, se in possesso dei requisiti stabili dalla legge e, per l'appunto, accertati dalla Corte, fossero conferiti dalla legge stessa «propri poteri in ordine alle elezioni o ad altre funzioni di pubblico interesse»¹⁹⁵. Ancora prima, nel 1945, Mortati aveva presentato un progetto per la disciplina del procedimento di scelta dei candidati nella elezione dei deputati per la Costituente¹⁹⁶. Il diritto, secondo Mortati, lungi dall'ignorare il procedimento di formazione delle liste di partito, occorrerebbe che ne regolasse le modalità «per assicurare la sua aderenza alle esigenze di un'organizzazione veramente democratica dello Stato, e promuovere la formazione della classe politica¹⁹⁷».

L'emendamento presentato da Mortati e da Ruggiero in seno all'Assemblea costituente fu in seguito dagli stessi ritirato. Com'è noto, l'emendamento di Mortati e Ruggiero, dopo essere stato riproposto da un esponente del gruppo liberale, Bellavista, venne bocciato. Mortati, però, non rinuncia a criticare apertamente il Progetto di Costituzione per il suo

ristretta. Scrive Mario Nigro: «Se il costituente avesse avuto un concetto totalmente positivo, e quindi ristretto, delle formazioni sociali, non avrebbe sentito la necessità di impegnare la Repubblica a garantire i diritti dell'uomo entro di esse; entro e contro di esse, come si desume dall'energica sottolineatura, in quel contesto, del valore del singolo» (M. Nigro, *Formazioni sociali, poteri privati e libertà del terzo*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, cit., vol. 3, p. 855).

¹⁹³ In tal senso è molto significativo l'accostamento dell'art. 49 all'art. 3, secondo comma, fatto da Lelio Basso. Si veda: L. Basso, *Considerazioni sull'art. 49 della Costituzione*, in *Indagine sul partito politico*, volume redatto dall'ISLE, Milano 1966, p. 140.

¹⁹⁴ Vedi *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. VI, seduta di mercoledì 20 novembre 1946.

¹⁹⁵ *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. III, p. 1881.

¹⁹⁶ Vedi il progetto di Mortati in M. D'Antonio e G. Negri, *Il partito politico di fronte allo Stato di fronte a se stesso*, Giuffrè, Milano 1983, pp. 609-613.

¹⁹⁷ C. Mortati, *La Costituente*, cit., p. 267.

«tradizionalismo» di fronte al problema dei partiti: una ritrosia ad accogliere nella Costituzione ciò che l'esperienza anche più recente aveva confermato. Così, in uno scritto del 1947, egli ricorda che è stata rigettata la proposta diretta a garantire «almeno l'adozione del metodo democratico nella formazione della volontà, che, pur manifestandosi nell'interno dei partiti, è poi destinata ad influenzare l'azione degli organi statali»¹⁹⁸.

In Assemblea prevalse la preoccupazione che l'esplicito richiamo in costituzione alla democrazia interna dei partiti avrebbe potuto aprire la strada ad un'ingerenza da parte dei futuri governi sulle finalità e sulla organizzazione dei partiti di opposizione: l'opzione per il “metodo democratico” doveva affermare, innanzitutto, il principio del pluralismo partitico negato dal fascismo¹⁹⁹.

Lo stesso Mortati avrebbe confermato qualche anno dopo – in un suo articolo del 1950²⁰⁰ e, in modo più esplicito, in un noto saggio del 1957²⁰¹ – che il significato dell'espressione ‘metodo democratico’, «voluta mettere in rilievo dal costituente, è quello che si riferisce all'assicurazione delle condizioni cui rimane legata l'alternativa al potere delle forze politiche»²⁰².

In effetti, prima del 1989, la regolamentazione giuridica dei partiti poteva essere vista con sospetto e con dichiarata e ferma contrarietà²⁰³: un'ingerenza dello Stato per controllare quei partiti ritenuti «antisistemici» a causa di variabili endogene e vincoli esterni. Insomma, in considerazione dei rapporti e dei vincoli tra politica nazionale e politica internazionale nei lunghi anni caratterizzati la cosiddetta “guerra fredda”, nell'immediato secondo dopoguerra si allontanava la prospettiva dell'alternativa al potere delle forze politiche e con essa diveniva ancor più remota la possibilità di regolamentazione giuridica dei partiti.

Purtroppo, però, la storia repubblicana anche degli ultimi decenni ci conferma che, anche a causa di una ormai ingiustificata assenza di regolamentazione dei partiti politici²⁰⁴, sarebbe

¹⁹⁸ C. Mortati, *Il potere legislativo nel progetto di Costituzione*, in *Studium*, luglio-agosto 1947, n. 7-8, pp. 242-252. Ripubblicato in C. Mortati, *Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato*, cit., pp. 463-464.

¹⁹⁹ A. Buratti, *Dal diritto di resistenza al metodo democratico. Per una genealogia del principio di opposizione nello stato costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 179.

²⁰⁰ C. Mortati, *Disciplina dei partiti nella Costituzione italiana*, in *Cronache sociali*, 2, 1950; ora in *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di scritti*, vol. III, Giuffrè, Milano 1972, pp. 41-51.

²⁰¹ C. Mortati, *Note introduttive a uno studio sui partiti politici nell'ordinamento italiano*, in *Scritti in memoria di V.E. Orlando*, vol. II, Cedam, Padova 1957.

²⁰² C. Mortati, *Note introduttive a uno studio sui partiti politici nell'ordinamento italiano*, cit., p. 141.

²⁰³ In tal senso, G. U. Rescigno, *Alcune considerazioni sul rapporto partiti-Stato-cittadini*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, cit., vol.3. In generale, scrive l'autore, «va ribadito che nelle società capitalistiche moderne i partiti sono veri soggetti politici sovrani e proprio per questo non possono essere assoggettati nel merito a controlli esterni...La prima conclusione quindi da tenere ferma è che è vano e illusorio pensare ad una disciplina dei partiti tale da permettere allo Stato o a chicchessia di entrare entro il processo decisionale politico, assoggettandolo a controllo. O meglio, è possibile in fatto a patto di uscire da *questo* regime politico, da *questo* ordinamento costituzionale» (p. 967 e p. 968).

²⁰⁴ Può essere considerato un primo passo l'approvazione della legge n. 13/2014, che ha convertito in legge il decreto legge n. 149/2013. Essa ha dettato tra l'altro una cornice normativa minima per la democrazia infrapartitica. L'art. 2, comma 2, fa un esplicito riferimento all'osservanza del metodo democratico, ai sensi dell'art. 49 Cost., confermando l'interpretazione estensiva dello stesso. La legge stabilisce, inoltre, che i partiti – per lo meno, quelli che vogliono accedere ai benefici economici – devono dotarsi di uno statuto, redatto nella forma dell'atto pubblico e inserito in un

prevalso e, spesso, ancora oggi prevale il carattere non democratico dell'organizzazione interna dei partiti e dei movimenti politici. E, invece, con lo stesso spirito realistico che ha sempre animato la riflessione giuridica di Mortati, sarebbe stata opportuna una diversa e più ampia interpretazione del “metodo democratico”, almeno dagli anni immediatamente successivi la caduta del Muro di Berlino, per favorire una vera e propria “democrazia dei partiti”, in grado di garantire la partecipazione dei cittadini e il corretto funzionamento delle istituzioni democratiche²⁰⁵.

4. Crisi delle istituzioni parlamentari, selezione delle élites democratiche e modelli di rappresentanza

La crisi delle istituzioni parlamentari è dovuta a diversi fattori, alcuni di questi messi lucidamente in evidenza da Mortati già nella *Introduzione alla legge elettorale cecoslovacca*, pubblicata nella collana di *Testi e documenti costituzionali*, promossa dal Ministero della Costituente. In questo scritto Mortati risponde ai critici del sistema delle liste bloccate e insiste sull'esigenza di assicurare, se necessario anche con l'intervento dello Stato, un ordinamento democratico dei partiti, al fine di conciliare il rispetto dell'autonomia individuale e la necessità, strettamente connessa con l'affermarsi del suffragio universale, di dare espressione, in modo quanto più ordinato e preciso, alla volontà politica delle masse²⁰⁶. Questa attenzione alle modalità di selezione della classe politica e, in particolare, dei parlamentari costituisce un elemento costante nella riflessione mortatiana durante la fase costituente e anche negli anni successivi. La diminuzione della capacità funzionale del Parlamento dipende spesso (ancora oggi, purtroppo) dalla moltiplicazione di formazioni politiche e il sorgere di formazioni fittizie, attraverso congegni elettorali che «agiscono in senso dannoso rispetto alle esigenze di un'efficiente democrazia parlamentare»²⁰⁷. Mortati

Registro nazionale dei partiti politici, previo esame di una Commissione – la Commissione di garanzia degli statuti e per la trasparenza e il controllo dei rendiconti dei partiti politici – che verifica i requisiti indicati dall'art. 3, nel «rispetto della Costituzione e dell'ordinamento dell'Unione europea». Se a parere della Commissione lo statuto di un partito richiede delle modifiche, la legge stessa stabilisce un arco temporale – tra i trenta e i sessanta giorni – per il deposito dello statuto modificato. Qualora le modifiche apportate non siano conformi alla legge oppure sia trascorso inutilmente il termine suddetto, la Commissione, con provvedimento motivato, può negare l'iscrizione del partito nel Registro nazionale dei partiti politici. Si tratta certamente di una novità rilevante. Su questi aspetti, tra i primi commenti alla legge si veda G. Maestri, *Simboli dei partiti, controllo degli statuti e registrazione: gli effetti delle nuove norme sul finanziamento*, in *Federalismi.it*, n. 5, 2014.

²⁰⁵ L. Elia, *Per una legge sui partiti in Studi in memoria di Franco Piga*, Giuffrè, Milano 1992, 1, p. 411; S. Bonfiglio, *Forme di governo e partiti politici nella evoluzione della dottrina costituzionalistica italiana*, Giuffrè, Milano, 1993. È bene richiamare anche alcuni tra i tanti contributi sui partiti politici apparsi tra gli anni Settanta e gli anni Ottanta quando è già evidente la crisi dei partiti politici: S. Gambino, *Partiti politici e forma di governo*, Liguori editore, 1977; P. Ridola, *Partiti politici*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, spec. par. 8; C. Pinelli, *Discipline e controlli sulla democrazia interna dei partiti*, Cedam, Padova, 1984; F. Lanchester, *Il problema del partito politico: regolare gli sregolati*, in *Quaderni costituzionali*, n.1, 1988.

²⁰⁶ C. Mortati, *Introduzione alla legge elettorale cecoslovacca (29 febbraio 1920, n. 123)*, in *La legge elettorale cecoslovacca*, collana di Testi e documenti costituzionali, promossa dal Ministero della Costituente, Firenze, 1946, vol. 22, pp. 7-32. Pubblicata in C. Mortati, *Problemi di politica costituzionale*, cit., pp. 371 ss.

²⁰⁷ C. Mortati, *Parlamento e democrazia*, cit., pp. 8-10.

ritiene che il decadimento del livello di capacità dei parlamentari sia prevalentemente imputabile alla modalità della loro selezione. In particolare quando la scelta di questi «non è affidata in modo esclusivo al partito, con il sistema della lista bloccata», ma è in modo parziale attribuita all'elettore, cui si concede la facoltà di esprimere la propria preferenza, la lista, quando nessuna disciplina sia imposta ai partiti chiamati a formarla, «risulta spesso dalla volontà di oligarchie né oneste, né illuminate»²⁰⁸.

Per quanto riguarda la formazione delle Assemblee legislative, l'aspetto della formula elettorale, se pur importante, non è sufficiente, secondo Mortati, a migliorare la forma di collegamento fra le forze sociali ed il Parlamento. Per questa ragione è molto critico nei confronti del sistema bicamerale attuato dalla nuova Costituzione²⁰⁹, che non soddisfa né l'esigenza della rappresentatività, né quella della funzionalità efficiente²¹⁰. Se, come si è detto, la prima Camera dovrebbe essere costituita, secondo Mortati, in base ad un'elezione su liste presentate da partiti e con l'impiego di un metodo proporzionale corretto, in modo tale da evitare la frammentazione partitica che tanto nuoce a tale camera e alla sua «competenza esclusiva in materia di indirizzo di politica generale»; la seconda Camera dovrebbe essere eletta mediante elezioni indirette, per rappresentare e armonizzare in sede nazionale gli interessi professionali, i bisogni locali e regionali. A questa seconda Camera, secondo Mortati, dovrebbe essere opportunamente attribuito per la legislazione generale «solo un potere di veto sospensivo, con la facoltà di richiedere un riesame da parte della prima, o, in via eccezionale e con maggioranza qualificata»²¹¹.

Mortati, ancora prima della sua elezione in Assemblea costituente, in uno scritto pubblicato nel maggio del 1946 in *Realtà politica*, affronta il tema – con uno sguardo attento al dibattito nella travagliata fase costituente francese, che rivelava l'esistenza di un forte dissenso fra le forze politiche – auspicando la istituzione delle Regioni quale entità autonome, fornite di pieno rilievo costituzionale, da utilizzare «quali collegi elettorali per la elezione dei membri della seconda camera»²¹² espressione delle categorie, anche di quelle estranee al processo produttivo. Infatti, non si deve cadere nell'errore di confondere la seconda camera con un consiglio economico. Né si deve confondere questa particolare forma di rappresentanza organica (per gruppi) con le forme di rappresentanza fondate sul principio del suffragio universale su base maggioritaria.

²⁰⁸ Ivi, p. 9.

²⁰⁹ C. Mortati, *La crisi del Parlamento*, in *Atti del Convegno*, promosso dal Movimento Salvemini su *La sinistra davanti alla crisi del Parlamento* (14-15 maggio 1966), Milano, 1967, pp. 107-108. Pubblicato anche in C. Mortati, *Problemi di politica costituzionale*, cit., pp. 157-169. Mortati risponde a Parri circa la responsabilità che quest'ultimo attribuisce ad alcuni accademici presenti in Costituente per aver ostacolato l'adozione delle proposte dirette ad attenuare gli inconvenienti del bicameralismo. Scrive Mortati: «Sta di fatto che un'iniziativa in questo senso era stata presa proprio da un professore di diritto costituzionale, l'onorevole Tosato (al quale *mi* ero associato), mentre essa ebbe ad incontrare il dissenso di quasi l'intera assemblea» (p. 157).

²¹⁰ C. Mortati, *Parlamento e democrazia*, cit., p. 17.

²¹¹ Ivi, p. 18.

²¹² C. Mortati, *Il potere legislativo: unicameralismo o bicameralismo?*, in *Realtà politica*, 1946, n. 8. Pubblicato anche in C. Mortati, *Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato. Raccolta di scritti*, vol. I, cit., p. 435.

Con un approccio completo e organico alla questione, nella sua relazione del 3 settembre 1946 su «Il potere legislativo» di fronte alla Seconda Sottocommissione, Mortati conferma l'orientamento – già prevalente nella «Commissione per gli studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato» (la c.d. Commissione Forti)²¹³ – a favore di una seconda Camera fondata su una rappresentanza regionale temperata: eletta a suffragio universale entro determinate categorie eleggibili. Nelle intenzioni di Mortati, tale composizione del Senato sarebbe servita al completamento della rappresentanza e dello stesso Stato democratico, andando *oltre* il cosiddetto «corporativismo cattolico»²¹⁴. Questa sua proposta e altre non vennero accolte, perché in Assemblea costituente non si riuscì a trovare una convincente soluzione alla composizione del Senato, anche se tutti concordarono sull'importanza di evitare che la seconda Camera diventasse un doppiopione della prima.

Mortati critica apertamente la scelta dell'Assemblea Costituente a favore di una seconda camera concepita solamente come esigenza di limitare o frenare l'eccessiva influenza che potrebbe essere assunta da un'assemblea che fosse unica titolare della funzione legislativa.

5. Stabilità governativa ed esecuzione dell'indirizzo politico

Per soddisfare l'esigenza di stabilità dell'azione di governo, che in Costituente era stata molto avvertita anche da Piero Calamandrei, convinto assertore della forma di governo presidenziale patrocinata in Francia da Leon Blum nello stesso periodo²¹⁵, Mortati, favorevole ad una forma di governo parlamentare razionalizzata, propone di dare alla formazione del governo carattere di stabilità per l'intera legislatura, la cui durata, a suo avviso, si sarebbe potuta ridurre a quattro anni.

La stabilità, secondo Mortati, doveva riguardare almeno la persona del Presidente del consiglio, attribuendogli, d'accordo con il Presidente della Repubblica, la facoltà di scioglimento della Camera dei deputati, ma non prima che fosse trascorso un biennio dall'inizio della legislatura e «quando il dissenso fra il governo, che pone le direttive politiche, e la camera, cui sono sottoposte le misure destinate a realizzarlo, assuma un aspetto di tale gravità da compromettere l'efficienza dell'azione statale»²¹⁶.

Mortati ritiene utile l'elemento di razionalizzazione introdotto dalla Costituzione della IV Repubblica francese nella parte in cui richiede l'intervento della stessa maggioranza

²¹³ G. D'Alessio, a cura di, *Alle origini della Costituzione italiana. I lavori preparatori della Commissione per gli studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato (1945-1946)*, Il Mulino, Bologna, 1979.

²¹⁴ U. De Siervo, *Parlamento, partiti e popolo nella progettazione costituzionale di Mortati*, cit., p. 303; S. Bonfiglio, *Il Senato in Italia. Riforma del bicameralismo e modelli di rappresentanza*, Laterza, Roma-Bari, prima edizione, 2006, p. 49.

²¹⁵ C. Mortati, *La Costituzione nel pensiero di Piero Calamandrei*, in *Presentazione* del vol. III delle *Opere giuridiche di Piero Calamandrei*, Napoli, 1968, pp. V-XXIV. Pubblicato anche in C. Mortati, *Problemi di politica costituzionale*, cit., p. 271.

²¹⁶ C. Mortati, *Parlamento e democrazia*, cit., p. 20.

qualificata sia per la fiducia che per la sfiducia al governo da parte del Parlamento; viceversa, considera di minore efficienza il congegno in essa previsto per lo scioglimento dell'assemblea politica, per due elementi critici evidenziati in un saggio del 1947²¹⁷. Il primo riguarda l'esclusione di un autonomo potere di intervento del capo dello Stato nella decisione (avendo l'obbligo di uniformarsi alla decisione assunta su tale punto dal Consiglio dei ministri, art. 84 Cost. fr.). Il secondo elemento debole è la previsione di condizioni assai rigide per poter giungere allo scioglimento (due crisi verificatesi nella seconda metà della legislatura, nel corso di una stessa sessione, e prodottesi con determinate modalità).

Costantino Mortati, nell'ultimo saggio sopra ricordato, parla già del Capo dello Stato come «supremo garante», come soluzione ottimale da introdurre nella Costituzione²¹⁸. Il Presidente della Repubblica deve dunque assumere, in una forma di governo parlamentare monistica, una posizione *super partes*, non partecipando direttamente all'attività di indirizzo politico, ma avendo riguardo ad essa soltanto poteri di garanzia delle condizioni necessarie ad assicurarne la regolarità e la continuità di svolgimento²¹⁹. Per Mortati il Governo, che non è il comitato esecutivo del Parlamento, è il maggiore artefice della funzione di indirizzo politico. E, nell'ambito del Governo, egli è a favore della posizione di supremazia del Presidente del Consiglio non solo rispetto ai ministri ma anche rispetto alla maggioranza che sostiene il Governo²²⁰. Per questa ragione, Mortati fa rientrare il decreto di scioglimento delle Camere nella categoria degli atti sostanzialmente complessi²²¹. E, soprattutto, in ragione di tale supremazia – derivante dall'art. 95 Cost. – egli pensava che, se le norme avessero trovato esatta ed intera applicazione, il sistema si sarebbe potuto svolgere nel senso di dar vita al regime detto «a primo ministro» o a «cancellierato».

Costantino Mortati fu quindi fautore di un parlamentarismo corretto, ancora più corretto rispetto a Weimar. Egli credeva che un tale sistema avrebbe potuto funzionare, ma era anche consapevole del fatto, che problemi come l'instabilità governativa o le crisi extraparlamentari, ancor più che dipendere da una deficienza di previsioni costituzionali, chiamassero in causa direttamente la posizione di responsabilità dei partiti di fronte al corpo elettorale, conferendo al dibattito pubblico sulle cause stesse delle crisi extraparlamentari «quell'efficacia sulla quale faceva assegnamento il costituente».²²²

Del resto, l'esigenza di dare forza, autorità e stabilità al potere esecutivo è espressa da Mortati, perché considera che la «instabilità dei Governi è il danno peggiore che possano

²¹⁷ C. Mortati, *Il problema della direzione politica dello Stato e il progetto di Costituzione della Repubblica italiana*, in *Idea*, settembre 1947, n. 9, pp. 516-526. Ripubblicato in C. Mortati, *Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato*, cit., pp. 487-509.

²¹⁸ T. Martines, *Capo dello Stato e forma di governo parlamentare in Mortati*, in *Forme di Stato e di governo: nuovi studi sul pensiero di Costantino Mortati*, cit., p. 743 ss.

²¹⁹ C. Mortati, *Le forme di governo. Lezioni*, Cedam, Padova, 1973, p. 432.

²²⁰ Ivi, p. 431.

²²¹ C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, tomo II, Cedam, Padova, 1976, p. 663 ss.

²²² C. Mortati, *Considerazioni sui mancati adempimenti costituzionali*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea costituente*, Firenze, 1969, vol. IV, pp. 465-502. Citazione tratta da C. Mortati, *Problemi di politica costituzionale*, cit., p. 186.

lamentare i vari paesi...», e che possa comportare «...il discredito della democrazia»²²³. Anche l'armonia di indirizzo politico non è fine a se stessa: egli auspica una «Costituzione in cui il popolo abbia un potere operante»²²⁴. Nell'evidenziare gli inconvenienti del governo presidenziale, in particolare negli Stati che presentano un assetto accentrato, egli è favorevole al regime parlamentare monista, in cui il Governo, una volta che abbia ricevuto un espresso voto di fiducia parlamentare sulla base del suo programma politico, vincoli il Parlamento a mantenere in vita il Governo per almeno due anni²²⁵, per la realizzazione del programma stesso, «reso pubblico e forte dei consensi non solo delle direzioni dei partiti, ma anche del Paese attraverso il Parlamento»²²⁶.

Rispetto al rapporto tra partito e principio democratico, Mortati, scrive Elia, vuole che «il popolo incida sull'indirizzo politico»²²⁷. Elia ricorda che De Gasperi chiamava «i miei radicali» sia Dossetti sia Mortati; anzi, «in particolare Mortati, ritenendo in qualche modo anche pericolosa questa eccessiva propensione, per cui poi non è causale che molte delle proposte non passassero»²²⁸. Questa sua propensione ritenuta “eccessiva” spingeva, dunque, Mortati a sostenere un sistema maggioritario secondo lo schema: partiti-maggioranza parlamentare a favore di un Gabinetto forte. Non solo, perché quella stessa propensione diventava perfino “pericolosa” se orientata a favore degli istituti di democrazia diretta. Questi, infatti, durante i lavori dell'Assemblea costituente, furono tiepidamente sostenuti dai democristiani e visti con diffidenza dagli esponenti dei partiti della sinistra, ad eccezione di Terracini²²⁹.

Il testo presentato da Mortati sull'iniziativa legislativa popolare, nel corso dei lavori della II Sottocommissione della Commissione dei 75, ebbe qualche consenso e tante critiche. Molti intendevano tale istituto come «perturbante» delle linee direttive del governo, mentre, secondo l'insigne studioso, esso si giustificava proprio per questa ragione: come mezzo concreto attribuito al popolo per «esprimere efficacemente un proprio orientamento anche in difformità con l'orientamento governativo»²³⁰. E, per dare peso a tale istituto, egli proponeva che si sarebbe dovuto prevedere anche l'indizione di un referendum sul testo popolare nel caso in cui il Parlamento avesse respinto la proposta di iniziativa popolare. Questa proposta di Mortati, però, fu scartata, in quanto la preoccupazione maggiore dei

²²³ Intervento di Costantino Mortati nella seduta in data 3 settembre 1946 della Seconda Sottocommissione sul problema della forma di governo, citazione tratta dal volume: C. Morati, *Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato*, cit., p. 693.

²²⁴ Ivi, p. 686.

²²⁵ Ivi, p. 692-693.

²²⁶ Intervento di Costantino Mortati nella seduta del 4 gennaio 1947 della Seconda Sottocommissione, Prima Sezione, della Commissione per la Costituzione dell'Assemblea Costituente, in C. Mortati, *Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato*, cit., pp. 710-711.

²²⁷ L. Elia, *Intervento alla Tavola rotonda*, in *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, cit., p. 328.

²²⁸ Idem, p. 328.

²²⁹ L'ideologia politico-costituzionale delle principali forze politiche della sinistra italiana «portava a privilegiare il mantenimento nella sola sede parlamentare delle scelte politiche fondamentali, ed a diffidare, in generale, del referendum» (S. Panunzio, *Riforme costituzionali e referendum*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 1990, p. 426).

²³⁰ In *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, vol. VII, II Sottocommissione, seduta del 24 ottobre 1946, p. 1240.

costituenti era quella di affermare che l'attività legislativa fosse monopolizzata dagli istituti di democrazia rappresentativa. Non condividendo la diffidenza verso gli istituti di democrazia diretta accolti in varie costituzioni del primo dopoguerra – diffidenza anche di molti studiosi francesi, basti pensare a Esmein e Mirkine-Guetzévitch – Mortati vuole dare al principio della sovranità popolare un proprio significato giuridico. E per tale motivo occorre, a suo parere, una valorizzazione sia della rappresentanza politica e, in primo luogo, dei partiti politici, sia degli istituti di democrazia partecipativa.

Secondo Mortati, il titolare dell'esercizio della sovranità è la maggioranza intesa come «un'entità complessa formata: dalla parte del corpo elettorale, che attribuendo il numero più elevato di voti ad un partito, abilita questo all'assunzione del potere; dal partito maggioritario visto nella sua organizzazione complessiva; dall'insieme dei titolari degli organi elettivi e di governo dello stesso partito maggioritario»²³¹. Anche Galizia²³² negli stessi anni sosteneva un sistema parlamentare maggioritario, ma era anche intensamente preoccupato, come Calamandrei e Mortati, dei pericoli derivanti dallo strapotere delle forze politiche di maggioranza; pericoli resi ancor più evidenti dalla mancata attuazione della Costituzione repubblicana, a cominciare dal sistema delle garanzie costituzionali. In questo contesto, è interessante notare come Mortati facesse rientrare il referendum nella «categoria delle controforze, rese necessarie per temperare l'assolutezza del dominio da parte delle formazioni politiche di maggioranza»²³³.

Il referendum (abrogativo) viene inquadrato nella categoria delle *controforze* e non nell'attività di esecuzione dell'indirizzo politico, che necessita di continuità e di una durata necessaria al suo svolgimento. Il referendum (abrogativo) ha una natura negativa, mentre la funzione di indirizzo politico per la sua stessa natura è sempre dinamica e positiva²³⁴.

Nel criticare le disfunzioni del sistema partitico, Mortati, sul finire degli anni Sessanta, mostra un atteggiamento fiducioso verso quel fiorire di nuovi soggetti sociali, i quali tendono ad uscire dall'alveo delle *controforze*, «ma la cui incidenza sul processo politico, in mancanza della formazione di corrispondenti adeguati congegni, resta allo stato *diffuso*»²³⁵.

6. Il concetto di costituzione in senso materiale: un “cannocchiale” ancora in uso

²³¹ C. Mortati, *Note introduttive ad uno studio sui partiti politici nell'ordinamento italiano*, cit., p. 133.

²³² M. Galizia, *Nomina e fiducia. Il Presidente della Repubblica e la formazione del governo*, Firenze, 1954.

²³³ C. Mortati, *Note introduttive ad uno studio sui partiti politici nell'ordinamento italiano*, cit., p. 138. Altrettanto interessante è notare che per stesse ragioni espresse da Mortati, anche Martines valorizzava il corpo elettorale, tramite il referendum, come *forza* e *controforza* politica (T. Martines, *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, Giuffrè, Milano, 1957).

²³⁴ C. Mortati, *op. ult. cit.*

²³⁵ P. Ridola, *Democrazia e rappresentanza nel pensiero di Costantino Mortati*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, cit., p. 300.

La prima lezione di Mortati sul concetto di costituzione è riconducibile al tema del carattere e della “forza” normativa dei principi. Nella seduta del 28 novembre 1946 dell’Adunanza plenaria della Commissione dei 75, nel replicare a Calamandrei sulle cosiddette norme programmatiche e sulla distinzione tra principi e norme, Mortati afferma che anche i principi sono normativi, perché vincolano coloro che debbono applicare le leggi, sia nell’attività interpretativa che in quella di completamento delle lacune; e, altresì, «in quanto sia ammesso un controllo di costituzionalità sostanziale delle leggi, possono avere per effetto di invalidare quelle fra esse che contrastino con i principi»²³⁶.

Una delle principali funzioni della costituzione in senso materiale, secondo Mortati, è quella diretta a garantire, al di là del mutamento dei singoli istituti, il mantenimento della parte essenziale della costituzione, facendo riferimento all’esistenza di «un limite assoluto alla sua modificabilità»²³⁷. Così, sia la dottrina²³⁸ che la giurisprudenza costituzionale²³⁹ hanno più volte evidenziato l’esistenza, accanto ai limiti espliciti, di ulteriori limiti impliciti alla revisione costituzionale, con riferimento specifico alla immodificabilità di «principi supremi», che non sarebbero nella disponibilità di alcun potere costituito. Anche quando in alcuni ordinamenti costituzionali, come ad esempio la Spagna, è prevista la revisione totale, quest’ultima non può che rispettare i principi fondamentali della forma di Stato quale risulta dall’ordinamento in atto²⁴⁰. I *principi costituzionali sostanziali*²⁴¹, dunque, pure se non sono esplicitati, costituiscono veri e propri limiti materiali alla revisione costituzionale.

La lezione dell’illustre costituzionalista è importante anche per affrontare con realismo quelle opportune “manutenzioni” costituzionali che i cambiamenti politici e sociali richiedono. Secondo Mortati l’esperienza storica rivela «come la vitalità delle costituzioni non sia legata alla perfezione formale e tecnica dei testi che le consacrano, e come anzi un certo grado di disarmonia tra le varie disposizioni ... può, in certi casi e dentro certi limiti, manifestarsi utile, facilitando adattamenti pacifici alle situazioni poste in essere dagli eventi

²³⁶ Citazione tratta da C. Mortati, *Sul concetto di costituzione e sulla revisione della costituzione*, in *Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato*, cit., p. 682.

²³⁷ C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, cit., p. 208; C. Mortati, *Concetto, limiti, procedimento della revisione costituzionale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1952; C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, tomo II, Cedam, Padova, 1976, p. 1241.

²³⁸ F. Modugno, *Il problema dei limiti alla revisione costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 2, 1992; M. Luciani, *I diritti fondamentali come limiti alla revisione costituzionale*, in V. Angiolini (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1992; G. U. Rescigno, *Revisione della Costituzione o nuova Costituzione?*, in *Diritto pubblico*, 1997; S. P. Panunzio, *Il metodo ed i limiti alla revisione costituzionale*, in G. Azzariti (a cura di), *Quale riforma della Costituzione?*, Giappichelli, Torino, 1999; M. Piazza, *I limiti alla revisione costituzionale nell’ordinamento italiano*, Cedam, Padova, 2002; S. Gambino-G. D’Ignazio (a cura di), *La revisione costituzionale e i suoi limiti: fra teoria costituzionale, diritto interno, esperienze straniere*, Giuffrè, Milano, 2007; A. D’Atena, *La revisione della Costituzione tra maggioritario e sindrome della grande riforma*, in *Diritto e società*, n. 1, 2011; A. Pace, *Sulle revisioni costituzionali*, in *Diritto pubblico*, n. 2, 2013; M. Siclari (a cura di), *L’istituzione del Comitato parlamentare per le riforme costituzionali*, Roma, Aracne, 2013; F.R. De Martino, *Le deroghe all’articolo 138 della Costituzione. L’esperienza repubblicana*, Napoli, ESI, 2014; e, più di recente, S. Bonfiglio, *Sulla rigidità delle Costituzioni. Il dibattito italiano e la prospettiva comparata*, in *Diritto pubblico*, n. 1, 2015.

²³⁹ Vedi la sent. n. 1146/1988 della Corte costituzionale.

²⁴⁰ C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, tomo II, cit., p. 1241.

²⁴¹ J. Miranda, *Teoria do Estado e da Constituição*, Coimbra Editoria, Coimbra, 2002, p. 625 ss.

successivi».²⁴² In tale senso va ricordato che in Italia la riforma del titolo V della Costituzione, pur presentando alcuni limiti nella forma e nei contenuti, è stata molto utile perché ha contribuito ad affievolire le spinte secessioniste, già molto forti a cominciare dalla seconda metà degli anni Ottanta del secolo scorso. Viceversa, in Spagna la situazione catalana – non risolta prevalentemente per incapacità e mancanza di volontà politica, ma anche a causa dell’inadeguatezza dell’assetto territoriale dello Stato e della assenza di una vera e propria Camera delle comunità autonome²⁴³ – ha prodotto forti conflitti istituzionali e lacerazioni nel tessuto sociale.

Del resto, Mortati è consapevole che nessun congegno istituzionale o elettorale può funzionare senza una partecipazione del «corpi intermedi» alla vita delle istituzioni.

Anche con riferimento alla composizione della seconda Camera, la riflessione di Mortati sui «corpi intermedi» è molto frequente²⁴⁴ nei suoi scritti durante gli anni della Costituente, e anche dopo²⁴⁵. Per questa ragione, egli critica il Progetto di Costituzione che si è arrestato in una posizione sostanzialmente tradizionalista, affermando che «un raddoppiamento del lavoro legislativo non avrebbe ragione d’essere se esso non dovesse rendere possibile un accertamento più pieno della sua corrispondenza alle esigenze popolari»²⁴⁶.

Purtroppo, a differenza della maggior parte dei sistemi parlamentari, ancora oggi in Italia siamo in presenza di un bicameralismo perfetto. Eppure, l’attuale assetto bicamerale non ha più alcuna ragion d’essere, tant’è vero che, soprattutto dopo la riforma del titolo V della Costituzione, con la legge costituzionale n. 3 del 2001, la dottrina costituzionalistica italiana ha molto approfondito il tema della trasformazione del Senato in una Camera delle autonomie territoriali. La riforma costituzionale del 2001, infatti, non soddisfa le esigenze di raccordo e di cooperazione tra Stato e Regioni. Anche da un’attenta analisi delle esperienze degli Stati federali e regionali emerge non soltanto l’intreccio di competenze fra i diversi livelli territoriali, ma anche la presenza di momenti di raccordo e di cooperazione, che vengono soddisfatti, innanzitutto, attraverso una Camera di rappresentanza degli enti territoriali di secondo livello. Viceversa, non ha più alcun senso concepire il Senato come “fotocopia” dell’altra Camera per garantire meglio la qualità

²⁴² *Introduzione alla Costituzione di Weimar*, citazione tratta da C. Mortati, *Problemi di politica costituzionale. Raccolta di Scritti*, cit., p. 295.

²⁴³ Anche in un recente documento del 21 novembre 2017, *Ideas para una reforma de la Constitución*, alcuni illustri giuristi spagnoli (tra cui Santiago Muñoz Machado, Eliseo Aja Fernández, Francesc de Carreras Serra), impegnati a dare una risposta istituzionale al problema catalano, hanno proposto una riforma del Senato, oltre ad un potenziamento dell’autonomia statutaria delle Comunità autonome, una piena costituzionalizzazione del riparto delle competenze, idonei strumenti e organi di collaborazione e la costituzionalizzazione degli elementi essenziali del modello di finanziamento regionale. Per la lettura del documento si veda: https://politica.elpais.com/politica/2017/11/20/actualidad/1511206935_296549.html

²⁴⁴ C. Mortati, *Il potere legislativo nel progetto di Costituzione*, in *Studium*, luglio-agosto 1947, n. 7-8, pp. 242-252. Ripubblicato in C. Mortati, *Studi sul potere costituzionale e sulla riforma costituzionale dello Stato*, cit., pp. 455-475; e, nello stesso volume, *La Seconda Camera*, pp. 479-484, in *Cronache sociali*, settembre 1947, n. 9, pp. 123-124.

²⁴⁵ C. Mortati, *Problemi dell’ordinamento regionale*, in *Comunità*, 1952. Ora in C. Mortati, *Problemi di diritto pubblico nell’attuale esperienza costituzionale italiana. Raccolta di scritti*, cit., vol. III, p. 478; e, dello stesso autore, *Senato «corporativo»*, in *Gli Stati*, 1973, 10, p. 20.

²⁴⁶ C. Mortati, *Il potere legislativo nel progetto di Costituzione*, cit., pp. 461-462.

della legislazione, perché quest'ultima dipende essenzialmente dalla tecnica legislativa e dalla valutazione sulla fattibilità delle leggi.

Ancora più evidente è l'impatto negativo sulla dinamica della forma di governo parlamentare del bicameralismo perfetto, che è stato spesso concausa di una maggiore instabilità governativa, e che ha favorito il fenomeno del transfughismo parlamentare, cioè dei passaggi dei parlamentari da un gruppo politico ad un altro, a conferma della debolezza delle forze politiche.

Nel pensiero giuridico di Mortati, una particolare attenzione, come si è detto, è rivolta alla democratizzazione dei corpi intermedi e, in primo luogo, dei partiti politici. Ed è proprio la riflessione giuridica sul tema delle regole più idonee a selezionare la classe politica che rimane di grande interesse, non soltanto nel dibattito in Italia, ma anche in altri contesti²⁴⁷ – a prescindere dalla forma di governo e valorizzando, come fece Mortati in Costituente, anche gli strumenti di democrazia diretta²⁴⁸. Ma, soprattutto, appare ormai ineludibile il problema di una disciplina giuridica dei partiti politici²⁴⁹, per il corretto funzionamento della democrazia²⁵⁰, per la partecipazione dei cittadini alla politica nazionale²⁵¹, per il pieno sviluppo della persona umana.

Per Mortati non si deve trascurare che la «democrazia poggia su una valutazione ottimistica dell'essenza spirituale dell'uomo»²⁵². Per questa ragione, la democratizzazione dei corpi intermedi e la selezione delle élites necessitano di una rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale, a cominciare da una piena attuazione dell'art. 34 della Costituzione, per garantire ai più capaci privi di mezzi il diritto di raggiungere i gradi più alti degli studi. Su queste basi democratiche e sul merito si fonda lo Stato democratico di diritto

²⁴⁷ Si veda il n. 3, 2017 della *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*. Si tratta di un numero dedicato all'attualità delle primarie. In Italia, il dibattito più recente, nel n. 3, 2015 della rivista *Nomos-leattualitaneldiritto.it*, trae spunto dalla ripubblicazione nel n. 2, 2015 della stessa rivista del saggio di C. Mortati, *Concetto e funzione dei partiti politici*, in *Quaderni di Ricerca*, s. l., 1949, con una nota introduttiva di F. Lanchester.

²⁴⁸ P. Biglino Campos (coord.), *Partidos políticos y mediaciones de la democracia directa*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016.

²⁴⁹ La letteratura in materia è molto vasta. Si vedano i più recenti contributi apparsi nel n. 3, 2015 della rivista *Nomos-leattualitaneldiritto.it*, di Salvatore Bonfiglio, Alessandro Catelani, Gabriele Maestri, Gianfranco Macri; e, altresì, F. Clementi, *Prime considerazioni intorno ad una legge di disciplina dei partiti politici*, in *Federalismi.it*, 25 marzo 2015; R. Calvano, *Dalla crisi dei partiti alla loro riforma, senza fermarsi ...voyage au bout de la nuit?*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2015; A. Lanzafame, *Sui livelli essenziali di democrazia nei partiti*, in rivista *AIC*, n.1/2017; G. Grasso, *Partiti politici europei e disciplina costituzionale nazionale*, *Nomos-leattualitaneldiritto.it*, n. 1/2017. Si veda, inoltre, la relazione al XXXII Convegno annuale A.I.C. (Modena, 10-11 novembre 2017) presentata da M. Manetti, *Costituzione, partecipazione democratica, populismo*, p. 18, in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/xxxii-convegno-annuale-a-i-c-le-relazioni.html>.

²⁵⁰ Basti pensare a questioni di particolare rilevanza come quello del finanziamento ai partiti. Un ulteriore importante tema è quello concernente il regime delle ineleggibilità per i magistrati (da ultimo, V. De Santis, *Iscrizione ai partiti politici, elettorato passivo e regime delle ineleggibilità per i magistrati nel (poco democratico) sistema dei partiti*, in *Nomos-leattualitaneldiritto.it*, n. 2, 2017, in particolare pp. 12-17. Infine, la questione delicatissima delle garanzie per gli iscritti (F. Sgrò, *Legge elettorale, partiti politici, forma di governo*, Cedam, Padova, 2014, p. 183).

²⁵¹ Del resto, anche nella recente sentenza della Corte costituzionale, n. 35/2017, si evidenzia che «la selezione e la presentazione delle candidature [...] è anche espressione della posizione assegnata ai partiti politici dall'art. 49 Cost., considerando, peraltro, che [essa] deve essere svolta alla luce del ruolo che la Costituzione assegna ai partiti, quali associazioni che consentono ai cittadini di concorrere con metodo democratico a determinare, anche attraverso la partecipazione alle elezioni, la politica nazionale».

²⁵² C. Mortati, *Parlamento e democrazia*, cit., p. 11.

inteso come Stato di cultura. Scrive Mortati in quegli anni di fondazione della Repubblica: «La graduazione gerarchica, necessaria ad ogni consociazione, è volontariamente accettata quando essa non appaia espressione di un dominio di classe, quando la scelta sia effettuata in ragione della naturale capacità e non di posizioni di vantaggio precostituite»²⁵³.

Vista la sua particolare attenzione per i diritti sociali e, non a caso, per l'esperienza della Repubblica di Weimar, Elia considera Mortati «il più weimariano dei giuristi italiani di quel periodo»²⁵⁴. I costituenti che volevano una democratizzazione effettiva dello Stato, non a caso riflettevano su quel modello costituzionale, pensando ad un intervento attivo dello Stato nella sfera economica e sociale. Così, anche nel modello “sociale” prevalente nella nostra Assemblea costituente, i rapporti fra la società e lo Stato appaiono rovesciati rispetto a quelli che erano orientati a favore del predominio del potere economico sull'ordinamento giuridico. Non poteva essere, dunque, la concezione dello “Stato minimo” a prevalere in Costituente, in quanto la più diffusa partecipazione dei cittadini alla vita politica faceva sì che, accanto alla difesa dei diritti di libertà dallo Stato e al consolidamento dei diritti politici (o libertà nello Stato), si affermassero anche i diritti sociali *attraverso* o *per mezzo* dello Stato.

Non è rilevante che la Costituzione italiana, a differenza di quelle della Repubblica federale di Germania e del Regno di Spagna, non abbia adottato la formula “Stato sociale”, visto che in essa si riscontrano i contenuti corrispondenti a tale formula²⁵⁵.

Come nella maggior parte delle Costituzioni del secondo dopoguerra, così nella Costituzione italiana, il modello di Stato sociale è animato da una logica che rifiuta ogni scelta ideologica unilaterale: i suoi contenuti sono il frutto di un accordo fra le principali forze politiche. Per questo motivo anche la disciplina costituzionale dell'economia si presenta “aperta” a differenti interpretazioni e sembra consentire in concreto diversi sviluppi. Essa, però, va letta tenendo conto della prevalente critica che i costituenti muovevano alla nozione di “laissez-faire”, avendo ben presente i “fallimenti del mercato” e la sua incapacità di funzionare autonomamente²⁵⁶. Per tale ragione la Costituzione repubblicana prevede un largo e articolato intervento dello Stato nella vita economica.

A cominciare dagli anni Ottanta del secolo scorso, la globalizzazione economica – favorita da quelle correnti politiche che fondono conservatorismo e liberismo, basti pensare al

²⁵³ Ivi, p. 14.

²⁵⁴ L. Elia, *Intervento alla Tavola rotonda*, cit., p. 327.

²⁵⁵ C. Mortati, *Art. 1*, in *Commentario della Costituzione*, a cura G. Branca, Bologna, 1975, p. 46.

²⁵⁶ P. Barucci, *Economisti alla Costituente*, in *La cultura economica nel periodo della ricostruzione*, a cura di G. Mori, Bologna, 1980, p. 43 e p. 45; A. Pesenti, *La struttura sociale dell'economia nella Costituzione e lo sviluppo economico italiano*, in *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea Costituente*, volume III, pp. 279-309; F. Caffè, *Un riesame dell'opera della Commissione economica per la Costituente*, op. ult. cit., pp. 35-45; inoltre, sull'ideologia politica di alcuni economisti italiani dell'immediato dopoguerra, si veda A. Macchioro, *J. M. Keynes e il keynesismo in Italia*, nel volume *Studi di storia del pensiero economico*, Milano, 1970, pp. 611-652; G. Amato, *Il mercato nella Costituente*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 1992, p. 7. Particolarmente importante è un'opera che ebbe vivaci echi nei dibattiti che accompagnarono i lavori della Costituente: si tratta del volume di G. Demaria, *Lo Stato sociale moderno. Le sue basi storiche e la sua organizzazione*, (1946), ristampa, Padova, 1962.

thatcherismo e al reaganismo – ha destabilizzato la “costituzione economica”²⁵⁷ e, altresì, il principio democratico, il pluralismo politico, la partecipazione politica, la tutela dei diritti fondamentali e, infine, ha messo in crisi la distinzione tra potere costituente e potere costituito.

Così, nel nuovo ordine mondiale, risulta essere prevalente non la costituzionalizzazione della globalizzazione, ma la privatizzazione del diritto internazionale²⁵⁸ e la frammentazione dei regimi giuridici di tipo settoriale, e non territoriale, cioè *oltre lo Stato*²⁵⁹. La frammentazione del diritto è una conseguenza dell’affermarsi di nuovi regolatori globali che si configurano come autonome isole organizzative, in cui non sono riconoscibili i processi decisionali e sono quasi del tutto assenti i controlli. In particolare, si registra spesso una assenza di vincoli strutturali per il mercato finanziario.

Negli ultimi decenni le società private multinazionali sono cresciute tanto da configurarsi come soggetti «sovrani» globali in grado di essere grandi produttori diretti e indiretti di diritto. Per queste grandi *corporations*, attori globali più forti rispetto alla maggior parte degli Stati, i diritti fondamentali dei singoli, dei gruppi e delle comunità costituiscono un ostacolo facilmente superabile. Anzi, molti Stati “collaborano” con tali soggetti economici per la svendita dei «beni comuni»²⁶⁰.

In questo scenario internazionale, autorevoli autori, nella prospettiva di un *Post-national constitutionalism*, hanno teorizzato il superamento del costituzionalismo, una irrimediabile antitesi fra quest’ultimo e il pluralismo²⁶¹, e perfino una sorta di estinzione dello Stato, che, dopo la sua crisi, sarebbe tanto evidente quanto peraltro fatalmente irreversibile. Questi orientamenti dottrinali, però, spesso rimangono quasi prigionieri di una concezione monista della sovranità e della statualità che appartiene ad una interpretazione prevalentemente ottocentesca del diritto e dello Stato. Tale concezione, teoricamente e ideologicamente anti-statalista, in nome del pluralismo vuole affermare il primato della politica sul diritto; primato

²⁵⁷ Ovviamente qui per “costituzione economica” non si intende soltanto la “costituzione economica formale”, formula quest’ultima concettualmente poco utile, anche se corretta con riferimento alle norme costituzionali italiane in materia economica. Il concetto di “costituzione economica”, anche se solo per comodità di analisi, può essere di una qualche validità euristica se utilizzato tenendo conto che non soltanto le norme della Costituzione italiana, ma le regole materiali di tipo convenzionale e quelle del diritto comunitario (dopo il Trattato di Lisbona, diritto dell’Unione europea) costituiscono altrettante fonti della “costituzione economica”.

²⁵⁸ Il fenomeno complesso produce effetti sia negativi che positivi. Basti pensare al ruolo degli attori non-statali nel rispetto dei diritti umani. Sul punto C. Focarelli, *La persona nel diritto internazionale*, Il Mulino, Bologna, 2013, p. 336.

²⁵⁹ S. Cassese, *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2006; G. Teubner, *Nuovi conflitti costituzionali. Norme fondamentali dei regimi transnazionali*, Bruno Mondadori, Milano, 2012; e, più di recente, M.R. Ferrarese, *Il diritto internazionale come scenario di ridefinizione della sovranità degli stati*, in *Stato e mercato*, n.1, 2017.

²⁶⁰ U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, Laterza, Roma-Bari, 2012, p. VII.

²⁶¹ N. Krisch, *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010. Per una critica alle tesi di Krisch, si veda Stone Sweet, il quale considera forzata la contrapposizione fra il costituzionalismo, visto come una rigida gerarchizzazione delle relazioni sociali, ed il pluralismo politico indotto dalla globalizzazione. A. Stone Sweet, *The structure of Constitutional Pluralism*, in *International Journal of Constitutional Law*, Yale Law School - Public Law Working Paper n. 291, 2013, p. 621 ss.; e, più di recente, A. Amirante, *Al di là dell’Occidente. Sfide epistemologiche e spunti euristici nella comparazione “verso Oriente”*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 1, 2015; S. Bonfiglio, *Costituzionalismo meticcio. Oltre il colonialismo dei diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2016 p. 61; José Luis García Guerrero, *Los embates de la globalización a la democracia*, in *Revista de Estudios Políticos*, n. 176, 2017, p. 132; M. La Torre, *Miseria del costituzionalismo globale*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 1, 2017, pp. 31-44.

della politica che costituirebbe la vera essenza del *global constitutionalism*, che limita il potere sovrano (statale)²⁶². Questa teorizzazione, però, è poco convincente, perché trascura il forte impatto delle regole economiche sulle costituzioni (politiche). Viceversa, da un lato, è evidente la forza economica e politica degli attori globali; dall'altro, è altrettanto chiaro che di fronte alla globalizzazione non vi è una debolezza e una crisi generalizzata di tutti gli Stati: basti pensare a quelli di dimensione continentale – come Usa, Cina, India e Russia – che contano nel mondo globale più di quanto possa contare l'Unione europea nonostante la sua potenza economica e commerciale.

Per resistere e sopravvivere agli effetti negativi della globalizzazione, per risocializzare la dimensione europea, contrastando la tendenza a subordinare i diritti sociali alle libertà economiche, occorre *politicizzare* lo spazio pubblico europeo per affermare i *valori* e i *principi* su cui si fonda l'Unione europea. In sostanza, quest'ultima dovrà trasformarsi in un'Unione politica, di cui i soggetti costituenti non potranno che essere i cittadini dell'Unione stessa attraverso la formazione di veri e propri *partiti transeuropei*.

²⁶² Oltre lo Stato e a favore di un “cosmopolitico paradigma di costituzionalismo”, si veda: M. Kumm, *The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship Between Constitutionalism in and beyond the State*, in J. L. Dunoff, J.P. Trachtmann, a cura di, *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 263.

Egidio Tosato*

di Fernanda Bruno **

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Periodo padovano. - 3. Periodo precostituente e costituente. - 4. Periodo repubblicano. - 5. Conclusione.

1. Introduzione

Egidio Tosato, giurista e costituente illustre, professore di Diritto costituzionale nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Milano dal 1939, è chiamato nel 1962 a ricoprire la cattedra di Diritto costituzionale italiano e comparato e poi di Istituzioni di Diritto Pubblico nella Facoltà di Scienze Politiche dell'Università di Roma²⁶³. Nella Relazione redatta da Riccardo Monaco si sottolinea lo spessore della speculazione scientifica, lo scrupolo della ricerca, l'approfondimento dei problemi del diritto pubblico generale, la padronanza del diritto costituzionale e del diritto amministrativo, qualità bene espresse in tutte le sue opere e già negli scritti del periodo padovano. Infatti Tosato, laureatosi in Giurisprudenza nella Università di Padova, è stato allievo di Donato Donati, insigne Maestro, punto di riferimento per molti giuristi.

Mi soffermerò brevemente su alcuni dei suoi primi lavori, sull'attività precostituente e costituente, nonché sugli studi del periodo repubblicano.

2. Periodo padovano

Nella prima monografia *Le leggi di delegazione* (Padova, 1931) -che come è stato scritto «costituisce ancor oggi un punto di riferimento costante per la dottrina costituzionalistica italiana»²⁶⁴ -Tosato si occupa di un problema cruciale degli anni '30, cioè del rafforzamento

* Contributo pubblicato previa accettazione del Comitato scientifico del Convegno. Relazione presentata al Convegno *I 'Costituenti' de 'La Sapienza'*, svoltosi il giorno 30 novembre 2017, presso il Rettorato – Aula degli Organi Collegiali, Università La Sapienza di Roma.

**Già Professore ordinario di Diritto pubblico comparato nell'Università "La Sapienza" di Roma.

²⁶³ Per un rapido *excursus* su alcune figure di giuspubblicisti chiamati a ricoprire le cattedre di Istituzioni di Diritto pubblico, di Diritto costituzionale italiano e comparato, di Diritto amministrativo nella Facoltà di Scienze politiche di Roma negli anni '50-'60 sia consentito il rinvio a F.BRUNO, *I Giuspubblicisti della Facoltà di Scienze Politiche Anni '50-'60*, in F.LANCHESTER (a cura di), *Passato e presente delle facoltà di scienze Politiche*, Milano, Giuffrè, 2003, pp.143 sss.

²⁶⁴ Così A.A.CERVATI, *La delega legislativa ed il potere regolamentare nel pensiero di Egidio Tosato*, in M.GALIZIA (a cura di), *Egidio Tosato costituzionalista e costituente*, Milano, Giuffrè, 2010, p.348.

dell'Esecutivo in uno degli aspetti più preoccupanti: «il fenomeno di evasione della funzione legislativa dal potere legislativo verso il potere esecutivo»²⁶⁵. Come scrive nell'introduzione, la materia è stata “pensata” in termini rigorosamente giuridici e «nello svolgimento è stata bandita ogni considerazione di carattere politico»²⁶⁶. Tuttavia avverte che i risultati dell'indagine potranno essere utili per la valutazione politica dell'istituto, in quanto «Può darsi che una migliore informazione giuridica induca a talune rettificazioni nel campo della valutazione politica»²⁶⁷: il rapporto diritto-politica è ben delineato. Egli ribadisce con forza le ragioni dello Stato di diritto ed è a favore di una interpretazione restrittiva dell'istituto della delegazione legislativa contro le inclinazioni antiparlamentaristiche della cultura fascista.

La necessità di rispettare il ruolo legislativo delle Camere, nella salvaguardia della separazione dei poteri, sarà ribadita anche in Assemblea Costituente. Si ricordi ad es. l'intervento in II Sottocommissione volto a inserire la locuzione “per tempo limitato” relativamente alla disciplina della delega legislativa²⁶⁸ e l'intervento in Assemblea contro i decreti-legge²⁶⁹.

In altri scritti del periodo padovano - quali *La Cittadinanza delle persone giuridiche* (Padova, 1932) e *I criteri per la determinazione della cittadinanza delle persone giuridiche (considerazioni preliminari)* (Padova, 1932) - si rinviene l'attenzione di Tosato alla partecipazione attiva dei cittadini e alle formazioni sociali che si riscontrerà anche negli interventi in Assemblea Costituente e nei lavori del periodo repubblicano.

3. Periodo precostituente e costituente

Tosato ampiamente conosciuto ed apprezzato nel mondo accademico e in quello dell'associazionismo cattolico²⁷⁰ è fra le persone che, per la loro competenza specifica, la costituenda Democrazia cristiana contattata per arrivare alla elaborazione del programma.

Nell'Archivio di Giuseppe Spataro si rinviene uno scritto dell'8 agosto 1943 in cui Tosato anticipa quello che sarà il *leit-motiv* di molte sue proposte alla Costituente: la riduzione del numero dei partiti come condizione prima per un governo stabile²⁷¹.

²⁶⁵ V.E.TOSATO, *Le leggi di delegazione*, Padova, Cedam, 1931, p.1.

²⁶⁶ *Ivi*, p.3.

²⁶⁷ *Ibidem*.

²⁶⁸ V. AC, II Sc, vol.VII, seduta 12 novembre 1946, pp.1295-1297.

²⁶⁹ V.AC., vol.IV, seduta 17 ottobre 1947, p.3341.

²⁷⁰ E' fra i fondatori del Circolo vicentino della FUCI (Federazione universitaria cattolica italiana) e ne assume la presidenza negli anni 1920-21 e 1923-1924. Nel 1923 presenta al Congresso nazionale della FUCI svoltosi ad Assisi la relazione “*Cattolicesimo e Neoidealismo. Aspetto giuridico-sociale*”, in cui tratta delle figure e del pensiero di Benedetto Croce e di Giovanni Gentile, punti di riferimento importanti del Neoidealismo, che raccoglie ampi consensi e viene pubblicata nella rivista *Studium* (n.9-10, 1923, pp.557-577). Su questa relazione v. il vescovo P.NONIS, *Le radici di una formazione culturale*, in *Ricordo di Egidio Tosato nel 50° della Costituzione*, Quaderno 6, Comune di Vicenza, 1998, pp.19 ss.

²⁷¹ V. lettera 8 agosto 1943, in G.FANELLO-MARCUCCI, *Alle origini della democrazia cristiana, 1929-1944*, Morcelliana, Brescia, 1982, p.67, in cui dopo aver scritto che ha letto con attenzione le “Idee ricostruttive” sottolinea: «Ritengo infatti essenziale che ogni partito e così anche la democrazia cristiana -nell'interesse proprio e nell'interesse generale, per l'avviamento ad un solido governo rappresentativo e responsabile-

Del resto già nel *Corso di costituzioni straniere. La Costituzione dell'Impero germanico. Appunti tratti dalle lezioni di Donato Donati* del 1926, da lui curate, si rimarcava che gli inconvenienti verificatisi nella prassi weimariana erano da attribuirsi piuttosto che alla forma di governo in sé «particolarmente al progressivo frazionamento e moltiplicarsi dei partiti nella vita sociale degli Stati»²⁷².

Inoltre Tosato partecipa alla XIX Settimana Sociale dei Cattolici d'Italia, tenutasi a Firenze (22-28 ottobre 1945) sul tema *Costituzione e Costituente*, con la magistrale relazione *Garanzia delle leggi costituzionali*²⁷³, in cui collegandosi al dibattito sul moderno costituzionalismo liberal-democratico e ai «luminosi esempi che emergono dallo studio del diritto comparato», individua nella garanzia giurisdizionale «la condizione imprescindibile affinché il governo della maggioranza non si tramuti nella dittatura della maggioranza e la minoranza non venga perseguita, calpestata e soppressa»²⁷⁴. Di qui l'esigenza di una Corte costituzionale sul modello di altre Corti straniere come fondamento della libertà e della democrazia. Di qui anche i suoi interventi alla Costituente sulle competenze e sulla composizione della Corte²⁷⁵.

Dopo aver preso parte ai lavori della Commissione Forti, precisamente a quelli della Sottocommissione «Organizzazione dello Stato», è eletto deputato all'Assemblea Costituente (nella lista nazionale della Democrazia cristiana) e svolge un'attività notevole dando un importante contributo ai lavori, soprattutto a quelli della Seconda Sottocommissione della Commissione per la Costituzione (Commissione dei 75) nel ruolo di relatore per il potere esecutivo.

Per l'economia del presente lavoro mi limito qui ad accennare ai principali interventi che bene testimoniano la sua cultura giuridica e in specie i suoi studi comparatistici.

E' subito da sottolineare che in tutte le sue proposte Tosato si mostra consapevole che uno dei problemi principali che le costituenti del II dopoguerra dovevano affrontare era quello del rafforzamento dell'Esecutivo²⁷⁶ e, con la robustezza del suo pensiero costituzionalistico e con realismo politico, prospetta soluzioni adeguate alla necessità di una unitaria ed efficiente direzione della politica governativa.

concreti -sia pure con le necessarie cautele- il proprio programma, abbandonando le troppo comode e nocive generalità. Per tal modo si potrà forse raggiungere anche una certa riduzione fra partiti, tanto indispensabile per la formazione di un governo relativamente stabile».

²⁷² Per il giudizio di Egidio Tosato sulla Costituzione di Weimar v. S.BARTOLE, *L'attenzione di Tosato costituente all'esperienza di Weimar*, in M. GALIZIA (a cura di), *Egidio Tosato costituzionalista e costituente*, cit., pp.233 ss.

Sull'influenza dello spettro weimariano sulle proposte dei costituenti italiani sia consentito rinviare a F.Bruno, *La Costituzione di Weimar e la Costituente italiana*, in F.LANCHESTER, F.BRANCACCIO (a cura di), *Weimar e il problema politico-costituzionale italiano*, Milano, Giuffrè, 2012, pp.95 ss.

²⁷³ V. E.TOSATO, *Garanzia delle leggi costituzionali*, in *Costituzione e Costituente*, Atti della XIX Settimana Sociale dei Cattolici d'Italia, Firenze 22-28 ottobre 1945, Roma, ICAS, ARCE, 1946, pp.131-149

²⁷⁴ *Ibidem*, p.147.

²⁷⁵ Sull'apporto di Tosato v. F.BONINI, *Storia della Corte costituzionale*, Roma, La Nuova Italia Scientifica, 1996, pp.50-52.

²⁷⁶ Sui problemi che i costituenti dovevano affrontare v. le riflessioni di U.DE SIERVO, *I cattolici democratici e le scelte della Costituente*, in N.ANTONETTI, U.DE SIERVO, F.MALGERI (a cura di), *I cattolici democratici e la Costituzione*, Roma, Rubbettino, 2017, pp.220-223.

Come scrive Giuliano Amato nella *Presentazione* agli *Scritti in onore di Tosato*, egli è stato tra i pochi che si sono battuti «non solo per un Esecutivo stabile, ma per un assetto costituzionale nel suo insieme capace di produrre decisioni efficaci»²⁷⁷.

Nel corso della discussione in II Sc. sulla forma di governo, accanto alla voce isolata di Piero Calamandrei che si leva a favore del sistema presidenziale è quella di Tosato che si distacca dalle posizioni sostenitrici del regime parlamentare²⁷⁸. Il suo progetto prevede un Presidente del Consiglio, sovraordinato ai ministri, designato con voto dalle Camere, sulla base di una lista predisposta dal Capo dello Stato previa consultazione delle forze politiche; questa designazione, cui segue la nomina presidenziale, equivale a fiducia parlamentare. Per provocare la rimozione del Presidente del Consiglio così nominato occorre una mozione di sfiducia approvata a maggioranza assoluta e - questo è un punto importante - al fine di impedire le lunghe crisi governative, tanto dannose per il funzionamento delle istituzioni, il primo firmatario della mozione diventa il nuovo Presidente del Consiglio.

La “contaminazione” doveva avvenire quindi con il rafforzamento del Presidente del Consiglio e con l'immissione di un congegno la *mozione di sfiducia costruttiva*, che sarà adottato dai costituenti di Bonn, volto a favorire una bipolarizzazione di forze politiche²⁷⁹.

Tosato abbandonerà la sua proposta perché si rende conto, nel corso delle riunioni oltre che nei colloqui con esponenti del suo partito, che prevalevano le opinioni contrarie, ma cercherà di salvarne i principi ispiratori al fine di soddisfare le esigenze sempre più pressanti di stabilità, unità ed efficienza dell'Esecutivo e di evitare il ripetersi di degenerazioni parlamentaristiche.

Sulle sue posizioni giocano, a parte l'esperienza prefascista e la tragica esperienza weimariana, la prassi della III Repubblica francese e il dibattito dottrinale svoltosi in Francia negli anni '30. Si ricordi ad es. la posizione di Georges Burdeau contro i pericoli del “dispotismo dell'Assemblea” e della crisi dell'autorità²⁸⁰ o la tesi di Emile Giraud per il quale l'Esecutivo è il punto debole della democrazia²⁸¹. Del resto lo stesso Boris Mirkine-Guetzévitch, che pure difendeva strenuamente nei suoi scritti le istituzioni parlamentari, riconosceva la necessità di un rafforzamento dell'Esecutivo, anzi rimarcava che «il vero parlamentarismo» risiede nella forza dell'Esecutivo; a suo avviso l'Esecutivo forte «n'est pas une déviation de la démocratie, mais une nécessité technique du régime de la liberté»²⁸².

Inoltre non è da sottacere, con riferimento alla Costituente francese del 1946, il progetto De Menthon e la posizione del MRP a favore di un rafforzamento dell'Esecutivo puntando

²⁷⁷ G.AMATO, *Presentazione*, in *Scritti in onore di Egidio Tosato*, vol.I, Milano, Giuffrè, 1984, p.IX.

²⁷⁸ Sulle varie posizioni relative alla forma di governo v. sinteticamente G.AMATO-F.BRUNO, *La forma di governo italiana. Dalle idee dei partiti all'Assemblea Costituente*, in *Scritti in onore di E. Tosato*, vol.III, Milano, Giuffrè, 1984, pp.5-60.

²⁷⁹ V.AC, II Sc., vol.VII, seduta 5 settembre 1946, pp.934-936.

Su questa proposta v. F.BRUNO, *Il problema del governo alla Costituente: il contributo di Egidio Tosato*, in *Il Politico*, 1981, pp.127 ss; IDEM, *Egidio Tosato*, in *Il Parlamento italiano 1861-1987*, vol.XIV, Milano, Nuova CEI informatica, 1989, p.52.

²⁸⁰ V.G.BURDEAU, *Il regime parlamentare nelle costituzioni europee del dopoguerra*, trad.it., Milano, Comunità, 1950, p.20.

²⁸¹ E.GIRAUD, *La crise de la démocratie et le renforcement du pouvoir exécutif*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1938.

²⁸² V.B.MIRKINE-GUETZEVITCH, *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel. Le renforcement de l'Exécutif et le régime parlementaire*, in *Revue du droit public*, 1932, p. 329.

su due organi: un Presidente della Repubblica che “regna” e un Presidente del Consiglio che “governa”²⁸³.

Tosato bene evidenzia la sua posizione a favore di un Esecutivo forte nella relazione sul Capo dello Stato e sul Governo e nel conseguente articolato²⁸⁴. In particolare, nel progetto dell'illustre costituzionalista, al Presidente della Repubblica, diversamente da quanto disposto nella Costituzione francese del 1946, non è attribuita una funzione meramente simbolica: a lui spetta la nomina del Primo Ministro e lo scioglimento delle Assemblee con il solo limite dei pareri dei Presidenti delle due Camere. E proprio per evitare che il Capo dello Stato si trovi in posizione di dipendenza rispetto al Parlamento (l'esperienza francese della terza Repubblica era paradigmatica al riguardo) Tosato si discosta dalle proposte a favore dell'elezione parlamentare e ne propone l'elezione da parte di un collegio elettorale costituito non solo dalle due Camere riunite ma anche dai Presidenti delle Assemblee e delle deputazioni regionali, così da permettere un collegamento tra Stato e regioni.

Merita tener presente che l'inserimento dei rappresentanti regionali nel collegio elettorale rispondeva al disegno di Tosato di uno Stato regionale con accentuazione quasi federale. In specie, superando i limiti del centralismo statale, contro le posizioni a favore di un regionalismo meramente amministrativo, egli vedeva nella regione uno strumento atto a promuovere il consolidamento delle libertà democratiche, l'equilibrio economico-politico fra le diverse parti del territorio dello Stato, nonché una radicale riorganizzazione della burocrazia²⁸⁵. Si aggiunga che egli ipotizzava una seconda Camera non molto distante da una Camera federale²⁸⁶.

Quanto poi al Governo, Tosato così spiega nella relazione: «occorre che il Governo governi e non si trasformi in una commissione parlamentare»²⁸⁷. Pienamente consapevole dell'importanza e della necessità di una vera direzione della politica governativa, mira ad evitare “*die Führungsschwäche*” dei governi, tallone di Achille dei regimi parlamentari di vari Paesi. Nello schema presentato, il Primo Ministro non è un *primus inter pares*²⁸⁸, è il solo responsabile della politica generale del Gabinetto ed ha tutti i poteri necessari per contrastare le tendenze centrifughe ed assicurare l'unitarietà d'azione tanto difficilmente raggiungibile in governi di coalizione. Come sottolinea in uno scritto pubblicato su “Le Cronache sociali” nel 1947 (*Legittimità del Governo*) «Il governo di coalizione è estraneo alla natura, al significato e alla logica del Governo parlamentare.»²⁸⁹.

²⁸³ V. F.DE MENTHON, *Vers la Constitution de la quatrième République*, in IDEM, *Vers la quatrième République*, Paris, Hachette, 1946, pp.15 ss e l'accurato saggio di U.DE SIERVO, *Le idee e le vicende costituzionali in Francia nel 1945 e 1946 e la loro influenza sul dibattito in Italia*, in *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, t.I, Bologna, Il Mulino, 1980, soprattutto pp.298-307.

²⁸⁴ La relazione insieme all'articolato, predisposto per conto del comitato di studio sul potere esecutivo, sono pubblicati in *La nuova costituzione italiana. Progetto e relazioni*, Roma, Studium, 1947, pp.173-181.

²⁸⁵ AC, II Sc, vol.VII, seduta 31 luglio 1946, p.880 e seduta 1 agosto 1946, p.888. Sulla posizione di Tosato riguardo alle autonomie territoriali v.U.DE SIERVO, *Egidio Tosato e la nascita delle Regioni*, in M.GALIZIA (a cura di), *Egidio Tosato costituzionalista e costituente*, cit., pp.209 ss..

²⁸⁶ AC, II Sc, vol.VII, seduta 25 settembre 1946, p.1098.

²⁸⁷ V. *La nuova costituzione italiana. Progetto e relazioni*, cit., p.176.

²⁸⁸ Per Tosato «La concezione del Primo Ministro come di un *primus inter pares* è superata, è inaccettabile» (AC, II Sc, I sez, vol.VIII, seduta 9 gennaio 1947, p.1807).

²⁸⁹ E.TOSATO, *Legittimità del Governo*, in *Cronache sociali*, n.4, 1947, p.3.

Questa posizione è però largamente minoritaria e fortemente criticata dalle varie forze politiche; non mancano atteggiamenti discordi neppure nell'ambito democristiano. Come ha ricordato Antonio Maccanico - in quel periodo giovane funzionario della Camera - Tosato spesso ripeteva riguardo ai suoi colleghi costituenti: «Questi sono ossessionati dal duce»²⁹⁰ e anche – si può aggiungere - dallo spettro di Weimar.

Inoltre, sempre per garantire una maggiore stabilità governativa, Tosato non rimane ancorato alla mera disciplina della mozione di sfiducia introdotta nelle Costituzioni europee del primo dopoguerra (v. Cost. della Cecoslovacchia del 1920, artt.75 e 76) e propone di conferire all'Assemblea nazionale, cioè all'istituto formato dalle due Camere riunite, il potere di esprimere la fiducia e la sfiducia al Governo al fine di evitare che la caduta dei governi avvenga per maggioranze occasionali formatesi nelle singole Camere e soprattutto che i partiti si considerino gli arbitri assoluti delle crisi²⁹¹.

In connessione con questo disegno istituzionale è l'avversione di Tosato per il sistema proporzionale perché non assicura l'esistenza di una maggioranza e di una minoranza che è una condizione indispensabile per un governo democratico. Le dure critiche degli studiosi francesi René Capitant e Emile Giraud sulla rappresentanza proporzionale riecheggiano fortemente in questa posizione!

In Assemblea Costituente, poi, dal momento che le proposte tendenti ad assicurare un Capo di Governo forte sono state accolte solo parzialmente e che la fine dell'intesa tripartita ha reso drammatica la situazione politica, egli cerca di rafforzare, quasi per compenso, la posizione del Presidente della Repubblica. Precisamente, per garantire che quest'ultimo non svolga un ruolo meramente simbolico e che sia libero dalle forze partitiche così da assicurarne l'imparzialità, Tosato si spinge a proporre l'elezione popolare diretta nell'ipotesi in cui nessun candidato alla presidenza abbia ottenuto dopo il terzo scrutinio i 2/3 dei voti²⁹². A suo avviso l'elezione del Capo dello Stato da parte del popolo non è in contrasto con il sistema parlamentare, anzi costituisce un contrappeso alle oligarchie parlamentari.

Come è noto anche questa proposta non viene accolta, cadono pure altri congegni di stabilizzazione del Governo relativi ad es. alla regolamentazione della mozione di sfiducia, rimangono solo alcune regole della procedura razionalizzata, quali la motivazione ed il *quorum* (ridotto rispetto a quello iniziale), dirette a ritardare ed a rendere più ponderato il voto di sfiducia.

Il risultato finale è quindi lontano dal disegno istituzionale proposto da Tosato e dalle aspettative che avevano comunque accompagnato l'approvazione dell'ordine del giorno Perassi, in base al quale il sistema parlamentare doveva essere disciplinato «con dispositivi costituzionali idonei a tutelare le esigenze di stabilità dell'azione di governo e ad evitare le

²⁹⁰Così A.MACCANICO, *Egidio Tosato costituzionalista e costituente: un ricordo*, in M.GALIZIA (a cura di), *Egidio Tosato costituzionalista e costituente*, cit., p.250.

²⁹¹V. AC., II Sc (prima sezione), seduta pom. 7 gennaio 1947, p.1787.

²⁹²V. AC., vol.IV, seduta pom.19 settembre 1947, p.2947.

degenerazioni del parlamentarismo»²⁹³: le esigenze politiche o meglio partitiche oltre che i timori di ritorni autoritari inducevano ad altre soluzioni²⁹⁴. Nondimeno non è da disconoscere che Tosato ha contribuito insieme ad altri insigni costituenti, quali ad es. Costantino Mortati e Tomaso Perassi, ad evitare che fosse consacrata nella Costituzione italiana una forma di governo parlamentare estremamente fluida²⁹⁵.

4. Periodo repubblicano

Nel periodo repubblicano Tosato ritornerà sulle tematiche a lui care. Ad esempio, anche successivamente all'entrata in vigore della Carta costituzionale, insisterà sulla partecipazione attiva dei cittadini; così nel saggio "*Corpi intermedi e bene comune*" rileva che «le costituzioni sono destinate a restare lettera morta e ad essere travolte se non sono sorrette dalla vigilanza e dalla volontà degli interessati»²⁹⁶. E nella prefazione alla "Costituzione della Repubblica italiana", distribuita a cura del Ministero della Pubblica Istruzione ai giovani maturati degli Istituti di Istruzione media secondaria, invita a conoscere il testo costituzionale "catechismo civile degli italiani" anzi auspica una revisione dei programmi scolastici in modo da illustrare agli studenti le caratteristiche della forma di governo e le disposizioni relative ai diritti e doveri «che nascono dalla riconosciuta dignità della persona umana»²⁹⁷.

Nella presentazione agli *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Tosato invita ad attuare la Costituzione «sia pure progressivamente, ma senza arresti, in tutte le sue parti, con fedeltà allo spirito informatore originario, nel rispetto dei diritti ma anche dei doveri costituzionali e con rinnovata coscienza comunitaria»²⁹⁸.

In altri lavori del periodo repubblicano, lamentando le carenze del testo costituzionale, Tosato con il suo realismo avanza comunque proposte dirette a migliorarlo. Proprio dalla sua esperienza di parlamentare - è deputato nella prima e nella seconda Legislatura - derivano alcune riflessioni sulla necessità di un migliore funzionamento del Parlamento, contenute nel dattiloscritto *Appunti per la riforma del Parlamento* degli anni '50 conservato nella Biblioteca Bertoliana. Egli lamenta la scarsa funzionalità delle Camere, auspica una riforma incisiva e radicale dei metodi di lavoro, nonché una maggiore distinzione fra ciò che è di competenza della legge e ciò che può essere disciplinato dal regolamento, ma sottolinea che la soluzione dei problemi istituzionali non sta solo nella riforma dei Regolamenti parlamentari. In particolare, deplora la mancanza di un governo forte ed omogeneo, i contrasti fra i partiti, la prassi seguita per cui il Capo del Governo non è il *leader* della maggioranza parlamentare e soprattutto non è il *leader* del suo partito.

²⁹³ V.AC, II Sc, vol. VII, seduta 4 settembre 1946, p.947.

²⁹⁴ Su questi timori v. L.PALADIN, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, Bologna, Il Mulino, 2004, p.61.

²⁹⁵ Riconosce a Mortati e a Tosato il merito di aver cercato di evitare le degenerazioni del parlamentarismo Leopoldo Elia, *Il Metodo delle riforme costituzionali a proposito del messaggio del Presidente del Consiglio*, in ID, *Costituzione, partiti, istituzioni*, Bologna, Il Mulino, 2009, p.417.

²⁹⁶ *Corpi intermedi e bene comune*, in *Persona e bene comune nello Stato contemporaneo*, Atti della XXXVI Settimana Sociale dei cattolici d'Italia (Pescara, 30 maggio-4 giugno 1964), Roma, 1965, ora in E.TOSATO, *Persona, società intermedie e Stato*, Saggi, Milano, Giuffrè, 1989, pp.137 ss.

²⁹⁷ V.*Costituzione della Repubblica italiana*, con prefazione di E.TOSATO, Roma, Ist.Poligrafico dello Stato, 1957, p.8.

²⁹⁸ V.*Presentazione agli Scritti in onore di Costantino Mortati. Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, I, Milano, Giuffrè, 1977, p.XI.

Sempre con riferimento al Parlamento, nello scritto *Saranno possibili riforme marginali*, suggerisce una diminuzione del numero dei componenti le due Camere e sottolinea che un Senato, «ridotto di numero, e sensibilmente di fronte a quello della Camera, più qualificato nella sua composizione- attraverso anche l'introduzione di determinati requisiti di eleggibilità- aumenterebbe certamente di autorità e prestigio, limitando il suo impegno alle questioni veramente importanti, e contribuendo così a sveltire il troppo lento lavoro parlamentare»²⁹⁹.

La sua continua attenzione al tema delle riforme si evidenzia pure in alcune pagine di giornali conservate nella Biblioteca Bertoliana (e soprattutto nelle parti sottolineate), fra le quali ad es. la pagina del giornale "Il Tempo" del 5 ottobre 1979, contenente la lettera aperta a Paolo Barile di Mario D'Antonio riguardo al libro "I nodi della Costituzione", e quella del giornale "La Repubblica", Dossier del 27 ottobre 1979, su "I Poteri del Quirinale".

Rimangono sino alla fine le sue perplessità e i suoi timori per la scelta fatta dalla Costituente sull'Esecutivo. Nell'intervista rilasciata al giornale "Il Popolo" nel 1977, Tosato deplora che l'Italia abbia un governo parlamentare che «nella realtà politico-istituzionale è e non può non essere che istituzionalmente debole, anche perché, nella prassi, si è cercato in tutti i modi di limitare i poteri del Governo»³⁰⁰.

Inoltre ritorna, con amarezza, sulla tendenza egemonica dei partiti in uno dei suoi ultimi lavori *Rapporti fra persona, società intermedie e Stato* ove fra l'altro sottolinea che le deviazioni partitocratiche, aggravate dall'aspirazione del multipartitismo, costituiscono un pericolo per la libertà e per la democrazia³⁰¹.

E nelle pagine, che si riprometteva di leggere in occasione della consegna degli Scritti in suo onore, ancora si rammarica per la fragilità dei nostri governi derivante «dall'eccessivo pluralismo partitico dominante nelle Camere del Parlamento, dal conseguente necessario ricorso a governi di coalizione fra partiti che difficilmente trovano un solido *ubi consistam*, e destinati a crisi continue, che si traducono nella crisi della compagine statale, nel suo distacco dalla società civile...»³⁰².

Sulla necessità di superare la separazione fra società civile e società politica, in quanto entrambe fanno parte della medesima comunità statale, ritorna nella voce Stato, nell'*Enciclopedia del diritto*, pubblicata postuma, frutto di ampi e approfonditi studi comparatistici, in cui ribadisce che «il riconoscimento della personalità e dei diritti umani, dell'uomo prima ancora che del cittadino, in tutte le direzioni compatibili con l'interesse generale, rientra fra gli interessi primari che l'autorità statale è chiamata a perseguire»³⁰³.

Un giurista quindi moderno, attento ad un uso rigoroso del linguaggio, il quale ben conosce i contesti storico-politici oltre che istituzionali in cui sono calate le norme

²⁹⁹ V. *Prospettive nel mondo*, n.43,1980.

³⁰⁰ V. *Per L'Esecutivo occorre stabilità* (a cura di D.Sassoli), in *Il Popolo*, 23 dicembre 1977, p.3.

³⁰¹ V.G.CONCETTI (a cura di), *I diritti umani. Dottrina e prassi*, Roma, AVE, 1982, ora in E.TOSATO, *Persona, società intermedie e Stato*, Saggi, Milano, Giuffrè,1989, pp.233 ss.

³⁰² *Indirizzo in occasione della consegna degli Scritti in onore*, in *Riv.trim.dir pubbl.*, 1984, pp.858-860.

³⁰³ V. la voce *Stato (teoria generale e diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol.XLIII, Milano, Giuffrè, 1990, pp.758 ss e soprattutto p.786.

giuridiche e che, con fine sensibilità, individua le dinamiche e le problematiche delle varie esperienze giuridiche ³⁰⁴.

5. Conclusione

Da quanto suesposto emerge chiaramente che pure nel contesto odierno di crescente *deficit* partecipativo, di crisi della mediazione politica e di ricerca di nuove procedure di legittimazione democratica dei processi decisionali, gli studi, le proposte di Tosato costituiscono un prezioso ausilio nella riflessione sulle soluzioni adeguate ai problemi istituzionali in una società in profonda trasformazione, nonchè - non è poca cosa - uno stimolo per noi tutti a meditare sul ruolo dei costituzionalisti.

Con Leopoldo Elia possiamo affermare che ci sentiamo contemporanei di Egidio Tosato³⁰⁵.

Un Professore quindi di cui l'Università di Roma "La Sapienza" può essere fiera vuoi per le sue opere - caratterizzate da rigore scientifico, ampia e profonda conoscenza della giuspubblicistica italiana e straniera (nelle Carte conservate nella Biblioteca Bertoliana sono numerose le annotazioni di libri stranieri consultati alla Biblioteca della Camera e del Senato con brevi commenti), lucida riflessione sulle dinamiche socio-politiche - vuoi per la sua attività di Costituente, vuoi per il ruolo svolto come Direttore dell'Istituto di Studi giuridici, contribuendo ad arricchire notevolmente la Biblioteca, e come Preside della Facoltà di Scienze Politiche, distinguendosi per le sue doti di grande equilibrio, e non da ultimo per la sua attività di docente sempre pronto al dialogo con gli studenti, nell'ascolto umile, nel rispetto della dignità di ognuno, fedele ai valori che hanno ispirato le sue opere e la sua azione anche politica.

Considero un privilegio averlo conosciuto ed averlo avuto come Maestro.

³⁰⁴ Sul punto v. le osservazioni di A.A.CERVATI, *Studio del diritto costituzionale, cultura e impegno etico dei giuristi*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Torino, Giappichelli, 2005, pp.693 ss.

Sulla necessità di identificare nel diritto lo specchio della società v. le riflessioni di P.GROSSI, *Società, Diritto, Stato, un recupero per il diritto*, in *Per la Storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, Giuffrè, 2006, p.XI.

Sulla «progressiva erosione degli schemi concettuali del giuspositivismo statualista» v. P.RIDOLA, *Preistoria, origini e vicende del costituzionalismo*, in P.CARROZZA, A.DI GIOVINE, G.F.FERRARI (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, T.II, Roma-Bari, Laterza, 2009, soprattutto pp.764-772.

In particolare sull'allargamento dell'attenzione del comparatista alla complessità dei rapporti che investono il diritto v.G.DE VERGOTTINI, *Una riflessione su comparazione costituzionale e manualistica*, in C.MURGIA (a cura di), *Scritti in onore di Sara Volterra*, Torino, Giappichelli, 2017, pp.281 ss.

³⁰⁵ L.ELIA, *Attualità della lezione di Egidio Tosato sulla forma di governo alla Assemblea Costituente*, in M.GALIZIA (a cura di), *Egidio Tosato costituzionalista e costituente*, cit., p.70.

Giuseppe Caronia*

di Eugenio Gaudio**

La mia relazione si incentra sulla figura di Giuseppe Caronia, Maestro di scienza e di umanità, a tutti ben noto per la sua preziosa opera di costituente e di tutore della salute pubblica, nonché per il suo grande spessore umano.

Laureatosi in Medicina nel 1911, dopo sei mesi di durissima esperienza come medico condotto durante l'epidemia di colera che infierì nel corso di quell'anno in Sicilia, fu chiamato a Palermo a coprire un posto di assistente ospedaliero nella Clinica Pediatrica diretta da Rocco Jemma. Due anni dopo, il suo maestro lo invitava a seguirlo, in qualità di aiuto, all'Università di Napoli, dove restò fino al 1922, anno in cui il giovane assistente vinse la cattedra di Pediatria della Sapienza. In quegli anni Caronia, alla scuola di Rocco Jemma, aveva legato il suo nome alle decisive ricerche condotte insieme a Giovanni Di Cristina che portarono i due studiosi alla scoperta della terapia del micidiale morbo Kala-Azar e agli studi pionieristici sulla vaccinoterapia delle infezioni esantematiche, che proseguì poi a Roma con un numero crescente di collaboratori. Questa brillante carriera scientifica venne purtroppo bruscamente interrotta nel 1925, appena tre anni dopo l'arrivo alla Sapienza: il Caronia, cattolico militante e convinto antifascista, subì i colpi durissimi della persecuzione politica e politico-accademica. Dopo averlo fatto oggetto per circa un triennio di inchieste e di una sequela di attacchi calunniosi - tutti risultati privi di fondamento in sede disciplinare e anche giudiziaria - e dopo averlo a lungo privato del grado e dello stipendio, il regime, in assenza di ogni giustificazione che non fosse di natura politica, allontanava d'autorità Giuseppe Caronia dalla Clinica Pediatrica di Roma e lo trasferiva a Napoli in una Clinica delle Malattie infettive del tutto priva di strutture e di laboratori. Solo nel 1935 veniva accolta la richiesta di Caronia di poter essere nuovamente trasferito alla Sapienza e solamente nel 1945, a guerra conclusa, fu reintegrato nella sua Cattedra di Clinica Pediatrica. Nel corso di quegli anni di persecuzione, va detto che Giuseppe Caronia riuscì a mantenere intatto il suo prestigio di scienziato e vide crescere peraltro la sua fama di grande pediatra.

Gli anni del dopoguerra portarono numerosi risarcimenti di quelle sofferenze, ma egli conservò per tutta la vita l'amarezza di aver visto troncato nella fase di massimo sviluppo il suo lavoro scientifico e quello dei suoi collaboratori.

Nell'immediato dopoguerra, Giuseppe Caronia fu prima Prorettore della Sapienza e poi Rettore della nostra Università, dal 1945 fino al 1948. Negli anni del difficile lavoro di ricostruzione della normalità della vita universitaria, Caronia si occupò di riaprire gli uffici

* Contributo pubblicato previa accettazione del Comitato scientifico del Convegno. Relazione presentata al Convegno *I 'Costituenti' de 'La Sapienza'*, svoltosi il giorno 30 novembre 2017, presso il Rettorato – Aula degli Organi Collegiali, Università La Sapienza di Roma.

** Magnifico Rettore dell'Università "La Sapienza" di Roma.

rimasti chiusi a causa dell'occupazione nazista dal 6 al 24 giugno 1944, provvedendo alla loro riorganizzazione, e si dedicò alla risoluzione dei più urgenti problemi che si presentarono soprattutto nei riguardi dell'insegnamento. Il Comitato di risanamento universitario subito da lui istituito procedette nei suoi lavori, esaminando e vagliando ogni circostanza, lontano da spirito fazioso, con l'obiettivo di segnalare coloro che avevano profittato del passato regime. Nello stesso tempo furono organizzati, con la più grande rapidità, corsi accelerati che si svolsero nei mesi estivi, si riaprirono numerosi istituti e anche quelli duramente colpiti dai bombardamenti ripresero, con più intenso ritmo, la loro attività, nell'unica volontà di apportare un efficace contributo alla ricostruzione spirituale e materiale del Paese. Il 7 aprile 1945, per la prima volta dopo oltre venti anni, il Corpo accademico procedeva democraticamente ad eleggere Giuseppe Caronia Rettore della Sapienza. Chiamato dalla fiducia dei suoi colleghi ad un ufficio di grave responsabilità, fu sua cura dedicare tutte le sue energie per intensificare e portare alla normalizzazione la vita dell'Università. Gli uffici amministrativi, sotto la guida infaticabile ed appassionata del direttore amministrativo dott. Nicola Spanò, furono riorganizzati nel loro ordinamento, considerato che il numero sempre crescente di studenti e i nuovi sistemi di organizzazione del lavoro avevano reso gli stessi inadeguati e i loro strumenti insufficienti. Fu assunto nuovo personale idoneo a prestare servizio negli uffici, selezionato accuratamente da apposita commissione. Oltre alla manutenzione ordinaria e straordinaria, l'Università provvide al miglioramento dei propri beni immobili (*si citano il restauro delle Facoltà di Ingegneria, Giurisprudenza, Statistica e Architettura; l'installazione di antifurti nell'Istituto di Anatomia Umana Normale, la edificazione del muro di cinta all'Orto Botanico, la creazione di nuove segreterie a Economia e Commercio e Magistero; la sistemazione del dopolavoro; il completamento del Teatro; la costruzione del nuovo Istituto di idraulica a S. Pietro in Vincoli etc.*) e, soprattutto, alla riparazione degli edifici danneggiati dai bombardamenti. Tra i numerosi progetti avviati durante il suo mandato rettorale, voglio ricordare in particolare quello della Cappella universitaria: nel 1947 Caronia firmò la Convenzione con il Vaticano per la costruzione della “Divina Sapienza”, poi successivamente realizzata secondo le più antiche tradizioni del nostro Ateneo.

In quegli stessi anni andò fortemente sviluppandosi il suo impegno politico: con l'avvento della Repubblica, infatti, fu eletto alla Costituente nelle liste della Democrazia Cristiana. Nel luglio del 1946 promosse la costituzione del "Gruppo Medico Parlamentare" di cui fu presidente: ad esso aderirono ventotto medici costituenti appartenenti a tutti i partiti politici. Fu poi eletto alla Camera dei Deputati nella I (1948) e nella II legislatura (1953), sempre nella DC, e restò deputato fino al 1958. Tra gli incarichi parlamentari è stato: componente della VI Commissione (Istruzione e belle arti) - I e II legislatura; componente della XI Commissione (Lavoro e previdenza sociale) - I legislatura; componente della Commissione speciale per l'esame del disegno di legge n. 71: "Conversione in Legge del Decreto Legge 21 giugno 1953, n. 451, recante disposizioni sugli scrutini e sugli esami nelle scuole secondarie per l'anno scolastico 1952-1953"; componente della Commissione speciale per

l'esame delle proposte di legge costituzionali Aldisio e Li Causi nn. 2406 e 2810 concernenti l'Alta Corte per la Regione Siciliana e la Corte Costituzionale.

Nell'ambito dei lavori della Costituente, legò il suo nome all'elaborazione dell'attuale art. 32 della Costituzione sul diritto dei cittadini alla tutela della salute, che così recita: "*La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana*".

Nell'esame dell'emendamento per la sostituzione del precedente art. 26, Caronia illustrò in riferimento al primo comma "*La Repubblica tutela la salute, promuove l'igiene e garantisce cure gratuite agli indigenti*" le modifiche proposte, che desidero qui riportare testualmente per meglio comprendere il suo pensiero di costituente: "*La «tutela della salute» implica anche la prevenzione delle malattie ed è quindi superfluo aggiungere: «promuove l'igiene». Un articolo di Costituzione - spiega Caronia - deve essere sintetico. Mirabile esempio di sintesi, che in quattro parole tutto esprime, è la norma di diritto sancita da Roma antica: salus publica suprema lex*".

Nel prosieguo della presentazione dell'emendamento traspare, inoltre, l'idea di Caronia in merito alla tutela della salute pubblica: "*Lo Stato - chiarisce Caronia - a tutti deve assicurare i mezzi di prevenire e curare le malattie. Certi mezzi di prevenzione e di cura sono così complessi e costosi da poter riuscire difficile procurarseli anche al cittadino più facoltoso con le sue sole disponibilità. L'organizzazione sanitaria deve essere tale, che a tutti deve essere data la possibilità di usufruirne. Stabilirà poi la legge le norme che assicurino ai non abbienti la gratuità*".

Questo è stato il docente, lo studioso e il politico che sono onorato di ricordare, ma oggi voglio anche sottolineare i suoi meriti umanitari. A rischio della propria vita, durante i mesi della feroce persecuzione nazista in Italia e a Roma, della deportazione e dello sterminio degli ebrei nei campi di concentramento, nel 1943-44 Caronia ospitò, nascose, protesse e sottrasse in molti casi a morte sicura centinaia di perseguitati e ricercati, ebrei e non ebrei, civili e militari sbandati, nei locali della Clinica delle Malattie Infettive al Policlinico Umberto I° da lui diretta. Di questa opera egli non ne fece mai vanto, considerandola un suo essenziale e primario dovere di cittadino e di resistente, un'opera che gli è valsa nel 1997 l'onorificenza alla memoria di "Giusto tra le Nazioni" conferita dall'ente israeliano per la Rimembranza "Yad Vashem".

Grazie per l'attenzione.

Aldo Moro*

di Renato Moro**

Al Moro costituente sono stati dedicati studi fondamentali. Solo qualche nome: Ugo De Siervo, Roberto Ruffilli, Leopoldo Elia, Nicola Antonetti, Aldo Loiodice e Pino Pisicchio, Maria Serena Piretti, Renato Balduzzi. Cercherò di evitare pertanto di ripercorrere le loro strade e di concentrarmi, dopo una breve introduzione sul rapporto tra Moro e la Sapienza, su due punti: a) quelli che mi paiono i caratteri di fondo del Moro costituente, e b) il rapporto che vi è tra di essi e l'attività svolta da Moro in quella sede.

* *
*

Naturalmente, quando Moro divenne costituente non era professore della Sapienza. Vi sarebbe arrivato molti anni dopo, trasferito a Roma da Bari a partire dal 1° novembre 1963 e collocato sulla cattedra di Istituzioni di diritto e procedura penale della Facoltà di Scienze Politiche. E a Bari la carriera universitaria di Moro si era essenzialmente svolta: a Bari, il 19 novembre 1938, sei giorni dopo la laurea con «proposta di stampa» della tesi, era stato nominato dal suo maestro, Biagio Petrocelli, assistente volontario della cattedra di diritto penale della Facoltà di Giurisprudenza; a Bari, dall'autunno 1940 aveva cominciato a insegnare Filosofia del Diritto, incarico che avrebbe tenuto fino al 1963; a Bari, dall'autunno 1942 all'anno accademico 1945-1946, sarebbe stato anche supplente di diritto penale in sostituzione di Giovanni Leone; a Bari avrebbe insegnato, per anni alterni, Storia e politica coloniale e nel 1942-1943 Storia delle dottrine politiche; dai suoi studi baresi erano nate le sue due monografie penalistiche del 1939 e del 1942 che gli avrebbero fatto ottenere la libera docenza in diritto penale; dai corsi all'università di Bari nacquero le dispense di filosofia del diritto sullo stato (1943) e sul diritto (1945) e i corsi; e in cattedra sarebbe andato sempre a Bari, e solo dopo la fine dell'esperienza costituente, divenendo professore straordinario il 30 marzo 1948 e ordinario nel 1951.

Tuttavia, Moro alla Sapienza era stato in qualche modo legato sin dall'inizio della sua carriera universitaria. Nell'estate del 1939 era giunto a Roma dove la famiglia si era trasferita seguendo il padre, ispettore scolastico elementare, ora promosso a occuparsi delle scuole rurali al ministero. Aldo aveva approfittato del trasferimento per accettare l'incarico, assai prestigioso per un ragazzo di ancora 22 anni, di presidente nazionale della Federazione Universitaria Cattolica Italiana. Alcuni mesi dopo l'avvio di questa esperienza, Moro fece

* Contributo pubblicato previa accettazione del Comitato scientifico del Convegno. Relazione presentata al Convegno I 'Costituenti' de 'La Sapienza', svoltosi il giorno 30 novembre 2017, presso il Rettorato – Aula degli Organi Collegiali, Università "La Sapienza" di Roma.

** Professore ordinario di Storia contemporanea presso l'Università degli Studi Roma Tre.

domanda per divenire assistente volontario presso la cattedra di Diritto Penale della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza, tenuta allora da Arturo Rocco, il fratello di Alfredo, che vi insegnava dal 1929 e che avrebbe continuato a farlo fino alla morte, avvenuta nel 1942. Rocco era ben noto per la sua adesione al fascismo, per il ruolo che aveva avuto nella redazione del nuovo codice penale, per la Scuola di perfezionamento in diritto penale che dirigeva dal 1931 alla Sapienza. Naturalmente il nome di Rocco figurava nei quaderni di appunti e nell'imponente serie di schede che testimoniano gli studi penalistici di Moro e che confluirono nei suoi volumi, ma come Moro fosse arrivato a Rocco non è dato sapere: molto probabilmente si era adoperato in questo senso il suo maestro Petrocelli, segnalando al collega il suo allievo migliore ora a Roma. Sta di fatto che il 9 gennaio 1940 lo stesso Rocco, con un biglietto autografo, proponeva agli uffici della sua università Moro per la nomina. Il 26 gennaio l'incarico sarebbe stato ufficialmente conferito dal rettore per l'anno accademico 1939-1940.

Quello che colpisce di questa pratica è innanzitutto il soffio totalitario che la pervade. Moro aveva dovuto infatti allegare alla domanda la dichiarazione rilasciata dal Questore di Roma il 20 dicembre 1939 di aver «tenuto buona condotta morale, civile e politica» relativamente al periodo trascorso in città, e cioè dal 18 agosto 1939. Moro accluse anche la certificazione sull'iscrizione alle organizzazioni fasciste: risultava iscritto al GUF «con anzianità 1.1.1930» e al PNF-Fascio di Combattimento di Bari «senza interruzione dal 24.5.1938». Risultava possedere la tessera N. 1424038 dell'anno XVII. Qualche giorno prima di ricevere l'incarico, il 17 gennaio 1940, gli uffici chiesero a Rocco di far firmare a Moro, per la nomina, alcuni altri documenti e in particolare uno che risulta oggi davvero impressionante: la «scheda di censimento sulla razza» nella quale Moro dovette dichiarare di non appartenere alla razza ebraica, di non avere madre o coniuge di razza ebraica, di non essere iscritto alla comunità israelitica, e di non professare la religione ebraica. Quanto alla professione di una religione, Moro dichiarò naturalmente quella cattolica. In questo profluvio di controlli politico-razziali va comunque rilevato che nel certificato di cittadinanza italiana questa occhiutissima burocrazia arrivava a scambiare settembre con marzo come mese di nascita di Moro.

Certo, la richiesta di collaborare in qualche modo con Rocco è un altro elemento a sostegno del fatto che il Moro di questo periodo non avesse ancora maturato alcuna precisa opzione antifascista. Tuttavia, il rapporto tra Moro e Rocco non dovette essere particolarmente intenso e assolutamente limitato alla dimensione tecnica e accademica: nell'archivio personale di Moro si conserva solo un biglietto da visita di Rocco datato 26 marzo 1940 che mandava a Moro «vivissimi ringraziamenti», non sappiamo per cosa.

L'incarico di assistente volontario sarebbe stato confermato da Rocco anche per gli anni accademici successivi 1940-1941, 1941-1932 e 1942-1943, in questo ultimo caso addirittura prevedendo una tacita conferma anche per gli anni successivi «fino a contraria disposizione». E, a quanto pare, una disposizione in contrario venne solo nell'ottobre 1945, dopo che Moro comunque, a causa della guerra, non aveva certo potuto da anni svolgere alcuna attività: fu il rettore Giuseppe Caronia, altro costituente della Sapienza, che

comunicò a Moro che l'attuale titolare della cattedra non l'aveva confermato nell'incarico per l'anno accademico 1945-1946.

* *
*

Il punto cui questa breve introduzione sulla carriera accademica di Moro ci porta è comunque un altro: se il Moro costituente non era professore della Sapienza, e aveva avuto con essa un rapporto poco più che occasionale, era comunque professore. E in un senso molto più forte di quanto in genere si sia percepito. Spesso presentato come *totus politicus*, e per quanto riguarda la Costituente come *enfant prodige* della politica, Moro ha invece sempre faticato a sentirsi tale. Un suo biografo ha definito la sua attività di insegnamento universitario «poco più di un hobby». Dopo tante testimonianze e soprattutto dopo il recente libro di Giorgio Balzoni sappiamo che non è assolutamente così. Moro ha sempre considerato l'università la sua prima vocazione alla quale aveva dovuto rinunciare e alla quale pensò più volte seriamente di tornare, anche negli anni sessanta e settanta, all'apice del potere. E' per questo che ha sempre regolarmente insegnato e con grande impegno, anche nei momenti più politicamente delicati, anche quando gli incarichi di governo avrebbero giustificato un temporaneo abbandono. Da un documento conservato nel fascicolo personale conservato nell'Archivio della Sapienza apprendiamo che nel 1965 Moro avrebbe comunicato al ministero che, in caso non avesse potuto svolgere i suoi impegni di lezione dati i suoi doveri di governo, sarebbe stato sostituito dal professor Renato Dell'Andro, ordinario di diritto penale a Bari. Moro, insomma, difese con tenacia «il suo ruolo di docente effettivo», così come difese in parlamento «la compatibilità tra insegnamento universitario e mandato parlamentare». Del resto, già nel 1946 solo con molta riluttanza e sotto forti pressioni Moro aveva accettato di candidarsi alla Costituente, e avrebbe vissuto, almeno fino al 1948, il suo impegno politico come transitorio, pensando cioè di stare compiendo un servizio al paese in un momento specialissimo ma destinato a finire presto. Sappiamo difatti da una testimonianza del fratello, il magistrato Alfredo Carlo, che i due avevano progettato proprio verso la fine degli anni della Costituente un futuro studio congiunto di avvocati. Aldo, docente universitario, avrebbe dovuto occuparsi della parte penale, il fratello, neolaureato, avrebbe dovuto occuparsi di quella civile.

* *
*

C'è un secondo aspetto, strettamente parallelo a questo, da considerare con attenzione per intendere il Moro costituente. Come intuì Ugo De Siervo già nel suo fondamentale saggio del 1982, il Moro costituente è certo giovanissimo (il 2 giugno 1946 ha solo 29 anni), ma non è il giovane rampante «che viene dalla lontana provincia». E' un dirigente cattolico affermato e conosciuto a livello nazionale (è segretario generale del Movimento Laureati Cattolici), e al Sud ha avuto un'esperienza politico-culturale di primo piano.

Moro è stato presidente della “mitica” FUCI di Giovanni Battista Montini. Ne è stato profondamente influenzato. La FUCI insegnava una religiosità profonda ma vissuta come fede pensante, come sforzo di conoscere e comprendere il proprio mondo prima di giudicarlo. Non si trattava insomma di partire dalle certezze della dottrina o del dogma, ma dalle ansie e dai problemi di tutti, da un’esperienza condivisa di vicinanza alla condizione umana. In un suo articolo del maggio 1945 Moro riprenderà l’idea che nel mondo cattolico vi fossero due tendenze, una «conservatrice» e una «progressista»: la prima considerava la Chiesa come «garanzia dell’ordine costituito» e intendeva stabilire rapporti di «intransigenza, intolleranza, incomprendimento» con «il mondo del laicismo»; la seconda invece vedeva «nell’insegnamento di Cristo un continuo movente rivoluzionario in un’ansia di perfettibilità e rinnovamento», nutrendo pertanto «un’ardente curiosità e [...] una continua “mano tesa” verso le più opposte e lontane sponde». Moro si schierò con decisione a favore di quest’ultima: «una politica della mano tesa - scrisse - non è una rinuncia a se stessi, ma larghezza comprensiva di carità. In questo mondo frantumato avrà la vittoria, chi saprà fare per primo coraggiosamente un passo decisivo verso l’unità».

Moro appartiene così a una generazione cattolica formata durante il fascismo e molto diversa da quella di cattolici impegnati in politica che l’ha preceduta. In genere, non sono giovani che si siano schierati contro la dittatura, impegnandosi generosamente e con rischio e sacrificio personale nell’attività clandestina; non sono nemmeno giovani illusi dal regime, che crederono finché poterono nei miti dell’eroismo, del sacrificio, della potenza, della violenza. Per loro è come se il fascismo non esistesse. Lo ignorano. Moro stesso, in un articolo autobiografico del periodo costituente, parlerà di «una generale indifferenza, che volle essere, nell’intento dei più onesti, una condanna ed una netta e sdegnosa scissione di responsabilità». E infatti, negli anni di guerra moltissimi fucini saranno pronti a sacrificarsi per i compagni e per la patria, non parleranno di vittoria ma di una pace futura; invece che l’«odio al nemico», esprimeranno condivisione per le sofferenze di tutti i popoli, e addirittura simpatia per tutti i ragazzi che combattevano come loro anche dall’altra parte della barricata. Rileggendo la “letteratura della crisi” degli anni trenta, e in particolare, la sua versione cattolica (e francese), questi giovani pensavano a una nuova democrazia sociale e collettiva, legata alle «masse» in ascesa, per il superamento parallelo del vecchio stato liberale e del nuovo stato autoritario. Così, una frattura generazionale si approfondì: gli “anziani”, gli ex-popolari, pensavano al primato della politica, mentre i “giovani” preferivano il lavoro culturale; i primi proponevano come un dovere l’agitazione antifascista, mentre i secondi sentivano ancora un vincolo patriottico che gli impediva di sottrarsi al destino comune del paese; i primi guardavano al fascismo come a una parentesi, mentre i secondi ritenevano che il fascismo avesse dato risposte sbagliate a problemi nuovi e veri, ragion per cui non si poteva «tornare indietro»; i primi volevano di conseguenza un sostanziale ritorno alla democrazia liberale, mentre i secondi consideravano quest’ultima responsabile della stessa vittoria dei fascismi, criticavano la «democrazia della scheda» e dei partiti, e preferivano forme nuove, «organiche», «economiche» di democrazia basate sulla rappresentanza professionale o tecnica, dai contorni - bisogna dirlo - piuttosto confusi; i primi pensavano

al cattolicesimo politico come *quid* unitario, mentre i secondi sentivano come naturale la pluralità delle opzioni politiche.

Si comprendono a questo punto tutte le difficoltà che questa generazione ebbe a inserirsi nella democrazia postfascista. Moro, che l'8 settembre era in Puglia, non fece come tanti meridionali alcuna esperienza resistenziale ed ebbe anzi un impatto difficile con la nuova Italia dei CLN, divenendo uno degli interpreti più attenti e profondi della protesta del Sud sulla rivista «La Rassegna» di Bari. Moro votò repubblicano ma fu anche molto comprensivo delle ragioni dei monarchici. Moro e i giovani come lui avevano quindi qualche diffidenza nei confronti di programmi palingenetici che mirassero a un mero rovesciamento tra monarchia e repubblica e proponessero un antifascismo altrettanto rigido e intollerante di quello fascista. Avevano anche qualche difficoltà ad accettare le inevitabili ma rigide divisioni partitiche: erano consapevoli della necessità dei partiti ma temevano una loro prevaricazione, «uno straripamento pan-partitico». Dalla loro esperienza degli anni di guerra finirono insomma per trarre, oltre a un'insoddisfatta aspirazione all'unità, l'idea della necessità di un impegno «al di là della politica», come recita il titolo di uno scritto di Moro di questo periodo.

Possiamo a questo punto comprendere meglio anche un ultimo aspetto fondamentale del Moro costituente, e cioè il profilo peculiare, e poco noto, che assunse la sua stessa candidatura. Nella primavera del 1946 le organizzazioni cattoliche furono attraversate da un profondo dibattito in merito alle liste elettorali: affidarsi alla DC o presentare una lista di cattolici espressione del mondo cattolico organizzato? Numerose erano le componenti conservatrici e filomonarchiche all'interno del mondo cattolico che mal sopportavano l'orientamento del partito. In particolare Luigi Gedda, il presidente della potente Federazione degli Uomini Cattolici, propose una lista esplicitamente di Azione Cattolica da affiancare a quella democristiana. Si sarebbe trattato di una vera sconfessione. Dopo qualche settimana di dibattito si giunse alla fine ad un accordo: alcuni dirigenti delle associazioni cattoliche nazionali sarebbero stati inseriti individualmente nelle liste democristiane. Moro approvò il compromesso: era contrario a una lista di AC, favorevole alla DC, ma anche alla candidatura di cattolici ben noti. Alla fine finì per essere lui stesso uno di loro: fu così costretto a dimettersi da segretario generale del Movimento Laureati, ma mantenne la carica di direttore della loro rivista, «Studium». Moro partecipò così alla campagna elettorale del 1946 e fu eletto alla Costituente con la veste esplicita di “candidato cattolico” e di dirigente associativo, prima ancora che come militante democristiano.

* *
*

Come si rifletterono questi caratteri nella sua attività nei lavori dell'Assemblea?

Moro, per quanto così giovane, ebbe certamente un ruolo di grandissimo piano. Fu uno dei pochissimi costituenti che poterono «seguire e contribuire a tutto il dibattito». Eletto già il 17 luglio 1946 come membro del Comitato Direttivo del gruppo parlamentare

democristiano, resterà a farne parte per tutto il periodo costituzionale, verrà nominato dal partito membro della Commissione dei 75 e poi indicato tra i membri della I Sottocommissione dedicata ai diritti e ai doveri dei cittadini. Entrò poi nel Comitato di Redazione incaricato di redigere un testo di costituzione coordinato e di rappresentare la Commissione dei 75 di fronte all'assemblea. Sarà l'oratore ufficiale della DC il 13 marzo 1947 nella presentazione del progetto all'assemblea, dopo averlo già illustrato alcuni giorni prima su «Il Popolo». Il 25 luglio 1947 sarà eletto vice-presidente del gruppo parlamentare DC.

Dunque, Moro alla Costituente espresse e difese posizioni che erano innanzitutto del partito; allo stesso tempo, non c'è dubbio che lo fece con accentuazioni e inclinazioni assolutamente personali. Quali?

Innanzitutto, colpisce la forte sensibilità di Moro per il valore pedagogico che la costituzione doveva avere di fronte al paese reale. Incaricato con il liberale Giuseppe Grassi, il socialista Lelio Basso e il demo-laburista Mario Cevolotto di predisporre una divisione sistematica della materia costituzionale, Moro si distinse subito dagli altri tre colleghi perché sostenne, come poi avvenne, la necessità di premettere le dichiarazioni generali di principio a quelle sull'ordinamento costituzionale e politico. E lo fece sostenendo che queste avrebbero avuto - appunto - «soprattutto una funzione educativa, in quanto una costituzione deve avere anche valore di insegnamento per il popolo». Il significato di queste dichiarazioni di principio sarebbe stato, a suo avviso, esattamente quello di fornire una base largamente unitaria al di là delle divisioni ideologiche tra i partiti: esse avrebbero dovuto infatti «corrispondere all'orientamento antifascista che è comune a tutti i membri della commissione». Il 10 settembre ribadì che «fin dalla prima riunione la Sottocommissione» si era «trovata d'accordo su un punto: che la Costituzione deve avere un significato storico ed una particolare funzione storica»: e si trattava della base comune di «polemica antifascista» che portava ad «affermare la priorità e l'autonomia della persona di fronte allo Stato».

Un secondo punto si collega al precedente. Nella ricerca di un'intesa profonda tra tutte le forze politiche, Moro arrivò ad esprimere questa aspirazione in forti elementi ideali. In un articolo scritto nel marzo 1946, quando stava già maturando la decisione di presentarsi alle elezioni, spiegò in questo modo quella che sentiva come la missione dei cristiani: dopo aver affermato che essi non erano «parte, ma tutto, com'è tutto la Chiesa», sostenne che la loro «azione» «nella vita politica del paese» avrebbe dovuto essere «di mediazione non opportunistica, di pacificazione degli spiriti, di approfondimento dei valori morali ed in genere dello sfondo morale di ogni problema politico». Moro si mostrava fortemente convinto che la democrazia parlamentare fosse essenzialmente una educazione alla collaborazione e alla convivenza tra partiti. In un altro articolo dell'agosto-settembre 1946, quando i lavori della Costituente erano appena avviati, scriveva: «Per esistere con perfetta autonomia, non è necessario essere sempre e radicalmente diversi dagli altri, ché anzi la fondamentale e insopprimibile identità di vedute permette, al di là dei dissensi, una comunità umana. [...] Sarebbe perciò desiderabile che gli italiani acquistassero il gusto del consentire, quando si può senza offesa della verità o della propria meditata convinzione, ed

esperimentassero la gioia di dir di sì e del procedere uniti, se appena è possibile». Nilde Iotti ha raccontato con vivacità l'abitudine che Moro, con Dossetti e La Pira, prese di fermarsi dopo le sedute a discutere con lei Togliatti, Marchesi, Basso, in «conversazioni distese, amichevoli, senza sospetto». Parlavano «di tutto: delle ragioni che avevano determinato la nostra scelta politica, delle proprie esperienze durante la guerra di liberazione, dell'Unione Sovietica e della Chiesa ortodossa, della sopravvivenza o meno del principio di proprietà tra le masse contadine dell'Unione Sovietica». E in effetti, il 13 marzo 1947, intervenendo in sede di discussione generale, Moro stesso volle sottolineare come, dietro la Costituzione, non si celasse alcuna ideologia «di parte», ma vi fosse una ideologia «non soltanto non pericolosa ma necessaria», la «sostanza comune che ci unisce», la «comune, costante rivendicazione di libertà e di giustizia». E aggiunse un riconoscimento agli «altri»: «Io posso dare atto, come membro della prima sottocommissione, che su questi punti non vi è stato mai fra noi e l'onorevole Lucifero e l'onorevole Togliatti alcun patteggiamento, perché effettivamente da ogni parte si è andato, sia pure attraverso la fatica di alcune iniziali incomprensioni, verso questo punto comune nel quale veramente ci sentivamo uniti. [...] Talvolta i termini da noi usati sembravano che nascondessero qualche interesse di parte, ma poi, quando amichevolmente, cordialmente si conversava, si capiva che la sostanza era eguale e che si poteva passare al di là delle parole per cogliere il fondo comune». Qualche settimana dopo, il 12 aprile 1947, Moro scrisse a Togliatti su carta intestata dell'Assemblea costituente che, sapendolo «tanto interessato nel cogliere i motivi più vitali della nostra civiltà e della nostra vita sociale», si permetteva inviargli «in devoto omaggio» la rivista «Studium», «organo dei Laureati Cattolici Italiani». Non sappiamo a quanti altri dirigenti politici Moro abbia fatto lo stesso omaggio, ma si tratta certo di un esempio significativo quanto alle sue intenzioni di scambio e confronto intellettuale. Ancora nella riunione della direzione e del direttivo democristiano del 27 maggio 1947, in piena crisi del tripartito, Moro si astenne con Giovanni Ponti (Giorgio Mastino Del Rio, Giovanni Gronchi e Paolo Emilio Taviani votarono contro) una mozione di chiaro sostegno a De Gasperi nella rottura dell'alleanza a sinistra. Tutto questo, naturalmente, non va assolutamente mitizzato. I giudizi di Moro sulla nuova fase di avvio guerra fredda, pur nei toni pacati ed equilibrati che gli erano propri, cambiarono di lì a poco sensibilmente: avrebbe così indicato nei nuovi atteggiamenti di Togliatti il sintomo dell'«innegabile sfondo ideologico della lotta politica in Italia e la estrema difficoltà di ridurla nei termini di un dibattito particolare»; e avrebbe aggiunto che era certo che «soltanto una grande vigilanza, un grande senso di responsabilità, un grande spirito di carità cristiana» potevano «riuscire a conservare nella vita sociale», di fronte ai metodi togliattiani, «non tanto le forme esterne della democrazia, quanto il suo spirito di costante rispetto, di tolleranza e di umana solidarietà».

Del resto, il riconoscimento della necessità dell'unità, del dialogo, della collaborazione, della «coesistenza», come Moro avrebbe ripetuto più volte in assemblea (usando un termine usato ad avere ben altra fortuna nella storia della guerra fredda), era, allo stesso tempo, - ed è questo un terzo aspetto rilevante - anche un pragmatico riconoscimento della necessità di costruire una democrazia attraverso un allargamento il più ampio possibile della sua base di

consenso. Moro non si nascondeva, cioè, nessuna delle difficoltà e delle fragilità del nuovo ordine democratico. Quando sosteneva la necessità di una dimensione pedagogica alla costituzione pensava chiaramente anche a questo, legandola, come fece il 10 settembre, a una «necessità, particolarmente sentita nel Mezzogiorno», segnalando cioè un problema di equilibrio complessivo del paese da considerare attentamente. Particolarmente emblematico fu anche l'atteggiamento di Moro in merito a un aspetto che può sembrare solo una curiosità ma che è emblematico, e cioè la questione dei titoli nobiliari. La I Sottocommissione discusse animatamente il 24 settembre 1946 di un'ipotesi di articolo proposta da Lelio Basso che proponeva l'abolizione di essi, e di quella contrapposta ad essa di Giorgio La Pira che si limitava viceversa a proporre il loro mero inserimento nel nome. Di fronte a una evidente spaccatura i socialisti Pietro Mancini e Giovanni Lombardi cercarono di forzare la mano proponendo una versione più radicale di quella di Basso e dando ad essa un carattere ideologico repubblicano. Moro invece propose «l'abolizione completa della questione dei titoli nobiliari nella Costituente», dichiarando che si era «fatto male a dare un significato politico alla questione». Moro riteneva che tutti nella commissione fossero d'accordo «intorno allo spirito democratico dello Stato repubblicano» e che fosse «acquisito dalla coscienza sociale di tutti gli italiani che i titoli nobiliari» non rappresentavano «più alcun privilegio». Vedeva però nella questione «una ragione di delicatezza politica» e per questo dichiarò che avrebbe votato contro la proposta Mancini-Lombardi. Gli sembrava infatti che la Commissione avesse «un supremo interesse, quello di non creare una casta la quale sia per principio ostile alla Repubblica, mentre potrebbe essere e dovrebbe essere immessa nel ritmo vitale dello Stato democratico». Un ultimo esempio di questa sensibilità a non forzare l'equilibrio politico viene dal delicatissimo ruolo di mediazione con il mondo cattolico organizzato che Moro svolse, dovendolo in qualche modo rappresentarlo organicamente. In materia di scuola esso non solo chiedeva l'approvazione di norme decisamente confessionali ma arrivò, come fece l'Unione Cattolica per l'Educazione, a far pervenire a Moro un testo già pronto, con tutti gli emendamenti desiderati agli articoli discussi. Allora Moro scrisse all'amico Vittorino Veronese, presidente generale dell'Azione Cattolica, il 16 novembre 1946, esponendogli, in risposta alle pressioni, una visione assai significativa sia del suo realismo sia della sua accettazione ideale - come si diceva - del compromesso e della mediazione come ingredienti inevitabili e positivi di una dialettica politica democratica.: «Questa costituzione, - scrisse - faticosamente negoziata tra dieci milioni di marxisti con molte appendici moderate, massoniche e anticlericali e con otto milioni di democristiani [...] non può riprodurre completamente i nostri punti di vista. E' bene che si sappia che altri in Italia non la pensano come noi e che l'aver ottenuto quanto si è ottenuto in materia d'istruzione è un successo che non credo possa essere migliorato». Parallelamente, del resto, nella stessa lettera parlava anche di un solido accordo con Togliatti, da non rompere con interventi diretti dell'Ufficio Cattolico dell'Educazione, con il rischio di dover ricorrere poi all'appoggio di liberali e qualunquisti.

Un ultimo, e anch'esso sempre conseguente elemento, è quello di una forte accentuazione del valore dello Stato. Naturalmente, lo Stato non poteva per Moro essere un Moloch. Moro

insistette più volte che non solo lo Stato ma in generale la politica, e i partiti, non potevano essere tutto: dopo il fascismo non si trattava infatti «di limitare il potere esecutivo soltanto», si trattava «di limitare anche il potere legislativo». Stato certamente democratico, dunque. Dirà alla Costituente: «Dopo vent'anni di arbitrio del potere esecutivo che avevano portato alla creazione di una dottrina per la quale la sovranità dello Stato consisteva nell'assoluta potenza, o prepotenza, si deve affermare nella Costituzione che il potere dello Stato è un potere giuridico e che lo Stato comanda nei limiti della Costituzione e delle leggi ad essa conformi». Ma - e questo merita di essere sottolineato - Moro volle insistere anche sulla necessità di uno Stato «forte», e non esitò a usare il termine. L'11 settembre sottolineò con forza che «forse» ci si era «trovati» su questa questione «di fronte ad un equivoco»: occorre «affermare la dignità della persona umana, senza sminuire però l'autorità dello Stato, creando anzi uno stato forte e realizzando una giustizia forte», affermando «la dignità dello stato democratico». E un mese dopo ribadiva che «a questo stato» si dovevano «attribuire dei poteri, in modo che esso possa rappresentare la sua funzione armonizzatrice e coordinatrice ed esercitare tutti gli interventi nella vita economica che sono essenziali per dare ordine e stabilità all'organizzazione sociale». In questo Moro cercò anche di spiegare chiaramente al mondo cattolico la necessità di superare una cultura che riteneva vecchia. Scriverà su «Studium» nel marzo 1947: «se è giusto nell'azione politica voler costruire uno Stato che promuova una solidarietà veramente umana, che salvi ad un tempo la persona e la società, non è giusto invece, per una malintesa pregiudiziale cristiana spiritualistica e personalistica, volere uno Stato debole, inconsistente, incolore». E ancora qualche mese dopo, nel settembre 1947: «E' un frequente e tradizionale atteggiamento dei cattolici quello di lasciar che lo Stato vada per la sua strada, e sia pure verso il fallimento, riservando invece altri ambienti alla salvaguardia delle libertà fondamentali e del prezioso patrimonio della fede. In realtà però una deficiente politica statale si riflette immediatamente e mediamente sui cittadini». Anche a proposito del «servizio pubblico» fornito dallo Stato in campo educativo toccò lo stesso tasto, dichiarando di non voler parlare «come si fa da taluno, di una funzione suppletiva dello Stato in materia di educazione, quasi che esso non debba entrare nel campo educativo, provvedendo laddove l'iniziativa privata non possa giungere. No. Lo Stato ha certamente competenza ad educare per il suo prestigio morale, quando sa meritarlo».

Si comprende allora perché Moro usò con insistenza nel dibattito costituente, come fece del resto anche Dossetti, il termine di «democrazia progressiva», secondo un'accezione che era, assieme, di incontro e di competizione con il valore che al termine dava il Partito comunista. L'11 settembre, ad esempio, Moro parlava di «una tendenza progressiva che deve avere la democrazia italiana nell'attuale momento»: «parlando di diritto ad un eguale trattamento sociale» nella Costituzione si intendeva infatti «mettere in luce il carattere dinamico che deve avere lo Stato democratico». E il 25 aggiungeva che nella sua «coscienza» il termine «democrazia» aveva «un significato netto»: «da un lato», voleva «dire l'accettazione del metodo democratico nella lotta politica, dall'altro questa comune tendenza di tutti noi verso un'elevazione degli uomini su un piano di vita che sia degno e accettabile per tutti».

Si comprende però anche la diffidenza con la quale Alcide De Gasperi seguì questa azione. Parlando con il nunzio apostolico in Italia, Francesco Borgongini Duca, il 5 marzo 1947, De Gasperi si lasciò andare difatti a uno sfogo. Sottolineò che Moro, che pure «aveva combattuto ad oltranza» (e da posizioni di destra, secondo De Gasperi) gli ex-popolari in Puglia, aveva «poi nella Costituente sostenuto gli articoli sociali di sinistra». Allargò quindi il discorso a tutto il gruppo dei “professorini”: «Questi professori - disse - hanno combinato qualche guaio». Il giudizio di De Gasperi merita di essere preso in seria considerazione ma non so se possa essere confermato in sede storiografica. In una prospettiva più ampia, come è stato efficacemente sottolineato da Mariuccia Salvati, non possiamo infatti dimenticare che la Costituente avrebbe potuto benissimo costituire una grande rappresentazione pubblica in cui andava in scena la battaglia tra culture politiche diverse unite solo dal rifiuto del fascismo; e invece, come abbiamo appena visto abbondantemente, essa appare come il luogo di costruzione di una cultura politica democratica condivisa. Non che Moro non fosse consapevole della natura di convivenza forzata dell’intesa costituzionale. Fu però anche uno di coloro che ne segnalò il grandissimo valore comune. Dirà all’assemblea: «se nell’atto di costruire una casa nella quale dobbiamo ritrovarci tutti ad abitare insieme non troviamo un punto di contatto, un punto di confluenza, veramente la nostra opera può dirsi fallita. Divisi – come siamo – da diverse intuizioni politiche, da diversi orientamenti ideologici, tuttavia noi siamo membri di una comunità, la comunità del nostro stato e vi restiamo uniti sulla base di un’elementare, semplice idea dell’uomo, la quale ci accomuna e determina un rispetto reciproco degli uni verso gli altri». Viene da chiedersi se oggi questa “casa comune”, questa semplice idea dell’uomo alla base del testo costituzionale, esistano ancora davvero nella politica del nostro paese.

Amintore Fanfani*

di Attilio Celant**

Una necessaria premessa.

Amintore Fanfani approdò all'Università di Roma nel 1955, ben dopo la conclusione dei lavori della Costituente, alle soglie del *boom* economico che avrebbe portato, di lì a qualche anno, il tessuto produttivo italiano fra le prime dieci potenze industriali del mondo. Poco o nulla c'è quindi da illustrare sulle relazioni dirette intercorse fra le due esperienze: non ce ne sono, per la semplice ragione che si sono svolte in due periodi non solo lontani fra di loro, ma anche strutturalmente diversi. Sia pure in modo temporalmente sfasato, Fanfani fu -però- sia uno dei cosiddetti Padri Costituenti sia uno dei componenti più autorevoli dell'Università di Roma: questa doppia appartenenza aveva, o ha avuto, una logica? Ha prodotto qualche conseguenza? Ha avuto un significato dal quale trarre qualche buona considerazione?

Qualsiasi possa essere la risposta a questi interrogativi, è fatale che l'oggetto di questo intervento al Convegno odierno non possa esaurirsi sul ruolo che ebbero i riferimenti paradigmatici di Fanfani nella formulazione definitiva degli articoli della Costituzione, argomento sul quale dichiaro immediatamente la mia assoluta e totale incompetenza, bensì il significato della esistenza di meccanismi sincretistici che hanno determinato l'interazione fra i Padri Costituenti e l'Università di Roma, tra Fanfani costituente e Fanfani ordinario di Storia Economica. Se ne deduce che di Università di Roma o, meglio, *anche* di Università di Roma si dovrà necessariamente parlare, in quanto le due attività non sono rimaste confinate in sfere isolate, autonome. Anzi, come Fulco Lanchester, negli incontri preparatori a questo Convegno, mi ha più volte sollecitato a considerare, l'arrivo di Fanfani all'Università di Roma suggella, quasi, il ruolo assunto da quest'ultima come il principale mediatore fra il mondo delle Istituzioni e della politica italiana e il consorzio civile, il mondo reale, rappresentato in questo caso dall'Università.

In quegli anni, unica in Italia, costituiva una sorta di università-*relais* fra mondi altrimenti separati, lontani e -tradizionalmente- ben poco comunicanti, interagenti, fra loro. La presenza, contemporanea o sfasata, di tanti Padri costituenti nei Consigli delle dieci Facoltà del tempo, ne rappresenta un efficace elemento di conferma: ed io debbo rilevare come, anche ad Economia e Commercio, l'arrivo di Fanfani non fu un fatto isolato o casuale,

* Contributo pubblicato previa accettazione del Comitato scientifico del Convegno. Relazione presentata al Convegno 'I costituenti de La Sapienza', svoltosi il giorno 30 novembre 2017 presso il Rettorato – Aula degli Organi Collegiali, Università "La Sapienza" di Roma.

**Già Preside della Facoltà di Economia della "Sapienza" Università di Roma

bensi è andato nel senso suggerito da Lanchester: non a caso, infatti, la chiamata di Fanfani fu preceduta da quella di altri importanti personaggi della politica. Non è questa la sede per effettuare una ricognizione analitica dei politici titolari di cattedra o di docenti della Facoltà con incarichi governativi, vale però la pena di ricordare come, in quegli anni, diversi colleghi si vennero a trovare in questa doppia attività. Come più opportunamente si vedrà nelle pagine che seguono, al momento della chiamata di Fanfani in Consiglio di Facoltà sedeva più di un rappresentante del mondo delle istituzioni che, da lì a qualche anno si sarebbe ulteriormente potenziato anche con l'arrivo di grandi imprenditori pubblici seguiti da tanti altri personaggi della politica italiana. Senza contare i ricercatori di statura internazionale che hanno popolato la nostra facoltà, fra i quali mi è grato ricordare Bruno De Finetti, probabilista di fama mondiale che fu chiamato dalla facoltà nei periodi immediatamente precedenti all'arrivo di Fanfani. Come dar torto, quindi, a Lanchester?

Per tornare alla logica di questo intervento debbo ricordare come in esso non possano mancare alcuni riferimenti, certamente a Fanfani professore, ma soprattutto a Fanfani politico e alle scelte ideologiche, teoriche, morali che ne hanno alimentato l'operare. Sia nella veste di Padre costituente che di professore ordinario all'Università di Roma.

Come una delle più diffuse frasi fatte sentenza, sulla figura di Fanfani, sulla sua adesione ai principi etici della dottrina sociale del cattolicesimo, sulle forme attraverso le quali questi principi morali sono stati trasformati in azione politica, sulle sue riflessioni su lavoro, dignità dell'uomo e sviluppo economico, sul suo pensiero politico, sono stati spesi fiumi di inchiostro. Libri, articoli, convegni, commemorazioni e altre manifestazioni ancora hanno popolato anche le esperienze di molti di noi. In particolare, ricordo come, orsono qualche anno, nell'Aula Magna di questa Università fu celebrata l'istituzione della Fondazione Amintore Fanfani, con la partecipazione di diversi colleghi, oltre che di più o meno noti personaggi della politica. Inoltre, alcuni fra i più prestigiosi e autorevoli autori di saggi sul nostro Professore-Costituente sono oggi presenti in quest'aula: questo mi esime da considerazioni che, effettuate dal sottoscritto, sarebbero del tutto irrituali. Su due argomenti, però, cercherò di intrattenervi brevemente, spero di interessarvi e di captare la vostra attenzione: uno ha per oggetto la matrice paradigmatica di una delle azioni politiche di Fanfani: la sequenza povertà-occupazione-sviluppo; la seconda ha per oggetto il ruolo che egli ha avuto nella realizzazione della nuova sede di Economia, quella di via del Castro Laurenziano.

Amintore Fanfani: fra percorso accademico e approccio ideologico.

Il Consiglio di Facoltà di Economia e Commercio dell'Università di Roma, nella seduta del 14 gennaio 1955, alla unanimità dei presenti (quindici voti su quindici), ha deliberato la chiamata a professore ordinario di Amintore Fanfani sulla cattedra di Storia Economica. Il posto si era reso disponibile a seguito dell'uscita dai ruoli di Vittorio Franchini (avvenuta il 3 aprile 1954) e, nella seduta del 17 novembre 1954, il CdF aveva deliberato l'apertura della

vacanza e dei termini per la presentazione delle domande di trasferimento. Nella stessa seduta del 14 gennaio, su proposta del Preside, prof. Chiarelli, per dare la possibilità al nuovo titolare di iniziare immediatamente il ciclo annuale di lezioni, veniva deliberata la richiesta del ricorso alla procedura d'urgenza. Furono bruciate le tappe e il 29 gennaio 1955 il Ministro Ermini firmava il decreto in conseguenza del quale il prof. Fanfani prendeva servizio il primo febbraio 1955, a valere dell'anno accademico 1954-1955. Aveva inizio così un lungo periodo di grande collaborazione fra l'illustre professore aretino e il principale ateneo italiano, interrotto solo dai prescritti periodi di aspettativa per gli incarichi di governo e conclusasi nel 1983 allorché il prof. Fanfani fu posto in quiescenza.

Al momento della chiamata, con meno di 47 anni di età, Fanfani aveva alle spalle sia una lunga e brillante carriera accademica sia quella di avveduto uomo politico e statista. Laureato nel 1930, a 22 anni, in quella Università Cattolica del Sacro Cuore ove terrà gli insegnamenti di Storia Economica e Storia delle Dottrine Economiche fino al 31 gennaio 1955, libero docente nel marzo 1933, nel 1936 fu ternato al concorso ad ordinario bandito dall'Università di Genova, facendo rilevare alla Commissione (presieduta da Vittorio Franchini) la sua "netta superiorità rispetto agli altri candidati". Il 16 dicembre 1936 fu chiamato in Cattolica a ricoprire il posto di straordinario prima, quindi di ordinario. In questo ruolo rimase fino alla presa di servizio all'Università di Roma, che qualche delusione provocò in Padre Agostino Gemelli che aveva visto in Fanfani un possibile candidato alla sua successione come rettore dell'ateneo milanese. Quindi, sin dalla metà degli anni Trenta Fanfani era riconosciuto come un brillante e autorevole studioso di Storia economica e di Storia delle Dottrine Economiche che Padre Gemelli portava come esempio della fecondità e della autorevolezza scientifica della Scuola della Cattolica.

Amintore Fanfani non era di certo approdato casualmente alla Cattolica: era un giovane profondamente religioso, con ben radicati dentro di sé i valori costitutivi del cattolicesimo e dei relativi principi morali. E studiare nell'ateneo milanese è apparsa come la destinazione più naturale. Con questa osservazione, non vorrei -però- sottintendere che questo grande personaggio della politica e della accademia italiana abbia aderito alla dottrina cattolica in modo dogmatico: tutt'altro! Il personaggio possiede già un grande spessore e una marcata complessità e il suo arrivo, la sua permanenza alla Cattolica non sono assolutamente passati inosservati. Sotto lo sprone del demografo Marcello Boldrini prima e di Padre Agostino Gemelli successivamente Fanfani approfondisce argomenti quali la povertà, la giustizia sociale, la morale Cattolica: tutti temi che, successivamente ne avrebbero permeato l'azione politica. Comprendere a fondo lo spirito intraprendente di Fanfani non è cosa semplice, soprattutto ove non venga contestualizzato nel periodo storico in cui il Nostro operò e diede i principali frutti del suo lavoro sia nel campo della strategia economica per il Paese, sia nel campo scientifico e didattico. L'Italia di allora era un Paese arretrato, povero, prevalentemente contadino, afflitto da gravi ineguaglianze sociali e territoriali, nel quale alle lacerazioni provocate dal ventennio fascista si andavano sommando le tragedie di un conflitto combattuto sul suolo patrio.

Fanfani è stato un grande protagonista del proprio tempo e, se mi è consentito esprimere una valutazione, i suoi contributi più preziosi non riguardano tanto la riflessione scientifica, teorica e metodologica della disciplina -che rimangono comunque di grande pregio-, quanto la sua grande capacità di lettura delle condizioni sociali del tempo, dei processi storici in atto, delle strategie di intervento per agire su di essi. Va comunque ribadito il suo costante impegno, mantenuto per tutto l'arco della sua vita attiva, di tradurre in azione politica i principi della dottrina sociale cattolica. In lui era radicata la convinzione che i fondamenti etici e solidaristici del cattolicesimo potessero fornire una chiave interpretativa del percorso da far compiere al Paese per recuperare le prospettive di crescita economica.

I suoi successi non hanno alla base soltanto le scelte ideologiche, ma costituiscono anche il frutto sia di una grande dedizione al lavoro, di un grande attivismo, sia di un temperamento decisionista, determinato, ostinato. Con queste doti personali, Fanfani ha tentato con caparbietà, non di rado riuscendoci, di trasporre i principi della propria religiosità, i propri precetti morali in una serrata azione politica. Questa sottolineatura ha soltanto lo scopo di ribadire come la reale comprensione dell'azione di Fanfani non possa prescindere sia dalla costruzione paradigmatica della dottrina sociale cattolica (che ha avuto, proprio nella Università Cattolica del Sacro Cuore, una delle sedi fondamentali di elaborazione concettuale, grazie ai contributi -oltre che di Fanfani- di Padre Agostino Gemelli, di Giuseppe Dossetti, solo per ricordare due fra i nomi più rappresentativi) sia di una buona conoscenza e comprensione delle condizioni economico-sociali del tempo. Si era nel pieno di un tragico conflitto mondiale e negli anni immediatamente successivi dedicati alla ricostruzione e alla ricomposizione sociale di un Paese allo sbando, incoeso e con marcate, diffuse situazioni di miseria e di povertà. E, *rebus sic stantibus*, quale era la ricetta suggerita dal futuro Padre Costituente?

Anche in questo campo non ho veste o pretesa di esporvi grandi novità: solo ricordare che, in Fanfani, convinzioni etiche, sapere scientifico, magistero universitario e azione politica costituiscono un unicum indivisibile. Fanfani ha cercato di formulare soluzioni operative nei confronti di una Società diseredata, alla fame, con un gran numero di persone e di famiglie senza lavoro, senza mezzi di sostentamento e, per giunta, dilaniate da profondi dissidi interni. Soluzioni ricercate all'interno di un sistema solidaristico, partecipativo nel nome della dignità della persona, del lavoro come condizione per l'emancipazione economica e per la crescita dell'apparato produttivo.

Un aiuto alla comprensione della strategia politica di Fanfani sta in un minuscolo libro di piccolo formato, di 187 pagine, scritto nei primissimi anni Quaranta, finito di stampare nel novembre del 1941 e pubblicato nel 1942 per i tipi dell'editore Vita e Pensiero: *Colloqui sui poveri*. Non si tratta, certamente, di una delle sue opere più rappresentative, anzi ha più l'aspetto di un *pamphlet* divulgativo che non di un volumetto di "contenuti". È però una chiara manifestazione del suo pensiero e dei presupposti ideologici dai quali far muovere l'agire politico. L'obiettivo del lavoro è chiaro: la povertà in Italia è un problema sociale che tende ad essere sottovalutato, mentre coinvolge un gran numero di abitanti e una

percentuale molto alta della popolazione complessiva del Paese. A questo problema è necessario dare soluzione, restituire dignità e mezzi di sostentamento a quelle persone e a quelle famiglie che, cadute in miseria, vivono di stenti e con l'orgoglio oltraggiato. E attraverso i meccanismi moltiplicativi innescati dalla occupazione far crescere il reddito del Paese e tutta la sua economia.

Fin dalla prefazione il nostro Autore avverte che “Il presente volumetto non contiene una trattazione completa del problema della miseria, non è un libro di studio destinato alle biblioteche e a pochi impermeabili indagatori. Le sue insufficienze ed i suoi scorci si spiegano: si tratta di appunti di conversazioni avute occasionalmente con amici sul problema dei poveri...”. E scorrendo il sommario del volumetto non ci sono dubbi che si tratti di un lavoro non rivolto al mondo della ricerca: emergono, infatti, contenuti di natura cattolica che ruotano attorno ai concetti di povertà economica e di povertà di spirito, con una pronunciata base solidaristica, con i titoli dei cinque capitoli ricavati dalle parole dei Vangeli. E il testo non è da meno, si legge, ad esempio, “questi falsificatori del Vangelo non si domandano perché il Regno dei Cieli sia stato promesso ai poveri di spirito...” (pag. 7), oppure “Giovanni Donoso Cortes rilevava che quando i ricchi perdono la virtù della carità i poveri perdono quella della pazienza, ed allora il mondo patisce scosse formidabili e Dio permette l'impazienza criminale dei poveri per castigare l'egoismo insolente dei ricchi” (pag. 9). E ancora “La miseria è un aspetto del dolore e, come questo, accompagna l'uomo dal paradiso terrestre e lo accompagnerà sino al giudizio universale” (pag. 11); oppure “ritenere ineliminabile la miseria dal mondo non esime dal pensare ad essa” (pag. 11). E tutto il volumetto si rifà ai testi evangelici, nei quali la soluzione al problema della povertà non viene individuato da alcune proposizioni desunte dalla teoria economica o da approcci di natura dottrina. La soluzione passa attraverso l'accettazione della povertà e la sua trasformazione “... da poveri di fatto, ..., in poveri di spirito, meritevoli del regno dei cieli.” (pag. 12).

Non ci possono essere dubbi che questo libretto ha come destinatari non il mondo della ricerca e della riflessione scientifica e, per questa ragione, di interesse modesto in questa sede. Vi traspare la profonda religiosità di Fanfani e il suo sforzo per interpretare in chiave cattolica un fenomeno sociale che, come osservato, squassava la Società italiana di quegli anni. Rimane, però, in me l'interrogativo su quale potesse essere il suo obiettivo, razionale o inconscio, nel dare alle stampe questo volumetto. A mio modo di vedere, le argomentazioni contenute non sono rivolte al mondo cattolico, che di questi principi ne era ben a conoscenza attraverso la quotidiana azione dei sacerdoti. Mi pare molto più convincente ritenere che il nostro Autore si rivolga al consorzio civile e alle sue modalità organizzative, alle sue istituzioni, nel tentativo di sdoganare alcuni principi evangelici con l'obiettivo di trasferirli nel mondo della politica: una sorta di avvicinamento e di legittimazione della morale cattolica ai principi etici della Società civile.

Ho però il sospetto che l'ipotesi di fondo non si limiti all'attuazione del principio evangelico, quanto sia pervaso dalla convinzione che -attraverso di esso- si possano

raggiungere concreti obiettivi di sviluppo economico oltre che di crescita sociale. Il tema a cui dare risposte, non è se Fanfani sia riuscito nell'intento, piuttosto cercare di capire all'interno di quale paradigma egli riteneva di poter individuare le soluzioni. Attraverso quale costruzione logica, attraverso quale strumentazione razionale egli riteneva di poter pervenire agli obiettivi macroeconomici di crescita economica e sociale? E, in mancanza di un paradigma di riferimento, attraverso quali modalità concrete poteva essere utilizzato il ricorso alla ideologia cristiana e cattolica? Dare una risposta a questi interrogativi non è cosa semplice: ho, però, l'ardire di pensare che Fanfani avesse tutte le prerogative per pensare in grande e coltivasse il sogno di contribuire alla costruzione una Società diversa, più giusta, coesa, meno conflittuale, con minori squilibri. Quindi, non tanto il superamento di principi liberistici o degli ideali socialisti identificati con l'Unione Sovietica, quanto la realizzazione di un disegno egualitario, solidaristico, questo sì di matrice cattolica.

Il Padre costituente fra Giuseppe Dossetti e Alcide De Gasperi.

Come uomo politico, nel 1955, Fanfani aveva alle spalle una lunga esperienza di parlamentare, di uomo di governo e di partito. Tralasciando i pur rilevanti periodi precedenti, quando, nel 1945 Giuseppe Dossetti venne chiamato a Roma, alla direzione della Democrazia Cristiana, portò con sé il collega della Cattolica, al quale venne affidata la responsabilità dell'Ufficio Studi Propaganda e Stampa. Il sodalizio con Dossetti datava oramai alcuni anni, almeno dal 1940, ossia da quando i due, con altri colleghi della Cattolica o, comunque, con persone che condividevano gli stessi ideali del cattolicesimo, avevano iniziato ad incontrarsi regolarmente per riflettere, per discutere, per condividere i gravi problemi provocati dal fascismo e dalla sua caduta, le condizioni della popolazione conseguenti all'entrata dell'Italia nel secondo conflitto mondiale, il processo di destrutturazione sociale che proprio in quegli anni doveva raggiungere il suo apice, la forma di Stato (monarchia o regime democratico) e di governo che si sarebbe dovuta implementare in conseguenza della caduta del regime.

Con un nutrito gruppo di dossettiani, il 2 giugno 1946 fu eletto all'Assemblea Costituente per la circoscrizione di Arezzo, Siena e Grosseto. Entrato nella Commissione dei 75, con la consueta determinazione e caparbietà, ha lavorato nella terza sottocommissione, quella dedicata ai "Principi economici e sociali". In questa veste si è occupato di vari aspetti del lavoro e della occupazione e in diversi articoli della Costituzione ritroviamo la sua mano o, quantomeno, si riconoscono le idee dei "professorini" e del gruppo della Cattolica. In particolare a Fanfani viene ascritto l'emendamento all'art. 1, quello che accettato recita l'Italia "una Repubblica fondata sul lavoro". In effetti il contributo del neoparlamentare alla elaborazione della Costituzione è molto ampia ed ha modo di espletarsi soprattutto negli articoli dedicati alla economia, una disciplina poco rappresentata fra i Padri Costituenti, e al lavoro, un argomento a cui che il Nostro aveva già mostrato un particolare interesse e una grande attenzione.

Ad esempio, nella elaborazione concettuale di Fanfani, un tema ricorrente era rappresentato dal ruolo dello Stato nella economia di un Paese. Il professore di Arezzo propugnava l'idea che gli obiettivi sociali dello Stato, quali le forme di perequazione economica fra le diverse categorie sociali o fra le diverse regioni, fossero perseguibili attraverso una incisiva azione pubblica sulla economia. Lo Stato, attraverso i propri organi, deve poter esercitare un controllo sulle attività economiche, sulla gestione dei fattori della produzione, in quanto la struttura produttiva non costituisce un fine, ma rappresenta soltanto un mezzo per raggiungere i ben più rilevanti obiettivi sociali. E la dichiarata propensione del Costituente della Cattolica è per l'affermazione di un sistema misto, di una stretta interazione pubblico/privato. E la coesistenza di questi due regimi si reputa renda più facilmente perseguibili i fondamentali e prioritari obiettivi di equità sociale. Di una tale impostazione se ne trova una traccia piuttosto evidente nell'art. 41, secondo il quale "la legge determina i programmi ed i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali." Il passo successivo ha per oggetto la strategia operativa, basata sulle Partecipazioni Statali, sul rafforzamento e sull'ampliamento delle attività e dell'orizzonte operativo dell'IRI, sul potenziamento dell'ENI.

La carriera politica di Fanfani è rapida. Deputato dal 1946 al 1968, quindi Senatore della Repubblica fino alla scomparsa. Dal maggio 1947 al gennaio 1950 è Ministro del Lavoro e della previdenza Sociale nei primi governi De Gasperi; dal luglio 1951 al luglio 1953 Ministro dell'Agricoltura; dal luglio 1953 al gennaio 1954 Ministro dell'Interno con il governo Pella. Nel gennaio 1954 viene incaricato di formare un nuovo governo monocolore DC, ma il tentativo non va in porto e il 10 febbraio 1954 viene votata la sfiducia. Il 16 luglio 1954 è eletto segretario nazionale della Democrazia Cristiana.

Il personaggio che il 14 gennaio 1955 viene chiamato a subentrare a Franchini come ordinario di Storia economica alla Facoltà di Economia e Commercio dell'Università di Roma è una delle figure più autorevoli del panorama politico e universitario d'Italia e la sua venuta contribuisce a rafforzare notevolmente il ruolo, l'immagine esterna e il peso accademico di tutta l'Università di Roma e, al suo interno, alla Facoltà di Economia. Designato dallo stesso De Gasperi al vertice del partito, Fanfani era, da anni, un importante dirigente della DC, un eminente esponente del riformismo cattolico, con una marcata propensione per i temi della giustizia sociale e della partecipazione politica, le cui attenzioni erano tese alle modalità per realizzare la cosiddetta "terza via" allo sviluppo economico. Nella visione di Fanfani e della dottrina sociale cattolica, attraverso il riconoscimento della centralità dell'individuo e della persona, dei suoi diritti, della dignità del lavoro, si sarebbe pervenuti al superamento sia dei precetti del comunismo, sia delle regole del capitalismo. In quegli anni Fanfani stava maturando un progetto politico per una nuova, forte alleanza e di una solidarietà fra Lavoro e Capitale. Una forma di convergenza fra le forze politiche risorgimentali di stampo socialdemocratico e la Democrazia Cristiana, il partito cattolico propugnatore di una visione sociale della politica e della economia.

Professore all'Università di Roma, alla facoltà di Economia e Commercio

Allorché Fanfani approda alla Facoltà di Economia, trova un ambiente nel quale i rapporti con il mondo politico e i contatti con gli organi costituzionali sono ben avviati e consolidati. Indiscutibilmente il peso specifico della Facoltà si rafforza, sia nel contesto dell'Università di Roma, sia nei rapporti con il potere politico. Se Giacomo Acerbo, ordinario di Economia e Politica Agraria, preside della facoltà dal 1928 al 1943 e Ministro di Agricoltura e Foreste negli anni Trenta, è in una fase di declino e alle soglie del pensionamento, nella Facoltà, da tempo, prestano servizio Giacinto Bosco, altro grande notevole della DC e Raffaele Resta (più volte Sottosegretario nei governi De Gasperi, Pella e Zoli), mentre sono in arrivo importanti personaggi del mondo professionale, economico, accademico e, ancora, politico. Gabriele Pescatore, Giuseppe Guarino e poi, via via Federico Caffè, Vittorio Marrama e molti altri, anche se oramai siamo ai primi anni Sessanta. Come già annotato, dal 1954 insegna in Facoltà Bruno De Finetti, un altro grande personaggio dell'accademia italiana che assicura alla Facoltà e all'ateneo romano una grande visibilità scientifica internazionale.

Quella di Economia e Commercio è una Facoltà in rapida trasformazione: il Paese superato da tempo l'urgenza della ricostruzione ha imboccato una fase di crescita accelerata e necessita, pertanto, di economisti, imprenditori, manager sia per le aziende private che per quelle in mano pubblica. Abbandonato il profilo contadino, l'Italia sta scoprendo una vivace vocazione industrialista e per alimentare questa radicale transizione richiede nuove professionalità, aggiornate teorie per il governo d'impresa, per la crescita produttiva, per lo sviluppo economico. L'Italia della campagna e del mondo agricolo sta rapidamente trasformandosi in una Italia delle città e dell'industria.

Mutatis mutandis, nella Facoltà di economia e commercio si intensificano i segnali di una analoga transizione. Al posto di Della Penna venne chiamato Pietro Onida; al pensionamento di Antonio Renzi e Mario Mazzantini venne fatto fronte con l'arrivo di Carlo Fabrizi, Francesco Parrillo e, successivamente, Tancredi Bianchi; sul posto di Celestino Arena dopo un periodo di incertezze a causa della spaccatura nel CdF sulla chiamata, approdò Sergio Steve, mentre a Giannino Parravicini venne affidata la cattedra di Economia monetaria. È tutta una Facoltà che, nel passaggio generazionale, si aggiorna sui contenuti didattici e scientifici. Tra il 1955 e il 1965 si compie una transizione epocale e sia il numero degli studenti iscritti, sia le nuove immatricolazioni sono in fortissima crescita.

Tanto per ricordare qualche dato, nel quinquennio 1951/52-1954/55 la media annua degli iscritti (complessivi) si è aggirato sulle 13.000 unità, passati a oltre 20.000 nel quinquennio successivo e a circa 35.000 tra il 1960/61 e il 1964/65. Questi numero sono drogati dalla presenza dei fuoricorso, del gran numero di studenti lavoratori che, a volte, impiegano anche più di un decennio a completare il ciclo quadriennale del corso di laurea: un problema storico di un po' tutte facoltà di Economia e Commercio. È certo però i

numeri complessivi crescono in modo rapidissimo. La sede storica di piazza Borghese è da tempo sovraffollata e le sue strutture didattiche risultano drammaticamente sottodimensionate. Le aule sono poche aule, in parte interne agli istituti e con una capienza media a volte di poche decine di posti, gli spazi per la biblioteca della facoltà a dir poco sono risicati, come pure inadeguate sono le stanze per gli uffici, per la nascente informatica e per gli Istituti che, poco alla volta, affittano a caro prezzo gli appartamenti delle vicinanze.

È dalla seconda metà degli anni Trenta che il demanio militare ha promesso l'area del Castro Laurenziano all'università di Roma (Regio decreto del 2 gennaio 1937 n°1155) proprio per le esigenze della facoltà di Economia e Commercio, oltre che per quella di Magistero. Ma sono tempi molto difficili, tanto che il 4 dicembre 1948, all'apertura dell'a.a., il Rettore Giuseppe Cardinali, ricordava l'assoluta carenza di strutture edilizie e di mezzi finanziari da destinare agli investimenti edilizi e quindi all'adeguamento didattico per una popolazione studentesca in fortissima crescita.

Fu proprio Amintore Fanfani, nel 1958, in qualità di Presidente del Consiglio dei Ministri (con Aldo Moro Ministro della Pubblica Istruzione), a presentare al Parlamento il Piano decennale (1959-1969) per la Scuola che prevedeva per l'edilizia scolastica una spesa complessiva di 1386 miliardi di lire. Non fu un provvedimento fortunato, anche a causa delle forti contestazioni di cui venne fatto oggetto dalle opposizioni, che ne imputavano la natura essenzialmente finanziaria, a fronte di una oramai inderogabile esigenza di riforma dei contenuti scolastici a partire dalla scuola dell'obbligo. Approvato dal governo l'11 ottobre 1958 il provvedimento non ebbe un buon esito e, dopo l'approvazione del Senato nel 1959, naufragò alla Camera che, nel 1962 si limitò ad approvare la cosiddetta prima legge stralcio (legge 24 luglio 1962 n.1073) che finanziava l'edilizia scolastica per il triennio 1962-65.

Dopo una serie di complicate vicende amministrative che sarebbe assai poco onorevole ricordare nell'odierna manifestazione, nel novero di questi stanziamenti, alla edificazione della Facoltà di Economia sul sito di via del Castro Laurenziano, venivano assegnati 800 milioni. Il 10 giugno 1963, dopo l'espletamento delle procedure di assegnazione dell'appalto, veniva siglato il contratto con l'impresa Garboli per l'edificazione del rustico, per un importo di 615.635.250 lire. Un importo cospicuo ma comunque inadeguato rispetto ai costi preventivati per l'edificazione della nuova facoltà. A copertura del costo dell'intero progetto, nelle casse dell'Università di Roma, sarebbero dovute confluire altre importanti risorse da parte di comune e provincia (ma alla promessa di stanziamento dei fondi non fece seguito la necessaria delibera), mentre ulteriori finanziamenti erano attesi dalla vendita dell'edificio di piazza Borghese (alla quale alla fine l'Università decise di soprassedere).

Senato Accademico e Consiglio di amministrazione dell'Università diedero quindi inizio alle procedure per l'avvio dei lavori della nuova sede i cui costi complessivi, secondo una stima del Rettore Ugo Papi, si aggiravano su circa 1,8 miliardi di lire (discorso di apertura dell'a.a. 1960/61). Seguirono varie vicende di diversa natura connesse al trasferimento della

proprietà del terreno di via del Castro Laurenziano, al finanziamento diluito su più anni e spalmato su diverse leggi (sempre legate al piano di sviluppo della scuola e ai provvedimenti contenuti nella seconda e nella terza legge stralcio), alla procedura di licitazione privata per l'assegnazione dei lavori che ritardarono i tempi di realizzazione dell'edificio.

Nel 1966/67, il Decano dell'Ateneo e futuro Rettore, prof. Gaetano Martino, dichiarava che per la nuova sede della Facoltà di Economia complessivamente erano stati stanziati 2,475 miliardi di lire e che entro uno o due anni la nuova sede sarebbe stata pienamente operativa. Nella primavera del 1970, dopo varie riunioni per l'assegnazione degli spazi agli Istituti, per la tramezzatura delle superfici disponibili, per la destinazione delle varie stanze alle funzioni didattiche e scientifiche, nella primavera del 1970 vennero iniziati i trasferimenti verso la nuova sede. Chi vi parla, unitamente a pressoché tutti i colleghi giovani della facoltà, fornì il proprio contributo intellettuale e scientifico al trasloco delle biblioteche, una operazione alla quale i bibliotecari erano fortemente restii a lasciare in esclusiva alle imprese che si erano aggiudicate la gara.

Questa lunga partita vide certamente una partecipazione attiva e costruttiva di Fanfani e di altri autorevoli professori della Facoltà. Ad esempio, la prima legge stralcio, accanto a quella di Giovanni Gronchi, Presidente della Repubblica, comparivano le firme di Bosco, Fanfani, Pella e Taviani. Anche se mancano fonti documentarie che possano testimoniare un impegno diretto di Amintore Fanfani, non mi pare ci possano essere dubbi di sorta sul ruolo che il Professore ebbe in quella vicenda: lunga, intricata ma finalmente portata a buon fine.

Brevi considerazioni su alcuni riferimenti concettuali dell'azione politica di Amintore Fanfani.

Qualche succinta considerazione va poi spesa sul pensiero di Amintore Fanfani. E' argomento, questo, di particolare interesse in quanto, va subito sottolineato come nel Senatore democristiano esista un marcato *fil rouge* fra le sue convinzioni ideologiche, la sua azione politica e l'insegnamento universitario. Non è del tutto agevole collocare le convinzioni scientifiche di Fanfani nei contesti paradigmatici internazionali del tempo anche se, come già ampiamente osservato, sono del tutto evidenti le radici cattolico-sociali della Scuola di Padre Agostino Gemelli e di Giuseppe Dossetti, anche se, dal sesto gabinetto De Gasperi, mi pare che il parlamentare aretino, abbandonate le strategie politiche dossettiane, abbia virato sulle posizioni molto più pragmatiche del parlamentare trentino. D'altro canto Fanfani è personaggio multiforme, ostico, informato, dalle innumerevoli curiosità scientifiche e culturali. Il miglior esempio che si possa portare a questa riflessione e, se mi è consentito, a cui desidero sottoporvi qualche considerazione, è la posizione di Fanfani nei confronti del New Deal, delle teorie Keynesiane in tema di finanziamenti in deficit di bilancio, della sua traduzione pratica attraverso il piano in-casa della fine degli anni Quaranta. E a questo punto è necessaria una piccola digressione.

Da studente ho conosciuto personalmente Amintore Fanfani in quel fortunato a.a. 1963/64 nel quale, libero da impegni di Governo e di partito, tenne un corso magistrale sulla storia economica di Roma, della crescita, del declino e della caduta del suo impero. Da questa conoscenza diretta mi sento di poter affermare che, nonostante nell'Italia degli anni Trenta e Quaranta le teorie economiche provenienti dal mondo anglosassone circolassero con una certa difficoltà, Fanfani, da tempo, fosse di certo al corrente delle teorie di J. M. Keynes, della loro traduzione pratica attraverso le politiche infrastrutturanti attuate da F. D. Roosevelt sul fiume Tennessee, dei successi che gli Stati Uniti conseguirono in termini di recupero ambientale e di creazione di nuove potenzialità idroelettriche da destinare alla industrializzazione di alcuni stati sud-orientali degli USA.

E' questa una convinzione non suffragata da elementi oggettivi, ma troppo curioso, troppo informato e troppo ben documentato per pensare il contrario, e nonostante che le propensioni di ricerca di Amintore Fanfani non andassero certamente nella direzione delle teorie astratte, dei modelli e della loro traduzione pratica. A mio modo di vedere e condividendo le considerazioni di Tommaso Fanfani che ho avuto modo di studiare sul suo brillante volume *“Scelte politiche e fatti economici dal secondo dopoguerra ai nostri giorni”* (1998), il Piano Ina-Casa varato dal Ministro del Lavoro Amintore Fanfani nel 1948 non è figlio delle teorie di Keynes. Oltre che per quanto già osservato circa le propensioni scientifiche del Nostro, lo si ricava sia dalla proposta di legge portata al Consiglio dei Ministri e dai meccanismi previsti per il finanziamento del Piano, sia da alcune considerazioni contenute nel volumetto *“Colloqui sui poveri?”* di cui già si è detto nelle pagine precedenti. Peraltro, va anche osservato come nel piano Ina-casa non mancano alcuni riferimenti ai legami industria edilizia-occupazione-sviluppo economico e ai loro effetti in termini di moltiplicazione del reddito. Per questa ragione, ritengo che se ci fossero stati alcuni collegamenti teorici con le teorie di Keynes e con i principi del New Deal se ne sarebbe comunque trovata traccia.

Nel cosiddetto “piano Fanfani”, l'esigenza emergente era di ricostruire un vasto tessuto di abitazioni andate distrutte o danneggiate a causa degli eventi bellici. Non è stato l'unico provvedimento varato in quegli anni a finanziare l'edilizia abitativa ma certamente la legge 43 è la sola in cui vengono sottolineati gli stretti legami esistenti fra l'investimento, la creazione di nuova occupazione, la crescita del sistema economico nel suo insieme. Non è un caso che questo provvedimento legislativo non sia stato emanato dalla sua sede elettiva, istituzionale, il ministero dei Lavori pubblici, bensì dal ministero del Lavoro, per l'appunto con a capo il ministro Fanfani. Non è poi difficile riconoscere nel “piano Fanfani” l'attuazione di alcuni precetti della dottrina sociale cattolica, a proposito della capacità del lavoro, e del settore edilizio, di fungere da traino dello sviluppo della economia. L'occupazione come strumento di recupero della dignità umana delle persone e delle famiglie gravemente lesa dalla fortissima disoccupazione, della lotta ad un pauperismo drammatico e diffuso in pressoché tutte le regioni d'Italia.

Su questo tema mi sia consentito di rifarmi a chi, molto meglio di me, ha affrontato questo tema. Mi riferisco a quanto ha scritto Tommaso Fanfani alle pagine 54 e 55 del

volume di cui si è appena detto e che riporto qui di seguito. ”Molto si è discusso e si discute sul riferimento teorico delle leggi d’intervento in quegli anni nel campo dell’assistenza e degli investimenti pubblici per l’occupazione. Ci si è chiesti se quelle scelte derivassero da una convinzione teorico economica di tipo keynesiano. Alla luce delle più recenti indagini si ha la consapevolezza di una scarsa diffusione delle idee del grande economista in quegli anni, per cui, senza scomodare Keynes, quei provvedimenti vennero presi nell’obiettivo di trovare i mezzi e gli strumenti più idonei per attenuare la crisi occupazionale: costruire le case, ammodernare l’agricoltura, programmare la risoluzione del dualismo tra Nord e Sud. Se mi è consentito un ricordo personale, un giorno di settembre del 1985 ho chiesto ad Amintore Fanfani se quei provvedimenti d’intervento fossero stati studiati in coerenza con la teoria keynesiana; la risposta fu molto categorica: «noi avevamo il problema della gente che non aveva lavoro e che non aveva da mangiare, perciò ci siamo rimboccati le maniche, ci siamo arrovellati il cervello e abbiamo prodotto provvedimenti e leggi per portare il Paese fuori dalla miseria e dalla povertà, ricostruendo le case, riasestando le strade, i fiumi, rimboschendo, costruendo scuole, strade e ospedali»”.

Con il sostegno della precisazione fornita direttamente dall’allora Ministro del Lavoro penso ci sia poco da aggiungere. Personalmente ritengo che questa curiosità, puramente accademica, si sarebbe potuta altrettanto facilmente soddisfare riflettendo sulle modalità attraverso le quali venivano reperite le risorse da destinare agli investimenti nell’edilizia. La proposta fu che, in armonia con i principi solidaristici propugnati dal Ministro, oltre che dal suo sottosegretario (Giorgio La Pira), i fondi provenissero direttamente dalla contribuzione diretta dei lavoratori. Quindi non un investimento in deficit di bilancio, bensì la costituzione di un fondo (presso l’Istituto Nazionale delle Assicurazioni) attraverso -nella proposta originaria- il congelamento di una parte della tredicesima mensilità degli occupati pubblici e privati (praticamente tra un terzo e la metà). Com’era da prevedere, il provvedimento fu duramente avversato dall’opposizione (delle sinistre), dalle rappresentanze sindacali, ma anche gli ambienti confindustriali manifestarono diverse loro perplessità. Non penso di essere lontano dalla realtà ritenendo che al Ministro proponente pragmaticamente interessasse non tanto le modalità realizzative, quanto la sostanza del provvedimento, per cui, non ebbe obiezioni di principio alla introduzione (concordata) di alcuni emendamenti. Abbandonata l’ipotesi lapiriana delle tredicesime, l’accordo che venne raggiunto, contemplava comunque una contribuzione diretta dei lavoratori, sulla base di un versamento dello 0,60% delle retribuzioni mensili; l’1,20% era posto a carico delle imprese mentre lo Stato partecipava alla costruzione dell’accantonamento con un congruo contributo versato a fondo perduto. Il compromesso fu ritenuto soddisfacente e il disegno di legge approvato.

La logica di questo intervento, quindi, non era tanto nell’indebitamento dello Stato che, attraverso la creazione di risorse *ex-novo* finanziava investimenti strutturali con obiettivi anticongiunturali e di contrasto alla grande crisi del 1929, di risanamento ambientale e di crescita dei sistemi produttivi locali. L’idea di dare una casa agli italiani aveva alla base i

precetti della dottrina sociale, di creare occupazione (nell'edilizia) per qualche milione di disoccupati, di contribuire fattivamente al ripristino della dignità di tante persone condannate alla miseria dalle distruzioni belliche, di lotta ad un pauperismo diffuso e che coinvolgeva una percentuale troppo elevata di famiglie. Naturalmente in un simile disegno non potevano non mancare somiglianze e affinità con gli interventi del New Deal e, a quanto ricorda Tommaso Fanfani (un passo, questo, riportato anche nel volume di Vincenzo la Russa che, però, in qualche modo ne prende le distanze), Amintore Fanfani confidò al cugino come lo stesso Roosevelt gli avesse pubblicamente riconosciuto il merito di aver impostato la politica interventista dello Stato.

Quindi gli obiettivi sociali dello Stato, le forme di perequazione economica, sono raggiunti anche attraverso il controllo dell'economia. Anzi, la propensione del Senatore democristiano è per l'affermazione di un sistema misto, di un insieme di pubblico e di privato, in quanto -si ritiene- questa coesistenza rende più semplice il perseguimento degli obiettivi di giustizia sociale. Di qui una strategia basata sulle Partecipazioni Statali, sul loro rafforzamento, sull'ampliamento del campo di azione dell'IRI, sul potenziamento dell'ENI.

Analogamente, con la riforma agraria, alla quale dette un grande impulso e non fu estraneo neppure ai protocolli attuativi, viene ribadito il ruolo perequatore dello Stato e, da politico navigato, individua in questa riforma un'area di consenso sociale così estesa da garantire ampi successi elettorali futuri.

BIBLIOGRAFIA UTILIZZATA

Craveri Piero (2008), intervento alla giornata di studio su *Fanfani alla Costituente*, Montecitorio sala della Lupa, Fondazione della Camera dei Deputati in collaborazione con la Fondazione Fanfani, Roma;

Duchini Francesca (1998), *L'Università Cattolica a 75 anni dalla Fondazione*, Vita e Pensiero, Milano;

Fanfani Amintore (1941/42), *Colloqui sui poveri*, Vita e pensiero, Milano;

Fanfani Tommaso (1996), *Cinquant'anni di storia italiana. Scelte politiche e fatti economici dal secondo dopoguerra ai giorni nostri*, Giappichelli, Torino;

Fini Gianfranco (2008), *Fanfani alla Costituente*, Camera dei Deputati, Roma;

Girelli Bocci Angela Maria (2006), *Un Maestro di Storia Economica e di Vita. Ricordo di una esperienza scientifica e umana*, "La Facoltà di Economia. Cento anni di Storia", a cura di Raimondo Cagiano de Azevedo, pp 569-579, Rubbettino, Soveria Mannelli;

La Russa Vincenzo (2006), Amintore Fanfani, Rubbettino, Soveria Mannelli;

Mancino Nicola (1999), *Amintore Fanfani*, Commemorazione ufficiale nell’Aula di Palazzo Madama, Senato della Repubblica, Roma;

Palacio José Maria (1936), Concetto cristiano della proprietà, trad. it., Vita e Pensiero, Milano;

Pombeni Paolo (2012), Giuseppe Dossetti, Dizionario Biografico degli Italiani, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma;

Strangio Donatella (2006), *Dal Regio Istituto di Studi Commerciali e Attuariali di Roma alla Facoltà di Economia e Commercio*, “La Facoltà di Economia. Cento anni di Storia” a cura di Raimondo Cagiano de Azevedo, pp 17-80, Rubbettino, Soveria Mannelli;

Zaninelli Sergio (s. d.), *Dalla Storia Economica all’impegno politico*, Fondazione Amintore Fanfani, Roma;

Zaninelli Sergio (2000), *Amintore Fanfani. Dalla Storia Economica all’azione politica*, Senato della Repubblica, Roma.

Giovanni Leone costituente*

di Stefano Ceccanti**

Sommario: 1. Premessa – 2. I testi della Costituente – 2.1 Principi fondamentali – 2.2 Parte prima. Titolo primo – 2.3 Parte prima. Titolo secondo – 2.4 Parte prima. Titolo quarto – 2.5 Seconda parte. Titolo primo – 2.6 Parte seconda. Titolo quarto – 2.7 Seconda parte. Titolo VI – 3. Gli interventi successivi – 3.1 Il discorso per il decennale – 3.2 Il volume del 1985

1. *Premessa*

Giovanni Leone costituente ci parla oggi in tre modi: il primo è quello dei testi dei lavori dell'Assemblea; il secondo è il discorso tenuto dieci anni dopo, il 16 gennaio 1958 (1); il terzo è il volume da lui pubblicato nel 1985 che raccoglie tutti i testi della Costituente agevolando il lavoro di ricerca (che quindi si citeranno da quella fonte) con un'Introduzione di Francesco Cossiga, il messaggio alle Camere sulle riforme e il discorso del trentennale pronunciato da Capo dello Stato (2). Si seguirà pertanto questo triplice passaggio.

2. *I testi della Costituente*

2.1 *Principi fondamentali*

Sui primi 12 articoli Leone prese posizione solo con un intervento garantista per negare la possibilità di estradizione del cittadino anche in caso di convenzioni internazionali, citando l'esperienza negativa del Trattato di pace, imposto all'Italia (3). Posizione che però lo vide soccombente,

2.2 *Parte prima. Titolo Primo*

Su questa parte Leone intervenne con particolare incisività. Nella seduta pomeridiana del 25 marzo, all'inizio dell'intervento enunciò quello che forse può essere considerato in termini riassuntivi il senso del suo lavoro, ossia

* Contributo pubblicato previa accettazione del Comitato scientifico del Convegno. Relazione presentata al Convegno I 'Costituenti' de 'La Sapienza', svoltosi il giorno 30 novembre 2017, presso il Rettorato – Aula degli Organi Collegiali, Università "La Sapienza" di Roma.

** Professore ordinario di Diritto Costituzionale Italiano e Comparato presso il Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università "La Sapienza" di Roma

l' "aspirazione a fondare un compiuto equilibrio, una compiuta sintesi fra le libertà (ovvero i diritti naturali, innati, di libertà) e l'autorità (ovvero il complesso degli interessi necessari alla vita ed allo sviluppo della società organizzata) (4).

Sempre nella stessa seduta Leone riafferma con forza i principi liberali della legalità e dell'irretroattività contro le concezioni del diritto delle Forme di Stato autoritaria e socialista:

"In altri Paesi, di recente il principio della legalità e quello dell'irretroattività sono stati solennemente violati. Vogliamo ricordare qui la massima nazista del diritto penale che si attinge solo alla sana coscienza del popolo, di cui (si soggiungeva) unico interprete era il Führer; vogliamo riferirci al principio della rispondenza ai fini configurato nel diritto sovietico; e, in contrapposto, riconsacrare il principio della legalità e della irretroattività in conformità della nostra tradizione per impedire pericolosi ritorni nostalgici verso concezioni penali che sarebbero il fallimento della nostra tradizione che è stata continuata in maniera decisa e coraggiosa da tutti i giuristi" (5).

Particolarmente incisiva l'azione, insieme a Bettiol, sul terzo comma dell'articolo 25 dove, grazie al loro emendamento, nella seduta antimeridiana del 15 aprile, il terzo comma recita puntualmente "Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge", concetto così delimitato da Bettiol:

"Non sono misure di polizia: questo devo chiarire perché non sorgano equivoci. Si tratta di misure preventive di sicurezza, che devono essere applicate, a norma del Codice penale, nei confronti di individui imputati o imputabili in occasione della perpetrazione di un reato (6).

Rilevante anche il contributo sull'articolo 27, sui fini dell'esecuzione della pena in cui Leone cerca un equilibrio tra le proprie convinzioni sui fini della pena e una formulazione sulla sua esecuzione che non pretenda di assumere le prime in modo univoco e non rispettoso del pluralismo, lasciando però aperta la porta anche a misure alternative che sarebbero maturate nei decenni successivi:

"Io qui riaffermo la mia concezione, conseguente alla concezione cristiano-sociale, che la pena ha un duplice fine: la conservazione dell'ordine etico vigente nella società — funzione preventiva — e la restituzione dell'ordine violato — funzione vendicativa o satisfattoria —. L'emenda per noi è un fine complementare della pena, ed è un fine che nella concezione cristiana si radica nella carità, mentre il fine principale si riallaccia alla giustizia su cui si fonda una ordinata convivenza sociale. Ma noi non pretendiamo di imporre, né di far discutere la nostra concezione penale... Questo è il concetto che vogliamo esprimere e che si esprime con una formula che non pregiudichi, non risolva, non delimiti la funzione della pena" (7)

Pragmatica fu anche la posizione sulla pena di morte, tesa a non escluderla del tutto a priori, pur auspicando un'evoluzione futura in questo senso:

"Io mi auguro che domani non si debba sentire ancora il bisogno di ricorrere a questo pauroso sistema di pena. Mi auguro che l'Italia possa continuare anche in questa via il suo risanamento morale, oltre che materiale e possa veramente non sentire più la nostalgia di questa pena. Ma ove sorgesse questa necessità,

questo bisogno di un popolo, perché, attraverso la Carta costituzionale, impedire che il legislatore esamini il problema?” (8).

2.3 Parte Prima. Titolo Secondo.

Gli interventi di Leone furono due. Il primo, significativo, nella seduta del 24 aprile, per ripristinare nell'art. 32 il limite del rispetto della persona (“personalità” nell'emendamento sostenuto) umana rispetto ai trattamenti sanitari obbligatori stabiliti per legge; il secondo minore, e non accolto, per sancire l'inaffidabilità dei professori universitari di ruolo, tema che fu rinviato alla legislazione ordinaria.

2.4 Parte Prima. Titolo Quarto

Leone intervenne sull'articolo 48, in consonanza con Fabbri e Tosato, per limitare la discrezionalità del legislatore sui limiti all'elettorato in relazione alle sole sentenze civili e penali:

“Il testo della nuova Costituzione, però, in materia di esclusione dal diritto di voto, non può contenere che dei principi generali formulati sinteticamente, ed impedire inoltre che una maggioranza qualsiasi che vada al potere tolga arbitrariamente l'esercizio di voto a determinate categorie che si trovino in particolari condizioni. Il testo di una Costituzione deve sempre cercare di impedire il sorgere di arbitrî.” (9).

2.5 Seconda Parte. Titolo Primo.

L'intervento più significativo, di ordine generale, è quello del 24 settembre 1946 in seconda sottocommissione, quando Leone presenta un ordine del giorno, approvato il giorno successivo, sul principio della parità delle attribuzioni delle Camere rispetto al procedimento legislativo e al controllo del Governo e si esprime negli interventi anche a favore della parità dei ruoli nell'elezione del Capo dello Stato.

Significativa, a difesa delle prerogative parlamentari, è anche la presa di posizione prudente sulle formule di giuramento per i deputati (che non sarebbero poi state inserite) giacché la formula originaria proposta da Mortati il 19 settembre 1946 in sottocommissione di “fedeltà alla Costituzione” avrebbe rischiato di delegittimare “l'intenzione di modificare quella in vigore” (10).

Rispetto all'art. 62 Leone si schiera con successo a favore della facoltà del Presidente di convocare la Camera come logico corollario della sua funzione.

In relazione all'articolo 66 Leone si schiera a favore della proposta Mortati di un Tribunale per la verifica delle elezioni eletto dal Parlamento ma non composto di parlamentari. Interessanti e piuttosto attuali le sue considerazioni:

“A suo avviso la Giunta delle elezioni non si può dire un organo esclusivamente giurisdizionale o parlamentare; il suo contenuto, infatti, è giurisdizionale, ma la sua disciplina non è tale. In ogni modo, non si può dubitare che, per verificare la validità delle elezioni, occorre spesso esaminare problemi di natura giuridica. Affinché un controllo di tale natura possa veramente aver luogo, il potere di effettuarlo dovrebbe essere affidato ad un organo giurisdizionale. Tutt'al più si potrebbe discutere della sua composizione, della proporzione, cioè, tra magistrati ed elementi parlamentari chiamati a costituirlo. A coloro che hanno mostrato di preoccuparsi della difesa delle prerogative della Camera, osserva che con la proposta dell'onorevole Mortati esse non sono diminuite; anzi la Camera, autolimitandosi in materia di verifica dei poteri, darebbe al Paese un grande esempio di serenità e di nobiltà di comportamento. Ciò che gioverebbe, non nuocerebbe al suo prestigio.” (11)

Molto rilevanti, poi, gli interventi sull'articolo 68: Leone esprime una posizione garantista che si rivela maggioritaria sulla necessità dell'autorizzazione a procedere sia per la promozione dell'azione penale sia per l'arresto, sul consentire l'arresto in flagranza solo nei casi in cui fosse obbligatorio il mandato di cattura. Interessanti però anche i due aspetti di temperamento delle prerogative su cui Leone risulta sul momento soccombente: il 19 settembre 1946 in sottocommissione sostiene che l'arresto in caso di sentenza definitiva non dovesse essere autorizzato (come fu poi deciso con la revisione costituzionale del 1993). Nella stessa sede sostiene che l'immunità delle opinioni non potesse coprire offese personali a cittadini privi di garanzia parlamentare o giurisdizionale (come poi si sarebbe imposto sulla base della giurisprudenza della Corte).

Sull'articolo 69 in sottocommissione il 20 settembre svolge considerazioni importanti sulla necessità di attribuire comunque un'indennità ai deputati, indipendentemente dalla loro condizione economica:

“Premette che sarebbe desiderabile essere nelle condizioni, accennate dall'onorevole Lussu, di formare una Costituzione che trovasse il suo fondamento in un complesso di tradizioni democratiche; ma purtroppo la democrazia non ha tradizioni nel nostro Paese e si è costretti a formulare principî che ancora debbono entrare nel costume. Per queste considerazioni è del parere che sia indispensabile stabilire la corresponsione di una indennità, facendo seguire alla norma una motivazione” (12).

Rispetto all'art. 79 Leone attacca senza successo l'amnistia, ritenuta incompatibile con uno Stato democratico di diritto, già nella seduta di sottocommissione del 5 dicembre:

“Non convince, né sul piano politico né su quello strettamente giuridico, che in un certo momento lo Stato (potere esecutivo o legislativo: il problema sotto questo aspetto non muta) possa togliere carattere di reato ad un fatto che nel momento in cui fu commesso tale carattere rivestiva.

Un solo motivo può giustificare tale intervento dello Stato; ed è la considerazione di situazioni nelle quali un fatto — per intervento di nuove condizioni o di nuove visioni politico-criminali, o per nuova interpretazione delle condizioni che legittimarono la qualificazione di un fatto come reato — non presenti più le caratteristiche del reato (cioè le caratteristiche dell'antisocialità). Ma a queste situazioni corrisponde una ben altra forma di disciplina giuridica: la legge abrogativa, la quale, secondo il Codice vigente

(perfettamente aderente in questo punto alla tradizione), investe perfino il giudicato, producendo pertanto un effetto perfettamente identico (se anche non più largo) all'amnistia.

Eccettuato tale caso, l'amnistia non può esprimere altra esigenza che quella di rinunzia, da parte dello Stato, al suo diritto all'esecuzione della pena (i fini sono indifferenti: pacificazione del Paese, difficoltà di giudicare una massa di reati germinata da un particolare terreno politico o sociale, esaltazione di un evento fausto o perdono in seguito ad un evento infausto). Orbene, a tale esigenza corrisponde in maniera perfetta l'istituto dell'indulto, che estingue la pena (rinunzia dello Stato alla pena) e non il reato.” (13)

Analoghi concetti sono poi espresso nella plenaria della Commissione dei 75 il 29 gennaio 1947. Il 21 ottobre in Aula presenta, con successo, con Mortati e altri un emendamento affinché amnistia e indulto siano concessi con leggi di delegazione delle Camere in modo tale da valorizzare il ruolo del Governo che in quanto consesso ristretto sarebbe meglio in grado di valutare i dettagli e la loro coerenza d'insieme.

2.6 Parte Seconda. Titolo Quarto.

Questa è la parte più ampia e più nota del lavoro di Leone, relatore sulla materia in Commissione e in plenaria.

Il suo punto di vista si afferma su molti punti: indipendenza della magistratura, distinzione dei magistrati per funzioni e non per gradi, ridimensionamento dei tribunali militari, divieto di giudici speciali, ruolo di vertice della Cassazione sui provvedimenti relativi alla libertà personale e in ambito penale, composizione mista del Consiglio Superiore della Magistratura. Registra una mezza vittoria sulla composizione mista della Corte d'assise dopo che era stata respinta la sua posizione di partenza contro i giudici popolari. Fu soccombente invece sull'appartenenza del pubblico ministero al potere esecutivo, ma fu decisivo, come nota Augusto Barbera “nell'individuare un raccordo col potere politico nella Presidenza del Consiglio Superiore affidata al Presidente della Repubblica e nell'immissione nel Consiglio stesso di un terzo di laici eletti dal Parlamento, mentre al Ministro della giustizia verranno affidati solo l'organizzazione e il funzionamento dei servizi relativi alla giustizia (art. 110), e la promozione dell'azione disciplinare (art. 107).” (14).

L'indirizzo complessivo si può riassumere con queste parole utilizzate il 5 dicembre in seconda sottocommissione: rendere i magistrati “indipendenti, ma non assolutamente distaccati dalla vita dello Stato..”, ossia un “potere giudiziario” non così autoreferenziale “da restare avulso dalla vita della Nazione” (15).

Non si insisterà qui sulle cose note e scontate, ma solo su qualche aspetto presbite delle motivazioni utilizzate.

Molto significativo e piuttosto attuale, per alcuni casi pendenti, è anzitutto l'intervento nella stessa sede sul problema dell'iscrizione ai partiti confluito poi sull'articolo 98, con una formulazione più debole rispetto a quelle iniziali:

“Dichiara poi di condividere l'idea dell'onorevole Calamandrei di inserire nella Costituzione il divieto per i magistrati di appartenere a partiti politici, in quanto non basta che il giudice sia indipendente, ma occorre che tale egli sempre appaia. E ciò soprattutto in considerazione delle esigenze della cosiddetta disciplina di partito, che va rafforzandosi sempre più e che potrebbe talvolta mettere il magistrato nel più grave imbarazzo. Propone inoltre che analogo divieto sia stabilito per l'appartenenza ad associazioni segrete, le quali, dal

punto di vista vincolativo, sono anche più rigide che non la disciplina di partito e che, nella maggior parte dei casi, hanno finalità politiche.” (16).

Rilevante anche il dibattito su riforme legislative e criteri ermeneutici del giudice, dove Leone cerca di muoversi dentro una visione liberale aperta, tesa alla distinzione dei ruoli che vale la pena di riportare per esteso

“All'onorevole Uberti, che ha parlato di sensibilità della giustizia ai problemi sociali, di cristallizzazione della giurisprudenza, di conservatorismo del giudice, risponde che i regimi dittatoriali, come il fascismo, sentono sempre la necessità di presentare alla pubblica opinione queste giurisdizioni speciali sotto l'etichetta di un organo giudiziario permanente, salvo poi ad inserire in esso tanti elementi estranei da sabotare il magistrato.

Nessuno può rimanere insensibile ai fatti sociali; ma non bisogna temere la cristallizzazione del giudice; occorre invece assolutamente evitare la cristallizzazione della legge. Il giudice non deve essere altro che l'interprete della legge, nel senso più rigoroso e ortodosso. Le esigenze sociali, il palpito delle riforme sono fenomeni che debbono trovare la loro ripercussione entro la formula della legge; onde la necessità di fare leggi nuove che, rispondendo a queste esigenze, adottino formule di maggiore o minore elasticità.

Quando si dice che il giudice decide secondo il suo criterio, soltanto allora gli si può chiedere una sensibilità ai problemi sociali; ma bisogna sempre evitare un allargamento del potere giudiziario, che sarebbe pericoloso. Ricorda che in Germania, proprio con la dittatura nazista, si pretese di interpretare la sana coscienza popolare e si sostenne che il diritto non è scritto nel codice, ma è nella coscienza del popolo: tale coscienza però era interpretata dal Führer e i suoi accoliti. È quindi necessario che il magistrato rimanga conservatore, non nel senso di essere refrattario all'imponente massa dei problemi sociali che si presentano, perché tali problemi devono essere tradotti in nuove leggi, ma nel senso di interpretare rigidamente la legge esistente.

Di conservatorismo si può parlare in duplice senso: in quello di difesa di un determinato sistema politico ed economico vigente e in quello di difesa del sistema giuridico. Il giudice deve essere servitore soltanto della legge e di conseguenza conservatore in tal senso: interpretare, cioè, la legge secondo i fini per i quali è stata emanata. Se ad un dato momento la formula e lo spirito della legge sono in contrasto col movimento sociale in atto, il giudice deve tuttavia applicare la vecchia legge fino a che il legislatore non l'abbia modificata. Per l'ordine giuridico di un paese sarebbe sommamente pericoloso che il giudice avesse la possibilità di adattare la legge a nuovi orientamenti sociali. Condivide le preoccupazioni dell'onorevole Uberti per certe determinate forme di conservatorismo, ma egli le porta sul piano del diritto sostanziale e non su quello del diritto processuale o formale. Non si può, in altre parole, ammettere il cosiddetto diritto libero, dando al giudice la facoltà di sovrapporre la sua coscienza politica — in senso lato — alla interpretazione della legge, che più non si presta alle nuove esigenze.

Conclude affermando di rimanere fedele ai vecchi principî liberali della interpretazione della legge da parte del magistrato.” (17).

Difficile poi non leggere alcune affermazioni contro le giurie popolari nella plenaria del 14 novembre 1947 come una presa di posizione più generale contro quello che noi oggi chiamiamo populismo giudiziario:

“Democrazia è governo di popolo; e perciò potere esecutivo e legislativo come emanazione di popolo; ma non è anche indiscriminata partecipazione del popolo a quelle attività che esprimono un'esigenza tecnica, di capacità. In riferimento a queste funzioni, la democrazia si attua con l'abolizione di quelle prerogative e di quei privilegi che contrastano a tutte le classi sociali la partecipazione alle funzioni statali. Resta, però,

sempre l'esigenza della capacità, dell'idoneità a talune funzioni, incompatibile col principio della indiscriminata partecipazione del popolo... o si marcia in maniera decisa verso il diritto libero, ed allora la giuria può profilarsi come uno strumento di scoperta di questo diritto, che si esprime attraverso la coscienza popolare, attraverso i sentimenti del popolo; o si mantiene fede, come in questo momento è necessario mantenere fede, al sistema della codificazione e della certezza del diritto, ed allora la giuria è assolutamente incompatibile con questo nostro sistema giuridico” (18).

Rilevante anche l'impegno per distinguere le garanzie di indipendenza di giudici e pubblici ministeri: come nota Barbera fu infatti grazie a un emendamento Grassi-Leone approvato a fine lavori, il 26 novembre, se si rinviò solo per queste ultime alla legge sull'ordinamento giudiziario, ossia si deliberò, secondo le parole di Leone in quella seduta un “parziale complesso di garanzie” rispetto a quello totale dei giudici, cosa che lascia la porta aperta ad istruzioni esterne: Capi delle Procure, CSM e financo il Governo, (come in Francia dove questo è possibile con una assunzione di responsabilità, purché effettuata per iscritto, del Ministro) (19).

Non si può tacere, invece, sia pure coi giudizi che si danno sempre a posteriori, in un quadro culturale mutato, l'arretratezza sull'ammissione delle donne alla magistratura, espresso in più sedi sin dall'adunanza plenaria della Commissione del 31 gennaio 1947:

“Si ritiene, però, che la partecipazione illimitata delle donne alla funzione giudiziaria non sia per ora da ammettersi. Che la donna possa partecipare, con profitto per la società, a quella amministrazione della giustizia dove più può far sentire le qualità che le derivano dalla sua femminilità e dalla sua sensibilità, non può essere negato: si accenna qui, oltre che alla giuria — nel caso che questo istituto sia ripristinato — a quei procedimenti per i quali è più sentita la necessità della presenza della donna, in quanto richiedono un giudizio il più possibile conforme alla coscienza popolare. Anche il Tribunale dei minorenni sarebbe la sede più idonea per la partecipazione della donna. Ma, negli alti gradi della Magistratura, dove bisogna arrivare alla rarefazione del tecnicismo, è da ritenere che solo gli uomini possano mantenere quell'equilibrio di preparazione che più corrisponde per tradizione a queste funzioni.” (20).

2.7 Seconda Parte. Titolo VI

Sulla giustizia costituzionale Leone fu relatore solo in Commissione, mentre in Aula relazionò Paolo Rossi. Anche questa parte è ampiamente nota e anche qui si sceglie di concentrarsi su alcune motivazioni rilevanti delle scelte operate.

L'Intervento chiave è quello in sottocommissione del 14 gennaio 1947 dove affronta subito “la principale obiezione degli oppositori..che la creazione di questa Corte di garanzia costituzionale costituirebbe una limitazione della sovranità popolare” (21). Si tratta invece di un' “interpretazione della volontà popolare” (22) connessa al carattere rigido della

Costituzione. Superata questa pregiudiziale Leone esamina quindi le possibili alternative. Il controllo diffuso è poco adatto perché potrebbe rispondere ai problemi di irregolarità procedurali ma non sulla “costituzionalità intrinseca” e per di più nei Paesi latini ha “maggior valore” la legge rispetto “alla consuetudine giudiziaria e alla giurisprudenza” (23); quello affidato al legislativo farebbe “confluire nello stesso organo la qualità di giudice e di parte; la Cassazione non sarebbe titolata perché svolge una funzione diversa, quella di “controllo sugli atti giurisdizionali” (24). Invece è da sostenere una Corte ad hoc che derivi almeno in parte e indirettamente dalla sovranità popolare.

3. *Gli interventi successivi*

3.1 *Il discorso per il decennale*

Il discorso svolto dieci anni dopo è di taglio celebrativo e complessivo sulla nostra Carta. Tra i contenuti non scontati vi è anzitutto l'utilizzo della categoria “piattaforma”, ritenuta preferibile a quella di “compromesso”, che invece “di regola” ha “un significato deteriore” (25). Piattaforma “nella quale confluirono le più varie tendenze politiche, dando luogo ad un complesso armonico di enunciazioni di principi, di direttive e di strutture giuridico-costituzionali” (26). In particolare Leone insiste sulla differenza generazionale dei Costituenti tra la classe dirigente prefascista e i più giovani, dotati di “abbondante bagaglio di idee e di preparazione culturale, ma assolutamente privi di tradizione personale, di conoscenza del congegno statale” (27). Da qui il convergere nella “piattaforma” di approcci diversi, tra lo “scetticismo” degli anziani sul carattere decisivo delle formule e degli istituti e la “calda fiducia” dei secondi (28), tra cui allora si collocava. A distanza di dieci anni, però, Leone sembra aver assorbito una parte dello scetticismo degli anziani sia perché valuta già criticamente il bicameralismo ripetitivo (che “dà luogo..a gravi problemi” a cominciare dalla lunghezza della navette da riformare “con particolare impegno” (29) e più in generale invita a non relegare la Costituzione “in un tabernacolo intoccabile, come una specie di tabù” (30). Tra gli organi dello Stato, in coerenza con alcuni filoni dottrinari dell'epoca e con la Presidenza Gronchi, Leone insiste soprattutto sul ruolo del Capo dello Stato, citando la definizione di Ruini quale “capo spirituale, più ancora che temporale della Repubblica” (31).

3.2 *Il volume del 1985*

Il testo del 1985 si apre con una prefazione di Francesco Cossiga nella quale si sottolinea anzitutto come il ruolo molto importante di Leone nell'elaborazione della Carta fosse dipeso in sostanza da due fattori diversi ma operanti in sinergia, ossia da una parte la “profonda esperienza di giurista e di avvocato” e dall'altra “una rigorosa visione unitaria..cattolico-liberale” (32). Dal momento però che l'originario filone cattolico liberale dell'Ottocento era accusato di timidezza sul piano sociale, Cossiga si affretta però a precisare che il “garantismo” di Leone soprattutto in relazione alla “giurisdizione penale” fosse di tipo “progressista”, rivolta all' “esaltazione dei valori della persona umana” (33).

Il testo prosegue con il messaggio alle Camere sulle riforme del 14 ottobre 1975 preceduto da tre pagine introduttive di Francesco Cossiga sulla sorte avuta dal medesimo, ovvero sul fatto “grave e sconcertante” che esso fu ignorato dal Parlamento (34). Una “singolare conclusione”, scrive Cossiga, che rivela come “mascherasse da una parte la frattura tra Capo dello Stato e forze politiche ed in specie il partito che lo aveva espresso, che poi esploderà drammaticamente al momento delle dimissioni di Leone e dall’altra la coscienza dell’impotenza ad affrontare problemi urgenti e gravi come quelli segnalati dal messaggio (si pensi al problema dello sciopero) e la volontà di far cadere la polvere degli archivi parlamentari sulle passate carenze della Dc e degli altri partiti di Governo e relative responsabilità di fronte al Paese..in sostanza si è verificata una specie di abrogazione surrettizia di uno dei poteri del Presidente della Repubblica con il conseguente stimolo a rinunciare ad avvalersi del maggiore mezzo di esternazione” (35).

I contenuti del messaggio sono sufficientemente noti per non riprenderli nel loro insieme. Le carenze a cui allude Cossiga, oltre alla legge sullo sciopero, specie nei servizi pubblici essenziali e in riferimento alla magistratura (inserendo sia “sanzioni” sia “adeguati rimedi” e “ipotesi di ricorso ai servizi sostitutivi” (36) sono in particolare evidenziate dalle proposte tese a dare coerenza all’azione di Governo, evocando la legge sulla Presidenza del Consiglio, definita nel testo “una delle prime leggi del nuovo ordinamento costituzionale” (37) che avrebbe dovuto essere approvata sin da subito, ma che era stata bloccata dalla forma-partito della Dc imperniata sulle correnti e sulla separazione tra segretario e Presidente del Consiglio che impediva un centro direzionale effettivo nel Governo e nella Presidenza.

Il volume si chiude col discorso del trentennale, pronunciato a Palazzo Giustiniani il 22 dicembre 1977. Si tratta di un testo molto diverso dal precedente, teso a rivendicare la progressiva attuazione della Costituzione, comprese le nuove Regioni a Statuto ordinario, l’importanza del “disgelo costituzionale” contro visioni massimalistiche, di contestazione radicale dell’esistente, dato che “la convinzione che il nostro sviluppo costituzionale potesse avere carattere lineare era legata alla sicurezza, poi rilevatasi erronea, che anche il nostro progresso economico potesse essere continuo e illimitato” (38). Pur negando, su questa linea interpretativa, che lo sviluppo della Costituzione avesse tradito le speranze, e confutando giudizi liquidatori sul sistema dei partiti, in continuità col lavoro della Costituente Leone critica come contraddittorio rispetto al 1947 l’eccessivo attivismo del Csm, sia pure dovuta all’assenza di una legge sull’ordinamento giudiziario: ne è scaturita “una produzione di tipo quasi normativo” che non gli appare fisiologica (39). Lo sviluppo ulteriore gli appare legato alla capacità programmatica delle forze impegnate nell’esperienza della solidarietà nazionale di dare risposte ai fenomeni contestativi, tanto che richiama per ben due volte l’espressione morotea della “terza fase” della democrazia italiana. Un tentativo di sintonia con la maggioranza parlamentare che però si rivelerà inefficace di lì a pochi mesi.

Alla fine del percorso ricostruttivo, dove si deve rilevare come Giovanni Leone sia stato uno dei componenti dell'assemblea costituente che più ha inciso sul testo, non si può non rilevare un paradosso: al di là di singole personalità, la forza politica che in materia di giustizia ha sostenuto posizioni analoghe a quelle di Leone è stato ed è senza dubbio il Partito Radicale che però all'epoca delle dimissioni si distinse per una particolare vis polemica contro il Presidente in carica. Una posizione innaturale che fu poi sanata solo nel 1998 da una lettera di scuse di Pannella e Bonino (40).

Note

- (1) G. Leone “Discorso pronunciato il 16 gennaio 1958 all'Università di Roma in occasione del primo decennale della promulgazione della Costituzione”, in Comitato nazionale per la celebrazione del primo decennale della promulgazione della Costituzione (a cura di), Volume I, Discorsi e scritti sulla Costituzione, pp. 27-37
- (2) G. Leone “Il mio contributo alla Costituzione Repubblicana”, Cinque Lune, Roma, 1985
- (3) Intervento in Assemblea dell'11 aprile 1947, ora in G. Leone, “Il mio contributo..”, p. 78
- (4) Intervento in Assemblea nella sessione pomeridiana del 27 marzo, Ivi, p. 81
- (5) Ivi, p. 86
- (6) Un po' infelicitemente il volume di Leone, che ripercorre questa seduta dalle pagine 98 fino a 100, taglia questa motivazione che comunque si può oggi agevolmente recuperare insieme all'integralità del dibattito nel meritorio sito sulla nascita della Costituzione:
<http://www.nascitacostituzione.it/02p1/01t1/025/index.htm?art025-013.htm&2>
- (7) Intervento in Assemblea nella sessione pomeridiana del 27 marzo, ripreso alle pp. 88-89 del Volume
- (8) Nel medesimo intervento, riportato alla p. 90
- (9) Seduta della seconda sottocommissione del 12 settembre 1946, p. 114 del Volume
- (10) Seduta della seconda sottocommissione del 19 settembre 1946, p. 133 del Volume
- (11) Ivi, p. 138
- (12) Seduta della seconda sottocommissione del 20 settembre 1946, p. 141 del Volume
- (13) Seduta della seconda sottocommissione del 5 dicembre 1946, p. 153 del Volume
- (14) A. Barbera, “Calamandrei e l'ordinamento giudiziario: una battaglia su più fronti”, 31/7/2006, http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/pre_2006/1090.pdf, p. 6

- (15) Seduta della seconda sottocommissione del 5 dicembre 1946, p. 158. Nella seduta della seconda sezione della seconda sottocommissione parlerà di indipendenza non tale però da creare una “casta chiusa” e motivando così la composizione mista del Csm (p. 289 del Volume)
- (16) Ivi, p. 159
- (17) Seduta della seconda sottocommissione, seconda sezione, del 17 dicembre 1946, pp. 221-222 del Volume
- (18) Seduta dell’assemblea Costituente del 14 novembre, pp. 169-171 del Volume
- (19) A. Barbera, “Calamandrei e l’ordinamento..”, cit., p. 5
- (20) Adunanza plenaria della commissione dei 75, pp. 279-280 del Volume
- (21) Seduta della seconda sottocommissione, seconda sezione, 14 gennaio 1947, p. 321 del Volume
- (22) Ibidem
- (23) Ivi, p. 322
- (24) Ibidem
- (25) G. Leone “Discorso..”, cit., p. 28
- (26) Ivi
- (27) Ibidem
- (28) Ibidem
- (29) Ivi, pp. 33-34
- (30) Ivi, p. 35
- (31) Ivi, p. 36
- (32) Presentazione di F. Cossiga a G. Leone “Il mio contributo..”, cit., p. XII
- (33) Ivi, p. XIII
- (34) F. Cossiga, Ivi, p. 365. Per un inquadramento della vicenda si veda C. Fusaro, “Per una storia delle riforme istituzionali (1948-2015)”, in “Rivista Trimestrale di diritto pubblico” n. 2/2015, p. 460
- (35) F. Cossiga, pp. 366-367 del Volume
- (36) G. Leone, “Messaggio al Parlamento” (14 ottobre 1975, p. 384 del Volume
- (37) Ivi, p. 371
- (38) Discorso del Presidente Giovanni Leone per il trentennale della Costituzione, Palazzo Giustiniani – 22 dicembre 1947, pag. 397 del Volume
- (39) Ibidem
- (40) Leggibile qui: <http://www.radioradicale.it/exagora/compleanno-leone-lettera-pannella-bonino-articolo-corriere-della-sera>

Gaspere Ambrosini: “un politico con preparazione tecnica”*

di Vincenzo Atripaldi**

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. La progettazione del sistema delle autonomie: il contributo di Gaspare Ambrosini – 3. La difesa della istanza regionalistica con la ricerca di “un punto di incontro e di conciliazione” – 4. Gaspare Ambrosini di fronte ai problemi della seconda parte della Costituzione

1. Introduzione

La ricerca storiografica e talvolta anche la stessa cultura costituzionalistica non hanno sempre considerato in tutta la sua complessità il ruolo svolto da Gaspare Ambrosini in Assemblea costituente³⁰⁶. Infatti Gaspare Ambrosini, uno tra i costituenti che ha partecipato più intensamente ai lavori della Assemblea costituente, non può essere preso in considerazione esclusivamente come il “Padre” del regionalismo accolto nel Titolo V della Carta costituzionale del ’48 chiamato a realizzare tecnicamente le istanze elaborate da Luigi Sturzo già nel 1921 con la relazione presentata al terzo Congresso di Venezia del PPI³⁰⁷.

In Assemblea costituente invece Gaspare Ambrosini appare sempre più come uno tra i politici con preparazione tecnica, capace di prospettare soluzioni che consentono l’aggregazione delle forze politiche presenti nel dibattito, al fine di accogliere le soluzioni più unitarie possibili.

Un ruolo che non svolge esclusivamente per l’elaborazione del Titolo V della Carta costituzionale del ’48, in quanto il suo intervento è decisamente rilevante nelle diverse sedi della Costituente in cui è presente nel dibattito. Partecipa, infatti, alla attività dell’Assemblea,

* Contributo pubblicato previa accettazione del Comitato scientifico del Convegno. Relazione presentata al Convegno I ‘Costituenti’ de ‘La Sapienza’, svoltosi il giorno 30 novembre 2017, presso il Rettorato – Aula degli Organi Collegiali, Università La Sapienza di Roma.

** Professore emerito di Istituzioni di diritto pubblico presso l’Università degli Studi di Roma “La Sapienza”.

³⁰⁶ Sulla figura e sull’opera di Gaspare Ambrosini vedi U. De Siervo, *Ambrosini e la configurazione delle regioni nella Costituzione*, in F. Teresi (a cura di), *La figura e l’opera di Gaspare Ambrosini*, Atti del Convegno Agrigento-Favara, 9-10 giugno 2000, Palermo, 2001, p. 13 ss.; A. Loiodice, *Gaspare Ambrosini e le regioni a statuto speciale*, in F. Teresi (a cura di), *La figura e l’opera di Gaspare Ambrosini*, cit., p. 23 ss.; G. Tarli Barbieri, *Gaspare Ambrosini e la nascita della autonomia regionale siciliana*, in F. Teresi (a cura di), *La figura e l’opera di Gaspare Ambrosini*, cit., p. 33 ss.; N. Antonetti, *Gaspare Ambrosini e la forma di governo parlamentare dopo la grande guerra: questioni politiche e costituzionali*, in F. Teresi (a cura di), *La figura e l’opera di Gaspare Ambrosini*, cit., p. 69 ss.; F. Lanchester, *Rappresentanza e sistemi elettorali in Gaspare Ambrosini*, in F. Teresi (a cura di), *La figura e l’opera di Gaspare Ambrosini*, cit., p. 85 ss.; P. A. Capotosti, *Gaspare Ambrosini e la Corte costituzionale*, in F. Teresi (a cura di), *La figura e l’opera di Gaspare Ambrosini*, cit., p. 99 ss.; A. Piraino, *Il principio autonomistico in Gaspare Ambrosini*, in F. Teresi (a cura di), *La figura e l’opera di Gaspare Ambrosini*, cit., p. 107 ss.; M. Midiri, *Ambrosini e il dilemma della Corte*, in F. Teresi (a cura di), *La figura e l’opera di Gaspare Ambrosini*, cit., p. 111 ss.

³⁰⁷ Cfr. U. De Siervo, *Sturzo e Ambrosini nella progettazione delle Regioni*, in N. Antonetti – U. De Siervo (a cura di), *Ambrosini e Sturzo. La nascita delle Regioni*, Bologna, 1998, p. 67 ss.; G. Tarli Barbieri, *Il regionalismo prima della Costituzione repubblicana: la sofferta genesi dello Statuto siciliano*, in N. Antonetti – U. De Siervo (a cura di), *Ambrosini e Sturzo. La nascita delle Regioni*, cit. p. 195 ss.; G. Verdi, *Gaspare Ambrosini e la realizzazione delle Regioni*, in N. Antonetti – U. De Siervo (a cura di), *Ambrosini e Sturzo. La nascita delle Regioni*, cit., p. 143 ss.;

della Commissione dei 75, della seconda Sottocommissione, della seconda sezione della stessa Sottocommissione, del Comitato dei dieci, del Comitato di redazione.

Viene eletto all'Assemblea Costituente nel collegio della Sicilia occidentale e chiamato a far parte della Commissione dei 75. Il Presidente Saragat, valendosi delle facoltà conferite dalla Assemblea, ne dava comunicazione nella seduta del 19 luglio 1946.

2. La progettazione del sistema delle autonomie: il contributo di Gaspare Ambrosini

Il suo primo intervento in Commissione del 24 luglio 1946 è finalizzato a porre il tema delle autonomie come uno dei problemi relativi alla organizzazione dello Stato e come tale da assegnare alla seconda Sottocommissione della Commissione dei 75 cui competeva l'organizzazione costituzionale dello Stato³⁰⁸.

Nella prima seduta della seconda Sottocommissione, quella del 26 luglio del 1946, Ambrosini apprezza lo schema di lavoro predisposto dal Presidente Terracini, secondo il quale il problema della autonomia investe tutte le questioni istituzionali e pertanto è opportuno trattarlo pregiudizialmente³⁰⁹.

Nella seduta del 27 luglio 1946 svolge la propria relazione, individuando gli inconvenienti dell'accentramento, "cioè di tutto quel sistema che, per la diffidenza verso le popolazioni e le autorità locali, fu instaurato nel primo momento della unificazione nazionale". Nella stessa relazione indica nella autonomia lo strumento chiamato "ad evitare i danni del centralismo statale, a stimolare e potenziare le energie locali con la partecipazione dei singoli alla vita pubblica, a stabilire l'equilibrio tra le forze politiche e quindi ad impedire l'abuso del potere e l'eventuale predominio illecito di gruppi politici o di gruppi di interessi"³¹⁰.

La relazione giudicata "esauriente" dall'on. Perassi e "bellissima" dall'on. Zuccarini, apre un dibattito con la partecipazione delle diverse forze politiche presenti nella Sottocommissione, un dibattito che, secondo l'onorevole Tosato, aveva fatto emergere la necessità e l'opportunità di un certo decentramento. Le differenze si sarebbero manifestate "solo circa la intensità, il grado e le modalità del decentramento". Sarebbero quindi state prospettate quattro tesi: "una tesi estrema, la quale vorrebbe trasformare l'Italia da Stato unitario a Stato confederale; alla quale ne corrisponde un'altra, pure estrema che sostanzialmente nega l'autonomia e si limiterebbe soltanto a soddisfare l'esigenza di un maggior decentramento sia per i comuni che per le province; e due altre che si possono

³⁰⁸ Giustamente evidenziava che non si trattava di decidere dei diritti e dei doveri dei cittadini. Cfr. Assemblea costituente. Commissione per la Costituzione. Adunanza plenaria, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente*, volume VI, Camera dei deputati. Segretariato generale, Roma, 1971, p. 18

³⁰⁹ Cfr. Assemblea costituente. Commissione per la Costituzione. Seconda Sottocommissione, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente*, cit. vol. VII, p. 815.

³¹⁰ Cfr. Assemblea costituente. Commissione per la Costituzione. Seconda Sottocommissione, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente*, cit. vol. VII, p. 819 ss.

definire intermedie”: una che vorrebbe “trasformare l’Italia in uno Stato federale e l’altra che, anziché di federalismo, parla semplicemente di autonomia regionale”³¹¹.

Il dibattito si chiude il primo agosto 1946 con l’approvazione di un ordine del giorno dell’on. Piccioni e l’istituzione di un Comitato al quale si demanda la formulazione di un progetto di ordinamento regionale nel quale, fra l’altro, l’ente Regione viene visto come ente autonomo, cioè dotato di un potere legislativo nell’ambito delle competenze attribuite e nel rispetto dell’ordinamento giuridico generale dello Stato³¹².

Questa esigenza del rispetto dell’ordinamento giuridico generale dello Stato costituirà un elemento fondamentale per disegnare, successivamente, l’assetto dei rapporti centro-periferia soprattutto quando il problema viene affrontato dall’Assemblea dopo l’approvazione del modello giuspolitico da introdurre in Carta.

Il Comitato di redazione per l’autonomia regionale, presieduto da Gaspare Ambrosini, svolge la propria attività tra il 10 ottobre e l’11 novembre 1946.

Il progetto elaborato dal Comitato è illustrato dall’on. Ambrosini in seconda Sottocommissione il 13 novembre 1946³¹³. L’esame del progetto di ordinamento regionale, dopo un dibattito molto impegnativo, termina nella seduta pomeridiana del 18 dicembre 1946. Rimangono in questa sede sospesi due soli articoli, quello relativo alla Corte di giustizia amministrativa e quello riguardante il referendum rimesso al comitato. L’articolo relativo alla Corte di giustizia è deferito all’esame della seconda sezione della seconda Sottocommissione perché riguardava il problema generale dell’unificazione della Magistratura.

La rimessione del referendum, invece, è motivata dall’esigenza di affidare al Comitato di considerare se per esso si dovesse compilare uno speciale articolo da inserire nel progetto delle autonomie regionali o se invece dovesse essere regolato a parte come istituto popolare dello Stato democratico³¹⁴.

³¹¹ Cfr. Assemblea costituente. Commissione per la Costituzione. Seconda Sottocommissione, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente*, cit. vol. VII, p. 841 ss.

³¹² L’ordine del giorno Piccioni è stato così concepito nel testo definitivo sottoposto ad approvazione nella seduta del 4 agosto 1946.

“La seconda Sottocommissione, presa in esame la questione delle autonomie locali, sulla cui larga attuazione si è trovata concorde per il rinnovamento democratico e sociale della nazione, in aderenza alla sua tradizionale e naturale struttura; riconosciuta la necessità di dar luogo alla creazione sancita dalla nuova costituzione dell’ente regione (persona giuridica territoriale):

- a) come ente autarchico (cioè con fini propri di interesse regionale e una capacità di svolgere attività propria per il conseguimento di tali fini);
- b) come ente autonomo (cioè con potere legislativo nell’ambito delle specifiche competenze che gli verranno attribuite e nel rispetto dell’ordinamento giuridico generale dello Stato);
- c) come ente rappresentativo degli interessi locali, su basi elettive;
- d) come ente dotato di autonomia finanziaria;

demanda ad una propria sezione la formulazione di un progetto di ordinamento regionale, tenute presenti le premesse suindicate, le situazioni particolari esistenti (Sicilia, Sardegna, Val D’Aosta, Trentino-Alto Adige) e gli altri criteri informativi risultanti dall’ampia discussione svoltasi in seno alla Sottocommissione.

Cfr. Assemblea costituente. Commissione per la Costituzione. Seconda Sottocommissione, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente*, cit. vol. VII, p. 891

³¹³ Cfr. Assemblea costituente. Commissione per la Costituzione. Seconda Sottocommissione, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente*, cit. vol. VII, p. 1299 ss.

³¹⁴ Cfr. Assemblea costituente. Commissione per la Costituzione. Seconda Sottocommissione, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente*, cit. vol. VII, p. 1595

Dopo ulteriori interventi della Sottocommissione e della commissione plenaria, in quest'ultimo caso per esaminare le questioni che avevano implicato un dissenso sostanziale in seno al comitato di redazione, il testo approdava alla Assemblea costituente.

3. La difesa della istanza regionalistica con la ricerca di “un punto di incontro e di conciliazione”

Tra gli interventi pronunciati dall'on. Ambrosini sul sistema delle autonomie, il più interessante è quello tenuto in Assemblea nella seduta antimeridiana del 10 giugno 1947 alla conclusione dello svolgimento degli ordini del giorno relativi al Titolo V del progetto di Costituzione³¹⁵.

Al fine di cogliere gli aspetti più rilevanti di questo intervento, è quanto mai opportuno descrivere il contesto nel quale questo si inserisce.

Nella seduta del 23 maggio del 1947³¹⁶, terminata l'approvazione della prima parte della Carta costituzionale, l'Assemblea è chiamata a decidere sulla prosecuzione dei lavori per individuare quali titoli della seconda parte della Costituzione dovessero essere trattati per primi e se, in ultima analisi, la scelta già fatta di anticipare la trattazione del Titolo V dovesse essere messa in discussione. L'Assemblea, ascoltato il parere del Comitato di redazione, dopo aver preso in considerazione soprattutto gli interventi degli onorevoli Grassi e Togliatti, conferma di dare priorità al dibattito sull'ordinamento regionale.

Il dibattito inizia con la seduta del 27 maggio 1947 quando, per la prima volta, secondo i rilievi del Presidente Terracini, l'Assemblea doveva affrontare la discussione e la votazione di numerosi ordini del giorno al fine di risolvere questioni di principio, da cui sarebbero derivate varie conseguenze³¹⁷.

Infatti vi erano ordini del giorno che, pur muovendo da diverse considerazioni, proponevano la soppressione dell'intero Titolo V rinviando l'esame della struttura amministrativa dello Stato, su base regionale, alla successiva assemblea legislativa.

Vi erano altresì gli ordini del giorno che proponevano di inserire nella Costituzione un articolo che affermasse “la modificazione strutturale del nostro Stato con l'accettazione del nuovo Ente Regione”.

Accanto a questi ordini del giorno vi erano quelli che proponevano “di inserire nella Costituzione i principi relativi all'ente Regione rinviando alla legge ogni altra determinazione”.

³¹⁵ La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente, cit., p. 2277 ss.

³¹⁶ Cfr. La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente, Camera dei Deputati, Segretariato generale, vol. III, p. 1935 ss.

³¹⁷ Seduta antimeridiana del 12 giugno 1947, in La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente, Camera dei Deputati, Segretariato generale, cit., vol. III, p. 2298 ss.

Il quadro era completato dall'ordine del giorno che proponeva la Regione come facoltativa e da quelli che accettavano le disposizioni del Titolo V e prospettavano l'esigenza di passare all'esame degli articoli del progetto.

Dinanzi a questa complessità l'onorevole Ruini, nella sua qualità di Presidente della Commissione per la Costituzione, riferisce della posizione del Comitato di redazione convocato per avviare una concorde soluzione.

Per queste esigenze il Comitato ha riassunto i termini della questione. Dopo che la seconda Sottocommissione con il solo voto dell'on. Nobile aveva accolto la proposta di istituire l'ente Regione, votando l'ordine del giorno Piccioni che deve necessariamente vincolare le conclusioni non solo del Comitato, si è passato alla discussione in merito in occasione della quale si è delineato un dissenso riguardante la funzione legislativa da attribuire alla Regione. "Una corrente sosteneva che la Regione dovesse avere in certe materie una facoltà legislativa esclusiva, diretta, propria, sia pure nei limiti dei principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato". Una seconda corrente sosteneva "che alla Regione potesse spettare soltanto una funzione secondaria di integrazione e di applicazione per adattare le norme generali ed i principi delle leggi dello Stato ai bisogni e alle condizioni locali". In seno alla Commissione dei 75 la prima tendenza prevalse per solo due voti. Pertanto la questione venne portata davanti alla Assemblea costituente per scegliere tra le due soluzioni. In Comitato i democratici cristiani, i repubblicani e gli altri più spinti autonomisti si dichiaravano disposti alla legislazione esclusiva, purchè si conservasse la legislazione concorrente e quella integrativa, "cercando di farne una sola, in modo di andare al di là della pura integrazione che appariva a qualcuno essere più di un regolamento". Malgrado l'avvicinamento delle posizioni non si è riusciti a raggiungere un accordo.

Dinanzi a questo quadro l'intervento dell'on. Ambrosini assume un particolare rilievo in quanto è condizionato da una doppia consapevolezza: innanzitutto ha la consapevolezza delle scelte operate nella determinazione del progetto, elaborato con l'intensa collaborazione di Luigi Sturzo³¹⁸; d'altra parte la considerazione che la prima parte della Costituzione era stata già approvata e che in quella sede erano state determinate le linee fondamentali dell'ordinamento giuridico generale dello Stato al quale l'ordine del giorno Piccioni aveva condizionato la realizzazione delle istanze autonomistiche.

Ed è in questa sede che erano state definiti gli elementi essenziali del modello giuspolitico. La relazione società-stato, il suo sdoppiamento, la configurazione del polo sociale, l'esigenza della ricomposizione della unità del politico.

Si era, quindi, in presenza di un assetto che, peraltro, era fondato su una serie di principi che hanno trovato la loro collocazione soprattutto negli artt. 2, 3 e 5 della Costituzione e che, nel loro complesso, erano imputati al gruppo dossettiano e ad alcuni dei Costituenti della Sapienza.

³¹⁸ Per una considerazione sulle diverse fasi dei rapporti tra Luigi Sturzo e Gaspare Ambrosini, in riferimento alla progettazione dell'ordinamento regionale durante l'approvazione in Assemblea costituente, si rinvia alle considerazioni offerte da U. De Siervo, *Sturzo ed Ambrosini nella progettazione delle Regioni*, cit., p. 71 ss.

Si è quindi dato vita ad una modellistica che attingeva da diverse istanze culturali ed ideologiche, tutte metabolizzate da quel processo storico che è stato la Resistenza italiana³¹⁹.

Fra l'altro sono queste considerazioni, cioè l'approvazione del modello di forma di Stato proposto dal gruppo dossettiano, che contribuiscono a determinare le scelte evidenziate dall'intervento dell'on. Renzo Laconi in Assemblea Costituente e tenuto nella seduta pomeridiana nel 12.6.1947: "Il gruppo comunista non voterà nessuno degli ordini del giorno che contengono il rinvio o la reiezione del progetto di ordinamento regionale. [...]"

Non voteremo gli ordini del giorno che contengono il rinvio, perché in numerose pubbliche manifestazioni, fin dal periodo elettorale noi abbiamo affermato che il problema delle Regioni va esaminato e risolto nella Carta costituzionale.

Non voteremo a favore della reiezione perché nelle stesse occasioni abbiamo anche affermato che l'Italia ha necessità di un largo decentramento sulla base regionale e che l'esigenza autonomista manifestatasi in questo periodo è sentita in una certa misura dal popolo italiano.

Abbiamo assunto alcune posizioni che manterremo integralmente [...]"³²⁰

In presenza di questo scenario, il politico Gaspare Ambrosini sente l'esigenza di "uno sforzo di rinuncia" "per arrivare" a "raccolgere" e "conciliare il maggiore numero di consensi", sforzandosi di arrivare, nei limiti del possibile, ad un punto di incontro e di conciliazione e permettendo in tal modo il rigetto degli ordini del giorno che prevedevano il rinvio o la reiezione dell'ordinamento regionale e creando in tal modo le condizioni per l'inserimento nella Carta costituzionale del '48 delle istanze autonomistiche.

Peraltro questa posizione, mossa dalla preoccupazione "di conciliare le opposte tendenze, di trovare un punto di incontro, di accordo..." non sempre è accolta con favore da qualche altro costituente³²¹.

Dopo il rigetto dei diversi ordini del giorno che chiedevano il rinvio o la reiezione dell'ordinamento regionale, viene approvato l'ordine del giorno presentato dall'on. Lussu che, esaurita la discussione generale, chiede che si passi agli esami degli articoli.

4. Gaspare Ambrosini di fronte ai problemi della seconda parte della Costituzione

Le valutazioni fin qui esposte destinate ad individuare il ruolo svolto da Gaspare Ambrosini alla Costituente, come tecnico e come politico, trovano un successivo riscontro

³¹⁹ Cfr. V. Atripaldi, *Il «Catalogo» delle libertà civili nel dibattito in assemblea costituente*, Napoli, 1979, p. 29 ss. e biblio ivi cit.

³²⁰ Cfr. *La Costituzione della Repubblica*, cit., vol. III, p. 2310 ss.

Su questo intervento vedi le considerazioni di V. Atripaldi, *Stato e pluralismo istituzionale nel Patto costituzionale: il contributo della sinistra. Relazione tenuta al convegno di studio "Le idee costituzionali della Resistenza"*, Fondazione Lelio e Lisli Basso-Fondazione Istituto Gramsci-Istituto Luigi Sturzo (Roma, 19-21 ottobre 1995), ora in *Diritto e Cultura* – Anno V, n.2- Luglio-Dicembre 1995, p. 3 ss. dell'estratto.

³²¹ E' lo stesso Ambrosini a riferire dell'atteggiamento dell'on. Zuccarini che avrebbe "continuato a dire: per la mania della conciliazione, per volere a tutti i costi di raggiungere una maggioranza, l'on. Ambrosini ha forzato la situazione, creando degli istituti improntati a principi non completamente coerenti, rettilinei". Cfr. *La Costituzione della Repubblica nei lavori della Assemblea costituente*, cit., vol. III, p. 2280.

dalla lettura del suo intervento alla Assemblea nella seduta pomeridiana del 16 settembre 1947³²². L'intervento è pronunciato durante la discussione generale sui tre titoli della parte seconda del progetto di Costituzione ed è finalizzato da una parte ad esprimere le proprie posizioni scientificamente motivate su fondamentali aspetti delle tematiche affrontate, ma soprattutto a suggerire soluzioni idonee ad ottenere il consenso delle forze politiche e culturali.

Una complessità di mediazioni politiche che si evidenziano Ambrosini quando tratta del principio della divisione dei poteri. In questo caso, dopo essersi domandato perché il principio non deve considerarsi tramontato, perché continua ad essere attuale, perché deve essere mantenuto, utilizza le sue conclusioni, soprattutto in riferimento all'ordinamento della magistratura e del potere dei giudici. Ed è in questo contesto che Ambrosini era già intervenuto sul problema dell'iscrizione dei magistrati ai partiti, sul riconoscimento della magistratura come potere autonomo non soggetto ad alcuna ingerenza del potere esecutivo e, quindi, sull'esigenza del suo autogoverno e sui poteri e sulle competenze del Consiglio superiore, sulla definizione del ruolo del PM quale magistrato, sugli ambiti della interpretazione giudiziaria³²³.

Si tratta di aspetti trattati da Gaspare Ambrosini in occasione della disciplina del potere giudiziario affidata alla seconda sezione della seconda Sottocommissione della Commissione dei 75³²⁴. Anche in quella sede, rilevante è stato il ruolo svolto dall'on. Ambrosini nel definire la configurazione della Corte costituzionale nella sua principale funzione di organo di controllo, in un regime di Costituzione rigida, dell'attività del legislatore ordinario. Un contributo determinato soprattutto dalle sue conoscenze comparativistiche, alle quali far ricorso in più occasioni³²⁵.

Una impostazione che, come si evince dall'intervento del 16 settembre 1947, consente anche di trovare le soluzioni per la scelta del sistema bicamerale e della forma di governo,

³²² Cfr. La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente, cit. vol. IV, p. 2853 ss.

³²³ Su questi aspetti si rinvia ai diversi interventi di Gaspare Ambrosini tenuti in occasione della disciplina del potere giudiziario affidata alla seconda sezione della seconda Sottocommissione della Commissione dei 75. Cfr. Commissione per la Costituzione, seconda Sottocommissione, seconda sezione, cit., vol. VIII, p. 1941 ss.

L'Ambrosini, che si "sente onorato di aver appartenuto alla Magistratura", dichiara di conoscere "la virtù e l'eroismo dei magistrati" ma è consapevole che "disgraziatamente l'amministrazione della giustizia, nel suo complesso, è stata, senza sua colpa, investita da un senso di diffidenza o, il che è lo stesso, di non completa fiducia". Ne consegue l'esigenza di ricorrere "a rimedi radicali". Cfr. Commissione per la Costituzione, seconda Sottocommissione, seconda sezione, cit., vol. VIII, p. 1943.

³²⁴ Cfr. Commissione per la Costituzione. Seconda Sottocommissione, seconda sezione, cit., vol. VIII, p. 1941 ss.

L'Ambrosini, che si "sente onorato di aver appartenuto alla magistratura" dichiara di conoscere "la virtù e l'eroismo dei magistrati" ma è consapevole che "disgraziatamente l'amministrazione della giustizia nel suo complesso, è stata, senza sua colpa, investita da un senso di diffidenza o, il che è lo stesso, di non completa fiducia." Ne consegue l'esigenza di ricorrere "a rimedi radicali". Cfr. Commissione per la Costituzione. Seconda Sottocommissione, seconda sezione, cit., vol. VIII, p. 1943 ss.

³²⁵ Cfr. Commissione per la Costituzione. Seconda Sottocommissione, seconda sezione, cit., vol. VIII, p. 2018 ss.

In questa occasione è quanto mai significativo l'invito che l'on. Ambrosini rivolge agli altri costituenti "ad esaminare a fondo l'argomento nella sua interezza, prima di arrivare ad una decisione che in realtà è molto grave, perché si tratta della instaurazione di un organo che è chiamato, per assolvere la sua funzione, a sindacare il potere legislativo ordinario".

Cfr. Commissione per la Costituzione. Seconda Sottocommissione, seconda sezione, cit., vol. VIII, p. 2019.

per la formazione della seconda Camera, per distinguere tra rappresentanza politica e rappresentanza degli interessi.

Sotto questo profilo rilevanti sono le osservazioni destinate a legittimare il sistema bicamerale nella organizzazione del Parlamento. Invero l'on. Ambrosini si domanda: “vediamo quali sono le ragioni che hanno sempre indotto pensatori ed uomini politici a propugnare la necessità di una seconda Camera e che hanno spinto i Costituenti ad adottarla”. Le ragioni sono tante e diverse. Soprattutto “il Senato è stato sempre riguardato come una Assemblea destinata alla maggiore ponderazione, come un corpo chiamato a frenare le generose impazienze che eventualmente si manifestino in modo precipitato nella prima Camera”³²⁶.

Comunque l'invito di Ambrosini è per una scelta ponderata che tenga conto di tutte le posizioni favorevoli e contrarie³²⁷.

Altrettanto significative sono le proposte per collegare l'esigenza della stabilità del Senato con un sistema che prevede un suo rinnovamento non completo, ma solo parzialmente a data fissa. Un meccanismo che avrebbe prodotto un doppio vantaggio: “quello della stabilità e l'altro inerente alla ripresa di contatto, per mezzo del rinnovamento parziale con la pubblica opinione e con il corpo elettorale, comunque sarà per essere”³²⁸.

E' con lo stesso fervore che Ambrosini affronta un altro tema di rilevante interesse: il principio della rappresentanza degli interessi, colto in una visione dialettica con il principio della rappresentanza politica³²⁹.

Un complesso di indicazioni espresse precedentemente soprattutto allorchè è chiamato ad offrire il suo contributo per la ricerca degli strumenti per la composizione del Senato per differenziarli da quelli previsti per la Camera dei deputati³³⁰. Infatti secondo Ambrosini, mentre la Camera dei Deputati “è fondata sulla base delle ideologie politiche e dei partiti, da parte dei cittadini elettori raggruppati in modo indifferenziato in collegi elettorali, nei quali è meccanicamente diviso il territorio nazionale, l'altra Camera, il Senato dovrebbe essere formato in modo da rispecchiare le varie forze economiche, sociali, culturali e delle

³²⁶ Cfr. La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente, cit., vol. IV, p. 2856 ss. A tal fine Ambrosini riporta il pensiero di Cavour esplicitato in occasione delle scelte del sistema Albertino di costituzione del Senato: “vogliamo costituire la grande macchina politica in modo che l'impulso acceleratore sia combinato con la forza moderatrice; vogliamo, accanto la molla che spinge, il pendolo che regola e rende il moto uniforme”.

³²⁷ E' opportuno che il Senato venga istituito “con una votazione senza sottintesi non tiepidamente e con rassegnazione come si trattasse di un errore che non si può evitare e di accettare o subire il Senato come un male inevitabile, ma volenterosamente, con convinzione e con la sicurezza che l'istituzione della seconda Camera sarà utile al Paese. Il Senato nascerà così con un maggiore prestigio e potrà nel modo più adeguato assolvere al compito che gli è assegnato dalla Costituzione”. Cfr. La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente, cit., vol. IV, p. 2857 ss.

Sui problemi del bicameralismo vedi N. Antonetti, *Dottrine politiche e cultura giuridica alla Costituente. Sturzo ed Ambrosini di fronte al problema del bicameralismo*. In N. Antonetti-U. De Siervo (a cura di), *Ambrosini Sturzo. La nascita delle Regioni*, cit., p. 105 ss.

³²⁸ Cfr. La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente, cit., vol. IV, p. 2857 ss.

³²⁹ Su questi aspetti riguardanti la rappresentanza degli interessi vedi M. Truffelli, *Rappresentanza individuale e rappresentanza degli interessi in Gaspare Ambrosini*, in N. Antonetti- U. De Siervo (a cura di), *Ambrosini e Sturzo. La nascita delle Regioni*, cit., p. 243.

³³⁰ Assemblea costituente. Commissione per la Costituzione. Seconda Sottocommissione, cit. p. 951 ss.

attività lavorative in genere, che per la stessa impostazione del sistema del suffragio diretto non riescono ad avere una propria compiuta rappresentanza”.

Chiarisce altresì che quando fa riferimento alla rappresentanza degli interessi vuole solo riferirsi agli “interessi, alle forze vive del Paese, alla produzione, al lavoro in tutte le sue manifestazioni” e quindi anche “alle forze del lavoro qualificato ed intellettuale”³³¹.

Un riconoscimento che non vuole escludere la rappresentanza politica che è fondata sulla ideologia dei Partiti ma vuole soltanto integrarla per “sentire la voce dei singoli interessi particolari”, in modo che acquistino “la possibilità di dire il proprio pensiero non solo per la maggiore competenza che sicuramente meriterebbero nell’esprimerlo, ma anche per la responsabilità che direttamente assumerebbero”.

Altrettanto significative sono le considerazioni sulla forma di governo parlamentare, sulla quale offre valutazioni valide anche per la situazione dell’oggi.

Invita a prendere coscienza che il congegno predisposto per questa forma di governo “è molto delicato e difficile, ma è il congegno, che solo nelle circostanze del mondo attuale, specie da noi, può garantire la libertà del popolo e nello stesso tempo la energia e la continuità dell’esecutivo”³³².

Nel contempo invita a non illudersi di poter adottare un sistema come quello vigente nel regime parlamentare classico, quello inglese. Infatti questo “presuppone due grandi partiti, uno di maggioranza e l’altro di minoranza che convogliano le forze politiche del Paese”. Una situazione “che non corrisponde affatto alle nostre condizioni”.

Di qui l’esigenza di mantenere nelle linee essenziali “alcuni pilastri” del regime parlamentare. Innanzitutto “creare un potere esecutivo forte”, perché “altrimenti è la stessa democrazia che viene messa in pericolo”. E per avere un esecutivo forte è “necessario avere un capo dello Stato che non sia soltanto un simbolo”.

Di qui ne consegue una analisi quanto mai esaustiva sulla composizione del governo, sul sistema della proporzionale e del collegio uninominale per concludere alla fine che, permanendo una situazione caratterizzata da una pluralità di forze politiche è impossibile, adottando qualsiasi sistema elettorale, ad ottenere una maggioranza parlamentare e quindi, un governo omogeneo. L’unico governo possibile sarà il governo di coalizione.

“Se è così, occorre ricorrere a correttivi che però non possono scriversi nella legge affidarsi solo al costume politico ed al generale senso di responsabilità”.

Comunque anche l’itinerario percorso da Gaspare Ambrosini nel suo intervento del 16 settembre 1947, evidenzia il suo ruolo in Assemblea costituente come giurista e come politico, consapevole che senza “conciliazione” e “transazione” non si possono creare le condizioni per “arrivare a una soluzione che raggiunga la maggioranza dei consensi”³³³.

Si assiste quindi alla individuazione di un complesso di istituti colti non solo nella configurazione espressa nelle diverse Costituzioni, ma soprattutto nelle loro dinamiche

³³¹ Cfr. la Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente, cit., vol. IV, p. 2858 ss.

³³² Cfr. la Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente, cit., vol. IV, p. 2862 ss.

³³³ Cfr. la Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente, cit., vol. IV, p. 2280.

attuative che rendono possibile ad Ambrosini di proporre scelte idonee ad ottenere il maggiore consenso delle forze politiche e culturali presenti in Assemblea³³⁴.

³³⁴ Una esigenza, quest'ultima, più volte ribadita da Gaspare Ambrosini durante la sua presenza nel dibattito in Assemblea costituente.

A tal fine è opportuno riportare alcune considerazioni espresse in occasione della discussione svolta all'udienza pomeridiana del 29 ottobre 1947.

Era al centro del dibattito l'approvazione dell'art. 123 che conteneva l'elenco delle Regioni da istituire. Si discuteva sull'approvazione di un ordine del giorno dell'on. Targetti del seguente tenore: "l'Assemblea costituente delibera che salva le procedure per istituire nuove Regioni siano nell'art. 123 istituite le Regioni storico-tradizionali di cui alle pubblicazioni ufficiali statistiche". C'era stato l'intervento dell'on. Lussu che aveva giudicato alcune dichiarazioni di Ambrosini "contrariamente alle sue abitudini, al temperamento e al suo passato" espressione della mancanza "di un certo coraggio".

Di qui l'intervento di Gaspare Ambrosini: "L'on. Lussu ha detto che la mia determinazione sarebbe stata determinata da debolezza e quasi da mancanza di coraggio. No, assolutamente no. Se sono conciliante, non è per debolezza ma, per temperamento di conciliazione; e divento fermo e non cedo quando così mi detta la coscienza. Di questa fermezza e di questo coraggio credo di aver dato prova anche oggi, assumendo la responsabilità di una adesione all'ordine del giorno Targetti, al quale pure ero stato estraneo, e più ancora assumendone la difesa, pur sapendo le opposizioni ed i risentimenti, infondati ed ingiusti, ma sempre risentimenti che avrei suscitato". Sul punto cfr. La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente, cit. vol. IV, p. 3619 ss.

[Antonio Pesenti e il ministero per la costituente: la commissione per lo studio dei problemi del lavoro*](#)

di Emma Galli**

Antonio Pesenti nasce a Verona il 5 ottobre 1910 e muore a Roma il 14 febbraio 1973. Si laurea in Giurisprudenza all'Università di Pavia nel 1931 con lode e dignità di stampa come alunno del Collegio Borromeo. E' borsista Stringher dall'ottobre del 1931 agli inizi del 1933, soggiorna a Londra, Vienna, Basilea, e successivamente a Parigi con una borsa di studio della Cassa di Risparmio delle Province Lombarde nel 1934-35 per seguire corsi di economia quando è già libero docente e incaricato all'Università di Sassari.

Si forma presso la scuola pavese di Benvenuto Griziotti e giovanissimo ottiene nel 1934 l'abilitazione alla libera docenza di Scienza delle Finanze e Diritto Finanziario, che gli viene tuttavia revocata nel 1936 quando viene arrestato e processato per attività antinazionale. Prima dell'arresto si presenta ad un concorso a cattedra di Scienza delle Finanze bandito dall'Università di Camerino.

Liberato nel settembre del '43, A.P. viene nominato sottosegretario del Ministero delle Finanze nel II Governo Badoglio e nel II Governo Bonomi, e Ministro delle Finanze nel III Governo Bonomi. Nello stesso periodo ricopre un incarico di corso libero di Scienza delle Finanze presso la Facoltà di Economia e Commercio dell'Università di Roma Sapienza negli a.a. 1945-46 e 1946-47.

Successivamente, nell'agosto del 1944 il Decreto di revoca viene annullato e la libera docenza gli viene confermata definitivamente, vista la deliberazione della Facoltà di Economia e Commercio dell'Università di Roma.

Dal 1948 diventa professore di ruolo di scienza delle finanze, avendo ottenuto la revisione di un precedente concorso a cattedra svoltosi presso l'Università di Camerino negli anni in cui era in carcere per motivi politici.

A.P. ottiene la cattedra inizialmente alla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Parma (1948-59), poi a quella di Pisa (1960-71), e infine alla Facoltà di scienze statistiche, demografiche e attuariali di Roma, per pochi anni (l'ultimo anno non poté svolgere che poche lezioni, per l'aggravarsi della sua malattia).

* Contributo pubblicato previa accettazione del Comitato scientifico del Convegno. Relazione presentata al Convegno *I 'Costituenti' de 'La Sapienza'*, svoltosi il giorno 30 novembre 2017, presso il Rettorato – Aula degli Organi Collegiali, Università "La Sapienza" di Roma.

** Professore associato di Scienza delle Finanze presso il Dipartimento di Scienze Sociali ed Economiche dell'Università "La Sapienza" di Roma.

Membro della Consulta Nazionale e poi deputato all'Assemblea Costituente, presiede la Commissione di studio per i problemi del lavoro presso il Ministero per la Costituente. Crea il CER (Centro economico per la ricostruzione), diventa vicepresidente dell'IRI nel 1946-47, deputato nella I legislatura repubblicana (1948-53) e poi senatore fino al 1968, membro del Comitato centrale del PCI dal 1945 al 1968.

L'intervento delinea brevemente l'evoluzione del profilo scientifico di A.P., e le principali posizioni assunte dal Pesenti studioso e dal Pesenti politico sui principali temi della politica economica e finanziaria, sul ruolo e la struttura del sistema tributario, sulle imprese pubbliche e sulla nazionalizzazione, sul debito pubblico. Si concentra in particolare sugli aspetti più qualificanti dell'attività di A.P. in qualità di Presidente della Commissione per lo studio dei problemi del lavoro istituita dal Ministero per la Costituente nel gennaio 1946 (e divisa in quattro Sottocommissioni economica, protezione sociale, sindacale e giuridica), relativi alla questione del lavoro come problema costituzionale, del diritto del lavoro e del diritto al lavoro, del rapporto del lavoro con le libertà civili e con l'attività dello Stato. Riferisce inoltre dei contributi di A.P. ai lavori della Commissione Economica (per la Sottocommissione Industria e per la Sottocommissione Finanze) come esperto della materia.

Massimo Severo Giannini nell'età costituyente *

di Marco Macchia**

SOMMARIO: 1. Un riformatore alle prese con la ricostruzione dell'assetto costituzionale. – 2. Giannini al Ministero per la Costituente: educare il paese al progetto costituzionale. – 3. La partecipazione ai lavori della (seconda) Commissione Forti. – 4. Giannini “costituente ombra” durante i lavori dell'Assemblea. – 5. Il giudizio sulla Carta costituzionale: molte critiche, pochi elogi. – 6. Il realismo giuridico e la delusione per l'assenza di una nuova cultura democratica.

1. Un riformatore alle prese con la ricostruzione dell'assetto costituzionale

Massimo Severo Giannini fu un innovatore e un riformatore. Da un lato, uno studioso impegnato a uscire dalla gabbia degli impianti concettuali, che riuscì ad indagare su basi nuove il diritto amministrativo³³⁵. Dall'altro, un protagonista della politica costituzionale, un professore fortemente impegnato in politica, in particolare negli anni di preparazione della Costituzione.

Decisivi sono i compiti assegnati alla Costituzione e ardua è stata la battaglia che Giannini ha dovuto sin dall'inizio combattere «contro nugoli fastidiosissimi di ignoranti, per i quali l'Assemblea costituente si associava se non proprio alla ghigliottina almeno al Terrore»³³⁶. Il compito di ricostruzione dell'assetto costituzionale, innanzitutto, era immane, poiché si trattava di fondare la democrazia. Come sosteneva Parri nel discorso di inaugurazione ai lavori della Consulta nazionale, «da noi la democrazia è appena agli inizi»³³⁷. «Il problema

* Contributo pubblicato previa accettazione del Comitato scientifico del Convegno. Relazione presentata al Convegno *I 'Costituenti' de 'La Sapienza'*, svoltosi il giorno 30 novembre 2017, presso il Rettorato – Aula degli Organi Collegiali, Università “La Sapienza” di Roma.

** Professore associato di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”.

³³⁵ S. Cassese, *Massimo Severo Giannini, l'eretico*, in *Nomos Le attualità nel diritto*, 2014, «il Giannini di quel quindicennio è un innovatore nel metodo, nelle analisi, nello stile, contrapponendosi alla cultura allora prevalente. Nel metodo, per l'abbandono definitivo dei paradigmi di origine privatistica, che fanno definitivamente allontanare la cultura amministrativistica dall'impostazione di origine civilistica (ciò non significava ignorare gli apporti del diritto privato). Nelle analisi, perché pochi giuristi come lui si sono dedicati ad arare campi tanto diversi come quello delle imprese pubbliche e quello delle certezze, quello delle concessioni e quello dei beni, e così via, lasciando sempre una importante traccia, nel senso che le tassonomie da lui indicate sono state accettate dalla cultura giuridica. Infine, nello stile, per l'abbandono del modo paludato di trattare il diritto, per la modernità della scrittura, per l'accento critico e spesso derisorio delle sue pagine».

³³⁶ M.S. Giannini, *In memoria di Costantino Mortati* (1986), in *Scritti*, vol. VIII, Milano, 2006, p. 522, citato in C. Pinelli, *Massimo Severo Giannini costituzionalista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, p. 834.

³³⁷ La citazione è contenuta in G. De Luna, *La Repubblica inquieta. L'Italia della Costituzione 1946-1948*, Milano, 2017, p. 64. La Consulta nazionale non era una assemblea elettiva, era un tentativo di allargare la rappresentatività del governo attraverso un orano chiamato a dare parere sui problemi generali e sui provvedimenti legislativi che ad essa sottoponeva il Governo.

costituzionale italiano consiste nella fondazione di una effettiva democrazia, che superi la democrazia di facciata prefascista»; mentre «in Francia esiste già una struttura democratica di base, che si tratta di revitalizzare [...] in Italia invece è necessario, anzitutto, tessere un connettivo su cui instaurare la base democratica: ed è qui la vera e grande difficoltà»³³⁸. D'altra parte – come puntualizza lo stesso Giannini in un suo saggio storico – vista con la lente della costituzione materiale, l'Italia è passata da una Costituzione oligarchica prima, ad una Costituzione pre-democratica poi a seguito dell'allargamento del suffragio elettorale, e infine ad una Costituzione fascista data la flessibilità dello Statuto Albertino³³⁹. Occorreva allora varare una prima vera Costituzione democratica. L'Assemblea costituente aveva dinanzi a sé un lavoro impegnativo. Sebbene il compito fosse difficile, gli strumenti e i poteri non mancavano.

Per analizzare il ruolo svolto da Giannini nel processo di formazione della carta repubblicana occorre scindere la sua attività in tre diversi momenti, muovendo dalla constatazione che l'apporto di Giannini alla redazione della Costituzione fu «decisivo, anche se spesso sottovalutato, se non, addirittura, dimenticato»³⁴⁰. Le tre fasi corrispondono a tre decisive vicende della storia costituzionale dell'epoca. Innanzitutto, la costruzione delle fondamenta e il ruolo nel Ministero per la Costituente, nella fase preparatoria sin dal maggio 1945. Poi la partecipazione ai lavori della Commissione Forti per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato, fino al giugno 1946. Infine, il suo ruolo di “costituente indiretto”, avendo partecipato da esterno ai lavori dell'Assemblea Costituente, dal giugno 1946 al dicembre 1947, in ragione della mancata candidatura alle elezioni del 2 giugno 1946, ma con un ruolo che merita di essere approfondito nel confezionamento del prodotto costituzionale. Quest'ultimo, in particolare, fu un momento travagliato di separazione e divisione rispetto alla posizione del Partito socialista, ai cui rappresentanti in Assemblea Giannini imputò di non aver svolto un ruolo primario nel dibattito costituente. Accusa alla quale poi seguirà il deferimento disciplinare al Collegio dei probiviri, unitamente agli aderenti ad Europa socialista, nell'autunno del 1947³⁴¹.

³³⁸ M.S. Giannini, *Mitologie costituzionali*, in «*Avanti!*», 15 maggio 1946. Si tratta di una citazione contenuta in M. D'Alberty, *Giannini dalle pagine dei giornali: il tracollo del sistema istituzionale e le riforme necessarie*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, p. 909 ss.

³³⁹ M.S. Giannini, *Parlamento e amministrazione*, in *Amm. civ.*, 1961, p.145.

³⁴⁰ Tale giudizio è contenuto in un articolo a stampa di G. Ferrari intitolato “Quel giovane che preparò il terreno alla Carta”, conservato in Carte M.S. Giannini - Archivio centrale dello Stato, citato in C. Franchini, *Giannini legislatore*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, p. 1279. Occorre ricordare che Giannini aveva contribuito come militante alla lotta di liberazione e durante la Resistenza aveva aiutato Pertini e Saragat ad evadere dal carcere di Regina Coeli, sul punto si v. *Sandro Pertini: sei condanne e due evasioni*, a cura di V. Faggi, Milano, 1982, p. 346.

³⁴¹ Su questo episodio, G. Melis, *Giannini e la politica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, p. 1260.

È amplissima la letteratura che si è sviluppata, nell'arco degli ultimi cinquant'anni, intorno all'età della Costituente³⁴². Molto indagato è stato il ruolo svolto da Giannini³⁴³. Per questa ragione intendo soffermarmi principalmente su una analisi nel complesso dell'intero percorso che Giannini, sia come uomo di scienza che come uomo politico, ha seguito in quegli anni.

Così come ha avuto certamente un peso non trascurabile la presenza di giuristi, tanto docenti universitari, quanto avvocati e magistrati, nell'Assemblea, l'apporto di Giannini risulta nel complesso considerevole. Non perché il giurista romano sia riuscito ad influire sul percorso e sul merito politico di alcune scelte, se si fa eccezione forse per la redazione dell'art. 3 Cost. – anzi molteplici sono le ragioni di dissenso dato che le sue posizioni, sicuramente originali e di avanguardia, non furono accolte nel dibattito svolto in Assemblea –, quanto piuttosto perché con la sua opera ha influito sulla formazione di una *coscienza costituente* nei cittadini ed è stato il regista e l'organizzatore di una stagione di grande slancio del popolo italiano. In questo quadro a tinte fosche, fatto di costruzione di aspettative e di smarrimento per un progetto «peggiolato, certo non migliorato»³⁴⁴, appare rilevante ricostruire il giudizio che lo stesso Giannini dà del prodotto costituzionale su cui emergono opinioni consonanti.

2. Giannini al Ministero per la Costituente: educare il paese al progetto costituzionale

Nella prima fase della ricostruzione il clima politico e culturale in cui il Paese, dopo i traumi del fascismo e della guerra, si trovò immerso era particolarmente depresso. La natura conflittuale dei rapporti tra le diverse forze presenti nel quadro politico del dopoguerra non agevolava iniziative di ripresa. In questo contesto non era agevole spiegare ai cittadini cosa fosse una costituzione, quali fossero le questioni politico-istituzionali da affrontare, di quali poteri disponesse una assemblea costituente.

³⁴² In argomento, E. Cheli, *Il problema storico della Costituente*, in *Pol. dir.*, 1973, 4, pp. 485; *Alle origini della Costituzione italiana: i lavori preparatori della Commissione per gli studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato (1945-1946)*, a cura di G. D'Alessio, Bologna 1979; *La fondazione della Repubblica. Dalla Costituzione provvisoria alla Assemblea Costituente*, a cura di E. Cheli, Bologna 1979; *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, a cura di U. De Siervo, Bologna, 1980; L. Elia, *Cultura e partiti alla Costituente. Le basi della democrazia repubblicana*, in *Il sistema delle autonomie: rapporti tra Stato e società civile*, Bologna 1981, p. 47-63; P. Pombeni (a cura di), *Potere costituente e riforme costituzionali*, Bologna, 1992.

³⁴³ Oltre alle ricostruzioni dello stesso Giannini, si v. S. Cassese, *Giannini e la preparazione della Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, p. 863 ss.; C. Franchini, *Giannini legislatore*, cit., p. 1281; G. Melis, *Giannini e la politica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, p. 1250 ss.; C. Pinelli, *Massimo Severo Giannini costituzionalista*, cit., p. 833 ss.; B.G. Mattarella, *L'opera di Giannini attraverso le sue «Carte»*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, p. 1307 ss.; M. Pastorelli, *Massimo Severo Giannini. Il nuovo ordine democratico tra pluralismo, giustizia sociale e dirigismo economico*, in *Costituenti ombra*, a cura di A. Buratti, M. Fioravanti, Roma, 2010, p. 259. Sia consentito rinviare anche a M. Macchia, *Il contributo alla "coscienza costituente" di Massimo Severo Giannini*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, p. 415 ss.

³⁴⁴ M.S. Giannini, *Lettera a Ivan Matteo Lombardo e Giuseppe Saragat*, 27 luglio 1946, in *Dalle «Carte Giannini»*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, p. 1349.

Era indispensabile perciò mettere in piedi un'intensa attività di divulgazione e promozione che avesse il pregio anche di preparare il terreno al lavoro dell'Assemblea. Un'attività preliminare, come noto, fu svolta dalla Consulta nazionale, istituita su iniziativa del governo Bonomi nell'aprile del 1945 per affiancare il governo nella fase transitoria, ma questa concentrò i suoi sforzi in particolare sull'elaborazione della legge elettorale per la Costituente³⁴⁵.

La prima vera fase del processo costituente inizia con il decreto luogotenenziale 31 luglio 1945, n. 435, varato dal governo Parri, che istituisce il ministero per la Costituente, cui viene affidato il compito di «preparare la convocazione dell'Assemblea costituente [predisponendo] gli elementi per lo studio della nuova costituzione che dovrà determinare l'assetto politico dello Stato e le linee direttive della sua azione economica e sociale»³⁴⁶. Si trattava di un punto qualificante del programma di governo, poiché si intendeva «passare dalla affermazione del diritto del popolo a decidere del proprio destino alla preparazione tecnica della Costituente, che assumeva impegno solenne di convocare, a suffragio universale – maschile e femminile – diretto e segreto, al più presto possibile»³⁴⁷.

Non è chiaro – perché contraddittori sul punto sono i racconti dello stesso Giannini – se Giannini propose di istituire il Ministero per la Costituente³⁴⁸, insieme con Giuliano Vassalli a Pietro Nenni che nel governo Parri era stato incaricato di preparare il cammino costituente, o fu inizialmente contrario salvo cambiare idea successivamente³⁴⁹. Nonostante questo dettaglio, l'impegno organizzativo e politico di Giannini negli anni di preparazione della Costituzione fu particolarmente rilevante, perché Pietro Nenni volle Giannini come capo di Gabinetto e in questo ruolo il giurista romano fu un ausilio di inesauribile valore: allestì e predispose ricerche, dati e documenti con l'obiettivo di supportare l'opera dell'Assemblea costituente³⁵⁰.

³⁴⁵ La Consulta nazionale era un organo consultivo, competente anche sui progetti di legge elettorale, istituito con il d.lgs. luogotenenziale 5 aprile 1945 n. 146, si v. G. Amato, voce *Consulta nazionale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1961, p. 543 ss.

³⁴⁶ Cfr. art. 2, d.lgs. luogotenenziale 31 luglio 1945 n. 435.

³⁴⁷ Dichiarazione programmatica del Presidente del Consiglio Parri ora in *Il movimento repubblicano. Giustizia e Libertà e il Partito d'Azione*, a cura di E.A. Rossi, Bologna, 1969, p. 243.

³⁴⁸ M.S. Giannini, *Nenni al Ministero per la Costituente*, in *Nenni dieci anni dopo*, Roma, 1990, p. 47. Sui lavori della Commissione Forti, si v. G. D'Alessio, *Alle origini della costituente italiana: i lavori preparatori della "Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato" (1945-1946)*, Bologna, il Mulino, 1979.

³⁴⁹ Come precisato da C. Franchini, *Giannini legislatore*, cit., p. 1281, «Giannini non era favorevole alla costituzione del Ministero, perché riteneva che esso fosse una "lustra", ideata con lo scopo "lontano" di fare fallire l'azione del Vice Presidente del Consiglio dei ministri Nenni: essa, infatti, si sarebbe concretizzata in una forma di coinvolgimento politico senza responsabilità, poiché, così come era stato concepito, il Ministero non aveva poteri idonei, mancando, in particolare, di quello di coordinamento delle attività di tutte le amministrazioni, che pure era essenziale»; «in seguito, però, Giannini cambiò idea, comprendendo che solo in quel modo sarebbe stato possibile contribuire alla formazione di un convincimento popolare sull'importanza dell'Assemblea costituente, intesa come momento di ripresa di coscienza del paese». «Giannini suggeriva di far approvare una norma con la quale venisse attribuita al Vice Presidente del Consiglio dei ministri Nenni il potere di chiedere a tutte le amministrazioni notizie e informazioni su tutte le questioni di ordine generale, con contemporanea istituzione di un Ufficio studi con il compito di svolgere le funzioni di Costituente».

³⁵⁰ S. Cassese, *Massimo Severo Giannini, l'eretico*, cit., Giannini, «ai due impegni accademici, ricerca e insegnamento, ha, per un breve lasso di tempo, unito due gravosi compiti, quello di capo di gabinetto e di motore del Ministero per la costituente, retto da Pietro Nenni, e quello di capo dell'ufficio legislativo del Ministero dell'industria, retto da Rodolfo

Senza dubbio il Ministero per la Costituente fu un apparato amministrativo con un carattere *sui generis*. Rimase in una prima fase ai margini rispetto al d.lgs. luogotenenziale 16 marzo 1946 n. 98 che capovolse il patto di Salerno lasciando la scelta sulla forma istituzionale dello Stato ad un referendum popolare e limitando i poteri legislativi dell'assemblea alla materia costituzionale, alle leggi elettorali e di approvazione dei trattati internazionali, mentre la restante materia legislativa era riservata al governo, poiché tale provvedimento – per ammissione dello stesso Giannini – fu preparato dall'Ufficio legislativo della Presidenza del Consiglio dei ministri³⁵¹. Ma non fu nemmeno un apparato cui meramente demandare gli adempimenti organizzativi necessari per la convocazione della Costituente. Il Ministero non si propose un obiettivo politico di influire sui contenuti della Costituzione o di condizionare la composizione dell'Assemblea, fu una struttura neutrale che si limitò ad un ausilio tecnico³⁵². Quest'ultimo però non deve essere sottovalutato poiché, per fare una Costituzione, occorre coinvolgimento della popolazione e preparazione sul piano tecnico. Questi due elementi sono entrambi essenziali per impedire tentativi di condizionamento dall'esterno, che potevano provenire dalle forze alleate, ovvero per evitare situazioni di stallo in grado di mettere in forse l'avvento della Costituente e permettere a quest'ultima di essere «in grado di esercitare tutti i poteri che spettano al popolo»³⁵³.

In questo campo emerse il ruolo di Giannini riformatore, impegnato nella progettazione della carta, dato che «occorrevano serie indagini, onerose rilevazioni delle istanze, attente disamine, indicando vie, suggerendo direttrici di guida, criticando e soprattutto accettando critiche»³⁵⁴. Per l'approntamento dei materiali per lo studio tecnico della costituzione da adottare, per spiegare, chiarire, fornire dati e documentare, gli uffici svolsero un'opera di documentazione su tutti i problemi che la Costituente avrebbe dovuto affrontare e furono centro ispiratore e propulsore di molteplici iniziative per individuare i problemi del nuovo ordine democratico e proporli alle forze politiche del Paese, al fine di diffondere la conoscenza dei problemi e assicurare l'acquisizione dei dati, perché il dibattito fosse ancorato il più possibile a dati concreti e obiettivi.

Al riguardo, vanno ricordati: la pubblicazione di una collana “Testi e documenti costituzionali”, diretta da Perticone, e di “Studi storici” dedicata all'illustrazione dei modelli di costituente e delle idee di illustri pensatori, diretta da Ghisalberti; gli opuscoli divulgativi, intitolati “Guide alla Costituente”, per facilitare la comprensione e le indagini. Ma soprattutto la pubblicazione del “Bollettino di informazione e documentazione del Ministero per la Costituente, un quaderno di sedici pagine che conteneva informazioni sul Ministero e sulle attività delle Commissioni, ma anche una ricognizione delle grandi idee-

Morandi. Per non parlare della sua militanza socialista, molto attiva a giudicare dalla sua presenza a congressi e da relazioni di carattere più politico».

³⁵¹ M.S. Giannini, *Nenni al Ministero per la Costituente*, cit., p. 54.

³⁵² M.S. Giannini, *Fantasma della reazione*, in “Avanti!”, 17 luglio 1945.

³⁵³ M.S. Giannini, *Gli Americani e la nostra Costituente*, in “Avanti!”, 24 febbraio 1946.

³⁵⁴ C. Franchini, *Giannini legislatore*, cit., p. 1282.

guida su cui si sarebbe polarizzato il dibattito in Assemblea, nonché la pubblicazione delle costituzioni straniere, come quella di Weimar e della Francia del 1946. La raccolta di dati, documenti e studi divulgati nei ventitré numeri del Bollettino è veramente imponente³⁵⁵. Il “Notiziario” informava sugli eventi costituzionali in Italia e all’estero, la “Rassegna politica” sul dibattito in corso anche nei congressi dei partiti, la “Rassegna economica”, la “Rassegna stampa”, la “Rassegna di libri” davano conto sui principali fatti e lavori sui temi costituzionali. La rubrica intitolata “Alla Radio” riportava conversazioni su temi politici e costituzionali.

«Non ci fu, in quegli anni, trepidazione in coloro che avevano ricevuto o si erano assunti l’incarico di pensare, ma ci fu un certo timore, di non farcela. In realtà l’insieme dei fatti nei quali si concretò la “liberazione”, portò alla luce un certo numero di uomini politici, ma un assai ridotto numero di “esperti” (come allora ci chiamavano) dei settori propri dell’attività associativa»³⁵⁶.

Come la Resistenza fu un’occasione storica «perché aveva dischiuso le porte all’opportunità di regolare i conti con tutte le tare del vecchio Stato liberale», così la stagione costituente fu un’opportunità per superare la democrazia formale e aprire alla partecipazione politica costruendo una vasta cittadinanza democratica. Come la Resistenza fu alimentata da grandi passioni collettive, così si provò a coinvolgere la popolazione nella costruzione della speranza di rinnovamento e di rottura per evitare che l’esperienza costituzionale fosse vissuta come una normale amministrazione, senza slanci ideali, con un perpetuarsi delle vecchie consuetudini parlamentaristiche. Una spia di ciò forse è anche la partecipazione popolare alle elezioni del 2 giugno 1946, considerato che «aveva votato circa il 90% dell’elettorato in una febbre di partecipazione politica vibrante come una molla troppo a lungo compressa da un regime totalitario»³⁵⁷.

3. La partecipazione ai lavori della (seconda) Commissione Forti

Compito del Ministero per la Costituente era anche organizzare l’attività delle commissioni di studio. Furono istituite, come noto, tre Commissioni: una dedicata ai problemi economici, una rivolta al tema del lavoro e una indirizzata alla organizzazione dello Stato.

La commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato svolse i suoi lavori dal novembre 1945 al giugno del 1946. Essa ereditò e ampliò i compiti della precedente Commissione per la riforma dell’amministrazione – istituita già nell’ottobre del 1944 – e

³⁵⁵ C. Giannuzzi, *L’istituzione e l’attività del Ministero per la Costituente*, in *Il Ministero per la costituente. L’elaborazione dei principi della carta costituzionale*, Firenze, 1995, p. 54.

³⁵⁶ M.S. Giannini, *Introduzione*, in *Il Ministero per la costituente. L’elaborazione dei principi della carta costituzionale*, Firenze, 1995, p. 1.

³⁵⁷ Così in G. De Luna, *La Repubblica inquieta*, cit., p. 17.

operò, come la precedente, sotto la guida del giurista, Ugo Forti, professore di diritto amministrativo nell'Università di Napoli. Le attività di lavoro furono suddivise in cinque sottocommissioni, incaricate di studiare rispettivamente i problemi costituzionali, l'organizzazione dello Stato, le autonomie locali, gli enti pubblici non territoriali e la sanità.

Il Ministero per la Costituente in parte confermò i precedenti componenti della Commissione per la riforma dell'amministrazione, in parte ne scelse di nuovi, unitamente alle segnalazioni dei partiti politici e dei vari dicasteri. La scelta cadde principalmente su giuristi, con una prevalenza della componente universitaria, ma con una presenza significativa anche di magistrati (ordinari e amministrativi) e di avvocati³⁵⁸. A dimostrazione della fiducia verso le nuove generazioni, «ci si orientò verso giovani studiosi che non avessero troppi impegni, sì che potessero dedicarsi seriamente al lavoro loro affidato»³⁵⁹. Il vaglio risulterà azzeccato nell'ottica di garantire la continuità tra tale attività istruttoria e la fase propriamente costituente, se solo si considera che venti membri della Commissione su novanta si trasferirono nei ranghi dell'Assemblea con le elezioni del 2 giugno 1946.

«La commissione Forti, con le sue sottocommissioni, svolse, in un arco di tempo limitato, un lavoro considerevole e di notevole pregio tecnico, ma molto circoscritto sul piano delle scelte politiche, dal momento che, fin dal suo primo insediamento, il ministro per la Costituente, Pietro Nenni, teneva a precisare che funzione della commissione era soltanto quella della *raccolta e dello studio* dei problemi relativi al riassetto dello Stato e non quella della preparazione di uno schema di costituzione, compito questo riservato all'esclusiva competenza dell'Assemblea costituente che sarebbe nata con le elezioni del 2 giugno 1946»³⁶⁰.

Era una commissione di studio, non legislativa³⁶¹. Non doveva avere l'ambizione di elaborare un progetto organico di Costituzione, doveva effettuare una ricognizione e un inventario dei principali problemi, nonché fornire gli elementi di informazione e di giudizio necessari per l'opera dei Costituenti. Del resto, non c'era un «modello originale di società e di Stato da proporre a quella classe politica che, attraverso i partiti emersi dalla Resistenza, si stava impegnando nella definizione delle basi del nuovo impianto repubblicano»³⁶².

³⁵⁸ La prima sottocommissione, chiamata a trattare i problemi costituzionali, contava tra i suoi componenti docenti affermati quali Roberto Ago, Guido Astuti, Piero Calamandrei, Vezio Crisafulli, Arturo Carlo Jemolo, Costantino Mortati, Gaetano Morelli, Ciro Vitta, Guido Zanobini, Massimo Saverio Giannini, e magistrati delle giurisdizioni ordinarie e amministrative quali Gaetano Azzariti, Leopoldo Piccardi, Emanuele Piga, Antonio Sorrentino, Andrea Torrente.

³⁵⁹ M.S. Giannini, *Il Ministero per la Costituente e gli studi preparatori della costituzione*, in *I precedenti storici della Costituzione (studi e lavori preparatori)*, vol. IV, Milano, 1958, ora in *Scritti*, vol. IV, Milano, 2004, p. 425 ss.

³⁶⁰ E. Cheli, voce *I giuristi alla Costituente*, in *Il Contributo italiano alla storia del Pensiero - Diritto* (2012), Treccani.

³⁶¹ Altrimenti «la scelta tra istituti costituzionali, che immancabilmente si opererebbe nella redazione di uno schema costituzionale, presuppone l'adozione di criteri politici e quindi il dibattito di quelle questioni squisitamente politiche, sottratte alla competenza tanto della Commissione che del Ministero e riservate esclusivamente alla Assemblea Costituente», così P. Nenni in Allegato n. 1 al Verbale n. 2 (Seduta plenaria della Commissione del 24 novembre 1945), ora in *Alle origini della Costituzione italiana. I lavori preparatori della "Commissione per gli studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato"*, cit., p. 51.

³⁶² E. Cheli, voce *I giuristi alla Costituente*, cit.

Nonostante ciò, la Commissione affrontò i principali snodi cruciali, l'organizzazione del potere, i rapporti internazionali, le garanzie costituzionali, i diritti fondamentali e la forma di governo.

Le proposte avanzate dalla Commissione rappresentarono il punto di partenza delle scelte della Costituente. Ma alcune non superarono nemmeno l'approvazione della Commissione stessa, perché troppo avanzate e innovative. Tra queste, merita menzione la proposta di Giannini e T. Barbara di una rivoluzione copernicana del sistema di organizzazione amministrativa dello Stato, che avrebbe consentito di ridisegnare su nuove basi l'ordinamento statale, intitolata "*Sul riordinamento delle amministrazioni centrali*". Si trattò di un lavoro distante dalla posizione del collegio, tanto che risulta agli atti come «documento che non riflette il punto di vista della Sottocommissione ma soltanto le opinioni personali dei relatori M.S. Giannini e T. Barbara».

Le strutture amministrative possono essere organizzate o secondo il criterio di assumere ad unità base di ripartizione delle amministrazioni stesse i ministeri e gli alti commissariati, ovvero secondo il criterio di assumere ad unità-base il gruppo dei servizi. Nella proposta si constatava che l'esperienza dei Paesi occidentali europei che avevano seguito il primo criterio non era stata felice. E ciò perché le «Amministrazioni centrali (erano) rimaste separate le une dalle altre, ciascuna con un proprio corpo di funzionari superspecializzati e quindi con mentalità deformata, ciascuna gelosa delle proprie competenze, e ciascuna, infine, restia a veder turbato l'ordine esistente e desiderosa, d'altra parte, di ingrandire l'ambito della propria sfera, con conseguente creazione di una quantità notevole di duplicazioni e, assai peggio, di competenze parziali e indefinite»³⁶³. I due commissari avevano perciò una netta preferenza per il secondo criterio, seguito nei paesi anglosassoni, alla stregua del quale si sarebbe dovuto fondare l'organizzazione amministrativa sulla aggregazione dinamica dei servizi, istituendo il servizio dell'amministrazione civile dei culti, della protezione dagli incendi, delle carceri, delle professioni legali, della protezione dei minorenni e così via, mentre il raggruppamento dei vari servizi in unità organizzative più ampie si sarebbe dovuto lasciare all'esecutivo, che lo avrebbe stabilito di volta in volta, a seconda delle esigenze consigliate nel momento, dal modo di presentarsi dei pubblici interessi³⁶⁴.

La proposta rispondeva, inoltre, all'esigenza di separare la funzione amministrativa dalle ingerenze della politica, riservando la gestione degli interessi pubblici alle amministrazioni specializzate e sottraendole alle influenze dei partiti. Ma posizioni di questo tenore, originali e innovative, faranno il loro effettivo ingresso nel dibattito legislativo solo molto più tardi, verso il chiudersi del Novecento.

³⁶³ Proposta di M.S. Giannini e T. Barbara "*Sul riordinamento delle amministrazioni centrali*".

³⁶⁴ Su questa proposta, si v. E. Balboni, *Le riforme della pubblica amministrazione nel periodo costituente e nella prima legislatura*, in *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, II, a cura di U. De Siervo, Bologna, 1980, p. 260.

4. Giannini “costituente ombra” durante i lavori dell’Assemblea

La terza ed ultima fase del percorso costituente si sviluppa a partire dal marzo 1947 e coincide con il dibattito sviluppatosi in Assemblea. La rappresentanza politica prende qui piede sulla componente tecnica, le posizioni dei giuristi tendono a recedere rispetto agli accordi, al “patto costituzionale” che, pur tra le divisioni tra i partiti politici maggiori, conduce a larga maggioranza all’approvazione finale della Costituzione³⁶⁵. Rispetto a questo esito, previsto anzitempo dallo stesso Giannini, non possono che emergere più nette le ragioni del dissenso e la critica che «i costituenti non ebbero consapevolezza dei problemi autentici che in quel momento si ponevano per i pubblici poteri»³⁶⁶.

Il dibattito in Assemblea fu condotto dalle dirigenze dei partiti. Questi ultimi si preoccuparono di completare il progetto costituente, perseguendo i loro obiettivi politici e tentando di emarginare più possibile l’apporto dei giuristi tecnici, i quali avevano svolto un ruolo significativo nel percorso istruttorio che stava conducendo all’esito costituzionale³⁶⁷. «Giannini nel 1948 è non solo preparato scientificamente, ma ha anche partecipato attivamente alla più importante attività politica del momento, la preparazione della Costituzione», eppure «con rammarico ha dovuto accettare che Nenni, che pure lo stimava e gli era legato, non lo presentasse tra i candidati alla Assemblea Costituente»³⁶⁸. Nonostante tale esclusione formale, tendono a riaffiorare nel dibattito le sue idee anche per il tramite di un «fitto dialogo» e «proposte che egli passava a Lelio Basso, quello dei membri dell’Assemblea costituente che gli era più vicino»³⁶⁹.

I lavori dell’Assemblea iniziarono senza un progetto di Costituzione. Dimostrando imparzialità ed equilibrio, e rispettando il mandato politico ricevuto, le Commissioni di studio del Ministero per la Costituente si limitarono ad adottare ampie relazioni. Con l’unico vincolo della scelta istituzionale repubblicana fatta già dagli elettori, il progetto da sottoporre all’esame dell’Assemblea venne confezionato dalla Commissione dei 75, istituita nel luglio 1946, rispettando la proporzionalità dei rapporti di forza emersi dai risultati elettorali³⁷⁰.

³⁶⁵ Il testo finale fu approvato con 453 voti favorevoli e 62 voti contrari.

³⁶⁶ M.S. Giannini, *L’ordinamento dei pubblici uffici e la Costituzione* (1979), in *Scritti*, vol. VII, Milano, 2005, p. 279.

³⁶⁷ E. Cheli, voce *I giuristi alla Costituente*, cit., precisa come «accadde così che giuristi dotati di grande autorevolezza e prestigio personale e che erano stati in grado di svolgere un ruolo significativo nel corso della seconda fase (come Calamandrei o Perassi), videro molto ridotta la possibilità di trovare ascolto, mentre giuristi di generazione più giovane, ma organicamente collegati al tessuto organizzativo dei partiti maggiori (come alcuni dei giuristi di area democristiana e comunista) trovarono la strada abbastanza spianata per affermare, in una logica prevalentemente politica, le loro visioni di tecnici».

³⁶⁸ S. Cassese, *Massimo Severo Giannini, l’eretico*, cit., prosegue: «questi erano monadi. Avevano sì qualche legame occasionale, ma era di carattere esterno (ad esempio, Giannini e Lavagna, con Mortati e Jemolo, per i lavori del Ministero per la costituente)».

³⁶⁹ S. Cassese, *Massimo Severo Giannini, l’eretico*, cit.

³⁷⁰ Tale commissione fu articolata in tre sottocommissioni, dedicate, la prima (composta di 18 membri, sotto la presidenza del democristiano Umberto Tupini) ai diritti e doveri dei cittadini; la seconda (composta di 38 membri,

Lo svolgersi delle attività e lo scarso impegno dei componenti dell'Assemblea destarono sin da subito critiche da parte del giurista romano. Fin dalla discussione sui primi articoli della Carta Giannini esprime giudizi severi. «Ancora a Calamandrei, a Donati e a Nenni sono dovute le esposizioni più brillanti. Ma nel complesso la discussione ha confermato l'impreparazione costituzionale dei deputati all'Assemblea e la mancanza di impostazioni moderne dei problemi giuridici e sociali in molti illustri componenti di essa, come per esempio Nitti. Tuttavia, non si potrebbe pretendere dall'Assemblea italiana l'altezza di discussioni che caratterizzò l'assemblea di Weimar o quella cecoslovacca, le quali avevano una composizione tecnicamente superiore, e nelle Assemblee di tutti i tempi i discorsi non pregevoli hanno sempre di gran lunga prevalso sugli altri»³⁷¹. E ancora: «si sono iscritti a parlare quasi due centurie di oratori: non commetterebbe alcun peccato di intemperanza colui che affermasse che molti di essi sarebbero bocciati all'esame di diritto ed economia nelle scuole tecniche»³⁷².

Proprio la ritenuta carenza di esperti o di politici all'altezza dell'impegno assunto, mette in luce il suo ruolo di costituente ombra o "indiretto". «A mio parere» – scrive Giannini – è «assolutamente urgente dare un indirizzo unico ai compagni [che rappresentano il Partito nella commissione costituzionale] stabilendo un collegamento più efficiente tra essi e il Partito»³⁷³. Nella veste di consigliere e consulente di membri dell'Assemblea Giannini ha contribuito all'ideazione e alla redazione di disposizioni normative, con una quasi istintiva attitudine a cogliere la dimensione del diritto come momento essenziale per consolidare le conquiste politiche e proiettarle verso traguardi nuovi. La norma diventa uno strumento necessario per dare corpo ad un progetto politico.

È evidente che tali collegamenti non hanno però sempre funzionato a dovere. Sulla forma di governo la visione di Giannini non ebbe successo. La sua proposta fu per un governo di tipo direttoriale, non etichettabile come parlamentare, né presidenziale o assembleare, ossia un governo ritagliato in modo sartoriale sullo Stato pluriclasse. Il regime parlamentare «considerato la sovrastruttura costituzionale della società borghese», era «inadatto a governare le dinamiche di uno Stato democratico, pluriclasse», di converso «bisognava sottrarre la funzione di governo all'azione, potenzialmente disgregatrice del nuovo pluralismo sociale, politico ed economico»³⁷⁴. Occorreva superare il dogma della separazione tra Stato e società e ripensare lo Stato come ordinamento generale di pubblici

sotto la presidenza del comunista Umberto Terracini) all'ordinamento costituzionale della Repubblica; la terza (composta di 18 membri, sotto la presidenza del socialista Gustavo Ghidini) ai rapporti economici e sociali. Nella prima sottocommissione, le relazioni di apertura sul tema delle libertà civili vennero svolte, su linee ispiratrici molto diverse, da un giurista-politico come Giorgio La Pira e da un politico-giurista come Lelio Basso.

³⁷¹ M.S. Giannini, *Chiusura con ricatto della discussione sui primi sette articoli*, in «Europa socialista», 6 aprile 1947.

³⁷² M.S. Giannini, *I Soloni della Costituente verrebbero bocciati agli esami delle scuole tecniche*, in «Europa socialista», 20 aprile 1947.

³⁷³ M.S. Giannini, *Lettera a Ivan Matteo Lombardo e Giuseppe Saragat*, cit., p. 1349, che prosegue «il problema sta per diventare delicato, per l'imminente inizio dell'elaborazione costituzionale: occorre non dimenticare che il progetto della commissione sarà peggiorato, certo non migliorato, dall'assemblea, e non ci si deve cioè illudere di poter rimediare poi».

³⁷⁴ M. Pastorelli, *Massimo Severo Giannini. Il nuovo ordine democratico tra pluralismo, giustizia sociale e dirigismo economico*, cit., p. 259.

poteri. In questo quadro, il governo acquisiva la titolarità dell'indirizzo politico con la fiducia dell'assemblea legislativa, ma ad esso era assicurata stabilità potendo la sfiducia intervenire «solo con particolari cautele (maggioranza qualificata, deposito preventivo)»³⁷⁵. Il raccordo tra l'assemblea e il primo ministro era «assicurato dalla disciplina dei partiti politici e degli enti di autogoverno»; il popolo era «raccordato allo Stato dagli enti locali e dall'autogoverno, dai partiti e dagli organismi di autogoverno del campo dell'economia»³⁷⁶. Il potere normativo del potere esecutivo doveva essere vietato «all'infuori del decreto-catenaccio e del periodo di scioglimento delle Camere», l'iniziativa legislativa rimessa ad organi intermedi – vera anima della democrazia, «canali fondamentali attraverso cui si svolge la democrazia, e cioè i Consigli di gestione e gli altri istituti del campo economico, i sindacati, gli enti locali, i partiti»³⁷⁷ – al governo è invece rimesso il compito di presiedere lo Stato-amministrazione.

Era una proposta di allargamento della base della rappresentanza politica e degli interessi originale e inedita rispetto agli schemi costituzionali finora sperimentati, ma che aveva un fondamento sull'analisi scientifica di Santi Romano e sull'assenza di mezzi istituzionali per rappresentare la società in seno allo Stato³⁷⁸. Di sicuro era un progetto coraggioso, ma che si scontrò con un atteggiamento conservatore dei partiti e con la «mancanza di capacità realizzatrice, proprio oggi che abbiamo in mano lo strumento per poter fare, se non quello che pensavamo in partenza, per lo meno una buona metà di esso»³⁷⁹.

Allo stesso modo l'Assemblea costituente dimostrò una scarsa sensibilità per il tema dei partiti politici, ai quali secondo Giannini andava attribuito un ruolo costituzionale. I partiti dovevano essere riconosciuti dall'ordinamento raggiungendo una certa percentuale di voti, altrimenti non erano inquadrabili come partiti, e tale legittimazione gli attribuiva il potere di impugnare le leggi per incostituzionalità. Questa proposta compare in un testo presentato da Lelio Basso nella I Sottocommissione dell'Assemblea: «ai partiti politici, che nelle votazioni pubbliche abbiano raccolto non meno di 500 mila voti, sono riconosciute, sino a nuove votazioni, attribuzioni di carattere costituzionale a norma di questa Costituzione, delle leggi elettorali e sulla stampa, e di altre leggi». Sebbene vi fosse l'adesione dei partiti maggiori su una previsione così costruita, «probabilmente per scarsa diligenza (o per cattiva volontà) della presidenza della Commissione dei 75»³⁸⁰, «il testo non fu coordinato tra la I

³⁷⁵ M.S. Giannini, *Lo Stato democratico repubblicano* (1946), relazione al XXIV Congresso nazionale del PSIUP, pubblicata nel *Bollettino dell'Istituto di Studi Socialisti*, ora in *Scritti*, vol. II, Milano, 2002, p. 733.

³⁷⁶ M.S. Giannini, *Lo Stato democratico repubblicano*, cit., p. 734.

³⁷⁷ *Idem*, p. 730.

³⁷⁸ M. Pastorelli, *Massimo Severo Giannini*, cit., p. 260.

³⁷⁹ M.S. Giannini, *Lettera a Ivan Matteo Lombardo*, cit., p. 1349.

³⁸⁰ L'episodio è narrato in L. Basso, *Considerazioni sull'art. 49 della Costituzione*, in *Indagine sul partito politico*, I, Milano, 1966, p. 142, e si aggiunge «in realtà il Partito socialista non aveva allora che una scarsissima sensibilità, e ancor meno preparazione, per questi problemi, e fu merito grande del prof. Massimo Severo Giannini aver richiamato l'attenzione dei dirigenti del partito sull'importanza ch'essi avrebbero rivestito anche per il futuro del popolo italiano».

e la II Sottocommissione, cosicché l'Assemblea Plenaria si ritrovò a votare solo la prima parte dell'articolato, che diventò l'attuale art. 49 Cost.»³⁸¹.

Ben diverso, invece, è l'esito della battaglia sui diritti e sul valore centrale da riconoscere al concetto di «persona», anticipando anche un'idea di cittadinanza appunto come fascio dei diritti fondamentali della persona, che la seguono e la garantiscono quale che sia il luogo in cui si trova, dando così nuovo fondamento all'internazionalismo. È nota, del resto, l'attenzione alla persona che è costante nella visione di Giannini sui diritti sociali, quali diritti soggettivi fondamentali e inalienabili dell'uomo, come le libertà civili: per garantirli occorre fare in modo che siano diritti soggettivi ad una prestazione opponibili all'amministrazione e giustiziabili, per proteggerli sono necessari i servizi pubblici. Proprio dal «connubio» tra il concetto di patrimonio naturale e inalienabile dell'individuo e protezione dello Stato «contro i fatti sociali indipendenti dalla volontà, che perturbano il libero svolgimento della propria vita di persona o ne impediscono lo sviluppo»³⁸² nasce l'idea dell'eguaglianza sostanziale. A sorreggere questo impianto interviene la scelta di una costituzione rigida³⁸³, dal momento che «una legge in contrasto con la disposizione che pone la garanzia, possa essere impugnata dinanzi alla Corte costituzionale e dichiarata incostituzionale»³⁸⁴.

Qui gioca un ruolo fondamentale anche una relazione di amicizia, tralasciando altre influenze come quella del Piano Beveridge. «Pochi incontri sono stati così fruttuosi come quello, avvenuto nella temperie costituente, tra Lelio Basso e Massimo Severo Giannini, accomunati dalla capacità di guardare lontano e dalla consapevolezza della necessità di rinnovare i fondamenti dell'ordine istituzionale e gli strumenti giuridici per ciò necessari»³⁸⁵. Nel complesso l'affermazione del principio dell'eguaglianza sostanziale fu – come è stato efficacemente scritto – una storia «di convergenza tra socialisti, cattolici e comunisti»³⁸⁶.

Questa amicizia in qualche modo viene a stravolgere l'ordine valoriale dello Stato liberale, affermando che il rispetto della libertà deve andare di pari passo con l'attuazione della giustizia. La rilevanza del secondo comma dell'art. 3, che sancisce con una clausola generale il principio dell'eguaglianza sostanziale, sul quale aveva molto lavorato Lelio Basso, sta nel suo non essere una mera enunciazione formale, bensì un principio di democrazia

³⁸¹ Così in M. Pastorelli, *Massimo Severo Giannini*, cit., p. 265.

³⁸² M.S. Giannini, *I rapporti tra Stato e cittadini attinenti alla eguaglianza e alla solidarietà sociale*, allegato al verbale n. 30 della seduta del 15 maggio 1946, in *Alle origini della Costituzione italiana*, cit., p. 678. Come ivi precisato, «la protezione sociale, in tutte le sue forme, dovrà essere un servizio pubblico. I cittadini avranno diritto all'assistenza sanitaria; all'assistenza per incapacità al lavoro prodotta da età o da malattia o da infortunio; la protezione delle madri e dei fanciulli dovrà prendere corpo in diritti, che potranno essere eventualmente esercitati da altri soggetti, in rapporto di sostituzione».

³⁸³ M.S. Giannini, *Relazione preliminare sul tema "Rigidità o flessibilità della Costituzione"*, in *Alle origini*, cit., p. 123, che precisa la Commissione ritiene di prospettare «l'opportunità che la Costituzione sia una Costituzione rigida, sì, ma in modo relativo, cioè a dire che il congegno per attuare la modificazione costituzionale sia semplice e di facile applicazione», «allo scopo precipuo di impedire che vengano attuati mutamenti costituzionali senza un'attenta ed accurata ponderazione».

³⁸⁴ M.S. Giannini, *Profili costituzionali della protezione sociale delle categorie lavoratrici* (1952), in *Scritti*, vol. III, cit., p. 734.

³⁸⁵ S. Rodotà, *«Compagni di strada». Lelio Basso e Massimo Severo Giannini*, in *Pol. dir.*, 2005, p. 677 ss.

³⁸⁶ S. Cassese, *L'eguaglianza sostanziale nella Costituzione: genesi di una norma rivoluzionaria*, in *Le Carte e la Storia*, 2017, p. 5 ss.

sostanziale. «Passò così l'art. 3, il cui secondo comma è certo cosa pregevole: È compito della Repubblica — esso dice — rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il completo sviluppo della personalità umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale dell'Italia [nel testo definitivo diverrà “del Paese”]. Questo comma costituisce una vera novità nel campo costituzionale, non avendo alcun precedente, neppure nelle costituzioni socialiste, ed è degno della massima attenzione»³⁸⁷.

5. Il giudizio sulla Carta costituzionale: molte critiche, pochi elogi

«Dalle elezioni non uscì affatto quel pieno di persone, di esperti, che tutti noi ci attendevamo: ne uscì un piccolo numero, e ciò ebbe un risultato anche negativo, in quanto portò all'abbandono di campo di taluni dei vecchi esperti, sfiduciati ormai sul futuro del Paese. Fu un male, non lo fu, lo dirà la storia: il fatto è però certo, né è spiegato dal giudizio circa l'insufficienza dei “politici”, che pur si suole addurre, perché invero il fatto fu molto più profondo e ampio di quanto si reputi comunemente. Il risultato è comunque noto: una Costituzione sulla quale il giudizio è ormai quasi unanime: splendida per la prima parte (diritti-doveri) banale per la seconda (struttura dello Stato, che in effetti è una cattiva applicazione di un modello (lo Stato parlamentare) già noto e ampiamente criticato»³⁸⁸.

Il giudizio di Giannini sulla Carta costituzionale fu particolarmente duro. Pure sulla parte dedicata ai principi e ai diritti non ci fu sempre consonanza di valutazioni. Troppo numerosi sono i rinvii al parlamento, al punto che la prima parte potrebbe risolversi «in una segnalazione di strade al legislatore futuro»³⁸⁹. Generiche risultano essere le norme di principio, «su 20 articoli dedicati ai diritti di libertà ve ne sono 16 che rimandano alla legge e quindi soggiacciono alla volontà del legislatore futuro; gli articoli di principio sono redatti in modo larghissimo, sì da perdere ogni efficacia»³⁹⁰. Sarebbe stato meglio «mettere nella Costituzione norme molto minuziose, per quanto attiene alla libertà dei cittadini, sì da segnare il punto preciso fino al quale le libertà stesse sono tutelate. È un criterio del quale vi sono precedenti illustri e che garantisce il cittadino contro le velleità del legislatore futuro

³⁸⁷ M.S. Giannini, *Chiusura con ricatto della discussione sui primi sette articoli*, cit. Come sottolinea C. Franchini, «del principio di eguaglianza Giannini e Basso discussero a lungo, perché le questioni erano complesse. Il punto fondamentale fu quello del contenuto della norma, in quanto occorreva cercare il modo di affermare il principio in termini di democrazia sostanziale, evitando di proporre una mera enunciazione formale. In tale occasione, Giannini, innanzitutto, capì, con felice intuizione, che occorreva scindere la norma in due parti, dedicando la prima all'uguaglianza formale e riferendo la seconda, concepita come norma programmatica, all'uguaglianza sostanziale; poi, elaborò due distinte stesure del testo, l'una più moderata, l'altra più progressista; infine, ne ragionò con Basso, giungendo a scegliere una formulazione molto simile a quella che in seguito venne approvata dall'Assemblea costituente (proprio su proposta di Basso, che si avvale dell'appoggio di Rossetti)».

³⁸⁸ M.S. Giannini, *Introduzione*, in *Il Ministero per la costituente*, cit., p. 2.

³⁸⁹ M.S. Giannini, *A metà della Costituzione*, in “Avanti!”, 26 giugno 1947. Queste citazioni sono contenute in M. D'Alberti, *Giannini dalle pagine dei giornali: il tracollo del sistema istituzionale e le riforme necessarie*, cit., p. 909 ss.

³⁹⁰ M.S. Giannini, *A metà della Costituzione*, cit.

e contro l'autorità, perché se questa supera il limite il cittadino può immediatamente azionare i congegni per chiamarla responsabile»³⁹¹.

Anche la seconda parte della Costituzione non viene risparmiata da critiche severe. Il bicameralismo produce inefficienze, può ostacolare le decisioni, e la seconda Camera rischia di essere «un generatore di disordini in più»³⁹². Occorrerebbe un assetto costituzionale improntato ad un più spiccata decisionalità, quando invece le Camere si muovono come «orsi bianchi [...] i quali procedono secondo la loro natura di tardigradi»³⁹³. Per evitare situazioni di stallo servono leggi elettorali fondate sul maggioritario e partiti politici ridotti nel numero. Questi nodi non sono risolti nella Costituzione e resteranno per lungo tempo – se non tuttora – problemi insoluti.

6. Il realismo giuridico e la delusione per l'assenza di una nuova cultura democratica

Giannini fu un severo indagatore della realtà, uno studioso che aveva l'ambizione di non disgiungere mai il compito dell'accademico da quello del cittadino. La stagione costituente fu per lui al riguardo un primo importante banco di prova.

Non fu un costituente che sedette in Assemblea e non ebbe la possibilità di esprimersi come alcuni attori protagonisti nel dibattito. Ma la spiccata sensibilità politica, la costante attenzione per i temi cruciali del Paese, il suo metodo di lavoro ne fecero una personalità impegnata nel laboratorio costituzionale, quasi un ideatore occulto della Carta stessa³⁹⁴.

Con il suo stile secco, limpido, ha saputo tracciare le linee di un percorso. È vero che la Costituzione in linea generale altro non era che una «convenzione tra le classi sociali, nella quale alcune classi si garantiscono alcuni diritti o alcuni istituti che loro interessano; altre classi si garantiscono alcuni altri diritti o alcune barriere all'esercizio di potestà dei pubblici poteri»³⁹⁵. Eppure, nel particolare momento storico italiano, il risultato costituzionale risulta essere una operazione culturale di importante significato, nella quale le vicende di alcuni capitali istituti giuridici sono vicende costituzionali, nel senso pieno dell'espressione, da cui discende la distribuzione dei poteri reali all'interno dello Stato, anche per cogliere la trama dei diritti quale si ricava dalle regole ordinamentali.

Per Nenni «la Costituente presuppone la coscienza nel Paese della insopprimibile esigenza di una rivoluzione democratica, presuppone la denuncia quotidiana di ogni deviazione

³⁹¹ M.S. Giannini, *A metà della Costituzione*, cit.

³⁹² M.S. Giannini, *A metà della Costituzione*, cit.

³⁹³ M.S. Giannini, *Cervelli di prim'ordine senza braccia e gambe*, in "Corriere della Sera", 7 ottobre 1988, a proposito delle leggi sull'università.

³⁹⁴ Cfr. *Costituzione e Stato pluriclasse. Intervista a M.S. Giannini*, a cura di D. Corradini, in *Prassi e teoria. Rivista di filosofia della cultura*, 1980, p. 275-289, ora in M.S. Giannini, *Scritti*, vol. VII, Milano, 2005, p. 449 ss. Si v. altresì G. Melis, *Recensione* ad alcuni volumi sull'età costituente, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, p. 505.

³⁹⁵ Secondo Rodotà per Giannini nella interpretazione che egli dava della Costituzione repubblicana.

opportunista, presuppone un clima nel quale la coscienza dei problemi non sia sacrificata a situazioni di emergenza»; «il Paese ha bisogno di essere illuminato su una serie di problemi la cui conoscenza è fino ad oggi ristretta a pochi specialisti»³⁹⁶. Coscienza del Paese e affermazione della democrazia: concetti che richiedono tempo e risorse per porre adeguate radici. Il processo costituente ha avuto natura pluralista, ma si è anche giovato di una fase istruttoria lunga e graduale, in cui occorre mediare tra culture diverse radicate nella storia politica e partitica, rispetto alla quale il lavoro conclusivo dell'Assemblea rappresenta solo una sintesi.

Di questo processo istruttorio Giannini fu un sicuro protagonista, nella convinzione dell'importanza di un clima di alta tensione ideale, nonché di un'opera di educazione politica³⁹⁷. Il Paese aveva bisogno di essere informato su una serie di problemi la cui conoscenza era riservata a pochi specialisti. «L'apporto degli studiosi, appartenenti a diverse correnti politiche, poteva fornire una coscienza critica delle questioni da dipanare per sistemare il futuro in uno Stato tecnicamente ben costruito e democraticamente ordinato»³⁹⁸. Un'opera innanzitutto didattica e divulgativa intorno alla Costituente e ai problemi della Costituzione da fare, ma che aveva il pregio di aprire un contatto diretto tra cittadini e scelte politiche, una circolazione di idee e di proposte che è riuscita in un momento di estrema tensione a tenere vivo l'attesa e la speranza sul risultato costituzionale. Con metodi anche molto moderni, se visti con gli occhi di oggi, basti pensare alla rubrica "Voti-Proposte-Opinioni", pubblicata sul "Bollettino", che consentiva a chiunque in una sorta di tribuna democratica di esprimere il proprio punto di vista sui problemi su cui si sarebbe esercitata l'attività della Costituente. O all'istituzione dei "corrispondenti" nelle principali città italiane, ossia persone qualificate chiamate a svolgere "punti di appoggio", a cui ci si poteva rivolgere per esporre la propria opinione o su altri argomenti.

Valgono il metodo e lo stile a mettere in luce il modo in cui si realizza in Giannini la rappresentazione del "realismo giuridico", applicato alla pratica di lavoro. Il suo realismo, infatti, non si risolve in una semplice critica anti-concettualista, ma intuisce che occorre riconoscere nei fatti reali, nel comportamento dei giudici e dell'amministrazione le linee portanti dell'analisi. D'altra parte, «la critica del sistema, mai disgiunta dall'indicazione di proposte e di rimedi, rappresenta una costante del pensiero gianniniano»³⁹⁹. Se nel realismo giuridico Giannini reintegra nella normazione tutto ciò che vi era stato escluso, con lo stesso metodo è decisivo fornire una coscienza critica e aprire un contatto diretto con i cittadini.

³⁹⁶ P. Nenni, *Politique d'abord*, in "Avanti!", 11 luglio 1945.

³⁹⁷ Lettera di Pietro Nenni a Giannini, in *Dalle «Carte Giannini»*, cit., p. 1347, in cui esprimendo la riconoscenza per la preziosa collaborazione si aggiunge «è merito tuo l'organizzazione tecnica del Ministero e l'impulso dato agli studi sulla Costituente con il "Bollettino", con la collana degli "Studi storici per la Costituente", con i "booklets", con le altre importanti pubblicazioni promosse dal Ministero che – unitamente alle fondamentali relazioni delle Commissioni economica, degli studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato, del lavoro – pongono a disposizione dei deputati alla Costituente e degli studiosi le basi teoriche e gli elementi di fatto per procedere alla elaborazione della nuova costituzione italiana».

³⁹⁸ P. Nenni, Lettera, in *Alle origini della Costituzione*, cit., p. 44.

³⁹⁹ M. D'Alberti, *Giannini dalle pagine dei giornali: il tracollo del sistema istituzionale e le riforme necessarie*, cit., p. 911.

Il sistema concettuale deve essere confrontato con l'esperienza della fattispecie concreta, serve un rapporto, un dialogo tra gli istituti e i principi costituzionali, per includere ogni esperienza giuridica, come gli ordinamenti sezionali, sotto un'unica matrice ordinamentale, senza farne una monade o una struttura frammentaria. Se nessun luogo dell'ordinamento è indegno d'essere indagato, anzi proprio la sua esplorazione integrale è l'unica che può restituircene pienamente il significato e la collocazione, allo stesso modo nessuna iniziativa di informazione è da scartare nell'opera di graduale ripresa della vita democratica nell'Italia liberata.

Nonostante ciò il giudizio di delusione compare, il lavoro finale non soddisfa le aspettative, restano ispirazioni e istanze difficili da comporre. D'altra parte, come esposto da Jemolo, «cento anni di esperienza hanno mostrato il limitato valore di tutte le formule di Carte costituzionali, di trattati internazionali, di codici. Non è possibile che un foglio di carta sbarri la via alle passioni umane, agli interessi, nonché alle aberrazioni e alle follie. Se dietro ogni garanzia costituzionale non c'è una forza vigile, non ci sono cuori caldi, la Carta sarà travolta dal fatto»⁴⁰⁰.

Da questa fase di fermento e di travaglio, anche per mancanza di entusiasmo, non scaturì in altre parole una nuova cultura democratica, mancava metodo e ricerca dell'efficienza. La Costituente aveva in parto fallito la sua missione, non essendo riuscita a costruire istituzioni idonee a porre in essere in modo efficace i presupposti di una democrazia, considerato che fino ad allora l'Italia aveva avuto un regime non democratico.

L'età costituente realizza una frattura, una rottura con il passato realizzata con mezzi costituzionali, ma questi non sono sufficienti a dare vita ad un sistema di istituzioni pubbliche efficaci all'interno dell'ordinamento pluriclasse. I partiti non sono in numero contenuto, le forme di governo funzionano male. Lo sguardo sul futuro di Giannini non sembra trovare soddisfazione nel testo della carta, basti pensare alla ricerca della efficace decisionalità delle istituzioni pubbliche all'interno di un ordinamento pluralistico, ove molteplici interessi confliggenti devono essere valutati adeguatamente, giungendosi a soluzioni giuste e rapide al tempo stesso.

⁴⁰⁰ A.C. Jemolo, *Punto di partenza*, in "Giornale dell'Emilia", 2 gennaio 1948.

Arturo Carlo Jemolo ... e Francesco Calasso*

di Sergio Lariccia **

*Sarebbe pericolosa illusione quella di aver posto fuori di discussione, una volta per sempre, certe conquiste, perché consacrate da un articolo di Costituzione. Né la pace dei popoli, né la giustizia sociale, né alcun altro bene è suscettibile di conquiste definitive: ogni generazione deve dare la sua prova; che la nostra sia all'altezza del suo compito e possa essere d'esempio a quelle che seguiranno (A.C. Jemolo, *Che cos'è la Costituzione*, 1946, p. 57)*

SOMMARIO: 1. Premessa. La presenza e l'insegnamento di Arturo Carlo Jemolo e Francesco Calasso nell'università di Roma La Sapienza, dopo la caduta del fascismo. – 2. L'attività didattica e scientifica di Jemolo nel ventennio fascista. – 3. I primi anni del secondo dopoguerra. Confessioni, esami di coscienza e ricerca di responsabilità: «quali colpe abbiamo avuto, soprattutto tra il 1915 ed il 1925, davanti a Dio». Dubbi, perplessità e interrogativi. – 4. L'anno 1945: inizio di una nuova storia. A.C. Jemolo “educatore costituzionale” del popolo. Contributo per la costituente e per il paese: la radio, gli articoli sui giornali, la partecipazione alla vita della cultura. *Considerazioni sulle costituzioni* e *Che cos'è una Costituzione*. «Bisogna che ciascuno cerchi di precisare le sue idee: pensare, studiare, avere idee chiare». – 5. Bibliografia.

1. Premessa. La presenza e l'insegnamento di Arturo Carlo Jemolo e Francesco Calasso nell'università di Roma La Sapienza, dopo la caduta del fascismo.

Sono molto contento, e ringrazio l'amico prof. Fulco Lanchester, per questa occasione che mi è stata data di ricordare il contributo dei giuristi della Sapienza all'attività di elaborazione della carta costituzionale dell'Italia democratica, in coincidenza con il settantesimo anniversario della conclusione dei lavori dell'assemblea costituente.

Vorrei subito ricordare una circostanza che mi riguarda: al contrario di tanti bravi e giovani colleghi che hanno parlato in questo convegno, io ho conosciuto e frequentato i giuristi dei quali ci è stato chiesto di parlare e scrivere e conservo tuttora un vivo ricordo del loro insegnamento: parlare e scrivere con riferimento alla loro attività di docenti e di studiosi è un privilegio che assume per me un particolare e importante significato.

Tra i professori ricordati nel corso di un'intensa giornata, il 30 novembre 2017, alcuni sono stati miei professori nei quattro anni di frequenza del corso di laurea in giurisprudenza della Sapienza, dal 1953 al 1957: Gaspare Ambrosini (a Roma dal 1937), mio professore di

* Contributo pubblicato previa accettazione del Comitato scientifico del Convegno. Relazione presentata al Convegno I 'Costituenti' de 'La Sapienza', svoltosi il giorno 30 novembre 2017, presso il Rettorato – Aula degli Organi Collegiali, Università La Sapienza di Roma.

** Professore emerito di Diritto amministrativo – Università di Roma “La Sapienza”.

Diritto costituzionale nell'anno accademico 1953-'54⁴⁰¹, Arturo Carlo Jemolo (a Roma dal 1933), mio professore di *Diritto ecclesiastico* nel corso dell'anno accademico 1954-55, Giovanni Leone (a Roma dal 1955) e Antonio Segni (a Roma dal 1953), miei professori di *Procedura penale e di Procedura civile* nell'anno accademico 1956-57; e aggiungo il nome del professore Francesco Calasso, chiamato a Roma sin dall'anno accademico 1945-1946, mio indimenticabile professore di *Storia del diritto italiano*, nell'anno accademico 1955-'56, che per un decennio esercitò le funzioni di preside della facoltà di Giurisprudenza della Sapienza, dal 1955, quando io seguivo le sue lezioni, fino alla data della sua morte del 10 febbraio 1965.

Mi è stato assegnato il compito di parlare di Arturo Carlo Jemolo, che nell'Italia liberale, fascista e democratica del secolo scorso non è stato soltanto uno dei personaggi più rappresentativi della cultura ma anche un protagonista della vita politica e sociale del nostro Paese nei tre periodi della sua vita; la sua produzione scientifica e la sua attività di docente si svolsero negli anni della formazione e del primo periodo di insegnamento in periodo liberale, durante l'intera durata del ventennio di regime fascista (il 4 novembre del 1922 è la data della sua chiamata nella facoltà di giurisprudenza di Bologna) e, per più di trent'anni, nel primo periodo di vita democratica in Italia (Jemolo concluse l'insegnamento universitario nel 1961 e morì nel 1981) (cfr. Valbusa, 2008; Lariccia, 2015).

Ritengo opportuno sottolineare innanzi tutto il forte rapporto di amicizia fra Jemolo e Calasso, un autentico sodalizio, che, nonostante i quindici anni di differenza di età, si venne consolidando negli anni nei quali Jemolo e Calasso insegnavano nella stessa facoltà della Sapienza. Jemolo e Calasso svolsero le funzioni, rispettivamente, di direttore dell'istituto di diritto pubblico (ininterrottamente, dal 1937 al 1956, anno della chiamata e dell'inizio di direzione di Carlo Esposito)⁴⁰² e di preside della facoltà di giurisprudenza (dal 1955 al 1965) e dal loro insegnamento ho appreso tanto: in particolare, ho potuto comprendere che cosa significhino la "passione per l'università"⁴⁰³, il senso e la storicità del diritto, la consapevolezza della dimensione temporale del diritto che aiuta l'interprete ad ancorarsi alle esigenze della società (Cortese, 2013); ho appreso soprattutto l'importanza della storia nella valutazione del diritto dell'Italia democratica: esperienze e insegnamenti che tuttora ritengo fondamentali nella formazione della mia personalità.

⁴⁰¹ Ambrosini fu deputato nella prima legislatura repubblicana (dal 1948 al 1953) e successivamente membro della corte costituzionale dal 1956 al 1967, esercitando le funzioni di presidente della corte dal 1962 al 1967.

⁴⁰² Fin dal 1955 l'editore Antonino Giuffrè, auspice Francesco Calasso, direttore dell'*Enciclopedia del diritto*, aveva designato Carlo Esposito alla direzione della sezione di *Diritto costituzionale* dell'*Enciclopedia*, «visibile riconoscimento della sua autorevolezza scientifica ed accademica» (Cortese, 2013, p. 807). Esposito, in vista dello storico evento che si ebbe con l'emanazione della prima sentenza della corte costituzionale (udienza il 23 aprile 1956, decisione il 5 giugno 1956), fu, insieme a Massimo Severo Giannini e Costantino Mortati, tra i fondatori della rivista *Giurisprudenza costituzionale*, che rappresenta uno dei più importanti punti di riferimento della scienza costituzionalistica italiana. Fondata nello stesso anno in cui la Corte costituzionale cominciò ad operare, essa ha ricoperto sin da allora il ruolo di interlocutore dottrinale del supremo organo di giustizia costituzionale. Per tale ragione la *Rivista* ha, da sempre, suscitato l'interesse non solo dei cultori delle discipline giuspubblicistiche, ma anche di quanti, magistrati e avvocati, si trovano a dover affrontare quotidianamente problemi connessi alla giustizia costituzionale.

⁴⁰³ Come Jemolo scrisse di Calasso: «L'università fu veramente il centro, la passione della sua vita»: Jemolo, 1975, p. VII.

Ricordandolo, in uno scritto del luglio 1965, Jemolo scriveva: «Francesco Calasso, il cui ricordo vive sempre nel cuore di quanti lo conoscemmo ed amammo – e conoscerlo ed amarlo era tutt’uno – è stato un grande storico del diritto [...] affezionatissimo agli allievi, amico dei giovani, senza distinzione, comprensivo, anche verso quelli che meno valevano come studenti; sempre pronto ad intuire quale retaggio passivo, quale appesantimento di condizioni familiari od economiche deteriori, alcuni recassero dietro di sé. Per lunghi anni preside della facoltà giuridica romana, nell’espletamento di questo ingrato compito mostrò quanto vivo fosse in lui il senso del dovere, attendendo con diligenza e pazienza all’esame di ogni pratica, presiedendo commissioni di laureandi nei più arroventati pomeriggi del luglio romano» (Jemolo, 1966, 1975): come ha scritto Ennio Cortese (2013, p. 383), Calasso considerava come essenziale suo bersaglio polemico «la tendenza corrente all’esposizione formalistica, o, come si diceva, dogmatica, ch’egli – ma gli dava man forte Arturo Carlo Jemolo – considerava necessariamente vuota, perché sganciata dalla concreta realtà umana (*Il diritto canonico e la storia*, in *Storicità del diritto*, p. 143 s.)».

Il comune sentire di Jemolo e Calasso in molte occasioni e i riferimenti relativi al loro comune impegno politico trovano conferma in varie circostanze; ne è testimonianza significativa l’affermazione contenuta in uno degli scritti di Calasso (1946; 1975)⁴⁰⁴: «E diremo, come raccomanda il nostro amico Jemolo, una verità impopolare: l’interesse degl’italiani per questa costruzione della casa nella quale dovranno abitare qualche secolo coi loro figli, e i figli dei figli, è molto modesto: ha bisogno di essere ridestato e tenuto sveglio; ha bisogno, soprattutto, di essere educato» (p. 174).

Nei primi anni dopo la fine della guerra, Calasso intervenne con continuità e passione civile nel dibattito politico pubblicando, negli anni 1944-1948, numerosi articoli successivamente riprodotti in un volume edito nel 1975, con un’impegnativa prefazione di Jemolo. Ennio Cortese (2013, p. 382) ricorda che la caduta del fascismo e la reazione dell’intellettuale a una dittatura esecrata, dalla quale aveva sofferto anche una breve detenzione in carcere, indussero Calasso a partecipare attivamente alla rinnovata realtà politica italiana, come si deduce chiaramente da una serie di articoli, tutti di grande interesse, apparsi in quotidiani e periodici tra il 1944 e il 1948, i primi anni di insegnamento nella facoltà giuridica romana.

2. L’attività didattica e scientifica di Jemolo nel ventennio fascista.

Per valutare la complessiva opera di Arturo Carlo Jemolo è necessario considerare, sia pure sinteticamente, la sua produzione scientifica e la sua attività didattica negli anni

⁴⁰⁴ F. CALASSO, *Verità impopolari*, in *Il Mondo*, 17 agosto 1946, anche in ID., *Cronache politiche di uno storico (1944-1948)*, Firenze 1975, p. 174.

precedenti la chiamata nella sede romana (per una valutazione più ampia e approfondita rinvio a Lariccia, 2015).

Il 4 novembre 1922 la facoltà di giurisprudenza dell'università di Bologna accoglie la domanda di trasferimento dall'università di Sassari di Arturo Carlo Jemolo, che il 1° gennaio 1923 prende servizio come professore di *Diritto ecclesiastico*; il 21 marzo trasferisce la residenza da Roma a Bologna e inizia a praticare l'attività forense presso lo studio dell'Avvocato Enrico Redenti, con decorrenza dell'iscrizione all'albo degli Avvocati di Bologna dal 17 luglio. Nel 1924 Jemolo ottiene la promozione a professore ordinario di *Diritto ecclesiastico*, con decorrenza dal 1° luglio; il 12 dicembre dello stesso anno la facoltà di giurisprudenza dell'università di Bologna delibera il conferimento dell'incarico di *Diritto ecclesiastico*, dopo averlo chiamato a ricoprire la cattedra di *Diritto amministrativo* (con decorrenza dal 16 gennaio 1925).

L'8 gennaio 1925 accetta il trasferimento dalla cattedra di *Diritto ecclesiastico* a quella di *Diritto amministrativo* (con parere favorevole emesso il giorno successivo dal ministero della pubblica istruzione). Dal 16 gennaio inizia l'insegnamento del *Diritto amministrativo* nella facoltà di giurisprudenza di Bologna, mantenendo l'incarico di *Diritto ecclesiastico*. Il 26 settembre la facoltà di giurisprudenza dell'università cattolica del sacro cuore di Milano delibera la chiamata a professore stabile di *Diritto pubblico ed ecclesiastico*, sottolineando nel verbale l'opportunità di conferire l'incarico in materie affini.

Il 1° maggio dello stesso anno è pubblicato su "Il Mondo" il "Manifesto degli intellettuali antifascisti" di Benedetto Croce: tra le altre firme⁴⁰⁵ figura quella di Jemolo⁴⁰⁶. Il 28

⁴⁰⁵ Tra gli altri giuristi che, oltre a Jemolo, sottoscrissero il "Manifesto" ricordo Piero Calamandrei, Giuseppe Chiovenda, Vincenzo Del Giudice, Mario Falco, Enrico Finzi, Francesco Ruffini, Silvio Trentin.

⁴⁰⁶ Il 21 marzo 1948, nella rivista *Risorgimento liberale*, Benedetto Croce, con riferimento a un trafiletto di Umberto Morra, pubblicato in *Il Nuovo Corriere* dell'11 marzo 1948, nel quale si ricordava che anche Croce, in un momento drammatico della storia italiana, nel 1925 aveva lanciato il famoso "Manifesto degli intellettuali antifascisti", aveva osservato che il suo era in realtà la confutazione di un "Manifesto degli intellettuali fascisti" dovuto alla penna, come egli si espresse in quell'occasione, di un "professore di filosofia" e pubblicato il 21 aprile 1925: una dichiarazione politica, dunque, di "uomini raccolti in una stessa fede politica; e se fra essi abbondavano gli uomini di cultura, ciò veniva dal fatto che i partiti liberali sono sempre ricchi di gente colta": B. CROCE, *Gli intellettuali e il "manifesto" del 1925*, lettera da Napoli del 19 marzo 1948 al direttore di *Il Giornale* (di Napoli), che la pubblicò il 21 marzo, così come il *Risorgimento liberale*, con il titolo *Il marito deplorabile. Una lettera di Benedetto Croce sull'indebita ingerenza di certi intellettuali in cose politiche*; tale lettera può anche leggersi in B. CROCE, *Nuove pagine sparse*, Bari, Laterza, 1966, I, pp. 356-57. Con riferimento a tale questione interessante è l'osservazione di Francesco Calasso che in un articolo (*Lo scandalo degli intellettuali*) pubblicato su *Il Nuovo Corriere* (Firenze), 1° aprile 1948, ripubblicato in ID., 1975, pp. 261-65, osserva: "Non so quali vicinanze e contatti possa avere lo stato d'animo dei firmatari del 1925 (le situazioni storiche non si ripetono mai, e il Croce medesimo, ripubblicando nel 1944 quegli scritti occasionali, fra cui il Manifesto, dichiarava di sentirli « qua e là » inattuali); so soltanto – perché il Croce mi ha insegnato a pensarlo con tutta l'opera sua e con tutta la testimonianza altissima della sua vita – che, quando l'intellettuale ritiene che il suo patrimonio spirituale venga insidiato da forme politiche o economiche oppressive o aggressive, e insorge a difenderlo, impegna tutta quanta la sua umanità: perché egli sa che la sua protesta è valida non in quanto resta racchiusa e covata nell'orto angusto della sua casta, ma solo in quanto abbia risonanza in tutti gli spiriti liberi – che possono anche essere quelli del più umile dei contadini o dei minatori – e anche unicamente in ragione diretta di quella umanità che egli ha impegnata e commossa. Sconsiderato, vanesio od ingenuo; ma uomo". Calasso si riferiva all'osservazione del Croce, critica nei confronti dei sottoscrittori di un noto manifesto, sottoscritto anche da Calasso, nel quale, prima delle elezioni del 18 aprile 1948, si esortava a non votare per il Fronte, raffigurando l'effigie di Garibaldi (simbolo elettorale dei socialcomunisti); Croce si chiese come dovessero interpretarsi « codesti interventi collettivi » e rispose senza ombra di dubbi con una triplice classificazione:

novembre il Ministero della pubblica istruzione emette parere favorevole al trasferimento da Bologna a Milano per l'insegnamento di *Diritto pubblico ed ecclesiastico*. Tale insegnamento prosegue fino al 15 ottobre del 1927; il 16 ottobre 1927 viene redatto il verbale della delibera di trasferimento a professore stabile in *Diritto ecclesiastico* dall'università cattolica del sacro cuore di Milano all'università di Bologna.

Nel 1930 assume servizio come professore incaricato di *Istituzioni di diritto pubblico* presso il libero istituto superiore di scienze economiche e commerciali di Bologna; l'incarico durerà fino all'anno accademico 1933-34.

Il 31 ottobre 1931 presta il giuramento di fedeltà al re e al regime fascista presso la Regia Università di Bologna. Anche Jemolo, come altri 1224 professori dell'università italiana di allora, giurò «di essere fedele [...] al Regime fascista, di osservare lealmente lo Statuto, di esercitare l'ufficio di insegnante ed adempiere tutti i doveri accademici col proposito di formare cittadini operosi, probi e devoti alla Patria e al Regime fascista»⁴⁰⁷.

Nel luglio del 1933 la facoltà di giurisprudenza dell'università di Roma lo chiama con voti unanimi a succedere (dal 1° novembre successivo) a Francesco Scaduto sulla cattedra di *Diritto ecclesiastico*, che avrebbe ricoperto fino al 30 ottobre 1961. Una recente ricerca, di grande interesse, di Beatrice Serra (2014), con la pubblicazione e la valutazione delle tante lettere di Jemolo con i colleghi Mario Falco e Giorgio Del Vecchio, ha consentito di precisare che nelle more della chiamata romana Jemolo presentò domanda di iscrizione alle Associazioni nazionali fasciste degli insegnanti e dei professori universitari e che, dopo avere accettato il trasferimento alla Sapienza, presentò domanda di iscrizione al partito fascista. Di questa seconda domanda egli parla anche a Giorgio Del Vecchio⁴⁰⁸. Occorre ricordare che Giorgio Del Vecchio aderì subito, con entusiasmo e convinzione, al regime fascista (si veda sul punto Montanari, 2013, p. 746).

Il 29 marzo 1934 muore Francesco Ruffini, il maestro di Jemolo nell'università di Torino, che nei suoi studi sulla libertà religiosa (Ruffini, 1924, 1931, 1946) aveva sostenuto il diritto all'irreligione, alla miscredenza e all'aconfessionalismo e che, in parlamento, nel 1929, si era coraggiosamente opposto alla stipulazione del Concordato lateranense, in difesa non soltanto del diritto di libertà religiosa ma di tutti i diritti di libertà, e nell'ottobre del 1931

« o un atto inconsiderato; o un lasciarsi andare alla vanità di richiamare sopra di sé l'attenzione; o un partecipare, consapevole e inconsapevole, a coperti maneggi; e inganni di partiti politici »: cfr. Croce, *Gli intellettuali e la politica*, nel *Risorgimento liberale* e nel *Giornale* di Napoli del 6 marzo 1948, ripubblicato in *Nuove pagine sparse*, cit., in loc. cit.

⁴⁰⁷ Per affrontare il problema delle ragioni che potessero allora avere indotto Jemolo a giurare fedeltà al fascismo, occorre ricordare quanto Jemolo scrisse nel suo libro di memorie pubblicato alla fine degli sessanta (Jemolo, 1969).

⁴⁰⁸ Lettera autografa del 29 luglio 1933 su carta intestata (R. Università degli Studi di Bologna. Seminario di Applicazione Forense), datata Bologna 29 luglio 1933, indirizzata all'Illustre Gr. Uff. prof. avv. Giorgio Del Vecchio, via Appennini 52, Roma. Al riguardo, ricordo che nel carteggio pubblicato a cura di Beatrice Serra sono riportate numerose lettere fra Jemolo e il professore di *Filosofia del diritto* Giorgio Del Vecchio, con frequenza quasi quotidiana, che consentono di ricostruire, da particolare prospettiva, la storia della copertura della cattedra di *Diritto ecclesiastico* nella facoltà giuridica di Roma.

aveva rinunciato all'insegnamento, rifiutandosi di prestare il giuramento di fedeltà al regime fascista; ai suoi funerali, a Borgofranco di Ivrea, avevano partecipato Croce, Albertini, Einaudi, Salvatorelli, Solari, Jemolo: come, di recente, ha scritto Giovanni De Luna: «Non lo sapevano, ma avevano definitivamente sepolto la tradizione liberale italiana» (De Luna, 2017, p. 98).

In proposito è significativo ricordare che Jemolo, quando, nel 1934, rievcherà la figura di Francesco Ruffini, sulle pagine dell'*Archivio giuridico Filippo Serafini*, non dedicherà neppure un cenno alla coraggiosa decisione del suo rifiuto di giurare fedeltà al regime fascista (Jemolo, 1934, pp. 110 ss.). Jemolo scrisse il necrologio per il suo Maestro dopo aver partecipato alle esequie a Borgofranco di Ivrea, ma eludendo, per esplicita indicazione di Del Vecchio⁴⁰⁹, ogni riferimento al vissuto politico del Ruffini, privato della cattedra universitaria per essersi rifiutato di giurare fedeltà al regime fascista.

Nello stesso anno della sua chiamata all'università di Roma viene pubblicata la prima edizione (a stampa) delle sue *Lezioni di diritto ecclesiastico*, seguita l'anno successivo da una seconda edizione (con poche e marginali modifiche apportate al terzo e quinto capitolo): un volume più volte oggetto di nuove edizioni fino all'undicesima edizione del 1982. Una volta pubblicate le *Lezioni* del 1934, Jemolo si dedica per alcuni anni a trattazioni monografiche, ritornando a dare una esposizione completa del diritto ecclesiastico italiano soltanto verso la metà degli anni quaranta (Jemolo, 1931; 1934; 1941; 1943; 1946; 1950; 1951; 1952; 1953; 1954; 1957; 1959; 1961; 1962; 1975; 1979; 1982). Di grande interesse la *Prefazione* e l'*Introduzione* dei due autori del *Codice di diritto ecclesiastico* pubblicato nel 1937: Bertola, Jemolo, 1937, rispettivamente pp. I-VII e IX-XIX.

Le peculiarità del manuale pubblicato da Jemolo nel 1933 emergono fin dalle prime pagine, nelle quali manca qualsiasi definizione del diritto ecclesiastico, presente in tutti gli altri manuali dell'epoca precedente, e vi sono invece alcuni paragrafi nei quali l'origine della materia, come ramo dell'ordinamento giuridico, viene collegata all'esigenza di disciplinare i rapporti tra Stato e confessioni religiose, viene esposta una dura critica al valore meta-empirico dei concetti e, anziché indicare quali siano i tipi di relazioni astrattamente configurabili tra i poteri dello Stato e quelli della chiesa cattolica, si descrivono le "possibili posizioni" (disconoscimento, riconoscimento nelle forme del diritto comune, riconoscimento nelle forme del diritto pubblico) che l'ordinamento dello Stato può assumere nei confronti degli organismi religiosi (Ferrari, 1979, pp. 182 ss.). Fin dalla prima

⁴⁰⁹ Tale indicazione è contenuta nella lettera con la quale Giorgio Del Vecchio, anticipando la richiesta di Jemolo, lo invita a scrivere il necrologio di Ruffini per l'*Archivio giuridico*, della quale il prof. Del Vecchio era direttore: cfr. lettera dattiloscritta datata Roma, 4 aprile 1934, indirizzata a Ch.mo Sig. Prof. Avv. Arturo Carlo Jemolo, Via Zamboni 6, Bologna. Come scrive Beatrice Serra, nell'accettare il desiderato invito, Jemolo condivide l'idea di escludere nel necrologio ogni riferimento di natura politica: cfr. lettera in parte dattiloscritta e in parte autografa su carta intestata (Avv. Arturo Carlo Jemolo - Professore ordinario nella R. Università di Roma), datata Bologna, 5 aprile 1934, indirizzata all'Illustre Prof. Gr. Uff. Giorgio Del Vecchio, via degli Appennini, 53, Roma. Notizie su questo necrologio si rinvengono anche in Jemolo, 2010, *Lettere a Mario Falco*, p. 269.

edizione delle sue lezioni risulta evidente l'intento dell'autore di evidenziare le tensioni dialettiche descritte in ogni capitolo del diritto ecclesiastico, anche a scapito della completezza espositiva che caratterizzava i *Corsi e Manuali* di diritto ecclesiastico di Mario Falco e Vincenzo Del Giudice. Nelle successive edizioni delle sue *Lezioni* assumeranno particolare rilievo le pagine dedicate al tema de *Il cittadino e il fattore religioso*.

A Jemolo spetta il merito di avere avviato il dibattito sui *concetti giuridici*, al quale parteciparono tra gli altri il filosofo Guido Calogero, i civilisti Salvatore Pugliatti e Gino Gorla, il romanista Giovanni Pugliese, il filosofo del diritto Widar Cesarini Sforza: con un saggio, pubblicato nel 1940, Jemolo (1939- 1940) non affronta soltanto la questione del significato e della funzione del “concetto”, di quello che Paolo Grossi definirà, in un suo libro del 2000, «lo strumento più caro al giurista, innamorato dei cristalli logici», ma imposta un discorso sul metodo, sul ruolo del giurista, sulla sua insensibilità al divenire storico e alle incarnazioni del potere, sulla sua “impassibilità” – come la chiamerà sette anni più tardi lo stesso Jemolo – di fronte al regime autoritario (Grossi, 2000, p. 138, ma vedi anche pp. 154, 181, 267, 268, 275).

È un'impassibilità, scriverà Jemolo nel 1947, che deriva dalla convinzione della natura squisitamente formale della scienza giuridica. “Talvolta – sottolinea Jemolo – l'impassibilità fu una difesa. Non fu la posizione più eroica, ma fu ancora una posizione di resistenza (Jemolo, 1947).

Nel periodo fascista il c.d. “metodo giuridico” assume in Italia il ruolo di un “muro protettivo”, come lo ha definito Mario Galizia, che permette ai giuristi di «lavorare con sufficiente distacco dalla realtà politica del momento: in molti studiosi di questo periodo un tale atteggiamento contribuisce ad accentuare la astrattezza e la staticità della tecnica di ricerca, spingendola verso un lavoro che si potrebbe dire archeologico» (Galizia, 1964, pp. 975 ss.; *contra* Lanchester, 1998).

Certamente pesante fu l'autoritarismo del fascismo e deleteria fu la sua influenza sulla cultura italiana del ventennio; e ci furono parecchi giuristi “intruppati” – come scrive Paolo Grossi –, non importa se per convinzione o servilismo o opportunismo; e ci furono tanti giuristi “impassibili” (Grossi, 2000, p. 139).

Nei suoi due libri autobiografici pubblicati a distanza di ventidue anni l'uno dall'altro – *Confessioni di un giurista*, del 1947, e *Anni di prova*, del 1969 –, vi sono al riguardo pagine che anche oggi occorrerebbe leggere e meditare, per comprendere meglio le linee, le tendenze e le ragioni degli orientamenti e dei concreti atteggiamenti assunti nel ventennio fascista da Jemolo e dagli altri studiosi che giurarono fedeltà al regime fascista.

Sono sempre stato lettore assiduo e appassionato di giornali (quotidiani e settimanali) e riviste e ricordo ancora quanto mi colpì, nel 1969, la lettura delle pagine nelle quali Jemolo ricordava, con riferimento al periodo degli anni 1919-22, gli anni della sua prima collaborazione a quotidiani: « [...] comincio col *Resto del Carlino* di Missiroli, poi Buonaiuti

fa accogliere miei articoli sul *Tempo* di Naldi e quindi sul *Mondo* di Cianca che esprime il pensiero del gruppo di Amendola. Ma giunge il 28 ottobre e cala la tela. Noi ch'eravamo vissuti in regimi liberi [...] non potevamo avere una idea sia pur vaga di ciò che significhi vivere in un regime come quello fascista».

L'argomento degli orientamenti degli intellettuali negli anni trenta tra fascismo e antifascismo e delle ragioni che possono spiegare le scelte di tanti giovani intellettuali in quegli anni è un tema sul quale si è scritto moltissimo. Come ha osservato Roberto Vivarelli, «anche coloro che al fascismo si mantennero sempre estranei, ma che con esso pur convivevano operando in Italia come cittadini, con la realtà varia e cangiante di quel regime, dovettero in qualche modo mantenere dei rapporti: non era possibile altrimenti e non è affetto materia di scandalo. Semmai può lasciare perplessi che talvolta, più tardi, quei rapporti siano stati dimenticati o volutamente messi in ombra» (Vivarelli, 2001, p. 25).

In una recente, approfondita ricerca sul tema dello Stato “fascista”, Guido Melis, della sterminata bibliografia degli scritti di Jemolo, cita soltanto una sua lettera a Ernesto Buonaiuti del 3 gennaio 1925 (Melis, 2018, p. 283) e una sua nota critica a una decisione della corte dei conti del primo marzo 1941, in materia di applicazione delle leggi razziali (*ivi*, p. 561) e descrive il senso di sconfitta e di isolamento di Jemolo negli anni del fascismo.

L'osservazione di Melis coglie nel segno considerando che “isolamento” è una parola che Jemolo ha spesso occasione di usare per descrivere le sue sensazioni, nei vari momenti della sua vita: ricordo, in particolare, alcuni passi nel suo libro *Anni di prova*: p. 195: «E dopo il '53 sono di nuovo solo, senza più persone o fogli con cui in tema di politica, d'interessi generali, abbia un *in idem sentire*»; p. 196: vorrei poter sentire con quelli che mi sono stati vicini in quegli anni e «soffro ancora una volta di questa mia incapacità ad abbandonarmi, a far tacere questo bisogno di guardare in faccia la realtà, di riscontrare le idee con i fatti, che è stata un veleno nella mia vita»; p. 199: «Il lavoro a me confacente è sempre stato quello di scrivere nell'isolamento e nel silenzio [...] Ogni rapporto impegnato con altri, per chi sia del nostro temperamento genera preoccupazioni, toglie la serenità: la professione avrei potuto amarla a patto che fosse senza contatti con i clienti né con i giudici».

E ricordo, sempre a proposito della condizione di isolamento, il testo di una lettera inviata da Jemolo ad Ernesto Rossi. Da una lettera di Rossi del 5 agosto 1955 del carteggio con Gaetano Salvemini degli anni 1944-1957, avevo appreso che, nelle intenzioni di Rossi, Jemolo avrebbe dovuto essere relatore di un tema specifico su *La libertà religiosa*, nella mattina del 5 novembre 1955, prima seduta programmata per il convegno a cura degli *Amici del Mondo* (la lettera è riportata in Rossi-Salvemini, 2004, p. 818); ma dai miei ricordi personali dello svolgimento di quel convegno, che ebbe poi luogo soltanto nei giorni 6 e 7 aprile 1957 (Lariccia, 1990), e dalla consultazione del volume di Laterza che raccoglie gli atti delle relazioni e degli interventi, si deduce che Jemolo non figura fra i partecipanti a quel convegno (fu invece Paolo Barile a presentare una relazione su *Concordato e costituzione*: Barile, 1957); più volte mi ero domandato quali potessero essere state le ragioni di questa assenza,

considerando che Jemolo, com'è noto, è stato uno dei principali collaboratori del settimanale *Il Mondo*, con particolare riferimento ai temi del rapporto fra Stato e Chiesa cattolica.

L'amico Andrea Becherucci, che ha pubblicato un importante carteggio delle lettere fra Rossi e Jemolo (Becherucci, 2013), mi ha gentilmente consentito di rispondere alle mie domande, inviandomi il testo di una lettera di Jemolo a Rossi, che non figura tra le lettere da lui pubblicate e penso dunque sia inedita. Il 24 ottobre 1956, su carta intestata dell'Istituto di diritto pubblico di Giurisprudenza a Roma, negli ultimi giorni della sua direzione dell'Istituto medesimo, pregava "caldamente" Rossi di dispensarlo dalla presentazione di una relazione nel convegno su *Stato e Chiesa* e scriveva: «Ella sa la mia riluttanza a partecipare al convegno. Sono credente e praticante, ed i miei ardimenti verso la Chiesa sono quelli che sono, ma vanno bene – per me – fino a che scrivo e parlo da solo, impegnando soltanto me stesso e non portando la responsabilità che di ciò che io scrivo e dico; e rischiano di andare dove non desidero andare allorché mi trovo in manifestazioni collettive [...]. Ma proprio non vorrei premere per spegnere coloriture e manifestazioni altrui, bensì piuttosto per chiedere di essere lasciato nel mio isolamento».

Melis, a proposito del tema dello Stato "fascista" e del comportamento dei giuristi durante il periodo del ventennio, osserva che i "maestri del diritto" «in realtà fecero tutti, più o meno, i conti con quel tema, ma spesso lo fecero in un foro interiore nel quale sarebbe problematico penetrare. Talvolta in un non facile dialogo con la propria coscienza. Mantenero le proprie cattedre, gestirono i concorsi dei propri allievi (Sandulli, 2009, p. 148), scrissero sulle loro riviste specialistiche, pubblicarono i loro libri. Per il resto si sforzarono di rinvenire nella tradizione del diritto che avevano alle spalle (quello appreso dalla generazione posttrisorghimense) i fili da tessere, in continuità, nell'intento tacito di ricomporre così l'ordito vulnerato dalla nuova legislazione fascista» (Melis, 2018, pp. 283-84).

Può ritenersi che anche Jemolo, di fronte a una realtà consolidata (o che tale appariva ai contemporanei), negli "anni del consenso", come li ha definiti Renzo De Felice (1974), «abbia scelto di alzare bandiera bianca venendo a patti con la propria coscienza. Una resa senza discrezione destinata a lasciare tracce durevoli nel successivo percorso morale e intellettuale del giurista romano»⁴¹⁰.

La conferma di questo atteggiamento di Jemolo negli anni del fascismo può trovarsi nella lettura di molte delle sue pubblicazioni di quel periodo e delle numerose voci enciclopediche (ben 72!) che gli erano state affidate per la pubblicazione nel *Dizionario di politica*, tra le quali ricordo le seguenti: *Chiesa e Stato*, *Concordato*, *Ecclesiastico (Diritto)*, *Laterano (Accordi del)*.

⁴¹⁰ Valbusa, 2008, p. 50; rinvio all'approfondita valutazione di Paolo Valbusa (pp. 24- 57), sulla posizione e le scelte di Jemolo durante gli anni del primo dopoguerra e il ventennio fascista. L'a. considera in particolare la collaborazione di Jemolo al *Dizionario di politica* del partito nazionale fascista.

Nella voce *Chiesa e Stato*, Jemolo commenta la soluzione accolta con la stipulazione dei Patti lateranensi con queste parole: « [...] Soluzione contingente: ottima là dove di fronte alla Santa Sede sta il regime fascista, “regime leale, schietto, preciso, che dà la mano aperta, ma che non dà il braccio a nessuno”. Regime fortissimo, regime circondato di enorme prestigio [...] (discorso del Duce in Senato). “La pace durerà”: disse il Duce; e pure a questo proposito la storia avallerà che’Egli guardò lontano con occhio sicuro»⁴¹¹.

Quindici anni dopo la pubblicazione delle voci enciclopediche sopra citate, il 24 settembre 1953, Ernesto Rossi, in una lettera inviata a Gaetano Salvemini, scriverà: «Nelle mie ricerche per lo studio su *Confindustria e fascismo* ho trovato anche un grosso dizionario politico, in quattro volumi, edito dal PNF. Con molto dispiacere ho visto che diverse voci sono scritte da Jemolo. Ti estraggo dalla voce Chiesa e Stato il brano più significativo, perché mi pare bene che anche tu lo conosca. Porca miseria! Il fascismo in venti anni ha infettato proprio tutto e tutti»⁴¹².

Significativo, a titolo d’esempio, quanto Jemolo scriveva, nel volume *La questione romana*, edito nel 1938: «Occorreva da parte dell’Italia la stabilità politica, il Governo non alla mercé delle maggioranze parlamentari, non costretto a fare i conti con le insurrezioni di stampa, con le reazioni dei partiti. E, come sempre nella storia, le circostanze da sole non sarebbero bastate, sarebbero state anzi come il frutto a lungo pendente sull’albero per poi disfarsi ivi; occorreva venisse l’Uomo capace di comprendere che il momento era giunto, capace di superare le residue difficoltà, tale da ispirare completa fiducia dall’altra parte, tale da fuggire, col proprio prestigio, con la fede profonda che aveva saputo incutere agli Italiani, ogni residua ombra di dubbio sulla opportunità della conciliazione, ombra che in certi ceti delle classi colte, dove più poteva la tradizione giuridica e politica del liberalismo, ancora sussisteva. Nel 1929 quest’Uomo dominava ormai da sette anni la vita italiana, e la sua figura già si levava poderosa sul cielo d’Europa: mercé sua, e mercé il profondo senno politico di un Papa, desideroso di convertire la rivendicazione temporalistica nel regime più favorevole alla Chiesa che gli fosse dato ottenere, la questione romana fu definitivamente consegnata agli archivi della storia» (Vivarelli, 2008, p. 170, nota 21).

Eugenio Di Rienzo ha scritto che Jemolo, Carlo Curcio, Carlo Costamagna e Delio Cantimori furono i redattori del *Dizionario di politica* che delinearono compiutamente la filosofia totalitaria del fascismo nel suo inverarsi nelle istituzioni politiche, economiche e giudiziarie del regime (Di Rienzo, 2004).

⁴¹¹ Significativa è la considerazione esposta in una lettera inviata a Falco il 3 febbraio del 1929: «Io penso che l’affare [il concordato tra il Regno d’Italia e la Santa Sede] sarebbe ottimo per lo Stato, in quanto guadagnerebbe simpatie ed appoggi mondiali concedendo cose che o in sé o in questo peculiare momento della vita italiana non hanno alcun valore (una ingerenza ecclesiastica nelle scuole nel 1929 non è assolutamente confrontabile con quel che sarebbe stata vent’anni or sono) e che d’altronde assumerebbe impegni sicuramente caduchi entro un breve periodo di tempo [...]»: Jemolo, 2010, p. 92.

⁴¹² La lettera è riportata in E. Rossi, Salvemini, 2004, p. 698; Franzinelli osserva in nota: «Il disappunto di E.R. si spiega anche col fatto che Arturo Carlo Jemolo [...] era stato tra i firmatari del manifesto degli intellettuali antifascisti promosso da Benedetto Croce».

Come spesso avviene, considerazioni in parte diverse si possono tuttavia esprimere con riferimento all'attività didattica di Jemolo, se si tengono presenti le testimonianze di chi, come Paolo Bufalini, ha ricordato, il giorno successivo alla sua morte: «Di Arturo Carlo Jemolo, nella Facoltà di Legge di Roma, fra il '35 e il '40, io sentii la prima volta parlare come del professore più apertamente antifascista. Fu per questo che alcuni studenti, tra cui Pietro Amendola e io, frequentammo il corso – che risultò interessantissimo – di *Diritto ecclesiastico* allora tenuto da Jemolo. Restammo impressionati dalla sua personalità: per il rigore culturale, per la concretezza e (la) lucida conoscenza delle cose, per lo spirito di verità e libertà che sostenevano e animavano il suo insegnamento» (Bufalini, 1981).

3. I primi anni del secondo dopoguerra. Confessioni, esami di coscienza e ricerca di responsabilità: «quali colpe abbiamo avuto, soprattutto tra il 1915 ed il 1925, davanti a Dio». Dubbi, perplessità e interrogativi.

Non vi è dubbio che gli anni del fascismo e della guerra furono vissuti da Jemolo all'insegna del pessimismo e della sofferenza e le leggi razziali, in particolare, con la persecuzione degli ebrei, lo spinsero a una decisa svolta metodologica: «allorché ho visto di che lacrime grondasse e di che sangue la *voluntas legis*, ho avuto solo la preoccupazione di cercare, per quel pochissimo che l'opera del giurista poteva, d'impiegarla a stornare un po' dei frutti amari della legge. E dopo il tragico 9 sett. 1943 anche il precetto kantiano che escludeva la menzogna a fin di bene non ha frenato alcuni di noi: abbiamo fatto atti falsi, giurato per la formazione di atti notori spuri, senza avere alcuna crisi di coscienza, senza neppure temere di cadere in peccato» (Jemolo, 1945, p. 119).

E nel suo bellissimo libro di memorie pubblicato nel 1969, l'anno nel quale, nei primi sei mesi, ho frequentato Jemolo, in molte ore di ciascuna settimana, per adempiere il mio compito di segretario della Commissione presieduta dal prof. Guido Gonella sulla revisione del Concordato (Lariccia, 2015, pp. 73-175), l'opinione di Jemolo riferita alla drammatica esperienza di vita nel ventennio fascista emerge con tragica evidenza.

«[...]. Un regime totalitario è fonte di infinite tristezze [...]. Nel fascismo tutto era falso, tutto menzogna [...] (Jemolo, 1969, *Anni di prova*, p. 140).

Ai professori che nel '31 non rifiutammo il giuramento, si è poi cercato pietosamente di trovare una giustificazione; avremmo salvato la possibilità di educare dei giovani, di mantenere l'università a quel livello che fece sì che poi dai littoriali venisse fuori una leva di antifascisti (*ivi*, p. 145).

Potemmo senza rischiare nulla, educare i giovani svegli [...]. Potemmo gettare negli altri qualche immagine, qualche caposaldo, che più tardi forse fruttificò. Credo che insegnare il colloquio, in qualsiasi ambito, evocare il principio di contraddizione, fugare il dogmatismo,

imprimere nella mente che di tutto si può discutere e ridiscutere, che non si danno tabù, sia il modo più sicuro di scalzare lentamente ogni regime autoritario (*ivi*, p. 145).

Ma ricordato tutto questo, soggiungo che la giustificazione trovata vale poco.

Chi scelse la via buona furono quelli che, consci anche di ciò che significava il loro atteggiamento, nel Paese, fuori d'Italia, tra gli esuli, rinunciarono alla cattedra e testimoniarono. [...] (*ivi*, p. 146).

Tutto placa il tempo, tutto placa l'avvicinarsi della morte» (*ivi*, p. 151).

Al contrario di tanti altri, Jemolo, già nel 1944 affronta senza esitazione il problema di una approfondita valutazione del proprio operato durante il fascismo, sottoponendosi a un severo esame di coscienza. La grandezza umana di Jemolo, si è in proposito osservato, si misura osservando «la precocità del suo esame di coscienza [...]. A partire dal 1944 il timbro autocritico di Jemolo divenne inconfondibile. Questa severità di giudizio nei confronti di se stesso è quanto differenzia Jemolo da molti altri intellettuali della sua generazione, passati attraverso il fascismo, ma dopo il 1945 poco disposti ad un riscatto personale» (Cavaglion, 2002, p. 115).

Se è vero, come sono convinto, che c'è un'identificazione fra i due termini e i due concetti di laicità e di democrazia (una società o è laica o non è democratica), penso che sia giusto affermare che dopo il 1944 Jemolo esercitò un fondamentale contributo per lo sviluppo della vita democratica in Italia.

Per la pace religiosa d'Italia: con questo titolo venne pubblicato, nell'ottobre 1944, edito da La Nuova Italia, un opuscolo nel quale Jemolo si chiedeva, a liberazione non ancora ultimata, quale avrebbe dovuto essere la politica ecclesiastica dell'Italia unita e proponeva un compiuto programma, che giustamente è stato definito un vero e proprio manifesto anticoncordatario, coraggioso e realistico insieme.

Da credente cattolico, Jemolo si augurava che la Santa Sede avesse «colto dall'esperienza storica gli ammaestramenti che a noi pare ne siano scaturiti» e si presentasse all'Italia migliore di domani «...non desiderosa di concordati, ma solo di libertà». Come cittadino, Jemolo proponeva che, qualora la Chiesa «esigesse il mantenimento» degli accordi lateranensi, lo Stato si adoperasse per una revisione del Concordato che eliminasse «le menomazioni più gravi del principio dell'uguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge». Infine, se la Chiesa a nulla volesse rinunciare, «converrebbe cedere e piegarsi», ma impegnandosi a «far sentire il sacrificio compiuto», in attesa che la Santa Sede si rendesse conto che «l'interesse religioso in Italia sarebbe non di conservare alla Chiesa i pochi privilegi che il concordato le ha concessi e che ripugnano alla coscienza nazionale, bensì di venire incontro a questa coscienza, che augura alla Chiesa un sempre più ampio dominio sulle anime, che le augura di dire in materia morale una parola sempre più ricevuta ed accolta, ma di dirla in regime di libertà» (Jemolo, 1944).

Su questa posizione Jemolo rimarrà durante tutta la sua lunga vita, con un orientamento che ha caratterizzato la sua ininterrotta azione politica ed ecclesiale nella società: sempre ha continuato a ribadire con tenacia la sua ferma richiesta che la Chiesa rinunciasse spontaneamente al Concordato e ad ammonire laici e cattolici sulla perdurante prevalenza, nel campo ecclesiastico, degli «intransigenti che nulla vorrebbero cedere» (Spadolini, 1976a, p. XVIII).

Il Parlamento non è stato capace di emanare le leggi necessarie per l'attuazione della Costituzione e ciò ha portato alla conseguenza che per molti anni, dopo il 1948, sono state applicate nella materia ecclesiastica le norme restrittive dei culti ammessi previste nel 1929-1930, con il sacrificio delle libertà di questi culti di aprire templi, di tenere riunioni senza previa denuncia all'autorità di pubblica sicurezza, di svolgere opera di propaganda. Nei primi anni del secondo dopoguerra si realizza in Italia una pesantissima situazione di intolleranza religiosa e di vera e propria persecuzione nei confronti delle confessioni di minoranza e dei loro fedeli. Fu la lunga notte clericale, l'epoca delle persecuzioni scelbiane contro gli acattolici, il periodo di tempo in cui ogni riunione dei protestanti era sovversiva ed era consentito ai vescovi di ingiuriare i non credenti. L'art. 7 della Costituzione e la cancellazione del 20 settembre dalle festività nazionali [decisa in una seduta alla camera del 25 maggio 1949] sono residui di quell'epoca e di quella mentalità (Basso, 1970, p. 12).

Arturo Carlo Jemolo è stato tra i primi, insieme a Gaetano Salvemini e Giorgio Spini a esprimere la sua chiara opposizione nei confronti di questa tendenza del potere statale (Lariccia, 2011, p. 93): «La situazione di fatto italiana è assai semplice – scriveva Jemolo nel 1952 –: non sono mai entrati in vigore l'art. 19 della Costituzione [...]; non è mai entrato in vigore l'art. 8 [...]; mai, almeno in questa materia, l'art. 17 [...]. Per il Ministero dell'Interno [...] non esistono che gli articoli 1° e 2° del r.d. 28 febbraio 1930 n. 289 [...] e l'art. 18 del t.u. della legge di pubblica sicurezza 18 giugno 1931 [...]. Noi pensiamo che queste norme siano chiaramente abrogate dalla Costituzione; il Ministero degli Interni ritiene che no, che le riunioni per scopo religioso non possano fruire della libertà di cui fruiscono tutte le altre riunioni [...]. Non c'è cioè in Italia neppure quella libertà di *devotio domestica*, che era largamente accordata alle minoranze religiose già prima della Rivoluzione francese, e di cui almeno gli stranieri fruivano pure nella Roma dei Papi. È questo per molti di noi un argomento penoso, perché non possiamo non considerare che ciò che si verifica in Italia sarebbe impensabile in ogni Paese al di là delle Alpi [...] (Jemolo, 1952, *La libertà religiosa*, p. 4).

Non è facile precisare una data precisa a partire dalla quale il “paradigma antifascista” (G. Rinaldi, 1999), cede il passo a una più meditata e approfondita valutazione della storia d'Italia. Già nel 1952, con una lettera del 28 luglio di risposta a Piero Calamandrei, che gli proponeva la partecipazione alla pubblicazione di un numero monografico del *Ponte*

dedicato alla storia del “costume fascista”⁴¹³, Jemolo, scusandosi per avere speso «troppe parole per una non partecipazione», in una lettera pubblicata nel fascicolo 10/1952 della rivista⁴¹⁴, aveva sollecitato un sistematico lavoro di raccolta documentaria e di riflessione storica destinate a togliere ai “fascisti nostalgici” il monopolio, che essi si erano arrogati nel decennio precedente, di scrivere la storia del fascismo. E aveva scritto: «Caro Calamandrei, no, non collaborerò al numero del *Ponte* destinato al trentennale del fascismo, perché non avrei nulla di nuovo a dire, e perché mi pare che non centri il problema essenziale. / È inutile che tra noi “intellettuali” cogliamo il ridicolo delle manifestazioni dei regimi totalitari [...]; bisognerebbe invece che tutti gli antifascisti di formazione liberale e borghese si decidessero, sia pure con molto ritardo, a guardare quello che per me è l'aspetto più saliente del fascismo, come di altri regimi totalitari [...] di essere stato, e di continuare ad essere, “il sole dei poveri”. / Ciò che per i poveri, soprattutto i poveri intellettuali, i piccoli borghesi dalla mezza cultura, siano stati i miti dell'Impero, del Mediterraneo sbarrato e da liberare, del corporativismo, della civiltà italica e cattolica, dell'Urbe, dell'eredità imperiale romana; ciò che abbia costituito il distintivo di caponucleo nel fascio rionale per il piccolo impiegato d'ordine, brutto, riformato alla leva, che ha trovato in quello scudetto e nella croce di cavaliere della Corona d'Italia il suo solo compenso al mondo; ciò che sia stato per la maestra cinquantenne e per l'impiegata alle poste l'orbace di fiduciaria... / La cosa interessante è questa. Ed è la cosa più grave e più seria, perché appurare questo è fare il processo a tutte le autorità spirituali, da quelle che portano l'abito talare a quelle che indossano la toga accademica, a coloro che non indossano alcuna toga, ma giustamente sono considerati maestri di una o più generazioni, e chiedersi che pastori siano, siamo stati..., dove abbiamo mancato, quali colpe abbiamo avuto, soprattutto tra il 1915 ed il 1925, davanti a Dio» (Jemolo, 1952, *Lettera*)⁴¹⁵.

⁴¹³ Con riferimento ai contenuti del fascicolo del quale proponeva la pubblicazione, Calamandrei ricordava l'atmosfera «di prepotenza e di viltà, di compromesso e di corruzione» in cui confluivano «i riti fascisti (testi e camicie nere), le beffe punitive, le uniformi, lo stile marziano e romano, l'atletismo, le adunanze oceaniche, la cultura del gruppo dirigente, la stampa, i giornali, il teatro, la scuola, la propaganda (Eiar, scritte murali), la fascistizzazione della lingua, l'università, la campagna demografica, il clero, la musica fascista, l'urbanesimo, gli scrittori, l'esercito, le barzellette, il buon costume, il razzismo, la burocrazia».

⁴¹⁴ Pp. 1350-52; a p. 1353 è pubblicata un'immagine di Benito Mussolini, all'interno delle sbarre di una gabbia, accovacciato, vestito con eleganza, con bombetta inglese, camicia da smoking con colletto ad alette, cravatta e guanti e fotografato nell'atto di accarezzare un meraviglioso leone, docile e accosciato. La didascalia della fotografia è MASSIME ED ESEMPI: “*Vivere pericolosamente*”. La lettera di Jemolo è stata di nuovo pubblicata dieci anni fa (Cavaglian, 2008).

⁴¹⁵ «Tutto questo poi mi sembra importante non solo per la storia, e per il calcolo delle responsabilità passate, bensì per la comprensione del presente. [...] Perché dopo la caduta del fascismo, molti che ieri erano stati vicini a noi, hanno sentito il pericolo non del comunismo, ma di un rinnovamento profondo, di un sovvertimento di 'classi, di non essere più dei borghesi: sia pure borghesi poveri, ma borghesi. [...] La genialità del fascismo fu di creare a difesa dell'assetto borghese, della società borghese di cui il capitalismo è un aspetto saliente, ma non unico, e neppure essenziale) svariate schiere di poveri entusiasti, orgogliosi, ammirati. Le imprese militari, l'esaltazione militare del fascismo, nell'ambito sociale sono questo: — creare a difesa dell'ordine, della società costituita schiere di poveri che restano tali, pur se possano avere per un breve periodo della Loro vita qualche conforto, ma che sono orgogliosi di sé, e sono disposti a tutto dare per il mantenimento di quell'ordine da cui traggono omaggi e platoniche soddisfazioni. / Analogamente, il fascismo riuscì a convertire i complessi di inferiorità in ragioni d'orgoglio. [...] Questi erano gli spunti di strapaese, del “siamo cafoni”, della voluta ignoranza delle lingue straniere, del disprezzo per tutto ciò ch'era straniero; ed anche delle “matri prolifiche”. / Per questa nuova sorta di oppio, un oppio che non fa vedere ciò che chi

Le opinioni espresse da Jemolo nel 1952, in una delle sue tante lettere, merita, a distanza di quasi settant'anni, un sia pur breve commento.

Non aveva ragione Jemolo a premettere, nelle prime righe della sua lettera, la dichiarazione di non aver «nulla di nuovo a dire», a proposito del fascismo⁴¹⁶: è sufficiente ricordare le numerose e importanti circostanze nelle quali lo stesso Jemolo ebbe occasione di tornare sull'argomento nei trent'anni successivi, esaminando con straordinaria efficacia temi e problemi dell'Italia “tormentata” (cfr. *in primis* Jemolo, 1951; 1969; v. anche Lariccia, 2015 e *ivi* bibliografia citata).

Sulla necessità di affrontare con coraggio e determinazione il tema della valutazione critica del comportamento, negli anni del fascismo, di tutte le “autorità spirituali”, considerati “maestri di una o più generazioni”, numerosi e di grande interesse sono stati, nei decenni successivi, gli studi e le ricerche degli storici più sensibili e attenti: ed è noto che il problema è tuttora di grande attualità.

Significativa, nella frase sopra riportata, è l'espressione – *pastori* – utilizzata da Jemolo, con implicito riferimento all'esperienza ecclesiale di guida di un gregge di *pecore*, secondo la concezione prevalente del rapporto fra gerarchia e fedeli negli anni che precedono il Concilio Vaticano II (1962-65), quando, nella chiesa cattolica, ha inizio un periodo nel quale ha invece assunto sempre maggiore importanza il conferimento di ampi poteri nei confronti dei fedeli, considerati individualmente e quali membri della società ecclesiastica (Lariccia, 1971, spec. pp. 1 ss.).

Meriterebbe un'attenta considerazione, qui non consentita, la domanda sulle ragioni che, nel 1952, possano avere indotto Jemolo a specificare il periodo della ricerca di colpe, e cioè il riferimento soltanto al decennio 1915-1925⁴¹⁷. Come sanno tutti gli italiani che hanno vissuto in quegli anni o hanno studiato la storia del nostro Paese, anche dopo il 1925, in particolare dopo la marcia su Roma del 1922 e dopo l'assassinio di Giacomo Matteotti del 10 giugno 1924⁴¹⁸, eventi drammatici come la stipulazione del concordato lateranense, con

lo propina non vuole sia visto, ma che esalta, il fascismo ha guadagnato la riconoscenza postuma anche di quelli che a suo tempo lo avversarono, ma che oggi sentono ciò che conti per loro che le classi non siano sovvertite. / Guardiamo quindi con spirito di storici a questi lati che ci paiono eminentemente risibili, ma che sono stati e sono forze vive: sia pure chiedendoci perché nel mondo inglese non attecchirebbero, e non avendo paura di chiamare i non fascisti d'oggi, a riflettere se in tutto ciò che dicono e scrivono non ci sia, fosse pure inconscia, la nostalgia di quel tale oppio. [...]

⁴¹⁶ Ed infatti, dopo sessantacinque anni, uno storico esperto della materia come Giovanni De Luna, cita proprio la lettera di Jemolo, come testo significativo per comprendere meglio l'iniziativa di Calamandrei di proporre e pubblicare un fascicolo speciale della rivista *Il Ponte* sul tema del fascismo negli anni cinquanta (De Luna, 2017, p. 31; v. anche De Luna, 1978).

⁴¹⁷ Diciassette anni dopo Jemolo (1969, p. 187) scriverà: «Il fascismo era stato [...] un cattivo regime, almeno dal 1925 in poi, ma non poi così detestabile come ad altri appariva [...]».

⁴¹⁸ Il 30 maggio 1924 Giacomo Matteotti prese la parola alla camera dei deputati per contestare i risultati delle elezioni tenutesi il precedente 6 aprile. Mentre dai banchi fascisti si levavano contestazioni e rumori che lo interrompevano più volte, Matteotti, denunciando una nuova serie di violenze, illegalità ed abusi commessi dai fascisti per riuscire a vincere le elezioni, pronunciava un discorso che sarebbe rimasto famoso. Terminato il discorso disse ai suoi compagni di partito: «Io, il mio discorso l'ho fatto. Ora voi preparate il discorso funebre per me» (Lussu, 1976).

la previsione soprattutto delle norme contenute negli articoli 1, 2, 5, 34, 36 e 38, e la conseguente ipoteca del concordato sull'istruzione pubblica (1929), la legislazione sui culti ammessi (1929), l'approvazione del codice penale e la soppressione delle garanzie di libertà dei cittadini (1930), il giuramento dei professori universitari di fedeltà al regime fascista (1931) (Boatti, 2010), la prigionia di Gramsci fino alla morte, le ingiustizie riguardanti le minoranze religiose in Italia (1935), l'assassinio dei fratelli Rosselli, le condanne al confino per i dissidenti politici, la persecuzione nei confronti degli ebrei (1938), l'entrata in guerra (1940), per tacer d'altro, giustificano una pesante condanna morale, storica e giuridica per le colpe delle c.d. autorità spirituali, come le definiva giustamente Jemolo, che avrebbero potuto e dovuto parlare e preferirono tacere.

Perplessità, dubbi e interrogativi suscita infine l'affermazione che limita l'individuazione di responsabilità alla sola ricerca delle colpe «davanti a Dio»: e la responsabilità per le colpe davanti alle donne e agli uomini che hanno subito le conseguenze e i danni di quei comportamenti?

Dispiace dirlo, ma alcune delle opinioni espresse nella lettera di Jemolo a Calamandrei, destinata ad essere pubblicata sulla sua rivista prediletta, provocano un sentimento di forte delusione, giustificata dalle considerazioni che molto si può chiedere a chi molto può dare e che Jemolo ha abituato il suoi lettori, e ancor di più i suoi ex studenti, ad essere giustamente esigenti nei suoi confronti!

4. L'anno 1945: inizio di una nuova storia. A.C. Jemolo “educatore costituzionale” del popolo. Contributo per la costituente e per il paese: la radio, gli articoli sui giornali, la partecipazione alla vita della cultura. *Considerazioni sulle costituzioni e Che cos'è una Costituzione* «Bisogna che ciascuno cerchi di precisare le sue idee: pensare, studiare, avere idee chiare».

La parte della cultura giuridica italiana non irrimediabilmente compromessa con il fascismo contribuì alla progettazione costituzionale dell'Italia democratica con grande impegno e importanti risultati, rivelando notevoli capacità di collaborazione con l'attività della Costituente e dei partiti politici, con varie iniziative differenziate ed efficaci, la pubblicazione di libri e riviste, la promozione di convegni e dibattiti (Buratti, 2011).

Mario Galizia, in un intervento tenuto presso il circolo di cultura politica *Fratelli Rosselli* di Firenze, e successivamente pubblicato su *Il Ponte*, aveva sostenuto che dovesse riconoscersi la più ampia libertà d'azione alla Costituente, senza la previsione di alcun limite: «il diritto e la storia ci portano ad affermare che l'assemblea costituente, che si erge libera da ogni vincolo sul crollo del precedente ordinamento come espressione della sovrana volontà del

popolo deve necessariamente assumere in sé tutti i poteri. Sarà bene però che, immediatamente dopo la sua riunione, per rientrare nella legalità e per evitare la troppo prolungata concentrazione di tutti i poteri di una numerosa assemblea (il che potrebbe presentare il pericolo di una dittatura d'assemblea, preludio sicuro di una dittatura personale), l'assemblea costituente emani una carta provvisoria, che regoli provvisoriamente il funzionamento degli organi costituzionali, sicché questi possano cominciare subito a funzionare a fianco dell'assemblea. Si attuerà in tal modo [...], la distinzione tra potere costituente e poteri costituiti e l'assemblea potrà con maggiore tranquillità dedicarsi al suo gravoso compito, liberata dal peso della normale amministrazione» (Galizia, 1945). Piero Calamandrei, nel fascicolo successivo della rivista, condivise le posizioni di Galizia, sostenendo che fosse la Costituente a dover nominare un esecutivo *pro tempore* a cui assegnare compiti legislativi (Calamandrei, 1945).

Uno straordinario lavoro di mobilitazione culturale fu svolto in quegli anni dal ministero per la Costituente, la cui istituzione rappresentò uno dei punti qualificanti del programma del governo Parri, costituito all'indomani della Liberazione (Giannuzzi, 1995; Nenni, 1977). Come scrisse Pietro Nenni, presentando il principale organo di propaganda del ministero (il *Bollettino di informazione e documentazione del Ministero per la Costituente*), «Il Ministero per la Costituente può [...] fare una cosa: far sì che i suggerimenti, le indicazioni di rotta, le proposte di via, vengano conosciuti dal maggior numero possibile di cittadini» (Nenni, 1945).

Anche per Jemolo il 1945 è l'inizio di una nuova storia ed è ben giustificata l'opinione che Jemolo abbia contribuito in maniera sostanziale all'"apprendistato politico ed elettorale" degli italiani nel biennio 1945-46 (Di Nolfo, 1986; Clerici, 2010, p. 274). In un'Italia nella quale la "fame" di passione civile conviveva con il distacco e l'apatia, un paese che rivelava con evidenza i sintomi di una tenace diffidenza nei confronti della politica (Capograssi, 1945; Calasso, 1946; Mortati, 1946), Jemolo riassunse con queste parole lo "spirito" del 1945-46: «L'Italia ebbe un anno circa in cui conobbe quella che dev'essere stata l'atmosfera francese del 1789 e che fu certo quella del 1846-48, con ciò in più: che questo soffio vivificatore, questo fluire di speranze era comune anche ai ceti più umili che da quei motivi lontani erano rimasti estranei» (Jemolo, 1951, *Crisi della resistenza*).

«Uno dei rari momenti di ottimismo nella mia vita lo rammento in quel 4 giugno 1944 in cui gli alleati entrarono in Roma. [...] Nei miei ricordi chiamo questi i giorni del rovetto ardente» (Jemolo, 1969, pp. 181-82). Dal 20 gennaio 1945 al 9 agosto 1946 fu il primo presidente della Rai (Radio audizioni Italia); nel settembre 1945 pubblicò un articolo su *Il Problema della radio* (Jemolo, 1945).

Il 21 gennaio 1946 Jemolo, nell'ambito del ciclo dedicato ai *Problemi della Costituente*, tenne la prima radioconferenza sul tema *Costituenti 1946*, dopo quella introduttiva dell'ex presidente del Consiglio Bonomi (sui suoi rapporti con Bonomi, v. Jemolo, 1969, p. 162). Nella sua conferenza, Jemolo, in coerenza con una tendenza prevalente nei suoi scritti di

ogni tempo, aveva colto l'occasione per esprimere la sua diffidenza nei confronti di formule giuridiche astratte non collegate al senso morale degli individui ed al loro comportamento concreto: «Costituzione rigida, tribunale costituzionale, controllo della costituzionalità delle leggi; e, in seno alla Costituzione, formule che consacrino le libertà dei cittadini. Tutte ottime cose. Ma coloro cui la storia qualcosa ha insegnato sanno che questi sono strumenti, che possono valere in quanto vi siano uomini decisi a bene adoperarli. Vana speranza quella di porre le libertà al sicuro solo con formule e con strumenti costituzionali. La libertà interna, come la pace dei popoli, come la sicurezza delle nazioni, non si può difendere con una formula scritta. Solo i cuori degli uomini e, quando occorre, i loro petti, possono realizzare tale difesa» (Jemolo, 1946).

Il 31 dello stesso mese di gennaio 1946 Jemolo venne nominato esperto presso il Ministero per la Costituente ed ebbe così la possibilità di svolgere un ruolo di particolare rilievo all'interno del gruppo di collaboratori di via Panisperna; in proposito può condividersi il giudizio di chi, a conclusione di un'analisi approfondita ed esauriente della figura di Jemolo e della sua opera a metà degli anni quaranta, ha osservato che il ministero ritenne opportuno affidargli il difficile incarico di principale “educatore costituzionale” del popolo (cfr. Clerici, 2010), considerando il profondo interesse di Jemolo per il diritto costituzionale, che risulta evidente nella produzione scientifica degli anni 1911-1945 (cfr. Lariccia, 2015, pp. 183-86), il sodalizio umano fra Jemolo e Vittorio Emanuele Orlando, che rappresentava anche un legame professionale⁴¹⁹, la partecipazione di Jemolo alla Commissione Forti, nella quale Jemolo aveva assunto una posizione eminente e la sua spiccata qualità di divulgatore e di giornalista efficace ed amato dai lettori.

Occorre ricordare in proposito che, nella sua lunga vita, Jemolo ha pubblicato, senza interruzione, libri, saggi e articoli sui giornali. Con riferimento ai testi non giuridici, oltre a quelli ricordati nel secondo paragrafo di questo scritto, ricordo i seguenti quotidiani, settimanali e mensili: *La Stampa* di Torino (sulla quale Jemolo pubblicò oltre 1200 articoli), *Il Mondo* di Mario Pannunzio, *L'Espresso*, *Il Ponte* di Calamandrei (complessivamente 114 articoli: il primo suo articolo venne pubblicato nella prima annata del 1945, l'ultimo nell'annata 1981, l'anno della sua morte), *L'Astrolabio* di Ferruccio Parri, *Belfagor* di Luigi Russo, *La Cultura* di Guido Calogero, la *Nuova Antologia* di Giovanni Spadolini, *Il Politecnico* di Elio Vittorini, *Ulisse* di Maria Luisa Astaldi, *Meridiano*, *Realtà politica*, *la Nuova Europa*.

Un criterio ritenuto giustamente rilevante per valutare la fiducia che nel 1946 si riteneva di poter riporre a favore di Jemolo e della sua idoneità a svolgere un compito delicato come quello di perseguire il risultato di una ... “educazione del popolo” consisteva nell'apprezzamento che meritava la sua capacità di usare un linguaggio semplice e facilmente comprensibile, utilizzando tutti i mezzi di comunicazione disponibili, compreso quello radiofonico: Jemolo infatti, oltre ad essere stato, come già ricordato, presidente della

⁴¹⁹ « Rapporti professionali: ma dato il calore umano che emanava dall'uomo, non poteva alcuna relazione restare limitata ad un solo campo» (Jemolo, 1969, pp. 159-61).

RAI, era molto noto agli ascoltatori della radio per la sua prolungata partecipazione, a partire dal 1940, alla trasmissione radiofonica *Il Convegno dei cinque*, moderata da Silvio D'Amico (Valbusa, 2013)⁴²⁰.

A Jemolo venne affidata la cura dei titoli più rilevanti per il cittadino che avesse voluto orientarsi prima di votare, nel 1946 (D'Agostino, 1989); gli venne chiesto di riflettere in maniera organica sui due argomenti che riassumevano il passato e il futuro costituzionale d'Italia: lo *Statuto albertino* e la nuova Costituzione. Ne vennero fuori i due contributi più "delicati" tra quelli promossi dal ministero (*Lo Statuto Albertino*, apparso al secondo posto nei "Testi e documenti costituzionali", e la prima delle "Guide alla Costituente", dal significativo titolo *Che cos'è la Costituzione*): due testi che costituirono un quadro ben definito della storia costituzionale occidentale (Clerici, p. 268 ss) e consentirono a Jemolo di affermare l'importanza «delle energie e delle volontà umane» dei cittadini e, nello stesso tempo, di ribadire la sua diffidenza verso gli istituti congelati in una formula astratta (Jemolo, 1946, *Considerazioni*, p. 6)⁴²¹.

Jemolo ritenne opportuno ricordare che, agli albori del costituzionalismo occidentale, i documenti che scaturirono dalle lotte tra i ceti e le classi sociali erano testi, come la *Magna Charta* inglese, che non nascevano per essere applicati a tutti i cittadini, non conoscevano la nozione di diritti individuali, né quella di bene comune, e non avevano alcuna pretesa di disciplinare l'intera architettura istituzionale, economica e amministrativa di un paese: il loro significato risiedeva invece nel desiderio «con cui un vincitore [...] vuole fissare la sua vittoria, sperando d'immobilizzare così la storia» (1946, *Considerazioni*, p. 7). «Pretesa vana dato che una Costituzione non può che vivere e crescere autonomamente, a volte anche contro le aspirazioni e gli obiettivi di chi l'ha creata: «Peraltro, in massima, scorgiamo che non solo gli uomini non possono arrestare la storia su una posizione che sia loro favorevole, ma nemmeno è loro dato di indirizzare l'evoluzione di un regime costituzionale secondo le direttive che preferiscono. Tutte le Costituzioni hanno ricevuto applicazioni, interpretazioni, sviluppi, che i lor autori non avevano previsto, che non avrebbero probabilmente desiderato» (1946, *Considerazioni*, p. 8).

Oltre ad affermare che lo Statuto albertino era ormai superato ed era dunque necessario dare vita a una nuova Costituzione, Jemolo intendeva esprimere la sua convinzione che, al

⁴²⁰ Certamente non interessa a nessuno, ma mi fa piacere ricordare che ho sentito parlare per la prima volta Jemolo ascoltandolo alla radio, insieme a mio nonno, che era cieco e per un lungo periodo della sua vecchiaia trascorreva molte ore, spesso cercando la mia compagnia, vicino al suo amato apparecchio radiofonico: quando, nel novembre 1954, ho cominciato a partecipare alle sue lezioni di *Diritto ecclesiastico* nella facoltà romana di giurisprudenza, mi è sembrato di incontrare una persona che già conoscevo e ammiravo per la sua cultura e per la sua non comune capacità di farsi capire e ascoltare con piacere. Quando poi ho frequentato Jemolo con continuità, in occasione della mia partecipazione, come segretario, alle riunioni della Commissione Gonella per la revisione del concordato lateranense, nei primi sei mesi del 1969, ho avuto modo di raccontargli i particolari di questi miei ricordi, suscitando da parte sua una reazione di gentilezza che non posso dimenticare.

⁴²¹ Jemolo tornerà sulle critiche alla Costituente e alla Costituzione, specialmente nello scritto *La Costituzione. Difetti, modifiche, integrazioni Costituzione. Difetti, modifiche, integrazioni* (1966), più volte pubblicato nelle raccolte dei suoi scritti.

di sopra delle interpretazioni dei giuristi, e del loro riverente rispetto verso i documenti, occorre sempre riscontrare il comune sentire del popolo, che sempre, prima o poi, «avvertirà, avrà l'intuito, che la vita costituzionale non è più conforme alle previsioni della Carta costituzionale, che le cose non procedono più secondo il ritmo che gli autori della Costituzione avevano previsto» (1946, *Considerazioni*, pp. 10-11). Con particolare riferimento alla “frattura” fra l'Italia prefascista, quella del periodo 1860-1915, e l'Italia uscita dal fascismo e dalle guerre mondiali, l'Italia appunto del 1945-46, Jemolo sottolineava che la ben nota “parlamentarizzazione” dello Statuto albertino era avvenuta sullo sfondo di un paese conservatore e non ancora segnato dalla società di massa, sostanzialmente impreparato a reggere gli urti della politica nazionalista, prima, e fascista, poi. «Nessuno pensava [...] ad una sostituzione dello Statuto con una diversa Carta costituzionale [...]. Era opinione diffusa [...] che tra un re ed un presidente di Repubblica si desse solo la differenza che l'uno portava divisa militare e sciabola, l'altro palandrana e cappello a cilindro [...]. Alla concessione dell'elettorato alle donne pochi si interessavano: i partiti di estrema sinistra la patrocinavano; ma in Italia, allora come poi, a grattare bene dietro a un garofano rosso ed una cravatta svolazzante troppo spesso si trovava un conservatore [...]. Chi non trovava nelle eredità familiari o nella famiglia della moglie o nell'attaccamento al paese nativo un collegio, era fatalmente escluso dalla vita politica [...]. Non si prospettava affatto agli italiani dei primi quindici anni del secolo la possibilità o di colpi di Stato o di un tumulto di popolo che sommergesse il paese legale o lo costringesse ad una repentina conversione [...]. Qui, come in molti altri punti, la nostra fantasia faceva proprio difetto: non abbiamo saputo vaticinare le cose più semplici» (1946, *Considerazioni*, p. 28).

Nel testo mancano considerazioni riguardanti esplicitamente il regime fascista e le deviazioni normative delle disposizioni contenute nello Statuto, e Jemolo preferisce soffermarsi sulle nuove tematiche sociali, delle quali Jemolo auspicava una nuova disciplina costituzionale: il diritto del povero alla vita, la salvaguardia del lavoro, il riconoscimento delle categorie professionali, la protezione della donna e dei minori, il regolamento di un diritto all'assistenza pubblica, la garanzia del diritto all'istruzione, la necessità di un ordinamento che faciliti il rinnovamento delle classi sociali (1946, *Considerazioni*, p. 39). E Jemolo conclude osservando che, sebbene sia inconcepibile risolvere le preoccupazioni del dopoguerra ricorrendo alle «prescrizioni dello Statuto, o comunque su quel piano», a esso gli italiani dovranno pur sempre guardare «con rispetto e gratitudine», dato che «sotto il suo impero si ebbero quegli anni di rapida elevazione degli strati più umili del nostro popolo, di rapida diffusione della cultura, di attuazione dei principi di solidarietà e di penetrazione negli animi delle esigenze della giustizia sociale» (1946, *Considerazioni*, p. 40).

Affermata pertanto la necessità di una “nuova” Costituzione, Jemolo affrontò con grande impegno il difficile compito di indicare alla cittadinanza i punti essenziali che il nuovo testo costituzionale avrebbe dovuto toccare e le principali alternative disponibili per ciascuno di essi, con la scrittura del testo - *Che cos'è la Costituzione* -, definito da Gustavo Zagrebelsky «un serio quadro, straordinario per la sua concisione e la sua precisione» (Zagrebelsky, p.

12), con la sola eccezione, sottolineata da Jemolo, della costituzione della Repubblica romana del 1849 (1946, *Considerazioni*, p. 29).

Premessa l'avvertenza che l'opuscolo «rappresenta soltanto uno schema, cioè una guida formale all'esame e al dibattito del problema che ne è oggetto», che esso «non costituisce, né vuole costituire, nulla di diverso da una indicazione di tema e da una facilitazione alla comprensione ed all'indagine, e che l'uso ne è completamente libero», Jemolo precisa, nella prima pagina del testo, che «Per Costituzione s'intende l'insieme delle leggi fondamentali dello Stato, leggi che stabiliscono quali sono i diritti e i doveri dei cittadini, quali i poteri dello Stato, quale la sua forma», ed esamina con grande chiarezza, in sintesi, i seguenti punti, aspetti e problemi, talora indicati con un interrogativo, per sottolineare la necessità e il valore delle questioni che avrebbero dovuto essere affrontate e risolte nell'elaborazione e nell'approvazione del testo costituzionale: l'importanza della costituzione; costituzioni americane, francesi e italiane, il fascismo, verso una nuova costituzione, costituzione rigida od elastica?, monarchia o repubblica?, una o due camere?, il governo, la burocrazia, i prefetti, la magistratura, i partiti politici, le libertà dei cittadini, la protezione degli umili, le autonomie locali, la religione, direttive e principi generali.

Nella conclusione, introdotta dall'ammonimento espresso con le parole «pensare; studiare; avere idee chiare», Jemolo dichiara: «È bene che gli italiani tutti, nel tempo che ancora ci separa dalle elezioni della Costituente, discutano appassionatamente i problemi costituzionali, ciascuno quelli che più sente, ciascuno quelli rispetto a cui ha una particolare esperienza. Bisogna, per quanto è possibile, che *ciascuno cerchi di precisare le sue idee*. Aver fiducia negli uomini che saranno eletti a far parte della Costituente è bene; ma non sarebbe saggio rimettersi completamente al loro valore, senza aver prima considerato e studiato ogni singolo problema perché ogni legislatore dev'esser guidato, sorretto, confortato dalla coscienza del suo popolo. [...] Tutti questi problemi occorre gli italiani li pensino in termini chiari, concreti, chiedendo, quando occorre, l'aiuto degli esperti» (1946, *Che cos'è la Costituzione*, pp. 60-61).

Occorre che il popolo non dimentichi la semplice verità che «la libertà, come tutti i beni della vita, come tutti i valori, non basta averla conquistata una volta, ma occorre conservarla con uno sforzo di ogni giorno, rendendosene degni, avendo l'animo abbastanza forte per affrontare la lotta il giorno in cui fosse in pericolo».

Le ultime parole del testo sono quelle che ho ritenuto opportuno premettere in questo mio scritto ed esprimono ancora una volta la convinzione di Jemolo che condizione indispensabile per la realizzazione di un'ideale "educazione costituzionale" del popolo fosse la consapevolezza del dovere di ogni uomo e dunque ogni generazione di essere all'altezza del loro compito.

5. Bibliografia

R. Abbondanza (a cura di), *Bibliografia degli scritti di Francesco Calasso (1928-1965)*, in *Annali di storia del diritto*, 9, 1965, nn. 47-50, pp. 52-75, 77-101, 106-24, 132;

P. Arfini, *Tempi difficili e tristi. "Ritrovo" 1949-1961. L'impegno de "Il Ponte" per la modernizzazione dell'Italia*, Roma, Aracne, 2013;

P. Barile, *Orientamenti per la Costituente*, Firenze, La Nuova Italia, 1946;

P. Barile, *Concordato e Costituzione*, Relazione al sesto convegno degli *Amici del Mondo* sul tema Stato e Chiesa (Roma, 6 e 7 aprile 1957), in *Av. Vv.*, Stato e Chiesa, a cura di V. Gorresio, Bari, Laterza, 1957, pp. 50-7;

L. Basso, *Perché chiedo l'abrogazione del Concordato*, in *L'Astrolabio*, 8, 1970, 27 settembre, n. 38, pp. 12-13;

A. Becherucci, *Le lettere di Arturo Carlo Jemolo a Ernesto Rossi*, in *Nuova Antologia*, 2013, aprile-giugno, pp. 138-150;

A. Bertola, A.C. Jemolo, *Codice di diritto ecclesiastico*, Padova, Cedam, 1937;

G. Boatti, *Preferirei di no. Le storie dei dodici professori che si opposero a Mussolini (2001)*, II ed., Torino, Einaudi, 2010;

N. Bobbio, *Tra due repubbliche. Alle origini della democrazia italiana*, Roma, Donzelli, 1996, pp. 105-6;

B. Bongiovanni, G. Sabbatucci, G. Galasso, A. D'Orsi, in A. D'Orsi (cur.), *Gli storici si raccontano. Tre generazioni tra revisioni e revisionismi*, Roma, manifestolibri, 2005;

P. Bufalini, *All'università. Testimonianze su un maestro di generazioni*, in *La Stampa*, 115, 1981, 13 maggio, p. 3;

A. Buratti e M. Fioravanti, *Costituenti ombra. Altri luoghi e altre figure della cultura politica italiana (1943-48)*, Roma, Carocci, 2011;

P. Calamandrei, *Governo e Costituente*, in *Il Ponte*, 1, 1945, n. 7, ottobre;

F. Calasso, *Cronache politiche di uno storico (1944-1948)*, Prefazione di A.C. Jemolo, Avvertenza di R. Abbondanza e M. Caprioli Piccialuti, Firenze, La Nuova Italia, 1975, pp. VII-XXI+277;

F. Calasso, *Il senso del diritto*, *ivi*, pp. 7-11;

F. Calasso, *Crisi dello Stato*, 17-18 giugno 1945, *ivi*, pp. 65-69;

- F. Calasso, *Lenta convalescenza*, 4 agosto 1945, *ivi*, pp. 76-78;
- F. Calasso, *La pace e la Costituente*, 1° settembre 1945, *ivi*, pp. 82-84;
- F. Calasso, *La Consulta e la Costituente*, 15 settembre 1945, *ivi*, pp. 85-88;
- F. Calasso, *Premesse alla Costituente*, 3 novembre 1945, *ivi*, pp. 102-04;
- F. Calasso, *Orientamenti*, 19 gennaio 1946, *ivi*, pp. 119-21;
- F. Calasso, *Non ha fatto terremoto*, 16 marzo 1946, *ivi*, pp. 131-33;
- F. Calasso, *Passione per la democrazia*, 20 aprile 1946, *ivi*, pp. 137-40;
- F. Calasso, *La vigilia*, 1 giugno 1946, *ivi*, pp. 147-49;
- F. Calasso, *Prologo in cielo*, 6 luglio 1946, *ivi*, pp. 153-55;
- F. Calasso, *Prolegomeni alla Costituente*, 6 luglio 1946, *ivi*, pp. 156-60;
- F. Calasso, *Il compromesso*, 20 luglio 1946, *ivi*, pp. 161-63;
- F. Calasso, *Tregua repubblicana*, 3 agosto 1946, *ivi*, pp. 164-66;
- F. Calasso, *Sulle soglie. La Costituente*, 3 agosto 1946, *ivi*, pp. 167-69.
- F. Calasso, *Criptogenetica. La Costituente (Indiscrezioni. Verità impopolari. Destre e sinistre)*, 17 agosto 1946, *ivi*, pp. 173-75 [pubblicato anche in *Il Mondo* (Firenze), 17 agosto 1946] ;
- F. Calasso, *Ancora sulla regione. La Costituente*, 21 settembre 1946, *ivi*, pp. 185-87;
- F. Calasso, *Discorso sul metodo. La Costituente*, 5 ottobre 1946, *ivi*, pp. 191-93;
- F. Calasso, *La nazione muta*, 1° marzo 1947, *ivi*, pp. 194-97;
- F. Calasso, *Senza Parlamento*, 7 marzo 1947, *ivi*, pp. 198-200;
- F. Calasso, *Prologo in cielo*, 14 marzo 1947, *ivi*, pp. 201-03;
- F. Calasso, *Difesa della Repubblica*, 15 marzo 1947, *ivi*, pp. 204-06;
- F. Calasso, *Quale Repubblica*, 1° aprile 1947, *ivi*, pp. 207-09;
- F. Calasso, *Conati di governo*, 15 aprile 1947, *ivi*, pp. 210-12;
- F. Calasso, *Oltraggio alla democrazia*, 20 aprile 1947, *ivi*, pp. 213-15;
- F. Calasso, *Bisogno di chiarezza*, 1° maggio 1947, *ivi*, pp. 216-18;
- F. Calasso, *Epiloghi*, 15 maggio 1947, *ivi*, pp. 219-21;

- F. Calasso, *Del centro e di altre cose*, 1° agosto 1947, *ivi*, pp. 234-36;
- F. Calasso, *Vacanze politiche*, 15 agosto 1947, *ivi*, pp. 237-39;
- F. Calasso, *Lo scandalo degli intellettuali*, 1° aprile 1948, *ivi*, pp. 261-65.
- G. Capograssi, *Dubbi sulla Costituzione*, in *Meridiano*, 9, 1945;
- G. Cassandro, A. Leoni, F. Vecchi (a cura di), *Arturo Carlo Jemolo: vita ed opere di un italiano illustre*, Napoli, Jovene, 2007;
- A. Cavaglione, *Ebrei senza saperlo*, Napoli, L'Ancora del Mediterraneo, 2002;
- A. Cavaglione, *Lettera sul fascismo di Arturo Carlo Jemolo*, in *lo Straniero*, 11, 2008, n. 100, ottobre;
- A. Ciervo, *Giuseppe Capograssi. Dubbi sulla Costituente*, in A. Buratti, M. Fioravanti, 2011, pp. 281-91;
- A. Clerici, *Arturo Carlo Jemolo e il ministero per la Costituente e l'educazione costituzionale del popolo*, in A. Buratti e M. Fioravanti, *Costituenti ombra. Altri luoghi e altre figure della cultura politica italiana (1943-48)*, Roma, Carocci, 2011, pp. 268-80;
- E. Cortese, *Calasso Francesco*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, diretto da I. Biocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletto, I, Bologna, il Mulino, 2013, pp. 381-86;
- G. D'Agostino (a cura di), *Il triplice voto del 1946. Agli esordi della storia elettorale dell'Italia repubblicana*, Napoli, Liguori, 1989;
- G. D'Alessio (a cura di), *Alle origini della Costituzione italiana. I lavori preparatori della Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato (1945-1946)*, Bologna 1979, cit. pp. 63-4;
- R. De Felice, *Mussolini il duce. Gli anni del consenso 1929-1936*, Torino, Einaudi, 1974;
- E. Di Nolfo, *Le paure e le speranze degli italiani (1943-1953)*, Milano, Mondadori, 1986;
- E. Di Rienzo, *Un dopoguerra storiografico. Storici italiani tra guerra civile e Repubblica*, Firenze, Le Lettere, 2004;
- G. De Luna, *Benito Mussolini. Soggettività e pratica di una dittatura*, Milano, Feltrinelli economica, 1978;
- G. De Luna, *La Repubblica inquieta. L'Italia della Costituzione. 1946-1948*, Milano, Feltrinelli, 2017;
- P. Dogliani, M. Ridolfi (a cura di), 1946, *I comuni al voto*, Imola, 2007;
- C. Fantappiè *Il conflitto delle fedeltà. Arturo Carlo Jemolo e il fascismo*,159-90;
- S. Ferrari, *Ideologia e dogmatica nel diritto ecclesiastico italiano*, Milano, Giuffrè, 1979;

G. Fofi, *Strana gente. Un diario tra Sud e Nord nell'Italia del 1960* (1993), con una introduzione dell'autore alla nuova edizione, Roma, Donzelli, 2012;

R. Forlenza, *Beppe, Tonio e le donne vanno a votare. L'educazione al voto per le elezioni amministrative del 1946*, in *Dimensioni e problemi della ricerca storica*, 1, 2008, pp. 122-45;

A. Frangioni, *Francesco Ruffini. Una biografia intellettuale*, Bologna, il Mulino, 2017;

M. Galizia, *Chi governerà durante la Costituente?*, in *Il Ponte*, 1, 1945, n. 6, settembre;

M. Galizia, *Diritto costituzionale. Profili storici*, in *Enciclopedia del diritto*, 12, 1964, pp. 975 ss.

L. Ganapini, *"Il fascismo rivisitato"*, in *Giornale di storia contemporanea*, 9, 2006, n. 1, giugno, pp. 156- 170;

M. S. Giannini, *Il Ministero per la Costituente e gli studi preparatori della Costituzione*, in Comitato nazionale per la celebrazione del primo decennale della promulgazione della Costituzione, a cura di, *I precedenti storici della Costituzione. Studi e lavori preparatori*, Milano, 1958, vol. 4, pp. 29-30;

C. Giannuzzi, *L'istituzione e l'attività del Ministero per la Costituente*, in Fondazione Pietro Nenni (a cura di), *Il Ministero per la Costituente*, Firenze, 1995, p. 3;

P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000;

A.C. Jemolo, *Francesco Ruffini (necrologio)*, in *Archivio giuridico "Filippo Serafini"*, 1934, pp. 110-114;

A.C. Jemolo, *I concetti giuridici*, in *Atti dell'Accademia delle Scienze di Torino, classe scienze morali*, vol. 75, (1939-1940), t. II, Torino, pp. 246- 264 e in Id., *Pagine sparse di diritto e storiografia*, scelte e ordinate da L. Scavo Lombardo, Milano, Giuffrè, 1957, pp. 100-116;

A.C. Jemolo, *Per la pace religiosa d'Italia*, Firenze, La Nuova Italia, 1944;

A.C. Jemolo, *Diritto interno e Concordato*, in "Il Foro italiano", 71, 1944-47, I, c. 298 ss.;

A.C. Jemolo, *Attività intellettuale e vita morale*, in "Archivio di filosofia", 1945, 15, 14;

A.C. Jemolo, *Corso di diritto ecclesiastico. Anno accademico 1944-1945*, Roma, Tipografia dell'Università, 1945;

A.C. Jemolo, *Il problema della radio*, in *Nuova Antologia*, 80, 1945, fasc. 1737, settembre, p. 28 ss.;

A.C. Jemolo, *Costituenti 1946*, in *Bollettino di informazione e documentazione del Ministero per la Costituente*, 2, 1946, n. 3, pp. 17-18;

A.C. Jemolo, *Che cos'è la Costituzione* (1946), Introduzione di G. Zagrebelsky, Roma, Donzelli, 1996;

A.C. Jemolo, *Considerazioni sulle Costituzioni e sul problema costituzionale italiano*, in A.C. Jemolo, M. S. Giannini (a cura di), *Lo Statuto Albertino*, Firenze, 1946;

A.C. Jemolo, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, a cura di P. Gismondi, Roma, R. Pioda, 1946;

A.C. Jemolo, *Perché non sono conservatore*, in *Il Ponte*, 2, 1946, pp. 195-208;

A.C. Jemolo, *Cattolici liberali*, in *Il Politecnico*, 2, 26 gennaio 1946;

A.C. Jemolo, *Contributi toscani al pensiero politico-religioso del Risorgimento*, in *Belfagor*, 1, 1946, p. 521 ss.;

A.C. Jemolo, *Patriottismo*, in *Il Ponte*, 2, 1946, p. 493 ss.;

A.C. Jemolo, *Religione e diritto*, in *L'Opinione*, 21 febbraio 1946;

A.C. Jemolo, *Confessioni di un giurista*, Milano, Giuffrè, 1947;

A.C. Jemolo, *La coscienza giuridica*, Conferenza tenuta per iniziativa della facoltà giuridica della Università degli studi di Catania (1° marzo 1947), in *Annali del Seminario giuridico*, 1, 1947, pp. 1-27;

A.C. Jemolo, *I bisogni economici del clero*, in *Il Ponte*, 3, 1947, p. 332 ss.;

A.C. Jemolo, *Relazioni tra Stato e Chiesa*, in *Lo Stato moderno*, 4, 17 aprile 1947;

A.C. Jemolo, *Trascrizione tardiva e suoi estremi*, in *Giurisprudenza italiana*, 100, 1947, IV, c. 153 ss.

A.C. Jemolo, *Chiesa e Stato in Italia negli ultimi cento anni*, "Biblioteca di cultura storica", 32, Torino, Einaudi, 1948;

A.C. Jemolo, *La famiglia e il diritto*, in *Annali del seminario giuridico Università di Catania*, 1948, p. 3 ss.;

A.C. Jemolo, Recensione a: V. Del Giudice, *La questione romana e i rapporti tra Stato e Chiesa fino alla Conciliazione* (Roma, Edizioni dell'Ateneo, 1947), in *Il diritto ecclesiastico*, 58, 1948, p. 90 ss.;

A.C. Jemolo, *Italia tormentata (1946-1951)*, Bari Laterza, 1951;

A.C. Jemolo, *Crisi della resistenza e crisi del paese*, in Id., *Italia tormentata (1946-1951)*, Bari Laterza, 1951, pp. 118-9;

- A.C. Jemolo, *Libertà religiosa*, in *Il Mondo*, 4, 1952, n. 40, 4 ottobre, p. 4;
- A.C. Jemolo, *Lettera di Arturo Carlo Jemolo a Piero Calamandrei* (Roma, 28 luglio 1952), in *Il Ponte*, 8, 1952, n. 10, pp. 1350-52 e in A. Cavaglion, 2008;
- A.C. Jemolo, *Lettera ad Ernesto Rossi* (inedita), 24 ottobre 1956;
- A.C. Jemolo, *La Costituzione. Difetti, modifiche, integrazioni*, Relazione alla seduta ordinaria dell'11 dicembre 1965, Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, 1966, pp. 25 (ripubblicato in A.C. Jemolo, *Tra diritto e storia (1960-1980)*, Milano, Giuffrè, 1982, pp. 91-109 e, parzialmente in Id., *Che cos'è la Costituzione*, intr. di G. Zagrebelsky, pref. di A. Cavaglion, Roma, 1966, pp. 61-81;
- A.C. Jemolo, *Francesco Calasso politico*, in *La rassegna pugliese*, 1966, aprile, ristampato, con qualche modifica, come *Prefazione* a F. Calasso, *Cronache politiche di uno storico (1944-1948)*, Firenze, La Nuova Italia, 1975, pp. VII-CV;
- A.C. Jemolo, *Anni di prova. Roma umbertina, e più vecchie storie – Torino gozzoniana – Gli impiegati di Giolitti e l'ombra della massoneria – L'intervento – Il fascismo. I grandi – Le delusioni – La scuola ed il foro – I letterati – Un "grazie"*, Vicenza, Neri Pozza, 1969;
- A.C. Jemolo, *Lettere a Mario Falco*, Tomo I (1910-1927), a cura di Maria Vismara Missiroli, premessa di F. Margiotta Broglio, Milano, Giuffrè, 2005;
- A.C. Jemolo, *Lettere a Mario Falco*, Tomo II (1928-1943), a cura di Maria Vismara Missiroli, premessa di F. Margiotta Broglio, Milano, Giuffrè, 2010;
- A.C. Jemolo, M.S. Giannini, *Lo Statuto Albertino*, volume n. 3 della Collana *Testi e documenti costituzionali* promossa dal Ministero per la Costituente, Roma, 1946;
- F. Lanchester, *I giuristi tra storia e politica*, Torino, Giappichelli, 1998;
- S. Lariccia, *Considerazioni sull'elemento personale dell'ordinamento giuridico canonico*, Milano, Giuffrè, 1971;
- S. Lariccia, *La garanzia delle libertà di religione: il contributo di Paolo Barile*, in *Nuove dimensioni dei diritti di libertà. Scritti in onore di Paolo Barile*, Padova, Cedam, 1990, pp. 371-83 e in Id., *Tutti gli scritti. 1959-2015*, III, Cosenza, Pellegrini, 2015, pp. 2102-18;
- S. Lariccia, *Battaglie di libertà. Democrazia e diritti civili in Italia 1943-2011*, Roma, Carocci, 2011;
- S. Lariccia, *Arturo Carlo Jemolo. Un giurista nell'Italia del Novecento*, Roma, Carocci, 2015;
- E. Lussu, *Marcia su Roma e dintorni*, Torino, Einaudi, 1976;
- F. Margiotta Broglio, *Arturo Carlo Jemolo tra diritto e cultura*, in *Giornata Lincea nel centenario della nascita di Arturo Carlo Jemolo*, Roma 1993, p. 66;

F. Margiotta Broglio, *Jemolo, Arturo Carlo*, s.v., in Istituto della Enciclopedia Italiana, *Dizionario biografico degli italiani*, vol. 62, Roma 2004, pp. 196-200;

F. Margiotta Broglio, *Il Novecento di Jemolo*, in *Contemporanea*, 15, 2012, n. 3, p. 529 (il fascicolo contiene un dibattito sull'opera *Chiesa e Stato in Italia negli ultimi cento anni* con interventi anche di A. Melloni, M. Meriggi, F. Traniello, F. Cammarano e M.S. Piretti);

F. Margiotta Broglio, *Jemolo, Arturo Carlo*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, diretto da I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletta, I, Bologna, il Mulino, 2013, pp. 381-86I, pp. 1121-25;

G. Melis, *La macchina imperfetta. Immagine e realtà dello Stato fascista*, Bologna, il Mulino, 2018;

S. Merlini, *Il giovane Paolo Barile*, in *Nuova Antologia*, 152, 2017, Ottobre-Dicembre, fasc. 2284, pp. 71-83.

G. Monina (a cura di), *1945-1946. Le origini della Repubblica*, 2 voll., Soveria Mannelli (CZ), Rubbettino, 2007;

B. Montanari, *Del Vecchio, Giorgio*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX Secolo)*, Diretto da I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M. N. Miletta, , Bologna, il Mulino, 2013, I, pp. 744-747;

C. Mortati, *Ombre sulla Costituente*, in *Lo Stato Moderno*, 20 novembre 1946;

P. Nenni, *Questo Bollettino*, in *Bollettino di informazione e documentazione del Ministero per la Costituente*, 1, 1945, n. 1, p. 3;

P. Nenni, *Intervista sul socialismo*, a cura di G. Tamburrano, Roma-Bari, Laterza, 1977, pp. 60 ss.

P. Nenni, *Il Ministero per la Costituente: l'elaborazione dei principi della Carta costituzionale*, Firenze, Scandicci, 1995;

C. Pavone, *Negazionismi, rimozioni, revisionismi: storia o politica?*, in E. Collotti (cur.), *Fascismo e antifascismo. Rimozioni, revisioni, negazioni*, Roma Bari, Laterza 2000, pp. 15 -42;

A. Pezzotta, *Gino Bartali e i gioielli di Re Umberto*, in *Film Tv*, 26, 2018, n. 1, p. 25.

M. Ridolfi, N. Tranfaglia, *1946. La nascita della repubblica*, Roma-Bari, Laterza, 1996;

G. Rinaldi, *Costituzione e identità nazionale nel recente dibattito storiografico*, relazione presentata in occasione di un convegno su *50 anni di Costituzione. Dalla democrazia alla democrazia* tenuto a Casale Monferrato il 21 e 22 aprile 1998, pubblicata in *Quaderno di storia contemporanea* (rivista dell'Istituto per la storia della Resistenza e della società contemporanea della provincia di Alessandria), n. 25-26, 1999 e in *Storia 2.0*.

E. Rossi, G. Salvemini. *Dall'Esilio alla Repubblica. Lettere 1944-1957*, a cura di M. Franzinelli, Prefazione di M. Isnenghi, Torino, Bollati Boringhieri, 2004;

- F. Ruffini, *Corso di diritto ecclesiastico italiano*, Torino, Bocca, 1924;
- F. Ruffini, *Il nuovo diritto ecclesiastico italiano. Lezioni*, Torino, Giappichelli, 1931;
- F. Ruffini, *Diritti di libertà*, introduzione e note di P. Calamandrei, Firenze, La Nuova Italia, 1946;
- A. Sandulli, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, Giuffrè, 2009;
- P. Scoppola, *La repubblica dei partiti. Evoluzione e crisi di un sistema politico, 1945-1996*, Bologna, il Mulino, 1991, pp. 158-60;
- B. Serra, *Giorgio Del Vecchio e Arturo Carlo Jemolo, Frammenti di un carteggio*, in www.statoechiiese.it, 2014;
- G. Spadolini, *La questione del Concordato con i documenti della Commissione Gonella*, Firenze, Vallecchi, 1976;
- G. Spadolini (a cura di), *Jemolo, testimone di un secolo*, Firenze, Vallecchi, 1981;
- P. Valbusa, *I pensieri di un malpensante. Arturo Carlo Jemolo e trentacinque anni di storia repubblicana*, Venezia, Marsilio, 2008;
- P. Valbusa, a cura di, *Al Convegno dei cinque*, presentazione di F. Margiotta Broglio, Roma, Edizioni di storia e letteratura, 2013;
- R. Vivarelli, *Fascismo e storia d'Italia*, Bologna, il Mulino, 2008;
- G. Zagrebelsky, *Introduzione a A.C. Jemolo, Che cos'è la Costituzione (1946)*, Roma, Donzelli, 1996, pp. 7-26.

Il contributo di Vincenzo Gueli alla Commissione forti*

di Giulia Caravale**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'attività della Commissione Forti. – 3. Il contributo di Vincenzo Gueli alla Commissione Forti. 4. Il controllo di costituzionalità nei dibattiti della Commissione Forti. – 5. La Corte costituzionale nelle riflessioni successive di Vincenzo Gueli.

1. Introduzione

Vincenzo Gueli viene preso in considerazione in occasione del convegno che esamina il contributo della Sapienza al processo costituente italiano per la sua partecipazione alla Commissione per gli studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato.

Gueli si era laureato in giurisprudenza nell'università di Roma nel 1935 e nel 1938 a Pisa in scienze politiche. Nell'ottobre 1937 aveva iniziato la carriera accademica con la nomina ad assistente incaricato presso l'Istituto di diritto pubblico e legislazione sociale della facoltà di scienze politiche della Sapienza. Nel 1940 aveva conseguito la libera docenza in istituzioni di diritto pubblico e fino al 1950 - anno in cui vinse il concorso a cattedra e andò ad insegnare diritto costituzionale prima a Messina e dal 1953 a Catania - aveva ricoperto diversi incarichi presso le facoltà di scienze politiche e di giurisprudenza di Roma⁴²². Il 1° giugno 1948 era divenuto funzionario della Camera dei Deputati.

Fin dai primi anni la sua ricerca si era orientata prevalentemente verso alcuni dei principali temi della teoria dello Stato: la sovranità, lo Stato, la rappresentanza, l'ordinamento giuridico, la dottrina generale dello Stato, il regime politico, le trasformazioni costituzionali italiane dalla caduta del fascismo alla nuova Costituzione⁴²³.

* Contributo pubblicato previa accettazione del Comitato scientifico del Convegno. Relazione presentata al Convegno I 'Costituenti' de 'La Sapienza', svoltosi il giorno 30 novembre 2017, presso il Rettorato – Aula degli Organi Collegiali, Università La Sapienza di Roma.

** Professore associato di diritto costituzionale italiano e comparato – “Sapienza” Università di Roma

⁴²² In particolare dal 1° marzo 1940 al 31 agosto 1940 e dal 1° novembre 1944 al 31 ottobre 1950 ricoprì presso la facoltà di scienze politiche di Roma gli incarichi di: Dottrina dello Stato: settembre-ottobre 1944, aprile-ottobre 1945 e a.a. 1945-46; Diritto del Lavoro e legislazione sociale: a.a. 1944-45, 1945-46; Diritto costituzionale italiano e comparato: a.a. 1946-47, 1947-48; Istituzioni di diritto pubblico: a.a. 1948-49, 1949-50). Presso la facoltà di giurisprudenza, invece, Diritto costituzionale italiano e comparato: 1° marzo-31 agosto 1940; Diritto costituzionale per corsi semestrali per reduci a.a. 1945-46, 1946-47, 1947-48. Dal maggio 1944 all'ottobre 1950 fu assistente volontario alla cattedra di Diritto costituzionale della facoltà di Giurisprudenza. Prestò servizio militare come allievo ufficiale di commissariato nella Scuola specialisti aeronautica di Orvieto dal marzo 1940. Nel 1942 aveva partecipato ad un concorso a cattedra, senza superarlo ma risultando maturo.

⁴²³ Nel 1939 Vincenzo Gueli aveva pubblicato la voce *Sovranità* sul *Nuovo Digesto Italiano* proponendosi di individuare una via intermedia tra la teoria istituzionalista e la concezione positivista. Nello stesso anno aveva dato alle stampe la monografia *Il diritto singolare e il sistema giuridico*, nella quale aveva sostenuto l'importanza di individuare principi generali dell'ordinamento.

La Commissione per gli studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato di cui Vincenzo Gueli entrò a far parte è – come noto - una delle commissioni di studio incaricate dal Ministro per la Costituente Pietro Nenni di “predispone gli elementi per lo studio della nuova Costituzione che dovrà determinare l’aspetto politico dello Stato e le linee direttive della sua azione economica e sociale” e si colloca dunque tra le principali iniziative con cui ebbe inizio il processo costituente in Italia⁴²⁴. In questo processo venivano coinvolti accanto ai politici, tecnici e giuristi incaricati di fornire le loro competenze al mondo politico per la nuova organizzazione dello Stato. Giuristi che non soltanto appartenevano alla vecchia generazione, in diverso modo coinvolta nel periodo fascista, ma che, meno legati al periodo politico precedente, si andavano affermando in quegli anni come convinti portatori dei principi di libertà e di democrazia⁴²⁵.

2. L’attività della Commissione Forti

Nel 1942 aveva pubblicato sia il lavoro *Il concetto giuridico della rappresentanza politica e la “rappresentatività” degli organi di governo* in *Rivista italiana per le scienze giuridiche* nel quale aveva studiato l’evoluzione di tale concetto dallo Stato liberale a quello fascista, sia la monografia *Il diritto singolare e il sistema giuridico*, nella quale, riprendendo un tema trattato sia nella tesi di laurea in giurisprudenza, sia in un’edizione provvisoria del 1939 dal titolo *Il diritto singolare e l’applicazione analogica della legge*, aveva proposto un criterio diverso da quello usato dalla dottrina prevalente per individuare l’esistenza di un diritto singolare, un diritto, cioè, riconosciuto in via esclusiva a soggetti o a categorie e, quindi, non estensibile per via analogica a tutti gli altri soggetti. Nel 1944, poi, pubblicò le sue lezioni romane (*Dottrina generale dello Stato*, Roma, 1944), e nel 1949 un lavoro su *Il regime politico* nel quale rielaborò la sua tesi di laurea in Scienze Politiche, (già apparsa, in edizione provvisoria, nel 1939) affrontando il tema della coesistenza della pluralità delle organizzazioni sociali con la sovranità dello Stato, tema che sarà al centro dell’indagine del lavoro *Pluralità degli ordinamenti e condizioni della loro coesistenza*, pubblicato nel 1949 a Milano. A questi scritti si aggiungono numerosi saggi, pubblicati sempre in quegli anni, e che furono raccolti, grazie alla collaborazione di Leopoldo Elia, che con lui si era laureato, nel volume *Diritto costituzionale provvisorio e transitorio*, pubblicato nel 1950.

M. Galizia, *Scienza giuridica e diritto costituzionale*, Milano 1954, 106, 123, 125; M. Galizia, *Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale* in *Archivio giuridico Filippo Serafini*, 1963; F. Lanchester, *Momenti e figure nel diritto costituzionale in Italia e in Germania*, Milano 1994, 399; F. Lanchester, *La dottrina costituzionalistica italiana tra il 1948 e il 1954*, in *Quaderni Fiorentini*, 28 1999, 757 s., 767 ss., 781; M. Fioravanti, *La scienza del diritto pubblico. Dottrina dello Stato e della Costituzione tra otto e novecento*, Firenze 2001, 712; F. Lanchester, *I costituzionalisti italiani tra Stato nazionale e Unione europea*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2001, 1099; P. Ridola, *Gli studi di diritto costituzionale*, *ibid.*, pp. 1267. Per la biografia di Vincenzo Gueli sia consentito il rinvio a G. Caravale, *Gueli, Vincenzo*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, Roma, Treccani, 60, 2003, 570 ss.

⁴²⁴ Con il decreto luogotenenziale 31 luglio 1945, n. 435, il Governo Parri aveva istituito il Ministero per la Costituente al fine di procedere alla convocazione dell’Assemblea costituente.

⁴²⁵ *I precedenti storici della Costituzione. Studi e lavori preparatori*, Milano Giuffrè, 1958, 32; G. D’Alessio (a cura di), *Alle origini della Costituzione italiana*, Il Mulino, Bologna, 1979, 27; L. Paladin, *Per una storia costituzionale dell’Italia repubblicana*, Il Mulino, Bologna, 2004, 19 ss.; P. Caretti, *Forme di governo e diritti di libertà nel periodo costituzionale provvisorio*, in E. Cheli (a cura di), *La fondazione della Repubblica. Dalla Costituzione provvisoria alla Assemblea costituente*, Il Mulino, Bologna, 1979, 31.

La Commissione per gli studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato venne presieduta dal prof. Ugo Forti che insegnava a Napoli e che già aveva presieduto la Commissione per la riforma dell'amministrazione istituita dal governo Bonomi nell'ottobre 1944, di cui aveva ereditato, ampliandole, sia le competenze sia alcuni componenti. In realtà il Ministero avrebbe voluto assegnare direttamente alla prima Commissione Forti il compito di studiare la riorganizzazione dello Stato, ma tale progetto venne contrastato da coloro che giudicavano la Commissione troppo tecnica⁴²⁶. Pertanto si era deciso di nominarne una nuova che fosse formata da coloro che erano membri della prima e che non erano impegnati in altri incarichi, a cui vennero aggiunti nuovi componenti nominati dai partiti e giuristi indipendenti nominati dal Ministero, per un totale di 90 membri⁴²⁷. Vincenzo Gueli ne entrò a far parte come rappresentante del partito liberale insieme a Guido Astuti, Giambattista Rizzo, Carlo Sequi, Giovanni Cassandro, Emilio Storoni e Tullio Mulas.

La Commissione fu istituita il 21 novembre 1945 e concluse le sue attività il 30 giugno 1946. Essa presentò all'Assemblea costituente una relazione complessiva, raccolta in 3 volumi, contenente tutte le relazioni che erano state predisposte dalle sue 5 Sottocommissioni (le prime due di studio sui problemi costituzionali e sull'organizzazione dello Stato; le altre sulle autonomie locali, gli enti pubblici non territoriali e l'organizzazione sanitaria), a cui non fu aggiunta una relazione di sintesi, sia per la ristrettezza dei tempi di lavoro sia anche per la mancanza di una effettiva capacità di coordinamento e scambio di informazioni⁴²⁸.

Prima di iniziare i suoi lavori la Commissione dovette definire l'ambito della propria attività, le proprie competenze e i propri obiettivi: si trattava di una questione essenziale perché l'attività della Commissione non poteva e non doveva sovrapporsi a quella dell'Assemblea costituente. Nenni chiarì fin da subito che non rientrava nei poteri della Commissione la predisposizione di uno schema di Costituzione, dato che la natura della Commissione Forti era meramente tecnica e non politica e il fine era la "raccolta e lo studio degli elementi attinenti al riassetto dello Stato", senza intervenire in scelte di natura politica relative alla predisposizione di uno schema costituzionale, scelte che erano riservate in via esclusiva all'Assemblea costituente.

L'impostazione data alla Commissione dal Ministero della Costituente fu condivisa in pieno da Vincenzo Gueli il quale affermò, fin dalla prima riunione, che la Commissione non avrebbe dovuto formulare proposte concrete, ma si sarebbe dovuta limitare ad

⁴²⁶ *I precedenti storici* ..., cit., 39. È stato osservato che la Commissione per la riforma dell'amministrazione "rappresenta il primo nucleo di studiosi, politici, magistrati, tecnici che iniziarono allora a preparare studi, a svolgere argomentazioni e a dibattere tesi su questioni molto importanti circa la struttura del nuovo stato avviando un dibattito che, può dirsi, proseguirà ininterrotto fin dentro l'Assemblea costituente orientando, in numerosi punti, le scelte che in quella sede vennero compiute". In proposito E. Balboni, *Le riforme della pubblica amministrazione nel periodo costituente e nella prima legislatura*, in U. De Siervo (a cura di), *Scelte della costituente e cultura giuridica. II. Protagonisti e momenti del dibattito costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1980, 225-312 (244).

⁴²⁷ G. Zagrebelsky, *La Commissione Forti e i suoi giuristi*, in *Il Parlamento italiano 1861-1988*, XIII, 1943-1945. *Dalla resistenza alla democrazia. Da Badoglio a De Gasperi*, Nuova Cei, 1989, 159; U. Allegretti, *L'amministrazione dall'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Giuffrè, Milano, 2009, 19 ss.

⁴²⁸ Commissione per Studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato, *Relazione all'Assemblea Costituente, Volume I. Problemi costituzionali. Organizzazione dello Stato*, Roma, Failli, 1946, viii.

identificare i problemi, fornirne le possibili soluzioni, anche sulla base delle esperienze degli altri Stati, senza indicare la scelta per non intaccare le competenze dell'Assemblea costituente⁴²⁹. Ciò nonostante, come ricordato da Cheli, “pur con questa limitazione, la commissione Forti ebbe modo di affrontare la maggior parte degli snodi cruciali che la nascita di una nuova costituzione veniva a porre alla classe politica: dalla definizione dei diritti fondamentali alla forma di governo; dall'organizzazione amministrativa alla posizione del potere giudiziario; dalle garanzie costituzionali ai rapporti internazionali”⁴³⁰. Il confronto tra i tecnici nell'ambito della Commissione Forti ebbe poi anche il merito di concorrere a creare un clima di collaborazione tra i giuristi ben diverso dal “clima di divisione, estraneità, diffidenza”⁴³¹ presente, invece, tra le forze politiche.

Vincenzo Gueli fu coinvolto anche in un'altra iniziativa del Ministero per la Costituente quella di diffondere la conoscenza dei temi e dei problemi dell'organizzazione democratica dello Stato attraverso il confronto con le Costituzioni degli altri Paesi⁴³². Un compito che si espresse, tra l'altro, nella raccolta di studi relativi ai testi e ai documenti costituzionali e che condusse alla pubblicazione, sotto la guida di G. Perticone, dei volumi sulle Costituzioni, le leggi costituzionali e le leggi elettorali dei principali Paesi, accompagnate da brevi studi e commenti. In tale ambito Vincenzo Gueli pubblicò due lavori sulla Costituzione elvetica e sulla legge elettorale elvetica⁴³³.

L'importanza di tale opera divulgativa delle realtà istituzionali e costituzionali straniere si può cogliere appieno se si considera che, all'epoca i giuristi erano poco avvezzi allo studio dei sistemi stranieri, la cui conoscenza era limitata ad alcune circoscritte esperienze, anche per la mancanza di diffusione e circolazione delle opere dottrinali. Deve quindi essere apprezzato in modo particolare lo sforzo di utilizzare il metodo comparato e di confrontarsi con la dottrina straniera che emerge nella maggior parte delle relazioni preparate dalla Commissione Forti⁴³⁴.

3. Il contributo di Vincenzo Gueli alla Commissione Forti

Vincenzo Gueli fece parte della seconda Sottocommissione relativa all'organizzazione dello Stato. Tutte le Sottocommissioni seguivano un metodo di lavoro analogo: ad ogni tema era dedicata una relazione di apertura che era preparata da uno o più commissari e che spesso conteneva cenni di diritto comparato, seguiva poi la discussione e la stesura di una

⁴²⁹ G. D'Alessio (a cura di), *Alle origini...*, cit., 45.

⁴³⁰ E. Cheli, *I giuristi alla Costituente. - Il Contributo italiano alla storia del Pensiero – Diritto*, Treccani, 2012.

⁴³¹ G. Zagrebelsky, *La Commissione Forti...*, cit.,

⁴³² *I precedenti storici...*, cit., 39; P. Pombeni, *La Costituente. Un problema storico politico*, Il Mulino, Bologna, 1995, 79.

⁴³³ G. Zagrebelsky, *La Commissione Forti...*, cit., 158.

⁴³⁴ G. Giorgini, *Potere Costituente, cultura giuridica e modelli costituzionali stranieri*, in G. Giorgini, L. Mezzetti, A. Scavone (a cura di), *La Costituzione vivente nel cinquantesimo anniversario della sua formazione*, Franco Angeli, Milano, 1991, 91; S. Volterra, *La Costituzione italiana e i modelli anglosassoni con particolare riguardo agli Stati Uniti*, in U. De Siervo (a cura di), *Scelte della costituente e cultura giuridica...*, cit., 117; S. Basile, *La cultura politico-istituzionale e le esperienze “tedesche”*, in U. De Siervo (a cura di), *Scelte della costituente e cultura giuridica...*, cit., 96 ss.; L. Paladin, *Per una storia costituzionale...*, cit., 48, ricorda come i giuristi non fossero abituati agli studi di diritto comparato.

relazione conclusiva di sintesi che riassume le diverse posizioni emerse durante il dibattito⁴³⁵. A Vincenzo Gueli venne affidata la redazione di alcune relazioni introduttive e conclusive di sintesi.

In particolare nella relazione sugli *Aspetti costituzionalistici della responsabilità per gli atti dei pubblici funzionari*⁴³⁶ egli esaminò uno tra gli aspetti più controversi della materia del pubblico impiego, soprattutto a ragione dello spazio che esso avrebbe dovuto avere nell'ambito della Costituzione. Nell'ordinamento italiano la legge 2248, 20 marzo 1865, aveva già definito una prima disciplina legislativa dell'illecito dei soggetti pubblici. Non era prevista la responsabilità personale del funzionario, anche se la amministrazione poteva rivalersi contro il proprio dipendente che avesse compiuto un illecito.

La relazione di Gueli prendeva le mosse dalla distinzione tra la Costituzione sociale “ossia quella parte della sfera costituzionale dell'ordinamento giuridico che disciplina in linea di principio i rapporti tra gli uomini, considerati nella loro semplice qualità di individui associati, di membri di una *societas* considerata, per astrazione, come se fosse *sine imperio*”⁴³⁷, e la Costituzione politica comprendente “le norme che disciplinano in linea di principio i rapporti di supremazia tra i soggetti che esercitano appunto l'*imperium* e i singoli”⁴³⁸. I rapporti tra pubblici funzionari e privati rientravano tra i principi della Costituzione sociale, ma – a suo parere - dovevano trovare espressione all'interno della Costituzione politica. Al fine di individuare quali fossero gli aspetti della materia da introdurre all'interno del testo costituzionale, la relazione di Gueli passava in rassegna le principali Costituzioni straniere, “cercando di intravedere i criteri che hanno guidato quei Costituenti nell'assumere ad oggetto della loro normazione la responsabilità dei pubblici funzionari”⁴³⁹. Un lavoro di ricostruzione che spinse Gueli ad esprimersi a favore dell'opportunità di inserire all'interno della Costituzione le “dichiarazioni di principio in materia di responsabilità dello Stato e dei suoi funzionari”⁴⁴⁰.

Nel corso del dibattito seguito alla presentazione della relazione Gueli lo stesso presidente della Sottocommissione Emanuele Piga invitò a circoscrivere il tema per evitare di “porre in essere una Costituzione eccessivamente ricca e vasta, come quella di Weimar”⁴⁴¹. Una impostazione condivisa anche da Ugo Forti, secondo il quale lo studio “sistematico e completo” compiuto da Gueli era “eccedente i più modesti fini che l'indagine si deve proporre” dato che aveva affrontato il complesso concetto di responsabilità in tutte le sue accezioni (politica, penale, civile, disciplinare), andando oltre i compiti di indagine assegnati alla seconda Sottocommissione. A parere di Piga e di Forti solo alcuni aspetti limitati della responsabilità dei funzionari pubblici dovevano trovare una disciplina costituzionale, la quale in particolare si doveva limitare alla responsabilità civile verso i terzi.

⁴³⁵ G. D'Alessio (a cura di), *Alle origini...*, cit., 45.

⁴³⁶ G. D'Alessio (a cura di), *Alle origini...*, cit., 770 ss.

⁴³⁷ G. D'Alessio (a cura di), *Alle origini...*, cit., 771.

⁴³⁸ G. D'Alessio (a cura di), *Alle origini...*, cit., 771.

⁴³⁹ G. D'Alessio (a cura di), *Alle origini...*, cit., 774.

⁴⁴⁰ G. D'Alessio (a cura di), *Alle origini...*, cit., 759.

⁴⁴¹ G. D'Alessio (a cura di), *Alle origini...*, cit., 760.

Nonostante le obiezioni di Gueli, il quale sostenne che il tema della responsabilità politica dei Ministri, oggetto di esame della prima Sottocommissione, dovesse essere quantomeno coordinato con il tema della responsabilità civile della pubblica amministrazione e che la responsabilità disciplinare poteva trovare spazio nel testo costituzionale, la Sottocommissione, dopo ampio dibattito, pervenne - alla unanimità - alla decisione di proporre l'inserimento in Costituzione del principio della responsabilità della pubblica amministrazione per i danni arrecati ai cittadini, senza prevedere la responsabilità diretta del funzionario.

Al riguardo non si può fare a meno di rilevare che le difficoltà emerse nella Commissione Forti nell'individuare una soddisfacente disciplina della responsabilità della pubblica amministrazione non furono risolte nemmeno dall'Assemblea costituente, la cui formulazione dell'articolo 28 è stata oggetto di critica da parte della dottrina e della giurisprudenza⁴⁴².

Deve essere poi ricordato che Vincenzo Gueli fu incaricato, insieme con Jaccarino, di predisporre la relazione finale relativa alla *Partecipazione diretta del cittadino alle funzioni amministrative*⁴⁴³. L'obiettivo era quello di sollecitare il coinvolgimento dei cittadini nella vita pubblica allo scopo di realizzare uno stato democratico e parlamentare⁴⁴⁴. Gli istituti presi in esame nella relazione per favorire la partecipazione diretta alle funzioni amministrative furono "l'elettorato, il referendum, l'azione popolare, la petizione, l'opposizione, l'esercizio privato di pubblica funzione, l'assunzione volontaria e obbligatoria di pubblica funzione"⁴⁴⁵. La relazione, al di là del momento elettorale, auspicava in modo particolare un incremento della funzione onoraria, sia in campo giudiziario (conciliatore) che in quello amministrativo. Tale auspicio tuttavia non si tradusse - come è stato sottolineato da Balboni⁴⁴⁶ - in alcun progetto operativo, nonostante le proposte concrete che erano state avanzate in sede di dibattito da parte ad esempio di Massimo Severo Giannini, che aveva

⁴⁴² R. Alessi, *La responsabilità del pubblico funzionario e la responsabilità dello Stato in base all'art. 28 della Costituzione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1951, 884 ss.; M. Benvenuti, *Commento all'art. 28 Cost.*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, Utet, 2006, 580 ss.; M. Clarich, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione nel diritto italiano*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1989, 1085 ss.; G. Colzi, *La responsabilità dei funzionari pubblici*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana* diretto da Pietro Calamandrei e Alessandro Levi, Barbera editore, Firenze, 1950, I, 247 ss.; V. Crisafulli, L. Paladin, S. Bartole, R. Bin, *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova, 2008, 290 ss.; C. Esposito, *La responsabilità dei funzionari e dei dipendenti pubblici secondo la Costituzione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1951, 324 ss.; F. Garri, *Responsabilità amministrativa*, in *Enciclopedia giuridica*, XXVI, Roma, 1991; F. Merusi, M. Clarich, *Commento all'art. 28 Cost.*, in *Commentario della Costituzione. Rapporti civili*, Roma-Bologna, Zanichelli, Società Editrice del Foro italiano, 1991, 356; A. Travi, *Responsabilità del pubblico dipendente e ordinamento del pubblico impiego nel dibattito alla Costituente*, in U. De Siervo (a cura di), *Scelte del Costituente ...*, cit., II, 330 ss.

⁴⁴³ Commissione per Studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato, *Relazione all'Assemblea Costituente ...*, cit., 393.

⁴⁴⁴ E. Balboni, *Le riforme ...*, cit., 290.

⁴⁴⁵ Commissione per Studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato, *Relazione all'Assemblea Costituente ...*, cit., 393.

⁴⁴⁶ E. Balboni, *Le riforme ...*, cit.,

suggerito l'elezione dei provveditori agli studi, o di Meuccio Ruini il quale aveva proposto di integrare i consigli di amministrazione dei ministeri con personale esterno all'amministrazione.

Balboni attribuisce a Gueli, e non a Jaccarino, in particolare la paternità della proposta di introdurre in Costituzione gli strumenti del referendum e dell'azione popolare. Il primo avrebbe consentito la partecipazione attiva dei cittadini nella vita amministrativa del Paese e la possibilità di svolgere una funzione di organo di controllo, consultivo o deliberante, sugli enti pubblici, in particolare locali; il secondo avrebbe consentito "la partecipazione diretta del cittadino alla funzione deliberante amministrativa di tutelare in via giurisdizionale una pretesa dell'ente"⁴⁴⁷.

Il tema in questione fu l'ultimo trattato dalla Sottocommissione prima della scadenza dei lavori e non fu oggetto di un dibattito particolarmente acceso: alcuni commissari avevano, infatti, espresso non poche perplessità sulla rilevanza costituzionale degli argomenti trattati e mostrato un generale disinteresse per la materia. Lo stesso presidente Piga, inizialmente convinto della necessità di una disciplina costituzionale della partecipazione diretta dei cittadini alle funzioni amministrative, cambiò idea, tanto che dalla Commissione Forti pervenne un timido invito all'Assemblea Costituente di esaminare la questione⁴⁴⁸.

4. Il controllo di costituzionalità nei dibattiti della Commissione Forti

Merita, poi, un esame più approfondito la relazione preliminare che Vincenzo Gueli preparò per la seconda Sottocommissione in materia di garanzie costituzionali ed in particolare sul controllo giurisdizionale della costituzionalità delle leggi.

Si deve in proposito innanzi tutto ricordare che fu proprio in questa occasione che venne affrontata, per la prima volta, in modo approfondito in Italia il tema della giustizia costituzionale, un tema che all'indomani dell'esperienza fascista era riconosciuto come fondamentale per la tutela e la stabilità dell'ordinamento democratico⁴⁴⁹. Appare possibile dire che la dottrina italiana, ancora fortemente influenzata dall'idea della sovranità della legge di tradizione francese e del ruolo meramente dichiarativo dei giudici, non aveva un'ampia conoscenza delle pur rare esperienze di giustizia costituzionale vissute da altri Paesi. Poco approfondita risulta la disciplina della costituzione austriaca del 1920 promossa da Kelsen⁴⁵⁰. Più conosciuta risulta, invece, l'esperienza degli Stati Uniti d'America anche se attraverso la mediazione, come è stato sottolineato⁴⁵¹, del volume del comparatista

⁴⁴⁷ Commissione per Studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato, *Relazione all'Assemblea Costituente...*, cit., 397.

⁴⁴⁸ E. Balboni, *Le riforme...*, cit., 294 ss..

⁴⁴⁹ Gueli pubblicò nella Rivista *Civiltà liberale* nel marzo 1946 lo scritto *Una garanzia illusoria: la Corte costituzionale*.

⁴⁵⁰ Sulla diffusione dell'opera di Kelsen in Italia V. Frosini, *Kelsen e il pensiero giuridico italiano*, in *Il Veltro* 1977, 761 ss.; M.G. Losano, M. Marchetti, R. Orsini, D. Soria, *La fortuna di Hans Kelsen in Italia*, in *Quaderni fiorentini* 1979, 465 ss.; C. Margiotta Broglio, *La Corte costituzionale italiana e il modello kelseniano*, in *Quaderni costituzionali* 2000, 333 ss.

⁴⁵¹ E. Lamarque, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Laterza, Bari, 2012, 15.

francese Eduard Lambert, che metteva in guardia contro il governo dei giudici, e di quello di Maurice Hauriou.

Proprio il modello americano ispirò Gueli nella relazione preliminare sulla giustizia costituzionale redatta d'accordo con Gaetano Azzariti e Giovanni Selvaggi. Augusto Barbera in occasione del Convegno sugli anni giovanili di Leopoldo Elia ci ha ricordato quanto Gueli subisse il “fascino del pensiero giuridico nordamericano”⁴⁵², sottolineando come in questo fosse stato un precursore e come tale interesse lo avrebbe spinto a studiare nelle università statunitensi. Anche Antonio La Pergola, che con Gueli si era laureato, affermò, nella presentazione agli scritti di Gueli, che egli era “studioso ammirato” dell’ordinamento statunitense, evidenziando come l’influenza del modello nord americano – di lunga tradizione democratica - avesse rappresentato il filo conduttore di diversi suoi scritti sia giovanili sia più maturi⁴⁵³.

Dunque nella relazione preliminare sulla giustizia costituzionale preparata per la Commissione Forti Gueli sostenne la tesi di introdurre un sindacato di costituzionalità diffuso, pur se con alcune differenze rispetto al modello statunitense. In particolare la proposta di Gueli - difesa da argomenti che secondo la Lamarque appaiono “molto solidi e di straordinaria modernità”⁴⁵⁴ - prendeva le mosse dall’individuazione della natura giuridica del sindacato di costituzionalità, del suo contenuto essenziale, al fine di valutare se dovesse essere considerata attività giurisdizionale o politica. Egli quindi affrontava la questione della legittimità di un intervento del potere giurisdizionale sull’attività del potere legislativo, il quale era investito dalla Costituzione della facoltà discrezionale di operare scelte politiche. In proposito Gueli affermava che “il carattere «politico» dei rapporti costituzionali (se così vuole esprimersi l’ampia sfera di discrezionalità che vi predomina) non autorizza affatto ad escludere la possibilità di una garanzia di natura giurisdizionale delle norme che quei rapporti disciplinano”⁴⁵⁵.

La relazione di Gueli affrontava poi la questione della scelta dell’organo a cui attribuire tale competenza e poneva come alternative un tribunale nuovo creato ad hoc oppure l’ordinamento giudiziario vigente, discutendo in quest’ultimo caso se il compito dovesse spettare a tutti i giudici ordinari oppure soltanto a quelli di grado più elevato o, infine, alle sezioni riunite della Corte di Cassazione⁴⁵⁶. Mentre Giovanni Selvaggi propendeva per la creazione di un nuovo organo e Gaetano Azzariti per l’attribuzione di tale competenza alla sola Corte di Cassazione, Vincenzo Gueli privilegiava invece l’ipotesi di attribuire la competenza all’ordinamento giudiziario nel suo complesso, ma – a differenza del modello americano - solo a partire da un “certo grado in su”, in particolare ai “Tribunali, o almeno Corti d’Appello, e giurisdizioni speciali di grado equiparato sotto quest’aspetto”. L’esclusione degli organi “non sufficientemente idonei data la loro inferiore posizione

⁴⁵² A. Barbera, *Vincenzo Zangara e Vincenzo Gueli*, in F. Lanchester, *La “Sapienza” del giovane Leopoldo Elia. Atti convegno, Roma 27 marzo 2014*, Giuffrè, Milano, 2014, 136.

⁴⁵³ A. La Pergola, *Presentazione a Vincenzo Gueli, Scritti vari*, Milano, 1976, I, pp. IX-XV (XIII).

⁴⁵⁴ E. Lamarque, *Corte costituzionale ...*, cit., 18.

⁴⁵⁵ G. D’Alessio (a cura di), *Alle origini...*, cit., 151.

⁴⁵⁶ E. Lamarque, *Corte costituzionale ...*, cit.

nell'ordine giurisdizionale” – affermava Gueli – avrebbe assicurato - “senza rinunciare ai vantaggi della pluralità degli organi ammessi ad esercitare tale controllo – una certa necessaria uniformità dell'indirizzo giurisprudenziale”⁴⁵⁷. Egli reputava “eccessiva” la diffidenza mostrata in Francia nei confronti dei giudici⁴⁵⁸ e riteneva che l'esperienza statunitense evidenziasse come il temuto “governo dei giudici” non fosse determinato dall'attribuzione a questi della funzione di controllo di costituzionalità. L'attività giurisdizionale in sé presupponeva un accertamento della reale Costituzione dello Stato da parte del giudice⁴⁵⁹: affermava, infatti, che “l'interpretazione della legge non è mai attività meramente logica”⁴⁶⁰.

La relazione di Gueli fu oggetto di una ampia e approfondita discussione svoltasi per ben 5 sedute della Sottocommissione, al termine della quale – come noto - la proposta venne respinta. Così la relazione definitiva presentata all'Assemblea costituente dalla Commissione Forti, dopo aver dichiarato che nel panorama comparatistico il “modo, il contenuto e gli effetti”⁴⁶¹ del controllo variavano da Paese a Paese e che il modello “più suggestivo” era quello degli Stati Uniti⁴⁶², ricostruì con attenzione il dibattito, le riflessioni e le divisioni emerse nella Sottocommissione sulle diverse proposte contenute nella relazione Gueli. In particolare si soffermò sui temi degli “effetti del sindacato”, della scelta e della composizione “dell'organo da investire della potestà di controllo, nonché circa la legittimazione ad agire”⁴⁶³ e rilevò i timori espressi dai commissari di fronte all'evidenza “della ineliminabile discrezionalità insita nell'attività del giudicare”⁴⁶⁴. La Commissione Forti, quindi, si espresse all'unanimità a favore dell'introduzione del controllo di costituzionalità – strumento indispensabile in presenza di una Costituzione scritta – mentre, a maggioranza, si dichiarò a favore della proposta di creare una Corte “dotata di un prestigio anche politico adeguato alle sue altissime funzioni ... composta da membri eletti nel proprio seno dalla Corte di Cassazione e in proporzione gradualmente minore dal Consiglio di Stato, dalla Corte dei Conti, dalle facoltà giuridiche, nonché dagli ordini degli avvocati”⁴⁶⁵ da adire attraverso un'azione popolare.

Anche se l'Assemblea costituente si discostò dalle proposte della Commissione Forti, il dibattito svoltosi in tale sede di certo consentì alla Commissione dei 75 e all'Assemblea costituente nel suo complesso di affrontare il tema del controllo di costituzionalità e dell'introduzione della Corte trovando già risolte molte delle questioni preliminari e soprattutto avendo chiara l'inopportunità di attribuire al giudice comune una valutazione non limitata agli aspetti tecnico- giuridici, ma spesso a quelli politici⁴⁶⁶.

⁴⁵⁷ V. Gueli, *Schema di una disciplina del controllo sulla costituzionalità delle leggi* in *Diritto costituzionale provvisorio e transitorio*, Roma, 1950, 294.

⁴⁵⁸ G. D'Alessio (a cura di), *Alle origini...*, cit., 155.

⁴⁵⁹ S. Volterra, *La Costituzione italiana ...*, cit., 196.

⁴⁶⁰ G. D'Alessio (a cura di), *Alle origini...*, cit., 157.

⁴⁶¹ Commissione per Studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato, *Relazione all'Assemblea Costituente...*, cit., 57.

⁴⁶² Commissione per Studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato *Relazione all'Assemblea Costituente...*, cit., 52 s.

⁴⁶³ Commissione per Studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato, *Relazione all'Assemblea Costituente...*, cit., 59.

⁴⁶⁴ E. Lamarque, *Corte costituzionale ...*, cit.

⁴⁶⁵ Commissione per Studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato, *Relazione all'Assemblea Costituente...*, cit., 64.

⁴⁶⁶ E. Lamarque, *Corte costituzionale ...*, cit., 20.

Quanto avvenuto in occasione della discussione sulla Corte costituzionale appare confermare le tesi di coloro che hanno voluto mettere in evidenza come la Commissione Forti, pur svolgendo un lavoro meramente tecnico, nel rispetto delle indicazioni ricevute, necessariamente dovette fare scelte “politiche”, prendendo posizioni su alcuni temi, attraverso votazioni che aiutarono a far emergere le opinioni di maggioranza e a “fissare punti fermi da cui partire”, punti fermi che – pur se inseriti in una gamma di diverse opzioni possibili - “verranno a rappresentare il punto di partenza di molte scelte che, nella fase successiva, la Costituente si troverà a dover affrontare”⁴⁶⁷. Del resto, come è stato osservato, erano gli stessi temi “che non consentivano di prescindere totalmente da valutazioni di ordine politico o ideologico, pur se sostenute da solide argomentazioni giuridiche”⁴⁶⁸.

5. La Corte costituzionale nelle riflessioni successive di Vincenzo Gueli

Il modello di giustizia costituzionale proposto da Vincenzo Gueli era ispirato ad una visione generale e più ampia dell’ordinamento giuridico e del rapporto tra politica e diritto. Si tratta di temi complessi che Gueli approfondì nel corso dei suoi studi segnati sia dall’utilizzo del metodo comparatistico, sia dalla lettura antiformalista della Costituzione. Ad esempio nel 1957, nel lavoro *La Corte Costituzionale*, pubblicato negli *Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei*⁴⁶⁹, illustrando i problemi che avevano accompagnato la nascita della Corte e le sue caratteristiche salienti, egli non mancò di mettere in luce le perplessità che lo avevano spinto a criticarne l’istituzione. In questa occasione precisò che le norme costituzionali dovevano essere interpretate alla luce della Costituzione in senso materiale dato che “trovano nelle convinzioni fondamentali, in cui questa consiste, il limite della loro vigenza. Vigono cioè fino al punto in cui corrispondono a questa effettiva realtà”⁴⁷⁰. In questa occasione Gueli tronò a ribadire lo stretto collegamento tra il concetto di Costituzione materiale ed il controllo di costituzionalità diffuso: “per stabilire il contenuto delle norme costituzionali ... bisogna far riferimento necessariamente a quella «politica», che risiede nel complesso delle convinzioni fondamentali prevalenti in un dato popolo e che formano la sua reale costituzione. Ma se questo è necessario è evidente che la funzione del sindacato di costituzionalità non dovrebbe essere concentrata in un gruppo sparuto di persone componenti un solo organo. Questo, infatti, per quanto costituito con cautela,

⁴⁶⁷E. Cheli, *I giuristi...*, cit.; C. Margiotta Broglio, *La Corte costituzionale ...*, cit.; P. Pombeni, *La Costituente...*, cit.; E. Balboni, E. Balboni, *Le riforme...* Peraltro alcuni dei componenti della Commissione Forti entreranno anche nella Costituente.

Zagrebelsky ricorda poi che anche i giuristi della Commissione Forti che non presero parte ai lavori dell’Assemblea costituente svolsero comunque “dall’esterno, un ruolo rilevante di discussione, elaborazione e critica dell’opera di edificazione del nuovo edificio costituzionale” (G. Zagrebelsky, *La Commissione Forti ...*, cit., 158).

⁴⁶⁸G. D’Alessio (a cura di), *Alle origini...*, cit., 18.

⁴⁶⁹V. Gueli, *La Corte Costituzionale*, in *Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei*, III, Cedam Padova, 1957, pubblicato in V. Gueli, *Scritti vari*, Giuffrè, Milano, 1976.

⁴⁷⁰V. Gueli, *La Corte Costituzionale...*, cit., 1030.

necessariamente assume una posizione di monopolio ... e ... la giurisdizione costituzionale diffusa è ... certo più aderente alle esigenze che derivano dalla stessa realtà del diritto”⁴⁷¹. Gueli proseguiva affermando che se invece tutti i giudici fossero “chiamati a partecipare a quest’opera di mantenimento dell’ordine costituzionale ... e attraverso l’opera dei giudici, tutti gli avvocati d’Italia ... si sarebbe veramente aperta la strada al reciproco, costante influsso delle convinzioni politiche fondamentali del popolo, che ne formano la reale costituzione, e dell’interpretazione giudiziaria della costituzione scritta. Si sarebbe cioè veramente assicurata la costante aderenza dell’interpretazione della costituzione scritta alla costituzione reale”⁴⁷².

Vincenzo Gueli quindi confermò la sua contrarietà al controllo accentrato della Corte costituzionale e il suo favore al controllo diffuso. Una tesi che rimase isolata, ma che certamente ha svolto un ruolo importante nella riflessione sulla giustizia costituzionale e nel richiamare quest’ultima ad una costante fedeltà allo “spirito di una costituzione democratica”⁴⁷³.

⁴⁷¹ V. Gueli, *La Corte Costituzionale...*, cit., 1030.

⁴⁷² V. Gueli, *La Corte Costituzionale...*, cit., 1030.

⁴⁷³ V. Gueli, *La Corte Costituzionale...*, cit., 1031.

Perticone e il dibattito costituyente *

di Paola Piciacchia**

SOMMARIO: 1. La figura di Giacomo Perticone tra formazione e cultura giuridica del suo tempo. - 2. L'impegno di Perticone alla Sapienza negli anni Venti e Trenta. - 3. L'impegno per la Costituente. - 4. Le trame del pensiero costituzionalistico: il volume *"Il problema attuale della Costituente"* e la modernità di Perticone.

1. *La figura di Giacomo Perticone tra formazione e cultura giuridica del suo tempo.*

La prima impressione che coglie lo studioso che decida di immergersi nel mondo culturale di Giacomo Perticone è sicuramente quella di trovarsi di fronte ad un percorso intellettuale e scientifico ricchissimo costituito di più livelli, a più entrate e più uscite, segno di una personalità complessa e dagli interessi poliedrici. E, in effetti, Giacomo Perticone (Catania, 2 gennaio 1892-Roma, 31 dicembre 1979) può, a ragione, essere considerato uno tra i più lucidi interpreti del suo tempo⁴⁷⁴, ovvero di un periodo di trasformazioni epocali quali quelle che hanno segnato i primi decenni del XX secolo. Trasformazioni che lo stesso Autore ha saputo ricondurre in sintesi attraverso un'intrinseca, e forse anche inconscia, capacità di ricoprire, come è stato felicemente scritto, il ruolo di una sorta di "nesso dell'interdisciplinarietà giuridica nell'ambito della storicità"⁴⁷⁵.

Partirei pertanto proprio da questa idea – sebbene non facile da sintetizzare in questa sede - per sottolineare come Giacomo Perticone per le peculiari caratteristiche che hanno contraddistinto la sua personalità, le sue opere e dunque il suo impegno scientifico, abbia svolto un importante ruolo di cerniera nella cultura giuridica soprattutto dei primi decenni del Novecento riuscendo ad influenzare, più di quando non emerga in superficie⁴⁷⁶, il dibattito costituzionalistico di quegli anni, ivi compreso

* Contributo pubblicato previa accettazione del Comitato scientifico del Convegno. Relazione presentata al Convegno "I costituenti della Sapienza", organizzato dal Master in Istituzioni Parlamentari "Mario Galizia" per Consulenti d'Assemblea in collaborazione con la Fondazione "Paolo Galizia-Storia e Libertà", Roma, 30 novembre 2017, Aula degli Organi collegiali, "Sapienza Università di Roma".

** Professore aggregato di Diritto pubblico comparato – "Sapienza - Università di Roma".

⁴⁷⁴ In tal senso M. D'ADDIO, *Presentazione* in M. SILVESTRI (a cura di), *Giacomo Perticone. Stato parlamentare e regime di massa nella cultura europea del Novecento*, Cassino, Università degli Studi di Cassino, 2000, v, che definisce Perticone "attento testimone del suo tempo".

⁴⁷⁵ La definizione è di F. LANCHESTER, *Perticone e la giuspubblicistica italiana*, in C. PALUMBO (a cura di), *Stato, società e storia in Giacomo Perticone*, 2015, 40. Sulla poliedricità degli interessi scientifici di Perticone e la loro interconnessione cfr. ID, *Giacomo Perticone e la storia costituzionale*, in *Il Politico*, vol.61, n. 1, 1996, 77 ss.; ID., *Perticone e la storia costituzionale d'Italia*, in M. SILVESTRI (a cura di), *Giacomo Perticone. Stato parlamentare e regime di massa nella cultura europea del Novecento*, cit., 13 ss.

⁴⁷⁶ Cfr. V. FROSINI, *Giacomo Perticone e la cultura giuridica del Novecento*, in M. SILVESTRI (a cura di), *Giacomo Perticone. Stato parlamentare e regime di massa nella cultura europea del Novecento*, cit., 11, il quale sottolinea che "Il pensiero filosofico-giuridico di Perticone si colloca, nella cultura italiana ed europea del Novecento, in una posizione appartata, che fu quella di chi ebbe sicura coscienza di sé, della sua autonomia di pensiero, anche se egli fu partecipe della solidarietà con il mondo

quello costituente, attraverso la cucitura di una trama nella quale si sono intrecciati temi fondamentali quali quelli sulla teoria e dottrina dello Stato⁴⁷⁷, quelli sul parlamentarismo⁴⁷⁸, quelli relativi al regime di massa e alle trasformazioni dei partiti⁴⁷⁹ e della forma partito, studi, questi ultimi, essenziali considerando l'importanza dell'affacciarsi delle masse sulla scena politica italiana ma anche internazionale e le crisi e le trasformazioni politiche che stavano interessando l'Italia, e non solo, preludio alla ricerca di nuovi equilibri⁴⁸⁰.

Giacomo Perticone fu in primo luogo un filosofo del diritto ma con una particolare propensione alla dimensione storica del diritto e allo studio della realtà storica nella quale egli si immerse nel tentativo di rileggere i momenti e gli aspetti più significativi di quell'evoluzione storica e la sua influenza sui mutamenti in atto. E se, infatti, la sua produzione scientifica comprende opere di filosofia del diritto⁴⁸¹ e di filosofia politica⁴⁸², come gli studi sul regime di massa⁴⁸³ e sui partiti politici⁴⁸⁴ è anche attraverso gli studi di storia costituzionale come quello su *Il regime parlamentare nello*

accademico e fu circondato dalla stima dei colleghi e dalla devozione dei discepoli. Nell'allontanarsi del suo tempo dal nostro, quella che allora parve solitudine intellettuale si va rivelando come distacco critico dalle correnti allora in voga e come capacità di trafiggere con lo sguardo della mente il mondo sociale in cui egli visse e di cui disegnò con mano sicura e forza incisiva la fisionomia di 'regime di massa'. Perciò la sua opera va rivisitata in una nuova luce e va a lui riconosciuta la sua dote di veggente, che ha anticipato modi riflessivi e nodi problematici del nuovo pensiero contemporaneo”.

⁴⁷⁷ G. PERTICONE, *Il diritto e lo stato: corso di lezioni di teoria generale*, Milano, Giuffrè, 1937; ID., *Elementi di una dottrina generale del diritto e dello stato*, Milano, Giuffrè, 1939.

⁴⁷⁸ Cfr. in tema M. CARDUCCI, *La critica del parlamentarismo come teoria della costituzione*, in M. SILVESTRI (a cura di), *Giacomo Perticone. Stato parlamentare e regime di massa nella cultura europea del Novecento*, cit., 337 ss.; M.S. CORCIULO, *Giacomo Perticone e l'antiparlamentarismo*, in M. SILVESTRI (a cura di), *Giacomo Perticone. Stato parlamentare e regime di massa nella cultura europea del Novecento*, cit., 357 ss.

⁴⁷⁹ G. PERTICONE, *Regime e partito politico nella concezione dei nostri pubblicisti di avventieri in Lo Stato*, Anno V - Fasc. IV, Aprile 1934; ID., *Gruppi e partiti politici nella vita pubblica italiana dalla proclamazione dell'unità alla guerra mondiale*, Modena, Guanda, 1938.

⁴⁸⁰ Cfr. G. PERTICONE, *Osservazioni sull'esperienza politica dell'Occidente*, Padova, Cedam, 1940, 199, in cui scrive: “Il problema della nostra epoca è posto in questi termini di contraddizioni e di antinomie operose, che ne rivelano l'eccezionale dinamismo e preparano, nel processo di soluzione graduale, le sintesi costruttive e i nuovi equilibri di forze e di interessi”.

⁴⁸¹ G. PERTICONE, *Lineamenti di filosofia del diritto*, Roma, Maglione, 1931; ID., *Problemi della odierna filosofia del diritto*, Roma, Industria tipografica romana, 1932; ID., *La libertà e la legge: regime politico e ordine giuridico*, Roma, Anonima romana editoriale, 1936.

⁴⁸² G. PERTICONE, *La filosofia politica e giuridica italiana dell'Ottocento*, Roma, Maglione, 1927; ID., *Il problema morale e politico nella filosofia moderna*, Torino, G. B. Paravia & C., 1930; ID., *Politica e diritto*, Roma, Stab. tip. centrale, 1931.

⁴⁸³ G. PERTICONE, *Il problema del nostro tempo: il regime di massa*, Padova, Cedam, 1939; ID., *Regime di massa: nuovi studi*, Roma, Atlantica, 1944; ID., *Dal sistema rappresentativo al regime di massa*, Roma, Bulzoni, 1976; ID., *Il regime di massa*, Roma, Edizioni dell'Ateneo di Roma, 1962. Su Perticone e il regime di massa v. L. PELLICANI, *Il "regime di massa" di Giacomo Perticone*, in M. SILVESTRI (a cura di), *Giacomo Perticone. Stato parlamentare e regime di massa nella cultura europea del Novecento*, cit., 87 ss.; A. AGNELLI, *Il filosofo e il regime di massa*, in M. SILVESTRI (a cura di), *Giacomo Perticone. Stato parlamentare e regime di massa nella cultura europea del Novecento*, cit., 143; M. CORSALE, *La rappresentanza politica nella democrazia di massa*, in M. SILVESTRI (a cura di), *Giacomo Perticone. Stato parlamentare e regime di massa nella cultura europea del Novecento*, cit., 183 ss.,

⁴⁸⁴ G. PERTICONE, *Il problema del partito politico*, Milano, Giuffrè, 1959. Sul pensiero politico di Perticone v. T.E. FROSINI, *L'autocrazia di partito nel pensiero politico di Giacomo Perticone*, in M. SILVESTRI (a cura di), *Giacomo Perticone. Stato parlamentare e regime di massa nella cultura europea del Novecento*, cit., 195 ss.; N. ANTONETTI, *Stato, regime, partito nella riflessione di Giacomo Perticone*, in M. SILVESTRI (a cura di), *Giacomo Perticone. Stato parlamentare e regime di massa nella cultura europea del Novecento*, cit., 309 ss.

*Statuto albertino*⁴⁸⁵ - in cui riesce a sintetizzare le sue doti di storico preparato, quelle del giurista e “la sensibilità del funzionario parlamentare che conosce ed utilizza le fonti indispensabili”⁴⁸⁶ –, gli studi sulla politica interna ed estera italiana⁴⁸⁷, e gli studi di taglio più propriamente costituzionalistico, come *Il problema attuale della Costituente* che la ricchezza di suggestioni rinvenibili nelle sue opere si saldano in un insieme omogeneo riconducibile all’intento primario di offrire una dimensione del fenomeno giuridico strettamente connesso al contesto storico.

Lo sviluppo della sua produzione scientifica fu sicuramente influenzato dagli avvenimenti legati alla sua vita nel periodo della formazione e nel periodo del suo impegno accademico e scientifico. E fu influenzato anche dal dibattito della dottrina giuspubblicistica italiana degli anni Venti e Trenta e dal clima culturale dell’epoca fortemente impregnato della continua tensione tra indirizzo formalistico e indirizzo antiformalistico che scaturiva dall’influenza del dibattito weimariano.⁴⁸⁸

I suoi interessi, infatti, si svilupparono lungo un asse che ne rispecchiò l’originaria impostazione metodologica acquisita durante gli studi compiuti a Berlino e Vienna e che influenzò fortemente l’attitudine ad una ricerca orientata all’analisi dello sviluppo storico del dato giuridico.

Un approccio storico⁴⁸⁹ che rappresenta la vera cifra scientifica sulla quale si regge l’intera opera di Perticone e che lo porterà, proprio nel contributo, *Il problema attuale*

⁴⁸⁵ G. PERTICONE, *Il regime parlamentare nella storia dello Statuto Albertino*, Roma, Edizioni dell’Ateneo, 1960.

⁴⁸⁶ F. LANCHESTER, *Perticone e la storia costituzionale d’Italia*, in M. SILVESTRI (a cura di), *Giacomo Perticone. Stato parlamentare e regime di massa nella cultura europea del Novecento*, cit., 28. Sul contributo di Perticone agli studi di storia costituzionale e l’esperienza maturata come funzionario parlamentare v. altresì L. ELIA, *Appunti su Giacomo Perticone e la storia costituzionale*, in C. PALUMBO (a cura di), *Stato, società e storia in Giacomo Perticone*, 11: “Desidero – scrive l’A. – sottolineare la sensibilità maturata da Giacomo Perticone (1892-1979) anche come funzionario parlamentare, in una tradizione illustre che, oltre il nome di Gaetano Mosca (1858-1941), conta poi anche quelli di Paolo Ungari (1933-1999) e Pietro Scoppa (1926-2007). Si tratta di una grande tradizione non solo per le opere prodotte, ma perché l’attività di funzionario parlamentare fornisce la possibilità di maturare una acuta sensibilità per la vita politica..Per quello che riguarda Perticone, una simile sensibilità si è rivelata pienamente nei suoi studi sul governo parlamentare in Italia. La sua esperienza lo ha portato a dare una interpretazione molto pragmatica del sistema, non l’ha irrigidita nemmeno in quelle che sono le fonti fatte, ma che sono portate anch’esse a dare rigidità al sistema. Mi riferisco alla fonte consuetudinaria. Perticone ha – infatti – insistito sulle convenzioni, che in Italia non hanno raggiunto la solidità delle conventions of the constitution inglesi, ma che – tuttavia – senza dubbio hanno in qualche modo contribuito, per periodi non continui (soprattutto nel periodo giolittiano, per non dire di Cavour o del periodo crispino), a convalidare un rapporto tra Esecutivo e Legislativo in qualche misura assimilabile a quello degli altri paesi caratterizzati da governo parlamentare. Peraltro l’esperienza ha consigliato a Perticone di non irrigidire troppo le soluzioni perché egli era ben consapevole delle possibilità di intervento del Monarca nei momenti decisivi.. Una simile sensibilità ha portato Perticone anche durante il periodo fascista ad approfondire e a formulare una versione molto originale del concetto di regime politico”. V. altresì ID., *Appunti su Giacomo Perticone e la storia costituzionale*, in *Nomos-Le attualità nel diritto*, n.1, 2014, 1-4.

⁴⁸⁷ G. PERTICONE, *La politica italiana nell’ultimo trentennio : 1. La crisi della democrazia e la lotta dei partiti (1915-1920). 2. La crisi della democrazia e la dittatura fascista (1921-1943)*, Roma, Leonardo, 1945.

⁴⁸⁸ Sul dibattito giuspubblicistico italiano F. LANCHESTER, *Pensare lo Stato. I giuspubblicisti nell’Italia unitaria*, Bari-Roma, Laterza, 3 ss.

⁴⁸⁹ Come rileva F. LANCHESTER, *Perticone e la giuspubblicistica italiana*, cit., 18, per Perticone “È quindi la situazione storica concreta ed il suo svolgersi che determina la posizione e la rilevanza dei soggetti, cosicché risultava per lui impensabile qualsiasi tipo di analisi scissa dagli avvenimenti”.

della Costituente, ad interpretare la Costituzione come svolgimento storico delle libertà costituzionali.

Perticone nacque a Catania⁴⁹⁰, ma compì i suoi studi universitari a Berlino, dove divenne allievo di Georg Simmel, e poi a Vienna dove ebbe modo di formarsi alla scuola di Victor Adler.

Nel periodo della formazione proprio l'influenza di Simmel⁴⁹¹ il quale “considerava il complesso dei fenomeni storici e sociali indagati come manifestazione di vita, e dunque per un verso dal punto di vista sociologico, per l'altro nella prospettiva di una sociologia morale e di una filosofia della storia profondamente rinnovate”⁴⁹² diventerà determinante nella prospettiva scientifica di Perticone. Egli, come è stato sottolineato, “aveva del resto trovato nell'insegnamento di Simmel il migliore antidoto rispetto a un'applicazione della logica per se stessa che finisse con l'entrare in contraddizione con il mondo reale, attraverso il ricorso al principio della tipicità”.⁴⁹³

Laureato in giurisprudenza e poi in filosofia, Perticone inizialmente produsse studi in omaggio innanzitutto alla cultura letteraria⁴⁹⁴, per dedicarsi solo successivamente agli studi filosofici che connoteranno soprattutto le sue opere negli anni Venti e Trenta.

Nel 1923 pubblica, infatti, *La filosofia politica e giuridica*⁴⁹⁵ che gli valse il premio dell'Accademia di scienze morali e politiche di Napoli, cui ben presto farà seguire i due volumi *I problemi della filosofia* del 1926⁴⁹⁶ e i *Lineamenti di filosofia del diritto* del 1931.

Le vicende personali e accademiche lo porteranno ben presto a lasciare la sua città natale per trasferirsi a Roma che diventerà la città stabile sua e della sua famiglia, ma che non diventerà, da subito, la sede della sua attività accademica.

⁴⁹⁰ Sulla biografia di Giacomo Perticone cfr. M. SILVESTRI, *Materiali per la biografia di Giacomo Perticone* in M. SILVESTRI (a cura di), *Giacomo Perticone. Stato parlamentare e regime di massa nella cultura europea del Novecento*, cit.

⁴⁹¹ Come scrive V. FROSINI, *Giacomo Perticone e la cultura giuridica del Novecento*, in M. SILVESTRI (a cura di), *Giacomo Perticone. Stato parlamentare e regime di massa nella cultura europea del Novecento*, cit., 5: “..del suo Maestro mantenne sempre un devoto e ammirato ricordo; una citazione del grande sociologo tedesco non manca mai nelle sue pagine. Ma anche quando egli non venga esplicitamente menzionato è pur sempre presente”.

⁴⁹² F. LANCHESTER, *Perticone e la giuspubblicistica italiana*, cit., 18.

⁴⁹³ M. DI NAPOLI, *Perticone, Giacomo*, in *Dizionario Biografico degli italiani*, vol. 82, 2015, 5.

⁴⁹⁴ La prima passione di Perticone maturò in ambito letterario e le sue prime opere furono, infatti, dedicate a Giosuè Carducci (*L'opera di Giosuè Carducci: saggio critico*, Catania, Giannotta, 1912) e a Mario Rapisardi (*L'opera di Mario Rapisardi: Saggio critico*, con Introduzione di Vincenzo Picardi), Palermo, Sandron, 1913.

⁴⁹⁵ G. PERTICONE, *La filosofia politica e giuridica*, Roma, Athenaeum, 1923.

⁴⁹⁶ G. PERTICONE, *I problemi della filosofia*, Roma, Magliione & Strini, 1926.

La carriera universitaria, infatti, (preceduta da un'intensa attività di professore di Liceo⁴⁹⁷ e di vicebibliotecario alla Camera dei deputati⁴⁹⁸) lo porterà ad approdare a diverse sedi universitarie italiane non prima di aver ottenuto nel 1925 la libera docenza proprio a Roma qui all'Università "La Sapienza" dove, sotto la guida di Giorgio del Vecchio, terrà le sue prime lezioni di dottrina dello Stato⁴⁹⁹.

Perticone sarà prima all'Università di Ferrara⁵⁰⁰, dove otterrà il primo vero incarico in materie civilistiche nel 1927 e dove insegnerà come ordinario negli anni 1934-35 e 1935-1936 dopo essere stato ternato in un concorso bandito a Siena; sarà poi a Perugia dove per un breve periodo diventerà anche Preside della Facoltà di Giurisprudenza e infine a Pisa dove verrà trasferito con decreto ministeriale del 31 ottobre 1939⁵⁰¹.

2. L'impegno di Perticone alla Sapienza negli anni Venti e Trenta

L'impegno di Perticone alla Sapienza si concretizzò a partire dagli anni Venti e Trenta, in primo luogo, con la libera docenza a partire dal 1925 e, poi, entrando a far parte a *Società Italiana di Filosofia del Diritto*⁵⁰². Presieduta da Giorgio Del Vecchio, la *Società Italiana di Filosofia del Diritto* vide la luce nel 1936 e tenne proprio nell'aula del Senato accademico dell'Università di Roma la sua prima Assemblea durante la quale furono nominati i membri degli organi istituzionali con l'adozione della *Rivista*

⁴⁹⁷ Prima di dedicarsi completamente all'attività accademica, Perticone svolse una lunga attività come professore di liceo insegnando inizialmente a Catania dove grazie alla sua conoscenza della lingua tedesca fu, prima della I guerra mondiale, supplente di lingua e letteratura tedesca, e successivamente, nei primi anni Venti a Torino, (come supplente di filosofia e storia al Liceo Alfieri di Torino e poi come titolare della cattedra per le scuole superiori al Liceo D'Azelio), a Genova e infine a Roma dove insegnò al Liceo Mamiani.

⁴⁹⁸ Dal 1° novembre 1931, Perticone - dopo essere stato allontanato da Roma per un provvedimento disciplinare poi risolto ed dopo essere stato costretto ad accettare nel 1930 un trasferimento a Teramo - per evitare un altro trasferimento ad Isernia fu comandato presso la Camera dei Deputati dove fu assunto come vicebibliotecario dal 1° gennaio 1933 e dove vi rimase per altri due anni prima di passare nel ruolo di professore universitario. Sono questi gli anni in cui Perticone costruì un rapporto intenso con l'istituzione parlamentare che non verrà meno neanche negli anni dell'attività accademica. Alla Camera dei Deputati, infatti, gli saranno attribuiti incarichi specifici di natura bibliografica e storiografica, cosa che sicuramente influenzerà il taglio di molte delle sue ricerche come quelle sulla politica estera italiana.

⁴⁹⁹ V. PALAZZOLO, *Giacomo Perticone (1892-1980)*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1980, 326 ss.; ID., *Giacomo Perticone filosofo del diritto*, cit., 187 ss.

⁵⁰⁰ Dove parteciperà al dibattito interno alla cultura fascista e dove sarà invitato a scrivere sulle pagine di *Nuovi problemi di politica, di storia ed economia*. Sul punto cfr. M. DI NAPOLI, *Perticone*, cit., 5 che di lui ha scritto. "Una simile palestra politico-culturale era infatti particolarmente congeniale a Perticone, la cui adesione al fascismo si collocò da subito sotto il segno della socialità, comportando in una certa misura una sofferta ricerca di continuità con le sue precedenti esperienze politiche, ma al tempo stesso conducendolo sempre a fare riferimento agli ambienti più aperti e innovativi del regime anche al prezzo di non poche incomprensioni".

⁵⁰¹ Fu in questo periodo che Perticone entrò nella sfera di influenza di Giuseppe Bottai divenendone stretto collaboratore.

⁵⁰² G. BARTOLI (a cura di), *I Filosofi del diritto alla 'Sapienza' tra le due Guerre*. Atti del Convegno Internazionale Roma, 21 e 22 ottobre 2014, Roma, University Press, Sapienza Università Editrice, 2014, xi.

Internazionale di Filosofia del Diritto quale organo della Società⁵⁰³. Tra i membri del direttivo troviamo appunto Giacomo Perticone.

La *Società internazionale di Filosofia del Diritto* aveva una forte apertura internazionalistica, favorita dagli innumerevoli contatti tenuti dallo stesso Del Vecchio – che annovera le maggiori personalità della Filosofia del diritto mondiale – nonché dalla partecipazione all’attività dell’Istituto Internazionale di Filosofia del diritto con sede a Parigi.

Pertanto come membro della *Società internazionale di filosofia*, la cui attività continuerà a ruotare intorno alla Sapienza, Perticone animò il dibattito in seno ad essa. Sempre alla Sapienza si tenne anche la seconda Assemblea della Società, nel 1937, mentre nel 1938 si svolse anche il I Convegno della Società.

Inoltre Perticone, già dagli anni Venti, fu tra le figure di spicco che animarono il dibattito sulla *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* fondata da Giorgio del Vecchio già nel 1921 - che in quegli anni rifletteva sul rapporto tra giuristi e filosofi - sulla quale comparirono numerosi contributi non solo di italiani ma anche di studiosi internazionali. Tra gli italiani emergeva la figura di Perticone i cui scritti si annoverano tra quelli di maggiore pregio.⁵⁰⁴

Il fervore culturale di quegli anni nell’ambito della comunità scientifica, sebbene opacizzato dalla contiguità con il fascismo, non va dunque dimenticato perché come è stato sottolineato il dibattito giuridico e giusfilosofico di quel periodo fu foriero di elaborazioni dottrinarie che trovarono nelle opere di personalità come quella Perticone “attento alla dimensione storica degli istituti giuridici pensati come forme non scisse dai contesti in cui hanno avuto la loro genesi”⁵⁰⁵, la loro sistematizzazione e posero anche le basi per l’elaborazione dei principi giuridici alla base della Carta costituzionale repubblicana. E proprio Perticone, che non arriverà alla Sapienza come ordinario se non negli anni Cinquanta - quando approderà alla Facoltà di Scienze Politiche nell’ultimo periodo della sua carriera accademica insegnando non già *Filosofia del diritto* ma *Storia dei partiti e dei movimenti politici* tra il 1956 e il 1962 - rimane “importantissimo”, come è stato rilevato, “per il dibattito degli anni ’30 e anche per la costituente”.⁵⁰⁶

Sono questi, infatti, gli anni in cui scrive, dopo aver fondato e diretto l’*Archivio di storia della filosofia italiana* divenuto in seguito *Archivio di storia della cultura italiana*, opere

⁵⁰³ Tra gli altri nomi degli accademici chiamati a ricoprire funzioni di vertice troviamo Francesco Bernardino Cicala, Felice Battaglia, Giuseppe Capograssi, Benvenuto Donati, Antonio Falchi, Francesco Olgiati, Eugenio Di Carlo, Giacomo Perticone, Flavio Lopez de Oñate, Guido Gonella, Rinaldo Orecchia.

⁵⁰⁴ L. AVITABILE, *Giorgio Del Vecchio, filosofo del diritto tra le due Guerre*, in G. BARTOLI (a cura di), *I Filosofi del diritto alla ‘Sapienza’ tra le due Guerre*, cit., 18.

⁵⁰⁵ G. BARTOLI (a cura di), *I Filosofi del diritto alla ‘Sapienza’ tra le due Guerre*, cit., xiii.

⁵⁰⁶ F. LANCHESTER, *Le trasformazioni del settore giuridico, politico ed economico*, in G. BARTOLI (a cura di), *I Filosofi del diritto alla ‘Sapienza’ tra le due Guerre*, cit., 143.

quali *La libertà e la legge*⁵⁰⁷ del 1936, *Linee di una teoria generale del diritto*⁵⁰⁸ del 1937 e *Elementi di una dottrina generale del diritto e dello stato* del 1939⁵⁰⁹ prima di dedicarsi negli anni successivi ad approfondire uno dei temi a lui più cari, quello del regime di massa, un tema “che caratterizzerà per tanti aspetti, la storia del Novecento e che rappresenterà la conclusione” della crisi dello stato liberale, “una crisi che aveva assunto per molti aspetti un carattere epocale..e che si manifestava nelle tensioni e nei radicali conflitti politici come nelle disfunzioni delle istituzioni parlamentari”⁵¹⁰.

Perticone affronterà così il problema dell'uomo di massa e “della trasformazione delle istituzioni rappresentative degli ordinamenti occidentali sotto il processo di democratizzazione e con l'inserzione delle organizzazioni partitiche”⁵¹¹.

In tale direzione gli studi di Perticone ben si collocano – negli anni caratterizzati “prima, dal compromesso monarchico-fascista e dalle innovazioni istituzionali e, poi, dalla fase di transizione istituzionale che porta alla nuova Costituzione”⁵¹² all'interno del dibattito della giuspubblicistica italiana dell'epoca, che incentrandosi sul problema del metodo giudico con cui interpretare le trasformazioni, poneva “in evidenza come la prospettiva storica venisse vista come necessaria da una parte specifica della dottrina italiana, che non accettava i canoni orlandiani”⁵¹³ e che invece indirizzava il suo interesse verso il dato storico e anche, in alcuni casi, verso quello comparatistico⁵¹⁴.

3. L'impegno per la Costituente.

Dopo aver svolto numerosi anni nelle sedi universitarie di Ferrara, Perugia e Pisa, alla caduta del fascismo nel 1943, invece di fare ritorno alla sede di titolarità, Perticone otterrà di rimanere a Roma a condurre le proprie ricerche sulla politica estera italiana negli atti parlamentari presso la Biblioteca della Camera dei Deputati. Cosicché la sua attività di consulente della Biblioteca della Camera e i rapporti con il Ministro per la Costituente Pietro Nenni, gli permisero di collaborare intensamente, da un angolo visuale privilegiato, all'attività di progettazione e di divulgazione storico-politico-

⁵⁰⁷ G. PERTICONE, *La libertà e la legge: regime politico e ordine giuridico*, Roma, Anonima romana editoriale, 1936.

⁵⁰⁸ G. PERTICONE, *Linee di una teoria generale del diritto*, Milano, Giuffrè, 1937.

⁵⁰⁹ G. PERTICONE, *Elementi di una dottrina generale del diritto e dello stato*, Milano, Giuffrè, 1939.

⁵¹⁰ M. D'ADDIO, *Presentazione*, cit., vii.

⁵¹¹ M. SILVESTRI (a cura di), *Giacomo Perticone. Stato parlamentare e regime di massa nella cultura europea del Novecento*, cit., 22.

⁵¹² F. LANCHESTER, *Perticone e la giuspubblicistica italiana*, in C. PALUMBO (a cura di), *Stato, società e storia in Giacomo Perticone*, cit., 19,

⁵¹³ *Ibidem*, 20.

⁵¹⁴ *Ibidem*, 22: “In questo preciso contesto – scrive Lanchester - risulta evidente come Perticone rivesta un posto particolarmente importante tra gli innovatori del settore pubblicistico che intendevano superare il tecnicismo giuridico sulla base di una piena consapevolezza dei grandi mutamenti avvenuti nel Paese.

istituzionale che si stava organizzando ad opera del *Ministero per la Costituente*⁵¹⁵ con l'intento di favorire la creazione di una cultura delle istituzioni⁵¹⁶.

Il contributo principale di Perticone nel periodo costituente si concretizzò, dunque, soprattutto nell'attività svolta nell'ambito delle iniziative prese dal *Ministero per la Costituente* in vista della convocazione dell'Assemblea Costituente.

In particolare, a Perticone fu affidata la direzione di una delle due collane che il *Ministero per la Costituente* ideò – edite da Sansoni - per predisporre una serie di studi per la Costituente. Si trattava precisamente della Collana di *Testi e documenti costituzionali*, composta di una serie importante di opere – per la precisione 33 volumi - con i quali venne offerto un importante panorama di studi di diritto costituzionale comparato dedicati alle Costituzioni ed alle leggi elettorali dei principali Paesi; mentre l'altra Collana, quella di *Studi storici* fu affidata ad Alberto Maria Ghisalberti.

Non è priva di significato la scelta di studiare le forme di governo e i sistemi elettorali. Essa – come è stato sottolineato – va, infatti, letta come segno “di una vivissima sensibilità storico-politica, che non limita certamente agli aspetti giuridico-formali l'opera di alta divulgazione”⁵¹⁷. L'intento divulgativo della Collana, infatti, come indicato dal *Bollettino di informazione e documentazione del Ministero per la Costituente*, aveva il duplice scopo, da un lato, di estendere la conoscenza delle costituzioni stranieri ad un pubblico più vasto, e, dall'altro, quello di contribuire a formare l'orientamento dell'opinione pubblica italiana nella fase costituente.⁵¹⁸

Oltre ai primi volumi dedicati alle costituenti italiane del periodo della Rivoluzione francese e del '48 fino allo Statuto Albertino ad opera di Jemolo e Massimo Severo Giannini, la Collana conteneva commenti e traduzioni delle principali carte costituzionali. Si trattò di un'opera senza precedenti che diede un fondamentale contributo al dibattito costituente, agli indirizzi della cultura e alla divulgazione istituzionali. E pregevolissimi furono i volumi editi, come quello di Mortati sulla

⁵¹⁵ Sul Ministero per la Costituente v. M.S. GIANNINI, *Il ministero per la Costituente e gli studi preparatori della Costituzione*, in *I precedenti storici della costituzione (studi e lavori preparatori)*, Milano, Giuffrè, 1958. Il Ministero per la Costituente si occupò anche della pubblicazione di una serie di brevi opuscoli a carattere monografico di natura divulgativa, per i quali si avvale della collaborazione di importanti studiosi quali Arturo Carlo Jemolo, Guglielmo Tagliacarne, Luisa Riva Sanseverino, Gaetano Stammati. Un *Bollettino di informazione e documentazione* fu inoltre affiancato a queste pubblicazioni attraverso il quale ogni dieci giorni si fornivano puntuali e dettagliate informazioni di carattere istituzionale. Sui contenuti degli opuscoli informativi v. diffusamente Cfr. F. BONINI, *Costituente e Costituzione: una periodizzazione rilevante nella storia dell'Italia contemporanea*, in M. SILVESTRI (a cura di), *Giacomo Perticone. Stato parlamentare e regime di massa nella cultura europea del Novecento*, cit., 99.

⁵¹⁶ *Ivi*.

⁵¹⁷ *Ibidem*, 100.

⁵¹⁸ “Gli statuti – si legge nel *Bollettino di informazione e documentazione del Ministero per la Costituente* - le costituzioni e le dichiarazioni dei diritti costituiscono nello stesso tempo i principi fondamentali sui quali si è storicamente consolidato il regime di vita pubblica e l'impegno d'onore del governo e delle classi dirigenti di orientare secondo questi principi l'evoluzione degli istituti giuridici dei diversi paesi. La collana – prosegue – può offrire termini di paragone e d'orientamento spunti di critica e tesi chiarificatrici, capaci di rendere più consapevole la scelta in cui il popolo italiano si è oggi impegnato”.

Costituzione di Weimar, che contribuirono in modo rilevante allo svolgimento del dibattito in Assemblea Costituente⁵¹⁹.

Il contributo di Giacomo Perticone come “storico costituzionale” che “contribuisce anche alla storia costituzionale soprattutto nel momento dopo la caduta del fascismo con l’avvento dell’Assemblea Costituente”⁵²⁰ non si esaurì con la direzione della *Collana di Testi e Documenti costituzionali*.

Oltre a collaborare come direttore di questa Collana, - che, come sottolinea Elia “ebbe molta fortuna, perché per allora i dati aggiornati di comparato erano una necessità a cui era difficile fare fronte con ricerche da parte degli appartenenti alla Costituente”⁵²¹ - Perticone scrisse anche per l’altra Collana di cui il Ministero si fece promotore, diretta, come si è detto poc’anzi, da Alberto Maria Ghisalberti.

In una ventina di volumi questa seconda Collana, di impostazione più marcatamente storica, si propose di esaminare alcune, le più importanti, esperienze costituzionali italiane ed europee dalla rivoluzione francese alla prima guerra mondiale. Essa offrì, come è stato evidenziato, “una prima importante occasione per la risorgimentalistica di misurarsi con il nuovo clima politico-culturale, e con la cultura civica in fase di ricostruzione”⁵²². Perticone scrisse l’ultimo dei 19 volumi della Collana diretta da Ghisalberti, quello dal titolo *Il problema attuale della Costituente* del 1947 che rappresenta un significativo contributo al pensiero istituzionale nel periodo costituente.⁵²³

4. *Le trame del pensiero costituzionalistico: il volume “Il problema attuale della Costituente” e la modernità di Perticone.*

Nel volume *Il problema attuale della Costituente* del 1947⁵²⁴ il contributo di Perticone è soprattutto di tipo culturale e teorico, improntato alla riflessione sui valori e sul sostrato che sottende la Costituzione, più che volto a fare proposte sul piano dell’organizzazione costituzionale.

In esso Perticone sintetizza, infatti, tutta la sua visione del diritto e della storia⁵²⁵ riprendendo temi già trattati e a lui cari come quello di regime di massa, di partiti di

⁵¹⁹ L. ELIA, *Appunti su Giacomo Perticone e la storia costituzionale*, cit., 14.

⁵²⁰ *Ibidem*, 13.

⁵²¹ *Ivi*.

⁵²² F. BONINI, *Costituente e Costituzione: una periodizzazione rilevante nella storia dell’Italia contemporanea*, cit., 101.

⁵²³ Merita qui sottolineare come l’Università La Sapienza abbia costituito una sorte di trama orizzontale di questa significativa opera di divulgazione. Dei 44 volumi pubblicati dalla Casa editrice fiorentina Sansoni 27 furono scritti da docenti dell’Università di Roma.

⁵²⁴ Composto di due parti, una prima dedicata alle riflessioni dell’A. ed una seconda parte in *Appendice* di documentazione.

⁵²⁵ Cfr. F. BONINI, *Costituente e Costituzione: una periodizzazione rilevante nella storia dell’Italia contemporanea*, cit., 98, il quale scrive: “Anche negli scritti sulla costituente si coglie il particolare stile di Perticone, un approccio ai problemi sicuramente originale che riprendendo una sua espressione si può definire rilevando una dialettica tra la tensione ‘alla

massa, e il grande tema del passaggio dallo stato di classi allo stato di masse⁵²⁶, conscio dell'importanza del tema della Costituzione come “baricentro della democrazia di massa”⁵²⁷.

Sullo sfondo la prospettiva storica che rende il volume di Perticone una sorta di “snodo dinamico tra la prospettiva storica e quella giuridico-istituzionale”⁵²⁸.

Per Perticone “il problema attuale della Costituente non è soltanto un problema storico e politico ma anche scientifico e tecnico”⁵²⁹ laddove “in un mondo politico agitato, l'idea e il miraggio della Costituzione si presente come garanzia o quanto meno una promessa di stabilità”⁵³⁰ e “il potere costituente deve assolvere il compito della determinazione dei principi giuridici attorno ai quali si organizza il sistema degli istituti statuali”⁵³¹.

Perticone esprime così la sua concezione della Costituzione: essa deve «portare il popolo italiano a un comune livello di maturità e di esperienza politica», nonché «disciplinare sul piano delle istituzioni e in forma giuridica il sistema dei rapporti fra lo Stato e l'individuo organizzato»⁵³², secondo il principio dell'autonomia nella solidarietà.

Per fare ciò è innanzitutto necessario “dichiarare solennemente i principi che questo schema intende attuare, intende porre come termine e fine del suo sviluppo storico e politico”⁵³³.

Secondo Perticone i principi devono essere programmatici per superare gli equivoci e i pericoli delle dichiarazioni astratte e, per superare la critica dei principi vuoti e inoperanti, “si tratta di dar loro forma imperativa e capacità di operare sullo svolgimento concreto dell'ordine giuridico e di colmare le deficienze e le lacune”. Di qui la proposta: per accostare i principi alla coscienza comune occorre – scrive Perticone – “promuovere l'attuazione nei rapporti elementari della vita pubblica, nel governo locale, nella giustizia amministrativa, nella disciplina dei rapporti collettivi, pubblici e privati, politici ed economici” e pertanto “ogni dichiarazione dei principi, coi diritti di libertà in essi contenuti deve soddisfare a queste esigenze”⁵³⁴.

latitudine teorica’, da un lato, e alla ‘puntualità storica’, dall'altro, così da riuscire ad un tentativo di sintesi sempre comunque (proprio per la sua natura dinamica) provvisorio in qualche modo. Un tentativo che ci dà una definizione empirica di cosa possa significare fare storia costituzionale. Si tratta di un approccio originale, che sviluppa la migliore tradizione degli studi storico-politici suscettibile – su questi temi – di sviluppi tanto verso la scienza politica che la storia costituzionale, a partire da un dialettico rapporto con gli sviluppi dell'elaborazione giuspubblicistica”.

⁵²⁶ G. PERTICONE, *Il problema attuale della Costituente*, Firenze, Sansoni, 1947.

⁵²⁷ F. BONINI, *Costituente e Costituzione: una periodizzazione rilevante nella storia dell'Italia contemporanea*, cit., 98.

⁵²⁸ *Ibidem*, 101.

⁵²⁹ *Ibidem*, 7.

⁵³⁰ *Ivi*.

⁵³¹ *Ibidem*, 108.

⁵³² *Ivi*.

⁵³³ *Ibidem*, 109.

⁵³⁴ *Ivi*.

Valori e garanzie sono dunque gli ancoraggi su cui poggia la riflessione di Perticone nella consapevolezza “della necessità di misurarsi con l’eredità istituzionale non solo dell’Italia liberale, ma anche del ventennio fascista”⁵³⁵.

E nel sistema dei principi e dei valori ecco spiccare per Perticone il principio della solidarietà. Per Perticone “nella solidarietà si incontrano e si unificano fra gli altri questi elementi: l’interdipendenza, cioè la relativa dipendenza, economica; la parità di diritto non soltanto formale e astratta; la effettiva partecipazione di tutti all’opera comune; la riduzione della molteplicità dei soggetti; cioè la loro fusione, nell’unità”⁵³⁶.

E qui Perticone va oltre - mostrando tutta la sua modernità - sostenendo come “il cemento di tutte le forze e la molla di questa azione gigantesca è la coscienza politica, in formazione, delle grandi masse”. “Senza questo cemento”, - scrive Perticone - “questa fusione spirituale” data dall’alta coscienza politica “non può parlarsi di solidarietà nella vita pubblica e nell’ordinamento di diritto”⁵³⁷.

Perticone colloca poi la Costituzione nello stesso tessuto sociale. “Se la Costituzione - scrive - dovesse arrestarsi davanti alle difficoltà che derivano dall’angosciosa sproporzione tra fini e mezzi potrebbe svolgere sì un vasto lavoro tecnico-giuridico, ma rinuncerebbe ad operare sul piano sociale ed è precisamente sul piano sociale quello su cui si muove il diritto pubblico contemporaneo”⁵³⁸. Sotto questa prospettiva i principi, la disciplina dei partiti e la scuola vengono ad assumere un valore “in quanto sorreggono e spiegano il sistema dei rapporti genericamente sociali”⁵³⁹.

Sul piano istituzionale Perticone non si lancia in proposte particolarmente dettagliate. Egli si limita genericamente ad indicare la necessità dell’introduzione del controllo di costituzionalità delle leggi, “richiesto dalla dottrina e dall’esperienza, suggerito dal carattere generico della dichiarazione di principio ed eventualmente dal carattere rigido della Costituzione”⁵⁴⁰ e a richiamare il problema della bicameralità del Parlamento che - scrive Perticone “acquista rilievo tecnico e una funzione mediatrice”⁵⁴¹ nell’ambito della scelta dei sistemi elettorali.

La questione invece su cui maggiormente si sofferma è quella del ruolo dei partiti, del loro rilievo costituzionale e della necessità di una disciplina pubblicistica del partito e del suo riconoscimento da parte dello Stato a garanzia del rispetto dei principi e delle norme fondamentali della vita pubblica fissati in Costituzione⁵⁴².

⁵³⁵ F. BONINI, *Costituente e Costituzione: una periodizzazione rilevante nella storia dell’Italia contemporanea*, cit., 104.

⁵³⁶ G. PERTICONE, *Il problema attuale della Costituente*, cit., 110.

⁵³⁷ *Ibidem*, 113-114.

⁵³⁸ *Ibidem*, 128.

⁵³⁹ *Ivi*.

⁵⁴⁰ *Ibidem*, 131.

⁵⁴¹ *Ibidem*, 132.

⁵⁴² *Ibidem*, 124.

Libertà di organizzazione e dunque pluralismo; adesione ai principi e alle norme fondamentali posti dalla Costituzione; democrazia interna dei partiti e controllo pubblico del finanziamento dei partiti sono le condizioni che Perticone individua per i partiti affinché si possa “pensare all’instaurazione di un sistema, capace di promuovere non solo l’attuazione di determinati programmi ma soprattutto la progressiva elevazione del livello spirituale e morale della società politica”⁵⁴³

Si intravede dunque nel volume il tentativo di Perticone di individuare nei partiti politici i “luoghi privilegiati di costruzione e ricostruzione di una identità collettiva, collettori dello sviluppo sociale” nell’ambito del più ampio problema della continuità e della rottura rispetto all’esperienza fascista.⁵⁴⁴ È quanto sembra d’altronde emergere anche quando Perticone parlando della poliarchia in contrapposizione alla monarchia sottolinea che essa “debba attuarsi nell’organizzazione dei partiti”⁵⁴⁵.

È in questo significativo passaggio che si coglie un altro elemento di modernità del pensiero di Perticone. Lo stesso elemento di modernità che si rintraccia nel volume quando Perticone scrive “l’opposizione antica fra paese reale e paese legale accompagna e promuove le crisi più profonde dei sistemi politici e con esse la richiesta, l’aspirazione, l’esigenza di riforme costituzionali, capaci di sanare quella opposizione, di superare quelle crisi”⁵⁴⁶.

Il moto della storia fa riecheggiare oggi le parole di Perticone in un richiamo forte ai valori, ai principi della Costituzione, al ruolo dei partiti e alla necessità di riforme che riescano a saldare istanze giuridiche e istanze sociali.

Una rilettura attenta delle sue pagine oggi può mostrare quanto egli abbia anticipato temi fondamentali del pensiero contemporaneo, “in cui egli ora entra – come è stato felicemente scritto - a far parte non come ricorso del passato, ma come messaggero del presente”⁵⁴⁷.

⁵⁴³ *Ivi*.

⁵⁴⁴ In tal senso F. BONINI, *Costituente e Costituzione: una periodizzazione rilevante nella storia dell’Italia contemporanea*, cit., 102.

⁵⁴⁵ G. PERTICONE, *Il problema attuale della Costituente*, cit., 59.

⁵⁴⁶ *Ibidem*, 16.

⁵⁴⁷ V. FROSINI, *Giacomo Perticone e la cultura giuridica del Novecento*, in M. SILVESTRI (a cura di), *Giacomo Perticone. Stato parlamentare e regime di massa nella cultura europea del Novecento*, cit., 11.

La documentazione per la costituente: prime note*

di Roberto D’Orazio**

La “stagione costituente” e il clima culturale che la distinse trovò espressione significativa, com’è noto, anche nelle attività di studio e di istruttoria documentale destinate al supporto dei lavori dell’Assemblea Costituente, e nella rete di studiosi e di esperti che vi contribuì. Sul versante dei servizi parlamentari, la Biblioteca della Camera dei deputati ebbe parte del tutto marginale in un’opera di cui fu protagonista il Ministero per la Costituente; la Biblioteca tuttavia si impegnò, anche su impulso della commissione vigilanza insediata dall’Assemblea Costituente (ne furono membri Conti e Mortati), nel ripristino della completezza e nello sviluppo del suo patrimonio, condizione basilare del ruolo che avrebbe dovuto assumere a servizio del nuovo Parlamento.

Nel quadro della selezione di basi conoscitive per la Costituente, le attività di ricerca del Ministero e delle sue sottocommissioni inclusero studi comparatistici, svolti anche in prospettiva diacronica, in cui è riflessa l’impostazione metodologica attenta alle “famiglie” e alle “genealogie” delle costituzioni e dei sistemi giuridici. Il raffronto con il diritto straniero, d’altra parte, ebbe risalto non solamente per le materie inerenti all’organizzazione dello Stato, ma anche in relazione all’ambito dei diritti fondamentali e segnatamente al tema del diritto alla salute (dibattuto in seno alla sottocommissione sulla “organizzazione sanitaria”).

Peraltro le indagini di diritto comparato furono intese quali strumenti di conoscenza destinati non solo alla comunità degli studiosi e degli “addetti ai lavori” ma anche dei cittadini, nell’intento promozionale e “pedagogico” di recuperarli all’interesse per i temi istituzionali e politici.

Una figura che ha rappresentato un legame di continuità tra il quarto piano di Palazzo Montecitorio e il Ministero di Via Panisperna è quella di Giacomo Perticone, *bibliotecario* alla Camera, direttore della collana di testi e documenti costituzionali promossa dal Ministero della Costituente, poi di nuovo consulente della Biblioteca; come mostrano

* Contributo pubblicato previa accettazione del Comitato scientifico del Convegno. Relazione presentata al Convegno *I ‘Costituenti’ de ‘La Sapienza’*, svoltosi il giorno 30 novembre 2017, presso il Rettorato – Aula degli Organi Collegiali, Università La Sapienza di Roma.

Il testo della relazione, di cui una versione più ampia è destinata agli Atti del Convegno, si è giovato in corso di stesura dell’utile confronto con i colleghi Fernando Venturini e Paolo Evangelisti - rispettivamente della Biblioteca e dell’Archivio Storico della Camera dei deputati -, che ringrazio, esonerandoli di ogni responsabilità per le imprecisioni e le lacune dello scritto. Egualmente ringrazio il Prof. Fulco Lanchester per aver incluso questo intervento nel programma del Convegno su *I ‘Costituenti’ della Sapienza* (Roma, 30 novembre 2017).

** Documentarista parlamentare – Camera dei Deputati.

le fonti archivistiche, la pubblicazione dei volumetti sulle costituzioni straniere fu una non facile “avventura” editoriale.

I “decostituiti” de “La Sapienza”: Santi Romano, Maurizio Maraviglia e Carlo Costamagna*

di Andrea Ridolfi**

SOMMARIO: 1. Premessa: le epurazioni in Italia – 2. Un breve profilo dei tre giuristi epurati – 2.1. Santi Romano – 2.2. Maurizio Maraviglia – 2.3. Carlo Costamagna – 3. Considerazioni conclusive

1. Premessa: le epurazioni in Italia

La mia relazione verterà su tre giuristi dell'Università *La Sapienza* di Roma – in ordine rigorosamente alfabetico, Carlo Costamagna⁵⁴⁸, Maurizio Maraviglia⁵⁴⁹, e Santi Romano⁵⁵⁰ – oggetto di epurazione nel trapasso dall'ordinamento fascista a quello repubblicano⁵⁵¹. Caratteristica comune a tutti e tre è

* Contributo pubblicato previa accettazione del Comitato scientifico del Convegno. Relazione presentata al Convegno *I ‘Costituenti’ de ‘La Sapienza’*, svoltosi il giorno 30 novembre 2017, presso il Rettorato – Aula degli Organi Collegiali, Università La Sapienza di Roma.

** Dottore di Ricerca in Teoria dello Stato ed Istituzioni Politiche Comparate nell'Università degli Studi di Roma “*La Sapienza*” (XV Ciclo). Contrattista presso Università *Luis Guido Carli* di Roma.

⁵⁴⁸ Sulla figura di Costamagna, si vedano G. Cianferotti, *Il pensiero di V.E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano 1980, p. 259 ss.; M. Cupellaro, *Costamagna, Carlo*, in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. 30, Roma 1984, p. 276 ss.; T.E. Frosini, *Costamagna, Carlo*, in M. Aini (a cura di), *Dizionario costituzionale*, Roma-Bari 2000, p. 120; M. Sbriccoli, *Costamagna, Carlo*, in V. de Grazia, S. Luzzatto (a cura di), *Dizionario del fascismo, Volume I (A-K)*, Ristampa, Torino 2005, p. 367; M. Benvenuti, *Il pensiero giuridico di Carlo Costamagna nel dibattito su metodo, diritto e Stato durante il regime fascista*, in *Nomos* 2005, n. 1-2, p. 17 ss.; I. Stolzi, *Costamagna, Carlo*, in AA.VV., *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, diretto da I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletta, Bologna 2013, tomo I, p. 598 ss.; R. Sideri, *L'umanesimo nazionale di Carlo Costamagna*, Roma 2015; M. Caravale, *Una incerta idea. Stato di diritto e diritti di libertà nel pensiero italiano tra età liberale e fascismo*, Bologna 2016, p. 166 ss., 203 ss., 287-288.

⁵⁴⁹ Sulla figura di Maraviglia, la letteratura è piuttosto scarsa. L'unico lavoro che ho trovato è D. D'Alterio, *Maraviglia, Maurizio*, in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. LXIX, Roma 2007, p. 459 ss.

⁵⁵⁰ Sulla figura di Santi Romano, la bibliografia è sterminata. Senza avere alcuna pretesa di completezza, si vedano F. Cocozza, *Santi Romano Presidente del Consiglio di Stato. Cenni storici e punti problematici*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 1977, n. 3, p. 1231 ss.; G. Cianferotti, *Il pensiero di V.E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, cit., p. 228 ss.; T.E. Frosini, *Romano, Santi*, in M. Aini (a cura di), *Dizionario costituzionale*, Roma-Bari 2000, p. 413-414; P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano 2000, p. 109 ss.; M. Fioravanti, *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della costituzione tra Otto e Novecento*, Milano 2001, p. 277 ss., 405 ss.; M. Fotia, *Il liberalismo incompiuto. Mosca, Orlando, Romano tra pensiero europeo e cultura meridionale*, Milano 2001, p. 150 ss.; Id., *L'istituzionalismo in Santi Romano tra diritto e politica*, in *Democrazia e diritto* 2011, n. 1-2, p. 135 ss.; C. Mozzarelli, *Romano, Santi*, in V. de Grazia, S. Luzzatto (a cura di), *Dizionario del fascismo, Volume II (L-Z)*, Torino 2003, p. 542-543; G. Melis, *Santi Romano e il Consiglio di Stato*, in *Le Carte e la Storia* 2003, n. 1, p. 5 ss.; Id., *Romano, Santi*, in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. 88, in http://www.treccani.it/enciclopedia/santi-romano_%28Dizionario-Biografico%29/; S. Lariccia, *Riflessioni sull'opera di Santi Romano a sessant'anni dalla morte*, in A. Cerri, P. Häberle, I.M. Jarvad, P. Ridola, D. Schefold (a cura di), *Il diritto tra interpretazione e storia. Liber amicorum in onore di Angel Antonio Cervati*, Roma 2010, tomo III, p. 43 ss.; A. Romano, *Nota bio-bibliografica*, in S. Romano, *L'«ultimo» Santi Romano*, Milano 2013, p. 843 ss.; A. Sandulli, *Romano, Santi*, in AA.VV., *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., tomo II, p. 1728 ss.; M. Caravale, *Una incerta idea. Stato di diritto e diritti di libertà nel pensiero italiano tra età liberale e fascismo*, Bologna 2016, p. 61 ss., 163-164, 186-187; S. Prisco, *La rappresentanza politica e la rappresentanza degli interessi. I giuristi del fascismo e la ricerca della “terza via”*, in <https://cesifin.it/wp-content/uploads/2017/06/C-16-06-17-Prisco-14-06-17-1755-ED.pdf>, p. 5 ss.

⁵⁵¹ Per quanto riguarda il trapasso dal fascismo alla Repubblica, sia consentito il rinvio ad A. Ridolfi, *La giurisdizione durante il regime costituzionale provvisorio e la sua valutazione nella giurisprudenza successiva*, in *Nomos* 2017, n. 2; A.M. Di Sefano, *Da Salò alla Repubblica. I giudici e la transizione dallo stato d'eccezione al nuovo ordine (d.lgs.lgt. 249/1944)*, Granarolo dell'Emilia 2013; M. Fiorillo, *Costituzione provvisoria*, in M. Aini, *Dizionario costituzionale*, cit., p. 126 ss.; A. Pichierrri, *La Costituzione provvisoria. L'ordinamento dello Stato tra Fascismo e Repubblica*, Taranto 1996; V. Onida (a cura di), *L'ordinamento costituzionale italiano dalla caduta del Fascismo all'avvento della Costituzione repubblicana. Testi e documenti con due saggi introduttivi sul periodo*

quella di essere non solo di essere docenti universitari ed esponenti di primo piano del Regime, ma anche senatori, e di essere perciò partecipi delle tribolate vicende di quella istituzione, che, dopo il 25 luglio 1943, pur rimanendo in uno stato di sostanziale inattività fino alla sua soppressione ad opera dell'Assemblea Costituente, fu oggetto di una pesante epurazione al proprio interno⁵⁵². Articolerò, di conseguenza, la mia relazione in tre parti. Nella prima parte mi occuperò della problematica delle epurazioni, prendendo in considerazione soprattutto le epurazioni in ambito universitario e quelle riguardanti il Senato, dando anche un breve sguardo alla giurisprudenza. Nella seconda parte proverò, invece, a tracciare un breve profilo dei tre studiosi di diritto pubblico, cercando di mettere in evidenza alcuni punti fondamentali del loro pensiero. Nella terza, infine, cercherò di formulare qualche sintetica considerazione finale.

Le epurazioni in ambito universitario si inseriscono nell'ambito del processo di epurazione del personale burocratico e amministrativo⁵⁵³, avviato dal Governo Badoglio con il r.d.l. n. 29/B – che prevedeva l'allontanamento di tutti i dipendenti che avessero ricoperto cariche nel P.N.F.⁵⁵⁴ –, e poi proseguito dal Governo Bonomi con il d.lgs.lgt. n. 159/1944, definito, non a caso, la *Magna Charta* dell'epurazione politica⁵⁵⁵. È opinione comune che le epurazioni in Italia siano sostanzialmente fallite in tutti i settori⁵⁵⁶. Tra le cause che hanno portato allo svuotamento di esse va considerata, in primo luogo, l'Amnistia varata dal Guardasigilli

costituente e sulla Costituzione, Torino 1991; E. Cheli (a cura di), *La fondazione della Repubblica. Dalla Costituzione provvisoria alla Assemblea Costituente*, Bologna 1979.

⁵⁵² Sui rapporti tra Senato del Regno e fascismo, si vedano M. Di Napoli, *Senato del Regno*, in V. de Grazia, S. Luzzatto, *Dizionario del fascismo*, II, cit., p. 618 ss.; A. Pezzana, *Il Senato del Regno dal 1922 al 1946. La Camera alta, il fascismo ed il postfascismo*, Foggia 2006, p. 33 ss.

⁵⁵³ Sulle epurazioni in generale, si vedano G. Melis, *Storia dell'amministrazione italiana (1861-1993)*, Bologna 1996, p. 425 ss.; H. Woller, *I conti con il fascismo. L'epurazione in Italia 1943-1948*, tr. it. a cura di E. Morandi, Bologna 1997; R. Canosa, *Storia dell'epurazione in Italia. Le sanzioni contro il fascismo 1943-1948*, Milano 1999; R.P. Domenico, *Epurazione*, in V. de Grazia, S. Luzzatto, *Dizionario del fascismo*, I, cit., p. 475 ss.; M. Cardia, *L'epurazione del Senato del Regno (1943-1948)*, Milano 2005; Id., *L'epurazione del Consiglio di Stato alla caduta del fascismo*, in *Nuova informazione bibliografica* 2011, vol. VIII, n. 2, p. 319 ss.; A. Somma, *Alle origini della Repubblica italiana. Cultura liberale e rimozione dell'esperienza fascista*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* 2008, n. 1, p. 91 ss.; M. Donini, *La gestione penale del passaggio dal fascismo alla democrazia. Appunti sulla memoria storica e l'elaborazione del passato "mediante il diritto penale"*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* 2009, n. 1, p. 183 ss.; G. Acerbi, *Le leggi antiebraiche e razziali italiane ed il ceto dei giuristi*, II ed., Milano 2014, p. 189 ss.; G. Volpe, *Storia costituzionale degli italiani, II. Il popolo delle scimmie (1915-1945)*, Torino 2015, p. 420 ss.; R. Bianchi Riva, «Per superiori ragioni di giustizia e di pubblico interesse». *Legislazione eccezionale e principi liberali dal Fascismo alla Repubblica*, in F. Colao, L. Lacchè, C. Storti (a cura di), *Giustizia penale e politica in Italia tra Otto e Novecento. Modelli ed esperienze tra integrazione e conflitto*, Milano 2015, p. 155 ss.; M. Franzinelli, *L'amnistia Togliatti. 1946. Colpo di spugna sui crimini fascisti*, Milano 2016, p. 9 ss.

⁵⁵⁴ Sul r.d.l. n. 29/B, si vedano A. Somma, *Alle origini della Repubblica italiana*, cit., p. 92-93; M. Cardia, *L'epurazione del Senato del Regno*, cit., p. 34-35; R. Canosa, *Storia dell'epurazione in Italia*, cit., p. 10 ss.; H. Woller, *I conti con il fascismo*, cit., p. 116 ss.; V. Onida, *L'ordinamento costituzionale italiano dalla caduta del Fascismo all'avvento della Costituzione repubblicana*, cit., p. 46-47.

⁵⁵⁵ Sul d.lgs.lgt. n. 159/1944, si vedano M. Franzinelli, *L'amnistia Togliatti*, cit., p. 9-10; R. Bianchi Riva, «Per superiori ragioni di giustizia e di pubblico interesse», cit., p. 157-158; G. Fornasari, *Giustizia di transizione e diritto penale*, Torino 2013, p. 15 ss.; M. Donini, *La gestione penale del passaggio dal fascismo alla democrazia*, cit., p. 193 ss.; A. Somma, *Alle origini della Repubblica italiana*, cit., p. 94 ss.; M. Cardia, *L'epurazione del Senato del Regno*, cit., p. 41 ss.; R. Canosa, *Storia dell'epurazione in Italia*, cit., p. 48 ss.; H. Woller, *I conti con il fascismo*, cit., p. 193 ss.; V. Onida, *L'ordinamento costituzionale italiano dalla caduta del Fascismo all'avvento della Costituzione repubblicana*, cit., p. 51 ss.

⁵⁵⁶ Sia consentito di rinviare ad A. Ridolfi, *La giurisdizione durante il regime costituzionale provvisorio e la sua valutazione nella giurisprudenza successiva*, cit., p. 50 ss.; M. Franzinelli, *L'amnistia Togliatti*, cit., p. 13 ss.; G. Volpe, *Storia costituzionale degli italiani, II*, cit., p. 421 ss.; M. Cardia, *L'epurazione del Senato del Regno*, cit., p. 66 ss.; R. Canosa, *Storia dell'epurazione in Italia*, cit., p. 375 ss.; H. Woller, *I conti con il fascismo*, cit., p. 569 ss.

Togliatti per scopi di pacificazione nazionale⁵⁵⁷, la cui applicazione portò alla scarcerazione di molti esponenti del Regime, finanche quelli imputati di gravissimi reati. Un ruolo fondamentale nel freno delle epurazioni è stato svolto, inoltre, anche dall'autorità giudiziaria⁵⁵⁸, che, nell'ammettere prima l'impugnazione delle pronunce dell'Alta Corte di Giustizia, e poi nel riformarle, ha contribuito a far naufragare numerosi procedimenti⁵⁵⁹.

Questo sostanziale fallimento risulta molto evidente non solo per quanto riguarda la magistratura⁵⁶⁰, ma anche per quanto riguarda gli apparati militari e di sicurezza⁵⁶¹, e la stessa Università non fa eccezione in questo senso – si parla, non a caso, di continuità necessaria⁵⁶² –, a maggior ragione visti alcuni emblematici casi di docenti esponenti di primo piano del Regime, incredibilmente riabilitati in seguito⁵⁶³. I tre giuspubblicisti in questione sembrano costituire, quindi, la classica eccezione che conferma la regola. Per la verità, essi non furono gli unici docenti colpiti da provvedimenti di allontanamento dalla cattedra. Tra i giuristi dell'Università *La Sapienza* si possono citare Sergio Panunzio⁵⁶⁴ – morto poco dopo

⁵⁵⁷ Sulla Amnistia Togliatti, si vedano M. Franzinelli, *L'amnistia Togliatti*, cit., p. 43 ss.; G. Volpe, *Storia costituzionale degli italiani*, II, cit., p. 424-425; G. Fornasari, *Giustizia di transizione e diritto penale*, cit., p. 22 ss.; M. Donini, *La gestione penale del passaggio dal fascismo alla democrazia*, cit., p. 189, 206 ss.; A. Somma, *Alle origini della Repubblica italiana*, cit., p. 112 ss.; R. Canosa, *Storia dell'epurazione in Italia*, cit., p. 327 ss.; H. Woller, *I conti con il fascismo*, cit., p. 533 ss.

⁵⁵⁸ Sul ruolo dei giudici nella transizione, si vedano A. Bavarelli, *Magistrati in Emilia-Romagna. Carriere, limiti e virtù tra regime ed epurazione*, in *Le Carte e la Storia* 2010, n. 2, p. 181 ss.; A. Meniconi, *Storia della magistratura italiana*, Bologna 2012, p. 247 ss., 267 ss.; A.M. Di Sefano, *Da Salò alla Repubblica*, cit., p. 123 ss.; G. Focardi, C. Nubola (a cura di), *Nei tribunali. Pratiche e protagonisti della giustizia di transizione nell'Italia repubblicana*, Bologna 2015.

⁵⁵⁹ Si vedano, in proposito, R. Bianchi Riva, «Per superiori ragioni di giustizia e di pubblico interesse», cit., p. 158 ss.; G. Volpe, *Storia costituzionale degli italiani*, II, cit., p. 424; M. Donini, *La gestione penale del passaggio dal fascismo alla democrazia*, cit., p. 202 ss.; A. Somma, *Alle origini della Repubblica italiana*, cit., p. 114 ss.; R. Canosa, *Storia dell'epurazione in Italia*, cit., spec. p. 341 ss., 359 ss.

⁵⁶⁰ Sia consentito il rinvio ad A. Meniconi, *Storia della magistratura italiana*, cit., p. 249 ss.; A. Ridolfi, *La giurisdizione durante il regime costituzionale provvisorio e la sua valutazione nella giurisprudenza successiva*, cit., p. 48 ss.

⁵⁶¹ Rinvio, in proposito, a D. Conti, *Gli uomini di Mussolini. Prefetti, questori, e criminali di guerra dal fascismo alla Repubblica italiana*, Torino 2017.

⁵⁶² Si vedano A. Ridolfi, *La giurisdizione durante il regime costituzionale provvisorio e la sua valutazione nella giurisprudenza successiva*, cit., p. 51 ss.; G. Montroni, *La continuità necessaria. Università e professori dal fascismo alla Repubblica*, Milano 2016; F. Pelini, I. Pavan, *La doppia epurazione. L'Università di Pisa e le leggi razziali tra guerra e dopoguerra*, Bologna 2009. p. 119 ss.

⁵⁶³ Si veda, in proposito, B. Raggi, *Baroni di razza. Come l'Università del dopoguerra ha riabilitato gli esecutori delle leggi razziali*, Ariccia 2012, spec. p. 21 ss., ove cita tra i casi emblematici quello di Giacomo Acerbo.

⁵⁶⁴ Sulla figura di Panunzio, si vedano S. Prisco, *La rappresentanza politica e la rappresentanza degli interessi*, cit., p. 9 ss.; M. Caravale, *Una incerta idea*, cit., p. 105 ss., 128 ss., 165-166; F. Lanchester, *Panunzio, Sergio*, in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. 81, in http://www.treccani.it/enciclopedia/sergio-panunzio_%28Dizionario-Biografico%29/; D. Ippolito, *Panunzio, Sergio sr.*, in AA.VV., *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., tomo II, p. 1500 ss.; G. Parlato, *Panunzio, Sergio*, in V. de Grazia, S. Luzzatto, *Dizionario del fascismo*, II, cit., p. 305-306; T.E. Frosini, *Panunzio, Sergio*, in M. Ainis, *Dizionario costituzionale*, cit., p. 329-330; P. Grossi, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 150 ss.; G. Cianferotti, *Il pensiero di V.E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, cit., p. 266 ss.

l'allontanamento –, Giuseppe Bottai⁵⁶⁵, Pier Silverio Leicht⁵⁶⁶, e lo stesso Pietro De Francisci⁵⁶⁷, in seguito riabilitato⁵⁶⁸.

Per quanto riguarda, invece, le epurazioni nell'ambito del Senato⁵⁶⁹, va rilevato che esso, pur non essendo stato sciolto (o soppresso) come la Camera dei Fasci e delle Corporazioni⁵⁷⁰, rimase in una situazione di limbo⁵⁷¹, e venne reso impotente proprio con l'epurazione⁵⁷². L'Alto Commissario per le sanzioni contro il fascismo, Carlo Sforza⁵⁷³, aveva diviso i senatori epurabili in sei diverse categorie – la più numerosa delle quali era la sesta –, a seconda dell'imputazione che veniva loro attribuita. In virtù di ciò, egli deferì all'Alta Corte di Giustizia per il giudizio sulla decadenza *ex art. 8 d.lgs.lgt. n. 159/1944* ben 303 senatori (tra cui i tre giuristi in questione)⁵⁷⁴, a cui se ne aggiunsero ulteriori ad opera degli Alti Commissari succeduti a Sforza: alla data del 1 ottobre 1945, risultavano deferiti 303 senatori ad opera di Sforza, 6 ad opera di Boeri ed ulteriori 85 ad opera di Nenni⁵⁷⁵, a cui se ne aggiunsero ulteriori 5 nel 1946, con la conseguenza che, alla fine, furono deferiti

⁵⁶⁵ Sulla figura di Bottai, si vedano S. Cassese, *Bottai, Giuseppe*, in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. 13, Roma 1971, p. 389 ss.; E. Gentile, *Le origini dell'ideologia fascista (1918-1925)*, Roma-Bari 1975, p. 295 ss.; G. Cianferotti, *Il pensiero di V.E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, cit., p. 248 ss.; G. Bedeschi, *La fabbrica delle ideologie. Il pensiero politico nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari 2002, p. 165 ss.; L. Di Nucci, *Bottai, Giuseppe*, in V. de Grazia, S. Luzzatto, *Dizionario del fascismo*, I, cit., p. 194 ss.; G.B. Guerri, *Giuseppe Bottai*, III ed., Milano 2010; A. Gagliardi, *Bottai, Giuseppe*, in AA.VV., *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., tomo I, p. 319-320; M.G. Bottai, *Giuseppe Bottai, mio padre. Una biografia privata e politica*, Milano 2015.

⁵⁶⁶ Si vedano G. Ferri, *Leicht, Pier Silverio*, in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. 64, Roma 2005, p. 315 ss.; Id., *Leicht, Pier Silverio*, in AA.VV., *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., tomo I, p. 1161-1162.

⁵⁶⁷ Su De Francisci, si vedano G. Cianferotti, *Il pensiero di V.E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, cit., p. 253 ss.; C. Lanza, *De Francisci, Pietro*, in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. 36, Roma 1988, p. 63 ss.; Id., *De Francisci, Pietro*, in AA.VV., *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., tomo I, p. 675 ss.

⁵⁶⁸ Si vedano G. Montroni, *La continuità necessaria*, cit., p. 29-30; G. Acerbi, *Le leggi antiebraiche e razziali italiane ed il ceto dei giuristi*, cit., p. 193.

⁵⁶⁹ Si vedano R. Canosa, *Storia dell'epurazione in Italia*, cit., p. 163 ss.; M. Cardia, *L'epurazione del Senato del Regno*, cit., p. 33 ss.; A. Pezzana, *Il Senato del Regno dal 1922 al 1946*, cit., p. 159 ss.

⁵⁷⁰ Di scioglimento parlano M. Mazziotti di Celso, *Parlamento, II. Diritto costituzionale, a) Principi generali e funzioni*, vol. XXXI, Milano 1981, p. 757 ss.; R. Canosa, *Storia dell'epurazione in Italia*, cit., p. 5; A. Pezzana, *Il Senato del Regno dal 1922 al 1946*, cit., p. 105; A. Mastropaolo, *L'enigma presidenziale. Rappresentanza politica e Capo dello Stato dalla monarchia alla Repubblica*, Torino 2017, p. 60-61. Di soppressione parla, invece, M. Cardia, *L'epurazione del Senato del Regno*, cit., p. 28. Per ulteriori approfondimenti sulla questione, sia consentito il rinvio ad A. Ridolfi, *La giurisdizione durante il regime costituzionale provvisorio e la sua valutazione nella giurisprudenza successiva*, cit., p. 12 (nota 48).

⁵⁷¹ Rinvio, a questo proposito, a M. Cardia, *L'epurazione del Senato del Regno*, cit., p. 25 ss., la quale sottolinea come il Senato fosse stato abolito dapprima dalla R.S.I. con il d.lgs. del Duce n. 867/1943, e solo successivamente dallo Stato italiano con il d.lgs. n. 48/1946, che affidava alla Assemblea Costituente la competenza a deliberare sulla situazione giuridica dei senatori. In virtù di ciò, l'Assemblea Costituente il 29 ottobre 1947 dichiarò la decadenza di tutti i senatori dalla carica, sopprimendo definitivamente il Senato il 3 novembre 1947 con l'approvazione della l. cost. n. 3/1947. Si vedano, in proposito, anche A. Pezzana, *Il Senato del Regno dal 1922 al 1946*, cit., p. 41, 103-104, 126 ss.; V. Onida, *L'ordinamento costituzionale italiano dalla caduta del Fascismo all'avvento della Costituzione repubblicana*, cit., p. 15, 168-169.

⁵⁷² Di impotenza parla M. Mazziotti di Celso, *Parlamento, II, Principi generali e funzioni*, cit., p. 758. Basti pensare che, alla fine, furono solo 32 i senatori non deferiti all'Alta Corte di Giustizia. Per l'elenco completo, si veda M. Cardia, *L'epurazione del Senato del Regno*, cit., p. 157.

⁵⁷³ Sulla figura del conte Sforza, si vedano E. Di Nolfo, *Carlo Sforza, diplomatico e oratore*, in C. Sforza, *Discorsi parlamentari*, Bologna 2006, p. 13 ss.; L. Zeno, *Ritratto di Carlo Sforza*, Firenze 1975. Per un ricordo autobiografico, si veda C. Sforza, *L'Italia dal 1914 al 1944 quale io la vidi*, Roma 1944, p. 208 ss.

⁵⁷⁴ Si vedano M. Cardia, *L'epurazione del Senato del Regno*, cit., p. 54 ss.; A. Pezzana, *Il Senato del Regno dal 1922 al 1946*, cit., p. 173 ss. (che parla, però, di 307 senatori deferiti).

⁵⁷⁵ Si vedano, in proposito, M. Cardia, *L'epurazione del Senato del Regno*, cit., p. 84 ss., spec. p. 90; A. Pezzana, *Il Senato del Regno dal 1922 al 1946*, cit., p. 177.

ben 399 senatori⁵⁷⁶. Come è noto, poi, quasi tutte le dichiarazioni di decadenza furono annullate in seguito dalla Cassazione – solo 43 senatori vennero considerati definitivamente decaduti⁵⁷⁷ –, una piccola parte (32 senatori) prima della definitiva soppressione del Senato, la grande maggioranza dopo la definitiva soppressione del Senato⁵⁷⁸.

Quanto alla giurisprudenza sulle sanzioni contro il fascismo, mi sembra emergere nettamente l'orientamento che negava la possibilità di mettere in discussione le sanzioni dal punto di vista della loro legittimità⁵⁷⁹. La giurisprudenza, in questo senso, era unanime rispetto a una dottrina e ad un mondo politico assai più diviso al proprio interno⁵⁸⁰. L'impossibilità di mettere in discussione le sanzioni si esplicitava o con l'affermazione della loro legittimità – si possono citare in proposito Cass., 6 novembre 1944 (*Dumini*)⁵⁸¹, Cass. Milano, 13 giugno 1945 (*Zunino*)⁵⁸², e Cass. Milano, 16 luglio 1945 (*Raimondi*)⁵⁸³ –, oppure negando al giudice la possibilità di sindacarle – si possono citare, in proposito, Cass. Milano, 3 agosto 1945 (*Pirrone*)⁵⁸⁴, e Cass. Milano, 25 giugno 1946 (*Cappelli*)⁵⁸⁵ –.

2. Un breve profilo dei tre giuspubblicisti epurati

2.1. Santi Romano

Dei tre giuspubblicisti presi in esame, Santi Romano è senza dubbio il docente con il profilo politico meno accentuato. Benché all'atto della sua epurazione fosse un personaggio di primo piano dell'Italia fascista e avesse accettato onori e prebende da parte del Regime, Santi Romano aveva conquistato la sua fama ben prima della Marcia su Roma, divenendo, insieme al suo Maestro, Vittorio Emanuele Orlando, il massimo esponente della scuola giuspubblicistica italiana⁵⁸⁶. Proprio in virtù della notorietà precedente, è discusso se la sua adesione al fascismo sia da intendersi come una collaborazione tecnica, che ha avuto, anzi, il merito di isolare le tendenze più estremistiche⁵⁸⁷, o se, invece, abbia avuto il significato di

⁵⁷⁶ Per l'elenco dei senatori deferiti, si veda M. Cardia, *L'epurazione del Senato del Regno*, cit., p. 159 ss.

⁵⁷⁷ L'elenco dei senatori definitivamente decaduti è in M. Cardia, *L'epurazione del Senato del Regno*, cit., p. 186.

⁵⁷⁸ L'elenco è in A. Pezzana, *Il Senato del Regno dal 1922 al 1946*, cit., p. 203 ss.; M. Cardia, *L'epurazione del Senato del Regno*, cit., p. 173.

⁵⁷⁹ Per una analisi della giurisprudenza sul tema della legittimità delle sanzioni contro il fascismo, si veda R. Bianchi Riva, «*Per superiori ragioni di giustizia e di pubblico interesse*», cit., p. 162 ss.

⁵⁸⁰ Cfr., in proposito, M. Donini, *La gestione penale del passaggio dal fascismo alla democrazia*, cit., p. 197 ss.

⁵⁸¹ *Repertorio de Il Foro italiano* 1946, voce *Fascismo (sanzioni contro il)*, col. 398, n. 141.

⁵⁸² *Ivi*, col. 394, n. 91-92.

⁵⁸³ *Ivi*, n. 93-94.

⁵⁸⁴ *Ivi*, n. 95-96.

⁵⁸⁵ *Ivi*, n. 97.

⁵⁸⁶ Sulla scuola giuspubblicistica nazionale, in particolare, si vedano G. Cianferotti, *Il pensiero di V.E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, cit., p. 190 ss.; L. Ferrajoli, *La cultura giuridica del Novecento*, II ed., Roma-Bari 1999, p. 20 ss.; G. Azzariti, *Forme e soggetti della democrazia pluralista. Considerazioni su continuità e discontinuità dello Stato costituzionale*, Torino 2000, p. 19 ss.; F. Lanchester, *Pensare lo Stato. I giuspubblicisti nell'Italia unitaria*, Roma-Bari 2004; A. Romano, *Nota bio-bibliografica*, cit., p. 844 ss.

⁵⁸⁷ In questo senso, si veda L. Ferrajoli, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, cit., p. 38 (ove parla di adesione di Romano al fascismo, al pari di quella di Ranelletti e di Manzini) e 46 (ove sottolinea che il prestigio della tradizione impersonata da Orlando e Romano riuscì a tenere a freno le spinte di Costamagna e Panunzio, i quali proponevano la rottura della continuità e la rifondazione dello Stato sulla base di una esplicita costituzionalizzazione dei principi del fascismo e del corporativismo). Perplessità sulla collaborazione meramente tecnica sono sollevate da F. Coccozza, *Santi*

una vera e propria scelta convinta⁵⁸⁸. Anticipando quelle che sono le mie conclusioni, dico subito che tendo a propendere per la seconda ipotesi.

Il controverso rapporto di Romano con il fascismo emerge proprio dalla comparazione con altri due studiosi siciliani di diritto costituzionale della sua epoca, Vittorio Emanuele Orlando e Gaetano Mosca⁵⁸⁹. Se è vero, infatti, che tutti e tre hanno avuto una singolare simmetria di vita⁵⁹⁰, è soprattutto il rapporto con il fascismo che segna una profonda differenza tra di essi. Mosca ed Orlando, come tanti esponenti della classe politica liberale, all'inizio ebbero una qualche simpatia per il fascismo – in un simile equivoco cadde lo stesso Croce⁵⁹¹ –, ma poi, con l'assassinio di Matteotti e la svolta autoritaria⁵⁹², passarono decisamente all'opposizione⁵⁹³: Orlando si dimise da deputato⁵⁹⁴, e, per non giurare fedeltà al fascismo, nel 1931 chiese ed ottenne il collocamento a riposo⁵⁹⁵; Mosca, che Michels addirittura inseriva tra i padri nobili del fascismo⁵⁹⁶, non solo fu tra i primi firmatari del

Romano Presidente del Consiglio di Stato, cit., p. 1240, secondo cui Romano non era esente dal limite più tipico della cultura giuridica tradizionale, ovverosia quello di credere fermamente nella «neutralità» della scienza, «neutralità» che egli trasferiva anche all'altra attività da lui posta in essere, quella svolta nel Consiglio di Stato: trincerandosi dietro lo scudo della tecnicità e della neutralità del suo ruolo, egli poteva offrire tranquillamente la propria collaborazione al governo fascista, incontrando la piena comprensione di tutti gli ambienti giuridici.

⁵⁸⁸ In questo senso, si veda M. Fotia, *Il liberalismo incompiuto*, cit., p. 151, secondo il quale la legittimazione che la collaborazione di Santi Romano arreca al regime fascista è non solo di natura tecnico-giuridica, ma anche ideologica. In questa ottica, prosegue Fotia (ivi, p. 153), la nomina al Consiglio di Stato e a senatore del Regno non sono altro che pubblici riconoscimenti del leale lavoro svolto a servizio del Regime.

⁵⁸⁹ Anche sulle figure di Mosca ed Orlando, una bibliografia completa sarebbe praticamente impossibile per ragioni di spazio. Oltre al già citato lavoro di Cianferotti, mi limito a segnalare A.C. Jemolo, *Anni di prova*, Vicenza 1969, p. 159 ss.; P. Alatri, *Lineamenti di storia del pensiero politico moderno, II. Da Marx a Marcuse*, Messina 1975, p. 140 ss.; G. Sola, *Introduzione*, in G. Mosca, *Scritti politici*, a cura di G. Sola, Torino 1982, p. 7 ss.; L. Borsi, *Classe politica e costituzionalismo: Mosca, Arcoleo, Maranini*, Milano 2000, p. 25 ss.; T.E. Frosini, *Mosca, Gaetano*, in M. Aini, *Dizionario costituzionale*, cit., p. 307; Id., *Orlando, Vittorio Emanuele*, ivi, p. 327; P. Grossi, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 34 ss., 67 ss.; M. Fioravanti, *La scienza del diritto pubblico*, cit., p. 67 ss., 181 ss., 201 ss., 371 ss.; M. Fotia, *Il liberalismo incompiuto*, cit., p. 23 ss., 77 ss.; C. Pinelli, «Un errore quasi necessario». *Il suffragio universale nel pensiero di Gaetano Mosca*, in *Quaderni costituzionali* 2001, n. 1, pp. 155 ss.; A. Panebianco, *Gaetano Mosca, studioso e uomo politico*, in G. Mosca, *Discorsi parlamentari*, Bologna 2003, p. 13 ss.; C. Malandrino, *Mosca, Gaetano*, in V. de Grazia, S. Luzzatto, *Dizionario del fascismo, II*, cit., p. 173-174; N. Bobbio, *Saggi sulla scienza politica in Italia*, Ristampa II ed., Roma-Bari 2005, p. 159 ss., 181 ss., 201 ss.; A. Passerin d'Entrèves, *Potere e libertà politica in una società aperta*, Bologna 2005, p. 149 ss.; F. Lanchester, *Gaetano Mosca e il costituzionalismo italiano*, in *Democrazia e diritto* 2011, n. 1-2, pp. 79 ss.; G. Azzariti, *Il liberalismo autoritario e la costruzione dello Stato italiano. Vittorio Emanuele Orlando, un liberale al servizio dello Stato*, ivi, p. 117 ss.; S. Caruso, *Mosca, Gaetano*, in AA.VV., *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., tomo II, p. 1389 ss.; L. Nivarra, *Orlando, Vittorio Emanuele*, ivi, p. 1465 ss.; V. Teotonico, *La sovranità nel pensiero e nell'opera di Vittorio Emanuele Orlando*, in *Rivista AIC* 2017, n. 4 (12-10-2017).

⁵⁹⁰ Si veda M. Fotia, *Il liberalismo incompiuto*, cit., p. 179 ss.

⁵⁹¹ Si vedano P.G. Zunino, *Interpretazione e memoria del fascismo. Gli anni del regime*, Ristampa, Roma-Bari 2000, p. 111 ss.; G. Bedeschi, *La fabbrica delle ideologie*, cit., p. 205 ss.; Id., *Liberalismo vero e falso*, Firenze 2008, p. 125 ss.; N. Bobbio, *Politica e cultura*, II ed., a cura di F. Sbarberi, Torino 2005, spec. p. 177 ss.

⁵⁹² Sull'annichilimento della funzione parlamentare dopo il 1925, si veda P. Calamandrei, *La funzione parlamentare sotto il fascismo*, in AA.VV., *Il centenario del Parlamento: 8 maggio 1848 – 8 maggio 1948*, Roma 1948, p. 261 ss., spec. p. 270 ss.

⁵⁹³ Sul rapporto di Mosca ed Orlando con il fascismo, si vedano G. Sola, *Introduzione*, cit., p. 76 ss.; M. Fotia, *Il liberalismo incompiuto*, cit., p. 212 ss.; G. Bedeschi, *La fabbrica delle ideologie*, cit., p. 212 ss.; A. Panebianco, *Gaetano Mosca, studioso e uomo politico*, cit., p. 26 ss.; N. Bobbio, *Saggi sulla scienza politica in Italia*, cit., p. 197 ss.; S. Fedele, *Vittorio Emanuele Orlando tra fascismo e postfascismo*, in *Humanities* 2013, vol. II, n. 4, p. 41 ss.

⁵⁹⁴ Si veda S. Fedele, *Vittorio Emanuele Orlando tra fascismo e postfascismo*, cit., p. 44; M. Fotia, *Il liberalismo incompiuto*, cit., p. 220.

⁵⁹⁵ Si veda S. Fedele, *Vittorio Emanuele Orlando tra fascismo e postfascismo*, cit., p. 45. È da rilevare, peraltro, che il collocamento a riposo di Orlando portò Santi Romano, fino a quel momento incaricato di Diritto Amministrativo, ad assumere l'incarico di Diritto Costituzionale, su designazione del suo stesso Maestro (sottolinea questo aspetto A. Romano, *Nota bio-bibliografica*, cit., p. 850).

⁵⁹⁶ Si veda R. Michels, *Socialismo e fascismo (1925-1934)*, a cura di G. Panella, Milano 1991, p. 55 ss., spec. p. 74-75.

Manifesto degli intellettuali antifascisti di Croce⁵⁹⁷, ma parlò sia contro il disegno di legge sulle associazioni⁵⁹⁸, che contro la legge fascistissima sulle attribuzioni del Primo Ministro⁵⁹⁹, in un dei discorsi parlamentari più nobili mai pronunciati⁶⁰⁰. Ben diverso, invece, l'atteggiamento di Santi Romano, il quale, anzi, non solo venne nominato nelle commissioni per le riforme costituzionali istituite dal fascismo⁶⁰¹, ma prese anche la tessera del P.N.F. (nell'ottobre 1928) e accettò la nomina a Presidente del Consiglio di Stato. È stato detto, anzi, che la sua collaborazione con il Regime non può destare meraviglia proprio in base alle sue stesse premesse teoriche⁶⁰².

Né può essere taciuto il coinvolgimento di Romano in una delle pagine più ripugnanti dell'Italia fascista, le leggi razziali⁶⁰³. Certamente, il coinvolgimento di Romano è minore di quello dei giuristi militanti che cercarono di dare un vero e proprio fondamento alle teorie razziste, ma non può essere negato il fatto che egli diede il suo esplicito assenso – alcuni passi della sua lettera di accettazione furono pubblicati nel primo numero della stessa rivista – a fare parte del Comitato Scientifico della rivista *Il diritto razzista*, diretta da Stefano Maria Cutelli⁶⁰⁴. È discutibile se l'adesione al Comitato Scientifico di una rivista comporti automaticamente l'accettazione integrale di tutto ciò che viene pubblicato in essa, ma non si può comunque discutere che lo scopo della rivista fosse quello di fare propaganda della

⁵⁹⁷ Per una ricostruzione storica, rinvio a E.R. Papa, *Storia di due manifesti. Il fascismo e la cultura italiana*, Milano 1958; G. Bedeschi, *La fabbrica delle ideologie*, cit., p. 212 e 270; Id., *Liberalismo vero e falso*, cit., p. 131; N. Bobbio, *Politica e cultura*, cit., p. 192.

⁵⁹⁸ Si veda G. Mosca, *Discorsi parlamentari*, cit., p. 355 ss.

⁵⁹⁹ Ivi, p. 359 ss.

⁶⁰⁰ Sull'importanza di questo discorso si soffermano G. Sola, *Introduzione*, cit., p. 77-78; A. Panebianco, *Gaetano Mosca, studioso e uomo politico*, cit., p. 27-28; N. Bobbio, *Saggi sulla scienza politica in Italia*, cit., p. 179

⁶⁰¹ Sulla Commissione dei Quindici e dei Diciotto, si vedano M. Fotia, *Il liberalismo incompiuto*, cit., p. 152-153; R. Martucci, *Storia costituzionale italiana. Dallo Statuto albertino alla Repubblica (1848-2001)*, Roma 2002, p. 205 ss.; A. Aquarone, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, III ed., Torino 2003, p. 52 ss.; A. Mastropaolo, *L'enigma presidenziale*, cit., p. 32 ss.; S. Prisco, *Rappresentanza politica e rappresentanza degli interessi*, cit., p. 10.

⁶⁰² Cfr., in proposito, M. Fotia, *Il liberalismo incompiuto*, cit., p. 150 ss., ove sottolinea che la scelta della collaborazione con il fascismo da parte di Romano attingeva ispirazione dal radicale rigetto dell'individualismo liberaldemocratico proprio dell'ideologia nazionalista, in quanto il paradigma politico che non affermava altra libertà se non quella che si organizzava nello Stato risultava convincente per il teorico del pluralismo degli interessi, per cui le spinte conflittuali della società moderna potevano trovare composizione solo nelle superiori istanze dello Stato.

⁶⁰³ Sulla persecuzione dei cittadini di religione ebraica, si vedano R. Zangrandi, *Il lungo viaggio attraverso il fascismo. Contributo alla storia di una generazione*, Milano 1962, p. 407 ss.; L. Salvatorelli, G. Mira, *Storia d'Italia nel periodo fascista*, Milano 1969, vol. II, p. 422 ss.; A.C. Jemolo, *Chiesa e Stato in Italia dalla unificazione ai nostri giorni*, IV ed. Torino 1977, p. 261 ss.; R. De Felice, *Storia degli ebrei italiani sotto il fascismo*, IV ed., Torino 1993, spec. p. 235 ss., 344 ss.; P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, 4. *L'Età dei totalitarismi e della democrazia*, Roma-Bari 2001, p. 293 ss.; M. Sarfatti, *Leggi razziali*, in V. de Grazia, S. Luzzatto, *Dizionario del fascismo*, II, cit., p. 21 ss.; G. Gabrielli, *Razzismo*, ivi, p. 470 ss., spec. p. 474 ss.; G. Luzzatto Voghera, *Antisemitismo*, in V. de Grazia, S. Luzzatto, *Dizionario del fascismo*, I, cit., p. 80 ss.; E. Collotti, *Il fascismo e gli ebrei. Le leggi razziali in Italia*, Ristampa, Roma-Bari 2006, p. 40 ss., 58 ss., 80 ss.; C. Piperno, *Le leggi razziali del 1938-1939*, in M. Stipo (a cura di), *Studi per il centenario della GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA (1903) di Cino Vitto. Atti dei Convegni Roma, 21 novembre 2003 e 16 luglio 2004 Consiglio di Stato – Palazzo Spada*, Roma 2006, p. 229 ss.; A. Pezzana, *Il Senato del Regno dal 1922 al 1946*, cit., p. 51 ss.; L. Garlati, T. Vettor (a cura di), *Il diritto di fronte all'infamia nel diritto. A 70 anni dalle leggi razziali*, Milano 2009; F. Pelini, I. Pavan, *La doppia epurazione*, cit., p. 17 ss.; G.B. Guerri, *Giuseppe Bottai*, cit., p. 229 ss.; S. Gentile, *La legalità del male. L'offensiva mussoliniana contro gli Ebrei nella prospettiva storico-giuridica (1938-1946)*, Torino 2013; G. Acerbi, *Le leggi antiebraiche e razziali italiane ed il ceto dei giuristi*, cit., p. 27 ss.; G. Volpe, *Storia costituzionale degli italiani*, II, cit., p. 321 ss.

⁶⁰⁴ Si vedano, in proposito, G. Acerbi, *Le leggi antiebraiche e razziali italiane ed il ceto dei giuristi*, cit., p. 136 ss.; S. Gentile, *La legalità del male*, cit., p. 48; R. De Felice, *Storia degli ebrei italiani sotto il fascismo*, cit., p. 379-380.

legislazione razziale, ragion per cui la difesa romaniana sulla collaborazione meramente “tecnica” con il Regime si rivela debolissima in questo caso.

L’atteggiamento di sostanziale indifferenza nei riguardi del razzismo di Stato, tuttavia, può essere compreso se si tiene presente l’idea che Santi Romano aveva di uguaglianza. Nella VII Edizione del *Corso di diritto costituzionale*, pubblicata ben 5 anni dopo l’approvazione delle leggi razziali, egli elencava la razza come la prima condizione che influiva sulla capacità di diritto pubblico dei cittadini metropolitani⁶⁰⁵. Tutto questo, a suo avviso, non era in contraddizione con gli artt. 24 e 25 dello Statuto albertino, che sancivano l’uguaglianza di tutti cittadini nei loro diritti e nei loro obblighi⁶⁰⁶. Egli negava, infatti, che l’uguaglianza desse luogo ad uno speciale diritto di libertà, in quanto esso concerneva anche altre categorie di diritti, nonché i doveri dei cittadini e in genere l’intera loro capacità, anche se poi ammetteva che il principio in questione si risolvesse niente altro che in un criterio di interpretazione del diritto oggettivo, più che in un diritto soggettivo a sé stante⁶⁰⁷, affermazione che era identica a quella contenuta nella IV Edizione, pubblicata dieci anni prima⁶⁰⁸. D’altra parte, ancor prima delle leggi razziali, Romano aveva affermato che l’uguaglianza era un principio generale che faceva salve le eccezioni determinate dalle leggi, e comunque non impediva che ad una diversa condizione corrispondesse una diversa capacità⁶⁰⁹. È sintomatico, inoltre, che questa affermazione fosse già contenuta ne *Il diritto pubblico italiano*, scritto intorno al 1914, quando il fascismo era ancora da venire⁶¹⁰.

Si potrebbe aggiungere anche che Romano ha sempre avuto una visione funzionalistica e recessiva delle libertà, tanto che le *Lezioni di diritto costituzionale* tenute all’Università di Modena nell’anno accademico 1906-1907 – in piena epoca giolittiana – si arrestano alla giurisdizione, e non prendono affatto in esame la materia dei diritti e delle libertà⁶¹¹. Ad ulteriore conferma della svalutazione delle libertà si potrebbe, infine, invocare il fatto che sia nel manualetto curato insieme a Virginio Feroci nel 1927, *Principi generali del diritto e diritto costituzionale*, sia nella II Edizione del suo *Corso di diritto costituzionale* del 1928, Romano tratti delle libertà in maniera formalistica, limitandosi ad illustrare le disposizioni dello Statuto, senza porsi minimamente il problema della compatibilità di esse con la legislazione liberticida del biennio 1925-1926⁶¹².

⁶⁰⁵ Si veda S. Romano, *Corso di diritto costituzionale*, VII ed., Padova 1943, p. 184 ss.

⁶⁰⁶ Ivi, p. 190.

⁶⁰⁷ Ivi, p. 416-417.

⁶⁰⁸ Si veda S. Romano, *Corso di diritto costituzionale*, IV ed., Padova 1933, p. 360-361.

⁶⁰⁹ Ivi, p. 153.

⁶¹⁰ Si veda S. Romano, *Il diritto pubblico italiano*, Milano 1988, p. 82-83.

⁶¹¹ Si veda S. Romano, *Lezioni di diritto costituzionale. Appunti raccolti e compilati da Augusto Romani e Augusto Marroni. Università di Modena, Anno 1906-1907*, s.e. (probabilmente, Modena 1907). Sono molto grato al Prof. Marco Franchini di avermi dato la possibilità di venire in possesso di questa rara opera.

⁶¹² Sottolinea questo aspetto M. Caravale, *Una incerta idea*, cit., p. 186-187. Sulla legislazione liberticida del biennio 1925-1926, si vedano P. Calamandrei, *La funzione parlamentare sotto il fascismo*, cit., p. 275-276; L. Salvatorelli, G. Mira, *Storia d’Italia nel periodo fascista*, cit., vol. I, p. 367 ss.; V. Castronovo, *La stampa italiana dall’Unità al fascismo*, Roma-Bari 1973, p. 342 ss.; R. Martucci, *Storia costituzionale italiana*, cit., p. 208 ss.; A. Aquarone, *L’organizzazione dello Stato totalitario*, cit., p. 47 ss.; R. D’Alfonso, *Costruire lo Stato forte*, cit., p. 173 ss.; S. Cassese, *Lo stato fascista*, Bologna 2010, p. 16 ss., 49 ss.; G. Volpe, *Storia costituzionale degli italiani, II*, cit., p. 235 ss.; S. Prisco, *Rappresentanza politica e rappresentanza degli interessi*, cit., p. 12.

Per quanto riguarda l'epurazione, la posizione di Romano era simile a quella di un altro giurista de *La Sapienza*, anch'egli senatore, membro della Commissione dei Diciotto, nonché del Comitato Scientifico del *Il diritto razzista*, il già citato Pier Silverio Leicht, che venne allontanato dalla cattedra universitaria e radiato dall'Accademia dei Lincei⁶¹³. La principale differenza tra i due fu che Leicht, essendo professore di ruolo, venne sottoposto a procedimento di epurazione, e, alla fine, dispensato dal servizio, laddove, invece, l'espulsione di Romano dall'Università fu molto più semplice, essendo un semplice incaricato, e non godendo perciò delle garanzie di inamovibilità che la Riforma Gentile aveva previsto a tutela della libertà di insegnamento dei docenti di ruolo (art. 20 r.d. n. 2102/1923)⁶¹⁴.

Per quanto riguarda l'epurazione dal Senato – Romano era stato nominato senatore il 6 aprile 1934 e convalidato il 4 maggio 1934 – fu chiesta la sua decadenza il 7 agosto 1944 per la sesta categoria di epurabili, ovverosia per avere mantenuto il fascismo e resa possibile la guerra sia con i voti sia con azioni individuali tra cui la propaganda esercitata dentro e fuori il Senato⁶¹⁵, decadenza che fu dichiarata il 22 marzo 1945⁶¹⁶. Per Leicht, invece, la decadenza da senatore – era stato nominato il 1 marzo 1934 e convalidato il 3 maggio 1934 – fu richiesta il 7 agosto 1944 per la prima categoria di epurabili, ovverosia per avere partecipato al governo dopo il 3 gennaio 1925 (Leicht era stato sottosegretario alla Educazione Nazionale dal 1927 al 1929)⁶¹⁷, e per avere con la sua attività ed i suoi voti contribuito, dapprima come deputato, e poi come senatore a mantenere il regime fascista ed a rendere possibile la guerra, decadenza che fu dichiarata il 30 ottobre 1944⁶¹⁸. La decadenza sia di Leicht che di Santi Romano fu poi annullata dalla Cassazione l'8 luglio 1948, quando Romano era già morto da qualche mese.

Oltre ad essere allontanato dalla Cattedra universitaria ed essere epurato come senatore, Romano venne sottoposto ad epurazione come Presidente del Consiglio di Stato⁶¹⁹, in uno dei pochissimi procedimenti tra gli alti gradi dello Stato a non suscitare particolari reazioni o proteste⁶²⁰. Romano non fu l'unico consigliere di Stato ad essere deferito dall'Alto Commissario, poiché i deferimenti riguardarono oltre metà dei componenti di questa

⁶¹³ Si vedano G. Montroni, *La continuità necessaria*, cit., p. 31; G. Acerbi, *Le leggi antiebraiche e razziali italiane ed il ceto dei giuristi*, cit., p. 193-194.

⁶¹⁴ Sulla Riforma Gentile, sia consentito il rinvio a P. Gasparri, *L'autonomia didattica ed amministrativa degli enti d'istruzione*, in AA.VV., *Atti del Congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione. L'istruzione e il culto, 1: L'istruzione a cura di C.M. Iaccarino*, Vicenza 1967, p. 61 ss., spec. p. 73 ss.; B. Cammarella, *L'istruzione universitaria*, ivi, p. 123 ss., spec. p. 149 ss.; F. Colao, *La libertà di insegnamento e l'autonomia nell'Università liberale. Norme e progetti per l'istruzione superiore in Italia (1848-1923)*, Milano 1995, p. 424 ss.; J. Charnitzky, *Riforma Gentile*, in V. de Grazia, S. Luzzatto, *Dizionario del fascismo*, II, cit., p. 511 ss.; G. Luzzatto, *Università*, ivi, p. 760 ss.; F. Lanchester, *Pensare lo Stato*, cit., p. 27, 38-39; A. Ridolfi, *L'Università pubblica e l'Università privata*, in M. Benvenuti, F. Angelini (a cura di), *Le dimensioni costituzionali dell'istruzione. Atti del Convegno di Roma, 23-24 gennaio 2014*, Napoli 2014, p. 491 ss., spec. p. 503; G. Volpe, *Storia costituzionale degli italiani*, II, cit., p. 216 ss.

⁶¹⁵ Si veda M. Cardia, *L'epurazione del Senato del Regno*, cit., p. 56-57 (nota 79).

⁶¹⁶ Ivi, p. 287.

⁶¹⁷ Ivi, p. 54-55 (nota 71).

⁶¹⁸ Ivi, p. 254-255.

⁶¹⁹ Per una ricostruzione della vicenda, si veda R. Canosa, *Storia dell'epurazione in Italia*, cit., p. 61 ss.

⁶²⁰ Si vedano, a tale proposito, G. Acerbi, *Le leggi antiebraiche e razziali italiane ed il ceto dei giuristi*, cit., p. 192; R. Canosa, *Storia dell'epurazione in Italia*, cit., p. 61.

istituzione (42 consiglieri deferiti su un totale di 75)⁶²¹. I suoi capi di imputazione riguardavano la partecipazione alla vita politica attiva del fascismo come senatore – imputazione di cui era stato oggetto anche nel giudizio sulla decadenza dalla carica –, l’aver dato luogo ad un sistema di favoritismi nell’ambito dello stesso Consiglio di Stato, l’aver collaborato con il governo fascista repubblicano e l’aver compiuto manifestazioni di apologia fascista nel corso del discorso di investitura. Sospeso dal servizio il 3 ottobre 1944, chiese e ottenne il collocamento a riposo il 29 gennaio 1945, mantenendo anche il diritto alla pensione.

D’altra parte, occorre tenere conto del fatto anche che la sua stessa nomina a Presidente del Consiglio di Stato era un atto discutibile, perché in plateale contrasto con la prassi seguita sino a quel momento: pur essendo uno dei massimi studiosi di diritto pubblico, infatti, Santi Romano non aveva avuto alcuna esperienza come consigliere di Stato⁶²². Si potrebbe leggere forse la sua nomina a Presidente come un tentativo di fascistizzare anche la magistratura amministrativa, dopo quella ordinaria⁶²³, e questa è anche la giustificazione che viene data al consigliere Schanzer, il concorrente di Romano, per la sua mancata nomina⁶²⁴. In realtà, la questione è assai più complessa, poiché sulla tesi della fascistizzazione effettiva della magistratura gli studiosi si sono alquanto divisi⁶²⁵, e questo vale, a maggior ragione, per la nomina di Santi Romano.

C’è chi ha visto nella nomina di Romano un esplicito veto nei riguardi del consigliere Schanzer, invisibile al regime in quanto giolittiano, oltre che una scelta dettata dall’esigenza del regime di un rafforzamento intellettuale, attraverso l’assorbimento delle figure più eminenti⁶²⁶. C’è chi, partendo dal discorso di insediamento nella carica e dalla intenzione ivi

⁶²¹ Si veda, in proposito, M. Cardia, *L’epurazione del Consiglio di Stato alla caduta del fascismo*, cit., p. 325, secondo la quale di questi 42, solo 5 consiglieri vennero sanzionati al termine del processo epurativo sia di primo che di secondo grado, mentre nel giudizio di primo grado furono sanzionati 12 magistrati. Quattordici consiglieri, invece, non subirono sanzioni, mentre 18 (più altri 4 a giudizio di epurazione concluso) vennero collocati a riposo. Per una comparazione tra il Consiglio di Stato durante il fascismo e il *Conseil d’Etat* francese durante la Repubblica di Vichy, si veda D. Lochak, *Il «Conseil d’Etat» di Vichy ed il Consiglio di Stato nel periodo fascista*, in Y. Mény, *Il Consiglio di Stato in Francia e in Italia*, Bologna 1994, p. 51 ss.

⁶²² Si vedano, in proposito, F. Cocozza, *Santi Romano Presidente del Consiglio di Stato*, cit., p. 1234; G. Melis, *Santi Romano e il Consiglio di Stato*, cit., p. 6; D. Lochak, *Il «Conseil d’Etat» di Vichy ed il Consiglio di Stato nel periodo fascista*, cit., p. 101.

⁶²³ Sul rapporto tra magistratura e fascismo, sia consentito il rinvio ad A. Ridolfi, *La giurisdizione durante il regime costituzionale provvisorio e la sua valutazione nella giurisprudenza successiva*, cit., p. 51; M. Franzinelli, *L’ammnistia Togliatti*, cit., p. 11 ss.; G. Focardi, *Magistratura e fascismo. L’amministrazione della giustizia in Veneto 1920-1945*, Padova 2012, p. 29 ss.; A. Meniconi, *Storia della magistratura italiana*, cit., p. 143 ss.; O. Abbamonte, *La politica invisibile. Corte di Cassazione e magistratura durante il Fascismo*, Milano 2003; C. Guarneri, *Magistratura*, in V. de Grazia, S. Luzzatto, *Dizionario del fascismo*, II, cit., p. 74 ss.; A. Aquarone, *L’organizzazione dello Stato totalitario*, cit., p. 240 ss.; G. Neppi Modona, *La magistratura e il fascismo*, in *Politica del diritto* 1972, n. 3-4, p. 563 ss.

⁶²⁴ Si vedano, in proposito, G. Melis, *Storia dell’amministrazione italiana*, cit., p. 343; Id., *Santi Romano e il Consiglio di Stato*, cit., p. 5-6.

⁶²⁵ Di una fascistizzazione parziale della magistratura parla M. Benvenuti, *Il pensiero giuridico di Carlo Costamagna nel dibattito su metodo, diritto e Stato durante il regime fascista*, cit., p. 23.

⁶²⁶ Si veda M. Fotia, *Il liberalismo incompiuto*, cit., p. 166 ss., che cita a suffragio di questa tesi le commissioni per la riforma dei codici in cui vi era la presenza dei più importanti giuristi italiani del momento (Vassalli, Scialoja, Carnelutti, Redenti, Calamandrei, Arturo Rocco e Manzini) e il caso di Alberto Beneduce. Qualche perplessità nei riguardi di questa ricostruzione è avanzata da F. Cocozza, *Santi Romano Presidente del Consiglio di Stato*, cit., p. 1234, secondo cui l’indubitabile avversione del regime fascista per Schanzer non esaurisce il quadro delle motivazioni che portarono alla nomina di Santi Romano,

manifestata di non accogliere tendenze espansive del potere del giudice amministrativo⁶²⁷, ha visto in essa una sorta di equivalente della nomina di Mariano D'Amelio a presidente della Cassazione⁶²⁸. In questa ottica, la nomina di Romano era la dimostrazione che, a partire dai suoi vertici, il Consiglio di Stato non era fatto per creare grattacapi al governo per la scarsa indipendenza dei suoi componenti, sia per la nomina politica, sia per il notevole grado di controllo nello svolgimento delle funzioni, e sia per la contiguità con il potere esecutivo, coltivata attraverso le tante missioni extraistituzionali che ai suoi componenti venivano assegnate⁶²⁹. C'è chi, invece, ha negato che la nomina di Romano possa essere vista come un tentativo di fascistizzare l'organo, in primo luogo perché Romano non era certo un fascista della prima ora⁶³⁰, ed anche perché la subordinazione dell'organo al potere esecutivo non sarebbe affatto scontata⁶³¹. A sostegno di questa ultima tesi si potrebbe invocare il fatto che la giurisprudenza sulle leggi razziali del Consiglio di Stato, a differenza di quella della Cassazione, si caratterizzò per un orientamento più garantista⁶³², volto a sminuire ed a circoscrivere il più possibile gli effetti delle disposizioni più ripugnanti della legislazione razziale⁶³³. Tuttavia, ciò non toglie che, a mio avviso, le responsabilità di Santi Romano siano comunque evidenti.

2.2. Maurizio Maraviglia

A differenza di Santi Romano, il profilo di Maurizio Maraviglia è essenzialmente politico, essendo, oltre che avvocato e giornalista, anche tra i fondatori del movimento nazionalista, deputato dal 1924 al 1939, membro del Gran Consiglio del Fascismo dal 1923 al 1929, e con cariche di primo piano nel P.N.F. nel corso degli anni '20. Maraviglia fa parte quindi della componente nazionalista del fascismo, al pari di Alfredo Rocco⁶³⁴, o di Luigi

⁶²⁷ Si veda O. Abbamonte, *La politica invisibile*, cit., p. 78 (nota 161).

⁶²⁸ Ivi, p. 126 (nota 33). In senso simile, si veda anche A. Meniconi, *Storia della magistratura italiana*, cit., p. 154.

⁶²⁹ Si veda O. Abbamonte, *La politica invisibile*, cit., p. 242 ss.

⁶³⁰ Si veda G. Melis, *Santi Romano e il Consiglio di Stato*, cit., p. 6, che sottolinea come Santi Romano avesse chiesto la tessera del P.N.F. solo due mesi prima della sua nomina a Presidente del Consiglio di Stato.

⁶³¹ Ivi, p. 11-12, ove viene sottolineato che nel periodo dal 1929 al 1943 (periodo in cui Santi Romano fu Presidente) non è dato riscontare una fascistizzazione o politicizzazione del Consiglio di Stato sulla base delle 58 nomine intervenute, né è possibile parlare di una mancanza di indipendenza di giudizio nei confronti dell'esecutivo.

⁶³² Per una analisi della giurisprudenza sulle leggi razziali, si vedano G. Acerbi, *Le leggi antiebraiche e razziali italiane ed il ceto dei giuristi*, cit., p. 114 ss.; G.U. Zingales, *La giurisprudenza sulle leggi razziali*, in *Federalismi.it – Focus Human Rights* 2014, n. 2 (20-6-2014); A. Patroni Griffi, *Le leggi razziali ed i giudici: considerazioni sugli spazi dell'ermeneutica giudiziaria nel regime fascista*, in *Le Carte e la Storia* 2016, n. 1, p. 107 ss.

⁶³³ In questo senso, si vedano T. Vettor, *L'esperienza delle leggi razziste tra passato e presente*, in L. Garlati, T. Vettor, *Il diritto di fronte all'infamia nel diritto*, cit., p. 35 ss., spec. p. 45-46; G. Acerbi, *Le leggi antiebraiche e razziali italiane ed il ceto dei giuristi*, cit., p. 117; G.U. Zingales, *La giurisprudenza sulle leggi razziali*, cit., p. 7, 12-13, 17 ss., 27-28, 37-37; A. Patroni Griffi, *Le leggi razziali ed i giudici*, cit., p. 111 ss.

⁶³⁴ Sulla figura di Alfredo Rocco, si vedano P. Ungari, *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, Brescia 1963; P. Alatri, *Lineamenti di storia del pensiero politico moderno*, II, cit., p. 253 ss.; E. Gentile, *Le origini dell'ideologia fascista*, cit., p. 369 ss.; G. Cianferotti, *Il pensiero di V.E. Orlando e la giurispubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, cit., p. 221 ss.; F. Valentini, *Il pensiero politico contemporaneo*, II ed., Roma-Bari 1995, p. 320 ss.; G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto*, III. *Ottocento e Novecento*, a cura di C. Faralli, Roma-Bari 2001, p. 311-312; G. Bedeschi, *La fabbrica delle ideologie*, cit., p. 257 ss.; M. Sbriccoli, *Rocco, Alfredo*, in V. de Grazia, S. Luzzatto, *Dizionario del fascismo*, cit., p. 533 ss.; R. D'Alfonso, *Costruire lo Stato forte. Politica, diritto, economia in Alfredo Rocco*, Milano 2004; G. Vassalli, *Passione politica di un uomo di legge*, in A. Rocco, *Discorsi parlamentari*, Bologna 2005, p. 13 ss.; E. Gentile, F. Lanchester, A. Tarquini (a cura di), *Alfredo Rocco: dalla crisi del parlamentarismo alla costruzione dello Stato nuovo*, Roma 2010; P. Costa, *Rocco, Alfredo*, in AA.VV., *Dizionario biografico dei*

Federzoni⁶³⁵. Sulla importanza dei nazionalisti nella edificazione dello Stato fascista si è scritto molto⁶³⁶ – va tenuto presente, infatti, che l'affermazione del Regime si concretizzò con ben due nazionalisti come Federzoni e Rocco alla guida dei ministeri chiave di Interno e Giustizia⁶³⁷ –, e non c'è dubbio che il nazionalismo fornì al fascismo, oltre che parte della *élite* dirigente, anche un elementare apparato teorico ed una dottrina politica che ancora mancavano al movimento mussoliniano⁶³⁸.

Si può dire che la parabola politica di Maraviglia rifletta la parabola politica della componente nazionalista: egemonica nel corso degli anni '20, per divenire recessiva nel decennio successivo⁶³⁹. Tuttavia, pur essendo stato sicuramente un personaggio di primo piano del Regime, Maraviglia non è stato ritenuto degno di particolare attenzione da parte della storiografia successiva. Che questo scarso interesse sia stato determinato da una mancanza di originalità del suo pensiero o da una sottovalutazione dello stesso è questione su cui si può discutere. Vista la scarsità della letteratura secondaria, per avere un quadro sufficientemente esaustivo del suo pensiero è necessario prendere in esame le sue opere. In

giuristi italiani, cit., tomo II, p. 1701 ss.; M. Caravale, *Una incerta idea*, cit., p. 121 ss., 141 ss.; A. Tarquini, *Rocco, Alfredo*, in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. 88, in http://www.treccani.it/enciclopedia/alfredo-rocco_%28Dizionario-Biografico%29/.

⁶³⁵ Si vedano A. Vittoria, *Federzoni, Luigi*, in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. 45, Roma 1995, p. 792 ss.; Id., *Federzoni, Luigi*, in V. de Grazia, S. Luzzatto, *Dizionario del fascismo*, I, cit., p. 526 ss.

⁶³⁶ Sui rapporti tra nazionalismo e fascismo, si vedano E. Gentile, *Le origini dell'ideologia fascista*, cit., p. 218 ss.; L. Salvatorelli, *Nazionalfascismo*, Torino 1977, spec. p. 41 ss.; M. Fotia, *Il liberalismo incompiuto*, cit., p. 174-175; D. Veneruso, *Nazionalismo*, in V. de Grazia, S. Luzzatto, *Dizionario del fascismo*, II, cit., p. 207 ss.; R. D'Alfonso, *Costruire lo Stato forte*, cit., p. 165 ss.; M. Martelli, "Roma fascista" e gli ex nazionalisti romani (1924-1934), in *Dimensioni e problemi della ricerca storica* 2014, n. 2, p. 83 ss.

⁶³⁷ Sul ruolo di Rocco e Federzoni insistono L. Salvatorelli, G. Mira, *Storia d'Italia nel periodo fascista*, cit., vol. I, p. 355 ss.; R. Martucci, *Storia costituzionale italiana*, cit., p. 208, 220-221; F. Lanchester, *Alfredo Rocco e le origini dello Stato totale*, in E. Gentile, F. Lanchester, A. Tarquini, *Alfredo Rocco*, cit., p. 15 ss., spec. p. 27 ss.

⁶³⁸ Si veda, in proposito, P. Alatri, *Lineamenti di storia del pensiero politico moderno*, II, cit., p. 235, secondo il quale il nazionalismo egemonizzò sul piano ideologico e dottrinale il fascismo, tanto che i soli veri intellettuali fascisti furono quelli provenienti dalle file del nazionalismo o di un liberalismo nazionale confinante con il primo. Sulla mancanza di una dottrina insiste anche G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto*, III, cit., p. 120, che sottolinea come il movimento fascista avesse a suo fondamento solo un generico attivismo irrazionalistico tratto da filosofie antipositivistiche. Del nazionalismo come raccolta delle intelligenze politicamente più lucide dell'antigiolittismo parla P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza italiana*, 4, cit., p. 220, che elenca anche i nomi di Corradini, Rocco, Coppola e dello stesso Maraviglia come massimi esponenti di questo indirizzo. Una prospettiva lievemente diversa è quella di F. Lanchester, *Alfredo Rocco e le origini dello Stato totale*, cit., p. 37, secondo cui fu il fascismo a fornire *leader* e massa all'ideologia nazionalista, rappresentativa di quella tendenza socialdarwinista che, dalla fine dell'Ottocento, si era sviluppata in alcuni ordinamenti europei. Si può ben dire, a suo avviso, dire che la componente nazionalista non sia stata solo garante della transizione di potere con parte della classe dirigente liberale e cattolica, ma abbia trovato in Mussolini e nel P.N.F. uno strumento carismatico di massa ai fini della costruzione dello *Stato integrale*.

⁶³⁹ Sul fatto che gli intellettuali di riferimento negli anni '30 diventino Gentile, Volpe, Spirito e Costamagna, insiste A. De Bernardi, *La storia del fascismo*, in *Storia e problemi contemporanei* 2015, n. 69, p. 41 ss., spec. p. 46. Cfr. anche P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, 4, cit., p. 220-221, secondo cui, pur essendo scontata la fusione tra nazionalismo e fascismo, in virtù della sostanziale condivisione di molteplici e importanti presupposti e obiettivi, questo non significa, tuttavia, che fascismo e nazionalismo siano perfettamente sovrapponibili, in quanto nel fascismo sfociano anche orientamenti diversi (la componente sindacalista, per esempio), che contribuiranno a definire la fisionomia del fascismo maturo. Si veda, inoltre, P. Ungari, *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, cit., p. 93, secondo cui l'abbandono del Ministero da parte di Rocco non solo segnava l'ultimo atto della dispersione dell'*élite* di governo dei primi anni del fascismo, ma corrispondeva anche ad un tacito spostamento degli orizzonti della politica economica e sociale fascista, per effetto della crisi economica del 1929. Sulle conseguenze della crisi, si vedano L. Salvatorelli, G. Mira, *Storia d'Italia nel periodo fascista*, cit., vol. I, p. 546 ss.; P. Grifone, *Il capitale finanziario. La politica economica del fascismo*, II ed., Torino 1971, p. 78 ss.; V. Castronovo, *Storia economica d'Italia. Dall'Ottocento ai giorni nostri*, Torino 1995, p. 277 ss.; G. Volpe, *Storia costituzionale degli italiani*, II, cit., p. 163 ss.

essi si trovano riaffermati tutti temi della retorica nazionalista che si ritrovano anche in Rocco: lo statalismo ipertrofico, l'anticontrattualismo, l'antiparlamentarismo, la feroce critica delle liberaldemocrazie, ecc.

Prenderò soprattutto in considerazione le sue opere più importanti, ovverosia i due lavori del 1929, ovverosia dell'anno che viene generalmente considerato quello del definitivo consolidamento del regime fascista⁶⁴⁰. Per quanto riguarda *Momenti di vita italiana*, non è altro che una raccolta degli articoli pubblicati da Maraviglia sulle diverse riviste in cui aveva scritto negli anni precedenti (*L'Idea Nazionale*, *La Tribuna*, *Politica*, ecc.), a cui si aggiungeva il testo di una conferenza sullo Stato fascista tenuta il 28 novembre 1928 a Prati. Il carattere prettamente politico e apologetico dell'opera emerge in modo inequivocabile sin dalle prime righe dell'articolo *Fine dell'oligarchia parlamentare*, pubblicato il 18 novembre 1922 su *L'Idea Nazionale*, pochi giorni dopo la c.d. «*Marcia su Roma*»⁶⁴¹. Degno di nota, tuttavia, è il fatto che Maraviglia parli già esplicitamente di Regime, anticipando quello che sarà un cavallo di battaglia della retorica fascista successiva⁶⁴².

Di tono più costituzionalistico è, invece, la conferenza sui lineamenti giuridici e politici dello Stato fascista, in cui Maraviglia parte dalla constatazione che il momento giuridico segue e non precede il momento politico nella coscienza della Nazione e nella vita dello Stato⁶⁴³. Sulla base di ciò egli qualifica lo Stato fascista come Stato a regime totalitario⁶⁴⁴, ovverosia uno Stato non più frazionato in fattori ed enti irresponsabili fuori dalla organizzazione e dal controllo statale, come partiti, sindacati, i *trust* e i cartelli⁶⁴⁵. A suo dire, da ciò discendevano tre corollari. Il primo era che nello Stato fascista non potevano esistere partiti politici, in virtù proprio del rifiuto della concezione individualistica e contrattualistica dello Stato⁶⁴⁶: così come non potevano ammettersi la coesistenza di partiti o sette all'interno di una medesima confessione religiosa, così ugualmente non si poteva ammettere la coesistenza di partiti diversi nell'ambito dello Stato fascista⁶⁴⁷. Seconda conseguenza era che non poteva esservi una vera e propria Nazione se il popolo rimaneva diviso in ordine ai problemi fondamentali⁶⁴⁸. Terza e ultima conseguenza era che, oltre all'unità politica, era necessaria anche l'unità economica⁶⁴⁹. Istituti volti ad ottenere questa unità erano, da un lato, il P.N.F., e, dall'altro, l'organizzazione corporativo-sindacale, che non erano semplicemente riconosciuti dallo Stato, ma erano veri e propri enti pubblici⁶⁵⁰.

⁶⁴⁰ Si vedano M. Maraviglia, *Momenti di vita italiana*, Roma 1929; Id., *Alle basi del Regime*, Roma 1929. Sul 1929 come anno di consolidamento definitivo del regime insiste M. Caravale, *Una incerta idea*, cit., p. 213.

⁶⁴¹ Si veda M. Maraviglia, *Momenti di vita italiana*, cit., p. 121 ss.

⁶⁴² Ivi, p. 121: «Mai la parola ci è apparsa azione più viva e feconda, come ieri, ascoltando le dichiarazioni, che Benito Mussolini ha scandito nella sorda e grigia aula di Montecitorio. Chiunque ha sentito bene quelle dichiarazioni, ha compreso che, con esse, non si presentava un governo, ma si fondava un regime. Egli ha pronunciata ieri una parola decisiva per la storia d'Italia».

⁶⁴³ Ivi, p. 208.

⁶⁴⁴ Ivi, p. 209.

⁶⁴⁵ Ivi, p. 210.

⁶⁴⁶ Ivi, p. 215.

⁶⁴⁷ Ivi, p. 216.

⁶⁴⁸ Ivi, p. 216.

⁶⁴⁹ Ivi, p. 217.

⁶⁵⁰ Ivi, p. 217-218.

Per quanto riguarda *Alle basi del Regime*, Maraviglia partiva dalla constatazione che il fascismo aveva superato il dualismo tra Stato e Nazione⁶⁵¹, ovvero sia ciò che caratterizzava quelli che venivano spregiativamente chiamati i regimi demoliberali⁶⁵². La Camera dei Deputati del sistema liberale era l'espressione di questo dualismo, essendo, nello stesso tempo, un organo costituzionale dello Stato, e la rappresentanza legittima e diretta della Nazione⁶⁵³. In virtù di ciò, essa aveva finito per usurpare le prerogative dell'esecutivo, divenendo l'assoluta arbitra della vita dei governi⁶⁵⁴. Ed ecco perché la Rivoluzione Fascista era stata innanzitutto una rivoluzione antiparlamentare: essa aveva, in primo luogo, rovesciato l'idolo dell'elezionismo, che traeva la sua origine dalla necessità di dare una concreta espressione ed una legale rappresentanza della Nazione, concepita come massa amorfa di popolo e posta fuori e sopra l'organizzazione giuridica dello Stato⁶⁵⁵. Da ciò Maraviglia deduceva che non poteva esistere nessuna forza politica fuori dello Stato, e quindi lo Stato doveva considerare illegittimi tutti i partiti, tranne quello che aveva la sua stessa dottrina: chi si metteva contro l'ordine fascista, si metteva, a suo dire, automaticamente fuori della comunità nazionale⁶⁵⁶.

I tre fattori di unificazione utilizzati concretamente dal fascismo per unificare la società nazionale nello Stato erano la Monarchia, l'organismo sindacale corporativo e il Partito. In questo modo, il fascismo aveva costruito un sistema politico e un ordinamento di governo perfettamente coerenti alla propria dottrina ed aderenti alla realtà storica creata da quella che Maraviglia chiamava, con l'enfasi propria della più bella retorica, la Rivoluzione Fascista⁶⁵⁷, la cui importanza veniva comparata a quella storicamente avuta dalla Riforma luterana e dalla Rivoluzione Francese⁶⁵⁸. Nel trattare del carattere politico ed istituzionale del Partito⁶⁵⁹, Maraviglia riproponeva la comparazione del fascismo con il sistema liberale, del quale, a suo avviso, il fascismo era la perfetta antitesi: mentre in questo ultimo era caratterizzato dalla esteriorità e priorità dei partiti sullo Stato, riflesso della priorità dell'individuo sullo Stato, nello Stato fascista era lo Stato stesso ad esprimere il proprio governo attraverso le sue fondamentali istituzioni politico-sociali⁶⁶⁰. Di conseguenza, lo Stato fascista era totalitario per definizione, in quanto nessuna forza politica poteva esistere oltre ed al di fuori di esso. Dei partiti dello Stato liberale, il Partito Fascista aveva mantenuto solo il nome partito, ma per il resto era una istituzione nuova⁶⁶¹.

⁶⁵¹ Si veda Id., *Alle basi del Regime*, cit., p. 14.

⁶⁵² Ivi, p. 5 ss.

⁶⁵³ Ivi, p. 11.

⁶⁵⁴ Ivi, p. 11-12.

⁶⁵⁵ Ivi, p. 13. Cfr., inoltre, A. Rocco, *La trasformazione dello Stato. Dallo Stato liberale allo Stato fascista*, Roma 1927, p. 5 ss., secondo cui quella fascista era rivoluzione non tanto perché movimento violento di popolo, culminato con la conquista del potere, in virtù di un atto di forza, ma soprattutto perché aveva cambiato radicalmente gli ordinamenti e la nozione stessa dello Stato, sostituendo alla vecchia classe dirigente una nuova, ed operando profondamente sulla psicologia delle masse, trasformandone l'orientamento spirituale. A suo avviso, una rivoluzione non meritava tale nome se non metteva capo ad un nuovo sistema di diritto pubblico ed ad un nuovo spirito del popolo.

⁶⁵⁶ Si veda M. Maraviglia, *Alle basi del Regime*, cit., p. 15.

⁶⁵⁷ Ivi, p. 16 ss.

⁶⁵⁸ Ivi, p. 23 ss.

⁶⁵⁹ Ivi, p. 34 ss.

⁶⁶⁰ Ivi, p. 34-35.

⁶⁶¹ Ivi, p. 35.

Quanto al problema della sovranità nello Stato fascista⁶⁶², Maraviglia sottolineava che lo Stato fascista non accettava la teoria della sovranità popolare propria del sistema democratico, ma riponeva la sovranità nella Nazione, e, più precisamente, nello Stato, il quale era il solo che poteva comprendere i bisogni e le aspirazioni e il solo che poteva esprimere giuridicamente la volontà della Nazione⁶⁶³. La sovranità popolare, infatti, contrastava con il concetto giuridico dello Stato sovrano, in quanto attribuiva l'origine di tutti i poteri, ed il diritto di investire coloro che tali poteri dovevano esercitare per conto dello Stato, al popolo, inteso quale somma di elementi individuali⁶⁶⁴. Nello Stato fascista, invece, tutta la società nazionale era unificata nello Stato, e nessuna capacità politica era riconosciuta all'individuo in quanto tale: gli individui, per partecipare alla vita pubblica, dovevano inquadarsi nelle istituzioni dello Stato come il partito ed i sindacati⁶⁶⁵.

Per quanto riguarda l'allontanamento dalla cattedra, va sottolineato che, a differenza di Romano e Costamagna, semplici incaricati, Maraviglia era professore di ruolo, anche se non in virtù della vittoria di un concorso, ma solo in virtù dell'art. 81 r.d. n. 1592/1933, ovverosia della disposizione che consentiva le chiamate per chiara fama, senza passare per un concorso. Egli faceva parte dell'elenco dei 17 Professori della Sapienza entrati senza concorso – tra i quali anche gerarchi come Dino Grandi o Giuseppe Bottai –, i cui casi non furono decisi dalla Commissione di epurazione universitaria, ma direttamente dal Ministero sulla base delle indicazioni ricevute dal Consiglio Superiore della Pubblica Istruzione⁶⁶⁶. D'altra parte, il nome di Maraviglia figurava già nell'elenco dei 25 docenti universitari (tra cui Acerbo, Asquini, Bottai, Coppola, De Francisci, De Marsico, De Stefani e Leicht) gravemente compromessi con il fascismo, ed immediatamente allontanati dal Tenente Colonnello Charles Poletti, a cui si aggiunsero dopo circa un mese altri 25 professori ordinari e 21 incaricati.

Oltre che come docente universitario, Maraviglia fu soggetto a procedimento di epurazione anche come senatore e come giornalista. Per quanto riguarda l'epurazione dei giornalisti⁶⁶⁷, essa venne disciplinata dal d.lgs.lgt. n. 302/1944, che istituiva una Commissione unica per la tenuta dell'albo nazionale e la disciplina degli iscritti, e che designava parte delle commissioni di epurazione. La commissione di Roma era presieduta da Mario Vinciguerra, che epurò subito, in applicazione degli artt. 12, 13 e 14 d.lgs.lgt. n. 159/1944, una serie di giornalisti ed esponenti del Regime, come Maraviglia, Bottai, Acerbo, Grandi, Federzoni, Vittorio Mussolini, Scorza, Mario Appellius ed altri ancora⁶⁶⁸. Per quanto riguarda, invece, l'epurazione come senatore, fu richiesta la decadenza dalla carica il 7 agosto

⁶⁶² Ivi, p. 42 ss.

⁶⁶³ Ivi, p. 44.

⁶⁶⁴ Ivi, p. 46.

⁶⁶⁵ Ibidem.

⁶⁶⁶ Si veda G. Montroni, *La continuità necessaria*, cit., p. 21-22, che cita i nomi di Fausto Acanfora di Torre Franca, Gian Alberto Blanc, Giuseppe Bottai, Alberto Calza Bini, Aldo Castellani, Antonio Ciminata, Francesco Coppola, Gaetano Crocco, Giuseppe De Luigi, Arnaldo Foschini, Dino Grandi, Alessandro Lessona, Maurizio Maraviglia, Raffaele Paolucci, Marcello Piacentini, Giuseppe Tucci e Giuseppe Ungaretti.

⁶⁶⁷ Sulla epurazione dei giornalisti, si veda P. Allotti, *L'epurazione dei giornalisti nel secondo dopoguerra (1944-1946)*, in *Mondo contemporaneo* 2010, n. 1, p. 5 ss.

⁶⁶⁸ Ivi, p. 19.

1944 per la terza categoria di epurabili, ovverosia per essere stato deputato eletto dopo il 1929, e, per tale titolo, essere stato immesso nel Senato – era stato nominato senatore l'8 aprile 1939 – dopo avere contribuito nell'altra Camera a mantenere il regime fascista e a rendere possibile la guerra⁶⁶⁹. La richiesta di decadenza fu sospesa il 30 ottobre 1944 fino all'esito del procedimento penale per il reato di cui agli artt. 2 e 3 d.lgs.lgt. n. 159/1944 – Maraviglia era tra i 15 senatori sottoposti anche a procedimento penale – per poi essere dichiarata il 29 marzo 1946⁶⁷⁰.

2.3. Carlo Costamagna

Anche il profilo politico di Carlo Costamagna è di elevato livello: aderisce al fascismo sin dal 1920, fa parte del Consiglio nazionale del P.N.F. poco tempo dopo la sua fondazione, e, in questa veste, è il proponente insieme a Sergio Panunzio e a Curzio Malaparte della mozione, approvata all'unanimità, sulla conquista dello Stato (agosto 1924), oltre ad essere membro della Commissione Gentile sulle riforme costituzionali, e stretto collaboratore del Ministro Rocco – nella preparazione della legge sui contratti collettivi di lavoro – e del sottosegretario Bottai. Tuttavia, a differenza di Maraviglia, che è (e rimane) essenzialmente un politico, Costamagna è anche un giurista, seppure con alcune peculiari caratteristiche: laureato in giurisprudenza nel 1907, entra in magistratura, arrivando sino al grado di consigliere di Cassazione. In virtù di questa duplice veste, è da ritenere uno dei massimi esponenti della scienza giuridica durante il fascismo e, nello stesso tempo, uno dei più importanti ideologi del Regime⁶⁷¹.

In dottrina è discusso se si possa parlare o meno della esistenza di una scienza giuridica fascista⁶⁷² (alla tesi che lo nega esplicitamente, si contrappone la tesi che lo ammette⁶⁷³), ma è innegabile che, nell'ambito della distinzione individuata da Bottai tra giuristi-puri e giuristi-politici, Costamagna si situi decisamente in questi ultimi⁶⁷⁴. È stato sottolineato come, nella seconda metà degli anni '30, di fronte alla sensazione che il fascismo non fosse riuscito ad elaborare un proprio diritto ed una propria scienza giuridica, continuando ad essere tributario della tradizione liberale, Costamagna fu tra i più ferventi propugnatori di una fascistizzazione effettiva del diritto, tuonando a più riprese contro tutto quello che, a suo

⁶⁶⁹ Si veda M. Cardia, *L'epurazione del Senato del Regno*, cit., p. 56 (nota 76).

⁶⁷⁰ Ivi, p. 259.

⁶⁷¹ Di Carlo Costamagna come uno degli ideologi di primo piano del Regime a partire dagli anni '30 parla R. Sideri, *L'umanesimo nazionale di Carlo Costamagna*, cit., p. 5.

⁶⁷² Sul problema della esistenza o meno di una cultura giuridica fascista, si vedano A. Somma, *Fascismo e diritto: una ricerca sul nulla?*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 2001, n. 3, p. 597 ss.; AA.VV., *Fascismo e cultura giuridica*, in Fondazione Lelio e Lisli Basso, *Annali 2003. Diritto e culture della politica*, a cura di S. Rodotà, Roma 2004, p. 155 ss.

⁶⁷³ Nega che la dottrina fascista dello Stato possa vantare titoli di originalità M. Fotia, *Il liberalismo incompiuto*, cit., p. 174. Di diverso avviso è, invece, L. Ferrajoli, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, cit., p. 39 ss., secondo il quale il diritto è forse il settore nel quale meno che in qualunque altro il fascismo può essere considerato una parentesi. Sulla esistenza di una scienza giuridica fascista si veda anche A. Mazzacane, *Fascismo e cultura giuridica: prospettive della ricerca*, in AA.VV., *Fascismo e cultura giuridica*, cit., p. 157 ss.

⁶⁷⁴ Si vedano G. Cianferotti, *Il pensiero di V.E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, cit., p. 253 (che inserisce Costamagna tra i giuristi *engagés*, insieme a De Francisci e Panunzio); M. Benvenuti, *Il pensiero giuridico di Carlo Costamagna nel dibattito su metodo, diritto e Stato durante il regime fascista*, cit., p. 26.

avviso, impediva la realizzazione di un simile obiettivo (in primo luogo, il diritto romano)⁶⁷⁵. A questo proposito, egli riteneva che fosse necessario che la scienza giuridica si dotasse di un metodo di tipo politico-giuridico, alternativo a quello tecnico-giuridico della scuola giuspubblicistica nazionale⁶⁷⁶.

Il carattere dichiaratamente ideologico di Costamagna emerge chiaramente nell'opera *Elementi di diritto pubblico fascista*, non solo per la scelta di utilizzare l'aggettivo *fascista* nel titolo, ma anche per la sua affermazione contenuta nella *Prefazione*, secondo cui il fascismo segnava un trapasso così profondo e così radicale che non era possibile valutarlo nelle sue manifestazioni giuridiche alla stregua del passato⁶⁷⁷. Per Costamagna, era necessario partire dal superamento del metodo astratto e universale che aveva caratterizzato le discipline morali, e, in particolar modo, quelle giuridiche, optando per un metodo politico-nazionale, che considerava la cultura nazionale come espressione del processo per cui un popolo adottava una sua specifica forma di Stato⁶⁷⁸. Secondo il metodo politico-nazionale, il diritto appariva non solo qualche cosa di vario nello spazio e nel tempo, ma anche qualcosa di *determinato*, in corrispondenza al diverso tenore della cultura di un popolo, e qualche cosa di *voluto* attraverso l'atto di creazione che si compiva nello Stato⁶⁷⁹. Ad avviso di Costamagna, il concetto positivo di diritto reclamava la condizione della *politicità*, ossia implicava l'esistenza di una forza umana disciplinatrice di carattere politico⁶⁸⁰.

Tutto ciò comportava la necessità di rielaborare i principi e le nozioni in rapporto a quei determinati tipi storici di Stato e di ordinamento giuridico che si prendevano in considerazione⁶⁸¹: a suo avviso, la scuola giuspubblicistica nazionale non era mai stata nazionale, né per l'ispirazione, né per il temperamento, né per il metodo⁶⁸². D'altra parte, il maggiore pericolo che veniva dalla immobilità dogmatica era quello di rendere incomprensibile o ingiustificabile la trasformazione compiuta dal fascismo nell'assetto dello Stato italiano⁶⁸³. Per Costamagna, il fascismo aveva, infatti, introdotto una nuova formula politica e gli istituti positivi di una nuova costituzione in senso materiale⁶⁸⁴. Il diritto positivo creato dal fascismo era nei principi che lo ispiravano il risultato di una affermazione rivoluzionaria, in quanto il fascismo si era affermato nell'arena politica ricorrendo a mezzi

⁶⁷⁵ Si veda, in tal senso, A. Aquarone, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, cit., p. 283. Sul ruolo del diritto romano nella costruzione della cultura giuridica tradizionale, si veda O. De Napoli, *Razionalismo e diritto romano. Una polemica degli anni Trenta*, in *Contemporanea* 2006, vol. IX, n. 1, p. 35 ss.

⁶⁷⁶ Si vedano, a questo proposito, O. Abbamonte, *La politica invisibile*, cit., p. 11; M. Benvenuti, *Il pensiero giuridico di Carlo Costamagna nel dibattito su metodo, diritto e Stato durante il regime fascista*, cit., p. 38 ss., 51 ss.; R. Sideri, *L'umanesimo nazionale di Carlo Costamagna*, cit., p. 51-52.

⁶⁷⁷ Si veda C. Costamagna, *Elementi di diritto pubblico fascista*, Torino 1934, p. XXIV.

⁶⁷⁸ *Ivi*, p. 9.

⁶⁷⁹ *Ivi*, p. 10.

⁶⁸⁰ *Ivi*, p. 16.

⁶⁸¹ *Ivi*, p. 17 ss.

⁶⁸² *Ivi*, p. 22.

⁶⁸³ *Ivi*, p. 24.

⁶⁸⁴ *Ivi*, p. 25.

ignoti alla pratica dei regimi liberali o da essi ripudiati, e ponendosi nettamente contro il parlamentarismo, l'elettoralismo e il sindacalismo di classe⁶⁸⁵.

Ulteriore manifestazione della netta contrapposizione con la dottrina giuridica tradizionale è anche la fondazione della rivista *Lo Stato*, vero e proprio laboratorio politico-giuridico, nel quale venivano ospitati anche scritti di autori stranieri – in genere, autori tedeschi, tra cui Carl Schmitt, ed anche autori molto lontani dal fascismo come Pašukanis –, e temi non certo riconducibili alla rigida ortodossia di cui era espressione Costamagna⁶⁸⁶, ma la comparazione con esperienze costituzionali molto diverse come la Germania⁶⁸⁷, e quella, ancora più ardita, con l'Unione Sovietica era, tuttavia, funzionale alla polemica nei riguardi della dottrina giuridica tradizionalista⁶⁸⁸. Tuttavia, che il tentativo di Costamagna di costruire una nuova dogmatica a partire dalla politicità dello Stato e dei concetti generali di diritto sia poi perfettamente riuscito è cosa sulla quale alcuni studiosi hanno espresso delle perplessità⁶⁸⁹.

Da un punto di vista metodologico, la figura di Costamagna si ricollega a quella di due storici del diritto de *La Sapienza*, anch'essi esponenti di primo piano del Regime e giuristi militanti in camicia nera, Arrigo Solmi e Pietro De Francisci. Per quanto riguarda De Francisci – deputato dalla XXVIII alla XXX Legislatura, e Ministro di Grazia e Giustizia dal 1932 al 1935 –, il legame con il giurista ligure è evidente, in quanto quest'ultimo non cerca altro che di attuare i propositi enunciati da De Francisci nel Primo Congresso Giuridico Italiano, ovverosia l'idea che ad una realtà giuridica nuova corrispondesse una dogmatica nuova⁶⁹⁰, e questo nonostante il diritto romano costituisse uno dei bersagli polemici preferiti da Costamagna⁶⁹¹. Per quanto riguarda Solmi⁶⁹² – deputato dalla XXVII alla XXX Legislatura, sottosegretario alla Educazione Nazionale (dal 1932 al 1935) e poi Ministro della Giustizia dal 1935 al 1939 –, le affinità con Costamagna si riscontrano

⁶⁸⁵ Ivi, p. 26. Di Costamagna come uno dei più irrequieti e intransigenti fautori della rivoluzione costituzionale parla E. Gentile. *La via italiana al totalitarismo. Il partito e lo Stato nel regime fascista*, III ed., Roma 2008, p. 215. Sulla dottrina fascista dello Stato, si veda anche R. Sideri, *L'umanesimo nazionale di Carlo Costamagna*, cit., p. 11 ss.

⁶⁸⁶ Si veda M. Benvenuti, *Il pensiero giuridico di Carlo Costamagna nel dibattito su metodo, diritto e Stato durante il regime fascista*, cit., p. 46 ss.

⁶⁸⁷ Ivi, p. 51, ove sottolinea che la comparazione con la Germania era funzionale ad esprimere un certo rammarico per il fatto che la polemica antitradizionalista della dottrina germanica era riuscita, a differenza dell'Italia, una nuova teoria del diritto e dello Stato. Sul filogermanesimo di Costamagna, si veda anche L. Nogler, *L'idea nazionalsocialista di un «nuovo ordine europeo» e la dottrina corporativa italiana*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali* 2001, n. 91, p. 317 ss.

⁶⁸⁸ Di un atteggiamento marcatamente contrappositivo, da parte di Costamagna, nei confronti degli esponenti della scuola giuridica tradizionale parla M. Benvenuti, *Il pensiero giuridico di Carlo Costamagna nel dibattito su metodo, diritto e Stato durante il regime fascista*, cit., p. 38, secondo cui (ivi, p. 48-49) l'accostamento tattico del bolscevismo al fascismo sarebbe in funzione antitradizionale. Cfr., tuttavia, R. Sideri, *L'umanesimo nazionale di Carlo Costamagna*, cit., p. 51, secondo cui, per Costamagna, la comparazione tra fascismo e bolscevismo consisterebbe soltanto nell'avere entrambi come punto di partenza un atto di volontà storica, ovvero un atto rivoluzionario.

⁶⁸⁹ Si veda, in questo senso, G. Cianferotti, *Il pensiero di V.E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, cit., p. 264-265, secondo cui gli *Elementi di diritto pubblico fascista* sono una somma di esposizioni dogmatiche usuali, di reinterpretazioni ideologiche di principi giuridici tradizionali e di trattazioni politiche.

⁶⁹⁰ Si vedano M. Benvenuti, *Il pensiero giuridico di Carlo Costamagna nel dibattito su metodo, diritto e Stato durante il regime fascista*, cit., p. 55-56; O. Abbamonte, *La politica invisibile*, cit., p. 20, 66-67; G. Cianferotti, *Il pensiero di V.E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, cit., p. 253 e 259.

⁶⁹¹ Sulla difesa del diritto romano, da parte di De Francisci, si vedano O. De Napoli, *Razze e diritto romano*, cit., p. 59-60; A. Aquarone, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, cit., p. 283.

⁶⁹² Sulla figura di Arrigo Solmi, si veda P. Maffei, *Solmi, Arrigo*, in AA.VV., *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., tomo II, p. 1889 ss.

nell'uso sistematico della retorica fascista, anche per una comune insofferenza nei riguardi delle ricostruzioni giuridiche tradizionali. Nella III Edizione della *Storia del diritto italiano*, Solmi non esitava a parlare di «*bolscevismo nostrano*» (sic!) a proposito del periodo dal 1919 al 1922, individuando nei Fasci di Combattimento l'unico baluardo, a fronte della impotenza del Governo⁶⁹³. Questo partito, riunitosi con le altre forze nazionali, ad avviso di Solmi, aveva costituito una milizia armata, suscitando un movimento rivoluzionario culminato nella Marcia su Roma, rivolta contro il parlamentarismo, fino ad allora dominante⁶⁹⁴. Per Solmi, la lotta rivoluzionaria del fascismo contro i partiti antinazionali si concludeva nella legislatura costituente del 1924-1929, che modificava le istituzioni sociali e il diritto italiano per adattare ad una impronta schiettamente nazionale⁶⁹⁵.

In virtù del ruolo di stretto collaboratore di Rocco e Bottai, Costamagna è anche uno dei massimi protagonisti del dibattito sull'ordinamento corporativo, dibattito che impegna giuristi ed esponenti di primo piano del Regime⁶⁹⁶, fin dall'approvazione della legge n. 563/1926 e del r.d. n. 1130/1926, e che in seguito portò all'allontanamento di Bottai dalla rivista *Lo Stato*, per evidenti contrasti con lo stesso Costamagna⁶⁹⁷. Per Bottai, infatti, il corporativismo costituiva una sorta di terza via tra capitalismo e comunismo, tra democrazie e dittature⁶⁹⁸: a suo avviso, soltanto attraverso lo Stato corporativo poteva essere concepita una forma matura di democrazia sostanziale, lontana dagli orizzonti del liberalismo parlamentare ottocentesco, e tesa, invece, all'inserimento delle masse nelle strutture statali⁶⁹⁹. Di conseguenza, egli respingeva le tesi stataliste di Rocco sull'assoggettamento allo Stato delle corporazioni, le quali, a suo avviso, dovevano godere di ampie autonomie⁷⁰⁰.

Ben diversa era, invece, l'idea di Costamagna, che dell'ordinamento corporativo era un convinto assertore, ma solo nella misura in cui il corporativismo fosse frutto di una comune subordinazione allo Stato, osteggiando perciò tutte quelle concezioni che facevano del corporativismo una forza trainante del fascismo⁷⁰¹. L'ordinamento sindacal-corporativo

⁶⁹³ Si veda A. Solmi, *Storia del diritto italiano*, III ed., Milano 1930, p. 895, secondo il quale i Fasci di Combattimento raccoglievano intorno a loro «tutte le energie sane del paese, ansiose di ricostruire la fusione e l'ordine nella nazione».

⁶⁹⁴ Ibidem.

⁶⁹⁵ Ibidem.

⁶⁹⁶ Per una ricostruzione, si vedano L. Salvatorelli, G. Mira, *Storia d'Italia nel periodo fascista*, cit., vol. I, p. 371 ss., 549 ss.; P. Grossi, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 171 ss.; P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, 4, cit., p. 257 ss.; M. Fotia, *Il liberalismo incompiuto*, cit., p. 159 ss.; A. Aquarone, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, cit., p. 111 ss.; R. D'Alfonso, *Costruire lo Stato forte*, cit., p. 188 ss.; A. Mazzacane, *Fascismo e cultura giuridica*, cit., p. 165 ss.; L. Ornaghi, *Corporativismo*, in V. de Grazia, S. Luzzatto, *Dizionario del fascismo*, I, cit., p. 361 ss.; M. Benvenuti, *Il pensiero giuridico di Carlo Costamagna nel dibattito su metodo, diritto e Stato durante il regime fascista*, cit., p. 77 ss.; G.B. Guerri, *Giuseppe Bottai*, cit., p. 130 ss.; S. Cassese, *Lo stato fascista*, cit., p. 89 ss.; G. Volpe, *Storia costituzionale degli italiani*, II, cit., p. 293 ss.; M. Caravale, *Una incerta idea*, cit., p. 163 ss.; S. Prisco, *Rappresentanza politica e rappresentanza degli interessi*, cit., p. 14 ss.

⁶⁹⁷ Si veda M. Benvenuti, *Il pensiero giuridico di Carlo Costamagna nel dibattito su metodo, diritto e Stato durante il regime fascista*, cit., p. 47, 83-84.

⁶⁹⁸ Sulla importanza dell'ordinamento corporativo per Bottai, si veda G.B. Guerri, *Giuseppe Bottai*, cit., p. 9 ss.; M.G. Bottai, *Giuseppe Bottai*, cit., p. 18 ss.

⁶⁹⁹ Così nuovamente G.B. Guerri, *Giuseppe Bottai*, cit., p. 13.

⁷⁰⁰ Sottolinea questo aspetto G.B. Guerri, *Giuseppe Bottai*, cit., p. 132-133.

⁷⁰¹ Così M. Benvenuti, *Il pensiero giuridico di Carlo Costamagna nel dibattito su metodo, diritto e Stato durante il regime fascista*, cit., p. 80.

veniva fatto rientrare tra le istituzioni subordinate⁷⁰², ovvero sia tra quelle istituzioni che si contrapponevano alle istituzioni direttive, cioè a agli organi e alle istituzioni che partecipavano, sia pure limitatamente, all'esercizio della funzione di revisione costituzionale (Corona, Capo del Governo, Gran Consiglio del Fascismo, Camera dei Deputati e Senato)⁷⁰³. Più precisamente, l'ordinamento sindacal-corporativo, insieme al Partito Nazionale Fascista, rientrava tra le istituzioni subordinate fondamentali, ovvero sia quelle il cui ordinamento, la cui riforma e la cui soppressione potevano essere disciplinati esclusivamente tramite legge costituzionale⁷⁰⁴.

Un altro campo dove, a mio avviso, è interessante la comparazione tra Costamagna e Bottai è quello che riguarda il rapporto tra fascismo e cultura⁷⁰⁵. Se Bottai è stato sicuramente il gerarca più colto e l'animatore delle riviste in cui confluivano le migliori intelligenze del Regime⁷⁰⁶, tanto da essere stato accomunato a Gramsci per quanto riguardava la costruzione di un ruolo per gli intellettuali⁷⁰⁷, ben diverso era l'approccio di Costamagna, il cui estremismo lo portava a negare qualsiasi forma anche embrionale di dissenso, a maggior ragione se proveniente dagli intellettuali. Mentre Bottai insisteva sulla inutilità della fascistizzazione, ovvero sia di una adesione forzata⁷⁰⁸, mettendo in evidenza il fatto che, ai fini di un consenso sempre più ampio da parte della futura classe dirigente, occorre bandire il conformismo, favorendo il confronto critico con le posizioni che troppo spesso il Regime considerava una sorta di verità rivelate⁷⁰⁹, ad avviso di Costamagna il fascismo si sarebbe dovuto mantenere intimamente rivoluzionario, attraverso la radicale rottura con il passato, non permettendo alcuna forma di agnosticismo culturale⁷¹⁰. Mentre Bottai riteneva che mortificare lo spirito eversore dei giovani, chiudendolo nei limiti ferrei di una rigida disciplina, o nelle regole gerarchiche della obbedienza, avrebbe portato a snaturare la rivoluzione fascista⁷¹¹, Costamagna arrivava a ritenere come controproducente il giuramento di fedeltà al fascismo, poiché aveva permesso agli intellettuali di considerare esaurita la loro fedeltà nel prestare giuramento, senza però adattare criteri e metodologie scientifiche allo spirito della rivoluzione fascista⁷¹².

⁷⁰² Si veda, in proposito, C. Costamagna, *Elementi di diritto pubblico fascista*, cit., p. 303 ss.

⁷⁰³ Ivi, p. 207.

⁷⁰⁴ Ivi, p. 207-208

⁷⁰⁵ Si vedano M. Benvenuti, *Il pensiero giuridico di Carlo Costamagna nel dibattito su metodo, diritto e Stato durante il regime fascista*, cit., p. 61 ss.; R. Sideri, *L'umanesimo nazionale di Carlo Costamagna*, cit., p. 43 ss.

⁷⁰⁶ Sul fondamentale ruolo svolto da *Critica fascista* e da *Primato* si soffermano G.B. Guerri, *Giuseppe Bottai*, cit., p. 185 ss., 259 ss.; M.G. Bottai, *Giuseppe Bottai*, cit., p. 12 ss., 102 ss.

⁷⁰⁷ Sul paragone Bottai-Gramsci insiste G.B. Guerri, *Giuseppe Bottai*, cit., p. 14 ss.

⁷⁰⁸ Si veda G.B. Guerri, *Giuseppe Bottai*, cit., p. 20.

⁷⁰⁹ Ivi, p. 21.

⁷¹⁰ Sottolinea questo aspetto R. Sideri, *L'umanesimo nazionale di Carlo Costamagna*, cit., p. 57.

⁷¹¹ Si veda G.B. Guerri, *Giuseppe Bottai*, cit., p. 21-22, ove cita a suffragio quanto scritto da Bottai su *Critica fascista* il 15 ottobre 1930, e il 15 maggio 1933.

⁷¹² In questo senso, R. Sideri, *L'umanesimo nazionale di Carlo Costamagna*, cit., p. 57. In senso simile, si veda anche E. Gentile, *La via italiana al totalitarismo*, cit., p. 245, ove sottolinea le dure critiche di Costamagna alla cultura tradizionale, che aveva frenato la cultura fascista e minacciava di soffocarla.

Non si può, infine, non rilevare anche la pesante implicazione di Costamagna nella vergogna delle leggi razziali⁷¹³. Non va dimenticato, infatti, che Costamagna fu relatore al II Convegno giuridico italo-germanico sul tema *Razza e diritto*, in cui, tuttavia, sollevò critiche all'impostazione tedesca del problema in termini esclusivamente antropobiologici⁷¹⁴. A questo proposito, quasi a mo' di giustificazione, è stato rilevato che l'antisemitismo di Costamagna non sarebbe di tipo razziale, ma culturale, essendo il tema razziale considerato da Costamagna inferiore a quello della nazionalità, e tenendo conto del fatto che era stato espresso anche prima delle leggi razziali⁷¹⁵. In realtà, le responsabilità di Costamagna sono evidentissime e non ammettono giustificazioni di sorta. È bene sottolineare, infatti, che, in una serie di interventi sulla rivista da lui diretta, egli non solo accolse con entusiasmo le leggi razziali, ma non esitò a superare in estremismo Mussolini, propugnando non solo l'espulsione di studenti e professori ebrei dalla scuola italiana, ma addirittura la messa al bando integrale della cultura e delle dottrine ebraiche⁷¹⁶.

D'altra parte, il pesante coinvolgimento nelle leggi razziali riguardò anche i già citati De Francisci e Solmi, che, da storici del diritto, cercarono di dare una legittimazione storica al razzismo di Stato e all'antisemitismo. Per quel che riguarda De Francisci, questa legittimazione veniva individuata nel diritto romano⁷¹⁷, e si esplicitò nella partecipazione alle conferenze propagandistiche organizzate dal P.N.F. e dal Ministero della Cultura Popolare, nonché al Corso sulla politica fascista della razza, organizzato a Roma dall'Istituto Nazionale di Cultura Fascista⁷¹⁸. Per quanto riguarda Solmi, egli espresse più volte il proprio antisemitismo sia nel tentativo di dare fondamento storico ad una presunta razza ariano-italica o ariano-mediterranea⁷¹⁹, sia nella discussione in Gran Consiglio⁷²⁰, sia nella opera di redazione del Libro Primo del codice civile, evidenziando la necessità di modificare le disposizioni legislative in materia di capacità giuridica per adattarle allo spirito della legislazione antiebraica⁷²¹, sia, infine, facendo parte del Comitato Scientifico della rivista *Il diritto razzista*, e pubblicandovi anche un contributo⁷²².

La complicità di Costamagna con l'orrore delle leggi razziali emerge, a maggior ragione, dalla comparazione con gli altri esponenti del Regime. Occorre tenere presente che ci

⁷¹³ Sull'atteggiamento di Costamagna a proposito del razzismo, si veda M. Benvenuti, *Il pensiero giuridico di Carlo Costamagna nel dibattito su metodo, diritto e Stato durante il regime fascista*, cit., p. 64 ss.

⁷¹⁴ Si veda S. Gentile, *La legalità del male*, cit., p. 94 ss.

⁷¹⁵ Si veda, in proposito, R. Sideri, *L'umanesimo nazionale di Carlo Costamagna*, cit., p. 28 ss.

⁷¹⁶ Si vedano O. De Napoli, *Razzismo e diritto romano*, cit., p. 58-59; S. Gentile, *La legalità del male*, cit., p. 37-38.

⁷¹⁷ Si veda G. Acerbi, *Le leggi antiebraiche e razziali italiane ed il ceto dei giuristi*, cit., p. 129-130. Sull'uso del diritto romano a mo' di giustificazione del razzismo, si veda O. De Napoli, *Razzismo e diritto romano*, cit., p. 49 ss.

⁷¹⁸ Si vedano, in proposito, R. De Felice, *Storia degli ebrei italiani sotto il fascismo*, cit., p. 383; S. Gentile, *La legalità del male*, cit., p. 86 ss.

⁷¹⁹ Si veda, in proposito, G. Acerbi, *Le leggi antiebraiche e razziali italiane ed il ceto dei giuristi*, cit., p. 131-132.

⁷²⁰ Si veda R. De Felice, *Storia degli ebrei italiani sotto il fascismo*, cit., p. 302.

⁷²¹ Si veda, in proposito, G. Acerbi, *Le leggi antiebraiche e razziali italiane ed il ceto dei giuristi*, cit., p. 146 ss.; S. Gentile, *La legalità del male*, cit., p. 321 ss.

⁷²² Si veda R. De Felice, *Storia degli ebrei italiani sotto il fascismo*, cit., p. 380; G. Acerbi, *Le leggi antiebraiche e razziali italiane ed il ceto dei giuristi*, cit., p. 148-139 (ove rileva, tuttavia, che nel secondo numero il nome di Solmi sparì dall'elenco dei membri del Comitato Scientifico della rivista insieme a quelli di Azara, Bolla, Casati e Maroi).

furono anche esponenti di primo piano come Balbo, De Stefani, e Federzoni⁷²³, o Giovanni Gentile⁷²⁴, che alla ideologia razzista non vollero cedere in alcun modo, e che persino Bottai non raggiunse i livelli di antisemitismo del giurista ligure. Se è vero, infatti, che la difesa che ne fanno Giordano Bruno Guerri e la figlia Maria Grazia appare poco persuasiva⁷²⁵, a maggiore ragione se si tiene conto del fatto che Bottai fu uno dei più fanatici durante la discussione in Gran Consiglio, nonché uno dei più zelanti in sede di applicazione della normativa⁷²⁶, e che in quegli stessi anni rivestiva anche la carica di Ministro dell'Educazione Nazionale, con il compito, affidatogli dallo stesso Mussolini, di procedere alla fascistizzazione del mondo accademico in modo meno scoperto e più efficace del predecessore De Vecchi⁷²⁷, è anche vero che, negli anni precedenti le leggi razziali, né Bottai, né la rivista da lui diretta, *Critica fascista*, erano tacciabili di becero antisemitismo⁷²⁸.

Per tutte queste ragioni, quindi, non deve stupire che la carriera accademica di Costamagna subisca uno stop definitivo con il crollo del regime fascista e la liberazione del territorio nazionale: il suo oltranzismo, di per sé già discutibile durante il Regime, era impensabile in un contesto di libertà riconquistata. D'altra parte, occorre tenere presente che la carriera accademica di Costamagna era stata assai più travagliata di quella politica⁷²⁹. Ottenuto un incarico di insegnamento del diritto corporativo a Ferrara nel 1927, Costamagna era passato poi all'Università di Pisa (presso la quale nel 1929 era stato bandito il primo concorso nazionale di diritto corporativo, che, tuttavia, finì per rivelarsi una delusione cocente per il

⁷²³ Si veda, in proposito, R. De Felice, *Storia degli ebrei italiani sotto il fascismo*, cit., p. 302 ss., il quale sottolinea come, nella discussione in Gran Consiglio avvenuta nella notte tra il 6 ed il 7 ottobre 1938, sia Balbo che Federzoni presero più volte la parola contro i provvedimenti razziali. In senso simile, si veda A. Pezzana, *Il Senato del Regno dal 1922 al 1946*, cit., p. 55 ss.

⁷²⁴ Sulla estraneità di Gentile all'antisemitismo insistono G. Acerbi, *Le leggi antiebraiche e razziali italiane ed il ceto dei giuristi*, cit., p. 127 (nota 183), 159-160; S. Gentile, *La legalità del male*, cit., p. 11 (nota 63); R. De Felice, *Storia degli ebrei italiani sotto il fascismo*, cit., p. 388.

⁷²⁵ Si veda, in proposito, G.B. Guerri, *Giuseppe Bottai*, cit., p. 31 ss., secondo cui l'antisemitismo era culturalmente lontano dalla concezione di vita di Bottai. In senso simile, si veda M.G. Bottai, *Giuseppe Bottai*, cit., p. 70 ss., secondo cui quella messa in campo da Bottai sarebbe stato uno scudo appropriato a ingannare i controlli nazisti e ad operare per la massima disapplicazione della normativa antiebraica. Sul pesante coinvolgimento di Bottai nella persecuzione degli ebrei, ritenuti corpo estraneo allo spirito della Nazione, insistono F. Pelini, I. Pavan, *La doppia epurazione*, cit., p. 27 ss.

⁷²⁶ Si veda, in proposito, R. De Felice, *Storia degli ebrei italiani sotto il fascismo*, cit., p. 242; E. Collotti, *Il fascismo e gli ebrei*, cit., p. 60, 64 e 70. È da tenere presente che Bottai aveva indirizzato una circolare ai Direttori degli Istituti Superiori ed ai Rettori delle Università volta a favorire l'attivazione di corsi di tipo razziale, in conformità alla nuova politica razziale (si veda, a tale proposito, S. Gentile, *La legalità del male*, cit., p. 16 ss.).

⁷²⁷ Cfr. F. Pelini, I. Pavan, *La doppia epurazione*, cit., p. 27. Di diverso avviso sembra G.B. Guerri, *Giuseppe Bottai*, cit., p. 219 ss., secondo il quale Bottai operò in un organismo del tutto fascistizzato, in quanto la fascistizzazione della scuola cominciò seriamente nel 1929, quando si obbligarono gli insegnanti della scuola elementare e della scuola media a prestare giuramento di fedeltà al Regime, giuramento che venne esteso anche ai docenti universitari nel 1931. Sulla fascistizzazione della scuola, si veda anche G. Volpe, *Storia costituzionale degli italiani*, II, cit., p. 220 ss.

⁷²⁸ Cfr. R. De Felice, *Storia degli ebrei italiani sotto il fascismo*, cit., p. 79, nota 2 (ove fa riferimento al fatto che sulla rivista *Critica fascista* era stato pubblicato il 1 febbraio 1924 un articolo di Herz Joffe contrario ad ogni forma di antisemitismo, preceduto da una nota redazionale che faceva esplicito riferimento all'incontro avvenuto nel 1923 tra Mussolini ed il rabbino capo di Roma, Angelo Sacerdoti) e 98 (ove parla di un intervento moderatore di Bottai presso Mussolini dopo i durissimi attacchi al sionismo contenuti in un articolo anonimo pubblicato su *Il popolo di Roma* nel novembre 1928). Sul fatto che i contributi razzisti apparsi su *Critica fascista*, eccettuati alcuni di Giuseppe Maggiore, siano scarsamente significativi insiste anche S. Gentile, *La legalità del male*, cit., p. 39-40.

⁷²⁹ Così M. Benvenuti, *Il pensiero giuridico di Carlo Costamagna nel dibattito su metodo, diritto e Stato durante il regime fascista*, cit., p. 32.

giurista ligure⁷³⁰), per essere chiamato, infine, all'Università di Roma nel 1933, prima con l'incarico di principi di legislazione fascista, e poi con l'incarico di diritto costituzionale presso la neonata Facoltà di Scienze Politiche. Al pari di Romano, anche Costamagna non godeva della garanzia dell'inamovibilità prevista per i professori di ruolo, essendo un semplice incaricato⁷³¹. La sua posizione era molto simile a quella di un altro magistrato, fascista della prima ora, esponente dell'ala totalitaria del fascismo, nonché deputato della XXX Legislatura, anch'egli libero docente a Scienze Politiche a Roma, Corrado Petrone⁷³².

Per quanto riguarda l'epurazione dal Senato – Costamagna era stato nominato senatore qualche mese prima del crollo del fascismo, il 6 febbraio del 1943 –, la sua decadenza fu richiesta dall'Alto Commissario Sforza il 7 agosto 1944, e dichiarata il 21 ottobre 1944, in virtù del fatto che, oltre ad essere inserito nell'elenco dei senatori epurabili per la terza categoria⁷³³, ovverosia dei senatori incriminati in quanto consiglieri nazionali o deputati eletti dopo il 1929 immessi nel Senato dopo aver contribuito nell'altra Camera a mantenere il regime fascista e a rendere possibile la guerra, la sua nomina non era stata neanche convalidata dall'Assemblea Plenaria del Senato⁷³⁴. Anche nel caso di Costamagna, la decadenza da senatore fu annullata dalla Cassazione l'8 luglio 1948.

3. Conclusioni

Si può discutere se tutti e tre i giuristi epurati siano da considerare a tutti gli effetti come esponenti della giuspubblicistica fascista. Se questo sembra assodato per quanto riguarda Costamagna e Maraviglia, maggiori dubbi si pongono per Santi Romano. Si potrebbe osservare che manca nelle opere di Romano il tono enfatico e apologetico che possiamo ritrovare nelle opere degli altri due⁷³⁵. Tuttavia, a questa osservazione si potrebbe replicare che la mancanza della retorica fascista nelle sue opere, di per sé, non esime Romano dalle sue responsabilità. Per le ragioni che ho cercato di evidenziare nei paragrafi precedenti, a me sembra evidente la compromissione di tutti e tre. Come ha giustamente sottolineato Aldo Mazzacane, la giuspubblicistica italiana cooperò attivamente nel disegnare l'edificio tracciando rappresentazioni persuasive del quadro istituzionale e fissando il perimetro del campo discorsivo⁷³⁶. Sia negli anni '20, quando prevalevano ancora i moduli della scuola

⁷³⁰ Per una puntuale ricostruzione della vicenda, si vedano F. Lanchester, *Momenti e figure nel diritto costituzionale in Italia e in Germania*, Milano 1994, p. 93 ss.; M. Benvenuti, *Il pensiero giuridico di Carlo Costamagna nel dibattito su metodo, diritto e Stato durante il regime fascista*, cit., p. 32 ss.

⁷³¹ Sull'epurazione in ambito universitario, si veda M. Benvenuti, *Il pensiero giuridico di Carlo Costamagna nel dibattito su metodo, diritto e Stato durante il regime fascista*, cit., p. 100 ss.

⁷³² Di Costamagna e Petrone come convinti fautori della politica totalitaria del PNF parla E. Gentile, *La via italiana al totalitarismo*, cit., p. 267. Sulla analogia delle posizioni di Costamagna e Petrone, si veda anche M. Caravale, *Una incerta idea*, cit., p. 288-289.

⁷³³ Si veda M. Cardia, *L'epurazione del Senato del Regno*, cit., p. 56 (nota 76).

⁷³⁴ Ivi, p. 222.

⁷³⁵ È da rilevare, peraltro, che, nel passaggio dallo Stato liberale allo Stato fascista, Santi Romano non cambiò affatto la partizione del proprio manuale di diritto costituzionale, ma si limitò solo ad inserire il Gran Consiglio del Fascismo tra gli organi costituzionali.

⁷³⁶ Si veda A. Mazzacane, *Fascismo e cultura giuridica*, cit., p. 163.

giuspubblicistica nazionale, sia a seguito del rinnovamento metodologico degli anni '30⁷³⁷, la strumentazione concettuale del diritto pubblico si integrava nell'ideologia del regime, rafforzandolo e mascherandone le disinvolute evoluzioni e la contraddittorietà delle componenti⁷³⁸. Lo stesso Alfredo Rocco, d'altronde, non aveva esitato a rivendicare una diretta continuità tra le teorie della sovranità statale propria della scuola giuspubblicistica nazionale e la legislazione fascista⁷³⁹.

Il tentativo di defascistizzare l'Università attraverso l'allontanamento dalla cattedra dei docenti più compromessi è stato comunque un tentativo che si è scontrato con le tendenze gattopardesche della realtà italiana. I tre giuspubblicisti in questione costituiscono, come detto, una eccezione a questa tendenza generale, in quanto sono stati rimossi dall'insegnamento, e, a differenza di altri loro colleghi pesantemente implicati con il Regime ma successivamente riabilitati dalla magistratura – basti pensare, per esempio, ad Acerbo o a De Francisci, o, per certi aspetti, allo stesso Giuseppe Bottai – non hanno avuto più modo di mettere piede nelle aule universitarie. In generale, non deve scandalizzare il fatto che docenti di provata fede fascista siano stati rimossi con la caduta del fascismo, e questo per una serie di ragioni. In primo luogo, va tenuto presente che il fascismo, conformemente alla propria ideologia totalitaria, aveva cercato, attraverso un'apposita legislazione, di impossessarsi di tutti gli apparati, dalla burocrazia, alla magistratura, alla stessa Università – per quanto riguarda questa ultima, gli esordi liberali della Riforma Gentile avevano, a partire dal 1925, ceduto il passo ad una visione sempre più permeata da spirito autoritario⁷⁴⁰ –, con la conseguenza che la caduta del fascismo ed il ripudio della sua ideologia rendevano necessaria e improcrastinabile un'opera di pulizia dalle incrostazioni totalitarie ed autoritarie⁷⁴¹.

In secondo luogo, occorre tenere presente la circostanza che molti docenti di fede fascista fecero ingiustamente carriera a scapito di tanti loro colleghi invisibili al Regime. Bisogna considerare, infatti, che il fascismo, ai fini di colonizzazione del corpo accademico, operò,

⁷³⁷ Sul rinnovamento della giuspubblicistica negli anni '30, si vedano F. Lanchester, *Momenti e figure nel diritto costituzionale in Italia e in Germania*, cit., p. 26 ss., 63 ss.; Id., *Pensare lo Stato*, cit., spec. p. 8 ss., 79 ss., 97 ss.; P. Grossi, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 218 ss.; M. Fioravanti, *La scienza del diritto pubblico*, cit., p. 657 ss.

⁷³⁸ Si veda A. Mazzacane, *Fascismo e cultura giuridica*, cit., p. 164, il quale soggiunge che, a suo avviso, non esiste una scienza giuridica a-fascista (e, tanto meno, antifascista) che si trasforma indipendentemente dalle tendenze del regime. Si veda anche M. Benvenuti, *Il pensiero giuridico di Carlo Costamagna nel dibattito su metodo, diritto e Stato durante il regime fascista*, cit., p. 26, il quale parla di una disarmante esiguità numerica di giuristi *ab origine* antifascisti o che si erano distanziati dalla dittatura nei primi anni del Regime, e cita tra le eccezioni i nomi di Vittorio Emanuele Orlando, Francesco Ruffini e Silvio Trentin.

⁷³⁹ Si veda, in proposito, G. Cianferotti, *Il pensiero di V.E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, cit., p. 223-224.

⁷⁴⁰ Sia consentito di rinviare, a questo proposito, a P. Gasparri, *L'autonomia didattica ed amministrativa degli enti d'istruzione*, cit., p. 75; B. Cammarella, *L'istruzione universitaria*, cit., p. 155 ss.; F. Colao, *La libertà di insegnamento e l'autonomia nell'Università liberale*, cit., p. 471 ss.; J. Charnitzky, *Riforma Gentile*, cit., p. 514; G. Luzzatto, *Università*, cit., p. 761-762; F. Lanchester, *Pensare lo Stato*, cit., p. 39-40; A. Ridolfi, *L'Università pubblica e l'Università privata*, cit., p. 503-504; G. Volpe, *Storia costituzionale degli italiani*, II, cit., p. 220 ss.

⁷⁴¹ Si veda, tuttavia, A.C. Jemolo, *Anni di prova*, cit., p. 145, secondo il quale occorre riconoscere che il clima delle università italiane durante il fascismo non era del tutto soffocante, poiché molti degli inconvenienti che si verificarono furono effetto di viltà gratuite e di zelo. A suo dire, i fascisti più accaniti erano incolti e di scarsa intelligenza, incapaci di cogliere il veleno di un argomento che non sembrava toccare affatto il Regime, mentre nel mondo colto la prevalenza era data dai convertiti, ovverosia da coloro che volevano persuadere gli altri e sé stessi di non avere cambiato o di avere rinnegato i valori della loro giovinezza.

nel giro di una decina di anni, ben tre epurazioni in ambito universitario⁷⁴² (tra i primi ad abbandonare l'insegnamento universitario e l'Italia due prestigiosi accademici antifascisti come Francesco Saverio Nitti⁷⁴³, e Gaetano Salvemini⁷⁴⁴): una prima nel biennio 1925-1926, per effetto della l. n. 2300/1925 sulla dispensa dal servizio dei funzionari⁷⁴⁵, le cui vittime più importanti furono Enrico Presutti⁷⁴⁶, e Silvio Trentin⁷⁴⁷, mentre un caso a parte fu quello di Arturo Labriola⁷⁴⁸, il cui esonero dal servizio fu determinato dalla mancata dichiarazione di estraneità alla Massoneria; una seconda epurazione nel 1931, in virtù dell'obbligo del giuramento di fedeltà al fascismo introdotto dal Ministro Balbino Giuliano⁷⁴⁹, e preconizzato dallo stesso Gentile nel 1924 nel regolamento generale universitario⁷⁵⁰, le cui vittime principali furono Ernesto Bonaiuti⁷⁵¹, Fabio Luzzatto, Francesco Ruffini ed Edoardo Ruffini Avondo⁷⁵²; la terza, infine, a seguito della infame

⁷⁴² Sulle molteplici epurazioni operate dal fascismo nell'ambito universitario, si sofferma M. Stipo, *Presentazione*, in Id., *Studi per il centenario della GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA (1903) di Cino Vitta*, cit., p. 11 ss.

⁷⁴³ Cfr. L. Salvatorelli, G. Mira, *Storia d'Italia nel periodo fascista*, cit., vol. II, p. 14. Sulla figura di Nitti, inoltre, si vedano S. Lupo, *Nitti, Francesco Saverio*, in V. de Grazia, S. Luzzatto, *Dizionario del fascismo*, II, cit., p. 228 ss.; G. Barone, *Nitti, Francesco Saverio*, in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. 78, Roma 2013, p. 600 ss.; G. Vetrutto, *Francesco Saverio Nitti. Un profilo*, Soveria Mannelli 2013; F.M. Sirignano, *Il grande esule di Acquafredda. Francesco Saverio Nitti tra pedagogia, politica e impegno civile*, Milano 2017.

⁷⁴⁴ Si veda L. Salvatorelli, G. Mira, *Storia d'Italia nel periodo fascista*, cit., vol. II, p. 15-16. Su Gaetano Salvemini, si vedano E. Tagliacozzo, *Introduzione*, in G. Salvemini, *Socialismo, riformismo, democrazia. Antologia di scritti politici, civili, autobiografici*, a cura di E. Tagliacozzo e S. Bucchi, Roma-Bari 1990, p. IX ss.; S. Bucchi, *Introduzione. Una storia lunga cinquant'anni*, in G. Salvemini, *Il Ministro della mala vita. Notizie e documenti sulle elezioni giolittiane nell'Italia meridionale*, a cura di S. Bucchi, Milano 2000, p. IX ss.; N. Tranfaglia, *Salvemini, Gaetano*, in V. de Grazia, S. Luzzatto, *Dizionario del fascismo*, II, cit., p. 579 ss.; S. Lucchese, *Federalismo, socialismo e questione meridionale in Gaetano Salvemini*, Manduria 2004; Id., *La pedagogia in situazione di Gaetano Salvemini. L'utopia possibile: fallibilismo, laicità, democrazia*, Napoli 2016.

⁷⁴⁵ Sulla l. n. 2300/1925, si vedano L. Salvatorelli, G. Mira, *Storia d'Italia nel periodo fascista*, cit., vol. I, p. 368; F. Colao, *La libertà di insegnamento e l'autonomia nell'Università liberale*, cit., p. 487-488; G. Melis, *Storia dell'amministrazione italiana*, cit., p. 314 ss.; A. Aquarone, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, cit., p. 71 ss.

⁷⁴⁶ Sulla figura di Enrico Presutti, si vedano P. Allotti, *Presutti, Enrico*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., tomo II, p. 1627-1628; S. Prisco, *Costituzione, diritti umani, forma di governo. Frammenti di uno studio tra Storia e prospettive*, Torino 2014, p. 95.

⁷⁴⁷ Si veda M. Stipo, *Presentazione*, cit., p. 13. Sulla singolare figura di Trentin, si vedano F. Benvenuti, *Silvio Trentin giurista*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 1976, n. 4, p. 1732 ss.; A. Pizzorusso, *Prefazione*, in *Dallo Statuto albertino al regime fascista*, tr. it. a cura di A. Pizzorusso, Venezia 1983, p. IX ss.; A. Ventura, *Introduzione*, in S. Trentin, *Diritto e democrazia. Scritti sul fascismo 1928-1937*, tr. it. a cura di G. Paladini, Venezia 1988, p. IX ss.; P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, 4, cit., p. 421 ss.; F. Cortese, *La libertà individuale come funzione dell'organizzazione pubblica: ordine giuridico e ordine politico in Silvio Trentin*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 2008, n. 4, p. 1067 ss.; G. Bascherini, 46, *Rue de Languedoc. Silvio Trentin, "il cittadino prima della città"*, in A. Buratti, M. Fioravanti (a cura di), *Costituenti ombra. Altri luoghi e altre figure della cultura politica italiana (1943-1948)*, Roma 2010, p. 33 ss.; M. Caravale, *Una incerta idea*, cit., p. 195 ss.;

⁷⁴⁸ Si veda F. Conti, *Labriola, Arturo*, in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. 62, Roma 2004, p. 814 ss.

⁷⁴⁹ Sul d.l. n. 1227/1931, si vedano L. Salvatorelli, G. Mira, *Storia d'Italia nel periodo fascista*, cit., vol. I, p. 531 ss.; A. Aquarone, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, cit., p. 179-180; G. Luzzatto, *Università*, cit., p. 762; M. Stipo, *Presentazione*, cit., p. 12 ss.; G. Volpe, *Storia costituzionale degli italiani*, II, cit., p. 221-222.

⁷⁵⁰ Cfr. art. 31 r.d. n. 674/1924, su cui si veda anche F. Colao, *La libertà di insegnamento e l'autonomia nell'Università liberale*, cit., p. 479 ss.

⁷⁵¹ Sulla figura di Buonaiuti, si vedano A.C. Jemolo, *Anni di prova*, cit., p. 167 ss.; F. Parente, *Buonaiuti, Ernesto*, in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. 15, Roma 1972, p. 112 ss.; M. Ranchetti, *Buonaiuti, Ernesto*, in V. de Grazia, S. Luzzatto, *Dizionario del fascismo*, I, cit., p. 205-206.

⁷⁵² Si veda M. Stipo, *Presentazione*, cit., p. 12-13. Su Francesco Ruffini, inoltre, si veda A.C. Jemolo, *Premessa*, in F. Ruffini, *Relazioni tra Stato e Chiesa*, Bologna 1974, p. 9 ss.; Id., *Introduzione*, in F. Ruffini, *La libertà religiosa. Storia dell'idea*, Ristampa III ed., Milano 1992, p. XIX ss.; F. Margiotta Broglio, *Postfazione. Ruffini e la libertà religiosa*, ivi, p. 349 ss. (e in Id., *Religione, diritto e cultura politica nell'Italia del Novecento*, Bologna 2011, p. 77 ss.); Id., *Introduzione. La passione politica di Francesco Ruffini*, in F. Ruffini, *Discorsi parlamentari*, Roma 1986, p. 1 ss. (e in Id., *Religione, diritto e cultura politica nell'Italia del Novecento*, cit., p. 25 ss.); S. Ferrari, *Introduzione*, in F. Ruffini, *La libertà religiosa come diritto pubblico subiettivo*, Bologna 1992, p. 11 ss.; A. Frangioni, *Introduzione*, in F. Ruffini, *Guerra e dopoguerra. Ordine internazionale e politica della nazionalità*, a

legislazione razziale⁷⁵³, della quale furono vittime alcuni tra i più brillanti giuristi dell'Università italiana⁷⁵⁴, come Tullio Ascarelli, Federico Cammeo⁷⁵⁵, Donato Donati⁷⁵⁶, Mario Falco⁷⁵⁷, Ugo Forti, Alessandro Levi, Enrico Tullio Liebman, Adolfo ed Enzo Ravà, Gino Segrè, Cino Vitta, Edoardo Volterra e finanche docenti dichiaratamente fascisti, come Cesare Vivante o Giorgio Del Vecchio⁷⁵⁸.

In terzo luogo, bisogna considerare che, tranne il caso di Santi Romano – il più importante studioso di diritto pubblico italiano insieme a Vittorio Emanuele Orlando, il cui incarico presso la Facoltà di Giurisprudenza era giustificato dalla sua stessa fama, né Maraviglia, né Costamagna insegnavano nell'Università *La Sapienza* – è bene ricordarlo, la più prestigiosa sede universitaria dell'epoca – a seguito della vittoria in un concorso universitario. Per quanto riguarda Maraviglia, si può ben dire che la chiamata alla cattedra di Istituzioni di Diritto Pubblico per chiara fama fosse più per meriti politici che per effettivi meriti scientifici, visto che, come si è avuto modo di vedere, di suoi lavori specificatamente dedicati al diritto pubblico e costituzionale non se trovano. Titoli scientifici che poteva, invece, vantare Costamagna, il quale, tuttavia, non poteva ugualmente invocare a suo favore vittorie in concorsi a cattedra. Anzi, va sottolineato che quando il Regime arrivò a costruire un concorso appositamente per lui, la comunità accademica reagì con una sostanziale bocciatura del candidato, dichiarato vincitore con una risicata maggioranza di tre commissari su cinque, il che costrinse, alla fine, il Ministero ad annullare il concorso⁷⁵⁹. Peraltro, va rilevato che la Commissione giudicatrice era formata da un esponente di primo piano del Regime come Francesco Ercole, e da giuristi non certo tacciabili di scarse simpatie per il fascismo come Alberto Asquini, scelto direttamente dal Ministro da una rosa di tre

cura di A. Frangioni, Soveria Mannelli 2006, p. 7 ss.; M. Dogliani, *Postfazione*, in F. Ruffini, *Diritti di libertà*, III ed., Roma 2014, p. 231 ss.

⁷⁵³ Sulla persecuzione dei docenti di religione ebraica o di origine ebraica, si vedano G. Cianferotti, *Le leggi razziali e i rettori delle Università italiane (con una vicenda senese)*, in *Le carte e la storia* 2004, n. 2, p. 15 ss.; E. Colotti, *Il fascismo e gli ebrei*, cit., p. 88 ss.; M. Stipo, *Presentazione*, cit., p. 17 ss.; A. Bardusco, *L'espulsione dei professori ebrei dalle Università italiane*, in L. Garlati, T. Vettor, *Il diritto di fronte all'infamia nel diritto*, cit., p. 163 ss.; F. Pelini, I. Pavan, *La doppia epurazione*, cit., p. 41 ss., 211 ss.; G. Acerbi, *Le leggi antiebraiche e razziali italiane ed il ceto dei giuristi*, cit., p. 101 ss.

⁷⁵⁴ Sul fatto che i cittadini di religione ebraica costituissero una vera e propria *élite* intellettuale, in particolare per quel che riguarda l'Università, si soffermano F. Pelini, I. Pavan, *La doppia epurazione*, cit., p. 203 ss.; G. Acerbi, *Le leggi antiebraiche e razziali italiane ed il ceto dei giuristi*, cit., p. 21 ss.

⁷⁵⁵ Sulla figura di Federico Cammeo, si vedano B. Sordi, *Cammeo, Federico*, in AA.VV., *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., tomo I, p. 398 ss.; F. Margiotta Broglio, *Religione, diritto e cultura politica nell'Italia del Novecento*, cit., p. 149 ss.; M. Fioravanti, *La scienza del diritto pubblico*, cit., p. 519 ss.; P. Craveri, *Cammeo, Federico*, in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. 17, Roma 1974, p. 286 ss.

⁷⁵⁶ Su Donato Donati, si vedano F. Tamassia, *Donati, Donato*, in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. 41, Roma 1992, p. 24 ss.; T.E. Frosini, *Donati, Donato*, in M. Aini, *Dizionario costituzionale*, cit., p. 165.

⁷⁵⁷ Sulla figura di Mario Falco, si vedano F. Margiotta Broglio, *Falco, Mario*, in AA.VV., *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., tomo I, p. 816 ss.; Id., *Religione, diritto e cultura politica nell'Italia del Novecento*, cit., p. 135 ss.; Id., *Falco, Mario*, in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. 44, Roma 1994, p. 311 ss.

⁷⁵⁸ Sulla singolarità della posizione di Del Vecchio, epurato nel 1938 dai fascisti e poi nel 1944 dagli antifascisti, si soffermano B. Raggi, *Baroni di razza*, cit., p. 183 ss.; G. Montoni, *La continuità necessaria*, cit., p. 161-162. Sulla figura di Giorgio Del Vecchio, inoltre, si vedano M. Caravale, *Una incerta idea*, cit., p. 72 ss., 135 ss., 219 ss.; B. Montanari, *Del Vecchio, Giorgio*, in AA.VV., *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., tomo I, p. 744 ss.; V. Frosini, *Del Vecchio, Giorgio*, in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. 38, Roma 1990, p. 391 ss.

⁷⁵⁹ Cfr. *infra*, § 2.3, nota 183.

candidati, Pier Silverio Leicht e Lorenzo Mossa, mentre l'unico giuspubblicista era Giovanni Salemi⁷⁶⁰.

Per quanto riguarda, invece, le epurazioni al Senato, occorre tenere presente che nel 1943 il Senato non si poteva considerare più l'istituzione dove l'opposizione antifascista aveva ancora una voce⁷⁶¹, dopo che la dichiarazione di decadenza dei deputati aventiniani aveva conferito al fascismo il monopolio della rappresentanza politica alla Camera dei Deputati – va ricordato, infatti, che storici esponenti dell'antifascismo come Croce, Ruffini, Albertini erano senatori, così come senatore era Gaetano Mosca –, ma, a partire dalla Presidenza Federzoni, era diventata una istituzione totalmente fascistizzata⁷⁶². In conclusione, quindi, se c'è un rimprovero che si può fare alle epurazioni, è che furono fatte male, all'italiana: c'è chi pagò per tutti, e chi non pagò per nulla. Ma questa è un'altra questione.

⁷⁶⁰ Interessante è anche il fatto che due giuspubblicisti della scuola orlandiana come Oreste Ranelletti e Santi Romano declinarono platealmente la nomina in Commissione. Si vedano, in proposito, F. Lanchester, *Momenti e figure nel diritto costituzionale in Italia e in Germania*, cit., p. 107-108; M. Benvenuti, *Il pensiero giuridico di Carlo Costamagna nel dibattito su metodo, diritto e Stato durante il regime fascista*, cit., p. 33.

⁷⁶¹ Sulla opposizione antifascista in Senato dopo il 1922, si veda L. Zani, *Crisi del liberalismo e del parlamentarismo nel Senato italiano dopo la marcia su Roma*, in E. Gentile, F. Lanchester, A. Tarquini, *Alfredo Rocco*, cit., p. 131 ss.

⁷⁶² Si veda, in proposito, M. Cardia, *L'epurazione del Senato del Regno*, cit., p. 3 ss., la quale sottolinea come il processo di fascistizzazione del Senato, iniziato a partire dal 1928, aveva trovato la sua realizzazione con la Presidenza di Luigi Federzoni. Gli effetti di questo fenomeno risultano evidenti dai dati citati a suffragio: il 25 luglio del 1943 ben 426 senatori su 452 risultavano iscritti al P.N.F., mentre il 31 ottobre 1922 ne era solo 1 su 398. Lievemente diversa è la posizione di A. Pezzana, *Il Senato del Regno dal 1922 al 1946*, cit., p. 38, secondo cui il fatto che dal 1929 non fossero più nominati senatori estranei al fascismo non dipendeva tanto dalla fascistizzazione del Senato, quanto da quella dell'intero Paese. Del Senato come istituzione fascistizzata parla anche A. Mastropaolo, *L'enigma presidenziale*, cit., p. 61. Di ultima battaglia liberale a proposito della discussione in Senato del 12 maggio 1928 parlano L. Salvatorelli, G. Mira, *Storia d'Italia nel periodo fascista*, cit., vol. I, p. 441 ss.

L'art. 7 della Costituzione e la “Divina Sapienza”*

di Francesco Margiotta Broglio ** e Daniele Ferrari ***

SOMMARIO: 1. Osservazioni introduttive. – 2. Pio XII e la cappella della Sapienza: osservazioni introduttive. – 3. Il processo costituente e l'art. 8: il ruolo delle confessioni religiose. – 4. La Cappella della “Divina Sapienza”

1. Osservazioni introduttive

Solo negli ultimi anni si è cominciato a conoscere qualcosa di più di quello che rivelano i pur ricchissimi dibattiti dell'Assemblea costituente sulla elaborazione delle disposizioni della Carta fondamentale italiana che definiscono il sistema di rapporti tra Stato e Confessioni religiose e garantiscono libertà e diritti fondamentali dei cittadini e delle chiese, comunità, istituzioni e associazioni aventi finalità di religione o di culto. Non che il quadro non fosse comprensibile, ma restavano in ombra, al di là dei contributi della cultura politica e giuridica -ad alcuni dei quali è dedicato il nostro Convegno- e dell'ampia documentazione a stampa dei partiti e delle chiese -analizzata approfonditamente da Gianni Long⁷⁶³-, l'azione personale di maggiori e minori protagonisti di quella difficile e complessa fase di rilettura democratica di problemi che avevano segnato la storia del paese nei cento anni successivi allo Statuto di Carlo Alberto e che condizionarono non marginalmente la ricostruzione repubblicana tanto più ardua dopo la fase di “vuoto” costituzionale degli anni 1943-46. Non si può, comunque, trascurare che, come ha messo in chiara evidenza Livio Paladin, “i combattenti per la libertà del Nord non ebbero né il tempo, né il modo per elaborare compiute e concordi proposte di rifondazione costituzionale”, mentre il Sud, troppo coinvolto, con poche eccezioni, nel salvataggio della Monarchia, “non poté, ovviamente, immaginare una legge fondamentale per la Repubblica,

* Contributo pubblicato previa accettazione del Comitato scientifico del Convegno. Relazione presentata al Convegno *I ‘Costituenti’ de ‘La Sapienza’*, svoltosi il giorno 30 novembre 2017, presso il Rettorato – Aula degli Organi Collegiali, Università La Sapienza di Roma.

Il contributo è stato pensato e discusso nella sua interezza dai due Autori, ma i paragrafi 1 e 2 sono stati redatti dal Prof.re Francesco Margiotta Broglio e i paragrafi 3, 4 e 5 da Daniele Ferrari.

** Già Professore ordinario di Storia e sistemi dei rapporti tra Stato e Chiesa presso l'Università degli Studi di Firenze.

*** Assegnista di ricerca in diritto ecclesiastico e canonico presso l'Università degli Studi di Siena.

⁷⁶³ G. LONG, *Alle origini del pluralismo confessionale: il dibattito sulla libertà religiosa nell'età della Costituente*, Il Mulino, Bologna, 1990.

si che il referendum del 2 giugno poté essere solo un punto di partenza”⁷⁶⁴. Com’è ora noto, la monarchia, invece, aveva, circa un anno prima, predisposto un progetto di costituzione, immaginando di rimanere ai vertici dello Stato, per non ricordare i progetti statutari dell’ultimo fascismo e, poi, della Repubblica Sociale Italiana⁷⁶⁵.

Inoltre se guardiamo ai “valori”, negli atti dell’Assemblea si trovano “affermazioni di segno radicalmente diverso”: da un Tupini che il 7 marzo 1947 dichiarava “La democrazia o sarà cristiana o non sarà” e da un Lussu che replicava “la democrazia moderna o è socialista o non è democrazia”, si arrivava a Neni che, qualche giorno dopo, affermava che gli elettori del 2 giugno “volevano uno stato unitario, (...) uno stato democratico, (...) uno stato laico (...), uno stato sociale”. Come è stato osservato, “la stragrande maggioranza dei nostri costituenti pensava ai diritti fondamentali soprattutto in chiave di grandi norme di principio da attuare attraverso (...) l’impegno comune delle forze politiche, legate dal patto che in Costituente si andava delineando”⁷⁶⁶.

I punti di riferimento non mancavano: nel 1941 era stata redatta la Carta Atlantica, nel 1945 la Carta delle Nazioni Unite, tra il 1946 e il 1948 venne preparata la Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo. Diritti, che per la prima volta assumevano specifica rilevanza nell’ordinamento internazionale⁷⁶⁷, dei quali non potranno non tener conto i costituenti quando definiranno “inviolabili” i diritti fondamentali che la Repubblica deve riconoscere, in quanto già propri della persona umana, e garantire, attribuendo loro una “superprotezione costituzionale” (Barile).

Per quanto riguarda la libertà di coscienza e di culto che sarà oggetto di appassionate discussioni nelle varie, successive “sedi” costituenti⁷⁶⁸, dev’essere messo in evidenza che se l’antifascismo democratico era stato colto di sorpresa dai Patti del Laterano, anche i coevi interventi sulle prospettive di politica religiosa per il post-fascismo (Bauer, F. L. Ferrari, Salvemini), come anche quelli degli anni 1935-36 (Garosci, Calosso), appariranno al momento della caduta del regime assai lontani dalla realtà che si era venuta a determinare.

⁷⁶⁴ L. PALADIN, *Per una storia costituzionale dell’Italia repubblicana*, Il Mulino, Bologna, 2004, 36.

⁷⁶⁵ F. MARGIOTTA BROGLIO, *La rilevanza costituzionale dei Patti Lateranensi tra ordinamento fascista e Carta Repubblicana*, in *Cristiani d’Italia*, Istituto Enciclopedia Italiana Treccani, Roma, 2012, 713-719.

⁷⁶⁶ M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano. La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno*, Il Mulino, Bologna, 1998, 15.

⁷⁶⁷ Si veda in part. J. P. HUMPHREY, *Human Rights and the United Nations: A Great Adventure*, Transnational Dobbs Ferry, New York, 1984.

⁷⁶⁸ Si veda a riguardo A. CAPITINI – P. LACAITA (a cura di), *Gli atti dell’assemblea costituente sull’art. 7 (con un testo dei Patti Lateranensi e il discorso del Croce al Senato)*, Lacaíta, Manduria-Perugia, 1959.

Solo agli inizi degli anni Quaranta, dopo le entusiastiche celebrazioni del decennale della Conciliazione (“grande e fausto evento” che ha significato “il ritorno alla tradizione e alla missione cattolica da parte dello Stato”⁷⁶⁹) e dopo il tentativo fascista di sostituire lo Statuto di Carlo Alberto (Pisa, 1940), la Democrazia Cristiana, nelle “Idee ricostruttive” redatte da De Gasperi e nel “Programma di Milano” predisposto insieme al “Movimento Guelfo”, comincia a delineare le posizioni del “partito cristiano” sui futuri rapporti Stato-confessioni religiose, sulla famiglia e sul “più riguardoso rispetto per la libertà delle coscienze” contro “ogni intolleranza di razza e di religione”, sulla “pace tra Stato e Chiesa, raggiunta e codificata nei Trattati del Laterano”, che avrebbe dovuto costituire “una pietra basilare anche nell’Italia di domani”⁷⁷⁰.

In altre direzioni, ma nell’assenza di una effettiva considerazione dei temi della libertà religiosa e dello “status” delle religioni all’interno del movimento di resistenza al nazi-fascismo, le isolate voci di Salvemini, Capitini, Mario Paggi, don Tedeschi e Jemolo. Pessimista come sempre, quest’ultimo ritiene che la sua speranza di una Chiesa cattolica non desiderosa di concordati ma di libertà, pronta ad adeguarsi al rapido mutamento sociale, di un Vaticano “senza guardie nobili e senza svizzeri”⁷⁷¹, senza “titoli nobiliari né decorazioni cavalleresche” si venisse a scontrare con una Santa Sede che rifiuti di operare la palingenesi che egli prospetta, insistendo nel mantenere gli Accordi lateranensi e la legislazione ecclesiastica fascista nella loro integrità, non rimarrà che “cedere e piegarsi”⁷⁷².

Giorgio Spini, inoltre, mise immediatamente in evidenza, nel settembre 1943, il “sospiro di sollievo che ogni evangelico italiano ha tirato al momento della scomparsa del fascismo” e la sua speranza di “vedere finalmente pieno, efficace, indiscusso il suo diritto di associazione religiosa (...), il suo diritto di comunicare ad altri questa sua fede, di svolgere indisturbato la propria propaganda religiosa, fino a che questa non si trasformi (...) in vilipendio della fede e dei riti altrui”, ottenendo che “la fede e il culto evangelico ricevano finalmente, legalmente e praticamente, la stessa tutela efficace che la legge e la prassi accordano al culto cattolico”⁷⁷³. Tutto quello che, come si dirà, il Vaticano non avrebbe

⁷⁶⁹ A. GEMELLI, *Introduzione*, in AA. VV., *Chiesa e Stato. Studi storici e giuridici per il decennale della Conciliazione tra la Santa Sede e l’Italia*, Vita e Pensiero, Milano, Milano, 1939, X.

⁷⁷⁰ F. MARGIOTTA BROGLIO, *Stato e confessioni religiose: teorie e ideologie*, Vol. 2, La Nuova Italia, Firenze, 1976, 90-91.

⁷⁷¹ A. C. JEMOLO, *Per la pace religiosa in Italia*, in ID., *Per la pace religiosa d’Italia*, a cura di G. SPADOLINI, Le Monnier, Firenze, 1985, 37.

⁷⁷² *Ivi*, 44.

⁷⁷³ G. SPINI, *A proposito di libertà*, “La Luce”, 1 settembre 1943.

voluto, ma che verrà, in gran parte, accolto dalla Costituzione del 1948. Gianni Long, nella sua organica e puntuale ricostruzione del dibattito sulla libertà religiosa nell'età della Costituente, ha richiamato le “giornate teologiche del Ciabàs” dedicate ai rapporti Stato-Chiese (2-3 settembre 1943), la cui dichiarazione finale venne sostanzialmente fatta propria dal Sinodo Valdese, e ha messo in evidenza “la prudenza con cui i protestanti guardano alla situazione nella primavera del 1945”⁷⁷⁴: “Sul momento un separatismo come noi lo intendiamo, cioè non necessariamente antireligioso od agnostico, non sembra possibile”⁷⁷⁵ dichiarerà la Tavola al Sinodo valdese del 1946. Tra i documenti delle chiese e di esponenti evangelici sulla libertà religiosa degli anni 1946-47 analizzati da Long, anche con riferimento al rapporto con i partiti politici (in particolare con il Partito d'azione), spicca il volumetto di Giorgio Peyrot, allora esperto giuridico della Tavola, edito dal Centro evangelico di cultura nel 1946 e poi stampato in una tiratura speciale di 650 copie destinate ai membri dell'Assemblea Costituente, insieme ad una Dichiarazione del Consiglio federale delle Chiese evangeliche del 1° settembre 1946 che riconfermava la “scelta a favore del diritto comune” ed auspicava “un separatismo neutrale”⁷⁷⁶, ma Peyrot non poteva certo sospettare che, già nel luglio del 1946, il Nunzio Apostolico, Borgongini Duca, aveva chiesto a De Gasperi di dichiarare “pubblicamente l'intangibilità dei Patti Lateranensi”⁷⁷⁷ e aveva ribadito ufficialmente che “dire che lo Stato non ha una religione (...) significherebbe dire Stato ateo”⁷⁷⁸.

Nello stesso periodo Pio XII aveva chiesto ai gesuiti della “Civiltà Cattolica” di predisporre un progetto di Costituzione per la Repubblica che gli verrà consegnato il 25 ottobre 1946 in tre versioni: desiderabile, accettabile, non accettabile⁷⁷⁹. Punti di partenza la “Cattolicità dello Stato”, il ritorno ai “culti tollerati” di Carlo Alberto, il regime concordatario unica forma di “unione” tra Chiesa e Stato compatibile con la “moderna concezione della sovranità”, il declassamento del matrimonio civile che non avrebbe potuto “mai essere altro che un concubinato legalizzato”, la competenza familiare sul sistema scolastico, corsi di dottrina cattolica anche nelle università. È significativo che, se Peyrot

⁷⁷⁴ G. LONG, *Alle origini del pluralismo confessionale*, cit., 253.

⁷⁷⁵ *Ivi*, 258.

⁷⁷⁶ *Ivi*, 270; v. anche M. VENTURA, *Diritto e religione come questione di coerenza*, in G. LONG (a cura di), *Libertà religiosa e minoranze*, Claudiana, Torino, 2007, 67-81.

⁷⁷⁷ G. SALE, *De Gasperi, gli USA e il Vaticano: all'inizio della guerra fredda*, Jaca Book, Milano, 2005, 43.

⁷⁷⁸ *Ivi*, 41.

⁷⁷⁹ *Ivi*, 389-405.

chiedeva di inserire in costituzione il principio che “Tutti i cittadini possono assurgere alle più alte cariche dello Stato senza che la loro appartenenza o non appartenenza ad una determinata confessione religiosa possa costituire un ostacolo”⁷⁸⁰, i gesuiti di Pio XII pretendevano che il Presidente della Repubblica italiana non potesse essere né ateo dichiarato, né appartenente “a una delle minuscole ma intollerantissime sette che vivono in Italia, spesso al servizio dello straniero” (chissà se la diplomazia americana che si stava adoperando perché il governo garantisse piena libertà e uno status equipollente a quello della cattolica per le “sette” protestanti venne a conoscenza delle richieste vaticane)⁷⁸¹. E non è certo casuale quanto scriveva sulla “Civiltà Cattolica” padre Cavalli:

I protestanti patrono dal diritto alla libertà, i cattolici dal diritto della verità. Che in caso di conflitto (...) la supremazia spetti alla verità neppure i protestanti negheranno (...). Ora la Chiesa Cattolica, convinta per le sue divine prerogative, di essere l'unica vera chiesa, deve reclamare per sé sola il diritto alla libertà, perché alla verità, non mai all'errore, questo può competere. Quanto alle altre religioni, essa non impugnerà la scimitarra (...),

ma dovrà preoccuparsi che, in caso di conflitto tra la Costituzione e leggi anteriori, “contenenti principi chiaramente illiberali nei confronti dei culti non cattolici”, le autorità accordino “prevalenza a queste ultime”⁷⁸².

Inoltre nel corso dei lavori della Costituente esponenti di tutti i partiti politici -preoccupati di non dividere l'Assemblea sulla questione religiosa- cercarono, anche attraverso contatti diretti con i Sacri Palazzi, di trovare una formula sui rapporti Stato-Chiesa che potesse ottenere una larga maggioranza: lo stesso De Nicola fece avere al Nunzio Apostolico una sua proposta, che aveva il consenso delle sinistre (“I rapporti tra Stato e Chiesa continueranno ad essere regolati in termini concordatari”), ma che non soddisfece la Segreteria di Stato. E quando venne approvato l'attuale art. 7, il voto favorevole dei comunisti -già noto previamente alla Segreteria di Stato- non fu gradito a Pio XII, mentre De Gasperi riconobbe, parlando con il Nunzio, che quel voto rafforzava il partito di Togliatti davanti agli elettori⁷⁸³. Comunque una parte del mondo cattolico non soddisfatta

⁷⁸⁰ G. PEYROT, *La libertà di coscienza e di culto*, cit., 48.

⁷⁸¹ Si vedano a riguardo R. ASTORRI, *Il Trattato di amicizia, commercio e navigazione tra Italia e Usa. La questione della libertà religiosa e i rapporti tra Italia e Santa Sede*, in *Studi in onore di Francesco Finocchiaro*, vol. I, CEDAM, Padova 2000, 55-85; S. GAGLIANO, *Egualemente liberi? Libertà religiosa e Chiese Evangeliche in Italia (1943-1955)*, Biblion, Milano, 2016; M. MADONNA, *Dal carattere sacro al particolare significato. La città di Roma nel Concordato del 1929 e nell'Accordo del 1984, aspetti giuridici e politici*, Libellula, Tricase, 2009.

⁷⁸² F. CAVALLI, *Le condizioni dei protestanti in Spagna*, in *La Civiltà Cattolica*, XCIX, n. 2, fasc. 2397, 3 aprile 1948, 33.

⁷⁸³ Si veda in proposito G. SALE, *De Gasperi, gli USA e il Vaticano*, cit..

degli esiti della Costituente non esitò, nell'ottobre 1948, a tentare, coinvolgendo il Presidente dell'Azione cattolica, Veronese, l'on. Piccioni e mons. Pignedoli della Segreteria di Stato, di far presentare da un deputato democristiano, Egidio Chiarini, una proposta di legge costituzionale volta ad inserire il nome di Dio in un preambolo della Costituzione per cancellare "l'onta fatta a Dio e alla nostra patria" radicando "il Santo Nome di Dio dalla Propria Costituzione", mentre un popolo "semibarbaro", gli indonesiani, iniziavano la loro "invocandolo" (Associazione Santa Crociata, Comitato "Pro nomine Dei")⁷⁸⁴

2. Pio XII e la cappella della Sapienza: osservazioni introduttive

La decisione di Papa Pio XII di donare una cappella alla Città universitaria nel 1947 permette di sviluppare una riflessione su due diversi piani.

Il primo riguarda il contesto normativo e politico nel quale si inserì la scelta del Sommo Pontefice, alla ricerca delle possibili ragioni che lo indussero a finanziare integralmente l'edificazione di un nuovo edificio di culto, dedicato alla "Divina Sapienza".

Il secondo concerne la storia della cappellania cattolica dell'Università della Sapienza, l'esame del procedimento amministrativo, che si sviluppò tra il Ministero della pubblica istruzione e la Santa sede ai fini della realizzazione dell'opera, i possibili legami tra edificazione della cappella e lavori in Assemblea Costituente.

Con riguardo al primo aspetto, il contesto preso in esame coincide con il processo costituente. La scrittura della nuova Costituzione ridisegnò, infatti, i rapporti tra ordinamento civile ed ordinamenti religiosi; nei lavori in Assemblea costituente emersero, in particolare, i nuovi legami che il nascente patto "repubblicano" instaurava, rispetto al sistema fascista, tra la Chiesa cattolica e le altre confessioni religiose, nel segno di una generale garanzia della libertà religiosa e dell'eguaglianza tra i diversi culti. Sul piano dell'eguaglianza, la tensione tra regime concordatario e esigenza di riequilibrare la condizione delle confessioni acattoliche, che da "ammesse" aspiravano a diventare libere, emerse su due diversi piani: nelle discussioni in Assemblea Costituente, nella dinamica politica ed istituzionale indotta dalla redazione della nuova carta repubblicana e di cui furono protagoniste le confessioni religiose.

⁷⁸⁴ G. SALE, *Il Vaticano e la Costituzione*, pref. F. P. CASAVOLA, Jaca Book, Milano, 2008, 287.

Con riguardo al secondo aspetto, particolare attenzione verrà dedicata alla Convenzione tra Santa Sede ed Università di Roma, che rappresentò al contempo la *lex foundationis* della cappellania e la fonte di regolamentazione per la costruzione, la destinazione ed il finanziamento dell'ente.

3. Il processo costituente e l'art. 8: il ruolo delle confessioni religiose

La scelta di inserire, nel futuro articolo 7 della nuova Carta, il richiamo ai Patti lateranensi fu oggetto di accesi dibattiti tra i costituenti, le cui posizioni si orientarono, in senso diverso, a favore di forme di agnosticismo costituzionale⁷⁸⁵, confessionale⁷⁸⁶ oppure di eguale collaborazione dello Stato con tutti i culti⁷⁸⁷, problematiche che riemersero anche nel processo di redazione del testo dell'art. 8. Le voci contrarie alla riaffermazione del carattere confessionale dello Stato criticarono il rinvio fatto dalla nuova Costituzione alla fonte concordataria: l'art. 1 del Trattato -che riconosceva la religione cattolica come religione dello Stato- richiamato dall'art. 7, mal si sarebbe conciliato, infatti, con gli altri principi fondamentali di eguaglianza e pari dignità sociale. Sul punto, basti ricordare che, già nella seduta della Prima Sottocommissione della Commissione per la Costituzione, il 21 novembre 1946, l'onorevole Mario Cevolotto evidenziava che la “Costituzione dovrebbe essere quella di uno Stato aconfessionale, sia nella forma che nella sostanza, sull'esempio della Costituzione francese, che pure è stata deliberata da una Assemblea nella quale il partito popolare aveva una parte notevole (...) In primo luogo, perciò, non bisognerebbe ripetere l'articolo 1 del Trattato del Laterano (...) Se si ammette questo principio essenziale della libertà umana, cioè il diritto delle minoranze, si deve logicamente venire alla

⁷⁸⁵ Non mancò la proposta di un modello di pace religiosa costruito sui principi liberali ispirati alla libertà nei rapporti tra Stato e Chiesa e sull'“agnosticismo del governo costituzionale in tutti i problemi dello spirito e, specialmente, nel problema della fede” (Nenni); atti Assemblea Costituente, seduta del 10.03.1947, in Atti dell'Assemblea Costituente, in http://legislature.camera.it/_dati/costituente/lavori/Assemblea/sed056/sed056nc.pdf, 1948 ss.

⁷⁸⁶ L'on. La Pira, in termini critici, si chiedeva quale significato fosse da attribuire ad uno Stato laico, che molti Costituenti identificavano nella considerazione statale della religione come una questione privata, mentre altri distinguevano l'agnosticismo dello Stato solo “verso il contenuto dogmatico di una o più confessioni religiose”, ma non “verso le manifestazioni sociali e le formazioni concrete di una data confessione religiosa” (Riccio); cfr., Atti Assemblea Costituente, seduta del 11.03.1947, in Atti dell'Assemblea Costituente, in http://legislature.camera.it/_dati/costituente/lavori/Assemblea/sed058/sed058nc.pdf, 1981 ss.

⁷⁸⁷ A favore di una laicità collaborativa l'on. Riccio sottolineava come “in tutte le Costituzioni europee più recenti vi sono norme riflettenti la vita religiosa ed ecclesiastica e la libertà di coscienza è affermata non già in funzione di premesse laiche, ma in virtù del dovere esplicito dello Stato di contribuire quale tutore del bene comune, come dell'arte e della scienza, anche della vita religiosa”; Cfr., Atti Assemblea Costituente, seduta del 13.03.1947, in Atti dell'Assemblea Costituente, in http://legislature.camera.it/_dati/costituente/lavori/Assemblea/sed060/sed060nc.pdf, 2052 ss.

conclusione che tale diritto è uguale a quello delle maggioranze e quindi la regolamentazione giuridica deve essere per ambedue fundamentalmente la stessa”⁷⁸⁸.

In parallelo, la scelta del modello costituzionale determinò l’attivismo delle confessioni religiose che, attraverso iniziative e strumenti diversi, cercarono di incidere sul processo costituente, tentando fin dall’inizio di far candidare propri rappresentanti alla Costituente, al fine di ottenere un’adeguata visibilità delle rispettive istanze. Tali tentativi possono essere ricondotti, nel loro complesso, a posizioni distinte riconducibili alla Chiesa Cattolica da una parte e alle confessioni acattoliche dall’altra.

La prima intervenne su più fronti per vedersi garantito lo *status* ottenuto nel 1929 con la stipula dei Patti Lateranensi. L’obiettivo era quello di evitare che la Costituzione repubblicana segnasse una completa rottura con il diritto ecclesiastico di epoca fascista, nel segno della affermazione di un continuismo tra monarchia e Repubblica⁷⁸⁹. In questi termini, la semplice lettura delle annate della “Civiltà cattolica” degli anni 1947 e 1948 rivela gli orientamenti di alcuni esponenti del mondo cattolico che a più riprese si espressero sui limiti del potere costituente, sull’insuperabilità dei valori posti a fondamento dell’ordine naturale della società italiana e sui rischi “laicisti” legati ad un riconoscimento costituzionale della libertà di coscienza⁷⁹⁰.

Le confessioni religiose acattoliche, diversamente, auspicarono scelte di forte discontinuità rispetto al fascismo. Il ridisegnarsi dei rapporti tra autorità e libertà in ambito religioso, nel passaggio dalla Monarchia alla Repubblica, avrebbe dovuto, infatti, nelle aspettative delle minoranze confessionali, segnare un totale superamento delle normative illiberali di epoca fascista e, in particolare, della legge sui culti ammessi⁷⁹¹. Tali obiettivi emergono sia negli atti delle confessioni acattoliche sia nei numerosi tentativi di partecipazione ai lavori in Assemblea costituente, anche nella forma indiretta dell’invio di opuscoli o progetti di articoli per la nuova Costituzione. La posizione delle minoranze rispetto al processo costituente è -come già sopra ricordato- ben rappresentata da Giorgio Peyrot nel volumetto

⁷⁸⁸ V. Atti Assemblea Costituente, seduta del 21.11.1946, www.nascitacostituzione.it/01principi/008/index.htm.

⁷⁸⁹ V. F. MARGIOTTA BROGLIO, *La rilevanza costituzionale dei patti lateranensi tra ordinamento giuridico fascista e carta repubblicana*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1983, 1332-1346.

⁷⁹⁰ Sul punto v., ad esempio, A. MESSINEO, *I limiti del potere costituente*, in *La Civiltà Cattolica*, vol. I, 1946, 400-409; A. ODDONE, *La libertà morale e di coscienza*, in *La Civiltà Cattolica*, vol. III, 1946, 14-21.

⁷⁹¹ Cfr. G. PEYROT, *Orientamenti per uno studio sulla posizione delle Chiese evangeliche di fronte allo stato*, in *La posizione delle chiese evangeliche di fronte allo Stato: relazioni e documenti dell'incontro organizzato dal servizio studi della Federazione delle chiese evangeliche in Italia: Agape 19-23 agosto 1969*, Torino, Claudiana, 1970, 9-33. IDEM, *La posizione delle chiese valdesi nello stato (criteri di un diritto pubblico esterno)*, in *Quaderni di diritto e Politica Ecclesiastica*, 2, 1990, 137-211.

“La libertà di coscienza e di culto di fronte alla Costituente Italiana”, stampato nel 1946 in una tiratura speciale di 650 copie e destinato ai membri dell’Assemblea Costituente. Il giurista valdese, in particolare, nella premessa al volume chiariva che: “Le comunità religiose minoritarie sentono invece la loro precisa funzione nel campo dei problemi politici e giuridici che si affacciano in questo momento sul piano costituzionale, come elemento che può portare un contributo sereno per l’affermazione e la garanzia delle libertà fondamentali del popolo, ed in primo luogo di quella libertà di coscienza e di religione che in Italia, a dire il vero, è stata contenuta, anche dopo le affermazioni costituzionali del 1848, in angusti limiti e mantenuta sempre nel campo delle aspirazioni”⁷⁹².

Le proposte mettono in luce una dinamica di competizione tra i diversi attori religiosi rispetto all’esigenza di ottenere un riconoscimento delle rispettive istanze. Tale dinamica verrà approfondita, seppur brevemente, in relazione alla Chiesa valdese, i cui legami con la genesi del testo costituzionale, ed in particolare con l’articolo 8 della Costituzione, emergono in tre diverse prospettive riguardanti l’origine dell’istituto dell’intesa, i documenti elaborati dalle istituzioni valdesi sulla tutela costituzionale della libertà religiosa, i tentativi di partecipazione, diretta ed indiretta, al processo costituente⁷⁹³.

Per quel che riguarda l’origine dell’istituto dell’intesa, la possibilità di estendere il principio pattizio anche alle confessioni acattoliche non appare una novità introdotta dall’art. 8, co. 3, della Costituzione, ma un sistema già elaborato dal giurista valdese Mario Piacentini alla fine degli anni venti con riguardo al territorio metropolitano, poi da Costantino Jannaccone, docente di diritto ecclesiastico, prima all’Università di Cagliari e poi di Pisa, che negli anni trenta aveva delineato la nuova tipologia dei «concordati interni»⁷⁹⁴ riservati alle religioni autoctone presenti nelle colonie italiane.

Sul fronte metropolitano, nel 1929 Mario Piacentini tentò, in vista della riconciliazione tra Chiesa cattolica e Stato italiano, di ottenere dal governo la stipula di un “mini-concordato” con gli evangelici⁷⁹⁵. Il giurista romano, soprattutto alla luce dei molti privilegi riconosciuti

⁷⁹² G. PEYROT, *La libertà di coscienza e di culto di fronte alla Costituente italiana*, Centro evangelico di cultura, Roma, 1946, 6.

⁷⁹³ Cfr. R. F. GENRE, *Libertà di coscienza o religione della maggioranza? La Chiesa valdese nel dibattito costituente sulla libertà religiosa*, in A. BURATTI – M. FIORAVANTI (a cura di), *Costituenti ombra. Altri luoghi e altre figure della cultura politica italiana (1943-1948)*, Carocci, Roma, 410-422.

⁷⁹⁴ G. PEYROT, *La libertà di coscienza e di culto di fronte alla Costituente italiana*, cit., 129 ss. In particolare, l’Autore sottolinea che “nelle colonie gli Stati possono addivenire ad accordi con chiese locali per provvedere in ordine all’esistenza e al funzionamento di esse. Tali accordi, che si attuano con chiese che si trovano anche in territorio metropolitano, si rendono particolarmente utili nelle colonie nei confronti di organizzazioni indigene di culto in ordine ad esigenze proprie della vita spirituale di popolazioni di razza diversa da quella dello Stato colonizzatore”.

⁷⁹⁵ J. P. VIALLET, *La chiesa valdese di fronte allo Stato fascista*, Claudiana, Torino, 1985, 128.

ai cattolici con gli Accordi del Laterano, temeva per la libertà della sua chiesa. Una traccia, seppure indiretta, dei motivi che indussero, poi, alla rinuncia a specifici accordi, si può scorgere nei contenuti di una sua lettera del 28 ottobre 1929. Infatti, il Piacentini, alla luce dell'entrata in vigore della legge sui culti ammessi⁷⁹⁶, di cui sarebbe stato in parte l'estensore occulto, non riteneva più auspicabile la conclusione di una "intesa" con il governo, chiarendo che "quanto alla legge particolare non si tratta di fare ai Valdesi una posizione di privilegio. Se si trattasse di questo non avrei alcuna esitazione. La posizione di privilegio, anche se desiderata in alto, è ritenuta dall'alto stesso inattuabile, inattuabile giuridicamente e politicamente per ragioni varie che sarebbe troppo lungo qui enumerare. Si tratta solo di fare una legge su per giù come quella che si varerà per gli Israeliti e tutto al più di approvare puramente e semplicemente lo Statuto della Tavola e della Chiesa. Ma ciò potrebbe portare (anzi sicuramente porterà) a qualche vincolo di più ed a nessun miglioramento della situazione attuale"⁷⁹⁷. Peraltro, i tentativi di Piacentini di difendere la libertà della propria chiesa crearono frizioni con il mondo ecclesiastico ed, in particolare, non lasciarono indifferente il Nunzio Apostolico in Italia Francesco Borgongini Duca che, in una lettera del 22 giugno 1935, informava il Segretario di Stato Eugenio Pacelli di aver comunicato al Ministro della giustizia, segnalando "l'azione che svolge il Sig.re Mario Piacentini, apostata del cattolicesimo, (...) il quale è il grande consulente giuridico di tutte le sette acattoliche (...)"⁷⁹⁸.

In relazione alle posizioni della chiesa valdese nel corso del processo costituente, va ricordato che, già nel 1945, furono elaborati specifici documenti sia da parte della Tavola sia da parte del Sinodo.

La Tavola indirizzò al governo una "Relazione giuridica delle minoranze religiose in Italia e sulle richieste per una riforma della legislazione loro inerente". La relazione, che in parte riprendeva gli argomenti già espressi da Giorgio Peyrot nello scritto, inviato al Ministero dell'Interno, dal titolo "Rilievi di carattere giuridico in riferimento ad alcuni articoli della legge sui culti ammessi", chiedeva al governo un intervento di revisione generale del diritto

⁷⁹⁶ Per un'analisi dei contenuti di questa legge v., *amplius*, O. GIACCHI, *La legislazione italiana sui culti ammessi*, Vita e Pensiero, Milano, 1934 e anche M. PIACENTINI, *I culti ammessi nello Stato italiano*, U. Hoepli, Milano, 1934, *passim*.

⁷⁹⁷ I contenuti della lettera citata sono riportati da Antonio Rostan in una lettera a Davide Jahier del 28 ottobre 1929, disponibile in Archivio storico, Società di studi valdesi, Fondo di famiglie, Fondo Famiglia Jahier, sub-fondo carte Jahier Davide (1888-1937), fogli 3.

⁷⁹⁸ Ved. Lettera di Mons. Borgongini a Mons. Pacelli, 22.06.1935, oggetto: Udienza Ministero della Giustizia circa i protestanti – al Segretario di Stato, Cardinale Eugenio Pacelli, in Archivio segreto vaticano, Arch. Nunz. Italia., V. n. 5295, pos. XIV, pp. 2.

ecclesiastico italiano, che si coniugasse con la garanzia a livello costituzionale della libertà di coscienza, del principio di parità tra i culti e di eguaglianza tra i cittadini a prescindere dalla religione professata⁷⁹⁹.

Nell'ambito del Sinodo valdese, Bruno Revel⁸⁰⁰ proponeva nel 1945 la costituzione di un'apposita commissione con il compito di riflettere sull'opportunità di una riforma della disciplina riguardante le minoranze religiose in Italia. Secondo il proponente, l'unica soluzione per tutelare la libertà di coscienza e di culto degli acattolici, dopo le restrizioni subite durante il fascismo, sarebbe stata quella di abolire l'art. 1 dello Statuto Albertino. In termini in parte diversi, Peyrot non riteneva tale proposta risolutiva, sottolineando che sarebbe stato anche necessario mettere in discussione il sistema bilaterale pattizio tra Stato e Chiesa cattolica. Era stato tale sistema, infatti, a legittimare durante il fascismo un trattamento di favore per la Chiesa romana a detrimento della libertà religiosa delle confessioni di minoranza. Rispetto alla posizione di Peyrot, improntata, in modo tradizionale, alla difesa di un modello separatista nei rapporti tra Stato e religioni, il Moderatore osservava, prudentemente, che, data "la situazione ancora nebulosa", forse non era ancora "venuto (...) il momento di muovere ad un attacco frontale"⁸⁰¹.

Il dibattito sinodale sui rapporti tra evangelici e Stato si concluse con l'invito a costituire una Commissione per lo studio del problema dell'autonomia delle chiese, tra i cui membri veniva indicato lo stesso Piacentini. Oltre a questa decisione, il Sinodo, dichiarando solennemente, "in vista della Costituente", "che non può esistere autentica libertà umana, civile e politica, se non sul fondamento della libertà religiosa eguale per tutti", dette una chiara indicazione sulla posizione degli evangelici rispetto agli indirizzi di politica ecclesiastica che il nuovo patto costituzionale avrebbe dovuto recepire e garantire. In particolare, i padri sinodali auspicavano che "la Costituente *segnasse*, in modo inequivoco, la fine di ogni residuo del vecchio Stato confessionale, considerando che qualsiasi ingerenza o restrizione esercitata dallo Stato sulla vita delle Chiese, al pari di qualsiasi privilegio, lederebbe la loro natura ed infirmerebbe il loro mandato divino"⁸⁰².

⁷⁹⁹ S. PALMIERI, *La battaglia per la libertà religiosa: Ugo La Malfa e i partiti laici nel dopoguerra*, in *Annali della Fondazione Ugo La Malfa*, vol. XXIV, 2009, 31 ss.

⁸⁰⁰ Bruno Revel apparteneva ad una delle più antiche famiglie valdesi. Il padre fu pastore della chiesa valdese, mentre Bruno Revel fu professore di lingua francese e, successivamente, tedesca all'Università Bocconi.

⁸⁰¹ V. Per una riforma della situazione delle minoranze religiose in Italia, in *Archivio storico, Società di studi valdesi*, Verbali sinodali, Atti del Sinodo del 1945, 15-16.

⁸⁰² *Ibidem*, 15 (corsivo non testuale).

Gli esiti dei lavori della commissione, costituita nel 1945, possono leggersi negli interventi che i suoi membri tennero al Sinodo dell'anno seguente. Il Piacentini evidenziò una doppia tendenza nelle minoranze, tra “gli idealisti che propongono un separatismo assoluto” e “i tattici che vorrebbero prescindere da una presa di posizione separatista o confessionale, per limitarsi a proclamare l'uguaglianza di tutti i cittadini”. Costata la natura del dibattito, il medesimo esprimeva il suo favore “alla nomina di una commissione di 15 membri che preparassero alcuni articoli da far presentare ad amici alla Costituente”. Peyrot, in senso diverso, riteneva utile che “il Consiglio Federale potesse farsi ricevere dalla Commissione dei 75”, seppure con il solo scopo di vedersi garantita la libertà di missione per gli evangelici. Alla fine Piacentini avrebbe ritirato la sua proposta, essendo prevalsa una posizione contraria a qualsiasi accordo con lo Stato, peraltro già espressa il primo settembre di quell'anno dal Consiglio federale delle chiese evangeliche d'Italia nella dichiarazione “Della libertà di coscienza e di culto”. Questo organo era stato costituito nella primavera del 1946 con lo specifico obiettivo di “promuovere nella legislazione e tutelare nella sua interpretazione ed applicazione la libertà religiosa presso gli organi competenti, le Autorità centrali e periferiche dello Stato”⁸⁰³. Alla dichiarazione “Della libertà di coscienza e di culto” aderì, ufficialmente, il Sinodo, approvando la prima parte di un ordine del giorno presentato da Peyrot⁸⁰⁴, divenuto responsabile dell'ufficio legale e principale interlocutore del Consiglio federale, i cui contenuti saranno poi rielaborati all'interno dell'opuscolo “La libertà di coscienza e di culto di fronte alla Costituente italiana”, curato dallo stesso Peyrot e poi offerto dal Consiglio federale ai deputati alla Costituente⁸⁰⁵.

Nel 1947, i componenti del Sinodo, mentre il percorso costituente stava per compiersi, decisero di formare una nuova commissione per la revisione della legislazione vigente, costituita da Mario Alberto Rollier, Mario Miegge, Mario Piacentini e Giorgio Peyrot. Nel corso del Sinodo, Peyrot, ribadendo la sua posizione separatista, metteva ai voti un ordine del giorno in cui criticava “il contenuto della prima parte del 3° comma dell'Art. 14 del Progetto di Costituzione approvato dall'Assemblea Costituente italiana, che subordina gli statuti delle Confessioni religiose diverse dalla Cattolica Romana all'ordinamento giuridico

⁸⁰³ V. Atto di costituzione del Consiglio federale delle Chiese cristiane evangeliche d'Italia, in ASTV, Atti del Sinodo del 1946.

⁸⁰⁴ Ordine del giorno Peyrot, art. 14 atti verbali sinodali, *ibidem*.

⁸⁰⁵ G. B. VARNIER, *Costituzione italiana e libertà di coscienza e di culto negli anni del centrismo: il contributo di Giorgio Peyrot*, in I. PONS – G. B. VARNIER, *Giorgio Peyrot. Il giurista delle minoranze religiose*, a cura di, 59-81, Genova University Press, Genova, 2013, 59 ss.

italiano (...)", ribadendo "la piena e completa autonomia e indipendenza da qualsiasi altro ordinamento giuridico della legislazione ecclesiastica Valdese"⁸⁰⁶.

Leggendo la relazione della commissione, presentata al Sinodo del 1948, emerge, immediatamente, la grande distanza tra la posizione di Peyrot e quella, invece, ancora una volta "concordataria", formulata da Piacentini⁸⁰⁷.

Peyrot, infatti, dichiarando che i valdesi hanno un dovere di "testimonianza contro le chiese di Stato", evidenziava le ambiguità del modello costituzionale, dal momento che la circostanza che il principio pattizio venisse esteso anche agli acattolici, attraverso la previsione delle intese, non garantiva, in tutti i casi, alle chiese evangeliche l'autonomia necessaria.

Piacentini sostiene, invece, che "deve essere emanata una legge costituzionale che regolerà i rapporti dello Stato coi culti acattolici", dal momento che "finché non sarà emanata questa legge rimane in vigore la legge del 1929 a noi poco favorevole". In questa prospettiva, il medesimo sollecitava la sua chiesa a "prendere l'iniziativa, in quanto non c'è da aver fiducia in un'iniziativa del governo, il cui pensiero è di ritenere "la legge attuale (...) sufficiente". Piacentini, muovendo da queste motivazioni, chiedeva al Sinodo la nomina di una commissione per trattare con il governo ed il parlamento, commissione che non avrebbe dovuto agire nel solo interesse degli evangelici, ma "prendere contatti con tutte le minoranze acattoliche", in modo tale da completare "i nove decimi di quello che la Costituzione ha assicurato", garantendo "l'eguaglianza oggettiva che oggi ancora manca". In senso ulteriore, osservava Piacentini, rievocando l'originario progetto di un accordo *ad hoc* tra evangelici e Stato, "nulla vieta che i rappresentanti prescelti, per tali contatti, rifiutino qualsiasi posizione di compromesso; con la conseguenza che la legge non si potrà emanare, perché il progetto definitivo di essa deve avere anche la nostra approvazione (si tratta, in sostanza, di un piccolo Concordato)"⁸⁰⁸.

⁸⁰⁶ Per tutte le citazioni testuali, v. Commissione per la revisione della legislazione, relazione al Sinodo, in Archivio storico, Società di studi valdesi, Verbali sinodali, Atti del Sinodo del 1947, fogli 5. In dottrina, cfr. S. GAGLIANO, *La libertà religiosa nel pensiero giuridico di Giorgio Peyrot (1943-1947)*, in *Giorgio Peyrot. Il giurista delle minoranze religiose*, cit., 45 ss.

⁸⁰⁷ V. relazioni della Commissione Sinodale per lo studio della revisione della Legislazione italiana sui culti diversi dal cattolico-romano al Sinodo Valdese 1948, in Archivio storico, Società di studi valdesi, Verbali sinodali, Atti del Sinodo del 1948.

⁸⁰⁸ V. Relazione Piacentini, Promemoria per il Sinodo sulla legge da emanare in esecuzione dell'art. 8 della Costituzione, fogli 7, 1 ss., in Archivio storico, Società di studi valdesi, Verbali sinodali, Atti del Sinodo del 1948.

Per quanto riguarda i tentativi di partecipazione diretta al processo costituente, i valdesi identificarono nel Partito d'Azione⁸⁰⁹ il soggetto più adatto a rappresentare i loro interessi in Assemblea Costituente: questo partito, infatti, non solo, in linea con gli ideali del risorgimento, sosteneva una posizione liberale di separazione tra lo Stato e le confessioni religiose, ma la maggior parte dei resistenti nelle valli valdesi erano stati azionisti⁸¹⁰. La candidatura di Mario Alberto Rollier⁸¹¹ all'Assemblea Costituente non portò, tuttavia, all'elezione del candidato e questo sia perché la tavola non assunse una posizione esplicita di sostegno al Partito D'Azione sia perché la candidatura di un altro evangelico, Leopoldo Bertolè, fu causa di dispersione dei voti⁸¹². La mancanza di un rappresentante in Assemblea portò gli evangelici italiani a fare appello alle chiese protestanti all'estero, affinché intervenissero, facendo pressioni sulle autorità italiane. In questi termini, si verificarono due importanti eventi riguardanti, rispettivamente, il Ministro per la costituente Nenni e il Presidente del Consiglio De Gasperi.

Pietro Nenni, secondo una lettera che il Moderatore Sommani scrisse, il 4 febbraio 1946, al Segretario Generale dell'Alleanza Evangelica Mondiale, Henry Gooch, avrebbe dichiarato durante una visita in Inghilterra di aver fatto redigere da una commissione del suo ministero un documento che prendeva posizione a favore della parità dei culti di fronte allo Stato. Tuttavia, tale circostanza non trovò conferma, anche perché lo stesso Nenni non riscontrò mai le lettere che il Moderatore Sommani gli indirizzò⁸¹³.

In occasione della visita di De Gasperi a New York, il 7 gennaio 1947, l'iniziativa del Moderatore del Consiglio Federale Sommani, allarmato dal rischio di un'affermazione solo formale della libertà religiosa, determinò l'immediato intervento del Federal Council of the Churches of Christ, che elaborò un *memorandum* da consegnare direttamente al Presidente del Consiglio. De Gasperi letto il documento, che invitava l'Italia a rispettare gli obblighi che si era assunta nel Trattato di pace in relazione alla garanzia della libertà religiosa, rassicurava il Reverendo Anthony e assicurava un impegno del governo in quel senso, pur non ritenendo "che i termini del Concordato sarebbero stati inclusi nella nuova

⁸⁰⁹ V. G. DE LUNA, *Storia del Partito d'azione*, UTET, Torino, 2006.

⁸¹⁰ G. ROCHAT, *La Resistenza nelle Valli valdesi*, Claudiana, Torino, 1985.

⁸¹¹ Cfr. C. ROGNONI VERCELLI, *Mario Alberto Rollier – Un valdese federalista*, Edizioni Universitarie Jaca, Milano, 1991.

⁸¹² V. S. PALMIERI, *La battaglia per la libertà religiosa: Ugo La Malfa e i partiti laici nel dopoguerra*, cit., 40.

⁸¹³ Cfr. lettera, 4 febbraio 1946, Sommani a Gooch, in ASTV, serie v, reg. 819.

Costituzione⁸¹⁴. Ben diversa, come sopra sottolineato, la richiesta della Segreteria di Stato vaticana.

In questa dinamica di forte attivismo delle diverse confessioni religiose si inserì il “dono” di Pio XII.

4. La Cappella della “Divina Sapienza”

La legge, 5 giugno 1932, recante “Disposizioni e Norme riguardanti il Consorzio per l’assetto edilizio della Regia Università di Roma” non prevedeva l’edificazione di una cappella all’interno del nuovo *Studium Urbis*. Il Consorzio non escludeva, tuttavia, la possibilità di varianti al progetto originario che, con le dovute autorizzazioni, permetteranno, nel 1947, l’inserimento della struttura pastorale, donata da Papa Pacelli all’Università di Roma. L’assenza di una previsione *ad hoc* per la cappella nel progetto originario determinò reazioni da parte delle autorità accademiche sia durante il fascismo sia nell’immediato dopoguerra. La presenza di un luogo di culto dedicato alla comunità accademica romana rientrava, è noto, nella tradizione di questa istituzione. L’Università di Roma, in particolare, nelle sue diverse sedi storiche aveva disposto, inizialmente, di un oratorio nella sede di Sant’Eustachio e di Trastevere, poi, con la bolla di Leone X del 1514, di una cappella e, infine, della Chiesa di Sant’Ivo progettata dal Borromini per volontà di Urbano VIII per il complesso della Sapienza⁸¹⁵.

Durante il fascismo, il Regime riaprì, nel 1926, la Cappella di S. Ivo al culto universitario presso la sede storica della Sapienza. In questa circostanza, il rifiuto da parte del Prof.re Levi Della Vida di partecipare alla cerimonia di inaugurazione fu difeso da Giovanni Gentile che, nel rispetto della fede ebraica del collega, qualificò l’obbligo di partecipazione come una forma di intolleranza religiosa⁸¹⁶. Dopo il trasferimento dell’Università dalla sede storica della Sapienza alla nuova Città universitaria, il Ministro dell’educazione nazionale, Cesare Maria De Vecchi di Val Cismon, interveniva sull’assenza di uno specifico edificio dedicato

⁸¹⁴ Il tenore dell’incontro è riportato in una lettera del Moderatore Sommani ai membri della Tavola, v. ASTV, lettera 21 gennaio 1947, serie V, reg. 820.

⁸¹⁵ V. C. CHENIS, *La cappella dello Studium Urbis. Un dono di Papa. Un segno di cultura cristiana*, in S. BENEDETTI (a cura di), *La cappella della “divina sapienza” nella città universitaria di Roma*, Gangemi Editore, Roma, 1998, 14.

⁸¹⁶ V. G. FATTORI SICILIANI DE CUMIS, *Filosofi, Università, Regime. La scuola di filosofia di Roma negli anni 30*, Istituto di filosofia della sapienza, Roma, 1985, 146-148; L. CERASI, “Il centro massimo degli studi in Italia”. *Appunti sulla Facoltà di lettere e filosofia durante il fascismo*, in L. CAPO – M. R. DI SIMONE, *Storia della Facoltà di Lettere e Filosofia de “La Sapienza”*, Prefazione di E. PARATORE, Viella, Roma, 2000, 512.

al culto cattolico. Il Ministro, nel 1935, domandava, infatti, al rettore dell'Università di Roma, il romanista Pietro De Francisci, quali fossero gli intendimenti dell'Ateneo romano in relazione alla “opportunità di adottare un'aula della Città Universitaria per funzioni religiose”⁸¹⁷. Il Rettore rispondeva, chiarendo che la necessità di realizzare “una cappella (...) sufficientemente vasta e assolutamente decorosa”, al fine di evitare “un modesto adattamento” che “nuocerebbe all'armonia delle grandiose costruzioni (...) alla nobiltà dell'Ateneo (...) al prestigio della fede”, “fu esaminata dalle autorità accademiche e da qualche autorità ecclesiastica, ma fu riconosciuto che la spesa per tale costruzione non sarebbe stata sopportabile, in questo momento, dall'Università (...) né si poterono avere aiuti dal Vicariato, poiché specialmente a Roma si deve pensare alla costruzione di nuove parrocchie pel continuo aumento della popolazione”. Inoltre, al di là dei problemi di carattere finanziario, continua il De Francisci, “la soluzione del nobilissimo problema fu rimandata (...) anche perché una vera Cappella nella C.U., se apparve utile, non fu però giudicata indispensabile”.

L'opera non appariva indispensabile per tre diverse ragioni: a) esistenza di diverse cappelle nella Città universitaria, tra cui una cappella nel centro degli Istituti clinici “servita da sette o otto frati francescani (...) che può contenere varie centinaia di fedeli” e “piccole cappelle, decorose e talora abbastanza ampie per i propri ammalati e pel personale” all'interno di diverse cliniche “fra le quali quelle di Odontoiatria, di Psichiatria, di Malattie Tropicali”; b) “per le grandi cerimonie alle quali dovrà intervenire l'intero corpo insegnante e gli studenti, nessuna chiesa (...) potrebbe mai avere la grandiosità, la vastità ed il fascino della antica basilica di S. Lorenzo, distante poche decine di metri dalla C.U.”; c) “qualora si volessero compiere delle cerimonie davanti ad un numero vastissimo di fedeli (...) proprio nel centro della C.U. potrebbe costruirsi un altare da campo, da innalzarsi nel vasto piazzale che ha la forma perfetta di una basilica”⁸¹⁸.

Le decisioni che seguirono possono leggersi in una lettera indirizzata dal Rettore De Francisci al Governatore della città di Roma, Piero Colonna, in data 25 gennaio 1937:

⁸¹⁷ Il tenore della lettera si evince dai contenuti della risposta che il Rettore Pietro De Francisci indirizzerà al Ministro in data 30.12.1935, v. Lettera (Riservata personale) Pietro De Francisci a S. E. Cesare Maria De Vecchi di Val Cismon, Ministro dell'educazione nazionale, 30 dicembre 1935, in Archivio Storico dell'Università degli studi La Sapienza, fald.: CERUR 5a-6a, Oggetto: Edifici universitari – Costruzione di una chiesetta nella Città universitaria (1935-1936), 1-2.

⁸¹⁸ V. Lettera (Riservata personale) Pietro De Francisci a S. E. Cesare Maria De Vecchi di Val Cismon, Ministro dell'educazione nazionale, 30 dicembre 1935, doc. cit.

“In un locale della Facoltà di Giurisprudenza, nella nuova Città universitaria, si sta sistemando una piccola cappella, destinata ad assumere quel compito che alla Sapienza era affidato alla chiesa di S. Ivo. La realizzazione del progetto, pur modesto, urta con gravissimi difficoltà, per la scarsezza dei mezzi finanziari disponibili”. In questi termini, il Rettore, al fine di rendere lo spazio dedicato al culto cattolico di un qualche “pregio artistico”, chiedeva al governatore “di voler concedere, per la costruzione dell’altare, alcune lastre di marmo colorato”⁸¹⁹.

Terminato l’allestimento della nuova cappella, il 6 febbraio 1938, Mons. Luigi Traglia, arcivescovo titolare di Cesarea e di Palestrina, nonché vice gerente di Roma, procedeva alla consacrazione della Cappella della Città Universitaria, ricordando, durante la messa, “quanto le principali Università debbano alla Chiesa”. L’evento, che dava inizio alle celebrazioni liturgiche nella città degli studi, veniva interpretato dal cappellano dell’Università come il ricongiungersi dell’ateneo romano con “la tradizione affermatasi nella Chiesa di S. Ivo alla Sapienza, che fu (...) tempio sacro alle più significative manifestazioni religiose degli universitari di Roma. Testimonianza fedele del senso di Cristo (...) la Cappella Universitaria vuole essere convegno generoso di propositi forti e di vita cristianamente degna”⁸²⁰.

Con la caduta del fascismo e il passaggio dalla Monarchia alla Repubblica, il progetto di realizzare una cappella dedicata al culto cattolico per la comunità universitaria venne riproposto. A seguito di diversi incontri tra esponenti del mondo accademico e rappresentanti della gerarchia cattolica, il Rettore, Giuseppe Caronia -eletto membro dell’Assemblea costituente tra le fila della Democrazia cristiana nel giugno del 1946-, dopo aver incontrato Papa Pio XII in udienza privata, indirizzava una lettera, datata 19 luglio 1946, al Sommo Pontefice. Nella missiva, richiamati i contenuti dell’incontro, il Rettore chiedeva l’intervento del Papa per l’erezione di una cappella, dedicata a S. Pio, nella Città Universitaria. Tale desiderio, chiariva il Prof.re Caronia, nasceva dalle esigenze espresse dagli “studenti numerosissimi” che “invocano che là dove le scienze umane hanno la loro cattedra, non manchi una degna sede alla Divina Sapienza”. In questi termini, auspicando

⁸¹⁹ Cfr. Lettera del Rettore De Francisci al Governatore della città di Roma, Piero Colonna, 25 gennaio 1937, in Archivio Storico dell’Università degli studi La Sapienza, fald.: CERUR 5a-6a, Oggetto: Edifici universitari – Costruzione di una chiesetta nella Città universitaria (1935-1936), 1.

⁸²⁰ V. lettera (non firmata), 26 gennaio 1938, in Archivio Storico dell’Università degli studi La Sapienza, fald.: CERUR 5a-6a, Oggetto: Edifici universitari – Costruzione di una chiesetta nella Città universitaria (1935-1936), 1.

“la munificenza della Santità Vostra”, l’Università avrebbe messo a disposizione il terreno con l’auspicio “che il novello tempio di S. Pio sorga in Roma, sotto la augusta protezione del Pontefice doppiamente romano, e sia tramandata, nel più insigne degli atenei d’Italia, a Voi, Beatissimo Padre, una memoria di perenne gratitudine da tutti gli intellettuali (...)”⁸²¹.

La richiesta del Rettore aprì una fase di negoziazioni tra l’Università e la Segreteria di Stato. Il 9 dicembre 1946, l’Architetto dei Sacri Palazzi Apostolici, Enrico Pietro Galeazzi, scriveva al Sostituto della Segreteria di Stato, Mons. G. B. Montini, descrivendo il progetto e stimando una spesa complessiva pari a settantatre milioni⁸²². I costi dell’opera vennero ulteriormente definiti e motivati nella relazione al progetto per la chiesa della città universitaria, redatta dal Consorzio per l’assetto edilizio dell’Università di Roma il 29 gennaio 1947. In questa relazione, venivano definiti i canoni architettonici di riferimento e si stimava, in settantotto milioni complessivi, il costo del nuovo edificio, la cui realizzazione sarebbe poi stata affidata all’Architetto Marcello Piacentini, già autore del progetto della città universitaria. Il luogo di culto, sul piano stilistico, doveva, in particolare, essere conforme al “linguaggio architettonico del (...) tempo”, pur nel rispetto delle “tradizioni della Chiesa” e dell’esigenza di “assicurare (...) la funzione dell’edificio”. Nella relazione si evidenziava, inoltre, che la costruzione della nuova cappella rispondeva ad “un’antica tradizione”. I legami storici tra cattolicesimo e *Studium urbis* giustificavano la presenza nella nuova Città Universitaria “di un centro di vita spirituale al quale possano liberamente accorrere, come già in S. Ivo alla Sapienza, i numerosi giovani che lo desiderano”. In questa prospettiva, “l’attuale cappella, poveramente sistemata in un seminterrato della facoltà di giurisprudenza, può essere considerata solo come il primo passo”⁸²³.

I termini dell’accordo che Università di Roma e Santa Sede avevano raggiunto durante le diverse fasi della trattativa vennero definiti in uno schema di convenzione bilaterale, le cui clausole regolamentavano nel dettaglio l’edificazione del nuovo edificio di culto⁸²⁴. Lo schema elaborato dall’Università di Roma e sottoposto all’esame di Pio XII fu accolto dal

⁸²¹ Lettera del Rettore Giuseppe Caronia a Pio XII, 19 luglio 1946, pubblicata da C. CHENIS in *La cappella dello Studium Urbis. Un dono di Papa. Un segno di cultura cristiana, Appendici*, cit., 50.

⁸²² *Ivi*, Lettera dell’Architetto dei Sacri Palazzi Apostolici, Enrico Pietro Galeazzi, al Sostituto della Segreteria di Stato, Mons. G. B. Montini, 9 dicembre 1946, 51.

⁸²³ V. Consorzio per l’assetto edilizio dell’Università di Roma, Ufficio tecnico, Progetto per la Chiesa della Città Universitaria, Relazione, 29 gennaio 1947, in Archivio Storico dell’Università degli studi La Sapienza, Fald.: CERUR-POS 8-4-16, Oggetto: Edifici e locali della Chiesa universitaria, 2.

⁸²⁴ V. Schema di convenzione, 1947, in Archivio Storico dell’Università degli studi La Sapienza, Fald.: CERUR-POS 8-4-16, Oggetto: Edifici e locali della Chiesa universitaria, 1-5.

Santo Padre, come si apprende in una lettera del 14 giugno 1947 indirizzata al rettore Giuseppe Caronia (nel frattempo, il 25 marzo, era stato approvato l'art. 7 della Costituzione). Nella nota, la Segreteria di Stato informa il Rettore che, “compiuto l'esame nei suoi particolari giuridico-amministrativi (...) tutto è ormai pronto per stipulare la Convenzione”. Quanto all'importo del finanziamento, si precisa nella lettera, “il Santo Padre si è degnato di approvare la cifra dell'erogazione riputata necessaria e sufficiente dai nostri uffici tecnici ed amministrativi (...) Tale cifra ammonta a settanta milioni di lire italiane per tutto quanto richiede l'intero compimento dell'impresa”⁸²⁵.

Lo schema di convenzione, accettato dalla Santa Sede, aveva già ottenuto, ai fini della sottoscrizione, non solo l'approvazione del Consiglio di amministrazione e del Senato accademico dell'Università di Roma, ma anche l'autorizzazione del Ministero della Pubblica Istruzione. Il Rettore aveva scritto, infatti, al Ministro della pubblica istruzione, Guido Gonella, allegando lo schema di convenzione. Nella lettera, datata 25 gennaio 1947, si illustrava come il progetto, di “costruire (...) una cappella che continui le antiche e gloriose tradizioni di S. Ivo e che sia destinata a provvedere all'assistenza religiosa degli universitari e degli abitanti nella zona compresa tra il Castro Pretorio, l'Università ed il Policlinico”, avesse incontrato il sostegno di Pio XII che “nell'intento di favorire le (...) iniziative (...) si è assunto l'intero onere della spesa occorrente (...) per la detta costruzione, affinché questa riesca degna tanto dal lato edilizio che da quello artistico, e insieme risponda perfettamente alle necessità del culto”⁸²⁶.

Ottenute, quindi, le necessarie autorizzazioni, la Convenzione veniva stipulata il 30 giugno 1947 tra il Rettore Giuseppe Caronia, in qualità di legale rappresentante dell'Università di Roma, il Cardinale Raffaello Carlo Rossi, in rappresentanza della Santa Sede, il Prof.re Aristide Giannelli, Commissario del Consorzio per l'assetto edilizio dell'Università di Roma⁸²⁷. La convenzione, che si compone di sette articoli, appare di interesse in due diverse prospettive riguardanti: le fonti del diritto, il significato dell'accordo.

⁸²⁵ V. Lettera del Sostituto della Segreteria di Stato Giovanni Battista Montini al Rettore Giuseppe Caronia, 14 gennaio 1947, in Archivio Storico dell'Università degli studi La Sapienza, Fald.: CERUR-POS 8-4-16, Oggetto: Edifici e locali della Chiesa universitaria, 1-2.

⁸²⁶ V. Lettera del Rettore Giuseppe Caronia al Ministro della pubblica istruzione Guido Gonella, 25 gennaio 1947, in Archivio Storico dell'Università degli studi La Sapienza, Fald.: CERUR-POS 8-4-16, Oggetto: Edifici e locali della Chiesa universitaria, 1-2.

⁸²⁷ V. Convenzione fra la Santa Sede e l'Università di Roma, 30 giugno 1947, Archivio Storico dell'Università degli studi La Sapienza, Fald.: CERUR-POS 8-4-16, Oggetto: Edifici e locali della Chiesa universitaria, 1-5.

Come fonte del diritto, la convenzione merita un breve approfondimento sia per le diverse qualificazioni che assume nell'ordinamento canonico ed in quello civile sia per i rapporti che instaura tra i due ordinamenti.

Sul piano della diversa qualificazione, canonica o civile, la convenzione costituisce una fonte sia del diritto della chiesa sia del diritto dello Stato.

Sul piano canonistico la convenzione rappresenta la *lex foundationis* della nuova cappellania, dal momento che, all'art. 3, l. c), prevede l'erezione dell'edificio, con una fornitura di beni pari a settanta milioni, al fine di adempiere alle specifiche esigenze di culto "dei fedeli dell'Università e della città di Roma".

Sul piano del diritto italiano, la convenzione rappresenta invece una fonte atipica, di carattere extra-concordatario, che, pur basandosi sullo stesso principio di bilateralità, che aveva ispirato i Patti del 1929, sembra potersi considerare un atto negoziale assimilabile ad una convenzione interna di diritto pubblico. Del resto, la fondazione della cappella attraverso un patto bilaterale appare atipica anche rispetto agli atti che, normalmente, sono finalizzati a forme di liberalità destinate alla costituzione di questo tipo di enti. Normalmente le cappellanie sorgono, infatti, per volontà di un fedele attraverso atti *inter vivos*, in particolare donazioni oppure *mortis causa*, cioè sulla base di disposizioni testamentarie⁸²⁸.

Guardando, invece, ai rapporti che la convenzione instaurava tra i due ordinamenti, da un lato si identificava una specifica procedura di nomina del cappellano "riservata all'autorità ecclesiastica col previo gradimento dell'Università" (art. 7, co. 1, n. 3), dall'altro si prevedeva l'obbligo di destinare "in perpetuo ed esclusivamente al culto cattolico" la cappella (art. 7, co. 1, n. 1). Quest'ultima previsione appare di particolare interesse con riferimento ad una fase nella quale la nuova Costituzione non era ancora stata approvata, sebbene le previsioni in materia di rapporti tra Stato e confessioni religiose fossero già stati votati dalla Prima Sottocommissione. In particolare, il testo dell'articolo 7 era stato votato il 25 marzo 1947, mentre il testo dell'articolo 8 venne approvato il 12 aprile 1947. Rispetto a queste disposizioni, la circostanza che, il 30 giugno 1947, l'Università di Roma addivenisse alla stipula della convenzione, non solo ribadiva, implicitamente, il principio carloalbertino-lateranense della religione cattolica come religione dello Stato, ma andava già a delimitare la

⁸²⁸ Sul punto, in dottrina, v. D. BARILLARO, *Lasciti per enti da fondare ed art. 600 c.c.*, in AA. VV., *Studi in onore di Vincenzo Del Giudice*, Vol. I, Giuffrè, Milano, 1953, 23 ss.

portata del principio di eguaglianza di tutte le confessioni religiose davanti alla legge contenuto al comma 2 dell'art. 14 (futuro art. 8, co. 1, della Costituzione). Si stabiliva, infatti, implicitamente, che il carattere “nazionale” del cattolicesimo, nelle sue diverse declinazioni storiche ed istituzionali sul territorio italiano, avrebbe continuato a giustificare, anche a fronte della garanzia costituzionale dell'eguaglianza e della libertà religiosa, regimi giuridici differenziati tra cattolici e non cattolici all'interno dei nuovi spazi di libertà che la Costituzione avrebbe dovuto garantire.

Quanto al significato dell'accordo, il Breve Apostolico “*Romanorum Pontificum*” di Pio XII del 22 marzo 1950 fornisce una serie di elementi che contribuiscono a chiarire le ragioni che avevano motivato la decisione del Pontefice. Il Breve fu letto da Mons. Montini, futuro Paolo VI, nel 1950, al termine della cerimonia di benedizione della cappella presieduta dal vicegerente Mons. Traglia. Con specifico riguardo alla “Convenzione fra la Santa Sede e l'università di Roma”, Papa Pacelli, nell'illustrare le ragioni del finanziamento, attraverso un ampio richiamo all'accordo, lo qualifica come forma di collaborazione tra una istituzione ecclesiastica ed una istituzione civile in continuità con lo spirito dei Patti Lateranensi del 1929⁸²⁹. Affermazione che sembra dimostrare i diversi significati della “donazione”: il finanziamento per l'edificazione della struttura pastorale, infatti, significava, probabilmente, non solo un'iniziativa indirizzata alla comunità accademica romana, ma anche un gesto per dimostrare l'esistenza di una continuità con il passato pontificio, che i costituenti non avevano certo sottovalutato nelle fasi finali di approvazione dei principi costituzionali in materia religiosa.

Sotto questi auspici, il Breve consegnava la Cappella alle autorità accademiche, ribadendone il carattere esclusivamente culturale e la destinazione in perpetuo al solo culto cattolico.

⁸²⁹ Cfr. Pio XII, Breve Apostolico “*Romanorum Pontificum*”, pubblicato da C. CHENIS in *La cappella dello Studium Urbis. Un dono di Papa. Un segno di cultura cristiana, Appendici*, cit., 45.

Tavola rotonda *

Giuliano Amato**

Al termine di questo bel seminario e della rassegna dei tanti Costituenti, di cui, ad uno ad uno, è stata ricostruita la figura, una domanda rimane per la nostra riflessione: ma insomma, erano professori o politici e alla Costituente hanno giocato il loro ruolo da professori o da politici? Non voglio fare di ogni erba un fascio, ma certo in una gran parte dei casi una risposta univoca è impossibile.

Prendiamo Aldo Moro, che non ha mai smesso di essere professore di procedura penale, anzi di istituzioni e procedura penale. Già con quella qualifica fu tra i giovani componenti della Costituente e lì fu un protagonista, capace di orientarsi e di farsi ascoltare dagli altri in ragione sia della competenza che della sensibilità politica che possedeva. E così fu per altri: Giovanni Leone, Amintore Fanfani, Gaspare Ambrosini, Antonio Pesenti, Antonio Segni.

In una prospettiva tizianesca, vi mettete alla loro destra e vi guardano da professori universitari, vi mettete alla loro sinistra e vi guardano da parlamentari, uomini di governo, statisti. Insomma, vi sono entrambe le figure nella personalità di costoro.

Non è una coincidenza casuale. Al contrario, risponde ai moduli attraverso i quali si formava e si esprimeva la classe dirigente politica di quegli anni nella cornice di partiti politici (sopravvissuti al fascismo o formati dopo di esso), ai cui vertici erano persone che, fossero o no professori, condividevano la stessa cultura. Potrà stupire chi non conosce l'Italia, ma il partito che intendeva rappresentare e largamente rappresentava i ceti più proletari e nei quali era meno diffusa la cultura, aveva avuto come figura eminente Antonio Gramsci, dal quale i professori continuano ancora oggi ad imparare. E quel partito alla Costituente era guidato da Palmiro Togliatti, un coltissimo amante della filosofia, pur laureatosi, suo malgrado, in giurisprudenza.

De Gasperi non fu professore, fece solo il politico. Chi legga però i suoi scritti sarà colpito non solo dalla finezza, ma dalla qualità dello stile e dei contenuti, espressivi, senza tema di errore, di una virtù che allora si trovava anche nelle elite, la virtù dell'aver letto molti libri e di portare con sé lo spessore culturale che se n'era ricavato. Del resto, basti ricordare che allora il Presidente del Partito Liberale era Benedetto Croce, che fu anche Ministro e deputato lui stesso alla Costituente. Dopo l'8 settembre 1943, il luogo in cui si cucivano i rapporti internazionali della nuova Italia era per l'appunto la casa di Croce, che mise a tal fine a disposizione la sua personale rete europea. Era comune l'elite, e comune era anche la missione.

* Contributo pubblicato previa accettazione del Comitato scientifico del Convegno. Relazione presentata al Convegno *I 'Costituenti' de 'La Sapienza'*, svoltosi il giorno 30 novembre 2017, presso il Rettorato – Aula degli Organi Collegiali, Università La Sapienza di Roma.

** Professore emerito di Diritto costituzionale italiano e comparato presso l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza". Giudice della Corte Costituzionale.

Tempo fa, per una trasmissione televisiva, ho dovuto rispondere alla domanda se alla Costituente contarono di più i politici o i professori. Una distinzione ho dovuto ammetterla, perché è vero che su diverse questioni si trovavano prima, e raggiungevano un'intesa, i vari Perassi, Mortati, Moro, Tosato, Laconi, Basso, La Pira. Ma poi, quando era il momento di decidere, non è che questi sparissero, al contrario concorrevano agli aggiustamenti e agli eventuali ripensamenti. Si pensi ai conflitti che sorsero sull'art.1, in tema di Repubblica del lavoro o dei lavoratori. Lì furono Moro e Togliatti a incrociare le armi; e alla fine a raggiungere l'intesa. E così pure nella confezione di un altro articolo- architrave, l'art.3. Del quale peraltro non si può parlare, specie in una sede come questa, senza ricordare che il vero autore del famoso secondo comma non fu Basso, che pure ne fu portatore, ma Massimo Severo Giannini, che gliene fornì tutti gli elementi. Giannini era in quegli anni un altro esponente di spicco di quell'élite accademica e politica a cui appartenevano tanti Costituenti. Ma lui, per una vergognosa e incomprensibile decisione del Partito Socialista a cui apparteneva, rimase fuori dall'Assemblea. Il che contribuì non poco –penso- a nutrire in lui quel giudizio aspro e negativo su di essa, sui suoi componenti e sul prodotto finale, che a me è sempre parso fuori misura.

Certo si è che il rapporto del tempo fra professori e politica fu indiscutibilmente di osmosi. E tale rimase a lungo negli anni, almeno sino a quando i partiti mantennero i tratti identitari della loro più fortunata e proficua stagione. Luciano Violante, seduto a questa stessa tavola, è professore come me e come me ha fatto per anni vita di partito. Entrambi ricordiamo esperienze che, raccontate a un giovane di oggi, sarebbero ritenute non credibili. Penso al fatto che le politiche dei nostri partiti, lungo gli anni che arrivano almeno agli Ottanta, si formavano in commissioni composte, di volta in volta, da professori di diverse discipline, da dirigenti di partito e, ovviamente, da professori dirigenti di partito. Erano le conclusioni di quelle commissioni a fornire gli indirizzi su cui avrebbe discusso e adottato la sua finale decisione la Direzione del partito. E in esse avevano luogo confronti, convergenze e a volte divergenze anche dure. Ricordo ancora la Commissione Scuola del mio partito, il Psi, nella quale prevalsero i favorevoli al docente unico, da me osteggiato, e durante i cui lavori dovetti fare da guardaspalle di Manlio Rossi Doria e di Paolo Sylos Labini, contrari come me ed espressisi sul tema con linguaggio non proprio conciliante.

Ma così funzionava, e senza remore, per noi professori. Ricordo ancora il vecchio Bosco, Giacinto, ministro in vari dicasteri lungo tutti gli anni Sessanta, che diceva a me, ancora alle prime armi: “entra in politica tranquillo, perché noi professori abbiamo la cattedra che ci aspetta e alla quale possiamo sempre tornare, se le cose non ci piacciono”. Si potrà dire che sottolineava così una rendita di posizione. Ma diceva anche una cosa profondamente giusta, riguardante la nostra libertà e la nostra indipendenza di giudizio. Avevamo la forza e le ragioni per dire di no. Non eravamo prigionieri del posto e dei leaders che lo assegnavano. Ecco, sullo sfondo di questa storia ormai lontana dovremmo riflettere su ciò che è successo dopo e sulle ragioni per le quali l'osmosi di cui prima parlavo ora non c'è più. Pensate ai professori universitari e al Parlamento di oggi: a parte che il loro numero è spaventosamente diminuito (Fulco Lanchester ha allegato una istruttiva tabella 3 alla sua relazione di oggi), è

comunque il loro ruolo ad essere ormai diverso. Non dico che non contano mai, perché non è vero. Dico che sono diventati degli estranei ed entrano di volta in volta in gioco in quanto consulenti dell'una o dell'altra figura politica, contando al suo fianco sino a che non vengono sostituiti da altri. C'è un solo ministero che ancora privilegia il professore per il ruolo di ministro ed è il ministero dell'economia. Evidentemente, la tecnicità dei vincoli del trattato di Maastricht e del Fiscal Compact e la necessità di negoziare su di essi nelle stesse sedi politiche continua a suggerisce l'osmosi che altrove non c'è più.

Ma, appunto, altrove non c'è più. E per il resto, l'élite politica dove forma le sue fila, chi è in posizione privilegiata per farne parte e con quali qualità? So bene che cosa è successo ai vecchi partiti e capisco bene che, al di là delle responsabilità, anche gravi, che ne hanno determinato il crollo, c'è comunque la sclerosi a cui vanno soggette con gli anni tutte le organizzazioni. Molta acqua è passata sotto i ponti e troppe cose sono cambiate per pensare che i moduli di formazione e di selezione di allora potessero restare. È tutto vero, ma sono i cambiamenti intervenuti una ragion sufficiente per spiegare i tratti meno commendevoli, eppur diffusi, delle élite politiche di oggi? E cosa spiega che questi tratti nulla abbiano a che fare con la qualità, per certi versi sempre più elevata, dei giovani migliori che escono dal nostro sistema formativo e che si orientano, per il proprio personale futuro, in direzioni completamente diverse?

Non vorrei eccedere, ma non posso non ricordare l'ultimo libro recensito da Sabino Cassese, che è qui anche lui, sul Domenicale de "il Sole 24 Ore". Era un libro sull'ignoranza e sulla forza che essa ha acquisito, in nome della lotta alle vecchie élite, dell'uno vale uno, e quindi di una malintesa democrazia puramente numerica, nelle società del nostro tempo. Né mi si dica che il mio rimpianto delle élite colte, dell'osmosi fra professori universitari e dirigenti politici è in realtà il rimpianto delle società elitarie, nelle quali solo l'alta borghesia contava e quindi, certo, la stessa dirigenza politica né rifletteva il livello e la cultura. Questa, nella sua apparente ovvietà, è invece una autentica mistificazione ed è un'offesa grave a danno dei tanti che con l'alta borghesia non hanno nulla a che fare.

E torno qui al punto dal quale ero partito, torno ad Antonio Gramsci. Leggetelo e cercate di capire se, secondo lui, nella società di massa avrebbe dovuto allargarsi lo spazio della cultura o quello dell'ignoranza. Arriverete alla conclusione che questa società di massa, per un insieme di ragioni che vanno dalle deficienze del suo sistema formativo all'invasione delle tecnologie che creano l'illusione del sapere, sta in realtà allargando lo spazio dell'ignoranza e mette tutti di noi nelle sue mani.

Non è un problema piccolo quello che Fulco stasera ci ha chiesto di discutere. È il problema cruciale del nostro tempo e non è detto che riusciremo a risolverlo.

TAVOLA ROTONDA*

di Sabino Cassese**

Continuo il discorso avviato da Giuliano cercando di rispondere alla domanda: in che senso ed in che modo i costituenti della sapienza sono stati classe dirigente, come hanno contribuito al procedimento costituente? Secondo me le chiavi di lettura sono cinque, le enuncio e poi le passo in rassegna rapidamente l'una dopo l'altra.

La prima, quella che diceva Giuliano: erano preparati e si preparavano. La seconda: seppero interpretare lo spirito del proprio tempo. La terza: seppero guardare fuori, furono attenti a quello che succedeva fuori d'Italia. La quarta è che si resero conto che bisognava rimettere in sintonia paese legale e paese reale, e l'ultima è che seppero essere portatori ed interpreti di idealità molto più lontane che, come dire, percorrevano la storia italiana.

Qualche parola su ciascuno di questi aspetti: sul primo, voglio cominciare con una citazione di Lussu, 31 gennaio 1948, siamo all'ultimo giorno: "Mortati", cito, "è tra gli uomini che sognano continuamente costituzioni, che mangiano sera e mattina diritto costituzionale", si ride, Andreotti aggiunge "ma Mortati è una persona seria, almeno". E non aveva torto Andreotti perché, come dire, Mortati era preparato e si era preparato. Basta pensare al lavoro di preparazione della Costituzione, quell'opera gigantesca fu fatta in pochi mesi dal Ministero per la Costituente, è un'opera grandiosa, era una rivisitazione dell'Italia, pensate soltanto ai lavori della commissione per l'agricoltura, credo fosse presieduta da Medici, a quella presieduta da Pesenti, a quella sulla riorganizzazione dello Stato, a quella che non figura tra gli atti del Ministero per la Costituente perché, come una volta ha raccontato Giannini, dato che De Gasperi non voleva che si pubblicassero gli atti delle ricerche che erano fatte sui monopoli e sugli intrecci finanziari dell'industria italiana, dovettero nottetempo portare i piombi alla CGIL e furono pubblicati in un volume della CGIL, in un volume con una strana sigla che non saprei neppure interpretare oggi che era "Radar", volumi introvabili ma che sono il frutto, ancora una volta, del Ministero per la Costituente. Quindi una ottima preparazione che poi era, per altro verso, stata preparata anche, come dire, a livello meno ufficiale, penso soltanto al Codice di Camaldoli per esempio, alla cui preparazione lavorano tante persone tra cui Fanfani, Gonella, Moro, dove, come ci ha spiegato Faresin in alcuni lavori recenti, se non ricordo male, Capograssi non partecipa mai, ma ogni volta che devono fare una riunione vanno a casa da Capograssi per sentire qual è l'opinione di Capograssi. Quindi questo è il primo aspetto: furono classe

* Contributo pubblicato previa accettazione del Comitato scientifico del Convegno. Relazione presentata al Convegno *I 'Costituenti' de 'La Sapienza'*, svoltosi il giorno 30 novembre 2017, presso il Rettorato – Aula degli Organi Collegiali, Università La Sapienza di Roma.

** Giudice emerito della Corte costituzionale e Professore emerito di Storia e Teoria dello Stato alla Scuola Normale Superiore di Pisa

dirigente perché erano preparati e si preparavano, non avevano solo una cultura data ma si preparavano per i singoli temi, per le singole battaglie.

È più noto il secondo aspetto, cioè seppero interpretare il loro tempo, principalmente lo spirito della libertà e quindi la libertà personale e la libertà di manifestazione del pensiero, il senso della socialità, i partiti ed i sindacati, ed infine il desiderio che non si ripetessero delle concentrazioni di potere e quindi il modello che appare nella seconda parte della Costituzione.

Il terzo aspetto è questo: che furono attenti a quello che succedeva fuori e, dico, uscivano da un periodo nel quale c'era stata una relativa chiusura anche della cultura e furono tradotte le principali costituzioni straniere, cosa che, insomma, da fare in pochi mesi, non è uno scherzo. E quindi ci fu una grande attenzione non solo a quello che era successo in Italia, ma anche a quello che stava succedendo in altri paesi.

Si preoccuparono, è questo il punto successivo, di svolgere una attività, abbiamo sentito Moro che diceva prima il “valore dell'insegnamento”, Macchia ricordava l'attenzione per la RAI, ma il bollettino del Ministero per la Costituente era un giornalino praticamente, se non ricordo male quindicinale, e se uno lo sfoglia tutto si rende conto di quale importanza loro attribuivano al fatto di far discutere i temi che stavano maturando all'interno del Ministero per la Costituente nelle varie Commissioni, non nel senso, come dire, di una classe dirigente, di una élite che va verso il popolo, ma nel senso di quello che c'è scritto nella Costituzione, cioè della partecipazione del popolo.

E poi c'è l'altro aspetto, quello secondo me più tralasciato, su cui voglio dire qualche parola in più e cioè che i Costituenti furono capaci di interpretare gli ideali costituenti non del breve periodo che va dal 1943 al 1947, ma di un periodo più lungo.

Recentemente uno studioso in una nota di una sua ricerca ha osservato, per esempio, che la formula *buon andamento della Pubblica Amministrazione*, si ritrova per la prima volta in una decisione del Consiglio di Stato del 10 agosto 1904 che dice: *un regolamento con il quale il Governo detti nuove norme non tenendo conto delle antiche quando la necessità e il buon andamento dei pubblici servizi lo richiedono è legittimo e insindacabile*, un importante dictum che farebbe inorridire diverse sezioni del Consiglio di Stato oggi, ma nel quale ricorre questa espressione, *buon andamento*, che poi ritroveremo nella Costituzione del 1948, così come si ritrova nella Costituzione del 1948 l'eco di tutta la discussione che comincia con la Rivoluzione d'Ottobre e continua con il New Deal sulla pianificazione, l'art.41 della Costituzione, come si trovano negli articoli della Costituzione sulla scuola e sulla protezione sociale gli echi di quel di quel documento che ebbe una enorme diffusione nel 1942, quando fu pubblicato anche in Italia, c'è una buona ricerca su questo, mi sto riferendo ai due documenti che vanno sotto il nome di Piano Beveridge e che, come dire erano stati nella cultura italiana preparati dai grandi lavori di Luigi Rava per la commissione Scialoja del dopoguerra (ma del primo dopoguerra). Ed infine il fatto che le norme sulla scuola sostanzialmente riflettono una discussione che va molto lontano e riflettono una discussione che riguarda la libertà di insegnamento che era iniziata nell'età liberaldemocratica ma, cosa ancora più interessante, perché, come dire, andava contro corrente, riflettono anche la Carta della Scuola di Bottai

che trova la sua costituzionalizzazione, in qualche modo, nelle norme sulla scuola della Costituzione e poi trova una realizzazione nel 1962 con la scuola media unica in cui c'era un accenno. Ecco questo la trovo una cosa veramente interessante e cioè che una riflessione sul ruolo che ha avuto come classe dirigente questo manipolo di persone porta a capire anche che l'impianto storiografico che ha chiuso la Costituzione dentro questo breve periodo Resistenza-Liberazione-Costituzione, la Costituzione figlia della liberazione dal Fascismo, non dà conto di una cosa importante, che nella Costituzione si trova il precipitato di idealità costituzionali che sono di ben lungo periodo. Io non ho citato, ovviamente, tutti gli echi mazziniani che sono i più ovvi in qualche modo, che si ritrovano nel dibattito costituente, quindi io ritengo che sia sbagliato il cliché storiografico che chiude la preparazione della Costituzione in questo breve periodo e penso che invece la Costituzione raccoglie idealità che si sono costruite nel corso di un secolo e in un certo senso che quindi non è un prodotto così estemporaneo come un po' la storiografia ci ha abituato a pensare, non nasce come Minerva dalla testa di Giove.

Naturalmente ci sono delle domande, ed io con questo concludo, e la prima è fondamentale questa: ma perché furono soccombenti proprio le teste pensanti dell'Assemblea Costituente sull'argomento più importante che è quello del ruolo dell'Esecutivo? Perché, scusate, Giannini, Calamandrei, Mortati, erano convinti che bisognava trovare un modo per rafforzare l'Esecutivo, loro l'hanno detto, e non tanto nell'Assemblea Costituente quelli che c'erano ma, beh, Calamandrei ha fatto una lunga dichiarazione quando intervenne al momento dell'approvazione della Costituzione dicendo "e non c'è la norma più importante che dovrebbe esserci nella Costituzione", c'è una frase proprio di questo tipo; in questa Costituzione c'è un modo per stabilizzare l'esecutivo, perché queste persone, ancora una volta, erano consapevoli del fatto che il Fascismo era stato il frutto della instabilità governativa precedente e quindi, come dire, si battevano per questo, insomma, Giannini nell'aprile del 1946, al convegno del Partito Socialista dice "ma guardate che un sistema elettorale proporzionale va introdotto solo per la prima votazione", come a dire "ci contiamo per bene, dopodiché si passa ad un sistema elettorale di tipo diverso, che in qualche modo da maggiore stabilità all'Esecutivo" e la domanda storiograficamente importante è proprio questa: cercare di capire come sono riusciti, e da questo il rammarico di Giannini che ha mille volte detto "la prima parte della Costituzione guarda troppo lontano, la seconda troppo vicino", perché i sostenitori, e sto parlando di tre persone come Mortati, Giannini e Calamandrei, di questa posizione rimasero in realtà soccombenti; e naturalmente sullo sfondo c'è la domanda che mi pare si chiedesse anche Giuliano: ma come si sono create le condizioni per questa singolare situazione? Come mai queste persone che, ce lo ha spiegato Lariccia poco fa, come Jemolo erano al massimo dei "public intellectuals", "public moralist" come direbbero gli americani e inglesi, come mai si creò questa condizione nella quale queste persone che in fondo parlavano al mondo della cultura e della società poi riuscirono anche a parlare anche al mondo della politica.

Questa è una cosa interessante anche perché ci insegnerebbe qualcosa sull'oggi triste che noi stiamo vivendo.

TAVOLA ROTONDA*

di Raffaele Romanelli**

Unico non giurista in questa tavola rotonda, tendo a guardare al nostro tema dall'esterno, evitando il dibattito dottrinario. E comincio con l'osservare che il rapporto tra giuristi e politica – da sempre, da che esistono i giuristi e da che esiste la politica – è per sua natura assai stretto, «osmotico», come ha detto Giuliano Amato. Nel nostro caso, ci domandiamo come si sia configurato quel rapporto nella costruzione della carta costituzionale, quale sia stato il contributo dei tecnici del diritto. Con una avvertenza però, che se i due saperi – quello tecnico-giuridico e quello politico – sono in dottrina distinguibili, non così accade per i loro protagonisti. E non solo perché tutti i giuristi costituenti più influenti, da Mortati a Calamandrei, da M.S.Giannini a Moro a Dossetti a Perassi non possono essere considerati «esperti», «prestati alla politica» come oggi si dice, e militavano in un partito, ma anche perché la componente tecnico-erudita del dibattito costituente si andò stemperando via via che dai lavori preparatori e della commissione dei Settantacinque al comitato dei Diciotto si è passati al confronto in aula, dove non solo è prevalsa la politica, ma gli stessi giuristi si sono presentati tout court come politici.

Ma fatta questa premessa, di quali giuristi stiamo parlando? Oggi si pensa soprattutto ai cultori di diritto costituzionale, ai costituzionalisti. Ma qui, soprattutto i più giovani presenti devono por mente al fatto che il settore disciplinare, quello del diritto costituzionale, più che artefice della Costituzione, ne è a tutti gli effetti un prodotto. L'orizzonte dei costituzionalisti, il loro paradigma disciplinare, è tutto interno alla costituzione repubblicana, successivo alla sua promulgazione, e da sempre impegnato ora a riformare, ora difendere la Carta.

Lo mostra la storia dei ranghi accademici, dei commentari, delle riviste di settore. Nascono nel dopoguerra la “Rassegna di diritto pubblico”, la “Rivista trimestrale di diritto pubblico”, ispirata soprattutto da Massimo Severo Giannini, “Giurisprudenza costituzionale”, coeva alla nascita della Corte, nel 1971 “Politica del diritto”. Nel 1981 nasce poi “Quaderni costituzionali”, con l'esplicito intento di contribuire al dibattito sulle riforme istituzionali. Il comitato direttivo era formato da Giuliano Amato, Augusto Barbera, Enzo Cheli direttore, Leopoldo Elia, Andrea Manzella, Valerio Onida, Livio Paladin, Gustavo Zagrebelski, tra l'altro tutti meno Manzella, parlamentare europeo, divenuti giudici costituzionali. Intanto negli anni 70 i comunisti cominciarono a interessarsi del tema, con il centro studi a lungo diretto da Pietro Ingrao, e negli anni Ottanta si costituì l'associazione dei costituzionalisti.

In questo senso dico che il costituzionalismo italiano non ha generato la costituzione, ne è il prodotto. Ed è, io credo, generato dai principi fondamentali, la cosiddetta prima parte, più che della parte organizzativa, sulla quale peraltro a lungo – e incessantemente, ma invano

** Già Professore ordinario di Storia contemporanea e storia socio-politica delle istituzioni presso l'Università degli Studi di Roma ‘La Sapienza’.

– si sono esercitati i costituzionalisti e i politici, in uno scambio alla lunga risultato terribilmente infruttuoso. Ma noi qui non discutiamo del dialogo tra politica e diritto che ha tenuto luogo vigente la costituzione repubblicana e in presenza di una supposta esigenza di modificarne la parte organizzativa. No, stiamo parlando dell'età costituente, anche se parlandone oggi, la lunga stagione dei dibattiti infruttuosi che è seguita forse ha le sue origini proprio negli assetti costituenti.

Qual è allora la cultura giuridica che ha contribuito alla stesura della carta?

È nota la frattura tra i giuristi di vecchia scuola, legati alle forme di regime parlamentare di matrice statutaria – tra di loro massimamente Vittorio Emanuele Orlando - e i più giovani, cresciuti al di fuori di quella tradizione, e semmai nella tradizione di una costituzione statutale di ascendenze direi amministrativistiche, o comunque estranee alle tradizioni costituzionalistiche, come può dirsi di un Dossetti o di un Calamandrei.

Sono i secondi, i più giovani, a meglio rappresentare alla «politicità» della costituzione (parlo della sua essenza politica, non partitica). È noto dove la divergenza tra le due visioni si è manifestata: discutendosi i principi generali – ai quali i primi, gli «anziani» - non riconoscevano carattere giuridico - e il controllo di costituzionalità, che i primi ritenevano incompatibile con l'assetto dei poteri costituzionali. Ma è fin troppo noto che contrari all'istituzione della Corte erano anche i comunisti. Per Laconi nella Corte si doveva vedere il tentativo di imbrigliare la volontà popolare dietro il quale “si cela unicamente e soltanto una fondamentale paura del popolo, un timore della volontà popolare, una paura del popolo e dei partiti in cui il popolo si organizza, dai quali invece deve partire, sui quali deve fondarsi ed a cui deve tendere tutta l'organizzazione dello Stato”. Al momento di approvare la sezione I del titolo VI, sulla Corte, Laconi lo disse “atto letale per la democrazia italiana”. E poi, una volta approvata, propose che “la Corte sia direttamente eletta del popolo”.

In effetti, a me sembra che la struttura della carta – e la convergenza tra le componenti politiche della costituente – non sia basata sugli istituti di garanzia, sulla divisione dei poteri, o su una solida riflessione circa i meccanismi del governo parlamentare. Come ebbe a dire di nuovo Laconi, “quei vecchi principi dell'equilibrio dei poteri, col vecchio sistema dei pesi e contrappesi (...) acquista un senso e una portata antidemocratica quando è messa in opera contro l'universale suffragio, contro la volontà popolare”. Altri prima di lui avevano detto: “Noi vogliamo fondare un governo; e per governo non intendiamo, come i teoristi delle monarchie costituzionali, un sistema che mantenga fra il Popolo ed il Governo stesso un sistema di garanzie organizzate, a fomento di diffidenza; noi miriamo più in alto; noi cerchiamo di giungere a un Governo nel quale esista armonia fra chi dirige e chi è diretto”. Così Giuseppe Mazzini, che cito ad indicare una continuità «giacobina» tra le sinistre risorgimentali e quelle novecentesche, lungo una linea poco interessata, se non ostile, ai principi del costituzionalismo classico.

L'estraneità – o perfino l'ostilità – per i principi del costituzionalismo classico corre sotterranea in ogni pagina degli atti della Costituente e dei dibattiti del tempo. L'azionista Vittorio Foa, in uno scritto del 1944, riallacciandosi a Mosca e a Michels “criticava partiti e democrazia rappresentativa e auspicava che i Comitati di liberazione nazionale diventassero

espressione unitaria delle autonomie e di un autogoverno delle masse costruito dal basso” (così sintetizza un suo biografo). Massimo Severo Giannini, allora capo di gabinetto del ministro per Costituente Pietro Nenni, dichiarò: “Per noi socialisti (...) è più importante la legge sui sindacati, sull'industria, sui consigli di gestione, che la Costituzione”. Alla vigilia della costituente, Vezio Crisafulli dichiarava che non sarebbe stato sufficiente creare degli ordinamenti democratici, bensì che “queste leggi e queste istituzioni piantino le loro radici in un sostanziale rinnovamento della società nazionale”, mutando profondamente le strutture socio-economiche del paese. La figura di Crisafulli è di particolare interesse perché mi pare costituisca un ponte tra le dottrine dello Stato elaborate sotto il fascismo e il successivo costituzionalismo comunista. Del resto, anche Crisafulli confidava nel ruolo “costituzionale” dei partiti fino al punto di scrivere nel 1957, nel clima dunque delle prime denunce anti-partitocratiche, che non ci si doveva spaventare di una eventuale esautorazione delle assemblee parlamentari a causa del troppo potere delle segreterie dei partiti “poiché attraverso i partiti (...) si delinea modernamente la tendenza a rendere, in certo qual modo, diretto il rapporto tra governo e popolo passando sopra la intermediazione delle Assemblee”.

Giuseppe Dossetti, un giovane canonista concentrato in quell'epoca soprattutto su problemi ecclesiologici e giunto alla politica dall'esperienza dell'antifascismo cattolico, aveva una visione di “repubblica democratica” consistente nella “trasformazione della struttura industriale”, “la riforma finanziaria”, una “imposta straordinaria sui patrimoni”, la “abolizione del latifondo”, e così via. Ricordando più tardi l'epoca della Costituente disse “non guardai le costituzioni straniere, perché erano nate in altre sedi, in altri tempi. Mi ispirai molto alle esigenze che percepivo nel momento e a quelle che mi ponevano gli antagonisti comunisti [...] Togliatti, soprattutto, che effettivamente mi apprezzava...”. A me non sembra, in effetti, che il dibattito costituente debba molto al confronto con i maggiori esempi del costituzionalismo otto o novecentesco. Era incombente, come è ovvio, il caso francese, ed erano impliciti i riferimenti al modello anglosassone, ma l'attenzione alle altre costituzioni – come quella spagnola del '31, oggi citata per i riferimenti all'articolo uno - mi pare fosse assai modesta. Più frequente semmai è il riferimento alla costituzione sovietica del '36 nell'idea – apertamente enunciata tra gli altri da Calamandrei – che la costituzione italiana promettesse ciò che la Russia aveva già realizzato.

Insomma sembra a me che la convergenza tra le diverse anime della Costituzione e le diverse culture, e massimamente tra quella cattolica e quella comunista, tale convergenza – peraltro assai asimmetrica, giacché l'elaborazione dottrinarica è quasi tutta di parte cattolica – riguardi altro che non il terreno della dottrina e della storia costituzionale. Mi sembra che essa avvenga principalmente sulla fondazione di una democrazia sociale dai caratteri dichiaratamente antiliberali, antiborghesi, anticapitalistici. Su questo terreno si saldò la forte sintonia tra Dossetti, Mortati e Togliatti che poi consentì di firmare l'accordo costituente.

Ovviamente tutto ciò riguarda essenzialmente i principi generali. La sistemazione della parte organizzativa del testo non fu il frutto di una cultura costituzionale condivisa. Mi sembra che lo rivelerebbero l'analisi dei vari istituti e soprattutto le vicende della loro

adozione. Basti un cenno a due snodi centrali. Si rilegga il celeberrimo ordine del giorno Perassi approvato il 5 settembre 1946 con 22 voti favorevoli e sei astensioni: “La seconda sottocommissione, udite le relazioni degli onorevoli Mortati e Conti, ritenuto che né il tipo di governo presidenziale, né quello del governo direttoriale risponderebbero alle condizioni della società italiana, si pronuncia per l'adozione del sistema parlamentare, da disciplinarsi tuttavia con dispositivi costituzionali idonei a tutelare le esigenze di stabilità dell'azione di governo e ad evitare le degenerazioni del parlamentarismo”. È un testo scelto per elisione, senza alcuna prospettiva di sistema, e forse anche per questo degli auspicati “dispositivi” si è discusso inutilmente per decenni. Lo stesso valga circa il bicameralismo. Al monocameralismo con due camere, come è stato maliziosamente definito, si arrivò anche in questo caso sulla base di una reciproca elisione tra universalismo proporzionalista – assunto, come sappiamo, come pilastro dell'ordinamento - e corporativismo. Quando parlo di corporativismo non intendo un orientamento culturale, una visione della società organicistica, propria dei cattolici, e per altri versi gradita anche in campo socialista (si pensi ai “consigli tecnici” o ai “consigli consultivi” proposti da Giannini, da Nenni o da Lussu, un convinto monocameralista). Mi riferisco a precise proposte istituzionali. A lungo gli esponenti democristiani insistettero su “la necessità di integrare la rappresentanza politica in modo che essa rispecchi la realtà sociale nelle sue varie articolazioni e tutti gli interessi politicamente rilevanti (...) chiamando a partecipare alla seconda camera i gruppi nei quali spontaneamente si ordinano le realtà sociali (...) mediante elezioni a doppio grado (ispirate al) criterio della proporzione con l'entità numerica delle categorie, insieme a quello della maggiore responsabilità del lavoro qualificato”. Come avrebbero potuto convergere visioni costituzionali così lontane?

Di fatto a mio avviso non lo fecero. Il che mi suggerisce che il contributo dei giuristi alla Costituente difficilmente può disporsi come una serie convergente di idee, schemi e dottrine. Mi sembra piuttosto l'accostarsi strumentale di suggestioni, influenze, dottrine che solo la costruzione accademica successiva può far convergere in un paradigma costituzionalistico.

TAVOLA ROTONDA*

di Luciano Violante**

Il professor Cassese e il professor Romanelli hanno posto da due punti di vista diversi una questione che a me sembra prioritaria nella nostra discussione. Perché, si sono chiesti i due studiosi, l'Esecutivo non venne rafforzato nella Costituzione e perché la cultura costituzionalistica non ebbe peso nella costruzione di un sistema che garantisse stabilità e capacità di governo?

Intendo esprimere un'opinione su tali questioni.

La Costituzione entrò in vigore il primo gennaio 1948 e le prime elezioni politiche si tennero nell'aprile successivo. I costituenti, perciò, agivano sotto il velo dell'ignoranza riguardo al futuro. In particolare non sapevano chi avrebbe vinto nelle prime elezioni politiche repubblicane. A quel tempo l'alternativa tra le forze che si contrapponevano, quelle filooccidentali, con la Dc a far da guida, e quelle filosovietiche, con il PCI e il PSI a far da guida, non riguardava solo il governo, riguardava anche e soprattutto il sistema.

Se avessero vinto i social-comunisti, l'Italia sarebbe finita nell'orbita dell'Unione Sovietica, se avesse vinto l'ala filo occidentale, come poi vinse, saremmo finiti nell'orbita filoamericana. Le conseguenze per l'Italia e per l'Europa sul piano della politica interna e della politica estera, dei diritti e delle libertà, sarebbero state molto diverse. Oggi l'alternanza tra le forze in campo è di governo; nel 1948 l'alternanza era di sistema.

Quale fu la preoccupazione fondamentale dei Costituenti?

Evitare che ci fosse un eccesso di potere delle maggioranze e dei governi; evitare quindi che chi avesse vinto le elezioni potesse decidere troppo e liquidare l'opposizione. I costituenti, inoltre, avevano vissuto i ventidue anni del fascismo, caratterizzati dalla identificazione tra partito e Stato, da un eccesso di potere del presidente del consiglio dei ministri, dallo svuotamento del Parlamento, dall'uso fazioso dei pubblici poteri, compresa la magistratura. Decisero quindi per il primato del Parlamento rispetto al Governo, perché nelle Camere sarebbero state rappresentate tutte le forze politiche, quelle vincenti e quelle sconfitte nelle elezioni. Tradussero quindi le loro preoccupazioni in tre indirizzi di fondo diretti ad impedire la stabilità dei governi.

Primo. Due Camere, Camera dei Deputati e Senato, con eguali funzioni. Perché? Perché chi avesse perso in un ramo del Parlamento avrebbe potuto vincere nell'altro e viceversa; non c'era quindi la certezza di un vincitore assoluto. Le proposte di legge, per diventare leggi, dovevano essere approvate da entrambi i rami del Parlamento nell'identico testo, ma

* Contributo pubblicato previa accettazione del Comitato scientifico del Convegno. Relazione presentata al Convegno *I 'Costituenti' de 'La Sapienza'*, svoltosi il giorno 30 novembre 2017, presso il Rettorato – Aula degli Organi Collegiali, Università La Sapienza di Roma.

** Già Professore ordinario di Istituzioni di diritto e procedura penale presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Camerino

il Presidente della Repubblica, se avesse ritenuto che quella legge avesse dei vizi (ad esempio mancanza di copertura finanziaria), avrebbe potuto rinviarla al Parlamento.

Secondo. Un governo, per entrare in funzione, avrebbe avuto bisogno della fiducia di entrambe le Camere; ma per farlo cadere sarebbe stata sufficiente la sfiducia di una sola Camera. Inoltre, si può sfiduciare un governo senza preoccuparsi delle conseguenze. I costituenti non prevedero la sfiducia costruttiva, l'obbligo cioè di indicare nel documento che propone la sfiducia una nuova maggioranza di governo e un nuovo presidente del Consiglio, come invece prevedeva nello stesso periodo la Costituzione della repubblica federale tedesca. La Germania non aveva alle porte l'alternativa di sistema, che aveva invece l'Italia, e quindi si mostrò molto attenta a garantire la stabilità degli Esecutivi.

Addirittura il testo originario della Costituzione prevedeva una durata differenziata per le due Camere, cinque anni per Montecitorio, sei anni per Palazzo Madama, con l'effetto di potenziare ulteriormente l'instabilità dei governi⁸³⁰.

Il terzo indirizzo esprimeva un favore dichiarato, ma non costituzionalizzato, per il sistema elettorale proporzionale, di modo che ciascuna forza politica fosse presente in Parlamento in misura corrispondente alla sua presenza nella società. Proprio questo principio fece guadagnare alla legge maggioritaria voluta da De Gasperi nel 1953 e non scattata per pochi voti, lo sgradevole epiteto di "legge truffa" perché consentiva alle forze che avessero ottenuto la maggioranza assoluta alla Camera di ottenere più seggi rispetto a quelli corrispondenti al consenso dei cittadini.

La ragion politica della scelta fu riassunta da Giorgio Amendola in Assemblea Costituente. Non c'era alcun bisogno di congegni istituzionali perché i partiti politici sarebbero stati essi stessi i garanti del funzionamento del sistema. La maggioranza è forte quando c'è la volontà politica; senza la volontà politica nessuna maggioranza tiene, indipendentemente dalla sua consistenza numerica. Nessun congegno istituzionale può sostituire il ruolo essenziale dei partiti.

*"Si è parlato del tentativo di dare alla nostra democrazia condizioni di stabilità con norme legislative. E' evidente che una democrazia deve riuscire ad avere una sua stabilità se vuole governare e realizzare il suo programma; ma non è possibile ricercare questa stabilità in accorgimenti legislativi... e c'è il fatto nuovo e positivo della formazione dei grandi partiti democratici, che sono condizione di una disciplina democratica... Oggi la disciplina, la stabilità è data dalla coscienza politica, affidata all'azione dei partiti politici."*⁸³¹

2. All'indebolimento dei governi corrispose nel sistema costituzionale un forte potenziamento dei partiti politici che costituirono il vero pilastro del sistema; erano credibili, radicati sul territorio, legittimati dalla lotta di Liberazione, diretti da grandi e stimate personalità.

⁸³⁰ La legge 9 febbraio 1963 n.2 equiparò la durata del Senato a quella della Camera; nelle elezioni politiche del 1953 e del 1958 il Senato venne sciolto anticipatamente per farne coincidere l'elezione con quella della Camera.

⁸³¹ Assemblea Costituente, Seconda sottocommissione, 5 settembre 1946, p. 125

Il ruolo dei partiti risulta con chiarezza dall' art. 49 della Costituzione: i cittadini possono associarsi liberamente in partiti per *determinare la politica nazionale*. Il Presidente del Consiglio, invece, non determina la politica nazionale, ma ha il compito più circoscritto di *dirigere la politica generale del governo* (art. 95).

La Costituzione non prevedeva espressamente il potere del Presidente del Consiglio dei Ministri di revocare un ministro perché i ministri erano considerati gli emissari dei partiti all'interno del governo e il Presidente del Consiglio non avrebbe potuto sostituire un ministro se il suo partito non fosse stato d'accordo. Nel 1995 il Presidente del Consiglio Lamberto Dini, intendeva sostituire il Ministro della Giustizia, Filippo Mancuso. Poté farlo solo dopo una complessa procedura. Il Senato approvò una mozione di sfiducia individuale nei confronti di quel Ministro. Il Ministro non accettò il voto del Senato e ricorse alla Corte Costituzionale; la Corte decise per la validità della mozione di sfiducia individuale e finalmente quel ministro fu sostituito.

Il sistema non ha subito traumi finché i partiti sono stati forti, con milioni di iscritti legittimati da una partecipazione al voto che superava il 95%.

Un fattore significativo, anche se paradossale, della tenuta democratica sino all'inizio della crisi politica di metà anni Settanta è costituito dalla breve durata dei governi in un sistema sostanzialmente privo di alternanza, perché la Dc e i suoi alleati rimangono maggioritari sino a quegli anni mentre il PCI e i suoi alleati non hanno mai ricevuto il consenso elettorale necessario per governare.

Peraltro sino a quando l'indirizzo politico restò nelle mani del partito di maggioranza relativa l'instabilità dei governi non produsse, come è invece accaduto dopo il 1994, instabilità della linea politica.

Una durata normale dei governi, per l'intera legislatura, in un sistema privo di alternative, avrebbe prodotto la formazione di un "ceto imperiale" nella Dc, partito di maggioranza relativa dal 1948 al 1994, diviso in correnti, con il predominio di quelle parti del partito che erano al governo. La instabilità dei governi, che non intaccava però la stabilità della linea politica, diventava in pratica una garanzia democratica tanto per la Dc quanto per il Paese.

La durata media di ciascun governo, in quella fase è di circa un anno, mentre ogni ministro è stato in carica in media 3 anni e 8 mesi. Su 233 ministri e Presidenti del Consiglio solo 63 hanno ricevuto un solo incarico. Invece 152 uomini - non ci sono donne in questa cerchia, un terzo del totale, ricoprono 1332 incarichi di ministro o di sottosegretario, pari a due terzi delle presenze. La lettura delle successioni negli incarichi rileva però che raramente a un ministro è stata riaffidata la responsabilità precedentemente ricoperta, a conferma della esigenza di evitare casi di accumulo di potere personale.

3. Il sistema ha funzionato per circa trent'anni, sino alla fine degli anni Settanta, proprio perché Parlamento e Governo erano fortemente diretti dai partiti politici. Forse lo spartiacque è costituito dall'assassinio di Aldo Moro, che ebbe come effetto la chiusura di

una fase politica, quella del compromesso storico, che fu l'ultimo tentativo di rianimare il primato dei partiti politici.

Tanto il sistema costituzionale quanto i Regolamenti delle Camere attribuivano ai gruppi parlamentari e ai singoli parlamentari intensi poteri ostruzionistici e pertanto in caso di tensioni tra partiti era facile impedire qualsiasi decisione parlamentare. Parlamento e Governo decidevano quando i partiti avevano deciso di decidere⁸³². I partiti usarono questo loro potere per far funzionare il sistema, non per bloccarlo, almeno sino a quando mantennero la loro autorevolezza. Nei primi trenta anni di vita democratica gli ostruzionismi furono pochissimi e sempre su questioni di grande intensità politica; ad esempio: adesione dell'Italia al patto Atlantico, legge Scelba sulla Difesa Civile, approvata dalla Camera ma non esaminata dal Senato, legge elettorale cosiddetta "truffa", attuazione delle Regioni.⁸³³

C'è un dato parlamentare che più di altri dimostra il senso di responsabilità dei partiti politici in questa prima fase di vita della Repubblica. Si tratta del ricorso al voto segreto da parte delle opposizioni nel corso della prima legislatura repubblicana, dal 1948 al 1953. Il voto segreto è lo strumento principe dell'opposizione parlamentare per trarre vantaggio dalle divisioni della maggioranza e all'epoca il presidente dell'assemblea era tenuto a disporlo per qualsiasi votazione su richiesta di qualsiasi gruppo parlamentare. Nella prima legislatura 1948-1953, quella del Patto Atlantico, della guerra fredda, del Muro di Berlino, degli scontri nelle strade, in 1114 sedute delle Camere vennero chiesti solo 173 voti segreti. Nella nona Legislatura, dal 1983 al 1987, dopo la rottura dell'unità nazionale, in una fase acuta di logoramento sociale e di avvio della crisi dei partiti politici, in 634 sedute si tennero, invece, ben 2485 voti segreti.

4. In un sistema che poneva al centro i partiti, la crisi di credibilità e di operatività dei partiti è diventata crisi del sistema. Tutta l'annosa questione della riforma costituzionale consiste, in pratica, nel costruire un sistema politico capace di decidere attribuendo al Parlamento non solo la funzione di rappresentare, ma anche la funzione di decidere. Si è parlato a tale proposito di "democrazia decidente". La riforma bocciata dal referendum del 4 dicembre 2016 andava in questa direzione, anche estendendo forme di democrazia deliberativa e quindi dando più poteri ai cittadini. Paradossalmente, sono stati proprio i cittadini a bocciarla in un contesto nel quale il tema della riforma è stato travolto da un uso politico del referendum per far prevalere un giudizio negativo sul governo e soprattutto sull'allora presidente del consiglio. D'altra parte, per amore della verità, deve aggiungersi che anche l'ex presidente del consiglio ha fatto un uso politico della riforma cercando di utilizzarla come terreno della propria legittimazione. Dall'esito di quel referendum si possono trarre tre insegnamenti che la classe politica dirigente dovrebbe tenere bene a mente.

⁸³² Sulla cautela nell'uso del voto segreto nel corso della prima Legislatura, v. retro pag. CONTR

⁸³³ Per un quadro completo, A.P. Tanda, Lineamenti di storia dell'ostruzionismo italiano, in L. Violante (a cura di) Parlamento, Annale 17 degli Annali della Storiua d'Italia, Einaudi, Torino, 2001, p. 697 ss.

Le riforme costituzionali si fanno con il criterio del minimo indispensabile, non con il criterio del massimo possibile. Occorre scindere le questioni sulle quali c'è un consenso sufficientemente vasto, da tutte le altre e dare la priorità a quelle assistite dal consenso. Infine, se si deve andare ad un referendum, sarebbe saggio portare al voto popolare una sola questione in modo che il dibattito pubblico si possa concentrare e non si disperda in mille rivoli facendo prevalere una valutazione di tipo emozionale su giudizi razionali.

5. Il cenno appena fatto alle classi dirigenti permette di passare alla seconda e ultima parte di questo intervento.

Oggi sentiamo la mancanza di classi politiche dirigenti ed è certamente opportuno chiedersi in che modo si può colmare questo deficit. Non si tratta di maggioranze di governo; si può stare al governo senza essere classe dirigente e si può essere classe dirigente senza essere al governo. Una classe dirigente è capace di indicare al paese una rotta e un approdo. Alcuni studiosi ci hanno insegnato che in tutto il secolo scorso la funzione dei più importanti partiti politici è stata quella di “incorporare le masse nello Stato”. Milioni di persone che avevano tradizionalmente sentito lo Stato come nemico o, nella migliore delle ipotesi, come estraneo, erano state educate a partecipare alle scelte dello Stato e alla sua organizzazione attraverso il dibattito, il voto, la militanza, o la semplice appartenenza all'uno o all'altro partito. Questo è accaduto perché quei partiti erano stati capaci di indicare obiettivi che prescindevano dal quotidiano e che proprio per questa capacità di proiettarsi nel futuro suscitavano speranze e fiducia. Se una o più forze politiche si impegnano per un futuro in cui ciascun cittadino possa costruire la propria vita e soprattutto quella dei propri figli, nasce la speranza, la voglia di impegnarsi e di costruire. Questi sentimenti si sono indeboliti perché si è progressivamente fatto strada un processo opposto a quello che ci avevano segnalato gli studiosi. Oggi sono i partiti che tendono a incorporarsi nelle masse. Seguire i sondaggi piuttosto che i progetti, perdersi nella ricerca della battuta più efficace per il talk show, ricercare il messaggio provocatorio del quale parleranno poi quotidiani significa abdicare ad una funzione dirigente e farsi dirigere dagli umori e dai sentimenti transitori dei cittadini piuttosto che dalla ragione e dalla capacità di progettare a vantaggio della intera nazione.

Essere classe dirigente non è un privilegio, è una responsabilità. Gli scranni di Montecitorio o di Palazzo Madama non sono una “poltrona”; rappresentano anch'essi una responsabilità. Se si assumesse come compito delle campagne elettorali e dell'azione politica la capacità di staccarsi dal contingente e di prospettare un disegno del futuro, nascerebbe anche un senso di speranza nella società e di fiducia nei confronti della politica. Proprio per l'assenza di una classe capace di dirigere, la società si è frantumata passando dalle comunità intelligenti e inclusive a cerchi ristretti fondati sulla esclusione e sulla emozione. Dalla comunità alle tribù, si potrebbe dire. Ora dovremmo seguire il percorso inverso, dalle tribù alle comunità. Entra di nuovo in gioco la fiducia. Il sentimento di sfiducia generalizzata nei confronti della politica, a volte di irrisione, non è nato nella società; è nato nella stessa politica a partire dagli anni Novanta quando molti, scimmiettandosi a vicenda,

presentavano sé stessi, che erano in quel momento personalità politiche di rilievo o lo erano stati nel recente passato, come espressione della società non della politica della quale parlavano addirittura con un senso di estraneità e di disgusto. Chi comprenderebbe mai una torta da una pasticceria della quale i pasticceri che ci lavorano denunciano la mancanza di igiene, i vermi nella farina e l'esosità dei prezzi?

Sembra evidente, a questo punto, che il problema più urgente non è tanto la predisposizione di ricette per la costruzione di classi dirigenti, quanto la richiesta a chi esercita funzioni di direzione politica di tenere comportamenti compatibili con quelle funzioni. Si tratta in pratica di esercitare le proprie funzioni innanzitutto valorizzando le istituzioni. La chiave è il rispetto. Chi fa politica deve considerare prioritaria la categoria del rispetto. Il rispetto delle istituzioni innanzitutto e poi il rispetto dell'avversario. Il rispetto dell'avversario nella competizione politica esprime l'esigenza di una morale pubblica condivisa, risponde al dovere di informare correttamente i cittadini e permette il consolidamento di legami reciproci. Il rispetto riconosce che l'altro non è semplicemente un "non me", un diverso da me; riconosce che l'altro ha una propria dignità umana e politica e che il rispetto per lui risponde a una idea generale di azione politica diretta verso il bene comune. Ma il rispetto è anche nei confronti di sé stessi e della propria funzione; esige perciò preparazione, studio, sforzo per la comprensione dei problemi, fatica per la individuazione delle risposte. Il rispetto riguarda i cittadini che hanno diritto alla verità e ad essere ascoltati. Non preclude la contestazione anche aspra degli argomenti addotti dall'altro, ma richiede che non si irrida alle sue ragioni, che ci si sforzi di comprendere cosa c'è di positivo in quanto da lui sostenuto, che si usino nei suoi confronti argomenti di verità e non la frode.

È di qui, a mio avviso che occorrerebbe ripartire.

L'UTILIZZO DELLE CATEGORIE GIURIDICHE DEL DIRITTO INTERNAZIONALE NEL PROCESSO D'UNIFICAZIONE* ITALIANA

di Sergio Marchisio**

SOMMARIO: 1. L'unificazione italiana nella prospettiva del diritto internazionale. - 2. La trasformazione del diritto internazionale dopo il Congresso di Vienna. - 3. Il rovesciamento del paradigma di Vienna: principio di non intervento e principio di nazionalità. - 4. La proclamazione del Regno d'Italia: uno Stato nuovo o la continuazione del Regno di Sardegna? - 5. Il riconoscimento dello Stato italiano dopo l'unificazione. - 6. L'estinzione dei trattati conclusi dagli Stati pre-unitari e l'estensione dei trattati del Regno di Sardegna alle nuove province. - 7. Aspetti giuridici concernenti la successione del Regno d'Italia rispetto agli Stati pre-unitari. - 8. Conclusioni.

1. L'unificazione italiana nella prospettiva del diritto internazionale

La questione dei modi concreti e degli aspetti giuridici relativi al percorso d'unificazione italiana ha, nel tempo, originato una vivace dialettica relativa a taluni presunti vizi d'origine⁸³⁴. Dagli studi in materia è emersa una netta divisione di vedute⁸³⁵. Il dibattito relativo all'unificazione italiana è stato sempre animato da posizioni elogiative e critiche dell'Unità. Al fine di ricostruire gli aspetti giuridici, dal punto di vista del diritto internazionale, del percorso risorgimentale, è utile tenere in considerazione alcuni elementi.

Il primo elemento è senz'altro l'emergere del principio di nazionalità, considerato 'miracoloso' dal momento che, in base ad esso, un popolo unito culturalmente e socialmente, ma diviso politicamente e istituzionalmente, è diventato una Nazione⁸³⁶. Il principio di nazionalità, che ha legittimato il Risorgimento italiano e molte altre lotte per l'acquisto dell'indipendenza, non ha tuttavia portato, come preconizzato da Pasquale Stanislao Mancini, alla sostituzione della Nazione allo Stato quale unità elementare del diritto internazionale.

Un secondo elemento forte è il principio di continuità. Il percorso dell'Italia unita dal 1861 ai nostri giorni ha visto succedersi tre tipi di Stato: lo Stato monarchico-liberale, lo Stato monarchico-fascista e, infine, lo Stato repubblicano, diversi l'uno dell'altro per caratteri politico-sociali, ma tra i quali non c'è stata discontinuità sul piano del diritto internazionale, nonostante le vicende risorgimentali e la seconda

* Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

** Professore ordinario di diritto internazionale, Università degli Studi di Roma 'La Sapienza'.

⁸³⁴ Cfr. G. Napolitano, *Una e indivisibile. Riflessioni sui 150 anni della nostra Italia*, Milano, 2011. Nel 1994, G. Spadolini, *Prefazione*, in G. Spadolini (a cura di), *Nazione e Nazionalità in Italia*, Bari, 1994, VII, parlava di "mare mosso della polemica storico-politica, legata ai grandi interrogativi irrisolti della coscienza nazionale". In generale, A. M. Banti, *Il Risorgimento italiano*, Laterza, Roma-Bari, 2008.

⁸³⁵ Cfr. P. Mieli, *Le ferite del Risorgimento*, in *Corriere della Sera*, 8 marzo 2011. Cfr. anche S. Romano, *Vademecum di storia dell'Italia unita*, Milano, 2009, p. 9 ss. e C. Fracassi, *Il romanzo dei Mille*, Milano, 2010, p. 9 ss.

⁸³⁶ D. Fisichella, *Il miracolo del Risorgimento. La formazione dell'Italia unita*, Roma, 2010. Sul concetto di Nazione v. Crisafulli - D. Nocilla, *Nazione*, Milano, 1977.

guerra mondiale. Il principio di continuità, nella sua valenza giuridica, ha permeato non solo le vicende legate alla nascita dell'Italia unita, ma anche la storia successiva, il passaggio dalla Monarchia all'Italia del secondo dopoguerra, attraverso il Regno del Sud⁸³⁷. All'epoca di Cavour, Vittorio Emanuele, Garibaldi, Mazzini e Cattaneo la tesi giuridica prevalente è stata quella di fondare l'unità del paese sulla continuità tra il Regno sardo ed il Regno d'Italia⁸³⁸. Questo spiega anche la dialettica tra sentimenti di nazionalità, unità, continuità, da un lato, e sentimenti di divisione e frammentazione, dall'altro lato, che hanno caratterizzato la storia italiana. Se la Nazione è il principio supremo che legittima l'unione di una popolazione nel territorio di uno Stato indipendente e sovrano, ci si interroga se una Nazione italiana sia mai esistita⁸³⁹.

Altro elemento ricorrente, che chiama in causa il giurista, è il riferimento alle violazioni del diritto internazionale: l'unificazione si sarebbe realizzata tramite annessioni realizzate con la forza in spregio alle norme vigenti e l'orchestrazione di plebisciti, simulacri della volontà popolare, da parte di agenti del Regno sardo. Si sottolinea che *"l'unificazione avvenne non solo non rispettando, ma andando contro il diritto vigente dei vari legittimi Stati preunitari, che furono infatti conquistati con la violenza e con l'inganno"*⁸⁴⁰. La vicenda risorgimentale viene prospettata come guerra di conquista e di trasformazione del Mezzogiorno al rango di colonia, proponendo nuove letture del fenomeno del brigantaggio meridionale⁸⁴¹. Nell'ottica dell'Unità come operazione di conquista piemontese, si dice che la frammentazione dell'Italia preunitaria *"corrispondeva a un certo genio del nostro popolo"*, per concludere che l'Italia è stata Nazione gloriosa anche quando era *"governata da una pluralità di Stati"*⁸⁴².

Si tratta di riletture affascinanti, ognuna delle quali ha la sua parte di verità. Ma il giudizio sull'utilizzo delle categorie del diritto internazionale è sommario. Si dà per scontato che le regole vigenti fossero ancora quelle della Santa Alleanza e si omette di considerare l'aspetto forse più rivoluzionario del processo di unificazione italiana, vale a dire la sua legittimazione come processo di autodeterminazione nazionale, reso possibile dai rivolgimenti del 1848 e dal consolidarsi di principi giuridici esattamente opposti a quelli del 1815-1818. Tra i nuovi principi, oltre al non intervento e alla nazionalità, si colloca anche il diritto, propugnato da Regno Unito, Francia e Italia, di assistere i popoli in lotta per la loro libertà.

⁸³⁷ A. Degli Espinosa, *Il Regno del Sud. 8 Settembre 1943 – 4 Giugno 1944*, Roma, 1946.

⁸³⁸ Cfr. M. L. Salvadori, *L'Italia e i suoi tre Stati. Il cammino di una nazione*, Bari, 2011, p. 1 ss., per il quale l'Italia unita è nata tra grandi difficoltà e lacerazioni, a partire da quelle generate dal fatto che nessuno dei grandi protagonisti del Risorgimento vide sorgere il paese che avrebbe voluto.

⁸³⁹ E. Gentile, *Né Stato né nazione, italiani senza meta*, Bari, 2010.

⁸⁴⁰ M. Viglione, *1861. Le due Italie. Identità nazionale, unificazione, guerra civile*, Milano, 2011.

⁸⁴¹ V. G. Guerri, *Il sangue del sud*, Milano, 2010 e N. Zitara, *L'unità d'Italia. Nascita di una colonia*, Milano, 2010. Cfr. anche P. Aprile, *Terroni*, Milano, 2010.

⁸⁴² G. Biffi, *L'Unità d'Italia. Centocinquanta'anni 1861-2011. Contributo di un italiano cardinale a una rievocazione multiforme e problematica*, Siena, 2011, p. 1 ss. e, con accenti critici, M. Teodori, *Risorgimento laico. Gli inganni clericali sull'Unità d'Italia*, Catanzaro, 2011.

Tra riflessione storica e nuove ragioni d'impegno condiviso, si deve quindi fare un bilancio persuasivo astenendosi da macroscopiche semplificazioni. Al giurista internazionalista, in particolare, spetta il compito di ponderare meglio le modalità dell'unificazione in relazione alle norme internazionali all'epoca vigenti e di riflettere sull'utilizzo delle categorie giuridiche del diritto internazionale nel processo unificatore, per vedere come il diritto si è adattato all'evoluzione in atto⁸⁴³.

Per chiarire quali effettivamente fossero le regole del diritto internazionale vigenti all'epoca del processo risorgimentale occorre risalire più indietro, precisamente alla Santa Alleanza del 1815 e al successivo Protocollo del 1818. La mia tesi è che le norme all'epoca poste a difesa del legittimismo monarchico dopo la vicenda napoleonica, le quali consentivano l'intervento, anche armato, contro ogni movimento riformatore, non si fossero mai consolidate nella coscienza del Concerto europeo, restando espressione di un ristretto gruppo di soggetti. Regole non positive, quindi, in quanto rifiutate *in statu nascendi* da paesi importanti come il Regno Unito, e poi travolte dall'emergere di una coscienza volta a legittimare le rivoluzioni nazionali.

2. La trasformazione del diritto internazionale dopo il Congresso di Vienna

Il primo elemento da considerare è che l'unificazione italiana si realizzò nel quadro di un diritto internazionale in rapida trasformazione e che a tale trasformazione dette un contributo decisivo. L'Unità d'Italia costituì, per taluni aspetti, un evento dirompente per l'evoluzione del diritto internazionale nel XIX secolo. Le basi del diritto internazionale dopo l'esperienza napoleonica erano quelle stabilite dal Congresso di Vienna del 1815, il quale aveva fondato l'equilibrio europeo sull'egemonia di una pentarchia di Stati, sul principio del legittimismo dinastico e dell'intervento armato per la restaurazione dell'ordine violato. La Santa Alleanza era un sistema di sicurezza collettiva tra gli Stati europei, diretto a prevenire e reprimere ogni cambiamento delle forme interne di governo idoneo a minacciare l'esistenza delle istituzioni ristabilite sotto le legittime dinastie. Nessun valore era stato riconosciuto a Vienna al principio di nazionalità e alle legittime aspirazioni dei popoli a costituirsi in entità politiche indipendenti. In particolare l'Italia, per il principe di Metternich, non era "*punto destinata a formare un corpo politico propriamente detto, poiché non rappresentava che una riunione di Stati indipendenti compresi sotto la stessa espressione geografica*"⁸⁴⁴.

Con la Santa Alleanza i sovrani firmatari si impegnavano ad applicare i principi della moralità cristiana nell'amministrazione degli affari interni dei loro Stati e nella

⁸⁴³ Cfr. P. Simone, *La formazione dello Stato unitario e il contesto internazionalistico*, in *L'Unità d'Italia. Profili storico-internazionali*, Napoli, 2011, pp. 17-103.

⁸⁴⁴ A. Pierantoni, *Storia del diritto internazionale nel XIX secolo*, Napoli, 1876, p. 59.

condotta delle relazioni internazionali⁸⁴⁵. L'Imperatore d'Austria, il Re di Prussia e l'Imperatore di Russia, dichiaravano solennemente che l'*Acte de la dite Sainte Alliance*, da essi sottoscritto a Parigi il 14/26 settembre 1815 "n'a pour objet que de manifester à la face de l'Univers leur détermination inébranlable, de ne prendre pour règle de leur conduite, soit dans l'administration de leurs états respectifs, soit dans leurs relations politiques avec tout autre gouvernement, que les préceptes de cette religion sainte, préceptes de justice, de charité et de paix"⁸⁴⁶. Se la Santa Alleanza era un catalogo di principi religiosi, morali e politici, da essa scaturirono il Protocollo e la Dichiarazione firmati a Aix-la-Chapelle il 15 novembre 1818 dai plenipotenziari d'Austria, Francia, Gran Bretagna, Prussia e Russia, in cui si sanciva l'intento di creare un'unione il cui oggetto era il mantenimento della pace. A base dell'unione era posta "l'invariabile résolution de ne jamais s'écarter, ni entre eux ni dans leurs relations avec d'autres états, de la stricte observance des principes du droit des gens, principes qui dans leur application à un état de paix permanent, peuvent seul garantir efficacement l'indépendance de chaque gouvernement et la stabilité de l'association générale"⁸⁴⁷.

Ma quali erano i 'principi del diritto delle genti' cui facevano riferimento i plenipotenziari delle cinque Potenze riuniti ad Aix-la-Chapelle? La dottrina internazionalistica del XIX secolo era caratterizzata da un eclettismo diretto a conciliare il diritto positivo, fondato sulle consuetudini e sui trattati, con la critica basata sui principi del diritto naturale, al fine di correggere gli errori della pratica e di determinare l'ideale da raggiungere⁸⁴⁸. Il principio fondamentale era certamente quello del legittimismo dinastico, sulla base del quale i cinque monarchi si prestavano reciproca assistenza e protezione, affermando il diritto-dovere di intervenire per soffocare ogni movimento rivoluzionario che potesse minacciare la pace intesa come sopravvivenza dei troni⁸⁴⁹. Su queste nuove basi le Potenze di Vienna intervennero a più riprese negli affari interni degli Stati minori nell'interesse delle legittime dinastie e del mantenimento di legislazioni anti-liberali.

Ma la *lex specialis* della Santa Alleanza - ed è questo il punto fondamentale - non ottenne mai un riconoscimento generalizzato. Ciò è dimostrato dai risultati dei Congressi di Troppau del 1820, Lubiana del 1821 e Verona del 1822, che videro i cinque grandi riunirsi in una sorta di consiglio di sicurezza dell'epoca, per deliberare sul da farsi in relazione a varie minacce all'ordine costituito. In particolare, il Protocollo adottato a Troppau il 19 novembre 1820, intendeva sancire con chiarezza il principio dell'intervento armato nei confronti di Stati 'colpevoli' di minacce alla pace: "*States, which have undergone a change of government due to revolution, the results of which*

⁸⁴⁵ *Acte de la dite Sainte Alliance*, in A. G. Heffter, *Le Droit International de l'Europe*, Berlin - Paris, 1873, 471-472. V. anche H. W. Halleck, *International Law or Rules Regulating the Intercourse of States in Peace and War*, New York, 1861, p. 62 ss.

⁸⁴⁶ L. Oppenheim, *International Law*, London - New York - Bombay, 1905, pp. 65-66.

⁸⁴⁷ *Protocole signé à Aix- La-Chapelle le 15 novembre 1818 par les Plénipotentiaires des Cours d'Autriche, de France, de la Grande-Bretagne, de Prusse et de Russie*, in A. G. Heffter, *Le Droit International de l'Europe*, cit., pp. 473-475.

⁸⁴⁸ Cfr. F. Despagnet, *Cours de droit International public*, Paris, 1894, p. 23 ss.

⁸⁴⁹ Come osservava Oppenheim: "*The leading principle of their politics was that of legitimacy, as they endeavoured to preserve every where the old dynasties and to protect the sovereigns of the different countries against revolutionary movements of their subjects*". L. Oppenheim, *International Law*, cit., p. 66.

threaten other States, ipso facto cease to be members of the European Alliance, and remain excluded from it until their situation gives guarantees for legal order and stability. If, owing to such alterations, immediate danger threatens other States the powers bind themselves, by peaceful means, or if need be, by arms, to bring back the guilty State into the bosom of the Great Alliance". Nella lettera circolare dell'8 dicembre successivo, i tre sovrani d'Austria, Russia e Prussia ribadivano il diritto e dovere delle potenze responsabili della pace in Europa di intervenire per soffocare ogni movimento che potesse pregiudicare la pace e la stabilità. Ma a tale dichiarazione non si associavano Francia e Gran Bretagna, a riprova dell'assenza di un comune sentimento circa la legittimità degli interventi armati.

Il principio dell'ingerenza armata generò la netta opposizione della Gran Bretagna che lo considerava potenzialmente distruttivo dell'equilibrio del potere nel sistema internazionale e metteva in guardia nei confronti degli atti d'intervento e della stessa dottrina dell'intervento⁸⁵⁰.

L'opposizione della Gran Bretagna si manifestò poi nei successivi Congressi di Lubiana e di Verona, che videro le Potenze impegnate a deliberare diversi interventi militari. La Conferenza di Lubiana decise l'intervento dell'Austria a favore di Ferdinando II nel Regno delle Due Sicilie, ma la Francia e la Gran Bretagna si dissociarono. Al Congresso di Verona del 1822, si parlò anche della questione italiana, che fu al momento risolta con la conferma della dominazione austriaca nell'Italia settentrionale. La posizione francese era peraltro più ambigua, se è vero che proprio dalla Francia venne la proposta d'intervento in Spagna, respinta invece dalla Gran Bretagna. L'intervento militare francese terminò con la battaglia del Trocadero del 31 agosto 1823 tra le truppe francesi e l'esercito del governo liberale spagnolo, provocando il ritorno della monarchia assoluta di Fernando VII in Spagna e un periodo reazionario in tutta Europa, che condusse poi alle rivoluzioni del 1848. Anche la dottrina del Presidente americano James Monroe, proclamata il 2 dicembre 1823 nel settimo messaggio annuale al Congresso, deve le sue origini a questa politica d'intervento delle Potenze europee.

Tra il 1827 e il 1830, il quadro giuridico è instabile. Accanto ad interventi a favore del principio del legittimismo dinastico, appaiono i primi interventi militari a favore delle nazionalità in lotta per la loro libertà. Vanno menzionati i casi dell'intervento di Francia, Gran Bretagna, e Russia nei Balcani del 1830 a sostegno della lotta per l'indipendenza della Grecia dall'Impero ottomano, nonché dell'intervento nello stesso anno di Austria, Francia, Gran Bretagna Prussia e Russia, su invito del governo provvisorio belga, contro l'Olanda, a favore delle aspirazioni nazionali del Belgio e della formazione di un Regno separato. Nel caso delle Grecia, peraltro, l'intervento venne giustificato dalla dottrina di diritto internazionale in quanto non solo dalla tutela della sicurezza delle Potenze direttamente minacciate, ma anche

⁸⁵⁰ Al riguardo, W. E. Lingelbach, *The Doctrine and the Practice of Intervention in Europe*, in *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 1900, p. 1 ss.

dalla violazione dei principi generali di umanità da parte di un governo 'barbarico e dispotico'⁸⁵¹.

L'avvento del duca di Orléans come re di Francia, dopo l'allontanamento di Carlo X, fu considerata una chiara '*violation des traités de Vienne*', in quanto la rivoluzione del 1830 costituiva una minaccia contro l'Europa e avrebbe dovuto comportare un intervento a favore del ramo legittimista dei Borboni: "*La révolution de 1830, quels que soient les motifs pour lesquels l'Europe respecta les décisions du peuple français constitue donc un fait de droit important, le principe de la non-intervention succédant au principe de l'intervention armée*"⁸⁵². Nel 1848, la Santa Alleanza si disgregava definitivamente con l'emergere dei sistemi costituzionali in molti Stati europei.

Ecco quindi un primo elemento da prendere in considerazione quando si valuta l'unificazione italiana in riferimento alle violazioni del diritto internazionale all'epoca vigente. La rivoluzione del 1848, movimento essenzialmente democratico, comportò modifiche costituzionali in Francia e in altri paesi e consacrò l'emergere del principio del ricorso alle armi per proteggere le nazionalità in lotta per l'indipendenza.

Nella circolare che nel 1848 il poeta Alphonse de Lamartine, nuovo Ministro degli Esteri francesi dopo la caduta di Luigi Filippo, indirizzava agli agenti diplomatici della Repubblica, era riassunto il Manifesto all'Europa, che comprendeva un riferimento espresso all'Italia e al suo diritto di unificarsi sulla base della nazionalità: "*Les traités de 1815 n'existent plus en droit aux yeux de la République française. Si l'heure de la reconstruction de quelque nationalité opprimée en Europe ou ailleurs nous paraissait avoir sonné dans les décrets de la Providence, si les Etats indépendants de l'Italie étaient envahis, si l'on imposait des limites ou des obstacles à leur transformation intérieure, si on leur contestait à main armée le droit de s'allier entre eux pour consolider une patrie italienne, la République française se croirait en droit d'armer elle-même pour protéger ces mouvements légitimes de croissance et de nationalisation des peuples*"⁸⁵³.

Nel 1852, Napoleone III adottò il principio di nazionalità ed esercitò una preponderante influenza in Europa; quel 'diritto dei popoli a ribellarsi' di cui Cavour parlò nel dispaccio al marchese d'Azeglio del 17 marzo 1861 avrà un impatto decisivo nel definitivo abbandono dei principi di Vienna a favore della formazione del Regno d'Italia⁸⁵⁴.

⁸⁵¹ H. Wheaton, *Elements of International Law*, London, 1878, p. 79 ss.

⁸⁵² A. De la Guéronnière, *Le droit public et l'Europe moderne*, t. 1, Paris, 1876, pp. 270-272. Per J. Tanovicano, *De l'intervention au point de vue du droit international*, Paris, 1884, il non intervento assoluto era il solo principio che doveva regolare i rapporti tra le nazioni.

⁸⁵³ A. de Lamartine, *Manifeste à l'Europe: Circulaire du ministre des Affaires étrangères aux agents diplomatiques de la République française*, Paris, 1848. Cfr. A. Garrigou, *1848, le printemps des peuples*, in *Le Monde diplomatique*, mai 2011.

⁸⁵⁴ V. P. Pastorelli, *17 marzo 1861. L'Inghilterra e l'unità d'Italia*, Soveria Mannelli, 2011, pp. 6-8.

3. Il rovesciamento del paradigma di Vienna: principio di non intervento, principio di nazionalità, diritto di assistere le nazioni nella lotta per l'indipendenza

Il principio di nazionalità, enucleato dalla dottrina italiana e di cui Pasquale Stanislao Mancini fu la voce più eminente, veniva così presentato nella famosa *prelezione* al corso di diritto internazionale e marittimo pronunciata nella Regia Università di Torino il 22 gennaio 1851: "*La libera costituzione interna della Nazione e la sua indipendente autonomia verso le Nazioni straniere sono da ritenersi lo stato naturalmente perfetto di una Nazione*"⁸⁵⁵. La Nazione, non lo Stato, veniva identificata come unità elementare del diritto internazionale, principio rivoluzionario per l'epoca e base sicura per la rivendicazione d'indipendenza italiana. Rovesciando l'ordine stabilito a Vienna, si consacravano i nuovi principi del non intervento negli affari interni e di nazionalità, a salvaguardia della libertà dei popoli di realizzare le proprie aspirazioni nazionali⁸⁵⁶.

Certo, le reazioni dei sovrani spodestati avevano ancora in mente i principi della Santa Alleanza. Così la duchessa reggente di Parma Luisa di Borbone aveva protestato, il 20 giugno 1859, contro gli atti di ribellione diretti a privarla del trono "*in onta ad ogni diritto, in onta alle stipulazioni dei trattati europei in generale, e de trattati speciali col Piemonte in particolare ... è ciò senza alcuna provocazione né causa di guerra*". Nello stesso senso si erano espressi il granduca Leopoldo II di Toscana nella protesta del 1° maggio 1859 e il duca di Modena Francesco V il 22 giugno 1859⁸⁵⁷. Anche denunciava l'esistenza in Europa di un principio di 'non intervento' in via di consolidamento⁸⁵⁸. Altrettanto dicasi della reazione della Santa Sede che, con la lettera del Cardinale Antonelli del 4 novembre 1860, negava la legittimità del

⁸⁵⁵ P. S. Mancini, *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti*, Prelezione al corso di diritto internazionale e marittimo pronunciata nella R. Università di Torino, 22 gennaio 1851. Cfr. G.S. Pene Vidari, *La prolusione di P.S. Mancini all'Università di Torino sulla nazionalità (1851)*, in *Verso l'Unità italiana. Contributi storico-giuridici*, Torino, 2010, pp. 21-46. Cfr. anche E. Greppi, *Camillo Cavour. L'incontro di Plombières-les-Bains: riflessioni sul ruolo della diplomazia e del diritto internazionale*, Santena, 2008, p. 28 ss., per il quale "*il principio veniva ad occupare il posto di supremo criterio di legittimità nell'ordinamento internazionale, e lo avrebbe mantenuto per un secolo*". Cfr. anche L. Nuzzo, *Origini di una scienza. Diritto internazionale e colonialismo nel XIX secolo*, Frankfurt am Main, 2012, p. 97 ss.

⁸⁵⁶ Al riguardo, v. A. De la Guéronnière, *Le droit public et l'Europe moderne*, cit., p. 272.

⁸⁵⁷ *Protesta della Duchessa Reggente di Parma datata da San Gallo (Svizzera) del 20 giugno 1859*, in L. Zini, *Storia d'Italia dal 1850 al 1866*, Milano, 1869, pp. 241-246; *Prima Protesta di Leopoldo II dopo la sua partenza dalla Toscana del 1 maggio 1859*, ivi, p. 134, e *Protestazione di Francesco V Duca di Modena contro il Governo del re di Sardegna*, ivi, pp. 164-165. Leopoldo II aveva già protestato davanti al Corpo diplomatico prima di lasciare Firenze, dichiarando la nullità di tutti gli atti compiuti o da compiersi; rinnovò la protesta il 1° maggio da Ferrara e il 21 maggio e 1° giugno da Vienna.

⁸⁵⁸ *Protesta del Re Francesco II contro l'invasione del territorio napoletano del 6 settembre 1860*, in E. Zamuner (a cura di), *La formazione dello Stato italiano. I-II Risorgimento*, Torino, 2002, pp. 184-185. Al riguardo, v. anche la *Protestazione trasmessa dal Comm. Giacomo De Martino Ministro degli affari esteri in nome di S. M. il Re delle Due Sicilie alle Corti di Europa per la invasione della Sicilia e la possessione presa in nome del Re di Sardegna, del 20 agosto 1860*, in L. Zini, *Storia d'Italia dal 1850 al 1866*, cit., pp. 641-642. Francesco II protestava per la manifesta violazione "*di tutti i diritti riconosciuti dalle leggi e dai trattati, violazione che non può essere giustificata con la volontà popolare, posto che essa si è imposta attraverso la violenza, la rivoluzione e la forma delle armi straniere*".

plebiscito con cui le Marche e l'Umbria avevano deciso di unirsi alla monarchia costituzionale di Vittorio Emanuele⁸⁵⁹.

Momento cruciale della prassi fu infatti l'azione sarda nelle Marche, in Umbria e nel regno delle Due Sicilie. La legittimità delle rivendicazioni all'indipendenza nazionale dalla dominazione straniera e dagli oppressivi regimi anti-italiani veniva anzitutto affermata nel dispaccio di Cavour del 12 settembre 1860, che parlava di un *diritto assoluto della nazionalità*⁸⁶⁰. In esso, si affermava che gli italiani avevano il diritto di disporre delle loro sorti e si riconosceva, peraltro, che i mezzi utilizzati contro il re di Napoli erano stati 'meno pacifici e regolari' di quelli usati nell'Italia centrale: *"La trasformazione nel Regno di Napoli, per ciò che si è operata con mezzi meno pacifici e regolari di quella dell'Italia centrale, non è meno di essa legittima, le sue conseguenze non ne sono meno favorevoli ai veri interessi dell'ordine e alla consolidazione dell'equilibrio europeo"*. Quanto al Papa, era la presenza di mercenari stranieri che aveva giustificato la richiesta di liberazione dei popoli dal giogo che li opprimeva e solo dopo il rifiuto della Corte di Roma di aderire alla richiesta di allontanarli che *"il Re diede ordine alle sue truppe di entrare nell'Umbria e nelle Marche e di lasciare alle popolazioni libero campo di manifestare i loro sentimenti"*.

L'adattamento a questo nuovo sistema di regole non fu immediato, come dimostrano le reazioni dei vari Stati europei a quegli eventi. La Francia, con nota del 13 settembre, di fronte all'assenza di garanzie che l'esercito sardo non avrebbe attaccato le truppe pontificie, interrompeva le relazioni diplomatiche richiamando il Ministro francese a Torino⁸⁶¹. La Russia, con una nota del 28 settembre 1860, protestava energicamente richiamando le molteplici violazioni del diritto delle genti e dei principi *"qui sont admis comme règles des relations internationales"*⁸⁶². Altrettanto la Prussia, in una nota inviata a Cavour il 13 ottobre 1860, riferendosi al dispaccio del 12 settembre, sottolineava che gli argomenti sardi *"aboutissent au principe absolu de nationalité. Certes nous sommes loin de vouloir contester la haute valeur de l'idée nationale. Elle est le mobile essentiel et hautement avouée de notre propre politique ... mais tout en attribuant au principe des nationalités une importance majeure, le Gouvernement prussien ne saurait y puiser la justification d'une politique qui renoncerait au respect du principe de droit"*. E concludeva: *"une maxime aussi diamétralement opposée aux règles les plus élémentaires du droit des gens ne saurait trouver son application sans les plus graves dangers pour le repos de l'Italie, pour l'équilibre politique"*.

⁸⁵⁹ Risposta del Cardinale Antonelli al Conte di Cavour sulla intimazione del dissolvimento della Milizia straniera condotta agli stipendi della Chiesa, in L. Zini, *Storia d'Italia dal 1850 al 1866*, cit., pp. 666-667.

⁸⁶⁰ Dispaccio circolare del conte di Cavour Presidente del Consiglio e Ministro per gli affari di Sardegna alle Legazioni del Re presso le Corti di Europa sulla occupazione delle Marche e dell'Umbria, in L. Zini, *Storia d'Italia dal 1850 al 1866*, cit., pp. 671-676.

⁸⁶¹ Nota del Ministro degli Esteri francese, Thouvenel, a Talleyrand, per la rottura delle relazioni diplomatiche con il regno di Sardegna, del 13 settembre 1860, in E. Zamuner (a cura di), *La formazione dello Stato italiano*, cit., p. 223.

⁸⁶² Nota del Ministro degli Esteri di Russia all'inviato straordinario a Torino, con cui si richiama la Legazione per la invasione degli Stati delle Due Sicilie, del 28 settembre 1860, in L. Zini, *Storia d'Italia dal 1850 al 1866*, cit., pp. 691-693.

*et la paix de l'Europe; en la soutenant, on abandonne la voie des réformes pour se jeter dans celle des révolutions*⁸⁶³.

Nettamente estranea al coro delle proteste era la nota del Ministro degli esteri britannico, Lord John Russell, del 27 ottobre 1860, che si poneva due quesiti: erano le popolazioni italiane nel giusto a chiedere l'assistenza del Re di Sardegna per essere liberate da governi dei quali erano scontente? Ed era legittimato il re di Sardegna a fornire tale assistenza? Le ragioni che avevano spinto le popolazioni alla sovversione venivano identificate nel modo di essere dei governi del Papa e del re delle Due Sicilie in settori quali l'amministrazione della giustizia, la protezione delle libertà personali, e il generale benessere dei loro popoli, tali da giustificare il rovesciamento dei governanti come condizione preliminare per il miglioramento delle loro condizioni⁸⁶⁴.

Russell ricorreva anche ad argomentazioni giuridiche, citando de Vattel in relazione al precedente dell'assistenza data dalle Province Unite al Principe d'Orange, quando invase l'Inghilterra e detronizzò Giacomo II (1688): "*when a people from good reasons take up arms against an oppressor, it is but an act of justice and generosity to assist brave men in the defence of their liberties*". Pur ritenendo che non si dovesse abusare di queste pratiche, Russel rimetteva al giudizio delle popolazioni interessate l'esistenza di buone ragioni per prendere le armi a Roma e a Napoli. Pertanto, la Gran Bretagna non biasimava il re di Sardegna per averle assistite, ma guardava con favore un popolo che costruiva le sue libertà e consolidava la sua indipendenza⁸⁶⁵.

Nella risposta di Cavour alla Prussia del 9 novembre 1860 sono concentrate tutte le argomentazioni giuridiche del Governo sardo: l'evoluzione del diritto delle genti aveva condotto al superamento dei principi di Vienna a favore del principio della nazionalità, mentre le altre azioni erano questioni puramente italiane, che non pregiudicavano i diritti delle altre Potenze: "*En effet, le droit public de tous les temps a reconnu à chaque nation la faculté de régler ses propres destinées, de se donner des institutions conformes à chaque nation, de se constituer en un mot de la manière qu'elle juge la plus propre à sauvegarder la sécurité et la prospérité de l'Etat. Ce droit n'a jamais été dénoncé comme contraire aux lois internationales. Il en est même le fondement, car s'il était méconnu ou violé, il n'y aurait plus en Europe ni indépendance ni liberté*"⁸⁶⁶.

⁸⁶³ Nota del barone di Schleintz al conte Brassier de Saint-Simon, Ambasciatore del re di Prussia a Torino, onde si biasima la occupazione delle Due Sicilie per lo esercito del Re di Sardegna, del 13 ottobre 1860, in L. Zini, *Storia d'Italia dal 1850 al 1866*, cit., pp. 694-696.

⁸⁶⁴ Nota di Lord John Russell Ministro per le faccende esteriori d'Inghilterra a Sir James Hudson Ambasciatore di S. M. la Regina di Torino, onde si giustifica e si encomia la politica del Governo di Sardegna, del 27 ottobre 1860, in L. Zini, *Storia d'Italia dal 1850 al 1866*, cit., pp. 696-700. A. Pierantoni, *Storia del diritto internazionale del secolo XIX*, cit., p. 84 sottolineava, con toni laudativi, il contributo dell'Inghilterra allo sviluppo del nuovo diritto internazionale.

⁸⁶⁵ D.I. Hafner, *Castelreagh, the Balance of Powers, and 'Non-Intervention?*, in *Australian Journal of Politics & History*, 1980, pp. 71-84.

⁸⁶⁶ Nota del Conte di Cavour al Conte De Lunay, Ministro di Sardegna a Berlino, in risposta al biasimo del Gabinetto Prussiano per la occupazione delle Province Ecclesiastiche e delle Due Sicilie, del 9 novembre 1860, in L. Zini, *Storia d'Italia dal 1850 al 1866*, cit., pp. 700-704.

All'obiezione per cui le divisioni territoriali dell'Italia erano state sanzionate da trattati solenni, sulla cui applicazione l'Europa manteneva una giurisdizione irrinunciabile, Cavour si chiedeva se le disposizioni di un trattato potessero comportare l'abdicazione completa e perpetua della nazione al diritto di darsi una costituzione interna: "*Nous sommes l'Italie, nous agissons en son nom, mais nous sommes en même temps les modérateurs du mouvement national*". Pertanto, la legittimità dell'unificazione italiana veniva basata sul principio di nazionalità, sul diritto dei popoli di ribellarsi all'oppressione, sul non intervento negli affari interni e sull'assistenza, anche armata, ai popoli che esercitano il diritto di ribellione contro i tiranni. Nel contempo, Cavour rassicurava l'Europa circa il ruolo moderatore che il Piemonte avrebbe esercitato⁸⁶⁷.

In realtà, gli avvenimenti relativi all'unificazione italiana si dipanarono in modo rapido e la dottrina non ebbe tempo di effettuare un esame sistematico delle loro conseguenze sul piano giuridico. Già prima della proclamazione del Regno d'Italia appaiono comunque le prime valutazioni del Risorgimento italiano sul piano del diritto internazionale. Così A. W. Heffter, nell'edizione del 1859 del suo *Le droit international public de l'Europe*, nel trattare dei diritti fondamentali degli Stati nei loro mutui rapporti, menziona il diritto al rispetto della personalità indipendente, il diritto all'esistenza territoriale libera e il divieto di attentare in modo diretto o indiretto all'integrità degli Stati. Se la guerra non era giustificata che dalla necessità, e solo se difensiva, tuttavia il vero aggressore non era chi attaccava per primo, ma chi rendeva la guerra inevitabile: la preponderanza austriaca aveva impedito ogni sviluppo della vita nazionale nella penisola e la necessità di rompere questa situazione era stata la giustificazione della guerra del 1859⁸⁶⁸.

La dottrina italiana - Pierantoni, Mamiani, Casanova, Carnazza Amari - fu tutta tesa a sostenere che l'intervento armato da parte di una potenza straniera a sostegno della libertà di un popolo costituiva un atto legittimo e conforme ai principi della giustizia internazionale, mentre era superato quello a difesa del legittimismo assolutista⁸⁶⁹. Non mancarono, infine, voci di autori che pur riconoscendo che l'*idea della nazionalità* era la caratteristica principale dell'epoca, sottolineavano come spesso le ambizioni di potere internazionale e di vantaggi economici avevano spinto i popoli, assecondati da un governo, a violare il diritto internazionale. Despagnet, in particolare, qualificò la teoria delle nazionalità una mera 'tendenza politica' concernente la formazione degli Stati, priva d'incidenza nel diritto internazionale e rigettò la teoria del diritto di conquista fondato sulla nazionalità, accolta dalla dottrina italiana e tedesca, in quanto

⁸⁶⁷ Quel riferimento al ruolo di moderatore richiamava l'attenzione di Alexandre Dumas: "*Il signor Cavour doma le rivoluzioni e sedate che siano, egli le cavalca ponendo loro il freno della reazione*", A. Dumas, *A proposito della Nota del Sig. Cavour al gabinetto di Berlino*, in *L'Indipendente*, 10 dicembre 1860, p. 1. L. Villari, *Quel che resta di Cavour. Passione e Ragione. La grande lezione del Conte*, in *La Repubblica*, 10 agosto 2010, p. 33 ricorda la valutazione gramsciana circa l'egemonia moderata di Cavour sulla rivoluzione risorgimentale.

⁸⁶⁸ A. W. Heffter, *Le droit international public de l'Europe*, Paris, 1859, p. 70 ss. e p. 252.

⁸⁶⁹ T. Mamiani, *D'un nuovo diritto europeo*, Torino, 1859, p. 140 ss.; L. Casanova, *Del diritto internazionale*³, Firenze, 1875, vol. I, p. 70 ss.; G. Carnazza Amari, *Studi sull'intervento*, in *Revue de droit international*, 1873, t. V, p. 352 ss.

la conquista doveva essere conseguita attraverso mezzi legittimi, nel rispetto dei diritti acquisiti degli altri Stati e non violandoli con la forza⁸⁷⁰.

La dottrina più avvertita identificò quindi una delle modifiche essenziali introdotte nel sistema degli Stati europei dopo il 1856 nella fondazione del Regno d'Italia, seguita da quella dell'Impero tedesco.

4. La proclamazione del Regno d'Italia: uno Stato nuovo o la continuazione del Regno di Sardegna?

Che il riferimento al criterio supremo della nazionalità fosse destinato a essere presto messo da parte è dimostrato dalla circostanza che l'aspetto sul quale si concentrò l'attenzione della dottrina internazionalistica, ad unificazione avvenuta, fu la dialettica continuità-novità del Regno d'Italia rispetto al passato. La centralità del principio di nazionalità avrebbe infatti militato a favore di una ricostruzione tendente a privilegiare la "novità" del Regno unitario rispetto al passato e non, come invece avvenne, la "continuità" nel passaggio dallo Stato sabaudo a quello italiano. La questione aveva tuttavia grande rilievo pratico sul piano dei rapporti giuridici internazionali per essere risolta in modo diverso.

Con legge 17 marzo 1861 n. 4671, Vittorio Emanuele II assumeva per sé e per i suoi discendenti il titolo di Re d'Italia. La categoria utilizzata fu quella della *continuità*, per consentire il passaggio, nel modo giuridicamente non traumatico, dalla realtà degli Stati pre-unitari allo Stato nazionale sotto la dinastia sabauda. Tale tesi fu del resto imposta nella prassi: la proclamazione di Vittorio Emanuele come secondo, e non primo, re d'Italia, garantiva la continuità della Casa reale italiana rispetto a quella del Regno di Sardegna (diversa fu la scelta del suo successore Umberto I, ormai consolidato il Regno); la continuità della legislatura del Parlamento italiano rispetto a quello subalpino e l'estensione a tutto il territorio italiano degli accordi conclusi dal Regno di Sardegna prima del 1860. Si trattò di una visione realistica della sola strada percorribile per consolidare il nuovo Stato su basi unitarie.

Più tardi, il confronto scientifico tra le due tesi riemerse con gli articoli sulla formazione del Regno d'Italia pubblicati da Dionisio Anzilotti e Santi Romano nella *Rivista di diritto internazionale* del 1912⁸⁷¹. La tesi di Anzilotti, apparsa per prima, voleva affermare la sostanza politica dell'unificazione come processo verso l'acquisto di una nuova identità nazionale, che aveva fatto del Regno d'Italia uno Stato del tutto nuovo

⁸⁷⁰ F. Despagnet, *Cours de droit international public*, cit., p. 23 ss. si chiedeva se si dovessero sacrificare, alla luce di un principio vago che mancava di elementi certi di valutazione nella pratica, i risultati e i diritti acquisiti, a volte anche secolari. La nazione, infatti, non era una persona giuridica se non organizzata in Stato e il diritto non poteva che disciplinare i rapporti tra Stati, senza preoccuparsi del carattere più o meno omogeneo delle popolazioni che li compongono.

⁸⁷¹ D. Anzilotti, *La formazione del Regno d'Italia nei riguardi del diritto internazionale*, in *RDI*, 1912, p. 1 ss. e S. Romano, *I caratteri giuridici della formazione del Regno d'Italia*, ivi, p. 345 ss. Cfr. anche L. Passero, *Dionisio Anzilotti e la dottrina internazionalistica tra Otto e Novecento*, Milano, 2010.

e diverso rispetto al precedente. La tesi era più complessa di quella, intuitiva, di Romano, che si basò sul principio di continuità. Per Anzilotti, dalla riunione di tutti gli antichi Stati, compreso l'*ex* Regno sardo, sarebbe sorto un nuovo Stato. Nel 1860 si sarebbero avute diverse fusioni degli Stati pre-unitari (i ducati di Parma e di Modena e il Granducato di Toscana), della Romagna, costituitasi in Stato a sé, e del Regno delle Due Sicilie, così da dar luogo ad un nuovo Stato, lo Stato italiano. I plebisciti costituirono per l'autore, manifestazioni di volontà degli Stati dirette alla fusione con il Regno di Sardegna e i decreti di annessione l'accettazione della manifestazioni stesse. Per la Lombardia si trattò invece di semplice annessione o incorporazione nel Regno di Sardegna in base al titolo giuridico del Trattato di Zurigo del 1859. Marche e Umbria, invece, erano state semplicemente annesse a titolo di conquista, ma non al Regno di Sardegna, bensì allo Stato italiano, come, del resto, nel caso delle Province venete nel 1866 e di Roma nel 1870, a seguito della distruzione dello Stato pontificio. I plebisciti erano quindi da configurare come condizioni liberamente apposte dallo Stato annettente all'esercizio del diritto conferitogli o dal Trattato (Province Venete) o dalla conquista (Marche, Umbria, Roma), per le quali il plebiscito avrebbe costituito anche l'adempimento di un'obbligazione dell'Italia verso la Francia⁸⁷².

La tesi di Romano configurava invece il nuovo Stato unitario quale semplice modificazione del Regno di Sardegna, ingranditosi attraverso le annessioni dei vari territori, annessioni definite unitarie a proposito di tutti gli *ex* Stati e tanto più delle province di altri Stati che avevano continuato ad esistere. I plebisciti, in questo quadro, erano considerati atti dello Stato sardo compiuti non per mezzo del suo governo legittimo, ma di governi di fatto che avevano agito per suo conto ed in suo nome⁸⁷³. I Governi provvisori rispetto ai Ducati, per esempio, erano da configurare come Stati protetti nel periodo tra la partenza dei sovrani deposti e l'annessione all'Italia⁸⁷⁴. Se si fosse ritenuto, con Anzilotti, che il Regno d'Italia era uno Stato nuovo e che quello sardo si era estinto, si sarebbe dovuto ammettere che il procedimento di unificazione era stato diverso, a seconda che esso, volta per volta, avesse riguardato provincie che non erano Stati, ma parti di altri Stati sopravvissuti al loro smembramento (Lombardia, Marche, Umbria, Vento, Mantova) e provincie che erano per sé Stati (ducati di Parma e di Modena, granducato di Toscana e regno delle due Sicilie). Inoltre, data la non contemporaneità della fusione, si sarebbe

⁸⁷² Per un esame critico della teoria dei plebisciti in diritto internazionale cfr. E. Rouard de Card, *Etudes de droit international*, Paris, 1890, p. 68 ss.

⁸⁷³ T. Marchi, *La formazione storico-giuridica dello Stato italiano. Parte prima. Le annessioni della Lombardia e degli Stati dell'Italia centrale 1859-60*, Parma, 1924.

⁸⁷⁴ Il Decreto luogotenenziale 11 giugno 1859 distingueva tra Stati 'italiani' che avevano avuto fino ad allora leggi ed amministrazione separata: di essi alcuni venivano 'posti sotto la Regia protezione', altri semplicemente annessi come provincie.

dovuto immaginare una serie di fusioni successive, con vari Stati estinti ad ogni nuova fusione, tranne l'ultimo⁸⁷⁵.

L'attualità della contrapposizione Anzilotti-Romano risalta ancora oggi tra quanti si dividono nel considerare fatta l'Italia ma non gli italiani. In realtà, ritengo fosse nel vero Scipione Gemma quando affermava che il Regno d'Italia, nella sua veste esteriore, appariva come continuazione dello Stato piemontese, ma, sotto il profilo della sostanzialità politica, si configurava come uno Stato del tutto nuovo e diverso⁸⁷⁶.

5. Il riconoscimento dello Stato italiano dopo l'unificazione

Dopo il 1861, particolare rilevanza assunse il riconoscimento del Regno d'Italia. Ci si può infatti chiedere se il riconoscimento, o il mancato/ritardato riconoscimento, dipese dall'accettazione o rifiuto del principio di nazionalità quale fondamento del "nuovo" diritto internazionale. In realtà, questo aspetto fu largamente ignorato nel determinare l'atteggiamento delle Stati preesistenti, che valutarono le circostanze secondo i paradigmi tradizionali del diritto internazionale⁸⁷⁷.

I principali problemi si ponevano in relazione alle circostanze della formazione del nuovo Regno ed alla questione romana. All'epoca la dottrina era ancora divisa tra i fautori della teoria del riconoscimento come atto costitutivo della personalità dello Stato e i fautori della teoria del valore dichiarativo. Per la prima, l'effettiva esistenza dello Stato non comportava l'automatica appartenenza alla 'famiglia delle nazioni', ma era necessario il riconoscimento degli Stati preesistenti, per effetto del quale lo Stato nuovo diventava soggetto del diritto internazionale⁸⁷⁸. Opinione divergente era quella per la quale il riconoscimento rendeva manifesto il fatto dell'effettiva esistenza dello Stato, ed aveva valore dichiarativo⁸⁷⁹. La prassi relativa al riconoscimento del Regno d'Italia fu ispirata invece al principio dell'effettività e, quindi, alla concezione dichiarativa del riconoscimento.

La questione si pose immediatamente dopo la proclamazione del Regno, come sottolineava il Conte di Cavour al Ministro italiano a Londra, d'Azeglio: "*Dès ce jour, l'Italie affirme hautement en face du monde sa propre existence. Le droit qui lui appartenait d'être*

⁸⁷⁵ S. Romano, *Corso di diritto internazionale*³, Padova, 1933, pp. 125-127, sottolineava la paradossale conseguenza della tesi della fusione: "*Che vi sia stata l'intenzione di creare due Stati in un mese e tre in un anno per farne venir meno due, di cui uno dopo soli quattro giorni dalla sua nascita, sembra impossibile, e quindi il procedimento della fusione è a escludere*".

⁸⁷⁶ S. Gemma, *Appunti di diritto internazionale pubblico*, Bologna, 1923, pp. 67-69. Si dichiarava invece convinto che l'Unità d'Italia avesse costituito un'annessione al Piemonte. A. Miele, *Presentazione*, in *La formazione dello stato italiano*, cit., XIII-XIV.

⁸⁷⁷ C.S. Forester, *Victor Emmanuel II*, London, 1927, p. 141 ss.

⁸⁷⁸ Per H. Weathon, *Elements of International Law*, cit., p. 28 ss. prevaleva la teoria del valore costitutivo del riconoscimento.

⁸⁷⁹ Così W. E. Hall, *International Law*, Oxford, 1880, p. 73; A. W. Heffter, *Droit international public de l'Europe*, cit., p. 47; F. Despagnet, *Cours de Droit international public*, cit., p. 87; L. Oppenheim, *International Law*, vol. I, cit., p. 108 ss.

indépendante et libre et qu'elle a soutenu sur les champs de bataille, et dans les conseils, elle le proclame solennellement aujourd'hui"⁸⁸⁰.

Il riconoscimento veniva quindi richiesto espressamente da Cavour al Regno Unito, sulla base del principio di effettività, e poi agli Stati Uniti sottolineando il ruolo dell'Italia per il mantenimento della pace e dell'ordine in Europa⁸⁸¹. Seguivano, il 23 marzo 1861, le richieste alle Repubbliche dell'America centrale e alla Liberia, e, il 15 luglio successivo, al Belgio⁸⁸². La Gran Bretagna fu la prima tra le Potenze europee a riconoscere il Regno d'Italia, il 30 marzo 1861, mentre il riconoscimento degli Stati Uniti, anch'esso incondizionato, intervenne il 13 aprile successivo⁸⁸³.

Dalla prassi si evince che alcuni Stati europei subordinarono invece il riconoscimento, per motivi di carattere politico, a riserve o condizioni. Il riconoscimento della Francia intervenne il 15 giugno 1861 dopo lunghe trattative che approdarono, in prima battuta, ad una soluzione provvisoria, prospettata dallo stesso Cavour, per tener conto della condizione posta dalla Francia, consistente nel rispetto del territorio dello Stato pontificio. Napoleone III dichiarò infatti che, pur riconoscendo il Regno d'Italia, avrebbe mantenuto le truppe a Roma a difesa del Papa. Nel contempo, la Francia chiedeva alla Russia, che aveva posto come condizione la chiusura della scuola militare polacca di Cuneo, nonché la cessazione del sostegno italiano al movimento rivoluzionario polacco, di riannodare le relazioni con il Regno d'Italia e procedere al suo riconoscimento⁸⁸⁴. Ciò avveniva nel luglio 1862, attraverso una comunicazione resa alla Francia, la quale la trasmetteva a sua volta al rappresentante italiano a Parigi⁸⁸⁵.

Nel caso della Prussia, i due governi avevano stabilito di continuare le relazioni diplomatiche "*tant que le Gouvernement Prussien croirait voir trop d'inconvénients à reconnaître formellement le nouveau Royaume*". Il *modus vivendi* intervenuto al riguardo prevedeva che le relazioni italo-prussiane continuassero attraverso lo scambio della corrispondenza fra il governo prussiano e il Ministro d'Italia a Berlino, de Launay, sotto forma di lettere indirizzate a quest'ultimo a suo nome e non nella qualità di rappresentante dello Stato italiano⁸⁸⁶. La Prussia riconobbe poi l'Italia il 21 luglio 1861, chiedendo al Governo di Torino di astenersi dal compiere atti di aggressione contro Venezia e Roma⁸⁸⁷.

⁸⁸⁰ S. Marchisio, O. Ferrajolo, F. Marcelli, V. Javicoli (a cura di), *La Prassi italiana di diritto internazionale*, Roma, 1995, caso n. 139 (in avanti cit. *La Prassi*, anche on-line, <http://www.prassi.cnr.it/prassi/>).

⁸⁸¹ *La Prassi*, caso n. 141.

⁸⁸² *La Prassi*, casi nn. 142/1 e 145/1.

⁸⁸³ Vedi la nota di Lord Russell, al Ministro d'Italia a Londra (*La Prassi*, caso n. 203/1) e la nota di William H. Seward, Segretario di Stato degli Stati Uniti, al Ministro italiano a Washington, Giuseppe Bertinatti (*ivi*, caso n. 142/1).

⁸⁸⁴ *La Prassi*, caso n. 165/1. Cfr. anche la nota del 16 giugno 1862 del Ministro degli Esteri, Durando, a Nigra, Ministro plenipotenziario a Parigi.

⁸⁸⁵ *La Prassi*, caso n. 186/1.

⁸⁸⁶ *La Prassi*, caso n. 164/1.

⁸⁸⁷ *La Prassi*, caso n. 185/1.

Accanto a riconoscimenti in forma espressa, non mancarono casi in cui il riconoscimento derivò da fatti concludenti. Poiché vari membri della Confederazione germanica si opponevano al riconoscimento del Regno d'Italia, il Senato della città di Amburgo dichiarava all'Incaricato d'Affari italiano a Berlino, Quigini Puliga, di essere disposto a ricevere un rappresentante del Regno d'Italia purché il governo italiano si astenesse dalla "*notification officielle de l'avènement du nouveau Royaume*"⁸⁸⁸. Similmente, nel caso della Spagna, che non procedette subito al riconoscimento per i legami di Isabella II con i Borboni di Napoli e il Papato, il riconoscimento intervenne nell'ottobre 1868 attraverso l'accreditamento di un rappresentante diplomatico⁸⁸⁹.

Non mancarono casi in cui il mancato riconoscimento del Regno d'Italia da parte di alcuni Stati dette luogo a varie difficoltà nei rapporti internazionali del Regno. Una di esse riguardò il titolo con il quale designare, nei protocolli e negli atti delle conferenze internazionali, il rappresentante dell'Italia. Un richiamo al principio di effettività può desumersi da quanto scriveva nel 1863 il Ministro degli esteri Pasolini all'incaricato dei lavori per l'elaborazione dell'Atto pubblico di navigazione del Danubio: "*Noi crediamo che la dignità d'Italia vuole ormai che il nome suo figuri in tutti gli atti internazionali ai quali essa deve prender parte, e che non si possa invocare nessun plausibile motivo per consigliarci di tacere un titolo che in sostanza corrisponde ad un diritto riconosciuto ed all'effettività della nostra politica esistenza*"⁸⁹⁰.

6. L'estinzione dei trattati conclusi dagli Stati pre-unitari e l'estensione dei trattati del Regno di Sardegna alle nuove province

Sulla stessa linea di allineamento ai principi classici del diritto internazionale consuetudinario si conformò anche la prassi in materia di successione ai trattati. La dottrina prevalente all'epoca era concorde nel ritenere che l'unificazione italiana avesse prodotto l'estinzione dei soggetti annessi o incorporati, con conseguenti effetti di successione dell'Italia ad alcuni dei trattati da essi conclusi e di estensione dei trattati conclusi dal Regno di Sardegna alle nuove province. Tali questioni si collegavano agli effetti giuridici internazionali prodotti dai mutamenti di sovranità rispetto, in particolare, ai trattati di alleanza e di commercio, ai trattati localizzati, nonché a quelli sui debiti pubblici e sulla protezione diplomatica dei cittadini.

La posizione del Governo italiano al riguardo rifletteva la dottrina di illustri internazionalisti, quali de Vattel, de Martens e Wheaton, ampiamente citati nel parere reso il 14 marzo 1862 dal Consiglio del Contenzioso diplomatico, consultato sull'argomento della validità dei trattati degli Stati preunitari ovvero sulla loro

⁸⁸⁸ *La Prassi*, caso n. 178/1.

⁸⁸⁹ Si veda il dispaccio del 26 ottobre 1868 del Segretario Generale del Ministero degli Esteri, Barbolani, al Ministro d'Italia a Madrid, Corti, in *La Prassi*, caso n. 180/1.

⁸⁹⁰ *La Prassi*, casi nn. 172/1 e 171/1.

estinzione e sostituzione con i trattati della Corona sabauda⁸⁹¹. Vi si leggeva infatti che: *"È principio ormai pacifico e riconosciuto dal diritto internazionale che uno dei modi di estinzione delle obbligazioni costituite con pubblici trattati tra nazioni sovrane ed indipendenti è la cessazione nell'esistenza politica di alcuno degli Stati contraenti o, come alcuni pubblicisti enfaticamente si esprimono, la morte dello Stato ... Se la politica sovranità vien meno e perisce, manca il soggetto giuridico, che possa soggiacere al vincolo pattizio una volta costituito il rapporto alla di lui esistenza; e se il territorio ne vien ceduto od assorbito in quello di un altro Stato senza un fatto speciale che non trasferisca in questo ultimo, come in un successore, le obbligazioni tutte della sovranità che si estingue, tali obbligazioni non possono sopravvivere allo Stato che cessa di vivere come tale"*⁸⁹².

Oltre che conforme al diritto internazionale, la tesi dell'estinzione dei trattati preesistenti appariva anche quella più logica posto che *"parecchi dei preesistenti trattati dei quali si ragiona contenevano stipulazioni coordinate ad un sistema politico ed economico poco favorevole al Governo sardo, ed alcune anche incompatibili, almeno nel loro modo d'interpretazione e di esecuzione, coi principii del nostro diritto pubblico"*⁸⁹³.

Parallelamente, si poneva il problema dell'estensione a tutto il territorio italiano degli accordi conclusi dal Regno di Sardegna. Tale posizione fu sostenuta dal governo italiano che giustificò con l'annessione la sostituzione 'in massima parte' dei trattati dei predecessori con le convenzioni stipulate dal Regno di Sardegna: *"i trattati che esistono tra la Sardegna e gli Stati d'Europa sono i trattati che regolano il diritto pubblico internazionale del nuovo Regno d'Italia"*⁸⁹⁴. Veniva affermato, in sostanza, il principio della mobilità delle frontiere dei trattati, conformemente alla tesi dell'annessione e

⁸⁹¹ Per E. de Vattel, *Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Nouvelle édition par M.P Pradier-Fodéré, Paris, 1863, p. 196 ss., la regola dell'estinzione valeva sia per i trattati personali, che vincolano la persona e la famiglia del re e sono soggetti alle sorti della corona, che per i trattati reali, che obbligano lo Stato e si estinguono se lo Stato parte perde la sua indipendenza. Tuttavia, occorreva distinguere fra trattati che prevedevano alleanze ed obblighi reciproci, dagli accordi che riconoscevano diritti all'altra Parte contraente (come il diritto di pesca o di tenere una guarnigione in una fortezza) senza vincoli di reciprocità. La validità di questi ultimi non dipendeva dai mutamenti interni dello Stato o del sovrano, pertanto il principe a cui erano attribuiti i diritti non li perdeva se lo Stato da cui li aveva ricevuti era stato soggiogato al dominio straniero. Per G. F. De Martens, *Précis du droit de gens moderne de l'Europe*, Paris, 1864, p. 179 ss., tale distinzione era importante in quanto i trattati reali erano da considerare obbligatori per i successori senza dover essere rinnovati, mentre i trattati personali si estinguevano per la morte della persona che li aveva conclusi, per abdicazione volontaria o forzata oppure a seguito di mutamenti costituzionali dello Stato che li aveva conclusi, a meno che non si consentisse di mantenerli in vigore. Cfr. anche H. Wheaton, *Elements of International Law*, London, 1878, p. 45 ss.

⁸⁹² *La Prassi*, caso n. 197/1. La conseguenza della perdita di sovranità e dell'estinzione dei soggetti non poteva che essere la decadenza naturale dei trattati degli Stati preunitari, non richiedendosi alcun atto formale dichiarativo della loro cessazione. Così il Ministro dell'Istruzione, Mancini, nel rispondere a un'interpellanza parlamentare del Deputato Petruccelli il 15 marzo 1862, relativa all'applicazione del Concordato del 1818 con il Regno delle Due Sicilie rilevava che: *"È forza riconoscere che i concordati non sono già stati abrogati in virtù del volere di alcuno dei governi italiani creati dal voto nazionale; essi avrebbero cessato d'esistere naturalmente in virtù degli alti principii regolatori del diritto internazionale ... imperocché è noto che uno dei modi coi quali cessano di avere vigore le convenzioni internazionali è la morte, la estinzione dello Stato contraente, ovvero, secondo il linguaggio dei pubblicisti, reipublicae interitus. Conseguentemente ... non vi fu necessità che di una semplice dichiarazione che queste convenzioni non esistevano più, sciolte ... dall'applicazione de' superiori principii di ragione pubblica regolatori della materia"* (*ivi*, caso n. 258/1).

⁸⁹³ *La Prassi*, caso n. 197/1.

⁸⁹⁴ V. *La Prassi*, caso n. 190/1 sull'annessione delle Province meridionali. Così Pisanelli, Ministro della Giustizia, nella seduta della Camera dell'11 giugno 1963 (*ivi*, caso n. 197/1).

non della fusione, nel qual caso la regola sarebbe stata la continuità dei trattati di entrambi gli Stati. L'estinzione del Regno sardo come soggetto di diritto internazionale a seguito di fusione in un nuovo Stato avrebbe infatti comportato l'estinzione dei trattati da esso stipulati⁸⁹⁵. Un riscontro di questa opinione si ritrova nella relazione presentata al Parlamento dal Ministro Pisanelli l'11 giugno 1963: "*può ben dirsi che per regola generale i trattati stipulati con la Corona sabauda sono i trattati del nuovo regno d'Italia*"⁸⁹⁶.

Gli altri Stati accolsero il principio per cui la conseguenza giuridica delle annessioni consisteva nell'estensione dei trattati dello Stato annettente, ma alcuni problemi sorsero al momento della sua applicazione pratica. In particolare in Francia alcuni tribunali, pur riconoscendo l'estensione dei trattati sardi, non ne ammisero il corollario consistente nell'estinzione totale degli accordi stipulati dagli Stati annessi. In questo senso si pronunciò la Corte di Montpellier il 10 luglio 1872, affermando che i trattati precedenti non dovevano ritenersi decaduti per il solo fatto dell'estinzione del soggetto che li aveva conclusi, dovendo lo Stato annettente subentrare nell'insieme delle posizioni attive e passive dello Stato annesso, salvo espressa volontà contraria⁸⁹⁷.

Non mancarono Stati, come la Svizzera, che optarono per la soluzione consistente in uno scambio di dichiarazioni diretto a constatare quali disposizioni dei trattati di commercio, stabilimento, estradizione ed altri conclusi tra la Svizzera e la Sardegna erano applicabili a tutti gli 'Stati' che componevano il Regno d'Italia⁸⁹⁸.

In alcune circostanze, l'Italia dovette far leva sul principio di reciprocità, al fine di vedere riconosciuti a tutto il proprio territorio, beni e cittadini, i trattamenti stabiliti nei trattati conclusi dalla Sardegna con gli Stati stranieri. Così nel caso del *brick* italiano *San Giovanni*, il capitano si appellava al principio di reciprocità per l'applicazione, in via sussidiaria, di un accordo stipulato dal Regno di Sardegna con la Russia nel 1845, e per chiedere la restituzione dei diritti di tonnello percepiti dalla dogana di Yalta. Le Autorità russe si opponevano, osservando che alla data di percezione della tassa il Trattato del 1863 fra l'Italia e la Russia non era ancora in vigore, mentre quello del 1845 non doveva ritenersi applicabile, non avendo l'interessato potuto dimostrare l'appartenenza del suo brigantino alla Marina sarda. Nel dispaccio inviato il 28 giugno 1871 dal Ministro degli esteri, La Marmora, al Ministro d'Italia a San Pietroburgo, de Launay, si respingeva la tesi russa affermando che "*la reciprocanza vorrebbe che si ammettesse la parificazione di trattamento per tutti i legni*

⁸⁹⁵ Secondo l'opinione di Anzilotti "*tuttavia appositi accordi interceduti fra il Regno d'Italia e gli altri Stati avrebbero richiamato il contenuto di quei trattati, conferendo loro così un valore formale affatto nuovo*". V. G. Morelli, *Nozioni di diritto internazionale*⁷, Padova, 1967, p. 135.

⁸⁹⁶ *La Prassi*, caso n. 197/1, nonché la nota inviata dal Ministro degli esteri, Ricasoli, all'Ambasciatore italiano a Londra sull'atteggiamento da tenere alla Conferenza di Costantinopoli: "*Non può per vero cadere in mente ad alcuno che Re Vittorio Emanuele abbia perduto, ampliando i suoi Stati, quei diritti che gli sono conferiti dal Trattato del 1856*", *ivi*, caso n. 192/1.

⁸⁹⁷ Ch. A. Kiss, *La fusion entre Etats et la pratique française de droit international*, in *AFDI*, 1958, p. 685.

⁸⁹⁸ *La Prassi*, caso n. 193/1.

mercantili italiani ne' porti russi anche prima del Trattato del 1863, e che in conseguenza la somma percepita in più dalla Dogana di Yalta sia restituita al Capitano"⁸⁹⁹.

Gli Stati Uniti non aderirono sempre alla tesi dell'estensione dei trattati sardi alle nuove province. La *Marine Court* di New York affermò che le norme del Trattato del 28 novembre 1838, concluso dagli Stati Uniti con il Regno di Sardegna, non potevano essere applicate alle navi immatricolate nei porti degli Stati estinti. Secondo la Corte, il regime previsto dal Trattato si riferiva soltanto al Piemonte e quindi le navi mercantili delle province annesse non potevano godere del trattamento concesso alle navi sarde. A nulla valse la nota del Ministro d'Italia a Washington, Bertinatti, che, per sostenere la richiesta dell'estensione, ricordava al Segretario di Stato, Seward, che gli Stati Uniti avevano riconosciuto il Regno d'Italia⁹⁰⁰. La controversia fu risolta con la conclusione di un nuovo trattato tra Italia e Stati Uniti.

La tesi della continuità delle rappresentanze sarde alla luce dell'estinzione degli Stati preunitari prevalse anche in relazione alle patenti consolari rilasciate dagli *ex*-Stati italiani. Fu considerata implicita nella notifica di riconoscimento del Regno d'Italia la legittimazione all'esercizio delle funzioni consolari, ritenendosi superfluo il rilascio di nuove patenti⁹⁰¹. Ciò perché, come affermava il Ministro degli esteri, Visconti Venosta, "*Non si credette necessario di far mutare le patenti di quei Consoli, perché gli ex principi Italiani non avevano più uno stato né dentro né fuori d'Italia, ed i loro Governi avevano totalmente cessato d'esistere*"⁹⁰². Tuttavia, il problema si pose rispetto a Venezia, che venne ceduta all'Italia dall'Austria. In tal caso, infatti, "*siccome l'Austria continua ad essere una Potenza ed a avere uno stato sebbene abbia ceduto il Veneto, ci parrebbe più conveniente che i Consoli che erano accreditati presso il Governo austriaco nella Venezia, ricevessero nuove Patenti che l'accreditassero presso il Governo italiano*"⁹⁰³.

7. Altri aspetti concernenti la successione del Regno d'Italia rispetto agli Stati pre-unitari

Altre questioni connesse alla successione del Regno di Sardegna nei diritti e negli obblighi internazionali degli Stati pre-unitari riguardarono gli effetti sui beni pubblici; la consegna allo Stato successore degli archivi pubblici e degli archivi consolari dello Stato *a quo*; gli effetti relativi al debito pubblico e ad altri obblighi pecuniari; gli effetti, infine, sulla cittadinanza delle persone e sulla nazionalità delle navi.

⁸⁹⁹ *La Prassi*, caso n. 200/1.

⁹⁰⁰ *La Prassi*, caso n. 199/1.

⁹⁰¹ *La Prassi*, casi nn. 253/1, 254/1. Il Ministro degli esteri, Bettino Ricasoli, scriveva al Ministro d'Italia a Parigi, Nigra, affinché provvedesse a far cessare la pretesa del nuovo Console spagnolo a Marsiglia di tenere sulla porta della sua abitazione lo stemma dell'estinto Ducato di Parma e di qualificarsi come Console generale di Parma (ivi, casi n. 255/1 e n. 259/1).

⁹⁰² *La Prassi*, casi n. 203/1 e n. 205/1.

⁹⁰³ *La Prassi*, caso n. 211/1.

La dottrina dell'epoca conosceva bene la tematica della successione giuridica tra soggetti internazionali, a seguito di cambiamenti di sovranità su dati territori, come nel caso dell'unificazione italiana. Si trattava di stabilire se i diritti e gli obblighi degli Stati predecessori si trasmettessero al Regno d'Italia, e, al riguardo, si distingueva tra obblighi personali, come quelli derivanti da trattati di alleanza, arbitrato o neutralità, e diritti e obblighi *localizzabili*, ossia concernenti un determinato territorio, come quelli volti a delimitare le frontiere o a disciplinare la navigazione, che si ritenevano trasferiti allo Stato successore in virtù del principio *res transit cum suo onere*. Se non poteva dirsi esistente una regola generale idonea a disciplinare tutte le situazioni di successione, si ritenne invece *ipso facto* funzionante la successione giuridica in relazione ai beni pubblici e ai debiti dello Stato annettente. Wheaton menzionava proprio il caso dell'Italia che con l'acquisizione dei territori pontifici e di Venezia nel 1866 aveva fatto propri i debiti dei soggetti annessi⁹⁰⁴.

Alla dottrina e alla prassi dell'epoca si conformò pertanto il Regno d'Italia al momento della successione agli Stati preunitari, con una politica diretta a salvaguardare le situazioni giuridiche esistenti. Come scriveva Cerruti, Ministro d'Italia a Costantinopoli, al Ministro degli esteri ottomano "*all'epoca dell'incorporazione degli altri Stati d'Italia il Governo Italiano si trovò dominato da un principio generale in tutte le sue relazioni internazionali, quello cioè di rispettare le cose stabilite e ciò non solo riguardo al personale degli Agenti Esteri, ma anche riguardo ai Trattati, alle Convenzioni ed agli usi. Gli aggiunti che lo stesso principio indusse il Regio Governo ad accettare gravami pecuniari in ordine alle stesse cose interne, e che in una parola si sono rispettati ovunque i diritti acquisiti*"⁹⁰⁵.

Un problema particolare si pose con riferimento alla restituzione degli archivi consolari da parte degli Stati di sede⁹⁰⁶. I rapporti più difficili furono quelli relativi alla restituzione degli archivi napoletani in Spagna o detenuti in altri paesi da agenti spagnoli, per i vincoli dinastici tra Spagna e i Borboni di Napoli. Oltre che rifiutare la consegna in Spagna, il governo spagnolo aveva dato disposizione ai propri agenti in Portogallo e Francia perché prendessero in consegna gli archivi consolari del Regno di Napoli.

Al riguardo, Ricasoli ribadiva in una nota del 13 settembre 1861: «*Francesco II più non ha né Stato, né sudditi, né governo. Gli abitanti delle Due Sicilie hanno votata la loro unione agli Stati di Sua Maestà il Re Nostro Sovrano; questa unione venne effettuata e la maggior parte delle potenze, fra cui il Portogallo, l'hanno riconosciuta. Di diritto come di fatto v'è, per le province Napoletane, altro Sovrano, che possa e debba proteggere i sudditi che il Re d'Italia, e col togliersi alla disposizione de' suoi agenti Archivi che contengono documenti necessari alla tutela degli interessi di una parte dei sudditi italiani, ed anche somme di denaro ai medesimi spettanti, si viola*

⁹⁰⁴ H. Wheaton, *Elements of International Law*, cit., pp. 45-47.

⁹⁰⁵ *La Prassi*, caso n. 263/1.

⁹⁰⁶ Cfr. E. Zamuner (a cura di), *La formazione dello stato italiano*, cit., pp. 41-46.

apertamente un diritto essenziale del Governo italiano, e si reca materiale danno ai nostri nazionali»⁹⁰⁷.

Dato che i ripetuti tentativi presso i detentori non avevano sortito gli effetti desiderati, Ricasoli incaricava il Ministro a Parigi, Nigra, di discutere il problema in occasione di un colloquio con il Ministro degli Esteri francese, Thouvenel, per ottenere l'aiuto necessario presso il governo spagnolo. La risposta del Ministro degli Esteri spagnolo, Calderòn, affermava però che l'ordine per il ritiro degli archivi era avvenuto prima che il Portogallo riconoscesse il Regno d'Italia e che venisse tolto l'*exequatur* al console delle Due Sicilie. L'affidamento degli archivi alla Spagna, deciso dal Re di Napoli, costituiva quindi l'esercizio di un diritto legittimo ed incontestabile, secondo la consuetudine.

Ma anche ammettendo la fondatezza della tesi spagnola, non è chiaro perché, dopo la manifesta estinzione delle Due Sicilie, la Spagna continuasse a negare il diritto dello Stato successore. La convinzione della correttezza giuridica della tesi italiana indusse Ricasoli - sulla spinta di un parere conforme del Consiglio del Contenzioso diplomatico - a rompere le relazioni diplomatiche con Madrid. La soluzione della controversia fu trovata soltanto nel 1867, quando gli archivi vennero restituiti alle rappresentanze italiane⁹⁰⁸.

In ordine alla seconda questione, il Regno d'Italia assunse per intero il debito pubblico degli Stati estinti, tramite l'emanazione di atti di diritto interno. Due leggi in particolare servirono a questo scopo: la Legge d'unificazione dei debiti pubblici d'Italia, del 4 agosto 1861 n. 174; quindi, dopo l'unificazione delle Province romane, la Legge concernente l'unificazione del debito pubblico romano del 29 giugno 1871, n. 339.

Il motivo che spinse il governo italiano a riconoscere il debito pubblico degli Stati preunitari era ben riassunto nell'opinione, espressa il 17 novembre 1864 alla Camera dei Deputati, dal relatore di maggioranza, l'On. Antonio Mosca, il quale osservava: *"Nessun oratore dell'opposizione (...) ha creduto che si possa seriamente combattere il principio pel quale dovremmo assumere questo carico. La cosa va da sé. Avete (assorbito) lo Stato, dunque dovete assumervi il debito afferente a questo Stato"*.

Diverse questioni poneva invece la prassi convenzionale. La questione fu ampiamente discussa al tempo dei trattati di Zurigo del 10 novembre 1859 tra Austria, Francia e Sardegna; quindi nel Trattato di Vienna del 3 ottobre 1866 tra

⁹⁰⁷ La stessa situazione doveva ripetersi per gli archivi consolari delle Due Sicilie in Francia e nelle colonie francesi. In particolare, il problema si presentò ad Algeri, dove gli archivi erano stati consegnati agli agenti spagnoli, e a Marsiglia, dove il rifiuto veniva direttamente dall'ex Console napoletano.

⁹⁰⁸ La rivendicazione degli archivi napoletani costituì oggetto anche di altre azioni presso i Governi stranieri. In questo senso si mosse il governo italiano presso quello svedese il 15 gennaio 1862 e presso quello brasiliano il 22 gennaio dello stesso anno. Anche nel caso di annessioni parziali, ad esempio relative allo Stato Pontificio e ai territori austriaci, il governo italiano mantenne la stessa posizione. Ritenne, infatti, di avere un diritto incontestabile su quella parte degli archivi che riguardava i sudditi residenti nei territori oggetto dell'annessione. Non esitò quindi a presentare la richiesta di restituzione che avvenne accolta, a seguito di una procedura di inventario, diretta a distinguere i documenti relativi ai sudditi residenti nelle Province annesse da altri documenti.

Austria e Italia. L'art. 8 del trattato di Zurigo stabiliva infatti il principio della successione, imitato dal successivo trattato del 1866: "*Le Gouvernement de Sa Majesté Sarde succède aux droits et obligations résultantes des contrats régulièrement stipulés par l'administration autrichienne, pour des objets d'intérêt public concernant spécialement le pais cédé*". In questo caso la successione era disposta per le obbligazioni *ex contractu* assunte dal predecessore nell'interesse pubblico delle provincie annesse. Il fatto che lo Stato successore subentrasse al posto del predecessore, in singole determinate posizioni giuridiche, indicava trattarsi di una successione a titolo particolare.

Quanto invece al debito pubblico generale, in occasione del Trattato di Vienna l'Austria chiedeva di adottare un sistema proporzionale alla popolazione residente nel territorio ceduto. Tale proposta era già stata fatta dall'Austria in occasione della cessione della Lombardia, ma nella stesura definitiva del Trattato questo criterio non era stato adottato. Anche in occasione della cessione del Veneto, l'Italia respinse il progetto. Il Ministro degli Esteri italiano, Visconti Venosta, scrivendo al Plenipotenziario italiano per i negoziati di pace tra Italia e Austria, Menabrea, affermava che l'unico criterio applicabile era quello basato sulla natura del debito e che l'Italia avrebbe assunto soltanto quei debiti che si riferivano al territorio ceduto: "*Le Conseil des Ministres a discuté l'affaire de la dette Vénitienne. Les négociations de Zurich démontrent à l'évidence que la prétention de partager la dette général fut alors, comme elle peut devenir aujourd'hui, la cause de longues négociations, et fut écartée absolument par la France et la Sardaigne ... La valeur donnée actuellement par la France et la Prusse au précédent de Zurich concerne précisément le principe que les dettes localisées ou spéciales doivent seules être attachées à la possession territoriale*".

Comunque, ai sensi dell'art. 7 del Trattato di Zurigo del 1859, il debito pubblico generale fu trasferito - anche se non in base al criterio della popolazione - nella misura dei tre quinti del debito della banca centrale, il Monte Lombardo Veneto, e di quaranta milioni di fiorini derivanti dal prestito nazionale del 1854. Nel 1866, in forza dell'art. 7 del Trattato di Vienna, l'Italia assumeva la restante parte del debito del Monte Lombardo-Veneto, comprensivo del debito che si era aggiunto fino alla conclusione del Trattato, più una somma forfettaria di trentacinque milioni di fiorini per il prestito del 1854 relativo al Veneto.

Risulta pertanto chiaro che una quota del debito generale passava, in ogni caso, dal predecessore al successore. Senza entrare nel merito delle sentenze emesse dai tribunali del Regno, sarà sufficiente notare come il problema riposasse sulla corretta interpretazione e applicazione delle norme pattizie. Alla nozione di interesse pubblico fu data un'interpretazione estensiva, al punto che le stesse indennità dovute ai privati, per motivi di fortificazione e di difesa delle Provincie lombardo-venete, passarono a carico dell'amministrazione italiana.

L'ultimo aspetto da considerare è quello delle conseguenze giuridiche della successione rispetto alla nazionalità degli individui. La tesi della continuità tra Regno di Sardegna e Regno d'Italia comportava infatti l'acquisto della cittadinanza italiana

da parte dei cittadini degli Stati predecessori, annessi in tutto o in parte, in conformità all'insegnamento della dottrina che identificava nella nazionalità il legame che unisce l'individuo ad una certa comunità e la sua appartenenza al relativo Stato. Si riconosceva che i mutamenti di sovranità influenzavano il modo di essere della cittadinanza e che, in caso di successione, una norma di diritto consuetudinario internazionale stabiliva che gli individui dello Stato predecessore acquistassero *ipso facto* la nazionalità dello Stato successore⁹⁰⁹.

Si discuteva peraltro se, proprio in considerazione degli effetti sulla nazionalità degli individui, nessuna cessione territoriale dovesse essere considerata valida senza il consenso dei cittadini espresso attraverso il plebiscito. Anche se numerosi trattati di cessione conclusi nella seconda metà del XIX secolo prevedevano il plebiscito, come il Trattato di cessione di Nizza e Savoia alla Francia, si escludeva tuttavia che vi fosse una norma di diritto internazionale generale in materia. In relazione poi alle annessioni, gli effetti sulla cittadinanza erano conseguenti ad un atto di forza comportante automatica perdita della cittadinanza precedente. Conformemente al diritto internazionale, quindi, il Ministro degli esteri, Visconti Venosta, con circolare del 30 ottobre 1870 ai consoli italiani all'estero, informandoli dell'annessione delle province romane, invitava ciascun console "*ad estendere immediatamente la di Lei giurisdizione ai nativi di quelle Provincie, ed a prestare loro in ogni circostanza quella protezione ed assistenza a cui hanno diritto i cittadini delle altre Provincie del Regno*"⁹¹⁰.

I principi di diritto internazionale sull'estensione della nazionalità ai cittadini dei territori acquisiti furono rispettati senza forzature. Ne è esempio la posizione italiana rispetto alla questione della nazionalità degli abitanti delle province cedute dall'Austria. L'art. XIV del Trattato di pace con l'Austria del 3 ottobre 1866 faceva infatti riferimento soltanto agli individui originari delle province cedute e non anche ai casi in cui soltanto la famiglia come tale ne fosse originaria. La tesi restrittiva era sostenuta dall'Austria. In proposito, il Ministro degli Esteri, Campello, in un dispaccio al Console generale a Trieste, Bruno, osservava che lo Stato successore non poteva accampare pretese su ciò che stava al di fuori del territorio acquisito. Pertanto, "*il fatto per cui vengono gli originarii del territorio ceduto i quali dimorano fuori di questo, abilitati a conservare la nazionalità del loro paese d'origine, costituisce da sé solo una effettiva concessione*"⁹¹¹.

8. Conclusioni

Che la storia della nazione italiana, prima della formazione dello Stato unitario, dimostri come l'individualità nazionale, per vivere, non abbia bisogno di formarsi a

⁹⁰⁹ L. Oppenheim, *International Law*, cit, p. 352 ss.

⁹¹⁰ *La Prassi*, caso n. 267/1.

⁹¹¹ *La Prassi*, caso n. 268/1.

Stato, può essere senz'altro condivisibile⁹¹². Tuttavia, il principio di nazionalità che del movimento risorgimentale era stato il fondamento giuridico, non ha assunto in seguito quel ruolo di criterio supremo della legittimità dell'ordinamento internazionale che Pasquale Stanislao Mancini aveva preconizzato⁹¹³.

È vero che il diritto internazionale conobbe, nella seconda metà del XIX secolo, una profonda trasformazione, alla quale non fu certo estranea la vicenda dell'Unità italiana. Dopo l'esperienza napoleonica, il congresso di Vienna del 1815 aveva fondato l'equilibrio europeo sull'egemonia di una pentarchia di Stati, sul principio del legittimismo dinastico e dell'intervento armato per la restaurazione dell'ordine violato. Nessun valore era stato riconosciuto al principio di nazionalità e alle legittime aspirazioni delle nazioni a costituirsi in entità politiche indipendenti. Per l'Italia, la via all'indipendenza era stata preclusa con la restaurazione delle antiche dinastie negli Stati italiani e dell'amministrazione austro-ungarica nel Lombardo Veneto.

Nel giro di qualche decennio, quei principi giuridici si sgretolarono e furono soppiantati da nuove regole internazionali. La rivoluzione del 1848 comportò un nuovo assetto non solo in Francia, ma anche in Europa, aprendo la via all'affermazione delle legittime aspirazioni delle nazioni ad acquisire la loro indipendenza. L'utilizzo delle categorie giuridiche del diritto internazionale fu uno degli aspetti salienti del percorso dell'unificazione nazionale, che contribuì, a sua volta, a introdurre alcuni principi giuridici nuovi.

Il principio di nazionalità, che a Mancini era apparso rivoluzionario, si affacciò come fondamento di legittimità nel diritto internazionale, mentre il principio del non intervento ricondusse nell'ambito della libera determinazione delle nazioni la scelta relativa alla 'costituzione interna'. Si affermò anche, benché non accettato universalmente, il diritto di assistere, anche con le armi, le nazioni in lotta per l'indipendenza. La fondazione del Regno d'Italia e successivamente quella dell'Impero tedesco furono considerate dalla dottrina internazionalistica novità essenziali nel sistema degli Stati europei dopo il 1856. Delle nuove tendenze beneficiarono, dopo il Congresso di Berlino del 1878, gli Stati balcanici, come la Serbia, il Montenegro e la Romania⁹¹⁴.

Ma la dottrina di Mancini per la quale i veri soggetti del diritto internazionale sarebbero diventate le nazioni, intese come entità naturali, sostituendo gli Stati, entità artificiali, ebbe in definitiva solo "notevole valore politico, in quanto affermava, come principio ideale di giustizia, l'esigenza della formazione di Stati che avessero per base una unità nazionale e non un frammento di nazione né un conglomerato di

⁹¹² G. Capograssi, *La fine dello Stato nazionale*, in *Giuseppe Capograssi. Opere*, vol. VI, Milano, pp. 121-124. Cfr. anche G. Carancini, *I cattolici e la formazione dello Stato unitario*, in *Iustitia*, 3/2011, pp. 265-269.

⁹¹³ E. Jayme (a cura di), *Della Nazionalità come fondamento del diritto delle genti* di Pasquale Stanislao Mancini, Torino, 1994.

⁹¹⁴ Per E. Greppi, *Camillo Cavour. L'incontro di Plombières-les-Bains: riflessioni sul ruolo della diplomazia e del diritto internazionale*, Santena, 2008, p. 29, il principio di nazionalità avrebbe mantenuto "per un secolo" il posto di supremo criterio di legittimità nel diritto internazionale.

nazioni o di parti di nazioni"⁹¹⁵. In questo senso, le vicende relative all'affermazione della nazione italiana nel XIX secolo hanno contribuito a qualificare l'oppressione e la dominazione straniera, comunque si realizzi, come *negazione* del diritto internazionale, della pace e dei diritti fondamentali della persona umana. Ma le nazioni non furono allora, e non sono state in seguito, prese in considerazione dal diritto internazionale come destinatarie di norme giuridiche. La comunità internazionale, al cui interno l'organizzazione dei rapporti sociali segue un modello particolare, nel quale le funzioni dell'ordinamento giuridico (produzione, accertamento e attuazione del diritto) sono affidate agli stessi destinatari delle norme, ha continuato a presentarsi come sistema policentrico, in cui i membri primari sono gli Stati, ai quali si aggiungono altre entità assimilabili agli Stati, come i partiti insurrezionali, la Santa Sede, e le organizzazioni internazionali⁹¹⁶. Gli individui e i gruppi sociali organizzati, quali popoli e nazioni, sono ancora esclusi dal novero degli enti di base della comunità internazionale. Ed è infatti al modello statale che popoli e nazioni guardano, anche oggi, come obiettivo per la loro affermazione sul piano del diritto internazionale. In questo contesto, il diritto internazionale resta ancorato a due concetti chiave: la sovranità esterna e l'indipendenza degli Stati, che stanno alla base della struttura paritaria della comunità internazionale, secondo la classica affermazione della Corte permanente di giustizia internazionale nella sentenza del 7 settembre 1927 sul caso *Lotus*: “*The family of nations consists of a collection of different sovereign and independent States*”. Sovranità esterna e indipendenza sono concetti equivalenti, non più assoluti come in passato, ma ridisegnati da talune compressioni in funzione della tutela d'interessi e valori comuni e dall'esigenza di reagire alle violazioni più flagranti del diritto. Si tratta di indicazioni sicuramente pertinenti, che fanno riferimento a reali mutamenti in atto nella comunità internazionale. Gli sviluppi più recenti del diritto internazionale contribuiscono a porre l'umanità al centro dell'interesse collettivo e lasciano intravedere un processo dinamico in cui la sovranità è progressivamente sostituita da un nuovo fondamento normativo: i diritti umani, quale nuovo paradigma alla cui stregua valutare la sovranità intesa come responsabilità⁹¹⁷.

Tuttavia, sono ancora troppe le manifestazioni della prassi che ci inducono a guardare con prudenza alla sostituzione del modello tradizionale con nuovi modelli. L'argomento centrale è che la comunità internazionale non corrisponde ancora alla società umana universale, che abbia come membri primari la totalità degli individui che vivono sul pianeta Terra e i loro gruppi, come popoli e nazioni. La costruzione

⁹¹⁵ G. Morelli, *Nozioni*, cit., pp. 118-119.

⁹¹⁶ A. Malintoppi, *Su la "gestione delle funzioni" nell'ordinamento internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1975, pp. 749-753.

⁹¹⁷ C. Tomuschat, *International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century*, *General Course on Public International Law*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye*, 1999, 11, pp. 161-162. Argomentazioni riprese da A. Peters, *Humanity as the A and Ω of Sovereignty*, in *European Journal of International Law*, 2009, pp. 513-544.

di una società interindividuale universale e integrata potrà dirsi realizzata solo quando si costituirà una federazione politica mondiale, superando l'attuale frammentazione della comunità internazionale in quasi duecento formazioni politiche indipendenti⁹¹⁸.

⁹¹⁸ A. Malintoppi, *Organizzazione e diritto internazionale*, in *Archivio giuridico Filippo Serafini*, 1968, pp. 314-334; G. Arangio-Ruiz, *The «Federal Analogy» and UN Charter Interpretation: A Crucial Issue*, in *European Journal of International Law*, 1997, pp. 1-28.

LA PROPOSTA DI RIFORMA REGOLAMENTARE ALL'ESAME DEL SENATO. GLI INADEGUATI COLPI DI ACCELERATORE DI FINE LEGISLATURA*

di Marco Podetta**

SOMMARIO: 1. La sorprendente ripresa dell'esame di una proposta di riforma organica del Regolamento del Senato a pochi mesi dal termine della XVII Legislatura. – 2. Le modifiche proposte per combattere la frammentazione e il transfughismo parlamentare. – 2.1. La “stretta” alla disciplina relativa alla costituzione dei Gruppi parlamentari. – 2.2. La previsione di “punizioni” per chi lascia il proprio Gruppo. – 2.3. Le misure finanziarie per incentivare la continuità dei Gruppi. – 3. I numerosi interventi volti a velocizzare il procedimento decisionale e a rafforzare la maggioranza di governo a fronte delle debolissime misure per tutelare le minoranze. – 3.1. Il “favore” per i procedimenti decentrati. – 3.2. L'introduzione di “corsie preferenziali”. – 3.3. La riduzione del numero e della durata degli interventi e della possibilità di discutere gli emendamenti. – 3.4. Lo snellimento delle regole relative all'espressione dei pareri. – 3.5. Le misure semplificatorie in tema di riunioni dell'Assemblea e svolgimento delle votazioni. – 3.6. *Segue*. Il ridimensionamento della possibilità di richiedere lo scrutinio segreto. 3.7. – La “regolamentizzazione” delle conseguenze acceleratorie e di strozzamento del dibattito conseguenti alla posizione della questione di fiducia. – 3.8. Le modifiche relative alla composizione e alla convocazione della Giunta per il Regolamento. – 4. Il necessario cambio di rotta delle riforme per arginare l'attuale degenerazione della dialettica parlamentare.

1. La sorprendente ripresa dell'esame di una proposta di riforma organica del Regolamento del Senato a pochi mesi dal termine della XVII Legislatura.

Mentre la travagliata XVII Legislatura sta volgendo ormai al termine, l'Aula di Palazzo Madama, poche settimane dopo essere giunta, in concorso con l'altro ramo parlamentare, ad una nuova globale ridefinizione dei meccanismi per l'elezione delle Camere⁹¹⁹, si appresta ad esaminare e – tutto lascerebbe intendere – ad approvare una proposta di riforma organica del Regolamento del Senato.

Il tema della revisione della disciplina regolamentare interna è emerso in entrambe le Camere sin dall'inizio della legislatura in corso⁹²⁰, anche sulla scorta delle proposte presentate, ma poi non approvate, negli anni precedenti⁹²¹. Se però entrambi i Presidenti dei due rami parlamentari si sono

* Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

** Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Brescia.

⁹¹⁹ Con l'approvazione della legge 3 novembre 2017, n. 165, recante «Modifiche al sistema di elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica. Delega al Governo per la determinazione dei collegi elettorali uninominali e plurinominali», pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale, Serie Generale, n. 264 dell'11 novembre 2017. In commento al merito dei meccanismi elettorali introdotti dal provvedimento, con l'evidenziazione di diverse criticità degli stessi, anche sotto il profilo della legittimità costituzionale, cfr. in particolare A. APOSTOLI, *Il c.d. Rosatellum-bis. Alcune prime considerazioni*, in *www.osservatorioaic.it*, n. 3/2017, e L. SPADACINI, *La proposta di riforma elettorale all'attenzione del Senato: alcuni dubbi di illegittimità costituzionale*, in *Nomos*, n. 3/2017.

⁹²⁰ Tanto da emergere come impellente – in particolare – sin dalla prima riunione delle rispettive Giunte per il Regolamento, deputate, come è noto, ad effettuare il preliminare esame e studio delle proposte di modifica della disciplina interna organizzativa e di funzionamento delle Camere a norma dell'articolo 16, comma 2, del Regolamento della Camera e dell'articolo 18, comma 3, del Regolamento del Senato, v. XVII Legislatura, *Camera dei deputati, Giunta per il Regolamento, Resoconto sommario*, 11 aprile 2013, p. 4 s. e p. 10, XVII Legislatura, *Senato della Repubblica, Giunta per il Regolamento, Resoconto sommario*, 9 aprile 2013.

⁹²¹ Con riguardo in particolare alle proposte di riforma regolamentare presentate nel corso della XVI Legislatura, cfr. A. PERTICI, *Il Parlamento tra Governo e Governo-ombra: prime note sulle recenti proposte di modifica dei regolamenti parlamentari*, in *www.rivistaaic.it*, 22 luglio 2008, S. CURRERI, *Le riforme regolamentari possibili*, in *www.forumcostituzionale.it*, 13 ottobre 2008, A. SAITTA, *Sulle proposte di modifica dei regolamenti parlamentari ad inizio di XVI legislatura*, in *www.rivistaaic.it*, 29 ottobre 2008, F. ROSA, *Il Parlamento all'ombra del Governo in due recenti proposte di modifica dei regolamenti parlamentari*, in *Osservatorio sulle*

mostrati particolarmente sensibili a questo aspetto già all'indomani del loro insediamento⁹²², è stata in particolare la Presidente Boldrini ad avere da subito fortemente insistito affinché si addivenisse quanto prima ad una globale ridefinizione della disciplina regolamentare di Montecitorio⁹²³.

Proprio in virtù di questo, oltre che naturalmente dell'ampio surplus di seggi parlamentari di cui ha goduto, e tutt'ora gode, la maggioranza di governo in questa legislatura soprattutto a Montecitorio in ragione dell'attribuzione alla coalizione guidata dal Partito democratico, in occasione delle elezioni del 2013, del premio di maggioranza nazionale⁹²⁴ previsto – appunto – per la Camera dalla legge n. 270 del 2015⁹²⁵, sembrava dovesse essere proprio l'Assemblea di Montecitorio a pronunciarsi in tempi brevi in merito ad una complessiva riscrittura della propria disciplina organizzativa e – soprattutto – procedurale interna. Tuttavia, la pervicacia mostrata dalla Presidente Boldrini sul punto, che ha in effetti in particolare fatto sì che ad inizio legislatura giungesse in tempi piuttosto rapidi all'esame della Giunta per il Regolamento di Montecitorio un ambizioso testo di revisione organizzativa e procedurale elaborato da un Comitato ristretto istituito all'interno della stessa, non è mai stata ripagata con l'approdo in Aula di qualsivoglia proposta di modifica regolamentare⁹²⁶. A nulla sono infatti valsi neppure gli ultimi tentativi promossi nella

fonti, n. 3/2008, G. SAVINI, *Note minime sulle proposte di modifica dei regolamenti parlamentari*, in www.forumcostituzionale.it, luglio 2009, C. FERRAJOLI, *Le proposte di riforma dei regolamenti parlamentari presentate nel corso della XVI legislatura*, in www.rivistaic.it, n. 0/2010, ID., *Le proposte di riforma dei regolamenti parlamentari del Popolo della Libertà*, in www.rivistaic.it, n. 0/2010, N. LUPO, G. PERNICIARO, *Riforma del Regolamento del Senato: un approccio bipartisan, ma ancora non sufficientemente organico*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2012, F. SOCCI, *la proposta di riforma del regolamento interno in discussione al Senato*, in www.forumcostituzionale.it, 28 marzo 2012, D. NOCILLA, *Un commento su di una proposta di riforma del regolamento del Senato*, in *Rassegna parlamentare*, n. 4/2012, p. 887 ss., nonché, diffusamente, i contributi presentati al seminario svoltosi il 12 dicembre 2008 nella Facoltà di Giurisprudenza della LUMSA di Roma, co-organizzato con il Centro studi sul Parlamento della LUISS-Guido Carli e con il Dottorato in Diritto costituzionale e Diritto costituzionale europeo dell'Università di Teramo raccolti in E. GIANFRANCESCO, N. LUPO (a cura di), *La riforma dei regolamenti parlamentari al banco di prova della XVI legislatura*, Roma, Luiss University Press, 2009.

⁹²² In proposito si vedano, a titolo esemplificativo, gli interventi della Presidente Boldrini e del Presidente Grasso nelle – appena citate (v. *supra*, nota 2) – prime riunioni delle Giunte per il Regolamento della Camera e del Senato, rispettivamente tenutesi l'11 e il 9 aprile 2013.

⁹²³ Rimarcando l'esigenza di adattare l'impianto regolamentare della Camera, che risale ad oltre quarant'anni fa, alle nuove esigenze connesse al diverso ruolo del Parlamento nel contesto italiano ed europeo, v. *XVII Legislatura, Camera dei deputati, Giunta per il Regolamento, Resoconto sommario*, 11 aprile 2013, p. 5.

⁹²⁴ Come risaputo poi dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Consulta con la sentenza n. 1 del 2014.

⁹²⁵ Nonostante – quantomeno – l'opportunità che le “regole del gioco” siano scritte con la compartecipazione di più forze politiche di quelle che costituiscono la maggioranza in Parlamento (secondo la stessa *ratio* dell'articolo 64 della Costituzione, laddove impone che i Regolamenti siano adottati a maggioranza assoluta secondo una previsione fissata dal Costituente in un contesto che prevedeva – in particolare – meccanismi elettorali tipicamente proporzionali per la composizione delle Camere), dovendo anzi le stesse essere esaminate secondo logiche che in teoria prescindono da quelle meramente maggioritarie di indirizzo politico (ragione per la quale i Regolamenti parlamentari, a norma del quarto comma, rispettivamente, dell'articolo 116 del Regolamento della Camera e dell'articolo 161 del Regolamento del Senato, escludono la possibilità di ricorrere alla posizione della questione di fiducia sulle modificazioni regolamentari), è quasi inutile far notare come nelle ultime legislature il Parlamento, secondo le linee di sviluppo “ipermaggioritarie” del nostro parlamentarismo e della nostra forma di governo, ci abbia ormai purtroppo tristemente abituato a pratiche ben diverse – anche – quando opera nella veste di riformatore istituzionale (da ultimo con l'approvazione, a colpi di maggioranza, *in primis* del testo di globale revisione della Seconda Parte della Costituzione bocciato dal referendum del 4 dicembre 2016, ma anche della complessiva ridefinizione dei meccanismi di elezione delle Camere ricorrendo a ben 8 voti di fiducia).

⁹²⁶ Nonostante, su richiesta del Gruppo del Partito democratico e con l'avallo della Presidenza, dopo la pausa estiva del 2014, l'esame delle riforme regolamentari sia stato infatti un po' a sorpresa iscritto nel calendario dei lavori dell'Assemblea di settembre di quell'anno a partire dall'ultimo giorno del mese, ricorrendo alla – tristemente nota – prassi della “calendarizzazione fittizia” a fine mese dei provvedimenti per cui non è possibile contingentare le fasi successive alle discussioni sulle linee generali nel primo calendario nel quale viene inserito il loro esame ai fini dell'aggiornamento del disposto di cui al comma 12 dell'articolo 24 del Regolamento della Camera.

seconda parte della legislatura, sempre in particolare dalla Presidente Boldrini, con lo scopo di proseguire i lavori sul punto precedentemente interrotti⁹²⁷.

L'andamento dei lavori in tema di modifica del proprio Regolamento da parte dell'altro ramo parlamentare nel corso della XVII Legislatura ha invece seguito, se così si può dire, un trend inverso. Al di là delle dichiarazioni iniziali, infatti, è da subito sembrato assai complicato che l'Assemblea di Palazzo Madama potesse essere chiamata – in tempi più o meno rapidi – a pronunciarsi su un testo di revisione – a maggior ragione se organica – della propria disciplina organizzativa e procedurale interna. Le ragioni sono naturalmente speculari rispetto alle considerazioni appena svolte con riguardo alle diverse aspettative di riforma regolamentare alla Camera. Da un lato, gli interventi sul tema del Presidente del Senato Grasso sono stati meno numerosi e frequenti, e comunque tendenzialmente più “tiepidi”, rispetto a quelli sul punto della Presidente Boldrini, mentre, dall'altro lato, la maggioranza di governo guidata dal Partito democratico ha potuto godere – e gode – in questa legislatura al Senato “solo” di una risicata maggioranza di seggi⁹²⁸, in ragione dell'andamento dell'attribuzione dei premi di maggioranza regionali previsti dalla legge n. 270 del 2005⁹²⁹, nonché dell'aggiudicazione della quasi totalità dei 6 seggi assegnati nella circoscrizione estero, alla coalizione di centrosinistra all'esito delle elezioni politiche del 2013⁹³⁰.

Va comunque precisato che, in ogni caso, all'inizio della legislatura anche presso la Giunta per il Regolamento del Senato si sono mossi alcuni piccoli passi in vista della possibile complessiva ridefinizione della disciplina organizzativa e procedurale interna, i quali hanno però condotto – fino alla prima metà del 2017 – a scarsi risultati.

In avvio di legislatura, dopo aver offerto al Presidente del Gruppo del Partito democratico al Senato Luigi Zanda rassicurazioni sul fatto che la Giunta avrebbe avviato appena possibile un esame «esaustivo» delle proposte di modifica regolamentare⁹³¹, il Presidente Grasso ha individuato nei senatori Finocchiaro (Partito democratico), Bruno (Popolo della libertà) e Calderoli (Lega Nord e Autonomie) tre relatori che si sarebbero dovuti occupare di esaminare in via preliminare le

⁹²⁷ V. *XVII Legislatura, Camera dei deputati, Giunta per il Regolamento, Resoconto sommario*, 10 marzo 2016, p. 8 ss., *XVII Legislatura, Camera dei deputati, Giunta per il Regolamento, Resoconto sommario*, 29 giugno 2017, p. 3 ss., e la seduta della Giunta per il Regolamento della Camera del 29 novembre 2017, della quale non è stato ancora pubblicato il resoconto sommario, che sembra aver posto la pietra tombale sulle velleità presidenziali di vedere approvata una “grande riforma” regolamentare sotto la sua Presidenza, per cui v. F. Q., *La Camera non riesce a riformarsi come il Senato: non c'è l'intesa sulla modifica del regolamento*, in *www.ilfattoquotidiano.it*, 30 novembre 2017. Da ultimo, la Presidente Boldrini è tornata sul tema della riforma regolamentare in occasione del tradizionale scambio di auguri con la stampa parlamentare a Montecitorio, auspicando comunque una volta di più che «in questo ultimo frangente di legislatura ci sia uno sforzo aggiuntivo per cogliere alcuni aspetti di quella riforma molto ambiziosa» che, come ricordato, era stata avviata presso quel ramo del Parlamento, e che quindi la stessa possa essere portata «in Aula per avere migliori condizioni di lavoro», come riportato dall'agenzia ADN KRONOS, *Camera: appello Boldrini, portiamo in Aula riforma Regolamento*, 12 dicembre 2017, ore 12.41.

⁹²⁸ In particolare dopo l'uscita dalla stessa dei Gruppi parlamentari di Camera e Senato riconducibili a Forza Italia – anche in virtù delle vicende legate alla decadenza da senatore di Silvio Berlusconi in ragione dell'applicazione della c.d. legge Severino sulle incandidabilità sopravvenute in seguito alla condanna penale per frode fiscale da questi riportata.

⁹²⁹ Come è noto, anche il meccanismo di attribuzione dei premi regionali previsto dal sistema elettorale applicato, per l'ultima volta, per lo svolgimento delle elezioni politiche del 2013, è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Consulta con la sentenza n. 1 del 2014.

⁹³⁰ V. *supra*, nota 7.

⁹³¹ Nella già citata prima riunione della Giunta per il Regolamento, nella quale è stato affidato ai senatori Minniti (Partito democratico) e Quagliariello (Popolo della libertà) il compito di avviare un lavoro istruttorio sulle proposte di modifica regolamentare che sarebbero pervenute ai sensi dell'articolo 167, comma 2, del Regolamento, v. *XVII Legislatura, Senato della Repubblica, Giunta per il Regolamento, Resoconto sommario*, 9 aprile 2013.

proposte di modifica regolamentare pervenute alla Giunta⁹³². L'attività dei relatori si è concretizzata nella presentazione di un testo, nel quale sono stati affrontati i temi oggetto delle proposte di modifica regolamentare fino ad allora depositate nella legislatura in corso⁹³³, che è stato adottato dalla Giunta come testo base per il prosieguo dei lavori nella seduta del 12 marzo 2014⁹³⁴. Nonostante fosse da subito stato fissato dal Presidente Grasso un termine per la presentazione degli emendamenti a quel testo da parte dei membri della Giunta⁹³⁵, è apparso però presto evidente che il vero esame di quella proposta non sarebbe in realtà – quantomeno nell'immediato – proseguito, anche in virtù delle tensioni e complicazioni – non solo tecniche, ma soprattutto – politiche connesse al contestuale problematico esame parlamentare del testo di revisione costituzionale⁹³⁶, ma anche di riforma elettorale⁹³⁷.

Le cose sono però radicalmente cambiate nell'estate del 2017. All'indomani dello svolgimento di un convegno dal titolo “Quali, limitate, riforme dei Regolamenti sono ancora possibili in questa legislatura?” tenutosi il 22 giugno presso la Sala Zuccheri di Palazzo Giustiniani, nel quale il Presidente Grasso ha manifestato l'auspicio che si potesse ancora addivenire alla ripresa dell'esame e all'approvazione «all'unanimità, stante la loro auspicabile condivisione, necessità ed urgenza» delle proposte di riforma regolamentare presentate in avvio di legislatura⁹³⁸, questi ha deciso, con il

⁹³² Anche in virtù dell'assunzione di incarichi di Governo dei due relatori precedentemente individuati (v. *supra*, nota precedente) e quindi della loro conseguente cessazione dalla carica di membri della Giunta per il Regolamento, v. *XVII Legislatura, Senato della Repubblica, Giunta per il Regolamento, Resoconto sommario*, 19 giugno 2013.

⁹³³ Questo testo non è stato mai formalmente pubblicato. Secondo quanto dichiarato dalla relatrice Finocchiaro, in esso era stato stralciato «il tema dell'esame parlamentare dei disegni di legge di iniziativa governativa, per affrontarlo in una sede che consent[isse] il confronto anche con i colleghi della Camera dei deputati». In esso erano invece affrontati, sempre secondo quanto dichiarato dalla relatrice, «tutti gli altri temi oggetto delle proposte di modifica regolamentare presentate nella XVII Legislatura, ed in particolare: riconoscimento delle prerogative delle opposizioni, anche attraverso la possibilità di presentare testi alternativi; valorizzazione dell'iniziativa legislativa popolare e della pubblicità dei lavori parlamentari; razionalizzazione delle procedure di esame degli emendamenti e della programmazione dei lavori parlamentari; rafforzamento della trasparenza e dell'efficienza delle procedure di esame degli atti delle Istituzioni dell'Unione europea, soprattutto per quanto riguarda il controllo di sussidiarietà previsto dal Trattato di Lisbona; potenziamento delle procedure informative; valorizzazione della Giunta per il Regolamento; introduzione di una più rigorosa disciplina del *Question time*; riforma dell'organizzazione e delle competenze delle Commissioni permanenti; revisione dei criteri relativi all'istituzione dei Gruppi parlamentari; misure per la corretta espressione del voto; riforma delle stesse modalità di voto e di computo dei votanti», v. *XVII Legislatura, Senato della Repubblica, Giunta per il Regolamento, Resoconto sommario*, 21 gennaio 2014.

⁹³⁴ Si segnala che, prima di allora, la Giunta si era formalmente riunita per discutere del merito delle proposte di riforma regolamentare solo tre volte, ossia il 15 ottobre 2015, il 21 gennaio 2014 e il 30 gennaio 2014; solo nella prima di queste sedute, e in davvero minima parte nella seconda, si era peraltro avviata una discussione che toccasse un qualche profilo sostanziale e non di mera opportunità procedurale, *XVII Legislatura, Senato della Repubblica, Giunta per il Regolamento, Resoconto sommario*, 15 ottobre 2013, 21 gennaio 2014 e 30 gennaio 2017.

⁹³⁵ Individuato nelle ore 13 del 21 marzo 2014, v. *XVII Legislatura, Senato della Repubblica, Giunta per il Regolamento, Resoconto sommario*, 12 marzo 2014.

⁹³⁶ In riferimento alle problematiche emerse nel corso dell'esame parlamentare del testo di legge costituzionale approvato il 12 aprile 2016 e poi bocciato dal referendum del successivo 4 dicembre, si permetta di rinviare anche a D. CASANOVA, M. PODETTA, *Il problematico iter di approvazione del disegno di legge costituzionale "Renzi-Boschi"*, in A. APOSTOLI, M. GORLANI, S. TROILO (a cura di), *La Costituzione in movimento. La Riforma costituzionale tra speranze e timori*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 21 ss., oltre che ai contributi pubblicati in N. LUPO, G. PICCIRILLI (a cura di), *Legge elettorale e riforma costituzionale: procedure parlamentari «sotto stress»*, Bologna, il Mulino, 2016, p. 155 ss.

⁹³⁷ Con riguardo al travagliato iter di approvazione della legge 6 maggio 2015, n. 52, recante «Disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati», cfr. D. CASANOVA, *Il procedimento legislativo di approvazione dell'“Italicum” e le sue numerose anomalie*, in *www.osservatorioaic*, n. 2/2015, e i contributi pubblicati in N. LUPO, G. PICCIRILLI (a cura di), *Legge elettorale e riforma costituzionale: procedure parlamentari «sotto stress»*, cit., p. 53 ss.

⁹³⁸ Il testo integrale dell'intervento svolto dal Presidente Grasso al convegno è disponibile sul sito istituzionale *www.senato.it* nella sezione dedicata ai discorsi del Presidente.

consenso della Giunta per il Regolamento, di istituire un Comitato ristretto⁹³⁹ nell'ambito della stessa «con l'incarico di verificare l'esistenza di aspetti politicamente condivisi sui quali orientare le linee di intervento della Giunta»⁹⁴⁰.

Il Comitato è giunto in effetti in tempi piuttosto rapidi alla definizione di un testo alquanto complesso e articolato che è stato discusso dalla Giunta nella seduta dell'11 ottobre 2017, nella quale è stato contestualmente fissato per il successivo 20 ottobre il termine per la presentazione delle proposte emendative⁹⁴¹. Il presidente Grasso ha in seguito nominato il senatore Calderoli relatore della proposta di riforma del Regolamento, mentre la Giunta si è nuovamente riunita il 14 novembre 2017 per esaminare gli emendamenti depositati⁹⁴². All'esito di questo esame⁹⁴³, la Giunta ha quindi conferito all'unanimità mandato al relatore Calderoli a riferire favorevolmente all'Assemblea sul testo di riforma regolamentare elaborato dal Comitato ristretto, nel testo – davvero minimamente – emendato dalla Giunta stessa.

L'esito dell'attività del Comitato ristretto, e persino di quella della Giunta, è rimasto peraltro ufficialmente “nascosto” fino alla fine del mese di novembre, in quanto non solo non si è proceduto in tempi rapidi alla pubblicazione – neppure – in allegato al resoconto della Giunta del testo elaborato dal Comitato fino al 30 novembre, ma fino a questa stessa data non è stato possibile nemmeno consultare il resoconto sommario della decisiva seduta della Giunta del 14 novembre 2017⁹⁴⁴, essendone stata ritardata la pubblicazione.

Ad ogni modo, nella seduta antimeridiana del 29 novembre 2017 è stata annunciata a Palazzo Madama in Assemblea la proposta di modifica regolamentare d'iniziativa della Giunta per il Regolamento denominata “Riforma organica del Regolamento del Senato” e formalizzata nel Doc. II, n. 38⁹⁴⁵. Il giorno seguente è stato invece comunicato il termine per la presentazione degli emendamenti al testo di riforma regolamentare, fissato addirittura già per le ore 19.00 dell'1 dicembre 2017⁹⁴⁶. Infine, all'esito della riunione della Conferenza dei Presidenti di Gruppo del 5 dicembre è stato calendarizzato l'esame in Aula della proposta della Giunta a partire dal 12 dicembre, con la previsione della sua conclusione entro il successivo 20 dicembre 2017 (anche se in realtà, in virtù della precedenza data all'esame dell' A.S. 2801, che riguarda l'approvazione di

⁹³⁹ Formato dai senatori Bernini (Forza Italia), Buccarella (Movimento 5 Stelle), Calderoli (Lega Nord e Autonomie) e Zanda (Partito democratico), dunque composto in questo caso, diversamente da quanto avvenuto ad inizio legislatura con riguardo alla nomina di relatori deputati ad istruire le proposte di modifica regolamentare depositate (v. *supra*, nel testo e nota 13), in modo da garantire la partecipazione anche di un rappresentante del Movimento 5 Stelle.

⁹⁴⁰ *XVII Legislatura, Senato della Repubblica, Giunta per il Regolamento, Resoconto sommario*, 11 luglio 2017.

⁹⁴¹ All'esito di una discussione durata peraltro solo quaranta minuti, v. *XVII Legislatura, Senato della Repubblica, Giunta per il Regolamento, Resoconto sommario*, 11 ottobre 2017.

⁹⁴² Nello specifico, sono stati presentati venti emendamenti: quattordici dalla senatrice De Petris (Misto – Sinistra Italiana), tre dal senatore Zeller (Per le Autonomie) e tre congiuntamente dai senatori Buccarella e Santangelo (Movimento 5 Stelle). Di questi solo due sono stati approvati, entrambi a firma del senatore Zeller, ossia l'emendamento 14.1 e l'emendamento 16-bis.1 (testo 3), che costituisce la riformulazione accolta dal proponente dell'originario emendamento 16-bis.1 (testo 2). Gli emendamenti sono consultabili in allegato al resoconto sommario della seduta della Giunta del 14 novembre 2017.

⁹⁴³ Si segnala che la seduta della Giunta del 14 novembre 2017 è durata, come risulta dal resoconto sommario della stessa, dalle ore 12.35 alle ore 13.55, v. *XVII Legislatura, Senato della Repubblica, Giunta per il Regolamento, Resoconto sommario*, 14 novembre 2017. Questo significa che la Giunta ha dedicato in tutto (tenendo conto anche della durata della precedente seduta, per cui v. *supra*, nota 23) all'esame del testo di globale revisione del Regolamento alla sua attenzione solo due ore.

⁹⁴⁴ Resoconto nel quale, con un'operazione del tutto inutile non essendo stato questo consultabile per oltre 15 giorni, è stato peraltro allegato, insieme agli emendamenti allo stesso depositati dai membri della Giunta (v. *supra*, nota 24), anche il testo proposto dal Comitato ristretto.

⁹⁴⁵ *XVII Legislatura, Senato della Repubblica, Assemblea, Resoconto stenografico*, seduta n. 911, 29 novembre 2017, p. 141.

⁹⁴⁶ *XVII Legislatura, Senato della Repubblica, Assemblea, Resoconto stenografico*, seduta n. 911, 30 novembre 2017, p. 24.

«Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento», questi termini potrebbero slittare di qualche giorno).

Quello che maggiormente sorprende rispetto all'improvvisa ripresa dell'esame di un'organica proposta di riforma del Regolamento del Senato a pochi mesi dal termine della XVII Legislatura, non è comunque legato alla forte accelerazione data nelle scorse settimane al procedimento di riforma regolamentare⁹⁴⁷, anche a discapito dello svolgimento di un approfondito lavoro istruttorio e di un serio dibattito in seno alla Giunta, così come nemmeno al tenore complessivo del merito delle proposte di revisione ivi avanzate in particolare per velocizzare procedure parlamentari, sulle quali ci si concentrerà a breve. Ciò che in particolare stupisce è invece l'atteggiamento assunto in questa vicenda dai rappresentanti del Gruppo del Movimento 5 Stelle nella Giunta per il Regolamento del Senato, il cui favore rispetto sia alle modalità con cui sono stati portati avanti i lavori in seno alla Giunta stessa, ma soprattutto con riguardo al contenuto del testo elaborato dal Comitato ristretto, esplicitato con alcune dichiarazioni inequivoche⁹⁴⁸ e formalizzato con il voto favorevole sullo stesso del 14 novembre scorso, risulta incoerente rispetto all'attività portata avanti ad inizio legislatura dai rappresentanti del medesimo movimento politico presso la Giunta per il Regolamento della Camera⁹⁴⁹. In quella sede, questi avevano infatti fortemente contestato tanto il metodo seguito (paragonabile a quello utilizzato al Senato)⁹⁵⁰, giudicato troppo spedito e incompatibile con il compimento di un serio lavoro istruttorio, quanto il merito delle soluzioni proposte (anch'esse come si vedrà in larga parte riprese, specie nel loro "spirito", nel testo proposto al Senato)⁹⁵¹, denunciando la «fretta scellerata di concludere il lavoro di riforma del Regolamento, secondo lo schema tipico e non meno scellerato della nostra produzione legislativa, che è talmente frettolosa e raffazzonata da avere affossato la conoscibilità e la certezza del diritto, e quindi tale da aver comportato molti più danni che benefici al nostro Paese»⁹⁵². Non a caso questa contrarietà, sia per motivi di metodo che per motivi di merito, aveva condotto i rappresentanti del Movimento 5 Stelle a depositare presso la Giunta per il Regolamento della Camera una propria alternativa, e

⁹⁴⁷ Anche se M. AINIS, *Il Senato che riscrive le regole*, in *la Repubblica*, 5 dicembre 2017, p. 35, sottolinea, non senza ragione, come sia paradossale che «l'evento si consuma proprio nel luogo che la Grande Riforma [costituzionale] voleva sbaragliare».

⁹⁴⁸ Si veda, in particolare, l'intervento del senatore Buccarella nella seduta della Giunta per il Regolamento dell'11 luglio 2017, nel quale questi sottolinea la «innegabile [...] necessità di razionalizzare le procedure al fine di renderle più efficienti e spedite», *XVII Legislatura, Senato della Repubblica, Giunta per il Regolamento, Resoconto sommario*, 11 luglio 2017.

⁹⁴⁹ Nel già citato recente incontro a Montecitorio con la stampa per lo scambio degli auguri natalizi (v. *supra*, nota 9), la Presidente Boldrini si è in effetti interrogata sul perché, se «Al Senato i gruppi parlamentari hanno trovato un accordo per portare in Aula la riforma del Regolamento, [e] i gruppi sono gli stessi», «alla Camera non ci sia[n]o riusciti», *ADNKRONOS, Camera: appello Boldrini, portiamo in Aula riforma Regolamento*, 12 dicembre 2017, ore 12.41.

⁹⁵⁰ Anche la Presidente Boldrini aveva deciso di procedere speditamente e di istituire un apposito Gruppo di lavoro, in seno alla stessa Giunta per il Regolamento, incaricato di elaborare un testo di sintesi da presentare al *plenum* dell'organo, v. *XVII Legislatura, Camera dei deputati, Giunta per il Regolamento, Resoconto sommario*, 30 maggio 2013, p. 10. Va peraltro notato che in quel caso la procedura di riforma in seno alla Giunta si sviluppò secondo tempistiche, seppur davvero – inopportuno – molto celeri, comunque più dilatate rispetto a quanto non stia avvenendo al Senato. Il Gruppo di lavoro istituito il 30 maggio aveva infatti comunicato alla Presidenza della Camera “solo” il 27 novembre 2013, con una lettera firmata da tutti i suoi componenti ad eccezione del rappresentante del Movimento 5 Stelle, di avere ultimato la predisposizione di un'ipotesi di articolato complessivo di riforma, v. *XVII Legislatura, Camera dei deputati, Giunta per il Regolamento, Resoconto sommario*, 12 dicembre 2013, p. 3 s.

⁹⁵¹ Il testo del progetto di riforma elaborato alla Camera dal Gruppo di lavoro è stato allegato in calce al resoconto sommario della seduta della Giunta per il Regolamento del 12 dicembre 2013, v. *XVII Legislatura, Camera dei deputati, Giunta per il Regolamento, Resoconto sommario*, 12 dicembre 2013, p. 23 ss.

⁹⁵² Sia per la citazione che per le considerazioni che la precedono, si veda l'intervento del deputato Toninelli nella seduta della Giunta per il Regolamento della Camera dell'8 gennaio 2014, *XVII Legislatura, Camera dei deputati, Giunta per il Regolamento, Resoconto sommario*, 8 gennaio 2014, p. 3 ss.

concettualmente diametralmente opposta, bozza di proposta di complessiva revisione delle regole organizzative e procedurali interne di Montecitorio⁹⁵³.

Per quanto riguarda il merito delle principali modifiche regolamentari contemplate nel testo sottoposto dalla Giunta per il Regolamento del Senato all'esame dell'Assemblea, è fin da subito interessante notare come nei primissimi commenti, sia in ambito giornalistico⁹⁵⁴, sia in ambito costituzionalistico⁹⁵⁵, sia stato in particolare posto l'accento quasi esclusivamente sulle misure volte a combattere la frammentazione e il transfughismo parlamentare. Se si seguisse questa lettura, potrebbe in effetti anche risultare in qualche misura meno incoerente l'atteggiamento di sostegno al testo di riforma assunto dai rappresentanti del Gruppo del Movimento 5 Stelle, da sempre strenui sostenitori della necessaria introduzione del "vincolo di mandato". Tuttavia, pur non potendosi negare il rilevante ruolo giocato dalle misure proposte in tema di formazione dei Gruppi parlamentari e appartenenza agli stessi nell'economia del tenore complessivo del testo di revisione elaborato dalla Giunta per il Regolamento, appare fortemente riduttivo individuare in queste ultime l'unico aspetto caratterizzante dello stesso. Nella proposta, come si vedrà, viene infatti previsto l'inserimento nella disciplina regolamentare di tutta un'altra serie di interventi in grado di incidere sullo svolgimento dei lavori parlamentari, con particolare riguardo alle procedure che regolano l'*iter legis*.

2. Le modifiche proposte per combattere la frammentazione e il transfughismo parlamentare.

Le misure contemplate dalla proposta di riforma in tema di composizione dei Gruppi parlamentari, racchiuse nell'articolo 1 del testo prodotto dalla Giunta⁹⁵⁶, rappresentano dunque solo uno dei filoni di intervento della stessa, come sottolineato peraltro nella relazione introduttiva al provvedimento⁹⁵⁷.

2.1. La "stretta" alla disciplina relativa alla costituzione dei Gruppi parlamentari.

L'intervento più cospicuo e rilevante sul punto, è racchiuso nelle proposte di modifica dei commi 4 e 5 dell'articolo 14, nonché del comma 3 dell'articolo 15, del Regolamento.

In particolare, con l'utilizzo di formulazioni invero un po' ridondanti e nient'affatto chiare, con le modifiche al quarto comma dell'articolo 14 si stabilisce che, pur nel mantenimento del numero minimo di dieci senatori per la costituzione di un Gruppo, questo può essere formato soltanto ove rappresenti «un partito o movimento politico, anche risultante dall'aggregazione di più partiti o movimenti politici, che abbia presentato alle elezioni del Senato propri candidati con lo stesso contrassegno, conseguendo l'elezione di senatori». Si prevede inoltre che, «Ove più partiti o movimenti politici abbiano presentato alle elezioni congiuntamente liste di candidati con il medesimo contrassegno, con riferimento a tali liste, può essere costituito un solo Gruppo, che

⁹⁵³ La bozza del progetto di revisione del Regolamento della Camera dei deputati elaborato dal Gruppo del Movimento 5 Stelle è stata allegata in calce al resoconto sommario della seduta della Giunta per il Regolamento dell'8 gennaio 2014, v. XVII Legislatura, Camera dei deputati, *Giunta per il Regolamento, Resoconto sommario*, 8 gennaio 2014, p. 22 ss.

⁹⁵⁴ Cfr., a titolo esemplificativo, D. MARTIRANO, *La stretta del Senato sui cambi di casacca (dopo i numeri record)*, in *Corriere della Sera*, 16 novembre 2017, p. 9, A. RICCIARDI, *Voltagabbana, i partiti si blindano*, in *Italia Oggi*, 18 novembre 2017, p. 5, e L. RIVARA, *La norma Grasso anti-trasformisti (ma pure Mdp non sarebbe nato)*, in *la Repubblica*, 16 novembre 2017, p. 2.

⁹⁵⁵ Ad esempio, G. GUZZETTA, *Finalmente una riforma vera, quella del regolamento del Senato*, in *Il Dubbio*, 5 dicembre 2017, p. 1, rimarca che «la parte senz'altro più importante, della riforma in discussione, è quella che riguarda la composizione dei gruppi parlamentari».

⁹⁵⁶ Il quale contiene peraltro anche misure estranee a quest'ambito, v. *infra*, § 3.8.

⁹⁵⁷ V. XVII Legislatura, Senato della Repubblica, Doc. II, n. 38, p. 3 s.

rappresenta complessivamente tutti i medesimi partiti o movimenti politici». Infine, «È ammessa la costituzione di Gruppi autonomi, composti da almeno dieci Senatori, purché corrispondenti a singoli partiti o movimenti politici che si siano presentati alle elezioni uniti o collegati».

Individuare il corretto senso da attribuire al complesso di queste disposizioni è opera davvero ardua. Nessuna delle interpretazioni possibili risulta infatti del tutto soddisfacente, poiché ogni tentativo di desumere una *ratio* che tenga insieme le stesse si infrange inesorabilmente, per un verso o per l'altro, contro la lettera del testo proposto. I problemi derivano in particolare dall'utilizzo disinvolto, da parte del riformatore, delle espressioni: «partito o movimento politico, anche risultante dall'aggregazione di più partiti o movimenti politici»; «partiti o movimenti politici [che] abbiano presentato alle elezioni congiuntamente liste di candidati con il medesimo contrassegno»; «singoli partiti o movimenti politici che si siano presentati alle elezioni uniti o collegati»⁹⁵⁸. Poste queste premesse, risulta possibile proporre due diverse interpretazioni⁹⁵⁹, per ciascuna delle quali rimane però naturalmente fissa la regola del numero minimo di dieci senatori. La prima pone l'accento, ai fini della possibile costituzione di un Gruppo, solamente sul dato oggettivo della presentazione di liste o coalizione di liste con uno stesso contrassegno, la seconda attribuisce invece rilievo alla diversa possibile matrice politica di una singola lista.

Secondo la prima interpretazione, stabilendo che un Gruppo può essere formato soltanto ove rappresenti «un partito o movimento politico, anche risultante dall'aggregazione di più partiti o movimenti politici, che abbia presentato alle elezioni del Senato propri candidati con lo stesso contrassegno, conseguendo l'elezione di senatori», dovrebbe ancorarsi la costituzione di Gruppi ad inizio legislatura alla necessità che questi rispecchino singole liste – e si sottolinea liste – che si siano presentate come tali agli elettori in quella tornata elettorale, indipendentemente dal fatto che sotto il medesimo simbolo si siano unite più forze politiche. In questo senso, non si porrebbe dunque, come anticipato, alcun accento sul substrato politico che le liste esprimono, ma semplicemente sul dato oggettivo della loro presentazione con uno stesso contrassegno. La previsione secondo cui «Ove più partiti o movimenti politici abbiano presentato alle elezioni congiuntamente liste di candidati con il medesimo contrassegno, con riferimento a tali liste, può essere costituito un solo Gruppo, che rappresenta complessivamente tutti i medesimi partiti o movimenti politici», sarebbe stata invece pensata tenendo conto della possibile presentazione alle elezioni di liste coalizzate sotto uno stesso contrassegno, consentendo loro di formare un unico Gruppo. Va però detto che questa lettura crea dei problemi con riguardo ai nuovi meccanismi elettorali introdotti con la legge n. 165 del 2017, i quali prevedono sì la possibilità per le liste di collegarsi in coalizione, ma non sotto uno stesso contrassegno, consentendo loro eventualmente di sostenere i medesimi candidati nei collegi uninominali. Assumendo quest'ultima interpretazione, laddove si ammette «la costituzione di Gruppi autonomi, composti [comunque anche in questo caso] da almeno dieci senatori, purché corrispondenti a singoli partiti o movimenti politici che si siano presentati alle elezioni uniti o collegati», la preoccupazione sarebbe invece quella opposta di consentire a singole liste, ancorché presentatesi eventualmente alle elezioni in coalizione, di formare un proprio Gruppo in autonomia, sempre però nel rispetto del numero minimo di componenti prescritto ordinariamente.

⁹⁵⁸ Le criticità derivano anche dal riferimento che viene fatto, in un caso, alla presentazione di «candidati», mentre in un altro, alla presentazione di «liste di candidati» (v. *infra*, nota successiva).

⁹⁵⁹ Sembra invece non percorribile una terza via interpretativa, volta a dare significato al diverso riferimento alla presentazione di «candidati» piuttosto che alla presentazione di «liste di candidati», anche in relazione ai nuovi meccanismi elettorali introdotti dalla legge n. 165 del 2017, che prevedono sia la presentazione di singoli candidati in collegi uninominali che di liste di candidati in collegi plurinominali.

Seguendo invece la seconda linea interpretativa possibile, che risulta forse un po' più convincente⁹⁶⁰, la previsione per cui un Gruppo può essere formato soltanto ove rappresenti «un partito o movimento politico, anche risultante dall'aggregazione di più partiti o movimenti politici, che abbia presentato alle elezioni del Senato propri candidati con lo stesso contrassegno, conseguendo l'elezione di senatori», dovrebbe invece intendersi riferita, oltre al caso “più semplice” di una singola forza politica che presenta i propri candidati sotto lo stesso contrassegno, al caso di due o più partiti o movimenti che decidono di rinunciare alla loro individualità politica non solo formalmente ai fini della presentazione dei loro candidati sotto uno stesso contrassegno, ma proprio in relazione alla loro unione in un'unica aggregazione dotata di una sua nuova autonoma individualità. In quest'ottica, laddove si stabilisce che «Ove più partiti o movimenti politici abbiano presentato alle elezioni congiuntamente liste di candidati con il medesimo contrassegno, con riferimento a tali liste, può essere costituito un solo Gruppo, che rappresenta complessivamente tutti i medesimi partiti o movimenti politici», si farebbe dunque riferimento al diverso caso in cui due o più forze politiche abbiano presentato sì liste con il medesimo simbolo, ma mantenendo ciascuna la propria individualità, consentendo loro comunque di riunirsi all'esito delle elezioni in un unico Gruppo. In questo senso, sarebbe dunque evidente la differenza con la prima interpretazione proposta, non dovendosi intendere quest'ultima disposizione connessa all'ipotesi di liste collegate in coalizione. Alla luce di questo, l'ammissione della «costituzione di Gruppi autonomi, composti [come sempre] da almeno dieci senatori, purché corrispondenti a singoli partiti o movimenti politici che si siano presentati alle elezioni uniti o collegati», punterebbe invece a stabilire che, nel medesimo caso appena descritto, quello cioè in cui due o più forze politiche abbiano presentato liste con il medesimo simbolo ma mantenendo ciascuna la propria individualità, ciascuna possa comunque costituire un proprio Gruppo autonomo purché disponga del numero minimo di senatori necessario. Anche questa seconda lettura complessiva presenta però delle criticità. In particolare, risulta innanzitutto difficile pensare che il riferimento a «singoli partiti o movimenti politici che si siano presentati alle elezioni [...] collegati» presente nell'ultima disposizione richiamata non chiami in causa l'ipotesi di liste coalizzate. Inoltre, si deve tenere presente che, nel caso si ammettesse questa seconda linea interpretativa, mentre dovrebbe ritenersi sempre possibile formare in un secondo momento un unico Gruppo per le liste che si fossero presentate in coalizione laddove queste “disponessero” in avvio di legislatura del numero minimo di dieci senatori prescritto⁹⁶¹, dovrebbe invece considerarsi preclusa la possibilità di formare un unico Gruppo per quelle coalizioni le cui liste all'esito delle elezioni non avessero ottenuto singolarmente l'assegnazione di almeno dieci senatori, anche se per ipotesi queste complessivamente ne avessero eletti ben più di dieci.

La proposta di intervento al comma 5 del medesimo articolo 14 mira invece a limitare la possibilità di costituire Gruppi in deroga al requisito minimo dei dieci componenti solo per «I Senatori appartenenti alle minoranze linguistiche riconosciute dalla legge⁹⁶², eletti nelle regioni di insediamento di tali minoranze, e i Senatori eletti nelle regioni speciali il cui statuto preveda la tutela di minoranze linguistiche possono costituire un Gruppo composto da almeno cinque iscritti». Nel

⁹⁶⁰ Dal punto di vista tecnico-interpretativo, non dell'opportunità delle soluzioni che risulterebbero così adottate.

⁹⁶¹ In virtù del disposto del riformato terzo comma dell'articolo 15 del Regolamento (v. *infra*, nel testo).

⁹⁶² Attualmente le minoranze linguistiche riconosciute sono elencate all'articolo 3 della legge 15 dicembre 1999, n. 482, recante «Norme in materia di tutela delle minoranze linguistiche storiche».

mantenere dunque il requisito minimo attualmente previsto di cinque membri⁹⁶³, si restringe però nettamente la possibilità di costituire Gruppi in deroga⁹⁶⁴, limitando tale facoltà e mantenendola solo in relazione alla necessità di tutelare la rappresentanza al Senato delle minoranze linguistiche riconosciute. Anche in questo caso l'operazione viene però compiuta, sul piano della formulazione linguistica, in maniera forse un po' "goffa". Infatti, da un lato, non si è ancora ad alcun criterio oggettivamente e univocamente individuabile l'appartenenza di un senatore a una minoranza linguistica riconosciuta⁹⁶⁵, dall'altro, non è del tutto chiaro perché sembra permettersi la costituzione di Gruppi in deroga di senatori, anche non appartenenti a minoranze linguistiche, provenienti – in generale – da regioni a statuto speciale nelle quali siano previste dai rispettivi statuti misure di tutela per le minoranze linguistiche⁹⁶⁶. Si autorizza insomma la costituzione di Gruppi in deroga in favore della rappresentanza delle regioni speciali (ove siano tutelate minoranze linguistiche)⁹⁶⁷.

Ancor più dirimenti sono però le conseguenze della proposta di modifica del terzo comma dell'articolo 15 del Regolamento. Benché l'istanza di riforma in questione consista "solo" nell'aggiunta di poche parole al breve disposto di quel comma, la portata sul piano sostanziale della stessa è quasi rivoluzionaria: la modifica consiste infatti nel voler consentire la costituzione di nuovi Gruppi in corso di legislatura «solo se risultanti dall'unione di Gruppi già costituiti»⁹⁶⁸. Con questa proposta si vuole dunque artatamente cercare di cristallizzare la geografia politica delineatasi ad

⁹⁶³ Viene invece eliminato il riferimento alla necessaria autorizzazione del Consiglio di Presidenza al fine della costituzione dei suddetti Gruppi in deroga.

⁹⁶⁴ Secondo il disposto vigente del quinto comma dell'articolo 14 del Regolamento del Senato, possono attualmente costituire Gruppi in deroga, su autorizzazione del Consiglio di Presidenza e sempre rispettando il limite minimo di 5 componenti, senatori che «rappresentino un partito o un movimento organizzato nel Paese che abbia presentato, con il medesimo contrassegno, in almeno quindici regioni, proprie liste di candidati alle elezioni per il Senato ed abbia ottenuto eletti in almeno tre regioni».

⁹⁶⁵ Giacché solo per la Provincia Autonoma di Bolzano/*Autonome Provinz Bozen* si prevede che, a norma del primo comma dell'articolo 20-ter del decreto del Presidente della Repubblica 26 luglio 1976, n. 752 (introdotto dal primo comma dell'articolo 2 del decreto legislativo 23 maggio 2005, n. 99), «ogni cittadino residente nella provincia, di età superiore agli anni diciotto e non interdetto per infermità di mente, ha facoltà di rendere in ogni momento una dichiarazione individuale nominativa di appartenenza ad uno dei tre gruppi linguistici italiano, tedesco e ladino», ai fini del possibile godimento di alcuni benefici. Sempre con riferimento alla Provincia Autonoma di Bolzano/*Autonome Provinz Bozen*, non rileva invece ai fini della precisa determinazione dell'appartenenza a un gruppo linguistico minoritario di un soggetto specifico quanto previsto dal primo comma dell'articolo 18 del decreto del Presidente della Repubblica 26 luglio 1976, n. 752 (come modificato dal primo comma dell'articolo 1 del decreto legislativo 23 maggio 2005, n. 99), in base al quale «Nel censimento generale della popolazione, ogni cittadino di età superiore ad anni quattordici, non interdetto per infermità di mente [...], è tenuto a rendere[...] una dichiarazione individuale di appartenenza ad uno dei tre gruppi linguistici» riconosciuti ivi insediati, dal momento che tale dichiarazione è da effettuarsi «in forma anonima» (e risulta necessaria ai "soli" fini dalla raccolta dei dati per la determinazione della proporzione esistente tra i tre gruppi linguistici provinciali riconosciuti, che è a sua volta indispensabile ai fini del funzionamento della "proporzionale linguistica", per cui cfr. O. PETERLINI, *Der ethnische Proporz in Südtirol*, Bolzano/*Bozen*, Athesia, 1980, e G. POGGESCHI, *La proporzionale "etnica"*, in J. MARKO, S. ORTINO, F. PALERMO (a cura di), *L'ordinamento speciale della Provincia autonoma di Bolzano*, Padova, CEDAM, 2001, p. 686 ss.). Al di fuori dell'Alto Adige/*Südtirol*, una forma di rilevazione linguistica censitaria è prevista anche per le popolazioni ladine della Provincia Autonoma di Trento, realizzata in occasione dei censimenti generali della popolazione italiana, secondo quanto disposto dal primo comma dell'articolo 4 del decreto legislativo 16 dicembre 1993, n. 592.

⁹⁶⁶ Questa formulazione è frutto dell'approvazione da parte della Giunta per il Regolamento dell'emendamento 14.1 Zeller (v. *supra*, nota 24).

⁹⁶⁷ Su questo versante non convincerebbe l'eventuale obiezione che questa previsione sia stata pensata nell'ottica che qualsiasi senatore proveniente da una regione speciale, il cui statuto preveda misure di tutela di minoranze linguistiche, voglia e possa rappresentare in ogni caso i medesimi appartenenti a quegli stessi gruppi minoritari di cui lui può anche, eventualmente, non fare parte.

⁹⁶⁸ Il che significa ovviamente che in corso di legislatura il numero di Gruppi parlamentari potrebbe solo diminuire e mai aumentare.

avvio di legislatura. Pur comprendendosi naturalmente le ragioni, connesse al livello di frammentazione politica – legato alla proliferazione dei Gruppi parlamentari – raggiunto nelle ultime legislature⁹⁶⁹, che hanno indotto il Comitato ristretto a proporre, e il *plenum* della Giunta per il Regolamento ad avallare, una soluzione simile, sembra però che – in particolare – in questo caso il riformatore regolamentare si sia fatto prendere un po' troppo la mano. Si badi che, secondo la soluzione proposta, in corso di legislatura non potrebbero essere formati nuovi Gruppi nemmeno qualora questi rispettassero i nuovi criteri fissati per la costituzione degli stessi ad inizio legislatura secondo il disposto del riformato articolo 14, comma 4, del Regolamento⁹⁷⁰. Non essendo possibile soffermarsi in questa sede sulla enorme problematicità dell'eventuale effettiva introduzione di una simile previsione, ci si limita qui a fare un accenno alla estrema criticità – e criticabilità – della stessa, non solo sotto il profilo della legittimità costituzionale, specie per l'evidente tensione in cui questa – seppur indirettamente – si pone rispetto alla portata del divieto di mandato imperativo sancito dall'articolo 67 della Costituzione, ma anche sul versante dell'opportunità politica, in relazione al necessario naturale svolgimento della dialettica parlamentare secondo gli schemi organizzativi di fondo – in questo caso la suddivisione dei membri delle Camere in Gruppi (perno della vita parlamentare) a seconda della propria appartenenza politica⁹⁷¹ – “abbozzati” dal Costituente⁹⁷² e sviluppati dalla disciplina regolamentare⁹⁷³.

⁹⁶⁹ Nella relazione introduttiva alla proposta di riforma si sottolinea la necessità di «porre un argine ai fenomeni di frammentazione del quadro politico nel corso della legislatura», rimarcando che, «nella XV legislatura, erano stati costituiti quattordici Gruppi alla Camera e undici al Senato», *XVII Legislatura, Senato della Repubblica*, Doc. II, n. 38, p. 3.

⁹⁷⁰ Diversamente da quanto erroneamente indicato nella relazione di accompagnamento alla proposta, dove si sostiene che «nuovi Gruppi potranno essere costituiti, anche in corso di legislatura, solo ove si tratti di soggetti corrispondenti a singoli partiti o movimenti politici che si siano presentati alle elezioni uniti o collegati», *XVII Legislatura, Senato della Repubblica*, Doc. II, n. 38, p. 3 s.

⁹⁷¹ Sul punto, cfr. ampiamente A. CIANCIO, *I gruppi parlamentari: studio intorno a una manifestazione del pluralismo politico*, Milano, Giuffrè, 2008.

⁹⁷² Il testo costituzionale, prevedendo al comma 3 dell'articolo 72, con esplicito riferimento in realtà solo alla possibilità di deferire l'esame e l'approvazione di disegni di legge a Commissioni operanti in sede deliberante, che esse debbano essere composte in modo da rispecchiare la proporzione dei gruppi parlamentari, stabilisce indirettamente la stessa strutturazione delle Assemblee parlamentari per aggregazioni politiche. Suddivisione dell'Assemblea per componenti politiche che è poi – in modo simile – confermata anche dal secondo comma dell'articolo 82 del disposto costituzionale, ove si afferma la necessità del rispetto della proporzione dei vari Gruppi anche nella nomina dei membri delle Commissioni d'inchiesta. Un ulteriore esplicito riferimento alla “politicalità” posta alla base della strutturazione organizzativa – anche – delle Camere si evince poi naturalmente dal disposto dell'articolo 49 della Costituzione, il quale sancisce la libertà dei cittadini di associarsi in partiti proprio per concorrere alla determinazione della politica nazionale.

⁹⁷³ Da questo punto di vista, un'interessante soluzione anti-frammentazione era stata proposta nella già citata bozza di riforma elaborata dal Gruppo del Movimento 5 Stelle alla Camera (v. *supra*, nota 35). In particolare, si proponeva di modificare l'articolo 14 del Regolamento prevedendo di richiedere, al fine della costituzione di un Gruppo autonomo, un numero minimo di deputati pari al doppio del numero delle Commissioni permanenti istituite alla Camera – creando così un meccanismo di adattamento automatico della norma regolamentare – ovvero il raggiungimento di un apprezzabile risultato elettorale su scala nazionale (individuato nel 4%) di una singola forza politica, prevedendosi poi anche il caso residuale della creazione di un Gruppo parlamentare della coalizione elettorale – ammessa anche dalla legislazione elettorale vigente al momento di presentazione della proposta – per i deputati eletti tra le sue file. Si escludeva poi la possibilità di istituire qualsiasi Gruppo in deroga ai criteri generali fissati e si prendevano in considerazione, con soluzioni specifiche studiate a seconda delle varie ipotesi alla base della costituzione di un Gruppo, le conseguenze legate alla fuoriuscita di alcuni membri dallo stesso. Si manteneva la possibilità di costituire componenti in seno al Gruppo misto, ma solo ed esclusivamente a condizione che, al di fuori del caso di deputati appartenenti a minoranze linguistiche tutelate, ciascuna di esse consistesse di un numero di deputati pari almeno al numero delle Commissioni permanenti istituite alla Camera (in relazione al meccanismo di adattamento automatico per la costituzione di un Gruppo descritto in precedenza), anche in questo caso senza prevedere la possibilità di deroga alcuna. V. *XVII Legislatura, Camera dei deputati, Giunta per il Regolamento, Resoconto sommario*, 8 gennaio 2014, p. 23 ss.

2.2. La previsione di “punizioni” per chi lascia il proprio Gruppo.

Per quanto riguarda invece le misure più direttamente legate al tentativo di limitare il transfughismo dei singoli parlamentari⁹⁷⁴, nel testo presentato dalla Giunta si propone, con l'introduzione di un nuovo comma 1-*bis* all'articolo 13 del Regolamento, che non siano più solo i Segretari “aggiuntivi” eletti «Al fine di assicurare una più adeguata rappresentatività del Consiglio di Presidenza» a decadere dall'incarico qualora questi «entrino a far parte di un Gruppo parlamentare diverso da quello al quale appartenevano al momento dell'elezione», secondo il combinato disposto dei commi 2-*bis* e 2-*quater* dell'articolo 12 della disciplina regolamentare vigente⁹⁷⁵. Si stabilisce infatti che, qualora si trovino nella condizione appena descritta, decadono dall'incarico tutti i Segretari, dunque anche quelli “ordinariamente” eletti a norma dei primi due commi dell'articolo 12 del Regolamento, ma soprattutto si prevede che al verificarsi di quella ipotesi subiscono la stessa sorte anche i Vice Presidenti. Parallelamente, con l'introduzione di un nuovo comma 3-*bis* all'articolo 27, si stabilisce la medesima conseguenza della decadenza dell'incarico per tutti «I componenti dell'Ufficio di Presidenza» delle Commissioni. Così come nel caso delle modifiche introdotte con riguardo alle regole per la costituzione dei Gruppi – in particolare – in corso di legislatura, si tratta di misure “draconiane”⁹⁷⁶ delle quali, anche se può forse comprendersi lo spirito, non si può condividere la portata. Non bisogna infatti dimenticare che le cariche per le quali si vuole imporre la decadenza in caso di cambiamento di “casacca” da parte del soggetto che le ricopre richiedono comunque che si mantenga un qualche grado di imparzialità nell'esercizio delle stesse. Con le soluzioni proposte si vogliono invece mettere preventivamente sotto scacco i loro titolari, disincentivandoli così di fatto anche ad assumere comportamenti contro la linea dei propri Gruppi di appartenenza. Non è un caso che secondo la disciplina vigente non si prevede una simile conseguenza nemmeno per i senatori titolari di quella carica che, fra quelle indicate, comporta l'esercizio di funzioni – si consenta di dire – meno rilevanti, o comunque politicamente meno sensibili, ossia i Segretari, qualora questi siano stati eletti secondo le modalità ordinarie e non per integrare la rappresentatività del Consiglio di Presidenza. L'aver escluso i Questori dal novero di quelle cariche da cui si dovrebbe decadere in caso di cambio Gruppo non è dunque affatto sufficiente. Non si possono infatti minimizzare le conseguenze del voler imporre la comminazione di questa “pena” anche a soggetti che dovrebbero essere invece messi nelle migliori condizioni per poter svolgere il più possibile *super partes* le funzioni – anche di garanzia – affatto rilevanti loro affidate, come i Vice Presidenti e, paradossalmente forse ancor di più, i Presidenti di Commissione, il cui apporto risulta determinate nell'economia dello svolgimento delle procedure legislative.

2.3. Le misure finanziarie per incentivare la continuità dei Gruppi.

Per quanto riguarda le misure previste nel testo presentato dalla Giunta che intervengono direttamente sulla disciplina dei Gruppi, bisogna infine ricordare le proposte di modifica al comma 10 dell'articolo 16-*bis* del Regolamento. Queste, secondo le argomentazioni fornite dallo stesso relatore Calderoli, sono state pensate «In considerazione della tendenziale maggior continuità tra i Gruppi, che le nuove disposizioni intendono favorire nel succedersi delle varie legislature»⁹⁷⁷,

⁹⁷⁴ Che ovviamente, in conseguenza delle disposizioni relative alla costituzione dei Gruppi in corso di legislatura appena descritte (le quali comportano – come è naturale – a loro volta conseguenze anche con riguardo ai possibili “cambi di casacca”), potranno trasferirsi solo all'interno di Gruppi già esistenti.

⁹⁷⁵ Nel testo proposto dalla Giunta si prevede infatti, parallelamente all'introduzione di un nuovo comma 1-*bis* all'articolo 13, la soppressione del comma 2-*quater* dell'articolo 12 del Regolamento.

⁹⁷⁶ Come ammesso anche da M. AINIS, *Il Senato che riscrive le regole*, cit.

⁹⁷⁷ *XVII Legislatura, Senato della Repubblica*, Doc. II, n. 38, p. 4.

stabilendo che, «Nel caso in cui un Gruppo parlamentare non sia più costituito nella legislatura successiva gli eventuali avanzi di gestione sono restituiti al bilancio del Senato». Con riguardo a questa previsione la Giunta ha però deciso di approvare un emendamento rispetto al testo sottoposto alla sua attenzione dal Comitato ristretto che ne “tempera” la portata, decidendo di fare «salvo l'accantonamento per far fronte ad eventuali», non meglio precisate, «spese e contenziosi» e di considerare «ricostituito, in ogni caso, anche il Gruppo parlamentare che, nella legislatura successiva, assuma una denominazione parzialmente diversa da quella assunta nella precedente legislatura», naturalmente, «previa intesa tra i rispettivi Presidenti dei Gruppi interessati».

3. I numerosi interventi volti a velocizzare il procedimento decisionale e a rafforzare la maggioranza di governo a fronte delle debolissime misure per tutelare le minoranze.

Come anticipato, quelle appena descritte non rappresentano le sole rilevanti modifiche contemplate nella complessiva proposta di riforma presentata dalla Giunta per il Regolamento del Senato. Negli articoli 2 e 3 del testo sottoposto all'esame dell'Aula di Palazzo Madama viene infatti inoltre in particolare proposta tutta una serie di interventi che presentano il minimo comune denominatore di voler, per diverse vie, velocizzare e snellire le procedure parlamentari, specie con riguardo allo svolgimento dell'*iter legis*. Proprio per questo motivo, nella presente analisi conviene considerare congiuntamente il contenuto di questi due articoli⁹⁷⁸, senza seguire rigidamente lo schema delineato dalla suddivisione in articoli del Doc. II, n. 38 e richiamato dal senatore Calderoli nella relazione di accompagnamento al provvedimento, che distingue il contenuto dell'articolo 2 da quello dell'articolo 3 individuando nel primo il «riordino delle disposizioni che regolano l'attività svolta dalle Commissioni permanenti, al fine di riaffermarne la centralità nel procedimento legislativo», mentre – solo – nel secondo la «semplificazione e razionalizzazione dei lavori, con particolare riguardo alla discussione»⁹⁷⁹. Da questo punto di vista conviene inoltre segnalare anche che quelli che sono stati definiti come interventi volti ad «aggiornare e coordinare numerose disposizioni regolamentari che mostrano un evidente disallineamento rispetto ai rilevanti mutamenti verificatisi nel corso degli anni sul piano normativo e costituzionale»⁹⁸⁰ non sono – come potrebbe sembrare – tutti racchiusi solamente nell'articolo 4 del testo di riforma, che reca la rubrica «Disposizioni di coordinamento», essendo ricompresi anche nei due articoli precedenti.

3.1. Il “favore” per i procedimenti decentrati.

Da questo punto di vista, la prima importante modifica che salta subito agli occhi è quella disposta dall'articolo 2 del testo di riforma laddove si propone l'inserimento di un nuovo comma 1-*bis* all'articolo 34 del Regolamento, in base al quale «I disegni di legge sono di regola assegnati in sede deliberante [...] o in sede redigente». Si vuole così inserire il principio per cui l'assegnazione dei disegni di legge all'esame delle Commissioni in sede deliberante o redigente non costituirebbe più una mera facoltà, bensì un'operazione da compiersi «di regola». Forse per controbilanciare in qualche modo questa previsione, ne viene introdotta un'altra, al primo comma dell'articolo 35, volta ad ampliare leggermente gli ambiti per i quali è già preclusa l'assegnazione all'esame

⁹⁷⁸ Insieme alle previsioni introdotte dall'articolo 1 del testo di riforma relative alla composizione e alla convocazione della Giunta per il Regolamento, v. *infra*, § 3.8.

⁹⁷⁹ *XVII Legislatura, Senato della Repubblica*, Doc. II, n. 38, p. 3.

⁹⁸⁰ *XVII Legislatura, Senato della Repubblica*, Doc. II, n. 38, p. 3. In riferimento a queste modifiche, v. *infra*, nota 107.

deliberante o redigente⁹⁸¹ delle Commissioni. Ai «disegni di legge in materia costituzionale ed elettorale, [...] di delegazione legislativa, di conversione di decreti-legge, di autorizzazione a ratificare trattati internazionali, di approvazione di bilanci e consuntivi e [...] a quelli] rinviati alle Camere ai sensi dell'articolo 74 della Costituzione», vengono infatti affiancati i disegni di legge «di cui all'articolo 126-*bis*», ossia sostanzialmente quelli «collegati alla manovra di finanza pubblica»⁹⁸².

Se questa modifica venisse approvata, ma soprattutto in seguito presa sul serio, essa stessa potrebbe sembrare una riforma di un certo rilievo quanto al suo impatto rispetto all'attuale assetto di svolgimento delle procedure legislative e dunque di riflesso dell'attività parlamentare in generale. In realtà, può dubitarsi che l'inserimento *tout court* di un simile principio possa da solo essere in grado di portare a chissà quali conseguenze⁹⁸³, specie se si considera la perdurante vigenza, prevista direttamente dall'articolo 72, comma 3, della Costituzione⁹⁸⁴, della possibilità, per il Governo o un decimo dei componenti della Camera o un quinto della Commissione competente, di richiedere, fino al momento della sua approvazione definitiva, che un disegno di legge sia sottoposto alla procedura normale di esame ed approvazione. D'altra parte è un bene che sia in effetti così, dal momento che l'astrattamente condivisibile introduzione di una previsione di "favore" per lo svolgimento dei procedimenti legislativi in sede decentrata non è stata accompagnata dalle contestualmente necessarie integrazioni in tema di garanzia dello svolgimento di approfondimenti istruttori e di partecipazione durante i lavori delle Commissioni qualora queste operino – appunto – in sede deliberante o redigente. Né si è pensato di specificare in alcun modo in quali casi bisognerebbe attivare l'uno piuttosto dell'altro procedimento speciale, lasciando questa scelta alla libera determinazione della Presidenza.

È anche per questo che una simile previsione sembra essere finalizzata non tanto a ridare centralità al ruolo delle Commissioni nel procedimento di assunzione della decisione politica, secondo peraltro lo schema già delineato al momento della loro approvazione dai Regolamenti del 1971⁹⁸⁵, quanto piuttosto molto più banalmente, e meno nobilmente, a inserire un principio che mira solo a circoscrivere ulteriormente quelle che vengono considerate le inutili "lungaggini" del

⁹⁸¹ L'articolo 36 del Regolamento, relativo all'assegnazione alle Commissioni in sede redigente, richiama a sua volta il primo comma dell'articolo 35 per individuare gli ambiti nei quali è esclusa la possibilità di ricorrere a tale tipo di esame "semplificato".

⁹⁸² Anche in questo caso la relazione introduttiva al testo presentato dalla Giunta non risulta precisa nell'indicazione degli ambiti che farebbero eccezione al nuovo principio generale introdotto. Al di là – ma probabilmente a causa – del riferimento formalmente inconferente che ivi viene fatto ai disegni di legge previsti dall'articolo 120, comma 3, anziché a quelli di cui all'articolo 126-*bis* del Regolamento, si indicano in particolare tra gli ambiti esclusi i «decreti-legge recanti disposizioni in materia di ordine pubblico» (intendendosi ovviamente i disegni di legge di conversione di tali decreti-legge), mentre in realtà il disposto, peraltro già vigente, dell'articolo 35, comma 1, impedisce l'assegnazione all'esame delle Commissioni in sede deliberante o redigente, come è naturale, di tutti i disegni di legge di conversione, v. *XVII Legislatura, Senato della Repubblica*, Doc. II, n. 38, p. 4.

⁹⁸³ Discorso non troppo dissimile può essere fatto in riferimento ad un'altra modifica proposta nel testo elaborato dalla Giunta, relativa sempre ad un intervento che riguarda – anche – i lavori delle Commissioni, anche se – in questo caso – non propriamente in ottica acceleratoria. All'articolo 3 del testo di riforma, con la modificazione del secondo comma dell'articolo 53 del Regolamento, si propone infatti di riservare «Ai lavori delle Commissioni permanenti e speciali, nonché all'attività delle Commissioni bicamerali [...] due settimane ogni mese, non coincidenti con i lavori dell'Assemblea». Si tratta anche in questo caso di una proposta condivisibile nel suo spirito, che tuttavia difficilmente troverebbe concreta applicazione anche qualora venisse approvata, essendo verosimilmente destinata a rimanere sulla carta, proprio come l'attuale disposto del medesimo secondo comma dell'articolo 53. Si segnala, infine, che comunque anche questa modifica mira in qualche modo a realizzare sul piano teorico uno snellimento dell'organizzazione dei lavori parlamentari, in quanto con la stessa si elimina il riferimento attualmente formalmente vigente alla necessità di riservare una settimana della sessione «all'attività dei Gruppi parlamentari e dei singoli Senatori».

⁹⁸⁴ Oltre che dallo stesso Regolamento al comma due dell'articolo 35 e al comma 3 dell'articolo 36.

⁹⁸⁵ Sul punto, cfr. G. RIVOSECCHI, *Governo, maggioranza e opposizione a quarant'anni dai regolamenti parlamentari del 1971: dai (presunti) riflessi della stagione consociativa al (presumibile) declino del Parlamento*, in *www.rivistaaic.it*, n. 2/2012, p. 11 s.

procedimento legislativo ordinario, e in particolare del dibattito in Assemblea, del quale non a caso si propone contestualmente una rivisitazione con diversi interventi tutti volti a velocizzarlo e snellirlo sotto la falsa maschera della sua necessaria “ottimizzazione”⁹⁸⁶.

Tutto questo risulta peraltro confermato da un'altra previsione della quale si propone l'introduzione con riguardo all'assegnazione dei disegni di legge all'esame di Commissioni in sede deliberante o redigente. Con una identica modifica ai commi 2 e 3 rispettivamente dell'articolo 35 e dell'articolo 36 del Regolamento, si prevede infatti che «In caso di riassegnazione del disegno di legge in sede referente la Conferenza dei Presidenti dei Gruppi parlamentari fissa il termine per la conclusione dell'esame in Commissione». Si tratta in effetti di una modifica, ovviamente anche in questo caso di natura acceleratoria, che a ben vedere presenta un aspetto paradossale: proprio nel caso in cui, secondo quanto previsto dalla stessa Costituzione all'articolo 72, comma 3, in particolare una minoranza qualificata chieda legittimamente – e magari immediatamente – di riassegnare all'esame in sede referente un disegno di legge, dunque per potersi giovare delle maggiori garanzie procedurali allo stesso connesse, automaticamente si vorrebbe far scattare una sorta di contingentamento dei tempi di esame in Commissione, che strozza il dibattito all'interno della stessa, deciso dalla Conferenza dei Presidenti di Gruppo, e dunque in definitiva dalla maggioranza⁹⁸⁷. Da questo punto di vista, se si affermasse davvero sul piano pratico l'assegnazione di regola dei disegni di legge all'esame in sede deliberante o redigente, a prescindere dalla preventiva verifica delle condizioni politiche perché non ne venga immediatamente chiesta la riassegnazione in sede referente, si avrebbe peraltro la – a questo punto – ingiustificata conseguenza acceleratoria dell'ordinaria previsione della fissazione dei termini per la conclusione dell'esame in Commissione di tutti i disegni di legge.

3.2. L'introduzione di “corsie preferenziali”.

Un importante ordine di modifiche acceleratorie riguarda l'introduzione, da parte dell'articolo 3 del testo di riforma proposto dalla Giunta, di una serie di “corsie preferenziali”, finalizzate in primo luogo a garantire l'inserimento privilegiato di alcuni atti nel calendario dei lavori dell'Aula stabilito dalla Conferenza dei Presidenti di Gruppo.

In proposito, bisogna innanzitutto citare le modifiche introdotte in tema di dichiarazione d'urgenza. La disciplina vigente, racchiusa in particolare nel primo comma dell'articolo 77 del Regolamento, prevede che qualora l'Assemblea – su richiesta del proponente, del Presidente della Commissione competente o di otto senatori – deliberi l'urgenza per l'esame di un determinato provvedimento, tutti i termini vengano ridotti alla metà. Nella modifica proposta, in primo luogo si innalza il quorum necessario al fine di richiedere la dichiarazione d'urgenza, fissandolo in un decimo dei componenti del Senato. Si impone quindi che la richiesta venga effettuata da una “minoranza maggiormente qualificata”, eliminando contestualmente la possibilità che la stessa sia avanzata da parte del proponente e del Presidente della Commissione competente. Ma la novità più importante che si vuole introdurre con riguardo alla richiesta della dichiarazione d'urgenza è legata al fatto che si prevede che questa sia accompagnata dalla «fissazione di un termine per l'inizio

⁹⁸⁶ Nella stessa relazione introduttiva alla proposta di riforma il senatore Calderoli parla di «linee di intervento» «tutte dirette ad ottimizzare il procedimento di decisione parlamentare», *XVII Legislatura, Senato della Repubblica*, Doc. II, n. 38, p. 5.

⁹⁸⁷ In riferimento all'esame dei disegni di legge da parte delle Commissioni in sede redigente, nel testo di riforma si prevede anche l'integrazione del disposto del sesto comma dell'articolo 103 del Regolamento, in base alla quale è possibile ammettere da parte della Presidenza la presentazione di proposte di coordinamento prima della votazione finale in Assemblea.

dell'esame in Assemblea» del provvedimento interessato. A fronte dell'innalzamento del quorum per richiedere la dichiarazione d'urgenza, ma non della maggioranza richiesta per la sua approvazione da parte dell'Aula, si stabilisce infatti che quest'ultima «comporta l'iscrizione di diritto [del provvedimento] nel programma dei lavori in modo da assicurare il rispetto del termine fissato». Si inserisce così esplicitamente nella disciplina regolamentare l'istituto, in favore della maggioranza, e dunque indirettamente anche del Governo, «dell'inizio dell'esame a data certa». In questo modo la maggioranza potrà godere di un altro strumento procedurale per bypassare le ordinarie regole relative in particolare agli adempimenti da portare a termine in Commissione nell'esame referente e stravolgere a proprio piacimento la programmazione e la calendarizzazione dei lavori dell'Aula, cose che peraltro già oggi si verificano sistematicamente (v. *infra*, § 4). Se poi si considera questa previsione in combinato disposto con il tenore del già vigente quinto comma dell'articolo 55 del Regolamento, il quale dispone che «di norma» nella definizione del calendario la Conferenza dei Presidenti di Gruppo stabilisce anche «la data entro cui gli argomenti iscritti nel calendario debbono essere posti in votazione», si capisce come con essa si miri di fatto a «regolamentizzare» esplicitamente sempre di più, seppur combinando diverse previsioni fra loro complementari, l'istituto del «voto a data certa»⁹⁸⁸.

Un'altra procedura simile a questa è poi inserita dal testo di riforma attraverso la modifica del terzo comma dell'articolo 53 e dell'appena citato quinto comma dell'articolo 55 del Regolamento. Con il primo intervento si incide direttamente sulle previsioni relative all'organizzazione dei lavori che attualmente impongono nella definizione del programma di dedicare un determinato numero di sedute all'esame di proposte in quota opposizione⁹⁸⁹. Il testo di riforma elimina questa riserva in favore delle minoranze, stabilendo però al contempo che «I disegni di legge, gli atti di indirizzo e gli atti di sindacato ispettivo sottoscritti da almeno un terzo dei Senatori sono inseriti di diritto nel programma dei lavori quale argomento immediatamente successivo a quelli la cui trattazione ha già avuto inizio, in ragione, rispettivamente, di uno ogni tre mesi». Si introduce così anche in questo caso una corsia preferenziale volta a garantire il tempestivo inizio dell'esame di quegli argomenti. Questa previsione è poi, come anticipato, integrata nel testo di riforma dal disposto del nuovo ultimo periodo dell'articolo 55, comma 5, il quale stabilisce che anche per questi provvedimenti, come peraltro già avviene «di norma» per gli altri (v. *supra*), la Conferenza dei Presidenti di Gruppo stabilisce «la data entro cui [...] debbono essere posti in votazione». Questa modifica sembra dunque apparentemente volta a prevedere una corsia preferenziale – anche – per un numero limitato di proposte – precisamente una ogni tre mesi – avanzate da minoranze qualificate (dunque teoricamente da opposizioni, seppur numericamente abbastanza consistenti). Anche in questo caso non ci si può però esimere dall'effettuare alcune considerazioni critiche. Al di là della valutazione circa la bontà dello «scambio» proposto dal testo di riforma (eliminazione delle quattro sedute ogni tre mesi dedicate all'esame di argomenti in quota opposizione, ai quali è bene ricordare che l'ultimo periodo del terzo comma dell'articolo 53 nella sua versione ancora vigente già prevede si applichi

⁹⁸⁸ In riferimento all'istituto del voto a data certa, del quale si è da ultimo proposto l'inserimento nel testo di revisione costituzionale bocciato dal referendum del 4 dicembre 2016, cfr. in particolare A. CARMINATI, *Do ut des? Nuovi limiti alla decretazione d'urgenza in cambio dell'introduzione in Costituzione del voto "a data certa"*, in A. APOSTOLI, M. GORLANI, S. TROILO (a cura di), *La Costituzione in movimento. La riforma costituzionale tra speranze e timori*, cit., p. 283 ss., R. DICKMANN, *Alcune considerazioni sull'istituto del "voto a data certa"*, in *Federalismi.it*, n. 6/2016, e T. GUARNIER, *Rischi e aporie del procedimento legislativo a data certa*, in *Federalismi.it*, n. 5/2016.

⁹⁸⁹ Nello specifico, l'articolo 53, comma 3, del Regolamento prevede attualmente che «Ogni due mesi, almeno quattro sedute sono destinate esclusivamente all'esame di disegni di legge e di documenti presentati dai Gruppi parlamentari delle opposizioni e da questi fatti propri».

la regola per cui deve essere fissata la data entro cui devono essere posti in votazione dall'Aula, in cambio della descritta corsia preferenziale per un argomento al mese), bisogna fare attenzione al fatto che la modifica proposta per come è formulata si presta alla creazione di equivoci. Infatti, per quanto l'utilizzo di termini sfuggenti, quali sono "maggioranza" e "opposizione", sia in effetti da rifuggire il più possibile nella redazione di un testo normativo, la mancanza del collegamento tra il numero minimo di senatori richiesto dalla novella proposta ai fini dell'attivazione della procedura descritta e la loro necessaria appartenenza alle schiere delle opposizioni rischia di creare problemi interpretativi. È infatti fin troppo banale far notare che certamente anche, ed anzi soprattutto, la maggioranza del momento potrà sempre disporre di una compagine senatoriale sufficiente a poter attivare la suddetta procedura: in mancanza di qualsiasi divieto in tal senso non si capisce dunque perché non dovrebbe essere essa stessa a richiedere in proprio favore l'utilizzo di questo nuovo istituto. Se così fosse si sarebbe paradossalmente dunque creato l'ennesimo nuovo strumento in favore del binomio maggioranza-Governo per poter disporre a piacimento dei lavori parlamentari. Anche una volta scongiurato l'affermarsi di una simile interpretazione applicativa delle disposizioni in questione, bisogna comunque evitare di attribuirvi una portata troppo rilevante, ricordando che se è vero che per le minoranze parlamentari è molto importante poter godere di un diritto di tribuna per poter esporre in Assemblea, con i suoi maggiori regimi di pubblicità, le proprie proposte, è altrettanto vero che, come già spesso avviene, la maggioranza dispone di tutti gli strumenti necessari per "disinnescare" a proprio piacere le stesse, portando poi eventualmente all'approvazione finale proposte radicalmente diverse da quelle originali e che sono loro più confacenti.

In tema di introduzione di "corsie preferenziali", bisogna poi segnalare un'altra modifica, che si colloca nella medesima ottica di quella appena descritta (ove questa sia intesa come introdotta ad esclusivo appannaggio delle opposizioni), connessa all'inserimento nel complesso di riforma di alcune – limitate – misure per "compensare" in qualche modo le previsioni semplificatorie e acceleratorie proposte a vantaggio della maggioranza di governo. Si tratta dell'integrazione del disposto dell'articolo 74, comma 3, del Regolamento, con l'inserimento di una misura invero dal sapore vagamente populistico⁹⁹⁰, con la quale si prevede l'obbligo della conclusione dell'esame delle proposte di legge di iniziativa popolare da parte delle Commissioni competenti entro tre mesi dall'assegnazione⁹⁹¹. Si stabilisce inoltre che «Decorso tale termine, il disegno di legge è iscritto d'ufficio nel calendario dei lavori dell'Assemblea» e che, in quel caso, «la discussione si svolge sul testo dei proponenti, senza che sia possibile avanzare questioni incidentali»⁹⁹². Può in ogni caso dirsi che sarebbe in effetti interessante poter valutare l'effettivo grado di operatività di una simile previsione qualora questa dovesse entrare in vigore.

3.3. La riduzione del numero e della durata degli interventi e della possibilità di discutere gli emendamenti.

⁹⁹⁰ Va però detto che questa proposta di modifica interviene su un tema, quello delle proposte di iniziative popolare, toccato sostanzialmente da tutte le proposte di riforma organica della disciplina regolamentare presentate negli ultimi anni.

⁹⁹¹ È utile ricordare che, con una previsione rimasta lettera morta, il medesimo terzo comma dell'articolo 74 del Regolamento già stabilisce che le Commissioni competenti dovrebbero iniziare l'esame delle proposte di iniziativa popolare «entro e non oltre un mese dal deferimento».

⁹⁹² Anche se viene fatta salva la possibilità per il Presidente, a norma dell'articolo 93, comma 1, del Regolamento, di ammettere questioni pregiudiziali «nel corso della discussione qualora la presentazione sia giustificata da nuovi elementi emersi dopo l'inizio del dibattito».

Sempre in ottica puramente acceleratoria, e per converso di mortificazione del dibattito e della dialettica parlamentare, viene poi proposta tutta una serie di modifiche che mirano a “ridurre all’osso”, da un lato, il numero degli interventi⁹⁹³ ammessi in riferimento ad alcuni ambiti dei lavori parlamentari⁹⁹⁴, anche con riguardo all’avanzamento di determinate richieste e, dall’altro, la durata degli stessi. Seguendo l’ordine delle modifiche introdotte, è così che: si limita a un senatore per Gruppo la possibilità di avanzare proposte di modifica al calendario (art. 55, c. 3); si abbassa da venti a dieci minuti il tempo degli interventi nella discussione generale e da sessanta a trenta minuti il possibile ampliamento di tale termine (art. 89, c. 1); si abbassa da dieci a cinque minuti il tempo degli interventi contrari o a favore di un richiamo al Regolamento (art. 92, c. 2); si limita a un senatore per Gruppo la possibilità di presentare questioni pregiudiziali e sospensive (art. 93, c. 1); si ribadisce che ciascun Gruppo può presentare solo una proposta di questione sospensiva e che lo stesso può presentare non più di un’ulteriore proposta di questione sospensiva al solo fine di richiedere il rinvio in Commissione (art. 93, c. 6); si limita a un senatore per Gruppo la possibilità di avanzare la proposta di non passare all’esame degli articoli (art. 96, c. 1); si abbassa da dieci a tre minuti il tempo per gli interventi contrari alla chiusura anticipata della discussione generale (art. 99, c. 3); si elimina addirittura, di fatto, la fase della discussione degli emendamenti (ad un articolo), sostituendola con la loro mera illustrazione complessiva da parte di un solo senatore per Gruppo e per non più di dieci minuti (art. 100, c. 9); si limita a un senatore per Gruppo, che può illustrarla per non più di tre minuti, la possibilità di chiedere il voto per parti separate (art. 102, c. 5); si elimina l’applicazione alla discussione dei singoli articoli delle disposizioni relative alla chiusura anticipata e si elimina altresì la possibilità di intervenire, anche dopo la chiusura della discussione, ai proponenti degli emendamenti non ancora illustrati, nonché al relatore e al rappresentante del Governo per non più di dieci minuti ciascuno (art. 100, c. 12); si limita a un senatore per Gruppo la possibilità di richiamare l’attenzione dell’Aula, prima della votazione finale, sulle correzioni di forma e sulle modificazioni di coordinamento che appaiono opportune (art. 103, c. 1); si elimina del tutto la possibilità, prima di ogni votazione per alzata di mano, di annunciare il proprio voto (art. 109, c. 1); si abbassa da dieci a cinque minuti il tempo per effettuare le dichiarazioni di voto a nome del proprio Gruppo e, parallelamente, si abbassa da quindici a dieci minuti il limite massimo cui il Presidente può portare il suddetto termine (art. 109, c. 2); si fissa in dieci minuti il limite di tempo per le dichiarazioni di voto finali (art. 109, c. 2); si abbassa da dieci (prorogabili a quindici) a tre minuti il tempo a disposizione dei senatori che vogliono esprimere una dichiarazione di voto in dissenso al proprio Gruppo e, inoltre, per come è costruita questa modifica, pare si limiti la possibilità di esprimere questi interventi in dissenso in riferimento alle sole dichiarazioni di voto finali (art. 109, c. 2); infine, si prevede che le limitazioni ordinarie si applicano anche al Gruppo misto in tutti i casi di discussione – appunto – limitata e di annunci o dichiarazioni di voto per cui sia previsto un solo intervento per Gruppo⁹⁹⁵.

⁹⁹³ Quando questi non vengono eliminati del tutto, come ad esempio nel caso della possibilità di annunciare il proprio voto (v. *infra*, nel testo).

⁹⁹⁴ Anche affatto rilevanti, come ad esempio la fase di discussione degli emendamenti ad un articolo di un disegno di legge, che viene secondo le modifiche proposte di fatto eliminata (v. *infra*, nel testo).

⁹⁹⁵ Discorso a parte può essere fatto con riguardo alla proposta di modifica relativa alle tempistiche di intervento riferite allo svolgimento di interrogazioni a risposta immediata (posto che questo istituto viene peraltro riformato nel suo complesso). A norma dei commi 4 e 5 dell’articolo 151-*bis* del Regolamento, attualmente si prevede che «Un Senatore per ciascun Gruppo parlamentare può, per non più di un minuto, formulare interrogazioni» e che «Il rappresentante del Governo risponde per non più di tre minuti», mentre «L’interrogante può replicare per non più di tre minuti». La modifica proposta, che concentra il proprio intervento sul solo comma 4 dell’articolo 151-*bis*, sopprimendo il comma 5, prevede invece che «Il presentatore di ciascuna interrogazione ha facoltà d’illustrarla per non più di tre minuti», che

Ma ancor più rilevanti di queste, sono le – deprecabili – modifiche introdotte all’articolo 100 del Regolamento in tema di presentazione degli emendamenti. Ponendosi sulla già richiamata direttrice che può scorgersi – nemmeno troppo – sottotraccia in tutte le principali modifiche contemplate nel testo di riforma all’esame del Senato, che vuole far sì che il binomio maggioranza-Governo possa disporre a proprio piacere delle procedure, *in primis* quelle relative al procedimento legislativo, senza badare alle conseguenze sul piano del sensato andamento dei lavori parlamentari, si abbatte uno degli ultimi presidi ancora presenti nella disciplina regolamentare ai fini di garantire l’ordinato svolgimento dell’attività legislativa e permettere l’assunzione delle decisioni con almeno un minimo grado di ponderazione. Si propone infatti in particolare di eliminare il necessario rispetto del termine minimo dilatorio attualmente oggettivamente individuato per la presentazione degli emendamenti, fissato dal terzo comma dell’articolo 100 nelle ventiquattro ore precedenti all’esame degli articoli cui questi si riferiscono e che consente alle forze politiche di disporre di un – seppur breve – lasso di tempo minimo garantito per studiare le proposte avanzate dalle altre forze politiche, per affidare la fissazione di questo termine alla discrezionalità, cui non viene posto alcun limite, della Presidenza o della Conferenza dei Presidenti di Gruppo, e dunque di fatto verosimilmente della maggioranza. Non viene peraltro chiarito in quali casi la decisione debba essere presa dall’uno piuttosto che dall’altro organo. In aggiunta a questo, si elimina la possibilità attualmente prevista dal quarto comma dell’articolo 100, ossia quella riservata ad almeno otto senatori di presentare emendamenti il giorno stesso della discussione, entro un’ora prima dall’inizio della seduta.

3.4. Lo snellimento delle regole relative all’espressione dei pareri.

Un’altra misura di semplificazione procedurale introdotta, in questo caso dall’articolo 2 del testo di riforma, è legata alla proposta di introduzione di un nuovo comma 12-*bis* all’articolo 40 del Regolamento, dedicato ai «Pareri obbligatori». In particolare, si prevede, con l’utilizzo di espressioni ancora una volta invero discutibili sul piano linguistico⁹⁹⁶ e comunque senza coordinare le nuove disposizioni con quelle ancora vigenti dei commi precedenti, che solo «se la Commissione competente in sede referente introduce disposizioni che importino nuove entrate o nuove spese, prima della votazione per il conferimento del mandato al relatore a riferire in Assemblea deve trasmettere i testi delle disposizioni approvate alla 5^a Commissione permanente»⁹⁹⁷. Viceversa, nel caso in cui il parere non sia richiesto (si suppone perché non lo debba essere non avendo la Commissione di merito introdotto disposizioni che importino nuove entrate o nuove spese)⁹⁹⁸, «la 5^a Commissione si pronuncia sul testo in stato di relazione»⁹⁹⁹. Secondo quanto dichiarato nella relazione introduttiva, si interviene sul punto al fine di «scongiurare la duplicazione dei lavori della

il rappresentante del Governo può rispondere «per non più di tre minuti» e che «Successivamente, l’interrogante o altro Senatore del medesimo Gruppo ha diritto di replicare per non più di due minuti». Oltre a queste modifiche, si prevede anche la soppressione del terzo comma dell’articolo 151-*bis*, in base al quale attualmente «In Assemblea ha per primo la parola, ove lo chieda, il rappresentante del Governo, per non più di dieci minuti».

⁹⁹⁶ V. *infra*, note 80 e 81.

⁹⁹⁷ Che in quel caso dovrà «esprime[re] il proprio parere nel termine di quindici giorni», previsto dall’articolo 39 del Regolamento, «e comunque prima dell’inizio della discussione in Assemblea».

⁹⁹⁸ Nel testo proposto si parla di «caso di mancata espressione del parere», che lascerebbe intendere un’eventualità legata a comportamenti omissivi della 5^a Commissione, mentre in realtà, come chiarito nella relazione illustrativa, con quella formulazione si intende semplicemente indicare il caso in cui «la Commissione di merito [non] introduca disposizioni che comportino conseguenze finanziarie», *XVII Legislatura, Senato della Repubblica*, Doc. II, n. 38, p. 4.

⁹⁹⁹ Anche l’espressione “testo in stato di relazione” non risulta particolarmente chiara, con essa intendendosi indicare il «testo base» o, eventualmente, il «testo unificato» adottato dalla Commissione, v. *XVII Legislatura, Senato della Repubblica*, Doc. II, n. 38, p. 4.

5^a Commissione permanente» e di «semplificare l'attività delle Commissioni di merito»¹⁰⁰⁰. Se però si può concordare sul fatto che la modifica introdotta costituisca una semplificazione, e dunque anche un'accelerazione, non si può invece concordare sul fatto che essa miri semplicemente e asetticamente a evitare una duplicazione dei lavori della Commissione Bilancio, né dunque sul fatto che essa costituisca una modifica da valutare positivamente. Benché non sia vero che con questa modifica «viene introdotto [in generale] il principio secondo il quale durante l'esame in sede referente i pareri delle «Commissioni filtro» dovranno essere resi sul solo testo base (o eventualmente sul testo unificato)»¹⁰⁰¹, con la sola eccezione indicata, è comunque vero che nel caso di specie si vuole impedire alla Commissione Bilancio di potersi pronunciare su tutti gli emendamenti presentati nella Commissione di merito ove questo sia attualmente necessario in via ordinaria. Bisogna infatti rimarcare che lo svolgimento di questa attività, lungi dal consistere in una mera lungaggine procedurale e tantomeno in una mera duplicazione dei lavori della 5^a Commissione, può invece costituire proprio il presupposto a monte sulla base del quale decidere con cognizione di causa se approvare o meno un emendamento! Ecco perché anche la presentazione di questa proposta non può essere salutata con favore¹⁰⁰².

Il testo di riforma interviene sulla disciplina vigente che prevede dei necessari “pareri filtro” anche con riguardo al procedimento di conversione dei decreti-legge. Si stabilisce infatti il superamento formale della disciplina attualmente prevista dal Regolamento all'articolo 78, comma 3, con riguardo all'esame dei disegni di legge di conversione dei decreti-legge, in riferimento alla necessaria espressione di un parere da parte della Commissione Affari costituzionali in relazione alla verifica del rispetto dei presupposti fissati a livello sia costituzionale che legislativo. In particolare, si prevede che questa fase, attualmente formalmente obbligatoria¹⁰⁰³, sia sostituita dalla mera possibilità di presentare una proposta di questione pregiudiziale (nella quale eventualmente lamentare il mancato rispetto dei requisiti richiesti), da parte di un Presidente di Gruppo o di dieci senatori, entro cinque giorni dall'annuncio all'Assemblea della presentazione o della trasmissione al Senato del disegno di legge di conversione. Si badi che quella che si propone non è semplicemente la sostituzione dello strumento con il quale verificare la sussistenza dei requisiti che deve avere un decreto-legge del quale si richiede la conversione, poiché con questa proposta di modifica del terzo comma dell'articolo 78 si elimina del tutto una fase, quella del vaglio da parte della 1^a Commissione, che oggi può essere comunque accompagnata dalla presentazione di questioni pregiudiziali¹⁰⁰⁴.

¹⁰⁰⁰ *XVII Legislatura, Senato della Repubblica*, Doc. II, n. 38, p. 4.

¹⁰⁰¹ Come invece, ancora una volta erroneamente, si legge nella relazione introduttiva del senatore Calderoli, v. *XVII Legislatura, Senato della Repubblica*, Doc. II, n. 38, p. 4.

¹⁰⁰² Con riguardo ai pareri espressi dalla 5^a Commissione permanente, va anche richiamata la proposta di riscrittura del secondo comma dell'articolo 102-*bis* contenuta nel testo di riforma. Si riporta quindi il disposto del comma così come modificato: «Quando un disegno di legge contenga disposizioni sulle quali la 5^a Commissione permanente abbia espresso parere contrario ai sensi dell'articolo 81, terzo comma, della Costituzione o parere favorevole condizionatamente, ai sensi dello stesso articolo 81, a modificazioni specificamente formulate, e la Commissione che ha svolto l'esame in sede referente non vi si sia adeguata, s'intendono presentate come emendamenti della 5^a Commissione permanente e sono poste in votazione le corrispondenti proposte di soppressione o di modificazione del testo motivate con esclusivo riferimento all'osservanza dell'articolo 81, terzo comma, della Costituzione. Non è ammessa la presentazione di subemendamenti né la richiesta di votazione per parti separate».

¹⁰⁰³ Poco rilevando in questo ragionamento che questo parere «assai frequentemente [è] rimesso al successivo riesame dell'Assemblea», come fatto notare nella relazione introduttiva del provvedimento, v. *XVII Legislatura, Senato della Repubblica*, Doc. II, n. 38, p. 7.

¹⁰⁰⁴ Secondo quanto espresso in un parere della Giunta per il Regolamento del 16 novembre 1988, infatti, «una volta esaurita la fase preliminare di controllo dei requisiti prescritti dalla Costituzione e dalla legislazione vigente per l'emanazione dei decreti-legge, nella discussione dei disegni di legge di conversione è comunque proponibile la questione pregiudiziale – ai sensi dell'articolo 93 del Regolamento – anche con riferimento ad ogni possibile profilo di

Viceversa, la modifica proposta dalla Giunta, nell'eliminare il parere "filtro" della 1^a Commissione e nel sottolineare che ciascun Gruppo può presentare una sola questione pregiudiziale (o sospensiva), precisa esplicitamente che in ogni caso «nell'ulteriore corso della discussione dei disegni di legge di conversione non possono essere proposte ulteriori questioni pregiudiziali» (o sospensive).

Altra misura di snellimento procedurale prevista è quella relativa alla cancellazione di quasi tutti¹⁰⁰⁵ i riferimenti al Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro presenti nella disciplina regolamentare, eliminando in particolare la possibilità di chiedere allo stesso pareri tanto da parte delle Commissioni, essendo proposta la soppressione dell'articolo 49¹⁰⁰⁶, quanto da parte dell'Aula, venendo prevista la soppressione anche dell'articolo 98 del Regolamento¹⁰⁰⁷.

3.5. Le misure semplificatorie in tema di riunioni dell'Assemblea e svolgimento delle votazioni.

Con la modifica all'articolo 55, comma 2, si inserisce esplicitamente il principio secondo il quale l'Assemblea si riunisce «di regola» una sola volta per ogni giorno di seduta previsto, volendosi dunque superare la prassi di suddividere le sedute in antimeridiane e pomeridiane.

Quanto alla verifica della sussistenza del numero legale, da un lato si impedisce la sua richiesta ad inizio seduta in relazione all'approvazione del processo verbale, con un intervento all'articolo 60, comma 2, dall'altro si ribadisce che non possono essere avanzate simili richieste – appunto – prima dell'approvazione di quest'ultimo, con l'integrazione del disposto dell'articolo 107, comma 2.

Con una modifica all'articolo 119, comma 1, si prevede inoltre che il termine dilatorio di venti minuti già previsto per l'indizione di votazioni mediante dispositivo elettronico debba essere calcolato non dal preavviso dato dal Presidente, ma sempre e comunque dall'inizio della seduta¹⁰⁰⁸. Anche questa modifica, comprensibile sul piano pratico secondo l'ordinario andamento dei lavori¹⁰⁰⁹, non pare però del tutto lineare sul piano logico in relazione alla sua opportunità, a maggior ragione in considerazione della portata che, secondo i suoi proponenti¹⁰¹⁰, dovrebbe avere un'altra modifica prevista, in base alla quale le votazioni dovrebbero «di regola» essere effettuate con lo

costituzionalità, ivi compreso quello relativo al difetto dei presupposti costituzionali di necessità e di urgenza», *X Legislatura, Senato della Repubblica, Giunta per il regolamento, Bollettino n. 219 (supplemento)*, 16 novembre 1988, p. 3.

¹⁰⁰⁵ Qualora il testo di riforma venisse approvato, resterebbe nel testo del Regolamento del Senato un solo riferimento a quest'organo, ossia quello contenuto nel primo comma dell'articolo 76-*bis*, in base al quale non possono essere assegnati alle Commissioni competenti i disegni di legge di iniziativa – anche – del CNEL non corredati della relazione tecnica, conforme alle prescrizioni di legge, sulla quantificazione degli oneri recati da ciascuna disposizione e delle relative coperture.

¹⁰⁰⁶ Il che comporta tutta un'altra serie di conseguenze con riguardo ai rapporti con quest'organo, essendo contestualmente eliminate le previsioni relative alla possibilità di richiedere allo stesso lo svolgimento di studi ed indagini e alla pubblicazione delle osservazioni e delle proposte che il CNEL abbia fatto pervenire al Senato, ma anche che riguardano la possibilità di invitare membri del CNEL ad assistere alle sedute delle Commissioni, così come per i Presidenti e Vice Presidenti di Commissione di intervenire alle sedute del CNEL.

¹⁰⁰⁷ Critica l'eliminazione della possibilità di richiedere consulenze al CNEL, specie in relazione a quanto sancito dall'articolo 99 della Costituzione, M. AINIS, *Il Senato che riscrive le regole*, cit.

¹⁰⁰⁸ Dal che consegue la logica contestuale proposizione della soppressione del secondo comma del medesimo articolo 119, in base al quale, secondo la disciplina vigente, il preavviso del Presidente «non deve essere ripetuto quando nel corso della stessa seduta si effettuino altre votazioni con procedimento elettronico».

¹⁰⁰⁹ Il tenore della disciplina vigente, infatti, comporta spesso la necessaria sospensione di sedute, magari appena iniziate, al solo fine di far trascorrere il termine dilatorio prescritto, quando in realtà i senatori sono a priori consapevoli già prima dell'inizio delle sedute che nelle stesse si procederà a votazioni con procedimento elettronico.

¹⁰¹⁰ Ci si riferisce alle modifiche proposte al primo comma dell'articolo 114 del Regolamento, che sembrano però condurre a ben altro risultato rispetto a quello perseguito (v. *infra*, nel testo).

scrutinio elettronico (v. *infra*). Bisogna infatti considerare l'ipotesi, di non difficile realizzazione, in cui si renda necessario procedere a votazioni con procedimento elettronico, secondo determinazioni emerse nel corso dei lavori dell'Assemblea sovrana, anche durante sedute nelle quali per ipotesi non era invece previsto lo svolgimento di tali deliberazioni. In questo caso, secondo le nuove regole, sarebbe ben possibile procedere alle suddette votazioni immediatamente, senza dunque dare la possibilità ai senatori di avere quello che, secondo la *ratio* rinvenibile nelle citate regole (anche secondo la proposta di riforma), viene considerato il necessario preavviso.

È ora possibile approfondire il discorso con riguardo alla modifica appena richiamata che interviene in tema di svolgimento delle votazioni con utilizzo del procedimento elettronico. Come chiarito nella relazione illustrativa, il riformatore, pur mantenendo fermo il principio per cui l'Assemblea vota normalmente per alzata di mano¹⁰¹¹, ha deciso di intervenire sul punto per far sì che le votazioni vengano «comunque di regola effettuat[e] con procedimento elettronico, al fine di agevolare il computo dei voti»¹⁰¹². A tal fine si è deciso di intervenire sul disposto del primo comma dell'articolo 114 del Regolamento, il quale attualmente prevede che «Le votazioni che dovrebbero aver luogo per alzata di mano sono effettuate con procedimento elettronico quando il Presidente lo ritenga opportuno per agevolare il computo dei voti». Il fatto è che la modifica proposta interviene sulla disposizione in questione in modo assai maldestro. All'esito delle modifiche introdotte, il testo del comma prevederebbe infatti che «Le votazioni che dovrebbero aver luogo per alzata di mano sono *di regola* effettuate con procedimento elettronico quando il Presidente lo ritenga opportuno *al fine di agevolare il computo dei voti*»¹⁰¹³. Il risultato che si otterrebbe sarebbe insomma esattamente opposto a quello perseguito: anziché ampliare l'ambito di applicazione dell'utilizzo del procedimento elettronico, rendendolo ordinario, lo si restringerebbe! Se infatti attualmente le votazioni sono senz'altro effettuate con procedimento elettronico qualora il Presidente lo ritenga opportuno per agevolare il computo dei voti, dopo l'eventuale approvazione della modifica, qualora il Presidente ritenesse opportuno utilizzare il procedimento elettronico al fine di agevolare il computo dei voti, esso non sarebbe automaticamente utilizzato sistematicamente, ma solo – appunto – di regola¹⁰¹⁴. Stante peraltro l'ininfluenza dell'aver cambiato la preposizione «per» con la locuzione «al fine di», per ottenere il risultato voluto il riformatore avrebbe dovuto semplicemente sopprimere anche le parole «quando il Presidente lo ritenga opportuno»¹⁰¹⁵.

Una misura di semplificazione relativa alle regole sulle votazioni viene poi inserita anche nel riformato articolo 113, comma 2, stabilendo che la richiesta della votazione nominale¹⁰¹⁶ effettuata

¹⁰¹¹ Secondo quanto stabilito – anche – dal riformato secondo comma dell'articolo 113 del Regolamento (v. *infra*, nel testo).

¹⁰¹² V. XVII Legislatura, Senato della Repubblica, Doc. II, n. 38, p. 6.

¹⁰¹³ Corsivo dell'autore.

¹⁰¹⁴ Senza che sia peraltro chiaro in quali casi non dovrebbe essere utilizzato nonostante il Presidente lo ritenesse opportuno.

¹⁰¹⁵ Si permetta di osservare che, uscendo per un momento dalla logica assunta dal riformatore rispetto a come questi ha deciso di intervenire sul testo regolamentare, per raggiungere lo scopo prefissato si sarebbe molto più logicamente potuto intervenire, modificando l'articolo 113, comma 2, e l'articolo 114, comma 1, del Regolamento, prevedendo che l'Assemblea vota normalmente con l'utilizzo del procedimento elettronico, facendo poi naturalmente salve tutte le eccezioni del caso, compresa la possibilità di ricorrere al voto per alzata di mano laddove dovessero sorgere degli imprevisti tecnici.

¹⁰¹⁶ Per la quale non si varia il quorum di attivazione, che rimane fissato in un numero minimo di quindici senatori, ma si introduce il principio per cui essa può essere richiesta anche «da uno o più Presidenti di Gruppi che, separatamente o congiuntamente, risultino di almeno pari consistenza numerica».

ad inizio seduta ha effetto per tutte le votazioni¹⁰¹⁷. La riforma sul punto stabilisce però che quest'ultima previsione non si applica per le votazioni «previste dall'articolo 114 del Regolamento». L'inserimento di questa eccezione fa sorgere l'ennesimo problema interpretativo. Se infatti il riferimento all'articolo 114 viene considerato per quello che è, questo dovrebbe significare paradossalmente che questa regola, che si è voluto esplicitamente introdurre, non si dovrebbe applicare proprio laddove le votazioni siano effettuate con procedimento elettronico. Anzi, laddove l'appena descritta modifica all'articolo 114, comma 1, fosse compiuta correttamente secondo gli intenti del riformatore (v. *supra*), la regola dell'effetto per tutte le votazioni della richiesta di voto nominale non si dovrebbe applicare praticamente mai, dal momento che il primo comma dell'articolo 114 a quel punto prevederebbe davvero che le votazioni che dovrebbero svolgersi per alzata di mano si svolgono ordinariamente con procedimento elettronico. Il richiamo all'articolo 114 operato dall'articolo 113, comma 2, sembra dunque forse volersi riferire solo alle votazioni citate nel secondo comma dell'articolo 114, ossia quelle relative alla «contropova», anche se nel caso di approvazione di questo testo parrebbe difficile, muovendosi sul piano puramente interpretativo, potersi sostenere di dover applicare in tal senso la citata regola.

Di ausilio, in particolare, alla maggioranza parlamentare e, di riflesso, al Governo, potrebbe poi essere anche la previsione volta a modificare il computo degli astenuti. La riforma propone infatti di stabilire all'articolo 107, comma 1, del Regolamento che le deliberazioni del Senato sono prese «a maggioranza dei Senatori presenti», non più di quelli che partecipano alla votazione, e che «sono considerati presenti [solo] coloro che esprimono voto favorevole o contrario» facendo così venire meno il principio per il quale il voto d'astensione è sostanzialmente equiparabile a quello contrario¹⁰¹⁸. Ne consegue che un membro della maggioranza che volesse davvero astenersi, senza far sì che questa decisione si trasformi in voto contrario, non dovrebbe più uscire dall'Aula facendo così abbassare il numero legale. Secondo le modifiche introdotte il voto di astensione dovrebbe perciò essere computato ai soli fini del numero legale, a norma del – a sua volta – riformato comma 2-*bis* dell'articolo 107.

3.6. *Segue. Il ridimensionamento della possibilità di richiedere lo scrutinio segreto.*

Discorso a parte merita di essere fatto con riguardo alle modifiche che si propone di apportare alla disciplina del voto segreto. Non si tratta in questo caso di vere e proprie modifiche semplificatorie, quanto piuttosto di interventi volti a restringere l'ambito di applicazione dello scrutinio segreto al fine di rendere più “controllabile” il voto dei propri membri da parte dei Gruppi parlamentari, precipuamente di quelli appartenenti alla maggioranza di governo, anche laddove oggi non sia possibile. In particolare, all'articolo 116, comma 4, si prevede che la richiesta di scrutinio segreto¹⁰¹⁹ non potrà più essere effettuata con riguardo, in generale, alle deliberazioni che «attengono» ai rapporti civili ed etico-sociali di cui ad alcuni articoli della Prima Parte della Costituzione, ma che essa potrà essere avanzata solo sulle deliberazioni che «incidono» su tali rapporti. Omologando questa previsione a quanto già previsto dall'articolo 49 del Regolamento

¹⁰¹⁷ «Non sarà pertanto necessario reiterarla continuamente, con la conseguente verifica del sostegno da parte del prescritto numero di senatori», *XVII Legislatura, Senato della Repubblica*, Doc. II, n. 38, p. 7.

¹⁰¹⁸ Si propone così di armonizzare questo aspetto a quanto già previsto dall'articolo 48, commi 1 e 2, del Regolamento della Camera.

¹⁰¹⁹ Anche in questo caso, non si varia il quorum per la sua attivazione, che rimane fissato in un numero minimo di venti senatori, e si introduce il principio per cui essa può essere richiesta anche «da uno o più Presidenti di Gruppi che, separatamente o congiuntamente, risultino di almeno pari consistenza numerica».

della Camera, si mira dunque a restringerne l'ambito di applicazione¹⁰²⁰. Ancor più incisiva è però la previsione di eliminare del tutto la possibilità di richiedere lo scrutinio segreto per quelle deliberazioni «relative alle norme sulle minoranze linguistiche di cui all'articolo 6 della Costituzione». Si tratta di una proposta alquanto radicale, che si giustifica, secondo il relatore del provvedimento, per evitare che sia ancora «possibile ricorrere strumentalmente a tale modalità di votazione per le deliberazioni concernenti la tutela delle minoranze linguistiche»¹⁰²¹. Il punto è che però la modifica avanzata non cerca nemmeno, come nel caso appena visto relativo alle modifiche introdotte in tema di votazioni sui rapporti civili ed etico-sociali, di limitare la possibilità di abusare della portata di quella facoltà, ma si spinge ad eliminarla del tutto, senza curarsi minimamente delle ragioni che hanno condotto in precedenza a salvare tale ambito dall'imporsi del generale utilizzo dello scrutinio palese. Le stesse ragioni per le quali anche il Regolamento della Camera ammette a sua volta la richiesta di voto segreto sulle votazioni che incidono sul principio, di tutela delle minoranze linguistiche, di cui all'articolo 6 della Costituzione. Pare potersi dire che si è voluto intervenire in questo modo in particolare per evitare che in futuro si possa ancora recuperare, tramite il “grimaldello” delle «norme sulle minoranze linguistiche», la possibilità di chiedere lo scrutinio segreto in materia elettorale, sulla quale al Senato, a differenza della Camera, non è ammesso lo scrutinio segreto su richiesta¹⁰²². Con l'inserimento di un nuovo comma 4-*bis* all'articolo 113, si precisa poi esplicitamente che la richiesta di scrutinio segreto può essere avanzata «solo sulle questioni strettamente attinenti ai casi previsti», stabilendo altresì la possibilità, in relazione all'eventuale carattere composito dell'oggetto di una deliberazione, di procedere alla votazione separata della parte da votare a scrutinio segreto.

3.7. La “regolamentizzazione” delle conseguenze acceleratorie e di strozzamento del dibattito conseguenti alla posizione della questione di fiducia.

Può essere inoltre, in qualche misura, fatto ricomprendere tra il novero degli interventi semplificatori quello che riguarda l'inserimento nella disciplina regolamentare di una analitica normazione delle conseguenze concernenti l'utilizzo della questione di fiducia da parte del Governo, attraverso l'introduzione di tre nuovi commi, il 3-*bis*, 3-*ter* e 3-*quater*, all'articolo 161. Come è noto, l'utilizzo della questione di fiducia non era contemplato nel nuovo Regolamento del Senato del 1971. L'istituto ha fatto la sua comparsa nella disciplina regolamentare di Palazzo Madama solo nel 1988, non in virtù della creazione di una particolare procedura *ad hoc* in caso di attivazione di questo strumento da parte del Governo, ma semplicemente attraverso l'inserimento all'ultimo comma dell'articolo 161 del divieto di utilizzarlo con riguardo alle proposte di modifica al Regolamento e, più in generale, sulle deliberazioni relative alle condizioni di funzionamento interno dell'organo. Questo è rimasto fino ad oggi l'unico riferimento all'istituto contemplato nel Regolamento. Il testo proposto mira in primo luogo a mettere nero su bianco le conseguenze procedurali affermatesi per via di prassi che derivano dall'utilizzo dello strumento, legate in particolare alla «priorità della votazione dell'oggetto sul quale la fiducia è stata posta» e alla circostanza che «Se il voto del Senato è favorevole e l'articolo o l'emendamento [su cui la questione

¹⁰²⁰ V. XVII Legislatura, Senato della Repubblica, Doc. II, n. 38, p. 6.

¹⁰²¹ XVII Legislatura, Senato della Repubblica, Doc. II, n. 38, p. 6.

¹⁰²² A tal proposito, è a tutti noto il reiterato utilizzo strumentale che è stato fatto dell'istituto della questione di fiducia, da parte della maggioranza parlamentare per il tramite del Governo, con riguardo all'*iter* di approvazione della legge n. 165 del 2017, che ha introdotto i nuovi meccanismi per l'elezione delle Camere, proprio al fine di evitare di dover affrontare votazioni a scrutinio segreto degli emendamenti presentati che – appunto – chiamavano “apposta” in causa in particolare «norme sulle minoranze linguistiche».

di fiducia viene posta] sono approvati, tutti i restanti emendamenti, ordini del giorno e proposte di stralcio si intendono preclusi»¹⁰²³. È in effetti sotto questo punto di vista che tale intervento di revisione può non essere necessariamente considerato del tutto “neutro”, nel senso di essere volto “solo” a “regolamentizzare” prassi già esistenti. Questo risulta vero se si considera che nella scrittura di queste regole non si è previsto l’inserimento di alcun – vero (v. *infra*) – aggravio procedurale né di alcun disincentivo che permetta di circoscrivere l’abuso – unanimemente riconosciuto – che oggi si fa di questo istituto a meri fini strumentali. Può infatti dirsi che sostanzialmente a nulla vale l’inserimento della precisazione, al comma 3-ter dell’articolo 161, che «Il Governo sottopone alla Presidenza i testi sui quali intende porre la questione di fiducia, ai fini dell’esame ai sensi degli articoli 8, 97 e 102-bis», ossia per l’effettuazione di controlli che già oggi devono – o meglio dovrebbero – essere compiuti. Sembra in particolare davvero un’illusione pensare che l’introduzione di una simile disposizione possa da sola arginare in qualche modo la presentazione di maxiemendamenti da parte dell’Esecutivo¹⁰²⁴. Non molto più apprezzabile può dirsi il contenuto di quello che si vorrebbe essere il nuovo comma 3-quater del medesimo articolo 161. Se infatti da un lato si potrebbe senz’altro condividere, ad anzi auspicare, l’inserimento esplicito di un divieto per il Governo di modificare emendamenti di sua iniziativa sui quali sia stata posta la questione fiducia, dall’altro non si capisce perché si dovrebbe, come la proposta di modifica fa, lasciare allo stesso la possibilità di «precisarne» il contenuto in particolare «per ragioni di copertura finanziaria». Considerando che l’utilizzo del verbo “precisare”, col quale pare volersi intendere che le eventuali suddette modifiche dovrebbero essere comunque marginali, oltre che sembrare fuori luogo, non rassicura affatto sul tenore minimale degli interventi che potrebbero sul piano pratico considerarsi autorizzati in virtù di questa previsione, in questo modo si legittima in qualche misura il perdurare dell’abusata prassi da parte del Governo di presentare frettolosamente maxiemendamenti dalla portata normativa mastodontica che necessitano di essere corretti in corso d’opera. Più sensata, anche se presta comunque il fianco ad essere utilizzata fraudolentemente per lo scopo appena descritto, è la previsione in base alla quale «precisazioni» dovrebbero potersi formulare da parte dell’Esecutivo, sempre su emendamenti governativi sui quali sia stata posta la questione fiducia, anche per ragioni di «coordinamento formale del testo», anche se sarebbe meglio sottrarre la formulazione delle proposte di coordinamento alla competenza dell’Esecutivo, e «al fine di adeguare il testo alle condizioni formulate, ai sensi dell’articolo 81, terzo comma, della Costituzione, dalla 5^a Commissione permanente».

3.8. Le modifiche relative alla composizione e alla convocazione della Giunta per il Regolamento.

Infine, tra le proposte in qualche misura “pro maggioranza”, possono essere richiamate le modifiche, contenute nell’articolo 1 del testo di riforma, ai primi due commi dell’articolo 18 con riguardo alla composizione – proprio – della Giunta per il Regolamento. Un primo intervento mira a esplicitare la regola, già sostanzialmente invalsa in via di prassi, per cui la composizione della stessa è effettuata «in modo che sia rispecchiata, per quanto possibile, la proporzione esistente in Assemblea tra tutti i Gruppi parlamentari». Una seconda modifica è invece volta ad abbassare da 4

¹⁰²³ «Allo stesso modo la posizione della questione di fiducia su un atto di indirizzo ne determina la priorità della votazione e l’eventuale approvazione preclude tutti gli altri», secondo quanto formalizzato dall’articolo 161, comma 3-bis, così come modificato dall’articolo 3 del testo di riforma.

¹⁰²⁴ Pare invece alludere proprio a questo il senatore Calderoli nella sua relazione introduttiva al testo di riforma, v. *XVII Legislatura, Senato della Repubblica*, Doc. II, n. 38, p. 7.

a 2 il numero dei membri che possono essere chiamati ad integrare la composizione della Giunta al fine di assicurare una adeguata rappresentatività. Va detto che l'orizzonte da cui muove in particolare la seconda previsione pare condivisibile, anche se in effetti il complesso di queste modifiche è come se formalizzasse la politicità del ruolo di quest'organo chiamato dal Regolamento a svolgere funzioni tecniche da esercitare teoricamente in modo imparziale.

Proprio con riguardo alla Giunta per il Regolamento, però, deve registrarsi una delle pochissime misure contenute nel testo di riforma volte ad allargare le prerogative delle opposizioni. Con l'inserimento di un nuovo comma 3-*bis* all'articolo 18, infatti, si prevede l'introduzione della possibilità per minoranze – invero non poco – qualificate, attraverso un'istanza da avanzarsi da parte di uno o più Presidenti di Gruppo la cui consistenza numerica sia pari ad almeno un terzo dei componenti del Senato, di sollevare una questione di interpretazione del Regolamento, che a quel punto deve necessariamente essere sottoposta dal Presidente all'attenzione della Giunta stessa. Si tratta senz'altro di un intervento apprezzabile, anche se in effetti il quorum richiesto per l'attivazione di questo strumento potrebbe essere – quantomeno un po' – abbassato.

4. Il necessario cambio di rotta delle riforme per arginare l'attuale degenerazione della dialettica parlamentare.

Analizzate le principali modifiche contenute nel testo di globale revisione delle regole organizzative e procedurali interne del Senato presentato dalla Giunta per il Regolamento all'Assemblea di Palazzo Madama¹⁰²⁵, è ora possibile effettuare alcune brevi considerazioni complessive.

Per quanto riguarda le misure anti-frammentazione e anti-transfughismo parlamentare proposte, oltre ai dubbi di legittimità e di merito cui si è già fatto cenno, si può aggiungere che pare davvero difficile che le soluzioni pensate in tema di limitazione della frammentazione e del trasformismo parlamentare saranno in grado di sortire gli effetti sperati, potendosi prevedere che queste sul lungo periodo di una legislatura potrebbero avere la sola conseguenza di portare alla formazione di un mastodontico Gruppo misto, magari composto da una miriade di Componenti. È bene ricordare infatti che nel testo in esame, incomprensibilmente rispetto agli scopi dichiarati, non si propone alcuna esplicita limitazione della costituzione di Componenti politiche in seno al Gruppo misto, le

¹⁰²⁵ Oltre a quelle citate, il testo contempla anche diversi altri interventi, alcuni dei quali hanno una certa rilevanza e presentano, come è naturale, a loro volta ricadute rispetto all'andamento di determinate procedure parlamentari. Bisogna dunque almeno citare, seguendo anche in questo caso, per quanto possibile, l'ordine delle modifiche introdotte: la "normalizzazione" della 14^a Commissione permanente competente per le «Politiche dell'Unione europea», cui consegue tutta una serie di conseguenze «con riguardo alla funzione di verifica del rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità degli atti legislativi dell'Unione europea» e si riconnettono altresì modifiche in tema di «esame degli atti preparatori della legislazione europea», ossia rispetto alla c.d. "fase ascendente"; la specificazione dell'attribuzione alla 11^a Commissione permanente della competenza in materia di «lavoro pubblico e privato», oltre che di «previdenza sociale», in modo da permettere alla stessa di «affrontare compiutamente tutti gli aspetti concernenti i rapporti di impiego, compresi quelli alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni»; la previsione dell'ordinario svolgimento delle informative del Governo, ad eccezione di quelle del Presidente del Consiglio, in Commissione; alcune modifiche relative all'attività di indirizzo e di controllo, anche con la positiva precisazione che «In relazione ai pareri sulle nomine governative ad esse assegnati, le Commissioni possono procedere all'audizione del candidato proposto dal Governo», anche eventualmente in sede congiunta con la Camera. Infine, quanto alle «disposizioni di coordinamento che tengono conto del mutato assetto normativo», è sufficiente richiamare i numerosi interventi sostanzialmente di "manutenzione linguistica" volti in particolare a tenere conto, da un lato, dell'evoluzione del processo di integrazione europea, in particolare dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, e del mutato quadro normativo interno in materia di adeguamento al diritto dell'Unione europea, dall'altro, delle variazioni normative, anche di rango costituzionale, che hanno interessato il sistema di approvazione dei documenti di bilancio. V. *XVII Legislatura, Senato della Repubblica*, Doc. II, n. 38, p. 4 ss.

quali benché attualmente a Palazzo Madama non siano regolamentate, sono da sempre ammesse per prassi, peraltro senza la previsione di alcuna soglia minima ai fini della loro formazione.

Un'importante, ennesima, occasione per cercare di porre un limite alla proliferazione di una miriade di Gruppi parlamentari e alla radicale trasformazione di quelli già esistenti in corso di legislatura, cui si connette la necessità di arginare le vere e proprie “migrazioni” di parlamentari cui siamo tristemente abituati ormai da diversi anni, è stata persa poche settimane fa, allorché si è approvata la riforma del sistema elettorale per l'elezione delle Camere.

La vera battaglia per la costruzione di un Parlamento più stabile si combatte infatti sul versante della rappresentanza, a partire dalla selezione di meccanismi per l'elezione dei membri delle Camere in grado di creare naturalmente un legame forte tra eletto ed elettore, stabilendo un vincolo di responsabilità del primo nei confronti del secondo.

Non è affatto un caso che i fenomeni di instabilità politica, da cui discende l'attuale precarietà degli assetti parlamentari, siano diventati intollerabili in particolare¹⁰²⁶ proprio a partire dall'approvazione della legge n. 270 del 2005 (che è la legge con la quale è stato eletto anche il Parlamento attualmente in carica) e dalla conseguente introduzione – soprattutto – del meccanismo del premio di maggioranza. La volontà di creare Governi duraturi che godessero della surrettizia investitura diretta da parte dei cittadini, ha fatto sì che le elezioni si trasformassero in un grande plebiscito mediatico per l'individuazione del vertice dell'Esecutivo, con l'ancillare conseguenza dell'elezione dei parlamentari. La volontà di ricreare in vitro la tanto agognata “governabilità” non ha potuto che condurre così ad un aumento della precarietà degli assetti politici all'interno delle Camere, poiché ha fatto sì che i parlamentari, ormai sganciati da qualsiasi legame con gli elettori, si muovessero all'interno dell'arco politico con molta disinvoltura, cercando di mantenere vivo l'unico vero rapporto concreto che li coinvolgesse, ossia quello con il “capo” acclamato del momento in grado di garantire loro la rielezione.

I nuovi meccanismi per la selezione dei membri delle Camere introdotti con la legge n. 165 del 2017 non contemplano, per le ragioni note, l'attribuzione di un premio di maggioranza, essi tuttavia costruiscono complessivamente un sistema elettorale che ancora una volta, per diverse vie, impedisce comunque la creazione di un legame diretto tra rappresentante e rappresentato¹⁰²⁷. Proprio per questo si dubita che il “semplice” inserimento delle modifiche regolamentari di cui si è detto potrebbe di per sé mettere la parola fine ai “cambi di casacca” e alla “formazione di nuove squadre” all'interno dell'Aula di Palazzo Madama. Bisogna poi dire che le regole che sono state fissate con riguardo alla presentazione – in senso lato – delle liste, che sono peraltro “serventi” al complessivo sistema messo in piedi dal legislatore, non fanno che incentivare la frammentazione politica, con tutto quello che ne conseguirà sul piano della formazione dei Gruppi parlamentari nella prossima legislatura. Da questo punto di vista, basti qui ricordare che si prevede l'esenzione dalla raccolta delle firme per la presentazione delle candidature per i Gruppi presenti in Parlamento

¹⁰²⁶ Anche nella – seppur breve – XII Legislatura e in quella seguente, le prime ad essere nate con l'utilizzo dei nuovi meccanismi elettorali prevalentemente maggioritari previsti dal c.d. Mattarellum, si è assistito ad un'impennata dei “cambi di casacca” e della frammentazione parlamentare. Tuttavia, in quei casi, ciò può farsi risalire in larga misura alla “scomposizione” del vecchio sistema politico registratasi proprio negli anni Novanta del secolo scorso, come in fondo dimostrato dal fatto che già nella XIV Legislatura, formatasi all'esito delle elezioni del 2001 in cui per la terza – e ultima – volta vennero usati quegli stessi meccanismi elettorali, i fenomeni di “migrazione” e “spezzettamento” parlamentare avevano cominciato a diminuire.

¹⁰²⁷ Sul punto, v. A. APOSTOLI, *Il c.d. Rosatellum-bis. Alcune prime considerazioni*, cit., e L. SPADACINI, *La proposta di riforma elettorale all'attenzione del Senato: alcuni dubbi di illegittimità costituzionale*, cit., anche in riferimento alla descrizione che segue nel testo di alcune previsioni contemplate dai nuovi meccanismi elettorali recentemente introdotti.

al 15 aprile 2017, la reintroduzione della possibilità per le liste di collegarsi in coalizione a livello nazionale, la possibilità di presentare liste localistiche e coalizioni parzialmente variabili in relazione all'assenza del divieto di dover presentare in tutte le circoscrizioni tutte le liste che si coalizzano a livello nazionale, infine l'assenza dell'obbligo – per quanto contestabile sul piano costituzionale – per le liste collegate in coalizione di presentare un unico programma e di indicare un unico “capo politico”.

Il secondo ordine di considerazioni che si deve fare, riguarda invece la valutazione del tenore complessivo di tutte le altre modifiche proposte nel testo di riforma, che sono poi quelle che ne orientano globalmente il “segno”.

Si nota come il testo proposto si componga di molti interventi, diversi dei quali non sembrano magari a un primo sguardo in grado di produrre un impatto rilevante rispetto all'andamento dei lavori parlamentari, ma che sommati gli uni agli altri testimoniano una volta di più la volontà di procedere sempre e costantemente in un'unica direzione, ossia quella della velocizzazione del processo decisionale e del contestuale rafforzamento – più o meno diretto – del ruolo del Governo in Parlamento¹⁰²⁸.

Questo testo si colloca dunque nel medesimo alveo delle modifiche – non solo¹⁰²⁹ – regolamentari sistematicamente proposte nelle ultime legislature al fine di snellire e velocizzare – in particolare – l'iter di approvazione delle leggi, le quali a loro volta si posizionano sulla medesima direttrice delle modifiche organizzative e procedurali delle proprie discipline interne effettivamente approvate dalle Camere a partire dall'adozione dei nuovi Regolamenti del 1971¹⁰³⁰, che rispondevano all'esigenza, o sarebbe meglio dire alla volontà, di creare una “democrazia decidente”¹⁰³¹. La proposta si pone dunque in linea anche con il testo di riforma elaborato ad inizio legislatura nell'ambito dei lavori della Giunta per il Regolamento della Camera, anche se va detto che, da questo punto di vista, quest'ultimo si presentava in una veste ancor più integralista.

D'altra parte è nella stessa relazione introduttiva al provvedimento che si legge come lo sforzo sia stato in particolare quello di cercare di rendere il Regolamento «più efficiente», in modo da permettere al Senato di rispondere con «tempestività» alle sollecitazioni che gli pervengono. Posta la contestualmente rivendicata necessità di non sacrificare «l'attenzione verso le esigenze del

¹⁰²⁸ In proposito, M. AINIS, *Il Senato che riscrive le regole*, cit., parla di «iniezione d'efficienza aziendale».

¹⁰²⁹ Basti qui ricordare come, da ultimo, si sia cercato di intervenire direttamente a livello costituzionale, oltre che con l'introduzione del meccanismo del “voto a data certa” (v. *supra*, nota 70), con l'eliminazione del bicameralismo paritario e l'introduzione di un procedimento legislativo ordinario “sostanzialmente monocamerale” secondo quanto disposto dal testo di revisione costituzionale bocciato dal referendum costituzionale del 4 dicembre 2016. Per una ricostruzione puntuale dei nuovi procedimenti legislativi previsti da quel testo di revisione costituzionale, sia consentito rinviare a M. PODETTA, E. TIRA, *I nuovi procedimenti legislativi*, in A. APOSTOLI, M. GORLANI, S. TROILO (a cura di), *La Costituzione in movimento. La Riforma costituzionale tra speranze e timori*, cit., p. 241 ss.

¹⁰³⁰ Nei quali non è affatto vero che fosse assente l'attenzione al momento della decisione, come in modo condivisibile sostenuto in particolare da G. RIVISECCHI, *Regolamenti parlamentari del 1971, indirizzo politico e questione di fiducia: un'opinione dissenziente*, in E. GIANFRANCESCO, N. LUPO (a cura di), *I Regolamenti parlamentari nei momenti di “svolta” della storia costituzionale italiana*, *Giornale di Storia costituzionale*, n. 15/2008, p. 143 ss., p. 143 ss., e ID., *Governo, maggioranza e opposizione a quarant'anni dai regolamenti parlamentari del 1971: dai (presunti) riflessi della stagione consociativa al (presumibile) declino del Parlamento*, cit., p. 1 ss.

¹⁰³¹ Questa espressione, come è noto, si deve a L. VIOLANTE, *Premessa*, in Camera dei deputati, *Modificazioni al Regolamento della Camera dei deputati approvate dall'Assemblea nel 1997*, Roma, Camera dei deputati – Segreteria generale, 1998, p. XI ss. Sul concetto di “democrazia decidente”, cfr. anche L. VIOLANTE, *Il futuro dei Parlamenti*, in ID. (a cura di), *Il Parlamento. Storia d'Italia. Annali 17*, Torino, Einaudi, 2001, p. XXI ss., e T. MARTINES, G. SILVESTRI, C. DECARO, V. LIPPOLIS, R. MORETTI, *Diritto parlamentare*, II ed., Milano, Giuffrè, 2011, p. 14. Commentando il testo di riforma regolamentare presentato al Senato, sottolinea come, a suo giudizio, proprio il «trasformismo organizzato» abbia fino ad oggi «fatto fallire ogni tentativo di trasformare il nostro paese in una democrazia decidente, all'altezza delle grandi liberal-democrazie», G. GUZZETTA, *Finalmente una riforma vera, quella del regolamento del Senato*, cit.

Governo in Parlamento», dato l'affermarsi «di un ruolo maggiormente propulsivo dell'Esecutivo nella determinazione dell'indirizzo politico, anche e soprattutto nell'esercizio del potere legislativo», l'orizzonte di riferimento del riformatore è stato soprattutto quello di «adeguare alle mutate esigenze le disposizioni che hanno dimostrato invece di non saper garantire appieno un giusto contemperamento tra il principio cardine della discussione parlamentare e la necessità di tempi certi di esame»¹⁰³².

Il punto è che la corretta analisi dei dati sulla legislazione e dell'andamento dei lavori parlamentari nelle ultime legislature dimostra chiaramente come quel denunciato sbilanciamento sia ormai da tempo a tutto favore del momento della decisione assunta in tempi rapidi, a causa non solo delle misure acceleratorie via via già introdotte nella disciplina regolamentare, ma anche delle degenerazioni delle prassi.

Partendo da una valutazione errata del “rendimento” della disciplina regolamentare attualmente vigente, il riformatore ha invece deciso, per ciascun ambito regolamentare coinvolto dall'intervento di revisione, di modificare l'assetto vigente snellendo procedure e istituti, sostanzialmente in favore della maggioranza e – indirettamente – del Governo¹⁰³³, prevedendo al contempo l'inserimento di poche e deboli misure di tutela delle prerogative delle minoranze.

A sostegno dell'inserimento nella disciplina regolamentare delle soluzioni proposte, non può nemmeno essere speso l'argomento che proprio alcune delle misure più rilevanti contenute nel testo di riforma, come ad esempio la previsione di una corsia preferenziale attivabile a maggioranza¹⁰³⁴ per l'inserimento privilegiato di alcuni atti nel calendario dei lavori dell'Aula, sul piano pratico non comporterebbero alcun vero cambiamento rispetto all'assetto attuale, dal momento che la maggioranza di turno è già in grado in via di prassi di raggiungere il medesimo risultato. La codificazione di cattive prassi, infatti, non può certo considerarsi un'operazione tecnicamente, oltre che politicamente, neutra, potendo ben costituire l'appiglio futuro per legittimare ulteriori degenerazioni.

Bene avrebbe fatto allora il riformatore a muoversi nella direzione opposta, cercando di mettere qualche puntello in grado di arginare l'attuale degenerazione della dialettica parlamentare invece di sacrificarla ulteriormente sull'altare dell'assunzione unilaterale e frettolosa della decisione politica.

Non frutto di una decisione unilaterale, essendo stato approvato all'unanimità, ma evidentemente figlio della fretta è d'altra parte lo stesso testo elaborato dalla Giunta per il Regolamento del Senato, come testimoniato dalle svariate incongruenze che questo racchiude. Non resta che sperare che l'Assemblea di Palazzo Madama, oltre che correggere queste ultime, possa migliorare l'impianto complessivo della proposta.

¹⁰³² XVII Legislatura, Senato della Repubblica, Doc. II, n. 38, p. 2.

¹⁰³³ Alcune misure sono state esplicitamente previste per evitare il perpetrarsi di comportamenti ostruzionistici da parte delle opposizioni nei pochi spazi nei quali la disciplina regolamentare e la prassi del Senato ancora lo permettono, v. XVII Legislatura, Senato della Repubblica, Doc. II, n. 38, p. 4.

¹⁰³⁴ Una volta che ne abbia fatto richiesta almeno un decimo dei componenti del Senato (v. *supra*, § 3.2).

GENESI DI UN PRECEDENTE: L'INTERPRETAZIONE DELL'ELEZIONE A BASE REGIONALE DEL SENATO DA PARTE DEL PRESIDENTE CIAMPI*

di Andrea Gratteri**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le prime reazioni alla proposta di una legge proporzionale con premio di maggioranza. – 3. Il vizio capace di bloccare tutto e l'intervento del Presidente Ciampi. – 4. Le controindicazioni costituzionali di un'azione di *moral suasion*. – 5. Conclusione: le ragioni per non discostarsi dal precedente interpretativo del 2005.

1. Introduzione.

Nell'autunno del 2005, sul finire della XIV legislatura, in Parlamento fu avviato l'esame della riforma della legge elettorale che poi sarebbe sfociata nella Legge 21 dicembre 2005, n. 270. L'impianto originario di quella legge – come è noto – si basava su un sistema di natura proporzionale con premio di maggioranza per la coalizione di liste risultata prevalente sul piano nazionale, sia alla Camera dei deputati sia al Senato della Repubblica.

In un brevissimo arco di tempo, nelle prime due settimane di ottobre, fu sollevata la questione dell'incompatibilità di un premio di maggioranza e di una soglia di sbarramento nazionali con la disposizione dell'art. 57 secondo cui il Senato è “eletto a base regionale” e il testo della riforma fu emendato. La questione fu discussa in dottrina, fu al centro dell'attenzione e dell'azione del Presidente della Repubblica Ciampi, ebbe un significativo rilievo sulla stampa. L'esito finale fu che – per il Senato – il premio inizialmente attribuito su base nazionale fu trasformato in un premio frammentato su base regionale; inoltre, fu definito un complesso di soglie di sbarramento regionali.

L'obiettivo di questo saggio è di chiarire i tempi e i modi che portarono alla creazione di un precedente interpretativo del concetto della “base regionale” nell'elezione del Senato. Si tratta di un'interpretazione a un tempo controversa e di grande attualità. La conferma del bicameralismo paritario, la diffusa esigenza di applicare sistemi elettorali omogenei a Camera e Senato, la previsione di un premio di maggioranza nazionale per l'elezione della Camera da parte della legge n. 52 del 2015 (fatto salvo dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 35 del 2017) pongono il tema dell'estensione del premio di maggioranza al Senato nel novero delle soluzioni possibili.

In presenza di un premio di maggioranza o di una soglia di sbarramento nazionale per la Camera dei deputati, l'adozione di una soluzione equivalente al Senato appare di immediata efficacia sul piano politico, al punto che agire diversamente può suonare come un “facciamoci del male”, per dirla con Nanni Moretti¹⁰³⁵.

* Contributo sottoposto a *double blind peer review*

** Professore associato di Diritto Costituzionale e Diritto Pubblico Comparato, Università degli studi di Pavia

* Professore associato di Diritto costituzionale nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Pavia.

¹⁰³⁵ Così C. PINELLI, *Sull'elezione del Senato “a base regionale”*, in *Rivista AIC*, 1/2017, che più elegantemente parla di *a self inflicted wound*. Al momento della pubblicazione di questo scritto la Commissione affari costituzionali della Camera

Nella Costituzione vivente, l'interpretazione dell'art. 57 è oggi quella risalente al precedente del 2005. Una lettura mai formalizzata, ma a tutti nota e che può essere ricostruita attraverso l'analisi dei comportamenti degli attori istituzionali che vissero quella vicenda. Primo fra tutti il Presidente della Repubblica.

Anteriormente al 2005 l'interpretazione della “base regionale” non aveva suscitato grande interesse nella dottrina¹⁰³⁶, poiché la sovra-rappresentazione delle Regioni più piccole sarebbe stata esigua al punto da rivelarsi irrilevante¹⁰³⁷. Tuttavia, fra i primi commentatori della Carta costituzionale si fece strada l'idea che l'art. 57 Cost. “ha come sua conseguenza l'imporre che siano stabiliti dei collegi elettorali i quali restino compresi in una sola regione, e non abbraccino territorio di due o più regioni; sì che per il Senato, la legge dovrà adottare necessariamente un sistema di collegi plurimi, con esclusione del collegio unico nazionale”¹⁰³⁸.

Sul tema si possono ritrovare ricostruzioni di carattere storico del dibattito in Assemblea Costituente¹⁰³⁹; o riferimenti, di carattere generale, alla coincidenza del territorio di ciascuna Regione con una circoscrizione elettorale autonoma¹⁰⁴⁰; o, al limite, alcuni tentativi di valorizzare il carattere regionale dell'elezione¹⁰⁴¹. Ma anche l'opzione della valorizzazione regionalistica della “base” elettorale del Senato a cui si richiama l'art. 57 Cost. si è sempre risolta nella sua corrispondenza “ad una mera circoscrizione elettorale, senza che ne possa discendere – *de jure condito* alcun nesso fra il Senato medesimo e le amministrazioni regionali”¹⁰⁴².

2. Le prime reazioni alla proposta di una legge proporzionale con premio di maggioranza.

dei deputati ha adottato un testo base di legge elettorale che prevede una soglia di sbarramento nazionale sia alla Camera dei deputati sia al Senato (Camera dei deputati, Commissione I, 23 maggio 2017, 41 ss.).

¹⁰³⁶ Se ne ha una conferma in C. FUSARO, *Le regole della transizione*, 1995, 32.

¹⁰³⁷ In questo senso v. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, VII ed., Padova, Cedam, 1973, 383.

¹⁰³⁸ Così L. BIANCHI D'ESPINOSA, *Il Parlamento*, in P. CALAMANDREI, A. LEVI, *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze, Barbera, 1950, 14. Nello stesso senso v. G. BASCHIERI, L. BIANCHI D'ESPINOSA, C. GIANNATTASIO, *La Costituzione italiana*, Firenze, Nocchioli, 1949, 255, dove si sostiene che la base regionale esclude il sistema del collegio unico nazionale e rende “necessaria l'adozione di un numero minimo di collegi pari a quello delle Regioni”. La stessa lettura della norma costituzionale è fatta propria da D. NOCILLA, L. CIAURRO, *Rappresentanza politica*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVIII, Milano, 1987, 576 (spec. nota 190), secondo cui la “base regionale” coincide con “un semplice sistema di ripartizione territoriale per l'elezione del Senato, onde i collegi non potrebbero, ad esempio, ricomprendere il territorio di più regioni”. Nello stesso filone interpretativo si colloca anche E. BETTINELLI, *Elezioni politiche*, in *Digesto IV (disc. pubbl.)*, V, Torino, 1991, 16 che ritiene indispensabile “un rapporto immediato tra voti espressi in ciascuna regione e copertura dei seggi alle medesime assegnati”.

Più di recente si segnala A. BARBERA, *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Annali VIII, 2015, 309, secondo cui – sino alla dichiarazione di illegittimità incostituzionale del premio previsto dalla legge Calderoli – la “base regionale” ebbe “un solo significato: che la ripartizione dei seggi avvenisse avendo come unico punto di riferimento una circoscrizione regionale”.

¹⁰³⁹ P. AIMO, *Bicameralismo e Regioni*, Milano, Edizioni di comunità, 1977, 124 ss.; E. BETTINELLI, *Elezioni politiche*, cit., 16, per cui “la base regionale [...] si può considerare un frammento del disegno – arenatosi nel corso dei lavori dell'Assemblea costituente – di escogitare per la seconda Camera un sistema elettorale sostanzialmente differenziato rispetto a quello previsto per l'altro ramo del Parlamento: un sistema, in particolare, che potesse dare una compiuta rappresentanza alle regioni, nella loro specifica realtà territoriale e sociale (oltre che politica)”.

¹⁰⁴⁰ È emblematico in proposito il rapido riferimento di C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Roma, Edizioni ricerche, 1966, 726, che sottolinea la portata imperativa della base regionale, indipendentemente dal fatto che le Regioni a Statuto ordinario non fossero state ancora istituite.

¹⁰⁴¹ Così T. MARTINES, *Art. 56-58*, in *Commentario della Costituzione a cura di G. Branca*, vol. *Le Camere*, I, Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro italiano, 1984, 90-92.

¹⁰⁴² Così L. PALADIN, *Tipologia e fondamenti giustificativi del bicameralismo. Il caso italiano*, in *Quaderni costituzionali*, 1984, 236.

Il disegno di legge di riforma della legge elettorale in discussione alla Camera dei deputati nel 2005 (PDL 2620-A) prevedeva per l'elezione del Senato l'attribuzione di un premio di maggioranza *nazionale* alla coalizione di liste che avesse superato la soglia del 4 per cento sul piano nazionale.

Il dibattito parlamentare fra maggioranza e opposizione si svolse in un clima di acceso contrasto, alimentato dall'accusa di voler approvare una radicale trasformazione della legge elettorale a pochi mesi dalla fine della legislatura per ostacolare o – quantomeno attenuare – la vittoria elettorale dell'opposizione¹⁰⁴³.

Ad obiezioni di natura politica se ne sommarono subito altre di carattere tecnico, in particolare a tutela dell'elezione a base regionale del Senato che – per la prima volta – sarebbe stata influenzata dal voto nazionale e avrebbe visto l'intervento dell'Ufficio centrale nazionale per l'attribuzione e la distribuzione (nelle Regioni) dei 170 seggi garantiti alla coalizione più votata.

Per primo intervenne l'on. Franco Bassanini con un comunicato stampa del 14 settembre 2005 in cui si legge che la proposta di riforma “contrasta con la disposizione dell'art. 57 della Costituzione in almeno in due punti. Si stabilisce infatti che non avranno seggi le liste che, ancorché molto forti in una regione, non raggiungeranno il 4% dei voti su base nazionale. E si attribuisce un premio di maggioranza su base nazionale”¹⁰⁴⁴.

Il 29 settembre in occasione della discussione della proposta di legge alla Camera dei deputati, l'argomento dell'elezione a base regionale del Senato è più volte ripreso.

Innanzitutto il testo in discussione è emendato per eliminare la soglia nazionale del 4 per cento. Il primo degli argomenti presentati da Bassanini fa breccia nella maggioranza che, senza stravolgere l'impianto della riforma, può facilmente tenerne conto, come si ricava dalle parole del relatore, on. Donato Bruno: “l'applicazione di tale soglia avrebbe potuto penalizzare forze politiche minoritarie in ambito nazionale ma dalla rilevante consistenza in ambito locale, il che avrebbe forse potuto suscitare dubbi in ordine al rispetto del principio costituzionale della base regionale”¹⁰⁴⁵.

Il premio di maggioranza nazionale per il Senato per il momento rimane parte integrante della riforma, nella consapevolezza della sua essenzialità, peraltro profeticamente rimarcata dallo stesso Bassanini sin dal primo comunicato stampa: non “si può pensare di stralciare puramente e semplicemente la parte relativa al Senato, con il forte rischio di avere due Camere con maggioranze diverse e contrapposte”.

Sul pieno rispetto dell'art. 57 Cost. si soffermarono alcuni parlamentari dell'opposizione. Il più vivace, fu l'on. Gianclaudio Bressa: “Avete, poi, anche battuto il record mondiale di approssimazione normativa, perché il testo che ci presentate oggi è infarcito di vizi di incostituzionalità. L'articolo 57 della Costituzione (il Senato eletto a base regionale) non lo rispettate: non basta aver eliminato la soglia del 4 per cento nazionale, se avete un premio di maggioranza che modifica la volontà espressa regionalmente dagli elettori”¹⁰⁴⁶.

¹⁰⁴³ Il procedimento subì una drastica accelerazione in seguito alla presentazione in Commissione di due sub-emendamenti da parte del relatore e al conseguente avvio dell'*iter* in assemblea, in proposito v. P.L. PETRILLO, *La nuova legge elettorale per la Camera ed il Senato*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; P. CACOPARDO, *I profili procedurali dell'iter di approvazione della nuova legge elettorale: un'occasione per riflettere sul nodo gordiano dell'obbligatorietà del preventivo esame in commissione*, in *Rassegna parlamentare*, 2006, 1003 ss.

¹⁰⁴⁴ Roma, 14 settembre 2005 (Apcom), in www.bassanini.it.

¹⁰⁴⁵ Camera dei deputati, Seduta n. 680 del 29 settembre 2005, resoconto stenografico, 12.

¹⁰⁴⁶ Camera dei deputati, Seduta n. 680 del 29 settembre 2005, resoconto stenografico, 16.

Nei giorni successivi ebbi modo di contribuire alla tesi dell'incompatibilità del premio di maggioranza nazionale con la base regionale dell'elezione del Senato con un breve saggio pubblicato il 4 ottobre sul *Forum di quaderni costituzionali* e su *Astrid*¹⁰⁴⁷.

Quel saggio conteneva un argomento ulteriore rispetto a quelli già sviluppati. L'interpretazione della base regionale come presupposto di un procedimento elettorale che si *esaurisce esclusivamente in ambito regionale* è avvalorata dal terzo comma dell'art. 57 Cost. per cui *nessuna Regione può avere un numero di senatori inferiore a sette*. Infatti "la Costituzione si preoccupa di attribuire a ciascuna Regione una minima rappresentanza senatoriale, non di distribuire i seggi in maniera irrazionalmente distorta in favore delle circoscrizioni regionali più piccole". Di conseguenza l'articolo 57 "può essere interpretato correttamente solo nel senso che i seggi spettanti ad una Regione (quale che sia la sua dimensione) devono essere attribuiti sulla base dei voti espressi in quella Regione/circoscrizione, senza che la formula elettorale possa risentire del risultato elettorale delle altre"¹⁰⁴⁸.

3. Il vizio capace di bloccare tutto e l'intervento del Presidente Ciampi.

La legge elettorale fu poi approvata il 13 ottobre dalla Camera dei deputati e il 14 dicembre dal Senato in un nuovo testo, privo del premio di maggioranza per il Senato e caratterizzato da una pluralità di premi assegnati in sede regionale. La legge n. 270 fu infine promulgata il 21 dicembre 2005 e presto ribattezzata *Porcellum*¹⁰⁴⁹.

L'interpretazione dell'art. 57 Cost. che ha guidato il procedimento di formazione della legge elettorale nel 2005 può essere ricondotta, oltre che agli argomenti di natura giuridica sopra richiamati, all'azione svolta allora dal Presidente della Repubblica Ciampi.

Nella complessiva vicenda, emergono, in particolare, tre aspetti di significativo rilievo costituzionale:

- a) l'attività di *moral suasion* del Presidente della Repubblica nel corso dell'*iter parlamentare*;
- b) il premio di maggioranza regionale come soluzione obbligata o come scelta politica;
- c) la promulgazione della legge, nonostante i vizi di costituzionalità residui.

La ricostruzione dell'origine di questo precedente interpretativo è possibile, innanzitutto, sulla base delle dichiarazioni del Presidente Ciampi pubblicate nel libro di Umberto Gentiloni Silveri, *Contro scettici e disfattisti*¹⁰⁵⁰ insieme ad ampi stralci dei *Diari* personali di Carlo Azeglio Ciampi conferiti all'archivio storico del Quirinale¹⁰⁵¹. Molti elementi emergono anche dall'intervista

¹⁰⁴⁷ A. GRATTERI, *Un Senato «eletto a base regionale» ... con i voti delle altre Regioni!*

¹⁰⁴⁸ Può essere interessante accostare oggi a questi argomenti le parole di Costantino Mortati durante la discussione sulla prima legge elettorale per il Senato da parte dell'Assemblea costituente: la base regionale – alla luce di una minima riserva di senatori in favore di ogni Regione – è infatti letta come "nucleo territoriale basilare del Senato". Prosegue Mortati: "sembra potersi argomentare senza esitazione da quanto esposto che ogni sistema elettorale, il quale prescindesse dal considerare l'esigenza del vincolo organico fra Regione e Senato e si astenesse dal soddisfarla in una forma qualsiasi, riuscirebbe sostanzialmente incostituzionale, e perciò suscettibile perfino di quelle impugnative con cui la nuova Carta ha inteso garantire il rispetto delle sue statuizioni", *Relazione di minoranza*, 18 gennaio 1948, *Commissione Speciale per l'esame del disegno di legge recante norme per l'elezione del Senato della Repubblica*, (Atto n. 61-A), 4.

¹⁰⁴⁹ In luogo dell'originario *Proporzionellum* varato da Giovanni Sartori in un suo editoriale, *Il proporzionellum aumenterà i partiti*, in *Corriere della Sera*, 15 ottobre 2015, 1.

¹⁰⁵⁰ Pubblicato da Laterza, Roma-Bari, 2013.

¹⁰⁵¹ Il 15 ottobre 2010.

rilasciata da Ciampi a Marzio Breda per il *Corriere della Sera* il 10 marzo 2007. Altre conferme si hanno dalle cronache giornalistiche dei giorni 7 e 8 ottobre 2005.

Nel libro di Umberto Gentiloni si leggono alcune dichiarazioni molto esplicite di Ciampi: “Sulla legge elettorale il governo era irremovibile, voleva cambiarla nonostante le mie obiezioni e il momento non propizio, alla vigilia di una consultazione generale. Non si tratta solo di un problema di costituzionalità, ma anche di opportunità politica. Tuttavia il governo e la maggioranza si impuntarono, modificarono la natura del premio di maggioranza rispetto alle prime bozze che avevo visto e andarono avanti incuranti degli esiti. Con mia sorpresa non incontrarono grandi resistenze in Parlamento e nel Paese. Fu una brutta pagina per le istituzioni”¹⁰⁵².

È lo stesso Ciampi a esplicitare meglio i diversi risvolti della questione, sempre dal libro *Contro scettici e disfattisti*: “Cercai di fermare un’operazione pericolosa, a poco tempo dal voto cambiare le regole del gioco, con un problema di costituzionalità legato al premio di maggioranza e alla sua base nazionale o regionale per il Senato” [...] “Speravo dentro di me che questo vizio potesse far bloccare tutto. Non è un bell’esempio di democrazia quello di modificare la legge elettorale alla vigilia delle elezioni. Ma il mio intervento di *moral suasion* non poteva vincolare gli attori. Ho sempre cercato più volte di marcare il mio punto di vista, sempre ispirandomi al principio ‘essere informato e consigliare’ sul modello se così si può dire della monarchia inglese. Un metodo che adottai con tutti i governi, di centro-destra e centro-sinistra”¹⁰⁵³.

Ciampi dunque lo dice chiaramente: la legge elettorale gli appariva *inopportuna politicamente*, ma non riuscì a far valere questo punto di vista di fronte ad una maggioranza politica molto determinata ad approvare la riforma. L’ostacolo dell’art. 57 appare allora un argomento dirimente e il Presidente fa valere le ragioni di natura giuridica che impediscono l’attribuzione di un premio di maggioranza calcolato su base nazionale per l’elezione del Senato. Ciò avviene attraverso un confronto di natura informale con i vertici del governo, come si ricava dai brevi stralci dei *Diari* sul punto.

Non vi è traccia del contenuto dei *Diari* del Presidente relativamente ai primi giorni di ottobre del 2005 quando si consuma la trasformazione del premio di maggioranza da nazionale a regionale. Dall’appunto del 4 novembre 2005 si ricavano però elementi di grande interesse. Nel momento in cui la legge è stata approvata dalla Camera, ma non ancora dal Senato, Ciampi scrive sulla sua agenda: “Incontro con Berlusconi e Letta. [...] Do notizia mia decisione nomina tre giudici costituzionali (Cassese, Saule, Tesauo). Berlusconi non condivide scelta e mi invita a ripensarci. Rispondo firmando il decreto di nomina. Non intende controfirmare, sostenendo che mie scelte dovrebbero bilanciare un – da lui asserito – squilibrio politico a sinistra della Corte, a lui confermato da due componenti. Mi meraviglio di tutto questo. Poi si passa ai temi dei due disegni di legge: elettorale, ex Cirielli. Al termine si apparta con Letta nella stanza accanto per circa mezz’ora; poi tenta di scambiare sua controfirma con mia assicurazione che promulgherò legge elettorale nell’attuale versione. Mi indigno per la proposta”¹⁰⁵⁴.

Come osserva Umberto Gentiloni, innanzitutto colpisce la durezza del confronto. Si può anche immaginare che – con specifico riferimento alla legge elettorale – i precedenti contatti fra Presidenza della Repubblica e Presidenza del Consiglio avessero in una certa misura guastato le possibilità di una effettiva collaborazione.

¹⁰⁵² Così in U. GENTILONI SILVERI, *Contro scettici e disfattisti*, cit., 221-222.

¹⁰⁵³ *Ivi*, 221.

¹⁰⁵⁴ *Ivi*, 190-191.

È ancora Ciampi, nell'intervista a Marzio Breda del 2010, a rievocare quei momenti. Pur con alcune imprecisioni¹⁰⁵⁵, si fa diretto riferimento a un colloquio telefonico tra il sottosegretario alla Presidenza del Consiglio, Gianni Letta, e il segretario generale del Quirinale, Gaetano Gifuni in cui la Presidenza della Repubblica rilevò "l'incostituzionalità del premio di maggioranza nazionale per il Senato, che si poneva in palese contrasto con l'art. 57 della Costituzione" e che tale obiezione "fu subito accolta dalla Presidenza del Consiglio". Inoltre, prosegue Ciampi, "Gifuni prospettò l'opportunità di abbandonare l'idea di qualsiasi premio di maggioranza per l'elezione del Senato e di mantenere in vita la legge elettorale vigente"¹⁰⁵⁶.

Ecco quindi la causa della preoccupazione di Silvio Berlusconi: dopo aver trasformato il premio nazionale per il Senato in premio regionale, teme che il Presidente della Repubblica ne rilevi comunque l'incompatibilità con la Costituzione in sede di promulgazione. E cerca una rassicurazione sul punto, senza alcuna reticenza.

A distanza di alcuni anni Ciampi ha affermato chiaramente che la violazione dell'art. 57 della Costituzione gli sembrava *il vizio capace di bloccare tutto*. Nel 2005, questa intenzione non poteva sfuggire ai suoi interlocutori, che non potevano però sapere che la promulgazione della legge sarebbe stata effettuata, in ogni caso, nei tempi stabiliti.

È difficile ricostruire con esattezza gli esatti termini in cui il Presidente fu portato a conoscenza della violazione dell'art. 57 Cost. da parte dei suoi consiglieri giuridici. Gli argomenti e le fonti erano quelli sopra richiamati; inoltre, ragionevolmente, vi furono anche contatti con alcuni fra i più illustri costituzionalisti. Lo ricorda Leopoldo Elia in una lettera al *Corriere della Sera* di poco successiva all'intervista a Carlo Azeglio Ciampi e a sostegno delle posizioni dell'ex Presidente: "l'opinione del Presidente emerito è stata condivisa in passato, per fare un esempio, da Livio Paladin, autorevolissimo costituzionalista e regionalista: e, durante l'iter della riforma elettorale di Berlusconi, particolarmente da Gustavo Zagrebelsky, presidente emerito della Corte costituzionale, da Andrea Manzella e dal sottoscritto"¹⁰⁵⁷. Vi accenna Augusto Barbera: "la Costituzione dice espressamente che il Senato è eletto "su base regionale". Si tratta dell'obiezione che Ciampi accolse e che era stata avanzata dal sottoscritto e da altri colleghi"¹⁰⁵⁸.

In un'altra lettera al *Corriere della sera* anche Valerio Onida ribadisce la questione: "durante i lavori parlamentari, furono avanzati dubbi di ordine costituzionale, accreditati fra l'altro al Quirinale, sull'ipotesi di un premio di maggioranza nazionale al Senato, che secondo la Costituzione è eletto su base regionale. L'obiezione era fondata"¹⁰⁵⁹.

4. Le controindicazioni costituzionali di un'azione di moral suasion.

¹⁰⁵⁵ Non è giustificato dai fatti il riferimento all'approvazione del disegno di legge da parte del Consiglio dei ministri ricordato dal Ciampi cui – implicitamente – farebbe seguito l'autorizzazione alla presentazione alle Camere da parte del Presidente della Repubblica ai sensi dell'art. 87.

¹⁰⁵⁶ M. Breda, *Ciampi e l'accusa di Berlusconi. "Gli consiglieri di evitare cambi"*, in *Corriere della Sera*, 10 marzo 2010, 6.

¹⁰⁵⁷ L. Elia, *Elezioni del Senato e premio di maggioranza*, in *Corriere della sera*, 20 marzo 2007, 47.

¹⁰⁵⁸ A. Barbera, *Legge elettorale e sistema politico*, in D. NardeLLa (a cura di), *Per una nuova stagione delle riforme istituzionali*, Atti del seminario di studi sulle riforme istituzionali, Firenze, Fondazione Spadolini Nuova Antologia, 2006, 41. Se ne ha una conferma in L. Salvia, *I giuristi concordanti: no al nuovo sistema*, in *Corriere della sera*, 5 ottobre 2005, 3.

¹⁰⁵⁹ V. Onida, *La legge elettorale*, in *Corriere della sera*, 2 marzo 2007, 49 è curioso notare che la lettera di Onida fu sollecitata da un errore di Sergio Romano che in *Legge elettorale e senatori a vita: due nodi da sciogliere* pubblicato il 28 febbraio 2007 a p. 39 del *Corriere della sera* aveva impropriamente coinvolto la Corte costituzionale nell'interpretazione dell'art. 57 da parte della Presidenza della Repubblica. In calce alla lettera di Onida, Romano riconobbe l'inesattezza e ribadì "Mi è difficile immaginare che il Quirinale abbia lasciato trapelare le sue riserve senza consultare almeno i Presidenti emeriti della Corte".

La legge 21 dicembre 2005, n. 270 può quindi essere considerata come la conseguenza dell'azione di *moral suasion* posta in essere dal Presidente Ciampi nel corso dell'*iter* parlamentare e dalla sua conseguente promulgazione.

Le pressioni per l'eliminazione del premio di maggioranza nazionale per il Senato sono spesso state lette come una legittimazione della soluzione subordinata dei premi regionali. Come se il Presidente Ciampi ne fosse stato l'ispiratore, quando in realtà furono i sostenitori della riforma a prospettare, sin dall'inizio, la soluzione della frammentazione del premio: "Basterebbe far valere il premio di maggioranza non a livello nazionale ma nelle singole regioni: in alcune potrebbe scattare per una coalizione in altre per quella avversaria" ebbe a dichiarare Paolo Armaroli il 5 ottobre 2005 sul *Corriere della sera*¹⁰⁶⁰.

Fu probabilmente Giovanni Sartori il primo commentatore a ricondurre, in modo inesatto, questa opzione all'operato del Presidente della Repubblica, definendo il premio Regione per Regione un errore non necessario¹⁰⁶¹. Questa sorta di leggenda metropolitana si diffuse però rapidamente; se ne trova una traccia anche nei diari di Ciampi al momento dello scioglimento delle Camere in vista delle elezioni politiche del 9 e 10 aprile 2006: "Trattengo poi Berlusconi con Pisanu e Letta per sottolineare una sua inesattezza in una trasmissione in tv: ha detto che il Quirinale gli ha chiesto per legge elettorale il premio di maggioranza regionale al Senato su base regionale. Non è vero. Lo riconosce e si impegna a rettificare"¹⁰⁶². Di questa rettifica, tuttavia, non si trova traccia. Ad ogni modo fu solo nel 2007 che Carlo Azeglio Ciampi ebbe modo di chiarire che la Presidenza della Repubblica "non pensò mai di suggerire la sostituzione del premio nazionale con tanti premi di maggioranza regionali"¹⁰⁶³. Ed anche in quella occasione non mancò chi insistette nel riproporre la tesi della paternità della Presidenza della Repubblica del premio regionale¹⁰⁶⁴.

Antonino Spadaro ha sottolineato che il metodo della *moral suasion* (o contrattazione preventiva che dir si voglia) è estremamente discutibile, in quanto determina uno scarto fra un potere condiviso fra due soggetti (Presidente e Governo) e la responsabilità di un soggetto solo (il Governo). Inoltre, nel caso specifico della legge elettorale, il rimedio si è rivelato assai poco efficace a causa di una eterogeneità dei fini, mentre deve essere rimarcata la "necessità che il Presidente della Repubblica, nei rapporti con l'Esecutivo, si attenga invece all'evangelico sì-sì/no-no"¹⁰⁶⁵. Anche Andrea Pugiotto, già nel 2004 con riferimento al c.d. lodo Maccanico, ha avuto modo di mettere in luce gli snodi critici della prassi della *moral suasion*: "l'attivismo legislativo del Capo dello Stato – tanto più se reso pubblico da 'ambienti del Quirinale' solitamente ben informati – sterilizza il potere costituzionale di rinvio fino a trasformarlo in altro da sé"¹⁰⁶⁶.

In questa vicenda, la difficoltà di separare la responsabilità connessa a decisioni tipicamente politiche da un'attività ispirata al *right to warn* emerge in tutta la sua complessità. Anche, e

¹⁰⁶⁰ Nel citato articolo del 5 ottobre di Lorenzo Salvia. Salvo poi sostenere che la soluzione del premio regionale era stata suggerita dal Quirinale, così P. ARMAROLI, *Legge elettorale la doppia partita dell'opposizione*, in *il Giornale*, 9 dicembre 2005.

¹⁰⁶¹ G. SARTORI, *Il proporzionellum aumenterà i partiti*, cit., 1.

¹⁰⁶² Dal Diario del 11 febbraio 2006, citato in U. GENTILONI SILVERI, *Contro scettici e disfattisti*, cit., 219.

¹⁰⁶³ M. BREDA, *Ciampi e l'accusa di Berlusconi. "Gli consiglieri di evitare cambi"*, cit., 6.

¹⁰⁶⁴ Così l'on. Fabrizio Cicchitto citato in L. FUCCARO, *Legge elettorale, il Colle incalza: la riforma è un'esigenza del Paese*, in *Corriere della sera*, 11 marzo 2007, cui replica Leopoldo Elia nella citata lettera al *Corriere della sera* del 20 marzo 2007.

¹⁰⁶⁵ Così A. SPADARO, *I diversi tipi di responsabilità del Capo dello Stato nell'attuale forma di governo italiana*, in *Rivista AIC*, n. 1/2011, 20.

¹⁰⁶⁶ A. PUGIOTTO, *"Veto players" e dinamiche istituzionali nella vicenda del "lodo Maccanico"*, in *Quaderni costituzionali*, 2004, 266.

soprattutto, in considerazione del mancato esercizio del potere di rinvio in sede di promulgazione della legge da parte del Presidente Ciampi¹⁰⁶⁷.

5. Conclusione: le ragioni per non discostarsi dal precedente interpretativo del 2005.

L'interpretazione dell'art. 57 della Costituzione, per cui il Senato è eletto a *base regionale* senza che il risultato nazionale possa avere una qualsiasi influenza, è il frutto di quella vicenda. Si tratta di un precedente. Agli interpreti e ai protagonisti di oggi spetta valutare se quegli argomenti sono ancora validi o meno.

In dottrina l'attenzione al premio di maggioranza ha in genere assorbito il tema della soglia di sbarramento nazionale, in una pluralità di posizioni diversificate.

Da un lato vi è chi vede nell'art. 57 un vincolo insormontabile alla introduzione di un premio di maggioranza, sul presupposto che "l'elezione dei senatori si svolge e si conclude entro il territorio di ciascuna regione"¹⁰⁶⁸ in quanto "non vi devono essere per queste elezioni elementi di una Regione che concorrano ad eleggere i senatori di altre Regioni"¹⁰⁶⁹. Si possono ricordare, senza pretese di esaustività, alcuni fra gli autori che più si sono soffermati sul tema: Manzella¹⁰⁷⁰; Fusaro e Rubechi¹⁰⁷¹; Agosta¹⁰⁷²; Spadacini¹⁰⁷³; Gliotti¹⁰⁷⁴; Riviezzo¹⁰⁷⁵, oltre a quanti sono già stati ricordati nella ricostruzione degli eventi dell'autunno del 2005.

Molti altri autori ritengono, invece, che l'art. 57 debba essere interpretato diversamente. Fra questi autorevolmente si possono ricordare Lanchester, Luciani, Ceccanti, Pinelli, Morrone, Zanon, Tarli Barbieri, D'Aloia¹⁰⁷⁶.

¹⁰⁶⁷ Sul punto v. I. PELLIZZONE, 227 ss., 276 ss. che sottolinea le difficoltà connesse a un esercizio equilibrato del potere di rinvio in presenza di contatti preventivi fra Presidenza della Repubblica e maggioranza di governo e che in tutti questi casi "il Capo dello Stato ha proceduto a rapide promulgazioni". Sono poi molto interessanti, addirittura quasi preveggenti, le considerazioni di L. ELIA, *Leggi elettorali e "moralis suasion"*, in *Europa*, 27 ottobre 2005, dove si propone un ribaltamento di prospettiva: "la 'moral dissuasion' più autentica è quella che consiste nell'indicare al vertice governativo della maggioranza che alcune norme dei testi in corso di elaborazione sono manifestamente incostituzionali, e, che, nel caso sopra esaminato, è in armonia con la Costituzione solo la proporzionale senza premio o il sistema della legge modificata dopo il referendum del 1993. In questo modo il presidente non solo non si lega le mani per l'esercizio del potere di rinvio alle camere, ma anzi, se, nella sua libera determinazione, addivenisse a questa misura sempre impegnativa, potrebbe anche dire che aveva tempestivamente avvertito chi di dovere della incostituzionalità".

¹⁰⁶⁸ L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 3° ed., 1999, 286.

¹⁰⁶⁹ Così Egidio Tosato in occasione della discussione finale in Assemblea Costituente, seduta del 6 dicembre 1947.

¹⁰⁷⁰ A. MANZELLA, *Il Senato e l'alternativa del diavolo*, in *La Repubblica*, 5 novembre 2005, 1.

¹⁰⁷¹ C. FUSARO, M. RUBECCHI, *Art. 57*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. II, Torino, Utet, 2006, 1147 s.

¹⁰⁷² A. AGOSTA, *Dal bipolarismo assoluto al bipartitismo tendenziale: attraverso il proporzionale*, in *La riforma elettorale*, Firenze, Passigli, 2007, 143 ss. che ricorda che l'elezione su base regionale implica non "soltanto l'esatta rispondenza dei senatori eletti in ciascuna regione con il numero dei seggi spettante, in applicazione della norma costituzionale. Ma, anche, il rispetto, almeno tendenziale, degli effettivi orientamenti politici espressi dall'elettorato regionale".

¹⁰⁷³ L. SPADACINI, *I limiti alla discrezionalità del legislatore in materia elettorale desumibili dalla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, gennaio 2014, 27 ss., che presenta una argomentazione analitica volta ad avvalorare tale interpretazione dell'art. 57 Cost.

¹⁰⁷⁴ V. A. GIGLIOTTI, *Sui principi costituzionali in materia elettorale*, in *Rivista AIC*, 4/2014, 10 ss., che riconduce in termini espliciti il divieto di soglia di sbarramento nazionale all'art. 57 Cost.

¹⁰⁷⁵ A. RIVIEZZO, *Uguaglianza del voto e sistema politico: alcune coordinate per una legislazione elettorale secundum constitutionem*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, febbraio 2014, 15 s.

¹⁰⁷⁶ In proposito v. F. LANCHESTER, *La corte e il voto: riflettendo su un comunicato stampa*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, n. 1/2017, 9; M. LUCIANI, *A lezione di storia*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, n. 1/2017, 4; S. CECCANTI, *Tre brevi riflessioni: motivazioni per il no al ballottaggio, auto-applicatività garantita, modifiche opportune per un'armonizzazione ragionevole*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, n. 1/2017, 4; C. PINELLI, *Sull'elezione del Senato a "base regionale"*, in *Rivista AIC*, 1/2017;

In particolare Tarli Barbieri si sofferma sull'art. 57 Cost. per sostenere che sarebbe eccessivo attribuirgli il significato di impedire un "premio di maggioranza nazionale tale da alterare i rapporti di forza locali", poiché in questo modo si giungerebbe "all'affermazione dell'incostituzionalità anche della legge Mattarella (nella vigenza della quale si sarebbe potuta verificare l'ipotesi di un partito più votato a livello regionale ma con meno seggi, dato il sistema prevalentemente maggioritario articolato in collegi uninominali)"¹⁰⁷⁷.

Il riferimento alla legge Mattarella non sembra però pertinente. È vero che quel sistema valorizzava il voto dei collegi uninominali, ma lo faceva pur sempre all'interno della Regione, in ambiti territoriali sub-regionali. In questo modo il vincolo della base regionale non è messo in discussione: ciò che lede la base regionale è l'influenza del voto espresso al suo esterno, non l'incidenza del voto espresso nelle articolazioni territoriali interne alla Regione¹⁰⁷⁸.

In ogni caso, ciò che è evidente è che vi sono due prospettive interpretative diverse e – sostanzialmente – non conciliabili fra loro. In presenza di queste contrapposizioni, quali elementi nuovi potrebbero modificare il precedente interpretativo del 2005?

La Corte costituzionale, nella sua recentissima sentenza n. 35 del 2017, ha – indirettamente – aggiunto altri argomenti al tema in discussione.

Un primo aspetto riguarda la funzione che viene attribuita alla ripartizione del territorio nazionale in circoscrizioni proporzionali alla popolazione da parte dell'art. 56 Cost. per la Camera dei deputati. Secondo la Corte costituzionale l'art. 56, comma 4, Cost. "non può essere infatti inteso nel senso di richiedere, quale soluzione costituzionalmente obbligata, un'assegnazione di seggi interamente conclusa all'interno delle singole circoscrizioni, senza tener conto dei voti che le liste ottengono a livello nazionale (come, ad esempio, nel caso di un sistema elettorale interamente fondato su collegi uninominali a turno unico; oppure di un sistema proporzionale con riparto dei seggi solo a livello circoscrizionale, senza alcun recupero dei resti a livello nazionale)".

Questa interpretazione, che è in sostanza quella che deriva dal precedente del 2005, non potrebbe però essere estesa all'art. 57 che disciplina la stessa materia per il Senato. Infatti la *base regionale* e la *riserva di un numero minimo di seggi* in favore delle Regioni più piccole, valorizza quell'elemento di natura territoriale che può invece essere posto in secondo piano nell'elezione della Camera dei deputati¹⁰⁷⁹.

A: MORRONE, *Audizione alla Commissione Affari costituzionali della Camera dei deputati in materia di riforma elettorale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, febbraio 2014, 7; N. ZANON, *Legge elettorale e sistema politico*, in D. NARDELLA (a cura di), *Per una nuova stagione delle riforme istituzionali*, cit., 46, che ritiene "che sia puro "costruttivismo costituzionale" (atteggiamento che deduce dalla Costituzione molto più di quanto essa non dica) ricavare la necessità della "spalmatura" del premio su ciascuna singola regione dalla semplice frase "Il Senato è eletto a base regionale"; A. D'ALOIA, *Una riforma da riformare*, in C. DE FIORES (a cura di), *Rappresentanza politica e legge elettorale*, Torino, Giappichelli, 2007, 77 ss.; D. ARGONDIZZO, *Legge elettorale: umiltà chiede onestà intellettuale*, in *Forum di quaderni costituzionali*, gennaio 2008. Fra i più recenti interventi v. C. SBAILÒ, *Legge elettorale: risposte ai quesiti della prima commissione della Camera dei deputati*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, marzo 2014, 6.

¹⁰⁷⁷ G. TARLI BARBIERI, *La base regionale dell'elezione del Senato: uno "scoglio" costituzionale per la legislazione elettorale in attesa di una futura (ma incerta) revisione dell'assetto bicamerale del Parlamento*, in *Le Regioni*, 2013, 506 s. Per una valorizzazione estrema della base regionale v. A. RIVIEZZO, cit., 15, che individua nella creazione di venti collegi plurinominali la soluzione più coerente con il dettato costituzionale.

¹⁰⁷⁸ Su questo punto si espresse in Assemblea Costituente Tommaso Perassi: "Il primo comma dell'articolo dice «a base regionale»; non dice: «circoscrizioni regionali» [...] Vuol dire che entro ciascuna Regione si faranno, per quanto concerne il numero dei senatori, tanti collegi uninominali", Assemblea Costituente, seduta del 7 ottobre 1947.

¹⁰⁷⁹ Sul punto v. M. D'AMICO, S. LEONE, *Audizione resa il 3 marzo 2017 nell'ambito di una indagine conoscitiva innanzi alla Commissione I (Affari costituzionali, della Presidenza del Consiglio e interni) della Camera dei Deputati, nel corso dell'esame delle proposte di legge recanti modifiche alla legge elettorale (C. 2352 e abb.)*, in *Osservatorio AIC*, 1/2017, 9, che precisano che il riferimento

Una seconda questione è accennata in chiusura della motivazione, dove si legge, che “la Costituzione, se non impone al legislatore di introdurre, per i due rami del Parlamento, sistemi elettorali identici, tuttavia esige che, al fine di non compromettere il corretto funzionamento della forma di governo parlamentare, i sistemi adottati, pur se differenti, non ostacolino, all’esito delle elezioni, la formazione di maggioranze parlamentari omogenee”.

Da un punto di vista politico, il passo per rinvigorire la proposta di un premio di maggioranza nazionale anche per il Senato non è molto lungo. Anche se, va sottolineato, la Corte si è, oggettivamente, limitata a sollecitare il legislatore a favorire una maggiore omogeneità delle leggi elettorali per i due rami del Parlamento, senza indicare la direzione o i modi di tale convergenza. Tuttavia le iniziative in questo senso non sono mancate e il tema è stato frequentemente al centro del confronto fra gli attori politici¹⁰⁸⁰.

Indubbiamente è bene sgombrare il campo dell’interpretazione giuridica dalle ragioni dell’opportunità politica. È a tutti evidente che nel 2005 il motore della reazione dei costituzionalisti, e del Presidente della Repubblica, fu l’avversione alla riforma elettorale promossa dal centro-destra e poi divenuta il *Porcellum*. Avversione che sorse sul piano dell’opportunità politica di quella legge nel suo insieme e che fu sostenuta da valutazioni di carattere giuridico.

Non vale però l’argomento contrario. L’interpretazione costituzionale deve essere ancorata alle disposizioni della Costituzione e alla loro *ratio*, non può essere manipolata a piacere a seconda delle convenienze o dell’ampiezza del consenso politico attorno alle soluzioni prospettate.

È bene allora ricordare le argomentazioni di un parlamentare di opposizione che, nel 2005, espresse in modo articolato alcune delle motivazioni che consigliavano di non ricorrere a un premio di maggioranza nazionale per il Senato e che contribuirono quindi alla nascita del precedente interpretativo avallato dal Presidente Ciampi: “il primo comma dell’articolo 57 della Costituzione stabilisce che il Senato deve essere eletto a base regionale. Questo non vuol dire con circoscrizioni regionali; peraltro, queste vi sono anche per l’elezione della Camera, con metà delle circoscrizioni elettorali che sono su base regionale (dalle Marche alla Sardegna, dall’Umbria all’Abruzzo, dalla Calabria alla Basilicata). Vuol dire invece un sistema elettorale che attribuisce i seggi esaurendosi esclusivamente in ambito regionale. Questo è il significato dell’espressione «eletto a base regionale»: un sistema in cui l’attribuzione dei seggi si esaurisce nell’ambito regionale. Ciò è ancora più chiaro dopo la modifica della Costituzione in materia di voto degli italiani residenti all’estero. L’articolo 57 della Costituzione dice infatti che il Senato è eletto a base regionale, salvo i seggi assegnati alla circoscrizione Estero. Non si dice «salvo i seggi assegnati con il premio di maggioranza nazionale e quindi assegnati al di fuori della regione» (ma soprattutto alterando le risultanze del voto espresso nell’ambito regionale, come espressamente prevede il comma 3 dell’articolo 17 di questa riforma che oggi esaminiamo). Non c’è spazio, colleghi, per questo sistema nella Costituzione. Esso vi stride in maniera insuperabile”¹⁰⁸¹.

Quel parlamentare era Sergio Mattarella¹⁰⁸².

della Corte costituzionale è “al sistema elettorale della Camera (non del Senato, dove vige la regola costituzionale che vuole il Senato eletto “su base regionale”)”.

¹⁰⁸⁰ Si vedano in proposito le proposte di legge C. 4262 Toninelli e C. 4183 Lauricella presentate rispettivamente il 31 gennaio 2017 e il 21 dicembre 2016.

¹⁰⁸¹ Camera dei deputati, Seduta n. 680 del 29 settembre 2005, resoconto stenografico, 47-48.

¹⁰⁸² Da costituzionalista Sergio Mattarella ebbe modo di soffermarsi sull’interpretazione della base regionale dell’art. 57 per constatare che: “è al futuro che in definitiva viene affidata l’esplicitazione del principio”, così S. MATTARELLA, *Il bicameralismo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1983, 1165, dove si valutano, in particolare, le possibili proposte di riforma della seconda camera.

PROFILI GIURIDICI E ASPETTI PROBLEMATICI DEI REFERENDUM DI SECESSIONE. UN'ANALISI COMPARATA*

di Laura Frosina**

SOMMARIO. 1. Premessa. 2. La questione del Québec e i referendum secessionisti del 1980 e del 1995 2.1. Il giudizio di *Secession reference* della Corte Suprema del Canada. 2.2. Dalle aperture della Corte Suprema alla chiusura legislativa: il *Clarity Act* e la risposta legislativa del Québec. 3. Un tentativo di democratizzare la secessione per via referendaria: il caso del Montenegro. 4. Il referendum indipendentista scozzese del 18 settembre 2014: un esempio di *good practice* nel diritto comparato. 5. La rivendicazione del cd. *derecho a decidir* e la consultazione popolare sull'indipendenza della Catalogna del 9 novembre 2014. 5.1. La deriva verso la secessione unilaterale e il referendum "illegale" del 1° ottobre 2017. 6. Conclusioni.

1. Premessa

L'intensificarsi dei fenomeni separatisti e delle richieste di referendum sull'indipendenza, oltre a essere il segnale di una rinnovata crisi della sovranità e dello Stato-nazione, offre uno spunto interessante per riflettere sui referendum di secessione nel diritto comparato¹⁰⁸³.

I referendum di secessione non rappresentano un fenomeno nuovo ma storicamente hanno avuto un'estesa e diversificata applicazione in base al contesto giuridico e al quadro geopolitico di riferimento. I dati della prassi rivelano che dal secondo dopoguerra si sono svolti più di 50 referendum con una connotazione indipendentista¹⁰⁸⁴, molti dei quali inseriti nel processo di decolonizzazione e collegati, quindi, al principio di autodeterminazione ampiamente riconosciuto dal diritto internazionale¹⁰⁸⁵. Un'elevata concentrazione di referendum di tal natura si è avuta negli anni 90 del secolo scorso nell'ambito dei complessi e turbolenti processi di disgregazione dell'Unione sovietica e della Repubblica federale socialista di Jugoslavia¹⁰⁸⁶, che hanno portato alla creazione e al riconoscimento a livello internazionale di un nuovo numero di Stati¹⁰⁸⁷.

Il prevalere di fenomeni secessionisti in contesti con una limitata esperienza democratica non significa che siano sconosciuti a realtà democratiche. Negli anni più recenti si è assistito all'emergere di nuove rivendicazioni indipendentiste negli Stati caratterizzati da una consolidata tradizione democratica, come ad esempio è accaduto nel Regno Unito, in

* Contributo sottoposto a double *blind peer review*

** Dottore di ricerca in Teoria dello Stato e istituzioni politiche comparate, Università degli studi di Roma "La Sapienza"

¹⁰⁸³ V. R. De Caria, *I referendum indipendentisti*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4, 2014, p. 1611-1627.

¹⁰⁸⁴ M. Qvortrup, *New development: the comparative study of secession-referendums*, in *Public money and*

management, n. 34, 2014. ID., *Referendums on Independence, 1860-2011*, in *Political Quarterly*, n. 1, 2014, p. 57. Sui *referendum sovereignty* si rinvia, in particolare, a I. Gökhan Sen, *Sovereignty referendums in International and Constitutional Law*, Springer, 2015.

¹⁰⁸⁵ Sul principio di autodeterminazione v. G. Arangio Ruiz, *Autodeterminazione (diritto dei popoli alla)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, 1988, pp.1-13. Per un'analisi esaustiva dei processi di autodeterminazione e secessione nel diritto internazionale si rinvia a A. Tancredi, *La secessione nel diritto internazionale*, Padova, Cedam, 2001.

¹⁰⁸⁶ Su queste vicende v. R. Scarciglia, *Profili costituzionali della secessione: dall'esperienza canadese all'indipendenza del Kosovo*, in *Diritto della Regione*, n. 5-6, 2009, pp. 163-177.

¹⁰⁸⁷ J. Crawford, *The creation of States in International Law*, Oxford, University press, 2007; A. Pavkovic, P. Radan, *Creating new states*, Aldershot, Ashgate, 2007.

Spagna e infine in Italia. Ciò è avvenuto parallelamente a un più generale e ampio fenomeno di crisi della politica e della democrazia rappresentativa e di rinnovata espansione della democrazia diretta e della democrazia referendaria, di cui i referendum indipendentisti sono una delle tante espressioni¹⁰⁸⁸. I fenomeni indipendentisti più recenti hanno riattualizzato e vivacizzato il dibattito sulla secessione, rompendo quello che ha rappresentato in passato e rappresenta tuttora un tabù costituzionale, e spostando l'attenzione della dottrina sulle problematiche connesse a una sua proceduralizzazione.

In questo contesto acquista particolare interesse il tema dei referendum di secessione, per l'analisi dei quali si rende necessario, in *primis*, individuarne i tratti identificativi. I referendum di secessione rientrano nella più generale categoria dei *referendum sovereignty*¹⁰⁸⁹ che, per riprendere la definizione di Auer, si configurano come: “..popular consultations pertaining to territorial modifications, the independence of state, the self-determination of a decentralised community or adhesion of a state to a supranational organisation”. In sostanza in questa categoria rientrano tutti i referendum che incidono sui poteri sovrani dello Stato e, nello specifico: i referendum aventi a oggetto trattati o accordi di adesione e recesso da organismi sovranazionali, o comunque limitazioni della sovranità statale (come quelli relativi all'adesione e al recesso dall'Unione europea e i trattati comunitari in generale); i referendum territoriali di autodeterminazione volti alla risoluzione di dispute territoriali, alla definizione di questioni di confine (*border referendum*), all'annessione di un territorio a uno Stato, alla fusione di più entità in un nuovo Stato e, infine, i referendum di secessione per il conseguimento dell'indipendenza e la costituzione di nuovi Stati¹⁰⁹⁰. Questi ultimi si contraddistinguono proprio in quanto hanno ad oggetto l'indipendenza dallo Stato di appartenenza e risultano preordinati alla costituzione di un nuovo soggetto statale, caratteristiche che ne evidenziano la peculiare valenza politico-costituzionale. Questa tipologia si articola -a sua volta- in: referendum *de facto* promossi autonomamente da gruppi indipendentisti e collegati a processi di secessione unilaterale; referendum *de iure* sull'indipendenza svolti nel contesto della decolonizzazione e nel rispetto delle regole stabilite dal diritto internazionale (Algeria 1961, Timor Est 1999); referendum *de iure*, al di fuori del contesto della decolonizzazione, previsti da un Trattato o un accordo internazionale, dalla Costituzione, o dalla legge di uno Stato, collegati a processi di secessione negoziata e consensuale (Sudan meridionale 2011; Montenegro 2006).

L'ulteriore sub-partizione dei referendum di secessione spiega perché trovino il proprio fondamento giuridico tanto nel diritto internazionale quanto nel diritto costituzionale, e talvolta nella loro reciproca interazione, richiedendo per la loro analisi un approccio metodologico interdisciplinare¹⁰⁹¹.

Nei Trattati internazionali, o negli accordi aventi a oggetto la risoluzione di questioni territoriali, il referendum viene generalmente configurato come un requisito procedurale fondamentale per offrire legittimazione a un processo indipendentista; un requisito

¹⁰⁸⁸ Sul tema più di recente v. E. Palici di Suni, *Democrazia diretta e partecipazione popolare nell'era di Internet*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n.4, 2014, p. 1543 ss; M. Volpi, *Referendum e iniziativa popolare: quale riforma?*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2, 2016; P. Bilancia, *Democrazia diretta vs Democrazia rappresentativa. Profili problematici nel costituzionalismo contemporaneo*, in *Federalismi.it*, n. 1, 2017.

¹⁰⁸⁹ A. Auer, *National referendum in the process of European Integration: Time for change*, in A. Albi, J. Ziller (eds), *The European Constitution and National Constitutions. Ratification and beyond*, Netherland, Kluw Law international, 2007, p. 262.

¹⁰⁹⁰ Sui referendum di secessione come tipologia dei referendum sui poteri sovrani v. nella dottrina italiana M. Volpi, *L'organizzazione costituzionale*, in G. Morbidelli, L. Pegoraro, A. Rinella, M. Volpi, *Diritto pubblico comparato*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 480.

¹⁰⁹¹ P. Radan, *Secessionist Referenda in International and Domestic Law*, in M. Qvortrup (a cura di) *Nationalism, Referendums and Democracy. Voting on Ethnic Issues and Independence*, London, Routledge, 2014, p. 9 e ss.

supplementare per dimostrare che il processo di secessione e creazione di un nuovo Stato non si è compiuto in violazione dello *jus cogens*, nonostante non esista una regola nel diritto internazionale che ne richieda obbligatoriamente lo svolgimento¹⁰⁹².

Nelle Costituzioni che prevedono e regolano il diritto di secessione, il referendum viene configurato come un passaggio chiave dell'intera procedura, dal cui esito dipende la creazione e l'eventuale riconoscimento di un nuovo Stato. Si tratta di rarissime eccezioni, posto che la maggior parte delle Costituzioni contemporanee, attraverso dichiarazioni sull'indivisibilità dello Stato, l'integrità territoriale e l'unità nazionale, vieta -più o meno esplicitamente- la secessione, che si pone in aperto contrasto con tali principi fondamentali. Anche a livello dottrinale la secessione viene considerata prevalentemente un atto di rottura rispetto all'ordine costituito, proprio in quanto contraria al principio di unità posto a fondamento degli ordinamenti statali¹⁰⁹³. Le uniche carte costituzionali che attualmente prevedono la secessione sono la Costituzione della Federazione di St Kitts e Nevis del 1983, la Costituzione della Repubblica Federale e Democratica dell'Etiopia del 1995 e la Costituzione del Principato del Liechtenstein del 1921. Le procedure disciplinate in queste carte costituzionali prevedono sempre la celebrazione di un referendum come strumento di verifica preliminare dell'esistenza di una volontà popolare favorevole alla secessione, anche se risultano talmente complesse da renderla quasi impraticabile nella prassi¹⁰⁹⁴.

¹⁰⁹² Il referendum ha acquisito un'importanza crescente nel diritto internazionale, soprattutto in seguito ai processi di smembramento dell'Unione sovietica e della Repubblica federale socialista di Jugoslavia. In particolare, lo strumento referendario è stato valorizzato come passaggio procedurale fondamentale ai fini del riconoscimento degli Stati indipendenti di Bosnia-Erzegovina, Croazia, Macedonia e Slovenia, nel quadro delle opinioni rese dalla Commissione arbitrale per l'ex Jugoslavia. Su questi aspetti v. J. Crawford, *op. cit.*, p. 417. In dottrina è stato affermato che «a free territorial referendum is emerging as a procedural *conditio sine qua* for any territorial reapportionment» A. Peters, *Sense and Nonsense of Territorial Referendums in Ukraine, and Why the 16 March Referendum in Crimea Does Not Justify Crimea's Alteration of Territorial Status Under International Law*, in *EJIL: Talk!* del 16 aprile 2014 disponibile su www.ejiltalk.

¹⁰⁹³ Sugli aspetti teorici della secessione v. C. Margiotta, *L'ultimo diritto: profili storici e teorici della secessione*, Bologna, Il Mulino, 2005; D. Tosi, *Secessione e Costituzione tra prassi e teoria*, Torino, Giappichelli, 2007. Sulla dottrina minoritaria che sostiene l'opportunità di costituzionalizzare la secessione si rinvia, tra gli altri, a M. Jovanovic, *Constitutionalizing Secession in Federalized States: A Procedural Approach*, Utrecht, Eleven International Publishing, 2007; D. Haljan, *Constitutionalising secession*, Oxford and Portland, Oregon, Hart publishing, 2014; S. Mancini, *Costituzionalismo, federalismo e secessione*, in *Istituzioni del Federalismo* n. 4, 2014.

¹⁰⁹⁴ Va ricordato che la Costituzione etiopica riconosce e regola il diritto di secessione all'articolo 39, comma 4, prevedendo che la domanda di secessione di una nazione, di una nazionalità, o della popolazione, debba essere presentata dal Consiglio Legislativo della parte aspirante alla secessione a maggioranza di 2/3. Il Governo Federale, entro tre anni dalla data di ricezione della domanda secessionista, è tenuto a organizzare un referendum nel territorio della parte richiedente, che avrà un esito favorevole alla secessione se l'opzione sarà convalidata a maggioranza semplice dei votanti. Il referendum vincola il Governo a trattare con una certa urgenza i temi della secessione.

La Costituzione di St Kitts e Nevis del 1983 contempla agli articoli 113 e 115 l'ipotesi della secessione dell'isola di Nevis dalla Federazione, richiedendo a livello procedurale una previa risoluzione dell'Assemblea Legislativa dell'isola da approvare a maggioranza di 2/3 e una successiva votazione referendaria a maggioranza dei 2/3 dei voti espressi.

La Costituzione del Principato del Liechtenstein prevede all'articolo 4, comma 2, il diritto dei singoli comuni di secedere dallo Stato, stabilendo che la decisione di iniziare la procedura di secessione deve essere presa con il voto della maggioranza dei cittadini residenti. Tale articolo prevede che la secessione debba essere regolata mediante legge o tramite Trattato e, in questo secondo caso, si richiede una seconda votazione nel comune interessato al termine delle negoziazioni.

Un aspetto di particolare interesse di questa tipologia referendaria è rappresentato dalla regolamentazione dei suoi lineamenti fondamentali, che pone una serie di problematiche riguardanti, nello specifico, la formulazione del quesito, la individuazione dell'elettorato attivo, le regole per lo svolgimento della campagna referendaria, la fissazione dei quorum di partecipazione e approvazione, e infine, gli effetti e le conseguenze collegati alla sua applicazione. In linea generale può osservarsi come tali referendum, anche se previsti nel quadro di accordi o Trattati internazionali, devono sempre svolgersi nel rispetto del diritto interno e hanno quasi sempre valore consultivo e non vincolante. Generalmente sono quindi *advisory* e non *binding*¹⁰⁹⁵, anche se esercitano un'influenza politica decisiva sulle scelte e le decisioni adottate dagli attori politico-istituzionali coinvolti nel processo di secessione.

Poste tali premesse, nel presente contributo mi soffermerò su alcuni casi referendari specifici. Partirò dai referendum secessionisti svoltisi nel 1980 e nel 1995 nel Québec, per poi analizzare il referendum indipendentista del Montenegro del 2006, quello scozzese del 2014 e le consultazioni popolari incostituzionali svoltesi in Catalogna nel 2014 e nel 2017.

L'esame di tali esperienze permetterà di mettere in luce le caratteristiche comuni di questa tipologia referendaria e di soffermarsi -in sede conclusiva- sulle principali problematiche collegate all'applicazione di tale istituto nella prassi.

2. La questione del Québec e i referendum secessionisti del 1980 e del 1995

Nel diritto comparato una delle esperienze referendarie di secessione più interessante è quella del Québec. L'ipotesi della separazione del Québec dal Canada ha iniziato a farsi strada a partire dalla fine degli anni Sessanta con l'affermazione di un sentimento nazionalista¹⁰⁹⁶, derivante dalla forte connotazione identitaria della provincia a maggioranza francofona e fondato sul preteso diritto a decidere il suo status politico.

Le istanze indipendentiste sono state rappresentate a livello politico dal *Parti Québécois* (PQ), costituitosi nel 1968 e risultato vincitore delle elezioni provinciali nel 1976 sulla base di una campagna elettorale incentrata, prevalentemente, sulla promessa di celebrare un referendum sulla sovranità del Québec. Per soddisfare tale promessa, il 23 giugno del 1978 è stato approvato il *Referendum Act* (R.S.Q., C-64.1), nel corso del tempo più volte emendato, con il quale è stato disciplinato il referendum provinciale su una duplice natura di atti: su una questione approvata dall'Assemblea Nazionale, in base a una mozione presentata dal

¹⁰⁹⁵ Va osservato tuttavia, come evidenziato da A. Tancredi, *Crisi in Crimea, referendum e autodeterminazione dei popoli*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 8, n. 2, 2014, pp. 480-490, che in dottrina sta iniziando a farsi strada l'idea secondo la quale "il referendum non sarebbe del tutto inidoneo a produrre effetti, oltre che evidentemente politici, anche di una qualche rilevanza giuridica, nel contesto dei processi di nascita di nuovi Stati estranei all'autodeterminazione classica". In questa direzione v., ad esempio, P. Radan, *op. cit.*, p. 18, secondo il quale il referendum rappresenta un elemento di *legittimazione* di aspirazioni politiche di stampo separatista, che risulta finanche in grado di influenzare la decisione sul riconoscimento internazionale del nuovo ente e quindi la sua effettività e, in definitiva, la sua esistenza.

¹⁰⁹⁶ In quegli anni si è verificato un ampio processo di urbanizzazione e modernizzazione nel Québec, conosciuto con il nome di *Quiet-Revolution*, che ha contribuito a far esplodere un sentimento nazionalista fondato sui valori dell'autodeterminazione e della sovranità nazionale. In linea generale il nazionalismo *québécois* si fonda più su ragioni identitarie che su ragioni economiche e sembra dominato, sostanzialmente, tanto dalla necessità di preservare la popolazione, la cultura francofona e la differenza del Québec, quanto dalla paura di essere assorbito nella società e nella cultura anglofona.

Primo Ministro, ovvero su un progetto di legge adottato dall'Assemblea nazionale nel rispetto di talune condizioni¹⁰⁹⁷

Sulla base della nuova legislazione provinciale, il 20 maggio del 1980 si è svolto, quindi, il primo referendum di stampo secessionista nella provincia francofona. Con tale referendum è stato richiesto all'elettorato di decidere se conferire o meno al Governo provinciale un mandato per negoziare con il livello federale la formula della *sovereignty-association*, opzione che coniugava la sovranità del Québec con la creazione di un'associazione economica con il Canada¹⁰⁹⁸. Tale opzione è stata respinta con il 59,6% dei voti contrari e il 40,4% dei voti favorevoli da parte dell'elettorato¹⁰⁹⁹. La scelta del PQ di non optare per un'alternativa secca a favore o contro l'indipendenza nella formulazione del quesito referendario, ma la rilevanza attribuita all'associazione economica con il Canada, ha suscitato diverse perplessità e critiche sull'ambiguità e il carattere manipolativo del referendum in questione, anche se non ha sortito effetti particolarmente persuasivi sull'elettorato in favore dell'indipendenza.

La sconfitta referendaria e quella elettorale del PQ nel 1985 hanno portato per qualche anno a una sospensione del dibattito sulla sovranità nella provincia, mentre a livello federale si sono susseguiti numerosi tentativi per risolvere il problema del Québec attraverso il suo coinvolgimento nel processo di rimpatrio della Costituzione¹¹⁰⁰. Le negoziazioni intergovernative tra il Premier Mulroney e i primi ministri delle 10 province condussero nel 1987 all'approvazione del noto Accordo di Meech Lake, che riconosceva il Québec come nazione distinta nell'ambito di un modello di federalismo rafforzato in cui venivano conferiti alle altre province maggiori poteri nei settori dell'immigrazione, della nomina dei giudici, degli emendamenti alla Costituzione e in materia di spesa. Questo tentativo -come noto- fallì perché l'accordo ratificato dal Parlamento federale non fu approvato dalle due province di Manitoba e Newfoundland, soprattutto a causa dell'opposizione degli Indiani e degli Inuit, mentre per la sua entrata in vigore sarebbe stata necessaria la ratifica -entro tre anni- di tutte le Assemblee legislative provinciali. Fallì anche il secondo tentativo, l'accordo di Charlottetown del 1992, che in parte riprendeva i contenuti dell'accordo di Meech Lake, e in parte assegnava ulteriori diritti alle province e ai popoli nativi e garantiva al Québec una quota di rappresentanti del 25% in una Camera dei Comuni allargata¹¹⁰¹. Tale accordo, su richiesta di alcune province, *in primis* il Québec, fu sottoposto a un referendum popolare—

¹⁰⁹⁷ V. C-64 1, *Referendum Act*, versione aggiornata al 1 maggio 2017, art. 7.

¹⁰⁹⁸ “The Government of Québec has made public its proposal to negotiate a new agreement with the rest of Canada, based on the equality of nations; this agreement would enable Québec to acquire the exclusive power to make its laws, levy its taxes and establish relations abroad – in other words, sovereignty – and at the same time to maintain with Canada an economic association including a common currency; no change in political status resulting from these negotiations will be effected without approval by the people through another referendum; on these terms, do you give the Government of Québec the mandate to negotiate the proposed agreement between Québec and Canada.” Yes/No.”

¹⁰⁹⁹ F. Yale, C. Durand, “What did Quebeckers Want? Impact of Question Wording, Constitutional Proposal and Context on Support for Sovereignty, 1976–2008.”, in *American Review of Canadian Studies*, n. 41, 2011 (3), pp. 242–258.

¹¹⁰⁰ Sul tema v. F. Lanchester, *La “Patriation” della Costituzione canadese: verso un nuovo federalismo?*, in *Rivista Trimestrale di Diritto pubblico*, n.1, 1983, p. 337.

¹¹⁰¹ Nello specifico, riconosceva il Québec come società distinta e con poteri allargati in ragione della sua identità linguistica e culturale e riservava un quarto dei seggi ai rappresentanti della provincia francofona. Inoltre riconosceva ai popoli nativi un diritto di autogoverno e prevedeva una riforma del Senato al fine di convertirlo in una camera elettiva.

requisito procedurale non previsto dalla Costituzione- che venne respinto dalla maggioranza del 54,4%¹¹⁰².

Il tema dell'indipendenza tornò alla ribalta con la nuova vittoria del PQ nelle elezioni provinciali del 1994, che scelse di indire il 30 ottobre 1995 un nuovo referendum avente a oggetto la sovranità del Québec nel quadro di una nuova partnership economica e politica con il Canada¹¹⁰³. L'opzione separatista fu nuovamente respinta dal 50,6 % dei votanti, questa volta dunque con un ridottissimo scarto di voti, nonostante anche in questo secondo caso fosse stata scartata la formula dell'indipendenza *tout court* per prediligere una formula intermedia rivolta a raccogliere il maggior consenso elettorale possibile¹¹⁰⁴.

2.1. Il giudizio di Secession reference della Corte Suprema del Canada

In seguito alla celebrazione del secondo referendum indipendentista, e in previsione di un terzo referendum già annunciato, il Governo federale ha richiesto alla Corte Suprema canadese, ai sensi dell'articolo 53 del *Supreme Court Act*¹¹⁰⁵, un parere consultivo sulla presunta esistenza di un diritto alla secessione unilaterale del Québec tanto nel diritto internazionale quanto nel diritto costituzionale canadese¹¹⁰⁶.

La Corte si è pronunciata il 20 agosto 1998 nel suo giudizio di *reference*, "Reference re Secession of Québec [1998] 2 S.C.R. 217", in cui ha operato una dettagliata analisi giuridica del diritto di secessione, soprattutto secondo il diritto costituzionale canadese¹¹⁰⁷.

Per quanto attiene al diritto internazionale, la Corte ha affermato che esso non legittima né vieta la secessione ma la riconosce solo in determinate ipotesi collegate per lo più a

¹¹⁰² La richiesta di ratificare tale accordo mediante referendum provinciale venne avanzata dal Québec e poi dalle province di Alberta e British Columbia. Il Governo federale, dinanzi alle difficoltà di ricorrere a referendum separati nelle varie province, optò per la celebrazione di un referendum unico a livello nazionale.

¹¹⁰³ "Do you agree that Québec should become sovereign, after having made a formal offer to Canada for a new economic and political partnership, within the scope of the Bill respecting the future of Québec and of the agreement signed on 12 June 1995?" Yes/No

¹¹⁰⁴ R. Louvin, *Il Québec all'indomani della consultazione referendaria*, in *Diritto e società*, n. 2, 1996, pp. 271-282; G. Rolla, *Il referendum sulla sovranità del Québec ed il futuro del Canada. Alcuni paradossi costituzionali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 5, 1996, pp. 3269-3285.

¹¹⁰⁵ In base a tale articolo, il Governatore federale può richiedere alla Corte Suprema un parere su ogni importante questione di diritto relativa all'interpretazione di leggi costituzionali; alla costituzionalità o all'interpretazione di leggi federali o provinciali; alla competenza d'appello del Governatore generale in tema di istruzione; ai poteri del Parlamento federale, di quelli provinciali, e dei loro governi; ovvero su ogni altra questione di fatto o di diritto non rientrante nelle materie già indicate.

¹¹⁰⁶ La richiesta presentata dal Governo federale si articolava nei tre quesiti seguenti: 1) Under the Constitution of Canada, can the National Assembly, legislature or government of Québec effect the secession of Québec from Canada unilaterally?; 2) Does international law give the National Assembly, legislature or government of Québec the right to effect the secession of Québec from Canada unilaterally? In this regard, is there a right to self determination under international law that would give the National Assembly, legislature or government of Québec the right to effect the secession of Québec from Canada unilaterally?; 3) In the event of a conflict between domestic and international law on the right of the National Assembly, legislature or government of Québec to effect the secession of Québec from Canada unilaterally, which would take precedence in Canada?

¹¹⁰⁷ La pronuncia della Corte Suprema del Canada ha suscitato grande interesse della dottrina con la conseguenza di aprire un ampio dibattito nel diritto costituzionale comparato e internazionale. Nella dottrina costituzionale v., a titolo esemplificativo, H.W. MacLauchlan, *Accounting for Democracy and the Rule of Law in the Quebec Secession Reference*, in *76 Canadian Bar Rev.* 1997, p. 155; T. Groppi, *Concezioni della democrazia e della Costituzione nella decisione della Corte Suprema del Canada sulla secessione del Québec*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 5, 1998; P. Radan, *Constitutional Law and Secession: the case of Quebec*, in *2 Macarthur L.R.*, 1998, pp. 81-83; N. Olivetti Rason, *A proposito della secessione del Québec: tre quesiti e quattro risposte*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 3, 1999, pp. 889-902; Id., *Brevi note sul referendum consultivo in Canada (alla luce di una recente pronuncia della Corte Suprema)*, in S. Gambino, C. Amirante (a cura di), *Il Canada. Un laboratorio costituzionale. Federalismo, Diritti, Corti*, Padova, Cedam, 2007; M. E. De Franciscis, *La secessione in Canada: valenza politica di una pronuncia della Corte Suprema*, in *Rassegna parlamentare*, n. 4, 2000, pp. 927-934.

situazioni eccezionali di oppressione e di dominio coloniale, o, al limite, di negazione del diritto all'autodeterminazione interna¹¹⁰⁸. I giudici canadesi hanno evidenziato come nessuna di queste fattispecie fosse riscontrabile nel caso del Québec, chiudendo all'applicazione di ogni ipotesi di autodeterminazione secessionista.

Per quanto concerne il diritto interno, la Corte ha chiarito che il diritto costituzionale canadese, fondato su un complesso di norme scritte e su principi radicati nella tradizione e nel *constitutional common law*, non riconosce un diritto alla secessione unilaterale, neanche in presenza di una chiara volontà popolare favorevole alla secessione espressa per via referendaria. Nello specifico ha contestualizzato e analizzato approfonditamente il tema della secessione alla luce dei principi costituzionali fondanti l'ordinamento canadese consistenti nel federalismo, nella democrazia, nel costituzionalismo e nella *rule of law*, e nella tutela dei diritti delle minoranze. In base a tali principi, ha specificato, *in primis*, che l'eventuale secessione di una provincia dal Canada, non essendo contemplata in Costituzione, richiederebbe una modifica della Costituzione, da realizzare attraverso una delle procedure di revisione ivi disciplinate¹¹⁰⁹. In secondo luogo ha definito il ruolo ascrivibile al referendum nell'ambito di un processo secessionista, definendolo anzitutto un metodo democratico attraverso il quale accertare preliminarmente la volontà dell'elettorato e identificandolo -implicitamente- in un prerequisito fondamentale per l'apertura di un'eventuale secessione negoziata rivolta a conseguire l'indipendenza. L'espressione di una chiara maggioranza (*clear majority*) su un chiaro quesito concernente la secessione (*clear question*) evidenzia l'esistenza di una volontà popolare democraticamente espressa rispetto alla quale -secondo i giudici della Corte Suprema - l'ordinamento costituzionale canadese non può rimanere indifferente. La presenza di una volontà maggioritaria a favore dell'indipendenza conferisce legittimazione alla domanda di secessione della provincia e determina -secondo i giudici canadesi- l'obbligo di avviare un processo di negoziazione tra il Governo federale e le altre province (*multilateral negotiation*) che deve avvenire nel rispetto dei quattro principi costituzionali fondamentali¹¹¹⁰. Il referendum quindi, pur non avendo effetti diretti sulla secessione, comporta un obbligo di negoziazione tra le parti, *duty to negotiate*, i cui esiti non sono apriori prefigurabili¹¹¹¹.

In definitiva, la Corte suprema ha risposto ai quesiti posti chiarendo alcuni concetti fondamentali relativi alla secessione nell'ordinamento internazionale e nell'ordinamento costituzionale canadese, anche se ha lasciato irrisolte numerose questioni legate ai contenuti dei negoziati e alla procedura da seguire, compresa la regolamentazione giuridica di eventuali futuri referendum di carattere secessionista. L'affermazione dei principi della *clear majority* e della *clear question*, che ha fatto da spartiacque a un più ampio e controverso dibattito sulle caratteristiche dei referendum secessionisti nel diritto comparato, non ha trovato una concreta traduzione nell'ambito del parere rilasciato dalla Corte Suprema, generando una grande incertezza e discrezionalità interpretativa per il futuro.

¹¹⁰⁸ P. Dumberry, *Lessons Learned from the Quebec Secession Reference before the Supreme Court of Canada*, in M. G. Kohen, *Secession: International Law Perspectives*, Cambridge, University press, 2006, pp. 416-452.

¹¹⁰⁹ *Secession reference*, par. 84.

¹¹¹⁰ *Ibidem*, "Expression of the democratic will of the people of a province carries weight, in that it would confer legitimacy on the efforts of the government of Quebec to initiate the Constitution's amendment process in order to secede by constitutional means"

¹¹¹¹ "A referendum, in itself, has no direct legal effect, and could not in itself bring about unilateral secession". *Secession reference*, par. 87. "The clear repudiation by the people of Quebec of the existing constitutional order would confer legitimacy on demands for secession, and place an obligation on the other provinces and the federal government to acknowledge and respect that expression of democratic will by entering into negotiations and conducting them in accordance with the underlying constitutional principles". *Secession reference*, par. 88.

2.2. Dalle aperture della Corte Suprema alla chiusura legislativa: il Clarity Act e la risposta legislativa del Québec

Il Governo federale ha cercato di colmare le lacune della Corte Suprema canadese attraverso l'approvazione di *An Act to Give Effect to the Requirement for Clarity as Set out in the Opinion of the Supreme Court of Canada in the Quebec Secession Reference* (c.d. *Clarity Act*), che è stato tuttavia diffusamente criticato per i suoi contenuti tanto a livello dottrinale che politico-istituzionale¹¹¹². In particolare è stato oggetto di dure critiche da parte del Québec, che ha approvato una legislazione di risposta a livello provinciale, *An Act Respecting the Exercise of the Fundamental Rights and Prerogatives of the Quebec People and Quebec State* (c.d. *Québec Fundamental Rights Act*).

Nel 2000 l'*House of Commons* ha approvato, su proposta del Governo federale (Bill C-20), il *Clarity Act*, che ha assegnato alla Camera ampia discrezionalità nel valutare l'esistenza di una chiara questione e di una chiara maggioranza a favore dell'indipendenza, requisiti indispensabili per iniziare una negoziazione per la secessione di una provincia dal Canada¹¹¹³. Per quanto concerne la *clear question*, la legge ha chiarito che il quesito referendario debba incentrarsi esclusivamente sulla secessione e non possa combinarsi con altri tipi di proposte, e che, in caso di valutazione negativa da parte della Camera, il Governo federale non possa iniziare le negoziazioni sulla secessione dal Canada con la provincia richiedente. Quest'ultima disposizione, che rilascia alla Camera la facoltà di decidere unilateralmente con effetti potenzialmente paralizzanti sull'avvio delle negoziazioni, è stata criticata in dottrina perché ritenuta antidemocratica, lesiva dei poteri costituzionali del Québec e contraria al principio del federalismo.

Per quanto concerne la *clear majority*, la legge ha previsto che la Camera valuterà l'esistenza di tale maggioranza tenendo conto sia del numero dei voti validamente espressi a favore dell'indipendenza, sia della percentuale dei votanti rispetto agli aventi diritto. Rispetto al primo aspetto, ha specificato che una chiara maggioranza deve essere superiore alla maggioranza del 50% + 1 dei voti, ma non ha chiarito a quale percentuale corrisponda, con la conseguenza di non rendere nota preventivamente la soglia necessaria per superare la votazione referendaria. Un'eventuale valutazione negativa della Camera sulla mancata chiarezza del risultato referendario, ancorata curiosamente a una "valutazione qualitativa" secondo quanto recita il testo legislativo, preclude l'avvio delle negoziazioni da parte del Governo "on the terms on which Quebec might cease be part of Canada".

Il Governo del Québec ha considerato il *Clarity Act* un tentativo illegittimo del Governo federale di bloccare ogni futuro referendum e di privare l'Assemblea Nazionale dei propri diritti e prerogative, e ha approvato -in risposta- il c.d. *Québec Fundamental Rights Act*. Il preambolo di tale legge già contiene un riferimento implicito al *Clarity Act*, nella misura in cui parla di politica del Governo federale che mette in discussione la legittimazione, l'integrità e l'efficienza operativa delle istituzioni democratiche della provincia. Nella legge, inoltre, si dichiara l'esistenza del diritto inalienabile della popolazione del Québec di decidere liberamente il proprio regime politico e status giuridico (*Section 2*) e si specifica che

¹¹¹² C. Ryan, *Consequences of the Quebec Secession Reference: The Clarity Bill and Beyond*, Toronto, C.D. Howe Inst., 2000.

¹¹¹³ P. J. Monahan, *Doing the Rules: An assessment of the Federal Clarity Act in Light of the Quebec Secession Reference*, Toronto, C.D. Howe Inst., 2000, pp. 8-10.

nessun altro parlamento o governo può ridurre i poteri, l'autorità, la sovranità o la legittimazione dell'Assemblea Nazionale, o imporre limiti alla volontà democratica della popolazione del Québec di determinare il suo futuro (*Section 13*). Si afferma, altresì, la regola della maggioranza semplice per ogni futuro referendum (*Section 4*), l'inalterabilità del territorio e dei suoi confini se non con l'assenso dell'Assemblea Nazionale (*Section 9*).

Il contrasto tra i due atti legislativi richiamati mette in luce le difficoltà legate alla possibilità di pervenire tra i livelli istituzionali coinvolti a una risoluzione negoziata e consensuale della questione del Québec che, prima ancora di approdare a una riforma costituzionale su una tematica così complessa e delicata, dovrebbe passare per la celebrazione previa di un referendum, per la cui regolazione si contrappongono regole distinte a livello federale e provinciale.

Dopo vari anni di stasi nei rapporti tra la federazione e il Québec, si è ravviato un dialogo tra le parti che ha condotto nel 2006 all'approvazione, su proposta del Premier Harper, di una mozione da parte della Camera dei Comuni che riconosce al Québec lo stato di nazione all'interno del Canada unito. Al di là delle diverse interpretazioni avanzate tanto a livello dottrinale che politico sul concetto di nazione e sul valore giuridico della dichiarazione¹¹¹⁴, va osservato che negli ultimi anni si è assistito ad un'attenuazione delle rivendicazioni indipendentiste nella provincia a causa del progressivo indebolimento politico-elettorale del PQ sia a livello provinciale che federale.

L'evoluzione della questione del Québec lascia aperte molte incognite per il futuro, ma l'esperienza pregressa ha chiaramente dimostrato che qualsiasi cambiamento del suo status politico-costituzionale dovrà fondarsi sul consenso espresso dai cittadini mediante referendum. Come è stato osservato in dottrina, “the principle that a referendum must be a key part of any process leading to the independence of Quebec now seems well established”¹¹¹⁵.

3. Un tentativo di democratizzare la secessione per via referendaria: il caso del Montenegro.

Un'altra esperienza referendaria di carattere secessionista particolarmente significativa è quella montenegrina del 2006¹¹¹⁶, che è stata in parte influenzata dal dibattito politico e giurisprudenziale canadese¹¹¹⁷.

Il caso del Montenegro risulta peculiare sia perché va inquadrato storicamente nel più ampio processo di dissoluzione della Jugoslavia e di ricostituzione della Unione statale

¹¹¹⁴ G. Passaniti, *Il Québec è una “nazione”: un passo verso la “riconciliazione” o la secessione?*, in *Federalismi.it*, n. 2, 2017; G. Martinico, *I Québécois come Nazione. Una mozione della House of Commons canadese riconosce i québécois come Nazione all'interno del Canada unito*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

¹¹¹⁵ L. LeDuc, *The politics of direct democracy: Referendums in global perspective*, Ontario, Broadviews Press, 2003, p. 102.

¹¹¹⁶ Non si tratta del primo referendum indipendentista celebratosi nel Montenegro. Il primo risale al 1992 quando il 95,96% dei votanti si esprime a favore della permanenza nella Federazione Jugoslava. Il risultato referendario fu ampiamente condizionato –secondo parte della dottrina– dall'azione di boicottaggio effettuata dalle minoranze cattolica e islamica, così come dalla fazione sostenitrice della indipendenza, che denunciarono l'assenza di condizioni democratiche nello svolgimento del referendum.

¹¹¹⁷ Le due esperienze sono state comparate tanto a livello giuridico che politico nonostante le differenze derivanti dal contesto geopolitico e dal background storico dei due Paesi. In particolare, per un'analisi accurata, v. Z. Oklopčic, *Independence Referendums and Democratic Theory in Quebec and Montenegro*, in M. Qvortrup, *Referendums and Ethnic Conflict. National and Ethnic Conflict in the 21st Century*, cit., p. 23 ss., che si sofferma sulle contaminazioni reciproche tra le due esperienze referendarie, evidenziando come la Commissione di Venezia abbia attinto alle nozioni di *clear question* e *clear majority* elaborate dalla Corte Suprema, mentre molti studiosi canadesi abbiano fatto riferimento all'esperienza del Montenegro per argomentare a favore o contro la soglia del 55%+ 1.

Serbia-Montenegro¹¹¹⁸, sia perché il referendum ha trovato un riconoscimento esplicito non soltanto nei “*Belgrade Agreement*”, adottati per risolvere la questione serbo-montenegrina, ma anche nella Costituzione di Serbia e Montenegro del 2003, nonché nella legislazione della Repubblica del Montenegro. Inoltre l’esperienza referendaria del Montenegro si contraddistingue per l’azione di fondamentale mediazione e supervisione svolta dalla comunità internazionale e dall’Unione europea, interessate a gestire la situazione con la massima diplomazia per evitare l’insorgere di nuove e incontrollate spinte centrifughe nell’area balcanica.

Il punto di partenza è rappresentato, dunque, dai *Belgrade Agreement*, approvati il 14 marzo 2002 sulla base di un compromesso raggiunto -grazie alla intermediazione dell’Unione- sulle due piattaforme presentate dal Montenegro e dalla Serbia per regolare i loro rapporti all’interno della nuova (con)federazione¹¹¹⁹. Nello specifico, gli accordi riconoscevano formalmente l’unione statale serbo-montenegrina; congelavano la problematica questione dell’indipendenza del Montenegro per un periodo di tre anni, senza chiarire verso quale forma di stato si sarebbe definitivamente optato; e contemplavano, infine, la costituzione di una Commissione *ad hoc* per redigere la nuova Carta Costituzionale. Gli accordi andavano così a risolvere una situazione di conflittualità nei rapporti tra Serbia e Montenegro protrattasi per alcuni anni nel quadro della federazione, a partire dalla vittoria di Milo Djukanovic alle presidenziali e dei progressisti alle legislative che avevano iniziato a rivendicare l’indipendenza del Montenegro e ad allentare i vincoli con la federazione¹¹²⁰.

In linea con il compromesso raggiunto nei *Belgrade Agreement* la nuova Costituzione - entrata in vigore il 4 febbraio 2003- istituiva l’Unione statale della Serbia-Montenegro, fondata sulla parità formale tra i due Stati membri, un riparto delle competenze imperniato sull’enumerazione delle competenze del livello federale, la regola di una doppia

¹¹¹⁸ Sullo smembramento della Jugoslavia socialista esiste una letteratura vastissima, cfr., a titolo esemplificativo, G. Schoepflin, *The Rise and Fall of Yugoslavia*, in B. O’leary, J. McGarry, *The Politics of Ethnic Conflict Regulation. Case Studies of Protracted Ethnic Conflicts*, London, Routledge, 1993, p. 181; A. Vitale, *Una lettura diversa del collasso jugoslavo*, Napoli, Guida Editori, 2000; P. Radan, *The Break-up of Yugoslavia and International Law*, London-New-York, Routledge, 2002; C. Di Turi, *Formazione di nuovi Stati e autodeterminazione dei popoli: il caso dell’ex-Jugoslavia*, in S. Gambino (a cura di), *Costituzionalismo europeo e transizioni democratiche*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 128; Č. Pištan, *Dalla balcanizzazione alla jugonostalgia: dissoluzione della Repubblica Socialista Federale di Jugoslavia*, in *Le istituzioni del federalismo*, n. 4, 2014, p. 817.

¹¹¹⁹ Le due piattaforme formalmente presentate divergevano nelle proposte e negli intenti: quella montenegrina aspirava a creare due Stati indipendenti e riconosciuti a livello internazionale con un’autonomia limitata nelle relazioni internazionali e la possibilità di svolgere un referendum sull’indipendenza; quella serba intendeva creare una federazione riconosciuta a livello internazionale con due entità federate, interamente competente nelle relazioni internazionali, con la possibilità di risolvere problemi territoriali attraverso una revisione costituzionale. V. Wilm van Meurs, *The Belgrade Agreement: Robust Mediation between Serbia and Montenegro*, in F. Bieber, *Montenegro in Transition, Problems of Identity and Statehood*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p. 81 ss.

¹¹²⁰ Il 21 ottobre 1997 il leader dell’ala riformista del Partito Democratico Socialista, Milo Đukanović, vinse le elezioni presidenziali e l’anno successivo le elezioni legislative furono vinte da una coalizione di stampo progressista con 42 deputati su 78 seggi. Il Montenegro iniziò a richiedere la celebrazione di un referendum per l’indipendenza e a seguire una politica economica autonoma, adottando il marco tedesco come moneta corrente ed esercitando di fatto competenze formalmente appartenenti alla Federazione. Le istituzioni federali reagirono cercando di depotenziare il suo *status* all’interno della Federazione e rafforzando, in generale, i poteri del Presidente federale e, in particolare, quello personale di Milosevic attraverso l’approvazione di emendamenti alla Costituzione.

maggioranza per l'assunzione delle decisioni dell'Assemblea federale¹¹²¹ e un'esplicita clausola di secessione. L'articolo 60 della Costituzione prevedeva infatti che: «Trascorso il termine di tre anni, gli Stati membri hanno il diritto di iniziare la procedura per la modificazione del loro status oppure per secedere dall'Unione di Serbia-Montenegro.^[L] La decisione sulla secessione dall'Unione di Serbia-Montenegro deve essere presa dopo lo svolgimento di un referendum. La Legge sul Referendum deve essere adottata dallo Stato membro nel quale si svolge il referendum, tenendo conto degli standard democratici generalmente riconosciuti a livello internazionale. Quest'ultimo comma è stato poi modificato il 7 aprile 2005 nel seguente modo: «Le regole su un eventuale Referendum sono adottate sulla base di standard democratici generalmente riconosciuti a livello internazionale. Lo Stato membro che organizza il Referendum coopera con l'Unione Europea per garantire l'osservanza degli standard democratici generalmente riconosciuti a livello internazionale, così come definiti dalla presente Carta Costituzionale.» In tal modo si costituzionalizzava lo *ius secessionis*, sia pur subordinandone l'esercizio a una condizione temporale sospensiva¹¹²² e, soprattutto, allo svolgimento di un referendum che risultava propedeutico a qualsiasi decisione di carattere secessionista. Il referendum, inoltre, per obbligo costituzionale, doveva uniformarsi agli standard democratici generalmente riconosciuti a livello internazionale, la cui osservanza veniva tutelata dalla previsione di una cooperazione con l'Unione europea da parte dello Stato interessato alla sua celebrazione. Lo *ius secessionis*, introdotto prevalentemente per risolvere i rapporti conflittuali tra le due entità statali e soddisfare le ambizioni indipendentiste del Montenegro, è stato quindi esercitato per mezzo di un referendum sottoposto a regole molto stringenti che hanno soddisfatto gli standard democratici previsti a livello internazionale per i processi elettorali e, in particolare, per quelli referendari¹¹²³.

A distanza di un mese dalla scadenza del triennio previsto dalla Costituzione, il Governo del Montenegro ha dichiarato di voler svolgere un referendum sull'indipendenza dall'Unione statale con la Serbia. Decisione quest'ultima condivisa dai partiti politici con rappresentanza parlamentare che, sia pur schierandosi in due blocchi distinti a favore e contro l'indipendenza, hanno concordato sulla necessità di avvalersi della mediazione internazionale¹¹²⁴. Nel dicembre 2005 Mr. Javier Solana, Alto rappresentante dell'Unione europea per la politica estera e di sicurezza comune, ha designato come inviato speciale l'Ambasciatore Miroslav Lajcak della Slovacchia per portare avanti una negoziazione e giungere a un accordo sulle modalità di svolgimento del referendum.

Una delle principali questioni da risolvere in via preliminare ha riguardato la natura vincolante o meno del referendum, sulla quale è intervenuta in funzione dirimente la Corte Costituzionale del Montenegro. Al riguardo, la Costituzione del Montenegro del 1992

¹¹²¹ L'articolo 23 della Costituzione prevedeva che ogni decisione dovesse essere assunta non soltanto con la maggioranza dei voti del numero totale dei deputati ma anche con la maggioranza dei deputati di ciascuno Stato membro, assegnando una sorta di diritto di veto ai deputati di ogni Stato membro.

¹¹²² J. O. Frosini - F. Rinaldi, *L'avverarsi della "condizione sospensiva" costituzionale per l'esercizio dello ius secessionis in Serbia-Montenegro*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4, 2006, p. 1495.

¹¹²³ Cfr. OSCE/ODIHR, *Referendum Observation Mission Final Report*, Warsaw, 4 agosto, 2006.

¹¹²⁴ I partiti si sono suddivisi in due blocchi: il primo a favore dell'indipendenza composto dal partito governativo democratico dei socialisti del Montenegro guidato da Milo Djukanovic (DPS), dal Partito socialdemocratico (SDP), dall'Unione democratica degli albanesi (DUA), dall'Unione democratica del Montenegro (DSCG), dal Partito Liberale (LP), dal Partito Civico (GS) e dal Partito Bosniaco (BP); il secondo schieramento favorevole al mantenimento dell'Unione composto dai partiti dell'opposizione parlamentare guidati dal Partito popolare socialista del Montenegro (SNP) di Mr. Predrag Bulatovic, dal Partito popolare (NS), dal Partito della popolazione serba (SNS) e dal partito democratico serbo. (DSS).

conteneva due previsioni suscettibili di differenti interpretazioni che non chiarivano se dovesse prevalere la volontà popolare o quella parlamentare nelle questioni riguardanti la sovranità territoriale. L'articolo 2 della Costituzione stabiliva che ogni cambiamento riguardante lo status territoriale del Paese doveva essere deciso solo dai cittadini mediante referendum; l'articolo 119 richiedeva una procedura aggravata per l'approvazione di emendamenti costituzionali riguardanti lo "status del paese" che si basava su una votazione a maggioranza dei due terzi del totale dei membri del Parlamento. Il Movimento unionista richiedeva l'applicazione di quest'ultimo articolo, insistendo sulla natura consultiva del referendum, mentre la Corte costituzionale ha ritenuto che dovesse prevalere l'articolo 2, dichiarando il valore vincolante e definitivo del referendum rispetto alla secessione.

La risoluzione di tale questione e la mediazione internazionale hanno permesso di pervenire, sia pur a seguito di una lunga e laboriosa negoziazione interpartitica, all'approvazione il 1 marzo 2006 della *Law on the Referendum on State Legal Status* (LRSLs). La sua approvazione è stata possibile grazie alla delicata azione di mediazione tra i partiti favorevoli e contrari all'indipendenza svolta da parte dell'Ambasciatore Miroslav Lajcak e dell'OSCE¹¹²⁵. La legge ha regolato le più importanti questioni riguardanti l'elettorato attivo¹¹²⁶, la partecipazione elettorale, il *quorum* deliberativo, il finanziamento della campagna referendaria, la sua copertura mediatica e il rispetto dei diritti fondamentali. Ha dato concreta traduzione a concetti chiave legati ai referendum di secessione quali quelli di *clear question* e *clear majority* affermatosi nel dibattito canadese e internazionale, definendo esplicitamente il quesito da sottoporre all'elettorato¹¹²⁷, fissando un *quorum* strutturale pari al 50% degli aventi diritto al voto e un *quorum* deliberativo pari al 55% dei voti validi. Regole caratterizzate da un'eccessiva rigidità, secondo una parte della dottrina, a cui sono state collegate disposizioni rivolte a garantire parità di condizioni a entrambi gli schieramenti favorevoli e contrari all'indipendenza. In questa direzione si orientavano, ad esempio, le disposizioni che imponevano un'eguale rappresentanza di entrambe gli schieramenti negli organi di amministrazione referendaria, un eguale stanziamento di fondi pubblici per le campagne referendarie per il Sì e il No all'indipendenza, un obbligo di imparzialità e neutralità per i media e le autorità nella divulgazione delle informazioni¹¹²⁸.

Altre questioni di carattere più generale, non disciplinate da questa *lex specialis*, trovavano già una disciplina nella *Law on Referendum* del 2001, nella *Law on Voter registers* del 2000 e nella *Law on the Election of Councillors and Representatives* rivista nel 2002, così come in alcune rilevanti decisioni della Corte Costituzionale e della *Republican Referendum Commission*.

In questo contesto si è svolto il 21 maggio 2006 il referendum sull'indipendenza del Montenegro. La votazione referendaria ha registrato un'elevata partecipazione elettorale, pari all'86.4% degli aventi diritto al voto, e una maggioranza del 55.50% a favore

¹¹²⁵ La maggior parte delle previsioni indicate nella (LRSLs) erano incluse come raccomandazioni nei rapporti finali dell'OSCE/ODIHR relative alle missioni elettorali in Montenegro.

¹¹²⁶ Uno dei nodi più delicati ha riguardato il diritto di voto esteso dalla legge a tutti i maggiorenne cittadini del Montenegro e ai residenti stabili nel Montenegro per un periodo di almeno 24 mesi, escludendo dalla votazione referendaria i montenegrini temporaneamente residenti in Serbia.

¹¹²⁷ "Do you want the Republic of Montenegro to be an independent state with full international and legal personality?" (LRSLs Art.5)

¹¹²⁸ Una innovazione particolarmente significativa è stata la istituzione di due Commissioni parlamentari, una rivolta a controllare la copertura mediatica e, l'altra, il finanziamento della campagna referendaria. Sulla regolamentazione del referendum v. AaVv., *Legal Aspects for Referendum in Montenegro in the Context of International Law and Practice*, Atti del Convegno di Pogdorica, Montenegro 22/25-9-2005, Pogdorica, Foundation Open Society Institute, 2005.

dell'indipendenza¹¹²⁹. La soglia fissata è stata superata con un ridotto scarto di voti e ha sollevato diverse polemiche e contestazioni post-referendarie da parte degli unionisti legate prevalentemente all'andamento e all'esito del processo referendario.

Il processo referendario in realtà è stato gestito efficacemente a livello amministrativo dalla *Republican Referendum Commission* e dalle 21 *Referendum Commissions* operanti a livello municipale, ed è stato ampiamente monitorato dagli osservatori internazionali che lo hanno valutato positivamente, giudicandolo trasparente, non conflittuale, democratico e in linea con gli standard generalmente riconosciuti a livello internazionale.

Il 3 giugno il Parlamento del Montenegro ha convalidato formalmente il risultato referendario dichiarando l'indipendenza del Montenegro, a cui è seguita un'omologa dichiarazione da parte della Serbia che ha consacrato definitivamente la dissoluzione dell'Unione serbo-montenegrina. La nuova Costituzione del Montenegro è stata adottata il 22 ottobre 2007 e ha sostituito quella previgente dal 1992. Il neonato Stato del Montenegro è stato poi riconosciuto da parte della comunità internazionale ed è entrato rapidamente a far parte delle Nazioni Unite e dell'OSCE.

Nel complesso l'esperienza referendaria del Montenegro presenta diversi elementi caratteristici che consistono sostanzialmente nella costituzionalizzazione del referendum come requisito obbligatorio nella procedura di secessione, nell'intervento di mediazione della comunità internazionale e dell'Unione europea, nella regolamentazione del referendum e nella sua sottoposizione agli standard di democrazia generalmente riconosciuti a livello internazionale. Questi elementi la rendono un'esperienza singolare nel panorama comparato e hanno fatto parlare alcuna dottrina di "secessione democratica" in riferimento ad essa¹¹³⁰.

4. Il referendum indipendentista scozzese del 18 settembre 2014: un esempio di good practice nel diritto comparato.

Quando si parla di secessione democratica per via referendaria lo sguardo non può che volgere alla Scozia e al referendum sull'indipendenza dal Regno Unito svoltosi il 18 settembre 2014¹¹³¹.

La questione indipendentista scozzese, che fonda le sue radici sia su ragioni di carattere storico che economico e politico¹¹³², ha iniziato a imporsi sulla scena britannica in seguito

¹¹²⁹ Per un commento sul risultato del referendum indipendentista montenegrino v. S. Mancini, *Il Montenegro e la "democrazia" della secessione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2007, pp. 157-160.

¹¹³⁰ P. Faraguna, *La secessione sottoposta al diritto? Il caso del Montenegro*, in *Rivista interdisciplinare di studi sull'integrazione europea*, n. 2, 2009, p. 1 ss.

¹¹³¹ V. I. Ruggiu, *Referendum e secessione. L'appello al popolo per l'indipendenza in Scozia e Catalogna*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2, 2016, p. 81, la quale evidenzia in riferimento al referendum scozzese che si è trattato "di un esperimento di successo di una, sia pur solo tentata secessione democratica, dovuta principalmente alle caratteristiche del referendum, che lo hanno privato di tutte quelle accuse di populismo e antidemocraticità di cui sono solitamente investiti i processi referendari di questo tipo". In questa direzione vedi S. Tierney, *Direct democracy in the United Kingdom: reflections from the Scottish independence referendum*, in *Public Law*, n. 4, 2015, p. 633 ss.

¹¹³² Come è noto -storicamente- con la firma dell'*Act of Union* del 1707 e la unificazione del parlamento scozzese e inglese si diede vita al parlamento unitario di Gran Bretagna a Westminster. La Scozia perse la sua sovranità ma mantenne il suo sistema giuridico con proprie Corti, il suo ordinamento scolastico e il sistema di istruzione, rimanendo una società distinta all'interno del Regno. Con il passare dei secoli si avvertì in misura crescente l'esigenza di costituire istituzioni politiche e amministrative in Scozia e di creare un livello intermedio di governo tra quello nazionale e locale. In estrema sintesi le tappe principali furono queste: negli anni 20 del XX secolo venne presentato un *bill* per la creazione di un parlamento scozzese unicamerale; nel 1934 venne fondato lo *Scottish National Party* (Snp); negli anni 60 la questione scozzese iniziò ad acquisire una centralità nel dibattito politico; negli anni 70 lo Snp ottenne una rappresentanza di 11 deputati al parlamento di Westminster, furono scoperti i giacimenti petroliferi nel mare del Nord

alle elezioni scozzesi del 2011 e alla vittoria a maggioranza assoluta dello *Scottish National Party*¹¹³³, impegnatosi nel programma elettorale a celebrare un referendum sull'indipendenza della Scozia. L'immediata richiesta del referendum avanzata il 25 gennaio 2012 dal *First Minister* scozzese, Alex Salmond, ha trovato un riscontro immediato nel Governo di David Cameron, il quale, pur dichiarandosi contrario all'indipendenza, ha riconosciuto il diritto degli scozzesi di scegliere il proprio futuro costituzionale. L'apertura del governo britannico ha permesso di pervenire all'adozione dell'accordo di Edimburgo - sottoscritto il 15 ottobre 2012 -, con cui i due governi si sono impegnati a cooperare per l'indizione del referendum indipendentista e sono pervenuti a un'intesa su alcuni punti fondamentali legati alla sua celebrazione in seno al *Memorandum of Agreement*¹¹³⁴. L'*Edinburgh Agreement* conteneva inoltre in allegato un *draft order in council* tramite il quale attribuire al Parlamento scozzese il potere di indire il referendum e la definizione di alcune questioni specifiche concernenti la data della consultazione referendaria e le regole relative all'elettorato attivo¹¹³⁵. Il primo problema da risolvere riguardava, infatti, l'indizione e la regolamentazione del referendum, materia che non rientrava nella competenza del Parlamento scozzese secondo lo *Scotland Act del 1998*. Le strade percorribili per pervenire alla celebrazione del referendum erano sostanzialmente tre e coincidevano con l'approvazione di un *order* per devolvere al Parlamento scozzese il potere di indire il referendum in applicazione della *section 30* dello *Scotland Act*; una riforma da parte di *Westminster* dello *Scotland Act* del 1998; e, infine, la indizione del referendum da parte del Parlamento britannico¹¹³⁶. La prima soluzione è stata preferita alle altre. Sulla base dell'*Edinburgh Agreement*, il Parlamento di Westminster ha approvato nel gennaio 2013 il *Draft Scotland Act 1998 (Modification of Schedule 5) Order 2013*¹¹³⁷, che ha modificato l'allegato 5 della legge del 1998, delegando al Parlamento scozzese il potere di indire il referendum entro la fine del 2014. Quest'ultimo, esercitando la competenza attribuitagli dal nuovo *Order*, ha approvato, su proposta del Governo di Edimburgo, lo *Scottish independence referendum (franchise) Act 2013*, che ha definito i soggetti aventi diritto al voto, e lo *Scottish independence*

e presentati progetti di *devolution*; nel 1978 venne approvato lo *Scotland Act 1978* e il 1° marzo 1979 si svolse un referendum confermativo che, pur riportando un esito positivo, non raggiunse il quorum strutturale del 40% degli aventi diritto al voto; l'11 settembre 1979 la Scozia si pronunciò a favore della *devolution* in un referendum che non aveva ad oggetto la conferma di un testo legislativo ma la istituzione del Parlamento scozzese e la *devolution* di competenze legislative in una serie di materie; nel 1998 il Parlamento di Londra approvò quindi lo *Scotland Act 1998* che crea uno dei modelli più avanzati di regionalismo asimmetrico.

Per una ricostruzione storica del nazionalismo scozzese e del processo di *devolution* si segnalano, a titolo esemplificativo, G. Donaldson, *Scottish Devolution: The Historical Background*, in J.N. Wolfe (ed), *Government and Nationalism in Scotland. An Enquiry by Members of the University of Edinburgh*, Edinburgh, University Press, 1969, pp. 4-16; H.J. Hanham, *Scottish Nationalism*, London, Faber and Faber, 1969, p. 50 ss; J. P. Kellas, *The Scottish Political System*, Cambridge, University press, 1989; W. Robertson, *The History of Scotland*, London, Routledge, 1996. Sull'evoluzione della *devolution* scozzese in stretta connessione con il referendum indipendentista v., in particolare, G. Caravale, *Il referendum del 18 settembre: Scotland chooses the best of both worlds*, in *Federalismi.it*, n. 18, 2014; D. G. Bianchi, *Breve storia del nazionalismo scozzese*, in A. Torre (a cura di), *Il Regno è ancora unito?*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2016, p. 71 ss; C. Martinelli, *La Scozia nella costituzione britannica. Storia, idee, devolution in una prospettiva comparata*, Torino, Giappichelli, 2016.

¹¹³³ Nelle elezioni del 5 maggio 2011 lo Snp ha vinto le elezioni aggiudicandosi 69 dei 129 seggi dell'Assemblea di Holyrood.

¹¹³⁴ *Agreement between the United Kingdom Government and Scottish Government on a referendum on independence for Scotland*, October, 15, 2012, in Gov.scot.

¹¹³⁵ Nel *draft* si precisava soltanto che il referendum avrebbe dovuto svolgersi entro il 31 dicembre 2014. V. G. Caravale, *A family of Nations. Asimmetrie territoriali nel Regno Unito tra devolution e Brexit*, Napoli, Jovene, 2017, p. 52.

¹¹³⁶ Id., p. 48.

¹¹³⁷ Previamente approvato dal Parlamento di Holyrood sulla base della *Sevel Convention*.

referendum Act 2013, che ha fissato la data e le regole per lo svolgimento del referendum e della campagna referendaria¹¹³⁸.

Per quanto riguarda l'elettorato attivo, la grande innovazione del *Franchise Act* è stata l'estensione del diritto di voto ai cittadini residenti in Scozia maggiori di sedici anni di età e, quindi, l'abbassamento dell'età minima per il voto dai 18 ai 16 anni¹¹³⁹. L'art. 2 di tale *Act* attribuiva, infatti, il diritto di voto ai cittadini del Regno Unito, di un Paese dell'Unione europea o di un Paese del Commonwealth, residenti in Scozia e iscritti nei registri elettorali locali o nei nuovi registri appositamente istituiti per gli *youngvoters*¹¹⁴⁰. La possibilità di estendere il voto ai cittadini rientranti in questa fascia di età, già prevista nel *memorandum of agreement*, era stata fortemente voluta da Salmond che sperava di attrarre alla causa indipendentista i giovani più facilmente inclini – a suo parere – a un voto favorevole all'indipendenza.

Le altre questioni fondamentali del referendum riguardanti la formulazione del quesito, le regole per la campagna referendaria e per il voto, sono state, invece, definite dal *Referendum Act*, che ha ricalcato in parte la disciplina contenuta nel *Political Parties, Election and Referendum Act 2000* (PPERA) non direttamente applicabile al referendum scozzese¹¹⁴¹.

Per quanto concerne il quesito, una volta scartata l'ipotesi del *multi-option* referendum sostenuta dal governo scozzese, l'attenzione si è concentrata sulla sua esatta formulazione¹¹⁴². Un ruolo consultivo fondamentale è stato svolto dall'*Electoral Commission*, organo indipendente istituito nel 2000 dal PPERA per la regolamentazione del finanziamento dei partiti, a cui l'accordo di Edimburgo ha esteso la competenza sul referendum scozzese, applicando la procedura di valutazione del quesito referendario richiesta per gli altri referendum indetti con legge del Regno. Il parere della Commissione, ancorché non vincolante, ha portato a una modifica del quesito referendario rispetto alla sua originaria formulazione: “*Do you agree that Scotland should be an independent country?*”. La formula “*Should Scotland be an independent country?*” è stata quella definitivamente adottata all'articolo 1 del *Referendum Act* sulla base dell'intervento della Commissione, che ha suggerito di eliminare il “do you agree” ritenuto inadatto a soddisfare il requisito della neutralità. Nel suo rapporto conclusivo la Commissione ha evidenziato come la formulazione del *do you agree* configurasse il quesito come una “domanda suggestiva” in grado di influenzare l'elettore nel dare una risposta affermativa¹¹⁴³.

L'intervento della Commissione non si è limitato a una consulenza sulla formulazione del quesito ma si è esteso anche ad altri aspetti legati ai limiti di spesa da osservare, alle

¹¹³⁸ Per un'analisi della legislazione scozzese si rinvia, in particolare, a S. Tierney, S. Suteu, *Towards a Democratic and Deliberative Referendum? Analysing the Scottish Independence Referendum Bill and the Scottish Independence (Franchise) Bill*, Edinburgh Centre for Constitutional Law, Edinburgh Law School, 2013; Id., *Legal Issues Surrounding the Referendum on Independence for Scotland*, in *European Constitutional Law Review*, n. 3, 2013, p. 359; J. O. Frosini-G. Tagiuri, *Votare per il referendum: quali regole?*, in A. Torre (a cura di), *op. cit.*, p. 307 ss.

¹¹³⁹ P. Hopkins, *Young people and the Scottish Independence referendum*, in *Political Geography*, n. 46, 2015, spec. pp. 91-92.

¹¹⁴⁰ In tal modo si escludevano gli scozzesi residenti in altre parti del Regno Unito mentre si includevano inglesi, gallesi, nord-irlandesi residenti in Scozia v. J. O. Frosini-G. Tagiuri, *cit.*, p. 310.

¹¹⁴¹ Sul ruolo e la regolamentazione dell'istituto referendario nell'ordinamento britannico v. A. Torre, J. O. Frosini (a cura di), *Democrazia rappresentativa e referendum nel Regno Unito*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2012, in particolare, M. Calamo Specchia, *Quale disciplina referendaria nel Regno Unito? Brevi note su di un approccio sistematico per un modello a-sistematico*, in Id., p. 139.

¹¹⁴² Il governo scozzese aspirava ad un *multi-option* referendum che prospettasse agli elettori, oltre al Sì e il No alla indipendenza, una terza alternativa, un'opzione intermedia rivolta a conferire alla Scozia una maggiore autonomia finanziaria (*devo max*). Ipotesi a cui Salmond ha dovuto rinunciare per via dell'opposizione del governo britannico che giudicava tale proposta poco chiara e fuorviante.

¹¹⁴³ Electoral Commission, *Referendum on Independence for Scotland. Advice of the Electoral Commission on the Proposed Referendum Question*, 2013, p. 13.

operazioni di registrazione dei gruppi impegnati in campagna elettorale, alla divulgazione delle informazioni al pubblico, e al monitoraggio degli obblighi da rispettare nel *referendum period*, vale a dire 16 settimane prima della data prestabilita per il voto¹¹⁴⁴.

In particolare, per quanto riguarda la campagna elettorale, il *Referendum Act* ha individuato per le due tipologie di *campaigners*, i *permitted participants* e le *designated organizations*, il rispetto di determinati obblighi e differenti limiti di spesa¹¹⁴⁵. Le due organizzazioni *lead campaigners* favorevoli e contrarie all'indipendenza, *Yes Scotland* e *Better Together*¹¹⁴⁶, costitutesi nel 2012 e proclamate ufficialmente dalla Commissione il 23 aprile 2014 - hanno condotto la campagna elettorale esponendo gli argomenti a favore e contro l'indipendenza. A sostegno della prima tesi sono stati pubblicati da parte del governo scozzese vari documenti, ove sono state illustrate le ragioni del Sì, insistendo soprattutto sulla solidità e le potenzialità dell'economia scozzese, e presentando i contenuti di un progetto molto articolato per la costituzione di una Scozia indipendente, con un welfare molto forte, integrata nell'Unione europea e legata a una unione monetaria con il Regno Unito. Anche sul fronte opposto sono stati pubblicati da parte del governo britannico diversi documenti sotto la sigla "Scotland analysis", che hanno esposto le ragioni del No all'indipendenza, insistendo sui vantaggi della permanenza della Scozia nel Regno legati, soprattutto, al mantenimento della sterlina, a una tassazione ridotta a fronte di una maggiore spesa pubblica¹¹⁴⁷.

Il dibattito su questi temi e sulle molteplici implicazioni di una svolta indipendentista della Scozia è stato molto acceso fino alla fine, sia pur nel rispetto del *Purdab Period* previsto dal *Referendum Act* (Schedule 4, Paragraph 26), periodo di 28 giorni antecedenti la data del voto in cui si è imposto alla amministrazione scozzese di astenersi obbligatoriamente da ogni attività promozionale; obbligo che anche il governo britannico si era impegnato a rispettare nel quadro dell'Accordo di Edimburgo. Oltre a ciò, durante la campagna elettorale è stata assicurata un'ampia divulgazione delle informazioni al pubblico, soprattutto grazie al ruolo svolto dalla Commissione che ha portato avanti una campagna informativa molto estesa e capillare, sia pur astenendosi dal chiarire il significato e i contenuti dell'indipendenza. La Commissione, ad esempio, ha distribuito una *Voting Guide* contenente tutte le informazioni fondamentali su quando e come votare e una dichiarazione congiunta dei governi scozzese e britannico in cui sono state illustrate le conseguenze della vittoria e della sconfitta dell'opzione separatista.

¹¹⁴⁴ S. Tierney, *The Scottish Independence Referendum: A Model of Good Practice in Direct Democracy?*, in A. McHarg, T. Mullen. A. Page, N. Walker (ed.), *The Scottish Independence Referendum: Constitutional and Political Implications*, Oxford, University press, 2016, p. 53.

¹¹⁴⁵ Per un'analisi di questi aspetti si rinvia a O. Gay, *Scottish Referendum: the Campaign Rules*, House of Commons Library, SN/PC/06604, 2014; J. O. Frosini-Giacomo Tagiuri, *Votare per il referendum: quali regole?*, cit. p. 307 ss; J. Mitchell, *The Referendum Campaign*, in A. McHarg, T. Mullen. A. Page, N. Walker (ed.), *op. cit.*, p. 75. Per quanto riguarda i *permitted participants*, la legge prevedeva che chiunque volesse spendere più di 10.000 sterline nella campagna referendaria doveva registrarsi presso la Commissione e acquisiva, così, il diritto di spendere fino a un massimo di 150.000 sterline, nel rispetto degli obblighi previsti per il *referendum period*. Le *designated organizations*, quali organizzazioni di vertice dei gruppi impegnati nella campagna elettorale, invece, non potevano spendere più di 1,5 milioni di sterline e non avevano diritto a usufruire dei finanziamenti pubblici. I partiti politici avevano il diritto di spendere in proporzione al numero dei voti ottenuti alle elezioni del 2011.

¹¹⁴⁶ Il movimento *Yes Scotland* favorevole all'indipendenza era sostanzialmente composto dallo *Scottish National Party*, dagli ecologisti dello *Scottish Green Party* e da alcuni gruppi minori. Il movimento contrario all'indipendenza *Better Together* era composto invece dai laburisti, i liberali e i conservatori. Va osservato che nel 2014 allo slogan *Better Together* è stato affiancato quello di *No thanks* proprio per avvicinare gli elettori alla scheda elettorale e al No da scegliere il giorno della votazione referendaria. Su questi aspetti v. G. Caravale, *A family of Nations*, cit., p. 35 ss.

¹¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 73-78. Per una ricostruzione del dibattito referendario e dei progetti politici presentati prima e durante la campagna referendaria, si rinvia all'analisi dettagliata dell'Autrice. Cfr. A.a.Vv, *The referendum debate*, in A. McHarg, T. Mullen. A. Page, N. Walker (ed.), *op. cit.*, pp.101-225.

Il 18 settembre 2014 si è celebrato, quindi, l'atteso referendum sull'indipendenza della Scozia dal Regno Unito, in cui si è registrata anzitutto un'elevatissima partecipazione elettorale, pari all'84,6% degli aventi diritto al voto, e in cui il 55,3% dell'elettorato scozzese ha votato per il No e il 44,7% per il Sì. La maggioranza degli scozzesi ha deciso di rimanere quindi nel Regno Unito, contrariamente a quanto indicato nei sondaggi elettorali del 7 settembre che avevano previsto la vittoria del Sì, in rimonta di circa 10 punti percentuale rispetto al fronte unionista. L'avanzamento del voto separatista pronosticato nei sondaggi, che aveva destato forti preoccupazioni economiche e politiche, ha spinto i tre principali partiti politici nazionali (laburisti, conservatori e liberal-democratici) a presentare -a distanza di due giorni dal *referendum day*- una proposta per la devoluzione di competenze ulteriori alla Scozia (*devo-max*) che è stata resa pubblica in una dichiarazione nota come *The Vow* pubblicata sul *Daily Record* del 16 settembre¹¹⁴⁸. Questa proposta tripartita del fronte unionista, considerata propagandistica e strumentale a raccogliere il consenso dell'elettorato fluttuante da parte del nazionalismo scozzese, rappresenta, invero, un documento politico di grande importanza per comprendere la politica scozzese post-referendaria e il successivo *Scotland Act 2016*.

All'indomani del voto referendario, il Presidente Cameron ha avviato un percorso di riforma mediante l'istituzione della *Smith Commission*, incaricata di elaborare un *draft* sulla *devolution* di poteri all'Assemblea di *Holyrood*, che si è concluso con l'approvazione definitiva nel febbraio 2016 dello *Scotland Act 2016*. La nuova legge ha attribuito carattere permanente e irrevocabile al parlamento e al governo scozzesi definendole istituzioni "permanenti". Ha assegnato al parlamento di *Holyrood* maggiori competenze in diverse materie (di natura fiscale, elettorale, di sfruttamento delle risorse naturali), attribuendogli anche la facoltà di abrogare quanto disposto dallo *Scotland Act 1998* in materia elettorale. Ha formalizzato a livello legislativo il riconoscimento della *legislative consent motion* e della *Barnett formula* che riconosce un trattamento fiscale e finanziario particolarmente vantaggioso per la Scozia

Si tratta di modifiche che incidono significativamente sul sistema devoluto scozzese e che evidenziano come il referendum indipendentista, nonostante l'esito contrario all'opzione separatista, abbia fatto da apripista ad una serie di riforme e cambiamenti in grado di condizionare l'assetto dei rapporti e gli equilibri costituzionali tra la Scozia e il Regno Unito con ricadute sull'intero processo devolutivo. Se queste riforme abbiano determinato l'avanzamento verso un sistema devoluto più autonomo e asimmetrico destinato a rimanere tale, ovvero, viceversa, rappresentino l'ultimo stadio evolutivo prima della indipendenza della nazione scozzese, non rappresenta certo un quesito semplice a cui rispondere. Gli sconvolgimenti dell'ultimo anno nel Regno Unito legati all'esito positivo del referendum sulla Brexit del 23 giugno hanno avuto conseguenze dirompenti sulla *devolution*¹¹⁴⁹. In particolare in Scozia, la *First Minister* Nicola Sturgeon, in linea con quanto previsto nel suo manifesto elettorale per le elezioni di maggio 2016, aveva preannunciato, immediatamente dopo il referendum sulla Brexit, la celebrazione di un secondo referendum sull'indipendenza da Londra in previsione dell'uscita del Regno dall'Unione europea contro

¹¹⁴⁸ Per un'analisi di questo documento si rinvia, in particolare, a A. Torre, *Una Costituzione sotto stress. Riflessioni sul referendum scozzese del 18 settembre 2014*, in Id., *op. cit.*, p. 9 ss.

¹¹⁴⁹ Sulle conseguenze del voto sulla Brexit nel sistema politico istituzionale britannico v. tra i primi contributi nella dottrina italiana G. Baldini, *La Gran Bretagna dopo la Brexit*, Bologna, Il Mulino, 2016. Sulle conseguenze della Brexit sulla *devolution* v. G. Caravale, *A family of Nations*, cit., pp.197-219.

la volontà della maggioranza degli scozzesi¹¹⁵⁰. Questa strada è stata in seguito scartata dalla Sturgeon, che ha deciso di congelare l'ipotesi di un secondo referendum, sia a causa dell'opposizione del governo di Londra, sia per l'arretramento elettorale registrato dal suo partito nelle elezioni anticipate del 7 giugno 2017 che ha subito una perdita di 21 deputati rispetto alle politiche del 2015¹¹⁵¹. Le incognite legate alle modalità di realizzazione della Brexit e alla risoluzione della riemersa questione indipendentista scozzese rendono ampiamente incerto il punto di approdo di questa nuova e complessa fase nel Regno Unito, caratterizzata da profonde incertezze politiche e istituzionali e destinata a subire trasformazioni costituzionali significative.

Per quel che interessa in questa sede, non si può tuttavia non sottolineare come il referendum indipendentista scozzese e le regole che ne hanno disciplinato lo svolgimento abbiano garantito una consultazione referendaria pienamente democratica che può costituire un esempio di *good practice* nel diritto comparato.

5. La rivendicazione del cd. derecho a decidir e la consultazione sull'indipendenza della Catalogna del 9 novembre 2014

In una direzione completamente opposta si è orientata la vicenda indipendentista della Catalogna¹¹⁵² ove, nell'impossibilità di celebrare un referendum autonomico di natura secessionista, si è aperto un conflitto di proporzioni inedite nei rapporti tra Madrid e Barcellona. Conflitto sfociato nel 2014 e 2017 nella celebrazione di due consultazioni popolari sull'indipendenza, di diversa natura giuridica, ma entrambe illegali e dichiarate incostituzionali dal Tribunale costituzionale.

Il tema dell'indipendenza ha iniziato ad affermarsi all'indomani della nota sentenza del Tribunale costituzionale n. 31 del 2010, sulla riforma dello statuto di autonomia della Catalogna, intervenuta a distanza di quattro anni dalla presentazione del ricorso del partito popolare. La sentenza, che ha dichiarato l'incostituzionalità di 14 disposizioni e offerto una reinterpretazione conforme a Costituzione di altre 27 disposizioni, è stata ampiamente criticata dalla classe politica e dalla società civile catalana per aver compresso la portata autonomistica del nuovo statuto¹¹⁵³. E' iniziata così una fase molto complessa che ha portato al rafforzamento del c.d. nazionalismo catalano¹¹⁵⁴ e allo sviluppo di un fenomeno

¹¹⁵⁰ Sul punto v. G. Ferraiuolo, D. Praino, *Un nuovo referendum in Scozia tra hard Brexit e nodi della integrazione europea*, in *Osservatorio Aic*, n. 1, 2017; G. Conti, *Un secondo referendum scozzese tra parliamentary sovereignty e popular sovereignty*, in *Rivista Aic* n. 3, 2017.

¹¹⁵¹ Sulle ultime elezioni legislative in Gran Bretagna v. G. Caravale, *Is June the end of May?* In *Forum Dpceonline*.

¹¹⁵² Per una comparazione tra le due esperienze referendarie cfr. U. Haider Quercia, *Ordinamenti autonomistici tra riforma e secessione: il significato del referendum d'indipendenza in Scozia ed in Catalogna*, in *Percorsi costituzionali*, n. 3, 2014, p. 665; I. Ruggiu, *Referendum e secessione...*, cit.

¹¹⁵³ Tra i numerosi commenti si v. A.A.V.V., *Valoración general de la sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional*, in *Revista catalana de dret públic*, n.1, 2010, pp. 9-68; J. M. Castellà Andreu, *La sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña y su significado para el futuro del Estado autonómico*, in *Federalismi.it*, n. 18, 2010. In senso critico cfr., in particolare, J. Pérez Royo, *La STC 31/2010 y la contribución de la jurisprudencia constitucional a la configuración de un Estado compuesto en España: elementos de continuidad y ruptura, e incidencia en las perspectivas de evolución del Estado autonómico*, e P. Requejo Rodríguez, *La posición del Tribunal constitucional español des prés de la STC 31/2010*, entrambi in *Revista Catalana de Dret Públic*, n. 43, 2011, rispettivamente, pp. 121-149, e p. 6 ss.

¹¹⁵⁴ Va ricordato che la Catalogna vanta un'ampia esperienza di autogoverno nel corso della lunga evoluzione storica spagnola, che può così essere sintetizzata nei suoi tratti fondamentali. A partire dal XIV secolo fu creata la Generalità di Catalunya e si sviluppò nella regione un sentimento anticastigliano e separatista che portò ad opporsi al Regno spagnolo di Filippo V. Questi, una volta vinta la guerra di successione, sopresse con il decreto *de Nueva Planta* le istituzioni di autogoverno catalane e costituì uno stato unitario. Nel XVIII secolo, a seguito di un processo di

politico-sociale di ampie dimensioni impegnato a rivendicare il cd. *derecho a decidir*, attraverso la celebrazione di un referendum¹¹⁵⁵, e a rilanciare il progetto indipendentista facendo principalmente leva su un sentimento di “vittimismo culturale ed economico” presente nella Comunità autonoma¹¹⁵⁶. La crisi e la proliferazione di problemi di natura economica e sociale, unitamente allo sviluppo di un forte sentimento anticontrattualista, hanno contribuito ad alimentare la causa indipendentista, fornendo ai partiti e alle organizzazioni della società civile la possibilità di strumentalizzare la questione (prime tra tutte, *Omnium cultural* e *l'Asamblea Nacional Catalana*).

L'inizio del processo sovranista catalano (c.d. *proceso soberanista*) si suole generalmente collegarlo al fallito tentativo del Governo catalano di siglare con il Governo statale il *Pacto Fiscal*, accordo con il quale si aspirava a introdurre un modello di autonomia fiscale simile al *concierto económico* vigente nel Paese Basco¹¹⁵⁷. La mancata approvazione del *Pacto Fiscal*, che può essere considerato un importante spartiacque nel passaggio dall'autonomismo all'indipendentismo, ha determinato, infatti, un cambio di orientamento politico imprimendo un certo dinamismo al processo secessionista¹¹⁵⁸.

La prima tappa di tale processo si è consumata il 25 novembre 2012 con la celebrazione di elezioni anticipate nella Comunità autonoma. Tali elezioni sono state giocate dal

rafforzamento economico e culturale della regione, riemersero tendenze separatiste e autonomistiche, soprattutto con lo sviluppo del catalanismo tra la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento, movimento politico e culturale fondato sull'affermazione dell'identità e della nazione catalana. Nel 1914 si ricostituirono istituzioni politiche autonome nella regione con la fondazione della *Mancomunidad* della Catalogna, organo amministrativo interprovinciale, soppressa nel 1925 dal dittatore Primo de Rivera. Con la caduta della dittatura di Rivera, infine, il nazionalismo radicale catalano trovò un'espressione a livello politico con la vittoria di *Esquerra Republicana de Catalunya*, che nel 1931 proclamò la Repubblica catalana e iniziò un percorso di negoziazione con Madrid che condusse all'approvazione dello statuto di autonomia e all'affermazione della Generalità della Catalogna. La Generalità e lo statuto furono abrogati dal dittatore Francisco Franco nel 1936 e vennero nuovamente ricostituiti nel 1977 con la fine della dittatura franchista. Sulla nascita e l'evoluzione storica del nazionalismo catalano e del catalanismo si rinvia, tra i numerosi contributi, a M. Caminal, *Nacionalisme i partits nacionals a Catalunya*, Barcelona, Empúries, 1998, p. 90; Montserrat Guibernau, *Catalan Nationalism. Francoism, transition and democracy*, London, Routledge, 2004.

¹¹⁵⁵ In dottrina si ritiene che tale diritto derivi dal principio democratico e dal diritto di partecipazione politica riconosciuti dalla Costituzione (artt.1.1 e art. 23. 1 Cost). In linea generale viene definito come un diritto individuale ad esercizio collettivo dei membri di una determinata comunità, territorialmente localizzata e democraticamente organizzata, che permette di esprimere, mediante un procedimento democratico, la volontà di ridefinire il proprio *status* politico-istituzionale, includendovi finanche la possibilità di costituire uno Stato indipendente. Sul *derecho a decidir* esiste una vastissima letteratura. Tra i tanti contributi si rinvia a L. Cappuccio, M. Corretja Torrens (a cura di), *El derecho a decidir: un diálogo italo-catalán*, Barcellona, 2014; J. M. Castellà i Andreu, *Secesión y referéndum sobre el “derecho a decidir” en Cataluña: una aproximación desde el Derecho Constitucional*, in A.A.V.V., *El futuro territorial del estado español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 451-490; J. Jiménez Sánchez, *Principio democrático y derecho a decidir*, in *Revista d'Estudis Autònomic i Federals*, n. 19, 2014, pp. 211-233; J. M. Vilajosana, *Principio democrático y justificación constitucional de derecho a decidir*, in *Revista d'Estudis Autònomic i Federals*, n. 19, 2014, pp. 178-210; A. González Bondía, J. López Hernández J. M. Vilajosana Rubio, M. Barceló I Serramalera y Mercè Corretja Torrens, *El derecho a decidir. Teoría y práctica de un nuevo derecho*, Barcelona, Atelier, 2015; J. Tudela Aranda, *El derecho a decidir y el principio democrático*, in *Teoría y realidad constitucional*, n. 37, 2016, p. 477 ss.

¹¹⁵⁶ In questi termini v. G. Ariño Ortiz, *La independència de Catalunya: historia, economía, política, derecho*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, p. 75, che sottolinea, in senso critico, come il nazionalismo catalano abbia legato a una continuativa e instancabile rivendicazione del c.d. *hecho diferencial* una certa falsificazione della storia e una situazione di limitazione culturale e di svantaggio economico per la Catalogna imputabile prevalentemente al meccanismo di *balanza fiscal*.

¹¹⁵⁷ Il Parlamento della Catalogna aveva approvato pochi mesi prima, il 25 luglio 2012, il c.d. *Pacto Fiscal*, in cui si prevedeva di introdurre un nuovo regime fiscale basato principalmente su un'Agenzia tributaria catalana incaricata di riscuotere e gestire tutte le imposte nella Comunità autonoma.

¹¹⁵⁸ Il cambio di orientamento si intravede chiaramente nella risoluzione n.742/IX, *sobre la orientación política general del Gobierno de la Generalidad*, approvata dal Parlamento catalano il 27 settembre 2012. Con tale risoluzione si richiedeva al Governo di farsi promotore nella legislatura successiva di una consultazione che consentisse al popolo catalano di decidere liberamente e democraticamente il proprio futuro politico.

presidente uscente prevalentemente sui temi del diritto a decidere e del referendum di autodeterminazione, nella speranza di sfruttare il consenso emerso in occasione del clamoroso successo della *Diada*¹¹⁵⁹. La vittoria elettorale a maggioranza relativa di *Convergència i Unió* (CiU) ha spinto Artur Mas a siglare con *Esquerra Republicana de Catalunya* (ERC) un accordo di investitura e governabilità, c.d. *Acord per a la transició nacional i per garantir l'estabilitat parlamentària del Govern de Catalunya*, in cui è stata definita nel dettaglio la strategia indipendentista (c.d. *hoja de ruta*) per pervenire alla celebrazione di un referendum sull'indipendenza da Madrid entro la fine del 2014. È iniziato, così, un percorso in cui il Governo catalano ed ERC, con il sostegno dei partiti del *derecho a decidir*¹¹⁶⁰, hanno portato avanti con grande decisionismo politico le iniziative indicate nell'accordo, e il Governo statale, dal canto suo, si è opposto a ognuna di tali iniziative invocando il rispetto della Costituzione e ricorrendo continuativamente al Tribunale costituzionale.

Dapprima le istituzioni catalane, sulla scorta delle indicazioni del Consiglio di Transizione nazionale¹¹⁶¹, hanno cercato di aprire una trattativa con il Governo Rajoy per negoziare la celebrazione di un referendum entro i margini offerti dalla Costituzione, che disciplina l'istituto del referendum consultivo a livello nazionale all'art. 92, riservando allo Stato la competenza esclusiva di autorizzarne la convocazione (art. 149.1, 32)¹¹⁶². Un secondo tentativo è stato compiuto, invece, richiedendo la delega della competenza statale in materia referendaria ai sensi dell'articolo 150, c. 2 Cost. L'8 aprile 2014 la proposta di legge organica presentata dal Parlamento catalano è stata tuttavia respinta ad ampia maggioranza del Congresso dei deputati¹¹⁶³, perché ritenuta in contrasto con i principi

¹¹⁵⁹ La *Diada* è la festa nazionale catalana in cui si commemora la resa di Barcellona alle truppe borboniche di Filippo V di Spagna avvenuta nel 1714. Negli ultimi anni, specie a partire dal 2012, le manifestazioni della *Diada* hanno raccolto l'adesione della maggior parte delle forze politiche e la partecipazione di milioni di persone che hanno palesato l'esistenza di un forte sentimento indipendentista nella Comunità autonoma.

¹¹⁶⁰ I partiti del c.d. *diritto a decidere* sono quei partiti che si esprimono a favore della celebrazione di una consultazione popolare sul futuro politico della Catalogna, a prescindere dalla posizione che assumono in merito all'indipendenza. In seguito alle ultime elezioni del 2015 sono 83 i deputati favorevoli alla rivendicazione referendaria (vale a dire il 61,5% dell'assemblea), di cui 62 appartenenti alla lista *Junts pel Sí* (JxSí), 10 alla *Candidatura d'Unitat Popular* (CUP), e 11 a *Catalunya Sí Que es Pot* (CSQP).

¹¹⁶¹ Il *Consiglio di Transizione nazionale* è stato istituito mediante decreto n. 113/2013, quale organo di consulenza giuridica incaricato di portare a termine il processo di transizione nazionale e individuare le strategie per celebrare, entro il 2014, una consultazione legale sul futuro politico della Catalogna. Il 25 luglio 2013 il *Consiglio* neoistituito ha approvato l'*Informe* dal titolo "*La consulta sobre el futuro político de Catalunya*", ove sono state individuate le cinque vie percorribili per convocare una consultazione legale. Tali vie consistono, sostanzialmente, nella celebrazione di un referendum consultivo regolato e autorizzato dallo Stato ai sensi dell'art. 92, c. 1 Cost.; nella delega alla Generalità della competenza statale per l'autorizzazione del referendum conformemente all'art. 150, c. 2 Cost.; nell'applicazione della legge catalana n. 4/2010, sulle consultazioni popolari per mezzo del referendum; nell'approvazione e applicazione della legge regionale sulle consultazioni popolari non referendarie; e infine, nella revisione costituzionale. Il 1° *Informe* è stato in seguito incluso, insieme agli altri 18 redatti dal Consiglio, nel Libro Bianco su "*La transició nacional de Catalunya*", pubblicato online sul sito del Dipartimento della presidenza della Generalità della Catalogna nella sezione relativa all'autogoverno dedicata al *Consell Assessor per a la Transició nacional* (http://presidencia.gencat.cat/ca/ambits_d_actuacio/desenvolupament_autogovern/)

¹¹⁶² L'articolo 92 della Costituzione spagnola prevede che le decisioni politiche di speciale importanza possano essere sottoposte a referendum, che deve essere indetto dal Re, su proposta del Presidente del Governo, previa autorizzazione del Congresso dei deputati. Secondo una parte dei giuristi catalani, il referendum catalano avrebbe potuto essere ricondotto, *in primis*, a tale articolo e lo Stato lo avrebbe potuto convocare rapidamente, stabilendo il quesito, il procedimento per celebrarlo e una modalità specifica di partecipazione della Generalità. Soluzione questa che, secondo gli esperti, sarebbe stata pienamente compatibile con l'art. 149. 1.32 Cost., che riserva allo Stato la competenza esclusiva ad autorizzare l'indizione del referendum.

¹¹⁶³ Il Congresso dei Deputati ha respinto, con i 299 voti contrari del Pp, Psoe, UpYd, *Unión del pueblo navarro* (UPN), *Foro Asturias*, e i 47 favorevoli di CiU, *Izquierda plural*, *Grupo Vasco*, e di parte del gruppo misto (e una astensione), la proposta di legge organica presentata dal Parlamento catalano.

costituzionali dell'unità della nazione spagnola e dell'appartenenza della sovranità al popolo spagnolo. E' fallito poi anche il tentativo successivo del fronte indipendentista di celebrare una "consultazione popolare non referendaria" sul futuro politico della Catalogna sulla base della legge catalana n. 10/2014, *de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana*¹¹⁶⁴, fondata sull'art. 122 dello Statuto di autonomia¹¹⁶⁵. Ad essa si è fatto ricorso nell'impossibilità di pervenire alla più complessa applicazione della legge catalana n. 4/2010, sulle consultazioni popolari referendarie, già impugnata dal Governo Zapatero dinanzi al Tribunale costituzionale¹¹⁶⁶. La legge mirava a introdurre, infatti, un istituto distinto dal referendum in grado di offrire copertura giuridica alla consultazione indipendentista, senza richiedere una preventiva autorizzazione dello Stato, ma riservandone la competenza in via esclusiva alla Generalità.

La consultazione popolare non referendaria, convocata con decreto del Presidente della Generalità n. 129/2014¹¹⁶⁷, avrebbe dovuto svolgersi nella data del 9 novembre 2014, e avere a oggetto i medesimi quesiti sull'indipendenza decisi unilateralmente dai partiti del fronte indipendentista e preannunciati da Artur Mas: *¿Quiere que Cataluña se convierta en un Estado? ¿Quiere que sea independiente?*. Questa consultazione -come è noto- non ha avuto luogo poiché sia la legge che il decreto di convocazione sono stati impugnati dal Governo Rajoy e sospesi in via cautelare dal Tribunale costituzionale e, in seguito, giudicati incostituzionali¹¹⁶⁸. In sua sostituzione è stata celebrata, sempre nella data prefissata del 9

¹¹⁶⁴ La legge introduce e regola: la categoria delle consultazioni popolari non referendarie a livello autonomico o locale, in seguito, parzialmente annullata dal Tribunale costituzionale, e quella dei c.d. processi di partecipazione popolare. Le consultazioni popolari non referendarie, convocabili direttamente dal presidente della Generalità o dal Presidente dell'ente locale interessato, presentano delle caratteristiche di partecipazione (apertura ai cittadini catalani maggiori di 16 anni di età, ai cittadini catalani residenti all'estero, nonché ai residenti in Catalogna provenienti da altri Stati membri dell'Unione) e delle garanzie procedurali specifiche (*Comisión de control* e *Comisiones de seguimiento*), che -nell'intento dei redattori della legge- avrebbero dovuto differenziarle dal referendum. I cd. processi di partecipazione popolare sono, invece, azioni istituzionalizzate rivolte a facilitare e a promuovere l'intervento dei cittadini nella determinazione e nella valutazione delle politiche pubbliche. In tale categoria rientrano l'inchiesta, l'udienza pubblica, e i fori di partecipazione.

¹¹⁶⁵ L'art. 122 dello Statuto catalano attribuisce alla Generalità la competenza esclusiva per la definizione del regime giuridico, le modalità, il procedimento e la convocazione degli strumenti di consultazione popolare, con l'eccezione di quanto disposto dall'articolo 149.1.32 Cost.. In seguito il Tribunale costituzionale, con la sentenza sullo statuto catalano n. 31/2010, ha affermato che l'articolo 122 è conforme a Costituzione nella misura in cui l'espressione qualsiasi altro strumento di consultazione popolare non comprenda il referendum, chiarendo che non soltanto l'autorizzazione ma anche la disciplina di tale istituto sono riservate alla competenza dello Stato.

¹¹⁶⁶ L'istituto del referendum autonomico veniva regolato dalla legge n. 4/2010, *de consultes populars per via de referèndum*, che trova a sua volta fondamento nell'art.122 dello Statuto di autonomia. L'art. 13 di tale legge prevedeva che: una volta approvata da parte del Parlamento la proposta di consultazione popolare, il presidente o la presidente della Generalità trasmettesse al Governo statale la richiesta di autorizzazione. Per la convocazione del referendum era necessaria l'autorizzazione del Governo centrale in conformità a quanto sancito dall'art. 149.1.32 Cost. Il Governo spagnolo ha presentato il ricorso n. 8912, del 27 dicembre 2010, contro tale legge, che il Tribunale ha giudicato ammissibile sospendendone per cinque mesi l'applicazione. Il Tribunale, senza pronunciarsi nel merito, ha poi rimosso la sospensione cautelare della legge con l'ordinanza n. 87, del 9 giugno 2011, non ritenendo che le disposizioni impuginate fossero in grado di arrecare un pregiudizio concreto allo Stato. A distanza di quattro anni dall'interposizione del ricorso, ha poi dichiarato l'incostituzionalità parziale di tale legge con la sentenza n. 51/2017, del 10 maggio (BOE n. 142, del 15 giugno 2017). I giudici hanno ritenuto che la legge impugnata avesse regolato una tipologia di referendum non prevista né dalla Costituzione, né dalla legislazione statale regolante le modalità di referendum, e che la competenza autonoma per la regolazione dell'istituto referendario avrebbe potuto esercitarsi soltanto qualora il legislatore statale, mediante legge organica, avesse previsto la figura del referendum autonomico.

¹¹⁶⁷ DOGC n. 6715, del 27 settembre 2014.

¹¹⁶⁸ Il 29 settembre il Governo statale ha presentato il ricorso n. 5829-2014 dinanzi al Tribunale costituzionale contro la legge catalana n. 10/2014, e ha impugnato, altresì, il decreto n. 129/2014, di indizione della consultazione popolare, ai sensi dell'art. 161, c.2 Cost., dopo aver ottenuto il parere favorevole del Consiglio di Stato (*dictamen n. 964/2014*). Il Tribunale ha dichiarato ammissibile il ricorso del Governo che ha determinato l'immediata sospensione degli atti

novembre (9N), una consultazione alternativa, definita *proceso participativo* dalle autorità catalane, resa possibile grazie all'opera di circa 40.000 volontari. Nell'ambito di questo processo i 2.344.828 catalani partecipanti si sono espressi con una maggioranza dell'80,91% a favore dell'indipendenza da Madrid¹¹⁶⁹. Questa consultazione, che nell'intento dei suoi promotori avrebbe dovuto essere ricondotta ai processi di partecipazione popolare previsti in quella parte della legge non sospesa dal Tribunale costituzionale (*Título III: "Procesos de participación ciudadana"*), non trova in realtà un fondamento specifico in tale legge¹¹⁷⁰. Inoltre la consultazione popolare è stata celebrata nonostante il Tribunale costituzionale avesse adottato, sempre ai sensi dell'art. 161, c. 2 Cost., un secondo pronunciamento sospensivo di tutte le attività preparatorie e organizzative collegate alla consultazione, che in seguito è stata dichiarata incostituzionale con la sentenza n. 138/2015¹¹⁷¹. La celebrazione della consultazione, considerata un processo partecipativo dalle istituzioni catalane e un atto illegittimo e di disobbedienza istituzionale da parte del Governo di Madrid, ha creato un conflitto molto grave nell'ordinamento spagnolo, che ha portato all'apertura di processi giudiziari contro l'ex presidente del governo, e altri esponenti del governo, condannati all'interdizione dai pubblici uffici per aver promosso e organizzato tale processo¹¹⁷².

L'esito positivo di questa consultazione illegittima è stato tuttavia utilizzato dal Governo Mas per riavviare le negoziazioni con ERC e indire elezioni "plebiscitarie", al fine di avviare un processo di transizione destinato a concludersi, entro i 18 mesi successivi, con la costituzione di uno Stato catalano indipendente¹¹⁷³.

5.1. *La deriva verso la secessione unilaterale e il referendum "illegale" del 1° ottobre 2017*

impugnati in via cautelare (*nota informativa* n. 74/2014). A distanza di cinque mesi, il 25 febbraio 2015, si è poi pronunciato definitivamente con la sentenza n. 31/2015 (Boe n. 64, del 16 marzo 2015) sulla legge n. 10/2014, dichiarandone l'incostituzionalità parziale, affermando che le consultazioni popolari non referendarie non si distinguono dal referendum nei tratti fondamentali (soggetti consultati, oggetto, conseguenze giuridiche), nonostante la legge impugnata abbia previsto un censo elettorale più ampio, un procedimento non basato sull'amministrazione elettorale e delle garanzie specifiche per questo tipo di consultazioni. A questa è seguita la sentenza n. 32/2015 con cui il Tribunale ha annullato il decreto 129/2014, di convocazione della consultazione popolare non referendaria, ritenendola un referendum *encubierto*, e come tale incostituzionale, perché privo, *in primis*, della preventiva autorizzazione statale e in contrasto con i procedimenti e le garanzie costituzionalmente richieste.

¹¹⁶⁹ Per una ricostruzione dei passaggi chiave e delle vie esplorate per pervenire alla celebrazione del c.d. processo partecipativo si rinvia a L. Cappuccio, *La lunga e accidentata marcia della Catalogna verso una consultazione sull'indipendenza*, in L. Cappuccio, G. Ferraiuolo (a cura di), *Il futuro politico della Catalogna*, in *Federalismi.it*, n. 22, 2014; M. Barceló i Serramalera, *El derecho a decidir en Cataluña: cronología de la construcción de un nuevo derecho democrático*, in *Federalismi.it*, n. 4, 2015.

¹¹⁷⁰ In questa direzione J. M. Castellà i Andreu, *El problemático encaje constitucional del "derecho a decidir" de Cataluña y sus vías de ejercicio*, in *Percorsi costituzionali*, n. 3, 2014, p. 825 ss.

¹¹⁷¹ STC n. 138/2015, del 11 giugno 2015 (Boe n. 160, del 6 luglio 2015). Il Tribunale ha dichiarato incostituzionali le azioni della Generalità relative alla convocazione del processo di partecipazione cittadina contenute nella pagina web "participa2014.cat", così come gli atti e le azioni preparatorie per la realizzazione di questa consultazione, nonché qualsiasi altra azione non formalizzata ma giuridicamente vincolata alla consultazione. Questa sentenza si ricollega alle sentenze nn. 31/2015, 32/2015, che si fondano tutte sulla premessa comune secondo cui le consultazioni popolari non referendarie sono sostanzialmente assimilabili al referendum nei lineamenti fondamentali, e sono, quindi, incostituzionali in quanto prive dei requisiti e delle garanzie collegati a tale istituto. Per una ricostruzione della giurisprudenza costituzionale v. J. M. Castellà i Andreu, *Tribunal constitucional y proceso secesionista catalán: respuestas jurídico-constitucionales a un conflicto político-constitucional*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 37, 2016, pp. 561-592.

¹¹⁷² Il 13 marzo 2017 il Tribunale Superiore di Giustizia della Catalogna ha condannato Artur Mas a due anni di interdizione dai pubblici uffici per aver commesso un reato di disobbedienza al Tribunale costituzionale.

¹¹⁷³ Per una ricostruzione del processo di transizione si v., per tutti, nella dottrina italiana, M. Iacometti, *La Catalogna e il suo difficile percorso verso l'indipendenza*, in C. Martinelli, *La Scozia nella costituzione britannica. Storie, idee, devolution in una prospettiva comparata*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 243 ss.

Le elezioni “plebiscitarie” del 27 settembre 2015 hanno assegnato la maggioranza assoluta dei seggi (72) ma non dei voti (47,7%) ai partiti del fronte indipendentista di *Junt Pel sí* (JxSí) e della *Candidatura d'Unitat Popular* (CUP), palesando l'inadeguatezza delle elezioni come surrogato di una consultazione popolare e le difficoltà legate all'interpretazione dei risultati in chiave referendaria¹¹⁷⁴.

La volontà di adottare una strategia secessionista unitaria ha permesso di superare l'iniziale disaccordo sulla candidatura di Artur Mas e di pervenire all'investitura parlamentare di Carles Puigdemont, sindaco di Girona e presidente dell'associazione dei municipi catalani per l'indipendenza¹¹⁷⁵. La costituzione del nuovo governo ha segnato l'inizio di una nuova e delicata fase, definita fra “post autonomia e pre-indipendenza”, in cui si sono alternati, ad alcuni tentativi di secessione negoziata, numerose iniziative unilaterali avviate sotto le insistenti pressioni del partito anticapitalista e indipendentista della CUP.

L'intenzione di imprimere un indirizzo unilaterale al processo indipendentista si è resa inizialmente palese con l'approvazione della risoluzione 1/XI, “*sobre el inicio del proceso político en Cataluña como consecuencia de los resultados electorales del 27 de septiembre de 2015*”, con la quale è stata dichiarata la volontà di dare avvio al processo di *desconexión* graduale dalla Spagna per la creazione di uno Stato indipendente sotto forma di Repubblica. Risoluzione che è stata giudicata un atto di rottura unilaterale dell'ordine costituzionale con la nota sentenza n. 259/2015, con cui il Tribunale ha difeso il primato della Costituzione e della democrazia costituzionale, chiarendo che qualsiasi tentativo finalizzato alla secessione sarebbe rimasto completamente fuori dall'ambito costituzionale. Ciononostante, i partiti del fronte indipendentista hanno proseguito nella direzione della secessione unilaterale con l'approvazione delle risoluzioni n. 263/XI, *por la que se ratifican el Informe y las Conclusiones de la Comisión de Estudio del Proceso Constituyente*, e n. 306/XI, *sobre la orientación política general del Gobierno de la Generalidad*, che disciplinavano -rispettivamente- il processo costituente e il processo referendario catalano¹¹⁷⁶. Risoluzioni, quindi, che già delineavano la strategia

¹¹⁷⁴ Per un commento di queste elezioni si rinvia, in particolare, a G. Ferraiuolo, *27 settembre 2015: le elezioni “plebiscitarie” di Catalogna*, in *Federalismi.it*, n. 18, 2015.

¹¹⁷⁵ Il 20 gennaio Carles Puigdemont è stato eletto Presidente della Generalità con i 70 voti favorevoli dei deputati eletti nelle liste indipendentiste di JxSí e la CUP, i 63 contrari degli altri partiti e due astensioni. L'accordo per l'investitura del nuovo presidente è stato raggiunto dai due partiti, dopo tre mesi di intense negoziazioni, il 9 gennaio, vale a dire un giorno prima dello spirare del termine per la costituzione del nuovo governo. L'accordo è stato conseguito grazie alla scelta di Artur Mas di ritirarsi dalla scena politica e al consenso raggiunto sul nome di *Carles Puigdemont* come candidato alla presidenza.

¹¹⁷⁶ La risoluzione n. 263/XI, annullata integralmente dal Tribunale, faceva riferimento a un processo costituente strutturato in tre fasi, che avrebbe dovuto concludersi con l'elezione di un'Assemblea costituente incaricata di redigere il testo costituzionale da ratificare mediante referendum. La risoluzione n. 306/XI, giudicata parzialmente incostituzionale, riconosceva il diritto inalienabile della Catalogna all'autodeterminazione e indicava le regole per la celebrazione di un referendum vincolante sull'indipendenza, da svolgersi al più tardi entro la fine del mese di settembre 2017, senza il previo accordo con il Governo statale. V. le ordinanze del Tribunale costituzionale nn. 170/2016, (BOE n. 276, del 15 novembre 2016), e n. 24/2017, (BOE, n. 72, del 25 marzo 2017), in cui ha affermato che la volontà del Parlamento catalano di eludere i procedimenti di revisione costituzionale per portare avanti il progetto politico di disconnessione dallo Stato spagnolo suppone “intentar una inacceptable vía de hecho” per riformare la Costituzione incompatibile con lo Stato sociale e democratico di Diritto proclamato dalla Costituzione spagnola” (SSTC 103/2008, FJ 4; y 259/2015, FJ 7).

independentista a cui è stata data concreta attuazione negli ultimi mesi, nonostante fossero state entrambe annullate dal Tribunale costituzionale, che ne aveva dichiarato la incostituzionalità ribadendo la esclusiva percorribilità della strada della revisione costituzionale¹¹⁷⁷.

La sfida di una secessione unilaterale è stata messa concretamente in atto il 9 giugno 2017 da Carles Puigdemont¹¹⁷⁸, che ha annunciato in forma solenne la data del 1° ottobre per la celebrazione del referendum avente ad oggetto il seguente quesito: *¿Quiere que Catalunya sea un Estado independiente con forma de república?*. Il Governo spagnolo ha replicato immediatamente e duramente all'annuncio, affermando che un referendum di questo tipo non avrebbe mai potuto avere luogo nell'ordinamento spagnolo perché incostituzionale¹¹⁷⁹.

Le istituzioni catalane hanno portato avanti, con evidenti forzature delle procedure parlamentari¹¹⁸⁰, una serie di iniziative per pervenire all'approvazione delle leggi per regolare il referendum e il processo di separazione dallo Stato spagnolo, c.d. *leyes de desconexión*. Fondamentale, in questo senso, si è rivelata l'applicazione dell'art. 81, comma 3 del Regolamento del Parlamento catalano, che ha permesso di modificare con carattere di urgenza l'ordine del giorno e di concluderne l'iter di approvazione in soli due giorni.¹¹⁸¹ Il 6 e 7 settembre sono state approvate con i soli voti favorevoli della maggioranza

¹¹⁷⁸ Il 24 maggio 2017 Carles Puigdemont ha inviato al Presidente del Governo Mariano Rajoy una lettera per chiedere di concordare i termini e le condizioni di un referendum sul futuro politico della Catalogna. Alla lettera sono stati allegati due documenti: l'accordo approvato il giorno prima dal Governo catalano, con cui si sollecitava il Governo spagnolo ad avviare le negoziazioni sui termini e le condizioni del referendum sul futuro politico della Catalogna; e la *moció 122/xi sobre el compliment de l'apartat i.1.2, «exigència social de celebració d'un referèndum», de la resolució 306/XI*, con cui si richiedeva al Governo catalano di porre in essere le iniziative necessarie atte a ottenere il riconoscimento internazionale del referendum e l'avallo della *Venice Commission- European Commission for democracy through law*.

¹¹⁷⁹ Il Ministro dell'Educazione e portavoce del Governo, Iñigo Méndez de Vigo, nel corso di una conferenza stampa successiva all'annuncio, ha dichiarato: “no se va a celebrar un referèndum que va en contra de la Constitució”.

¹¹⁸⁰ Il Parlamento della Catalogna ha provato a modificare il suo regolamento interno approvando una riforma del procedimento di lettura unica con i 72 voti della maggioranza “soberanista” (Junts Pel Si e la CUP) e i 63 contrari di tutti gli altri gruppi dell'opposizione, che è stata pubblicata nel *Boletín Oficial de Parlamento de Catalunya* (BOPC) n. 484, del 27 luglio 2017. La riforma, attraverso la nuova redazione dell'art. 135, comma 2, introduceva una nuova e più estesa modalità applicativa di tale procedimento, prevedendo che il gruppo parlamentare promotore di una proposta di legge potesse richiederne l'attivazione senza il consenso unanime degli altri gruppi parlamentari. La riforma è stata immediatamente sospesa dal Tribunale costituzionale, che ha ritenuto ammissibile il ricorso governativo presentato ai sensi dell'art. 161, co. 2 Cost., con la *providencia* del 31 luglio 2017 (BOE n. 182, del 1 agosto 2017), principalmente perché giudicata lesiva dei diritti di partecipazione politica delle minoranze parlamentari.

¹¹⁸¹Le iniziative legislative indipendentiste, dopo essere state ammesse a esame dalla *Mesa* della Camera, sono state inserite, su richiesta dei gruppi parlamentari di JxSi e della CUP, all'ordine del giorno delle riunioni plenarie convocate per il 6 e 7 settembre. Entrambe le iniziative sono state approvate rapidamente, eludendo i passaggi obbligati del procedimento legislativo ordinario, facendo ricorso al comma 3 dell'art. 81 del Regolamento, ove si prevede che qualsiasi questione posta all'ordine del giorno del *Pleno*, secondo le modalità indicate in tale articolo, “debe haber cumplido los trámites reglamentarios que lo permiten, salvo un acuerdo explícito en sentido opuesto, por mayoría absoluta”. Tra le principali peculiarità del processo concretamente seguito per la loro approvazione vanno segnalate: a) la mancata distribuzione della documentazione almeno due giorni prima del dibattito parlamentare, b) la mancata sottoposizione delle iniziative legislative all'esame previo del Consiglio delle Garanzie Statutarie, c) la mancata identificazione del procedimento legislativo da seguire per il loro esame, d) il divieto di presentare emendamenti alla totalità, e) e la possibilità di presentare emendamenti all'articolo entro due ore.

independentista¹¹⁸², la legge n. 19/2017, *del referéndum de autodeterminació*¹¹⁸³, e la legge n. 20/2017, *de transitoriedad jurídica y fundacional de la República*¹¹⁸⁴, meglio nota come *ley de ruptura*. Alla legge sul referendum si sono accompagnati il decreto n. 139/2017¹¹⁸⁵ *de convocatoria del Referéndum de Autodeterminación de Cataluña*, e il decreto n. 140/2017¹¹⁸⁶ *de normas complementarias para la realización del Referéndum de Autodeterminación de Cataluña*, emanati dal Governo della Generalità.

La legge n. 19/2017 istituiva e disciplinava un referendum vincolante di indipendenza della Catalogna dalla Spagna, fondandolo giuridicamente su un presunto diritto di autodeterminazione richiamato nel preambolo e incostituzionalmente considerato il fondamento della sua superiorità gerarchica rispetto ad altre fonti normative (art. 3, comma 2). La legge, palesemente incostituzionale sotto questo e molteplici altri profili, stabiliva le regole fondamentali per lo svolgimento del referendum, richiedendo, per quanto riguarda il quorum, la sola maggioranza dei voti validi¹¹⁸⁷, senza fissare alcuna soglia di partecipazione elettorale. Per quanto concerne gli effetti, attribuiva, invece, effetti vincolanti al risultato referendario (art. 4, comma 4), prevedendo, come conseguenza di un'eventuale vittoria dell'opzione secessionista, l'approvazione, entro 48 ore dalla proclamazione dei risultati ufficiali, di una dichiarazione unilaterale di indipendenza (DUI) da parte del Parlamento catalano; mentre collegava, per converso, all'eventuale vittoria dell'opzione unionista la celebrazione di elezioni autonome anticipate.

A questa legge si collegava la legge n. 20/2017, frutto della medesima strategia secessionista e strettamente connessa nella sua successione temporale e applicazione. La *ley de ruptura* regolava il funzionamento provvisorio e il processo costituente della nuova Repubblica della Catalogna, aspirando a convertirsi nella norma suprema del nuovo ordinamento giuridico fino all'entrata in vigore della Costituzione¹¹⁸⁸. In tal modo realizzava un atto di rottura radicale e definitivo con lo Stato spagnolo.

Entrambe le leggi -come era ampiamente prevedibile- sono state immediatamente sospese dal Tribunale costituzionale nei giorni successivi alla loro approvazione mediante le *providencias* del 7 e 12 settembre¹¹⁸⁹. Alle pronunce sospensive sono seguite, in tempi

¹¹⁸² La legge sul referendum è stata approvata con i 72 voti favorevoli JxSi e della CUP, nessun voto contrario, e undici astensioni di *Catalunya Sí Que Es Pot*, dopo che i deputati di *Ciudadanos*, del *Partido socialista catalano* (Psc) e del *Partido popular* (Pp) hanno abbandonato l'emiciclo al momento della votazione. La legge sulla transizione giuridica è stata approvata con i 72 voti favorevoli della maggioranza independentista, 10 voti contrari di *Catalunya Sí Que Es Pot* e l'astensione dei deputati di *Ciudadanos*, del Psc e del Pp, che non hanno partecipato alla votazione.

¹¹⁸³ DOGC, n. 7449, del 6 settembre

¹¹⁸⁴ DOGC, n. 7541 dell'8 settembre

¹¹⁸⁵ DOGC, n. 7450, del 7 settembre

¹¹⁸⁶ DOGC, n. 7450, del 7 settembre

¹¹⁸⁷ *Venice Commission- European Commission for democracy through law, Code of good practice on referendums*, 19 marzo 2007, Study no. 371/2006.

¹¹⁸⁸ Si stabiliva un processo partecipativo e deliberativo di durata semestrale incentrato sulla convocazione di un "Foro sociale costituente formato dai rappresentanti della società civile e dei partiti politici" incaricato di elaborare delle direttive politicamente vincolanti per la successiva Assemblea costituente; la convocazione di elezioni per eleggere un'Assemblea costituente dotata di pieni poteri per redigere e approvare a maggioranza dei 3/5 del *Pleno*, ovvero, a maggioranza assoluta in seconda votazione, la Costituzione di una Repubblica parlamentare indipendente della Catalogna; la ratifica della Costituzione da parte del corpo elettorale mediante un altro referendum e, infine, nuove elezioni

¹¹⁸⁹ Con tali *providencias* non è stata solamente disposta la sospensione delle leggi, ma è stato notificato a un lungo elenco di cariche pubbliche il dovere di astenersi da qualsiasi attività finalizzata alla preparazione e alla celebrazione del referendum di autodeterminazione, nonché da qualsiasi attività rivolta a dare attuazione al processo secessionista,

rapidi, le sentenze n. 114/2017¹¹⁹⁰, del 17 ottobre, e n. 124/2017¹¹⁹¹, del 8 novembre, che hanno dichiarato la incostituzionalità, rispettivamente, della legge referendaria e della legge di transizione, denunciando i plurimi vizi di incostituzionalità, tanto di natura formale che sostanziale, ed evidenziando come con la loro approvazione si sia compiuto un grave attentato allo Stato di diritto democratico e sociale.

Ciò nonostante, la consultazione popolare referendaria si è celebrata nella data fissata del 1° ottobre. I politici e le istituzioni catalane, lungi dal rispettare e dare esecuzione alle decisioni giudiziarie, hanno collaborato attivamente per garantirne comunque lo svolgimento. La consultazione, per evidenti ragioni di incostituzionalità, si è svolta in una situazione di disordine totale e in assenza di qualsiasi garanzia legale e democratica. La proclamazione di un “censo elettorale universale” a pochi minuti dall’apertura dei seggi (che ha permesso di votare a chiunque presso qualsiasi collegio elettorale), la chiusura dei seggi e il sequestro delle urne per ordine giudiziario da parte della polizia nazionale e della *Guardia Civil*, la previa dissoluzione della *Sindicatura electoral* e l’assenza di qualsiasi controllo sulla regolarità del processo referendario, rappresentano alcuni dei tratti distintivi di una votazione che è passata alla storia per la sua illegittimità e la rottura compiuta nei rapporti con Madrid¹¹⁹². Ciò non ha precluso, tuttavia, al Governo della Generalità di proclamare i risultati ufficiali del referendum, che hanno riportato -come era prevedibile- un esito favorevole all’indipendenza, sia pur con una limitata partecipazione elettorale. Secondo i dati ufficiali, alla votazione avrebbero partecipato 2.286.217 elettori, circa il 43,03% degli aventi diritto, e tra i votanti, 2.044.038 (l’89,4%) avrebbero risposto Sì e 1.775.47 (il 7,8%) avrebbero invece risposto No al quesito referendario¹¹⁹³. Ciò significa che il 38% dei catalani aventi diritto al voto si sarebbe espresso in favore dell’indipendenza, una percentuale, in linea generale e astratta, comunque esigua per legittimare l’avvio di un processo di portata costituzionale dirompente come la secessione.

In seguito alla votazione referendaria la situazione è completamente degenerata conducendo a un’ulteriore radicalizzazione del conflitto. Da un lato, il 27 ottobre il Parlamento catalano, con i soli voti della maggioranza indipendentista, ha approvato in via definitiva le risoluzioni parlamentari relative alla dichiarazione unilaterale di indipendenza e all’avvio del processo costituente, “*Declaració dels representants de Catalunya*” e “*Proceso constituyente*”, con cui è stata proclamata la Repubblica catalana e disposta l’entrata in vigore della legge n. 20/2017¹¹⁹⁴. Risoluzioni queste che sono state immediatamente sospese in via cautelare e poi annullate dal Tribunale costituzionale, nonché definite un grave attentato alla Costituzione e allo Stato di diritto democratico e sociale. Dall’altro lato, il Governo Rajoy ha fatto ricorso, come *ultima ratio*, all’art. 155 Cost., strumento straordinario di risoluzione dei conflitti mai applicato prima¹¹⁹⁵, che ha portato all’adozione di un pacchetto

informandoli delle eventuali responsabilità, anche di natura penale, connesse alla mancata esecuzione delle decisioni giudiziarie.

¹¹⁹⁰ *Boletín Oficial del Estado* (BOE), n. 256, del 24 ottobre 2017.

¹¹⁹¹ *Boletín Oficial del Estado* (BOE), n. 278, del 16 novembre 2017

¹¹⁹² Sulle ragioni della rottura v. S. Ceccanti, *Nessun futuro se viene meno la memoria*, in *Forum DPCE online-Catalogna*

¹¹⁹³ Ai voti favorevoli e contrari si aggiungono 44.913 voti in bianco (2%) e 19.719 voti nulli (0,9%).

¹¹⁹⁴ Su questa dichiarazione si rinvia in dottrina a A. Mastromarino, *La dichiarazione di indipendenza della Catalogna*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 3, 2017; A. M. Russo, *Una pieza más nel puzzle del procés sobiranista catalano: la declaración de independencia “sospesa”*, in *Dirittocomparati.it*.

¹¹⁹⁵ La dottrina spagnola considera generalmente tale articolo una norma eccezionale, *ultima ratio*, che giustifica l’intervento dello Stato, v. O. Alzaga Villamil, *La Constitución española de 1978 (Comentario sistemático)*, Madrid, Ediciones del Foro, 1978, p. 892; P. Cruz Villalón, *La protección extraordinaria del estado en la Constitución española de 1978*, in A. Pedrieri y E. García de Enterría (dirs.), *Estudio sistemático de la Constitución española*, Madrid, Civitas, 1980, p. 685; M. Machado, *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Madrid, Civitas, 1982, p. 455; *Contra*, invece, J. García Torres, *El*

di misure molto rigide, autorizzate preventivamente dal Senato, per ripristinare la legalità costituzionale e statutaria violata nella Comunità autonoma. Il Governo ha varato diversi decreti con cui ha disposto la destituzione del Governo catalano e la sua sostituzione provvisoria con il Presidente del Governo e i competenti Ministri statali, nonché la chiusura di numerosi organi, uffici governativi e diplomatici catalani, e, infine, lo scioglimento del Parlamento catalano e la convocazione di nuove elezioni il 21 dicembre¹¹⁹⁶. Un'applicazione rigida ma di breve durata dell'articolo 155, volta a garantire lo svolgimento delle elezioni nella Comunità autonoma in condizioni di normalità politico-istituzionale. Le elezioni catalane del 21 dicembre, tuttavia, non hanno segnato una svolta verso il fronte unionista, come auspicato dal Governo Rajoy, ma hanno riconfermato la maggioranza assoluta dei partiti indipendentisti (*Junts per Catalunya*, ERC, CUP), nonostante *Ciudadanos* sia stato il partito più votato nella Comunità autonoma¹¹⁹⁷. Il complesso quadro politico risultante da tali elezioni lascia aperte molte incognite sulla formazione del nuovo governo catalano e sulle prossime mosse del governo di Madrid, ma conferma, almeno per ora, la sopravvivenza politica del progetto secessionista.

In conclusione, si può osservare, dunque, come l'intera evoluzione della vicenda catalana abbia segnato il passaggio da un'iniziale crisi di matrice secessionista¹¹⁹⁸, legata per lo più a fattori di natura identitaria, politica ed economica, alla rivendicazione di una secessione unilaterale priva di qualsiasi profilo di legittimazione tanto nel diritto costituzionale, quanto nel diritto dell'Unione europea e nel diritto internazionale¹¹⁹⁹, fino ad arrivare a una crisi politico-costituzionale senza precedenti¹²⁰⁰. Per quanto concerne l'esperienza referendaria in senso stretto, le gravi e reiterate violazioni della legalità costituzionale e statutaria perpetrate a livello politico e istituzionale la rendono priva dei requisiti minimi per poterla

artículo 155 de la Constitución española y el principio constitucional de autonomía, in A.a.V.v., *Organización territorial del Estado*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1984. Anche il Tribunale costituzionale definisce "straordinaria" questa forma di controllo (v. STC 6/1982, del 22 febbraio FJ 7; 49/1988, del 22 marzo, FJ 9)

¹¹⁹⁶ *Reales Decretos* 942/2017; 943/2017; 944/2017; 945/2017; 946/2017, de 27 de octubre, pubblicati nel BOE n. 261, del 28 ottobre 2017.

¹¹⁹⁷ *Junts pel Catalunya*, il partito del presidente destituito Carles Puigdemont, ha conquistato 34 seggi con il 21,6% dei voti, confermandosi "primo" tra i partiti indipendentisti. A questi vanno aggiunti i 32 seggi ottenuti da ERC con il 21,4% dei voti, e infine i 4 seggi della CUP, che ha subito, tuttavia, una contrazione di voti (-3,7%) e seggi (-6) rispetto alle elezioni del 2015. I partiti indipendentisti hanno conquistato complessivamente la maggioranza assoluta dei seggi (70) ma non dei voti (47,5%), maggioranza numerica tuttavia sufficiente a costituire il nuovo governo della Generalità. La grande rivelazione di queste elezioni è stato *Ciudadanos* che, con 37 seggi e il 25,37% dei voti, è risultato il partito più votato nella Comunità autonoma. L'ottima performance elettorale del partito non permetterà alla sua leader, l'andalusa Inés Arrimadas, di costituire il nuovo governo di coalizione con gli altri partiti del fronte unionista, che non hanno registrato risultati altrettanto positivi. I socialisti catalani hanno mantenuto quasi invariata la propria posizione con 17 seggi; i popolari, sanzionati dall'elettorato per la gestione della vicenda indipendentista, hanno ottenuto soltanto 3 deputati, rispetto agli 11 della legislatura precedente. In lieve ribasso anche il partito di *Catcomù-Podem* che è riuscito a conquistare soltanto 8 seggi perdendone 3 rispetto alle elezioni passate.

¹¹⁹⁸ Su questi aspetti v. S. Gambino, *Pretese sovranistiche della Catalogna e unità indissolubile della Nazione spagnola*, in *DPCE on line*, n. 3, 2017, 455.

¹¹⁹⁹ Sottolinea, in particolare, questo aspetto B. Caravita, *Catalogna nelle mani della vice di Rajoy*, *Il Messaggero*, 29 ottobre 2017. V. Id., *La Catalogna di fronte all'Europa*, in *Federalismi.it.*, n. 19, 2017, in cui l'A. propone una ricostruzione della crisi catalana nel quadro dell'Unione europea.

¹²⁰⁰ V., ad esempio, R. Blanco Valdés, *La rebelión del nacionalismo catalán provoca en España una gravísima crisis política y constitucional*, *DPCE on line*, n. 3, 2017, p. 441 ss., che parla di gravissima crisi politico-costituzionale; E. Vírjala Foruria, *Golpe independentista al Estado constitucional de derecho*, in *Forum DPCE on line- Catalogna*, che parla di crisi costituzionale più importante dal tentato colpo di Stato del 23 febbraio del 1981.

equiparare a un vero e proprio referendum ¹²⁰¹, e la differenziano dalle altre esperienze democratiche fin qui esaminate rendendola un unicum nel panorama comparato.

6. Conclusioni

Le considerazioni svolte forniscono il quadro di riferimento per riflettere sulle virtù e i limiti dello strumento referendario nell'ambito dei processi secessionisti e, in particolare, sui problemi di costituzionalità, democraticità e tutela delle minoranze legati alla sua applicazione.

Anzitutto va precisato, ai fini di una riflessione comparativa, che le esperienze referendarie prese in esame hanno interessato realtà costituzionali molto distanti tra loro, che presentano tradizioni storico-costituzionali, modelli di decentramento territoriale, concezioni della democrazia rappresentativa e diretta profondamente differenti, e soprattutto, risultano attraversate da spinte secessionistiche di diversa natura e consistenza.

Il Canada, ampiamente influenzato dal modello costituzionale britannico, si caratterizza per essere una federazione con una connotazione profondamente asimmetrica, con ampie differenze etniche, culturali, ed economiche, attraversata da spinte secessionistiche provenienti soprattutto dal Québec¹²⁰². Il referendum e gli strumenti di democrazia diretta, pur non essendo radicati nella cultura politico-costituzionale canadese, sono penetrati progressivamente nell'ordinamento e si sono affermati soprattutto a livello provinciale. Le istanze secessionistiche del Québec hanno avuto modo di esprimersi -e di assopirsi- mediante lo svolgimento di due referendum provinciali, che, pur riportando un esito contrario all'opzione indipendentista, hanno permesso alla provincia di acquisire prerogative particolari e di ottenere nel 2006 lo status di nazione all'interno del Canada unito¹²⁰³.

Più travagliata e complessa si presenta l'evoluzione politico-costituzionale del Montenegro nell'area balcanica, ove -come è noto- le divisioni etniche, religiose e politiche hanno favorito l'emersione di nazionalismi accesi e fenomeni violenti di separatismo e secessione, da cui, tuttavia, si distingue l'esperienza montenegrina¹²⁰⁴. Il Montenegro vanta -storicamente- una lunga esperienza di stato autonomo prima di entrare a far parte del Regno di Jugoslavia (1921), di divenire, in seguito, una delle repubbliche costitutive della Repubblica Socialista Federativa di Jugoslava (1946), di confluire, poi, nella Repubblica Federale di Jugoslavia (1992), e, infine, nell'Unione pseudo-federale serbo-montenegrina del 2003. La debolezza del patto federativo con la Serbia, la distanza politica ed economica accumulata negli anni tra i due Stati, e le radicate aspirazioni di autodeterminazione del Montenegro hanno reso l'ultimo tentativo di *union state* con la Serbia una sorta di transizione verso l'indipendenza, avvenuta per mezzo di una procedura di referendum e secessione

¹²⁰¹ Ciò è stato espressamente formalizzato dalla *Giunta Elettorale centrale*, che ha evidenziato come si sia svolto un processo non equiparabile a un referendum, in quanto convocato da un soggetto incompetente, su un oggetto incostituzionale, in aperta violazione con quanto stabilito dalle risoluzioni dei Tribunali, e in assenza di qualsiasi garanzia di obiettività e trasparenza. Si veda l'Accordo della Giunta elettorale centrale del 4 ottobre 2017.

¹²⁰² C. Edward Taucar, *Canadian federalism and Quebec sovereignty*, New York, P. Lang Publishing, 2004.

¹²⁰³ Alain-G. Gagnon, *The case for Multinational Federalism. Beyond the all-encompassing nation*, London-New York, Routledge, 2010; R. Iacovino, J. Erk, *The Constitutional Foundations of Multination Federalism: Canada and Belgium*, in M. Seymoour, Alain-G- Gagnon (ed), *Multinational Federalism. Problems and Prospects*, Palgrave Macmillan, 2012, p. 205

¹²⁰⁴ V. A. Tancredi, *op. cit.*, pp. 446-539.

disciplinata in Costituzione e portata a termine efficacemente grazie all'ausilio della comunità internazionale e dell'Unione europea¹²⁰⁵.

L'esperienza del Regno Unito si caratterizza, invece, per un processo di *devolution* che, in stretta connessione con la flessibilità costituzionale che contraddistingue l'ordinamento britannico, ha portato alla graduale affermazione di un sistema molto avanzato di devoluzione delle competenze alle autonomie territoriali, sia pur in senso fortemente asimmetrico¹²⁰⁶. In tale ordinamento il referendum, nonostante la sua apparente incompatibilità con la dogmatica della sovranità parlamentare, è stato utilizzato frequentemente per la risoluzione di crisi di natura sistemica e territoriale, convertendosi, così, in uno strumento complementare e di ausilio della democrazia rappresentativa¹²⁰⁷. Il tradizionale rapporto tra democrazia rappresentativa e democrazia diretta ha trovato, poi, una recente rilettura nella sentenza Miller della *High Court* del 3 novembre 2016, confermata dalla sentenza della Corte Suprema del 24 gennaio 2017, dove si sancisce la supremazia della sovranità parlamentare e la forza politica, nonché il carattere meramente *advisory*, dei referendum in assenza di specifiche disposizioni legislative che statuiscono il contrario¹²⁰⁸. In questo contesto l'esperienza referendaria scozzese, che si è contraddistinta per il suo carattere pienamente democratico, ha permesso di conseguire importanti avanzamenti nel livello di autogoverno della Scozia, nonostante il referendum abbia riportato un esito contrario all'opzione indipendentista¹²⁰⁹.

Infine, in Spagna esiste un regionalismo asimmetrico molto avanzato nel livello di autogoverno delle singole Comunità autonome, che viene parificato nel suo funzionamento a un modello di natura federale. Lo Stato autonomo risulta caratterizzato da una perenne tensione tra le spinte alla asimmetria, provenienti soprattutto dalle Nazionalità storiche, e le aspirazioni all'omogeneizzazione delle altre Comunità autonome¹²¹⁰. Le carenze e le criticità dell' "immutato" modello costituzionale di decentramento territoriale hanno palesato negli ultimi anni la sua intrinseca debolezza, soprattutto con l'avanzare delle rivendicazioni secessioniste della Catalogna¹²¹¹. L'involuzione del fenomeno secessionista catalano è avvenuta gradualmente all'interno di un ordinamento caratterizzato da una forte rigidità costituzionale e fondato su una netta prevalenza della democrazia rappresentativa rispetto alla democrazia diretta e referendaria. Ciò, tuttavia, non spiega le ragioni della completa degenerazione del conflitto, che ha portato all'esplosione di una profonda crisi politico-costituzionale e che necessita ancora di trovare una risoluzione nell'ordinamento spagnolo.

¹²⁰⁵ M. Jovanovic, *Consensual Secession of Montenegro- Towards Good Practice?*, in A. Pavkovic, P. Radan (a cura di), *On the Way to Statehood. Secession and Globalisation*, Hampshire, Ashgate, 2008, p. 133.

¹²⁰⁶ V. Bogdanor, *Devolution in the United Kingdom*, New York, Oxford University press, 2001, A. Torre, *Pluralismo e asimmetrie in uno stato unitario: istituzioni, caratteri e politiche della devolution nel Regno Unito*, in A. Benazzo (a cura di), *Federalismi a confronto. Dalle esperienze straniere al caso Veneto*, Padova, Cedam 2010, p. 125 sss. P. Martino, *Centro e periferie del potere nel Regno Unito. Le nuove dimensioni di un antico confronto*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2014.

¹²⁰⁷ A. Torre, J. O. Frosini (a cura di), *op. cit.*, passim

¹²⁰⁸ Sulla sentenza Miller della *High Court* v. G. Caravale, *A family of Nations*, cit., p. 210, che si sofferma sugli aspetti della pronuncia legati al carattere *advisory* e agli effetti del referendum nell'ordinamento britannico in ossequio al principio della sovranità parlamentare e della democrazia rappresentativa parlamentare. Sulla sentenza della Corte Suprema R (*Miller v. Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] Uks 5, v., spec., G. F. Ferrari, *La Corte Suprema, Brexit e le sorti del costituzionalismo britannico*, DPCE on line, 1, 2017. V., in particolare, F. Lanchester, *Brexit per via parlamentare*, in il Mulino, 27 gennaio 2017, che osserva come la sentenza abbia respinto la teoria della sovranità popolare non mediata dagli organi rappresentativi.

¹²⁰⁹ V. G. Caravale, *Lo Scotland Act e la permanenza delle istituzioni scozzesi*, in Nomos-leattualitaneldiritto.it 1, 2016.

¹²¹⁰ Sul tema si veda tra i tanti E. Aja, *El Estado autonómico: federalismo y hechos diferenciales*, Madrid, Alianza, 2014.

¹²¹¹ Su questi aspetti sia consentito il rinvio a L. Frosina, *Secessione e democrazia costituzionale. Note a margine della vicenda indipendentista catalana*, in C. Murgia (a cura di), *Scritti in onore di Sara Volterra*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 389 ss.

In linea generale, a prescindere dalle caratteristiche di ognuna delle esperienze esaminate, è possibile osservare come nella fase attuale di piena crisi della politica e della democrazia rappresentativa, e finanche di delegittimazione delle istituzioni¹²¹², si stia assistendo a una significativa espansione della democrazia diretta e, in particolare, della democrazia referendaria, di cui i referendum indipendentisti sono una delle tante espressioni¹²¹³. I referendum vengono utilizzati sempre più frequentemente per offrire un punto di snodo ai fenomeni e ai movimenti separatisti¹²¹⁴, al fine di risolvere conflitti territoriali e superare, così, eventuali situazioni di incapacità decisionale e/o di stallo politico-istituzionale che possono insorgere nei sistemi di democrazia rappresentativa¹²¹⁵. Tuttavia, sono evidenti i limiti legati alla loro applicazione. Se da un lato vengono considerati strumenti fondamentali di democrazia popolare per la risoluzione di conflitti territoriali¹²¹⁶; dall'altro, vengono ampiamente criticati per il fatto di operare spesso su un versante extracostituzionale¹²¹⁷, per essere strumenti maggioritari incapaci di tutelare le minoranze perdenti¹²¹⁸, e per essere potenzialmente in grado di produrre effetti destabilizzanti a livello sistemico¹²¹⁹.

Le problematiche questioni legate all'applicazione di tale istituto rafforzano l'esigenza di disciplinarne i lineamenti fondamentali a livello legislativo, con particolare riferimento alle regole relative all'elettorato attivo, ai quesiti, ai quorum, agli organi di amministrazione elettorale, alla campagna referendaria e mediatica, e, infine, agli effetti collegati alla vittoria delle diverse opzioni in gioco. Un complesso di regole, in sostanza, rivolte a corroborare tale istituto con solide garanzie procedurali e sostanziali, che siano in grado di renderlo il più possibile compatibile con le caratteristiche fondamentali dei sistemi di democrazia pluralista.

Per quanto riguarda la *clear question*, volendo riprendere l'espressione dei giudici canadesi, una parte della dottrina converge –e le esperienze referendarie esaminate sembrano confermarlo– sulla necessità di un quesito binario, formulato in modo semplice e chiaro, respingendo la formula del *multioption referendum*¹²²⁰. Tale impostazione si pone anche in linea con quanto disposto dal codice di *good practice* della Commissione di Venezia, che individua nell'omogeneità della forma e del contenuto le caratteristiche fondamentali dei testi referendari¹²²¹, al fine di garantire all'elettore la libertà di formarsi un'opinione e di esprimere un voto libero e consapevole¹²²².

¹²¹² Sul tema v. di recente G. Azzariti, *Contro il revisionismo costituzionale. Tornare ai fondamentali*, Bari, Laterza, 2016; S. Cassese, *La democrazia e i suoi limiti*, Mondadori, 2017.

¹²¹³ In particolare, sulle connessioni tra referendum e rivendicazioni indipendentiste, v. A. Torre, *Chi dirige la democrazia diretta? Leviathan e Behemont, il monstrum bifronte della sovranità*, in P. Bilancia, *op. cit.*, p. 179.

¹²¹⁴ *Ibidem*

¹²¹⁵ L. Morel, *The rise of government initiated referendums*, in M. Mendelsohn e A. Parkin, *Referendum democracy: citizen, elites and deliberation in referendum campaigns*, Basingstoke, Palgrave, 2001, p. 47-66

¹²¹⁶ F. Hamon, *Le référendum: étude comparative*, Paris, LGDJ, 1995.

¹²¹⁷ A. Torre *Chi dirige la democrazia diretta?...*, *cit.*, p. 179.

¹²¹⁸ Parlano di "tirannia della maggioranza" D. Butler, A. Ranney, *Referendums around the world: The growing use of direct democracy*, New York, Macmillan, 1994, p. 19.

¹²¹⁹ B. Reilly, *Democratic validation*, in J. Darby e R. MacGinty, *Contemporary peace making: Conflict, violence, and peace processes*, Gordonsville, Usa, Palgrave Macmillan, 2003 p. 179

¹²²⁰ P. Rosulek, *Contemporary Referendum on Independence (RI) and Linguistic Aspects of an Intelligible Referendum Question (RQ)*, in M. Riegl, B. Dobos, *Unrecognized States and Secession in the 21 st Century*, Springer, 2017, p. 53

¹²²¹ *Venice Commission- European Commission for democracy through law, Code of good practice on referendums III Specific rules, 2 The procedural validity of texts submitted to a referendum*, pp. 11-12

¹²²² Sul diritto di voto in generale v. F. Lanchester, *voto (diritto di)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLVI, pp.1107-1133. Dello stesso A. si veda anche *Un contributo per il discernimento costituzionale*, in

Più complessa appare la questione della *clear majority*, che trova differenti risposte sia nella dottrina così come nelle esperienze referendarie esaminate. La Corte Suprema canadese non ha specificato a quale percentuale di voti debba corrispondere una chiara maggioranza per considerarsi legittima, mentre il legislatore canadese ha chiarito la necessità che superi il 50 + 1% dei voti. Le soluzioni applicate nelle esperienze referendarie esaminate, fatta eccezione per il Montenegro, non hanno previsto un *quorum* strutturale, poiché la previsione di una soglia minima –come indicato nel codice di *good practice* - rischia di produrre l'effetto distorsivo di assimilare le astensioni ai voti contrari¹²²³. Per quanto riguarda il quorum deliberativo, esiste un ampio dibattito che vede schierarsi due contrapposte posizioni. Da un lato vi è chi sostiene la necessità di una maggioranza aggravata e di un consenso ampio per legittimare decisioni riguardanti la secessione che aspirano a introdurre dei cambiamenti territoriali e costituzionali irreversibili nell'area interessata dal processo disgregativo¹²²⁴; dall'altro, vi è chi sostiene la validità di una maggioranza semplice nella difficoltà di pervenire aprioristicamente e arbitrariamente alla definizione di una percentuale di voti esatta che possa legittimare la richiesta di secessione¹²²⁵. Si tratta di un problema molto delicato, non facilmente risolvibile astrattamente, che si aggrava ulteriormente nelle aree territoriali dove sono presenti minoranze, linguistiche, etniche, o religiose, fortemente radicate, che risultano contrarie all'ipotesi secessionista avanzata dalle forze politiche maggioritarie e sostenute dalla maggioranza della popolazione interessata. Nelle esperienze referendarie esaminate si è optato -come si è visto- per la regola della maggioranza semplice, fatta eccezione per il Montenegro ove è stato fissato un quorum del 55+1% dei voti validi. Questa linea interpretativa è stata avallata dal codice di *good practice*, ove si suggerisce di non introdurre un quorum deliberativo aggravato per evitare il rischio di incorrere in una situazione politica difficile da gestire nel caso in cui non risulti vincitrice la opzione referendaria sostenuta dalla maggioranza semplice dei votanti, ma, per contro, la opzione sostenuta dalla minoranza contraria, a cui viene in concreto assegnato l'effettivo potere decisionale¹²²⁶.

Molto importanti, ai fini di una votazione referendaria libera e consapevole, si rivelano, inoltre, le regole concernenti l'organizzazione del referendum da parte di un organo imparziale e le garanzie procedurali per il suo corretto svolgimento. Per quanto riguarda tali aspetti, una lezione di democrazia –tra le esperienze esaminate- è stata offerta dal referendum scozzese. Quest'ultimo si è fondato su un impianto di regole che hanno garantito parità di *chances* tra i contendenti nella campagna referendaria, una capillare divulgazione delle informazioni sul contenuto e le conseguenze delle opzioni in gioco, e hanno assegnato una centralità alla *Electoral Commission* nella gestione del processo referendario, rendendo nel suo complesso particolarmente democratica la votazione

Osservatorio costituzionale, n. 1, 2016, e le considerazioni relative all'illegittimità del quesito del referendum sulla riforma costituzionale italiana del 2016 e alla violazione della libertà di voto.

¹²²³ In questo senso v. *Venice Commission- European Commission for democracy through law, Code of good practice on referendums III Specific rules, 7 Quorum*, p. 13

¹²²⁴ In questa direzione si rinvia, in particolare, alle considerazioni di I. Gökhan Sen, *op. cit.*, p. 232-234, il quale osserva che una maggioranza più elevata rappresenta un requisito importante per legittimare un referendum con cui si aspira a risolvere i conflitti riguardanti la sovranità. Sulle problematiche legate agli effetti destabilizzanti sugli equilibri costituzionali della volontà di minoranze politiche regionali nell'ambito di referendum separatisti v. A. Torre, *Chi dirige la democrazia diretta?...*, *cit.*, p. 180.

¹²²⁵ Si orienta nettamente in questa direzione B. Landry, *Tourner les dos aux les principes démocratiques, Le Devoir A7*, 14 august, il quale evidenzia le difficoltà insite nell'individuare la percentuale esatta in grado di legittimare la secessione.

¹²²⁶ *Venice Commission- European Commission for democracy through law, Code of good practice on referendums III Specific rules, 7 Quorum*, p.13

popolare. Riguardo a tali aspetti, il codice di *good practice* ha fornito una serie di indicazioni sui criteri di composizione e le funzioni dell'organo imparziale deputato all'organizzazione del referendum, al processo di monitoraggio dei referendum da parte degli osservatori nazionali e internazionali, e a un sistema efficace di gestione dei ricorsi legati alla votazione e ai risultati del referendum¹²²⁷.

Infine, per quanto riguarda gli effetti dei referendum indipendentisti, va osservato -come evidenziato in premessa- come essi siano generalmente *advisory* e non *binding*, poiché hanno effetti consultivi e non vincolanti. Nelle esperienze esaminate, infatti, i referendum -fatta eccezione per il Montenegro e l'ultimo tentativo referendario incostituzionale della Catalogna- hanno avuto natura consultiva e non vincolante. I referendum per l'indipendenza sono utilizzati generalmente come "a democratic method of ascertaining the views of the electorate on important political questions", ma alla loro celebrazione non vengono ricondotti effetti immediati sull'indipendenza della regione interessata quanto piuttosto obblighi di negoziazione o passaggi parlamentari al fine di pervenire a una secessione consensuale. Secondo il codice di *good practice*, l'eventuale natura vincolante del referendum deve trovare, infatti, un fondamento giuridico in Costituzione o nella legge, e, nel caso in cui la forza del referendum sia *legal rather than political*, la procedura da avviare successivamente alla votazione *should be laid down in specific constitutional or legislative rules*¹²²⁸.

Queste osservazioni conclusive confermano, da un lato, la funzione cruciale del referendum per risolvere, attenuare o dissolvere i conflitti secessionisti e legittimare l'eventuale attivazione di un processo democratico rivolto a dare attuazione all'esito referendario e, dall'altro, i numerosi problemi legati, *in primis*, alla sua costituzionalità, nonché quelli relativi alla libertà di voto, al rispetto delle minoranze, alle garanzie del pluralismo connessi alla sua applicazione nella prassi¹²²⁹. Elementi questi che lasciano intravedere sullo sfondo i più ampi problemi legati ai rapporti tra democrazia diretta, democrazia rappresentativa e democrazia pluralista, che risultano amplificati nell'ambito di un conflitto secessionista.

¹²²⁷ Venice Commission- European Commission for democracy through law, *Code of good practice on referendums*, II Condition for implementing these principles, 3 Procedural guarantees, pp. 9-14.

¹²²⁸ Venice Commission- European Commission for democracy through law, *Code of good practice on referendums*, II Condition for implementing these principles, 3 Procedural guarantees, p. 14

¹²²⁹ Su questi aspetti si rinvia alle osservazioni di F. Balaguer Callejón, nella Presentazione del numero 25 della *Revista de Derecho constitucional europeo*, il quale osserva che per rendere coerenti i processi referendari con la democrazia pluralista è necessario che siano corroborati dalle condizioni costituzionali di protezione delle minoranze e di garanzia del pluralismo

«EST MODUS IN REBUS». MODALITÀ E CONTESTO NELLA
COMPRESIONE DEI DIRITTI FONDAMENTALI, A PARTIRE DALLA
SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 122 DEL 2017*

di ANDREA LONGO**

SOMMARIO: 1. Una decisione discussa – 2. La questione di costituzionalità – 3. Prima premessa teorica. Diritto, compressione, garanzia: un rapporto non lineare – 4. Seconda premessa teorica. Il problema del «quomodo»: modi, contesti, valori – 5. Il diritto allo studio – 6. La libertà di comunicazione – 7. L'art. 3 CEDU: la dignità come nucleo essenziale dei diritti – 8. L'art. 8 CEDU: ancora tra sussunzione e ragionevole bilanciamento – 9. Riflettendo su alcune obiezioni

1. *Una decisione discussa*

In estrema sintesi, la decisione di cui ci occupiamo trova il suo oggetto nella legittimità del divieto – nei confronti dei detenuti sottoposti allo speciale regime di cui all'art. 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354 (*Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*, di seguito «ord. pen.») – di ricevere libri e riviste fuori dai canali predisposti dall'amministrazione penitenziaria; divieto, tra l'altro, esplicitamente disposto con una circolare¹²³⁰. La Corte costituzionale ha deciso per l'infondatezza della questione, mantenendo perciò in vigore tale preclusione.

Questa scelta non ha mancato di suscitare, da parte della dottrina costituzionalistica e penalistica, alcune critiche, sia in riferimento al suo esito sia alla tecnica decisoria adottata¹²³¹.

Nel prosieguo della trattazione, spiegheremo le ragioni, di ordine teorico e pratico, in forza delle quali dissentiamo da tali critiche e riteniamo, invece, condivisibile la sentenza in esame, nel suo profilo argomentativo e nel suo esito decisionale. Nostro obiettivo è quello di mostrare come *dietro una decisione apparentemente semplice vi siano*

* Contributo sottoposto a *double blind peer review*

** Professore associato di Diritto costituzionale presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza"

¹²³⁰ Già prima della sentenza in commento, dottrina costituzionalistica particolarmente attenta a questi temi, aveva espresso le proprie perplessità sulla legittimità della limitazione della ricezione di libri e giornali disposta con decreto del Ministro della Giustizia o con circolare del DAP. Cfr. M. RUOTOLO, *I diritti alla corrispondenza, all'informazione e allo studio dei detenuti in regime di 41-bis. A proposito delle limitazioni nelle modalità di ricezione ed inoltro di libri, giornali e riviste*, in *Cass. penale*, fasc. 2/2015, 842 ss..

¹²³¹ Tra i primi commenti di questa decisione cfr. A. DELLA BELLA, *Per la Consulta è legittimo il divieto imposto ai detenuti in 41 bis di scambiare libri e riviste con i familiari*, in *Diritto penale contemporaneo*, 16 giugno 2017; S. AMATO, *Un messaggio nella bottiglia (e un'occasione perduta)*, in *Giurisprudenza penale Web*, 2017, 7-8; F. MANNELLA, *Le restrizioni alla libertà di corrispondenza, di informazione e di studio dei detenuti in regime di c.d. carcere duro: la Corte costituzionale, in accordo con la Cassazione, salva l'art. 41-bis ord. pen. e la discrezionalità dell'amministrazione penitenziaria in materia*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2017.

costruzioni teoriche particolarmente complesse che toccano la rappresentazione dogmatica dei diritti costituzionali e, di conseguenza, il modo nel quale essi possono essere compresi all'interno di una dinamica ordinamentale di tipo pluralistico.

Per amor di chiarezza, specifichiamo che dopo aver introdotto la questione, ma prima di procedere all'analisi e al commento della motivazione, svolgeremo *due premesse teoriche*. Nella prima, descriveremo i postulati che, a parer nostro, rappresentano lo sfondo teorico nel quale inserire il ragionamento della Corte; nella seconda, cercheremo di mostrare come tali postulati si colleghino al caso in esame.

2. La questione di costituzionalità

La questione di costituzionalità, come è noto, origina dall'ordinanza di rimessione del Magistrato di sorveglianza di Spoleto, avente ad oggetto la legittimità dell'art. 41-bis, comma 2-*quater*, lettere a) e c), ord. pen., nella parte in cui – secondo il “diritto vivente” – «consente all'amministrazione penitenziaria di adottare, tra le misure di elevata sicurezza interna ed esterna volte a prevenire contatti del detenuto in regime differenziato con l'organizzazione criminale di appartenenza o di attuale riferimento, il divieto di ricevere dall'esterno e di spedire all'esterno libri e riviste a stampa».

Il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria del Ministero della giustizia aveva emanato, per finalità di prevenzione, la circolare n. 8845/2011, recante una serie di norme restrittive all'ingresso, alla circolazione e alla detenzione della stampa per i detenuti in regime speciale¹²³². Tale circolare, tuttavia, era stata in varie occasioni disapplicata dai magistrati di sorveglianza, in quanto contraria all'art. 18-*ter* ord. pen., che subordina ad un atto dell'autorità giudiziaria l'imposizione di limiti alla corrispondenza epistolare e alla ricezione della stampa¹²³³, provvedimenti che,

¹²³² La circolare in oggetto è stata emanata in seguito all'elusione, da parte di un detenuto, del visto di censura sulla corrispondenza, la cui funzione, come è noto, è quella di evitare lo scambio, con i soggetti esterni, di libri, riviste e altri atti, contenenti messaggi criptati. Le norme contenute nella circolare prevedevano che qualsiasi tipo di stampa autorizzata potesse essere acquistato dai detenuti in regime speciale solo nell'ambito dell'istituto, tramite l'impresa di mantenimento o personale delegato dalla direzione. Di conseguenza veniva vietata la ricezione e la trasmissione all'esterno di libri e riviste. Sull'art. 41-*bis* cfr. S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale 41 bis*, Milano, 2007, 35 ss.; A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale di cui all'art. 41-bis ord. penit.*, in S. CORBETTA-A. DELLA BELLA-G. L. GATTA, *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, Milano 2009, 447-466; C. FIORIO, *Art. 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. GIARDA-G. SPANGHER, Milano 2010, 10444-10465; L. CESARIS, *Commento all'art. 41-bis*, in V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario commentato*, 2011, 447-489; L. FILIPPI, G. SPANGHER, M. F. CORTESI, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2016, 155-176.

¹²³³ L'art. 18-*ter* ord. pen., come è noto, dà attuazione, in ambito penitenziario, alla garanzia costituzionale prescritta dall'art. 15 Cost., stabilendo che, in vista di esigenze investigative o di prevenzione dei reati, o per ragioni di sicurezza o di ordine dell'istituto, l'autorità giudiziaria indicata dal comma 3 del medesimo articolo possa disporre, nei confronti dei singoli detenuti, per periodi di tempo determinati, tre tipi di misure: limitazioni nella corrispondenza epistolare e telegrafica e nella ricezione della stampa; sottoposizione della corrispondenza a visto di controllo; controllo del contenuto delle buste che racchiudono la corrispondenza, senza lettura della medesima. L'autorità giudiziaria può poi disporre l'eventuale trattenimento della corrispondenza e della stampa che, all'esito del visto di controllo, si ritenga non debba essere consegnata o inoltrata al destinatario. Sulla

tuttavia, venivano sistematicamente annullati dalla Corte di Cassazione. Secondo il giudice di legittimità, la circolare ministeriale si sarebbe, infatti, mantenuta nell'ambito del potere regolamentare attribuito all'amministrazione penitenziaria, poiché «meramente attuativa delle restrizioni previste dalla legge e dal provvedimento ministeriale e coerente con le finalità del regime speciale»¹²³⁴.

Alla luce dell'orientamento della Corte di Cassazione, assunto a diritto vivente¹²³⁵, il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria ha emanato, l'11 febbraio 2014, una nuova circolare, con la quale ha ripristinato le disposizioni della circolare oggetto dei provvedimenti di disapplicazione, dando luogo al giudizio dinanzi al giudice rimettente.

tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti cfr. M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002, 189–212; ID, *The domestic remedies must be effective: sul principio di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti*, in *Rivista Aic*, n. 4/2013; F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario*, in *Enc. dir. Annali*, Milano, 2008, 793–818; A. PULVIRENTI, *Il controllo giurisdizionale sul trattamento penitenziario del detenuto*, in G. SPANGHER (diretto da), *Trattato di procedura penale*, Torino, 2009, vol. VI; G.M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto e Società*, 2012, 187 ss..

¹²³⁴ Cfr. Corte di cassazione, sezione prima penale, 16 ottobre-1° dicembre 2014, n. 50158 e Corte di cassazione, sezione prima penale, 17 dicembre 2014-8 gennaio 2015, n. 314. Si fa inoltre riferimento al dato dell'esperienza: cfr. Corte di cassazione, sezione prima penale, 16 ottobre 2014-17 febbraio 2015, n. 6889 e Corte di cassazione, sezione prima penale, 27 settembre-18 ottobre 2013, n. 42902.

¹²³⁵ Sulla nozione di diritto vivente cfr. F. CARNELUTTI, *Giurisprudenza consolidata (ovvero della comodità del giudicare)*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, I, 41; T. ASCARELLI, *In tema di interpretazione ed applicazione della legge*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, 352, nonché ID., *Giurisprudenza costituzionale e teoria della interpretazione*, in *Giur. cost.*, 1958, 14; C. ESPOSITO, *Diritto vivente, legge e regolamento di esecuzione*, in *Giur. cost.*, 1962, I, 605; T. LIEBMANN, *Legge e interpretazione nel giudizio di legittimità costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 568; C. MEZZANOTTE, *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive*, in AA.VV., *Attualità e attuazione della Costituzione*, Bari, 1979, 149; A. ANZON, *La corte costituzionale e il «diritto vivente»*, in *Giur. cost.*, 1984, I, 300; EAD., *Il giudice a quo e la corte costituzionale tra dottrina dell'interpretazione conforme a costituzione e dottrina del diritto vivente (nota a Corte cost., 23 aprile 1998, n. 138)*, in *Giur. cost.*, 1998, 1082; G. ZAGREBELSKY, *La dottrina del diritto vivente*, in *Giur. cost.*, 1986, I, 1148; S. MANGIAMELI, *Sentenze interpretative, interpretazione giudiziale e «diritto vivente» (in margine ad una decisione sul procedimento di determinazione dell'indennizzo espropriativo nel sistema alto-atesino)*, in *Giur. cost.*, 1989, II, 22; L. MENGONI, *Diritto vivente*, voce in *Digesto civ.*, Torino, 1990; M. COMBA, *La Corte costituzionale tra diritto vivente e diritto in embrione*, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 396; A. PUGIOTTO, *Riflessioni interlocutorie sul diritto vivente*, in *Annali Università Ferrara*, V, III, 1989, 100; ID., *Corte costituzionale e diritto vivente superveniens*, in *Giur. cost.*, 1991, I, 641; ID., *Dottrina del diritto vivente e ridefinizione delle sentenze additive*, in *Giur. cost.*, 1992, I, 3672; nonché ID., *La problematica del «diritto vivente» nella giurisprudenza costituzionale del 1994: uso e matrici (nota a Corte cost. 28.11.1994, n. 410)*, in *Foro it.*, 1995, I, 474 e ID, *Il riferimento al diritto vivente*, in *Foro it.*, 1998, V, 366; F. SANTORO PASSARELLI, *A proposito del «diritto vivente»*, in *Iustitia*, 1993, 54; M. R. MORELLI, *Il «diritto vivente» nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giust. civ.*, 1995, II, 169; R. GRANATA, *Corte di cassazione e Corte costituzionale nella dialettica tra controllo ermeneutico e controllo di legittimità - Linee evolutive della giurisprudenza costituzionale (nota a Corte cost. 21.11.1997, n. 354)*, in *Foro it.*, 1998, I, 14; F. GAMBINI, *Un'ipotesi di conflitto fra Corte e giudice sull'esistenza del diritto vivente*, in *Giur. cost.*, 2000, I, 195; M. PERINI, *L'interpretazione della legge alla luce della Costituzione fra Corte costituzionale ed autorità giudiziaria*, in *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione*, a cura di Malfatti-Romboli-Rossi, Torino, 2002, 64; AA. VV., *Tradizioni e diritto vivente*, Padova, 2003; G. CAMPANELLI, *Incontri e scontri tra Corte suprema e Corte costituzionale in Italia e in Spagna*, Torino, 2005; S. EVANGELISTA, G. CANZIO, *Corte di cassazione e diritto vivente*, in *Foro it.*, 2005, V, 82; V. MARINELLI, *Studi sul diritto vivente*, Napoli, 2008; G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 368 ss.; R. ROLLI, *Overruling del diritto vivente vs. ius superveniens*, in *Contratto e impresa*, 2013, 577. In giurisprudenza cfr. le sentt. della Corte costituzionale n. 200 del 2016; 3, 11, 14, 113 e 126 del 2015, 242 del 2014; nonché le ordinanze n. 96 del 2014, 191 del 2013.

Preliminarmente viene proposta, dall'Avvocatura generale dello Stato, una eccezione di inammissibilità delle questioni, in quanto dirette ad «aggirare» l'orientamento della giurisprudenza di legittimità sopra richiamato contrario alla disapplicazione della circolare.

La Corte, coerentemente con la sua pregressa giurisprudenza, la dichiara infondata, poiché il giudice *a quo*, libero di interpretare la disposizione diversamente dall'orientamento giurisprudenziale consolidato, mantiene tuttavia la facoltà di sollevare la questione di costituzionalità sulla disposizione per come interpretata in termini di «diritto vivente» e di richiederne, pertanto, il controllo di compatibilità con i parametri costituzionali¹²³⁶.

Venendo al merito, il giudice rimettente solleva tre questioni, che saranno tutte dichiarate infondate dalla Consulta: la prima, avente ad oggetto la violazione degli artt. 21, 33 e 34 Cost., la seconda, sulla violazione dell'art. 15 Cost. ed infine la terza con riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., in relazione agli artt. 3 e 8 della CEDU¹²³⁷.

A questo punto, come già anticipato, introduciamo il complesso teorico alla luce del quale riteniamo condivisibile la decisione in esame.

3. *Prima premessa teorica. Diritto, compressione, garanzia: un rapporto non lineare*

Lo statuto teorico dei diritti costituzionali sconta una particolare complessità.

Ictu oculi questa difficoltà sfugge: così il contenuto degli artt. 13, 14, 15 Cost. (ossia del cosiddetto «nucleo di inviolabilità della persona») pare ridursi ad un rapporto assolutamente lineare tra i tre elementi di *diritto, compressione, garanzia*; con quest'ultimo elemento caratterizzato da una dimensione eminentemente procedurale secondo gli ascendenti tipicamente anglosassoni che caratterizzano storicamente la dogmatica delle libertà negative e che correlano la tutela di un diritto ad un sistema di procedure precostituito (*due process of law*)¹²³⁸.

Così tutte le volte che viene in gioco la compressione di uno di questi diritti, essa deve manifestarsi (pena la sua illegittimità) secondo forme prestabilite, manifestando, così, la chiara e rassicurante linearità dell'ipotetismo deontico, struttura archetipica di ogni disposizione giuridica (quanto meno in una visione

¹²³⁶ Cfr. fra le tante, le sentenze n. 200 del 2016, 126 del 2015 e 242 del 2014, nonché l'ordinanza n. 191 del 2013.

¹²³⁷ Sulla questione sottoposta alla Corte costituzionale cfr. F. FALZONE – F. PICOZZI, *La ricezione di pubblicazioni da parte delle persone sottoposte al regime detentivo speciale 41-bis*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2012, 132 ss.; L. CESARIS, *Diritti dei detenuti e garanzie costituzionali*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2013, 173 ss.; M. RUOTOLO, *I diritti alla corrispondenza, all'informazione e allo studio dei detenuti in regime di 41-bis*, cit., 842 ss.; F. PICOZZI, *Il controllo sulla circolazione e detenzione di pubblicazioni nelle sezioni 41-bis*, in *Cassazione penale*, 2015, 1552 ss.; R. MURA, *Galeotto fu (proprio) il libro? Considerazioni a margine dell'ordinanza di remissione alla Corte costituzionale in materia di libri e 41-bis*, in *Questionegiustizia.it*, 13 settembre 2016.

¹²³⁸ Cfr. M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Torino, 1995, 25.

normativista), in forza della quale ogni norma è configurata secondo una struttura ipotetica: «se A, allora B». Ipotetismo a propria volta proiezione giuridica di una mentalità filosofica apodittica, rigidamente ancorata ai principi di identità, non contraddizione e terzo escluso¹²³⁹.

In relazione alle garanzie normative dei diritti costituzionali, per fare un esempio del meccanismo proprio dell'ipotesismo deontico, possiamo pensare all'emissione di un atto astrattamente qualificabile come *coercitivo* (A) che, in teoria, dovrebbe *comunque* avvenire secondo le forme di cui all'art. 13 Cost. (B). Chiaramente, all'interno di un simile modello formalista, il meccanismo interpretativo non potrà che articolarsi nei modi, altrettanto lineari, della sussunzione giuridica, ossia della riconduzione di una fattispecie concreta in una fattispecie astratta¹²⁴⁰.

In realtà, come la dottrina ci ha mostrato da tempo, la logica identitaria (e consequenzialmente quella sussuntiva), fondata su inferenze valide tra categorie distinte, difficilmente può essere predicata in relazione al giudizio di costituzionalità – luogo privilegiato di una forma più tenue ma più comprensiva di razionalità¹²⁴¹ – *massime* per ciò che concerne le operazioni ermeneutiche e di bilanciamento dei diritti fondamentali¹²⁴².

Allora, orfana della razionalità apodittica che ne costituisce la base, *la stessa linearità del rapporto tra diritto, compressione, garanzia, diviene tutt'altro che indiscutibile e, addirittura, facilmente contestabile*. Così - nel giudizio di legittimità in merito alla compressione dei diritti - al modello *qualitativo-identitario* se ne è progressivamente sostituito uno *quantitativo*, nel quale, per restare all'esempio della libertà personale, non ogni atto astrattamente coercitivo è effettivamente lesivo del diritto di cui all'art. 13 Cost., ma solo quelli che superano un determinato tasso di lesività¹²⁴³.

¹²³⁹ ARISTOTELE, *Metafisica*, vol. IV.

¹²⁴⁰ I numerosi e complessi nessi tra concetti identitari e cultura giuridica formalista sono splendidamente analizzati e problematizzati nel fondamentale lavoro di A. E. CAMMARATA, voce *Formalismo giuridico*, in *Enc. dir.*, Vol. XVII, Milano, 1968, 1012 ss..

¹²⁴¹ F. MODUGNO, *Ragione e ragionevolezza*, II ed., Napoli, 2010, diffusamente.

¹²⁴² Nel testo, vengono distinte ermeneutica e bilanciamento poiché qui si accede a quel filone dottrinario secondo il quale l'interpretazione costituzionale (soprattutto nel bilanciamento di interessi/valori) trascende i canoni classici della mera sussunzione. Cfr. A. BALDASSARRE, *Miseria del positivismo giuridico*, in AA.VV., *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Torino, 2005, vol. I, 201 ss. nonché ID., *Costituzione e teoria dei valori*, in *Politica del diritto*, 1991, 639 ss.; ID., *L'interpretazione della costituzione*, in A. PALAZZO (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, 2001, 215 ss.; ID., *Relazione "Interpretazione costituzionale e politica costituzionale"*, in AA.VV., *Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*, Associazione italiana dei costituzionalisti, Annuario 2002, Padova, 2004, 185 ss.; ID., *Interpretazione e argomentazione nel diritto costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, e infine ID., *Una risposta a Guastini*, in *Rivista Aic*, 21 novembre 2007; *contra* R. GUASTINI, *Sostiene Baldassarre*, in *Rivista Aic*, 13 luglio 2007.

¹²⁴³ La dottrina costituzionalistica, ci pare in misura maggioritaria, si è da tempo schierata in tale senso; basti por mente alle riflessioni di Barile il quale, sulla scorta delle teorie di Mortati e Barbera, aveva rilevato che le limitazioni della libertà personale sussistono nel momento in cui incidono *sulla dignità*

Chi scrive ritiene che questo modello quantitativo sia il migliore per descrivere, e in certo modo risolvere, il paradosso dei diritti costituzionali in un sistema pluralistico, i quali vivono una profonda tensione tra *astratto e concreto, assolutezza e relatività*, da un lato *astrattamente proclamati come assoluti*, dall'altro *concretamente relativizzati*, in quanto oggetto di (ragionevole) bilanciamento¹²⁴⁴.

La stessa immagine dei diritti fondamentali, che si trae dalla miglior dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale, dà forma a questo rapporto paradossale tra assolutezza e relatività: i diritti come gli atomi possiedono una parte periferica la cui sostanza potremmo in certo modo definire nebulosa, che più o meno facilmente può adattarsi alle compressioni senza che la sua essenza ne venga stravolta; man mano che ci avviciniamo al nucleo (di senso) tale compressione diviene sempre più difficile, dovendo essere assistita dalle garanzie costituzionali, fino a diventare impossibile, per qualunque strumento giuridico, quando andasse a cancellare il cuore stesso del diritto. Con questa rappresentazione "atomistica"¹²⁴⁵, abbiamo in realtà semplicemente raffigurato la ben nota teoria del "nucleo essenziale" (*Wesensgehalt*)¹²⁴⁶, elaborata in Germania e utilizzata dalla miglior dottrina italiana, per motivare come esista un grado di intangibilità dei diritti (addirittura sottratta alla revisione costituzionale) che però non si estende ad ogni manifestazione di essi, rendendoli, nell'ordinario svolgimento della vita ordinamentale, bilanciabili con altri interessi confliggenti.

Dunque, nel giudicare la legittimità o meno della compressione di un diritto, dovremo osservare diverse dimensioni, non solo la sua assolutezza astratta, derivante dal pregio assiologico della sua posizione sistemica, ma anche la qualità di tale compressione: quanto essa sia intrinsecamente diretta alle zone centrali o periferiche del diritto e persino al contesto nel quale tale compressione si svolge.

sociale. P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 112. V. inoltre C. MORTATI, *Rimpatrio obbligatorio e Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1960, 689 ss., e A. BARBERA, *I principi costituzionale della libertà personale*, Milano, 1967, 40, 52, 190 ss.. Come è noto, parte della dottrina più autorevole non condivide l'impostazione qui seguita, affermando invece che non solo «non è rilevante il livello quantitativo della gravità della restrizione» ma «è parimenti irrilevante la presenza di una valutazione degradante della dignità del destinatario del provvedimento restrittivo»; così A. PACE, *Problematiche delle libertà costituzionali, parte speciale*, II ed., Padova, 1992, 179.

¹²⁴⁴ Cfr. A. MORRONE, *Bilanciamento (Giustizia costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Annali II, tomo II, Milano, 2008, 185 ss. V. inoltre A. PACE, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2007; F. MODUGNO, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2005; nonché ID., *I «nuovi diritti» nella Giurisprudenza Costituzionale*, Torino, 1995, 101-107; G. ZAGREBELSKY, *Diritto per valori, principi o regole? (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 31, 2002, 865-897; M. LUCIANI, *Corte costituzionale e unità nel nome dei valori*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Torino, 1991, 170-178; A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, cit.; infine, se si vuole, A. LONGO, *I valori costituzionali come categoria dogmatica*, Napoli, 2007.

¹²⁴⁵ Ho già utilizzato questa immagine nel commentare la sentenza n. 200/2016 della Corte costituzionale in A. LONGO, *Contra factum non valet argumentum: riflessi sostanziali e procedurali dell'argomento pragmatico nella sentenza n. 200 del 2016 della Corte costituzionale*, in *Nomos*, 3/2016, 8.

¹²⁴⁶ A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., 32.

In definitiva la *qualità della compressione* (e, dunque, il suo essere diretta verso il centro piuttosto che verso la periferia del diritto) non può essere giudicata senza aver riguardo alla *modalità di tale compressione* e al *contesto nel quale essa si svolge*.

La giurisprudenza costituzionale si è da tempo posta su tale *modello quantitativo*. Un primo esempio lo troviamo nella ben nota (e oramai risalente) giurisprudenza costituzionale in materia di rilievi dattiloscopici, dove l'atto di costringere un soggetto ad apporre la propria impronta sarebbe astrattamente da considerarsi *coattivo* (secondo la ricostruzione del giudice remittente) e dunque suscettibile di essere svolta solo nelle forme dell'art. 13 Cost.; tuttavia a suo tempo la Consulta ebbe modo di chiarire come *la tipologia* di quest'atto non fosse in sé tanto lesiva da intaccare il nucleo sensibile della libertà personale¹²⁴⁷. Similmente nella giurisprudenza relativa alla captazione (nel processo penale) dei dati esterni alla comunicazione (e.g. i tabulati), la Consulta, nel respingere la questione di costituzionalità, ebbe modo di evidenziare come, pur ricadendo tali dati nell'oggetto tutelato dall'art. 15 Cost., la differenza di trattamento autorizzatorio rispetto alle intercettazioni (da parte della autorità inquirente e non giudicante) fosse giustificato (o giustificabile) dal diverso grado di compressione della medesima libertà¹²⁴⁸.

¹²⁴⁷ Cfr. sentenza Corte costituzionale n. 30 del 1962: «l'art. 13 non si riferisce a qualsiasi limitazione della libertà personale, ma a quelle limitazioni che violano il principio tradizionale dell'*habeas corpus* (...) Tuttavia (...) la garanzia dell'*habeas corpus* non deve essere intesa soltanto in rapporto alla coercizione fisica della persona, ma anche alla menomazione della libertà morale quando tale menomazione implichi un assoggettamento totale della persona all'altrui potere. Il problema da risolvere è, dunque, questo: se l'esecuzione dei rilievi segnaletici importi l'assoggettamento, fisico o morale, di una persona al potere dell'organo di polizia, tale da costituire una restrizione della libertà personale equiparabile all'arresto. Il testo della disposizione (...) non può fornire una risposta univoca al quesito. I rilievi descrittivi, fotografici e antropometrici possono richiedere talvolta complesse indagini che potrebbero incidere sulla libertà fisica o morale della persona: si pensi ai casi, non cervellotici di fronte allo sviluppo della scienza e della tecnica, di rilievi che richiedessero prelievi di sangue o complesse indagini di ordine psicologico o psichiatrico. Più frequentemente quei rilievi possono rendere necessari accertamenti che vengano a menomare la libertà morale della persona, come, per esempio, nel caso in cui debbano essere compiuti su parti del corpo non esposte normalmente alla vista altrui, e specialmente nel caso in cui ciò possa importare un mancato riguardo all'intimità o al pudore della persona. In altri casi i rilievi descrittivi, fotografici ed antropometrici, e sempre i rilievi dattiloscopici (almeno nella forma in cui sono attualmente eseguiti in ogni paese del mondo), non importano menomazione della libertà personale, anche se essi possano talvolta richiedere una momentanea immobilizzazione della persona per descriverne o fotografarne o misurarne gli aspetti nelle parti normalmente esposte all'altrui vista o richiedere una momentanea costrizione tendente alla fissazione delle impronte digitali. A ben guardare, la sostanziale differenza tra i due ordini di casi sopra esposti non consiste tanto nella momentaneità o nella levità della eventuale coercizione quanto, essenzialmente, nel fatto che nel secondo ordine di casi i rilievi, pur avendo per oggetto la persona, riguardano l'aspetto esteriore della persona, la cui sfera di libertà resta integra, mentre nel primo i rilievi importano una menomazione della libertà della persona pari a quella dell'arresto»; corsivi nostri.

¹²⁴⁸ A suo tempo anche chi scrive aveva criticato questo orientamento della Consulta. Anche se all'epoca espressi riserve sul piano teorico (riserve sulle quali mi pare ora di aver cambiato idea) le mie critiche si basavano, in realtà, su un elemento, giuridico-contestuale: vale a dire che se la lesione del diritto ex art. 15 Cost. è certamente minore rispetto alle intercettazioni, non minore mi sembrava la compressione (all'interno del processo penale) del diritto di difesa ex art. 24 Cost.; cfr. A. LONGO, *Il regime processuale dei dati esterni alla comunicazione: un problema ancora aperto*, in *Giur. it.*, 1999, 2006 ss..

Proprio parlando di *privacy*, e qui terminiamo questa minima carrellata esemplificativa, la dottrina, in particolare americana, ha da tempo messo in luce come essa sia *context-dependent*, ossia tutelabile in ragione di (e nei limiti del) contesto nel quale viene espressa la comunicazione¹²⁴⁹.

Quasi pleonastico rilevare che l'elemento *modale* e quello *contestuale* sono in realtà significativamente collegati, in modo che il secondo ridondi sulla valenza significativa del primo: una compressione che potrebbe essere giudicata lesiva di un diritto all'interno di un determinato contesto diviene accettabile in un altro. Così se si viola la *privacy* di un soggetto ascoltandone le telefonate, non medesima tutela si può pretendere se quel soggetto in luogo pubblico parla al telefono ad alta voce¹²⁵⁰.

In una progressione dall'astratto al concreto, se la modalità di una compressione ne definisce la qualità, il contesto nella quale viene svolta contribuisce a determinare significativamente (e si spera ragionevolmente) il giudizio su quella modalità.

I presupposti teorici qui appena tratteggiati, ci paiono non inutili per il corretto intendimento dell'argomentazione di questa sentenza e perciò alla luce di essi vorremmo analizzarla.

4. Seconda premessa teorica. Il problema del «quomodo»: modi, contesti, valori

I due indicatori che abbiamo individuato come significativi per giudicare la qualità della compressione, *modo* e *contesto*, ricorrono continuamente nella parte motiva della decisione.

La stretta correlazione tra profilo *modale* e *contestuale* (della compressione) appare significativamente al centro dell'argomentazione fin dal suo *incipit*¹²⁵¹, divenendo presto chiaro che la questione di costituzionalità non attiene all'astratta possibilità di sottoporre limitazioni allo scambio di libri e riviste ma al concreto «quomodo» di tale acquisizione¹²⁵².

¹²⁴⁹ A. CERRI, *Riservatezza (diritto alla). II) Diritto comparato e straniero*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXVII, Roma, 1991, 5, che cita la sentenza *Cady vs. Bombonski*, 413 US 433, 1975.

¹²⁵⁰ Cfr. A. CERRI, *Riservatezza (diritto alla). III) Diritto costituzionale*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXVII (aggiornamento), Roma, 1995, 5: «la libertà e segretezza della corrispondenza non può ricever una tutela che vada oltre la natura stessa del mezzo adoperato. E, dunque, non può essere garantita la riservatezza di quel che si dice in presenza di altri e che altri, senza l'impiego di alcun mezzo artificioso, ha potuto ascoltare ... perché, appunto, il diritto di riservatezza così modellato, è pretesa alla "non intrusione", non anche diritto potestativo di imporre il silenzio su ciò che, senza intrusione, si è appreso».

¹²⁵¹ Punto 2 del *considerato in diritto*, dove leggiamo: «Le questioni sottoposte all'esame di questa Corte attengono alle *modalità* con le quali possono essere stabilite le limitazioni in tema di acquisizione e circolazione, di libri, riviste e stampa in genere nei confronti dei detenuti soggetti allo *speciale regime* di sospensione delle regole di trattamento, disposto dal Ministro della giustizia ai sensi dell'art. 41-*bis*, comma 2, ord. pen.»

¹²⁵² Punto 4 del *considerato in diritto*.

Bisogna sottolineare che, nel caso di specie, l'elemento contestuale assume a propria volta, una triplice valenza: *soggettivo-giuridica*, *oggettivo-teleologica*, *costituzional-assiologica*. Questi profili ricorrono nella motivazione sempre con una profonda interconnessione.

Il senso del profilo soggettivo-giuridico ci pare ovvio e attiene alle speciali forme derogatorie che gravano sul detenuto ai sensi del 41-*bis*, la cui *ratio oggettivo-teleologica* risiede in ragioni ugualmente contestuali, ossia la necessità di interrompere qualunque rapporto – non con amici, familiari, o persino complici del detenuto – ma con una vera e propria *istituzione* la quale dispone di organizzazione, mezzi e codici tutt'affatto peculiari.

Questa seconda peculiarità, causa finale della prima, determina, a sua volta, il terzo elemento contestuale, vale a dire *un bilanciamento di valori difforme rispetto a quello che si trova alla base del classico regime detentivo*.

Nel caso di specie, questo diverso bilanciamento si manifesta proprio rispetto alle ragioni che presiedono le modalità di comunicazione verso l'esterno: per esplicita ammissione della Corte, se per il detenuto sottoposto all'ordinario regime di detenzione i «contatti con il mondo esterno» sono favoriti «quali strumenti di *reinserimento sociale*», diversamente *tale esigenza recede nei confronti di coloro che sono sottoposti al regime ex 41-bis*, onde impedire che «sfruttando il normale regime penitenziario, "possano continuare ad impartire direttive agli affiliati in stato di libertà, e così mantenere anche dal carcere, il controllo sulle attività delittuose dell'organizzazione stessa" (sentenza n. 143 del 2013)»¹²⁵³. Se il regime comunicativo dell'ordinario sistema carcerario è fortemente improntato al valore costituzionale della rieducazione (nella condivisa accezione di reinserimento sociale) di cui all'art. 27 Cost., diversamente, l'assetto di valori nel regime carcerario speciale vede recedere (anche se non scomparire) tale valore rispetto ad esigenze di sicurezza e prevenzione di reati.

La comunicazione (e la sua limitazione) *assume*, nei due regimi, diversa posizione gerarchica all'interno dell'assetto costituzionale, poiché diversi sono gli elementi contestuali nei quali strutturalmente si trova immersa. Diversità che però, come vedremo, in forza del principio pluralistico non può mai cancellare il nucleo essenziale del diritto¹²⁵⁴.

La difformità di questa gerarchia (bilanciamento se si preferisce) rispetto a quella del regime ordinario, costituisce il presupposto logico di gran parte dell'argomentazione e la via per sciogliere i nodi problematici della vicenda; vicenda che si muove sul filo di una sostanziale e per certi versi irrisolvibile aporia: l'autonomia (assiologica, funzionale, giuridica) del regime speciale rispetto alla generale pervasività delle

¹²⁵³ Punto 2 del *considerato in diritto*.

¹²⁵⁴ Una riflessione articolata sui termini del bilanciamento di tali valori, sebbene di segno diversa da quella qui proposta, è stata sviluppata da M. RUOTOLO *I diritti alla corrispondenza, all'informazione e allo studio dei detenuti in regime di 41-bis*, cit., diffusamente.

ordinarie garanzie istituzionali. Giudizio che in parte si articola su canoni ermeneutici di sussunzione (o di mancata possibilità di sussunzione), in parte sui più comprensivi canoni della ragionevolezza.

5. *Il diritto allo studio*

Assorbe completamente la confutazione dei primi due motivi di censura – relativi alla violazione del diritto ad essere informati (*ex art. 21 Cost.*) e quello allo studio (artt. 33 e 34 Cost.) – il discorso sulla modalità della compressione, non a caso attentamente esaminata attraverso la disarticolazione dei suoi elementi essenziali; disarticolazione che tocca anche la significativa *distinzione tra la pretesa sostanziale di un diritto e i mezzi strumentali alla sua realizzazione*. Oggetto della tutela costituzionale rimane certamente la prima e non per forza i secondi, almeno finché il *nesso di strumentalità* che lega i due momenti non si caratterizzi in termini di *necessarietà assoluta*.

Così, per quanto attiene al diritto ad essere informati, «la tutela – tanto costituzionale quanto legislativa – è, dunque, riferita alla facoltà del detenuto di scegliere con piena libertà i testi con i quali informarsi mentre *restano indifferenti i mezzi* mediante i quali gli viene garantito il diritto di entrare in possesso delle pubblicazioni desiderate»¹²⁵⁵.

Analogamente per ciò che attiene al diritto allo studio, la Consulta, sulla scia della giurisprudenza di legittimità, afferma che la misura di cui si discute «non limita il diritto dei detenuti in regime speciale a ricevere e a tenere con sé le pubblicazioni di loro scelta, ma *incide solo sulle modalità* attraverso le quali dette pubblicazioni possono essere acquisite ... nell'ottica di evitare che – secondo quanto è emerso dall'esperienza – il libro o la rivista si trasformi in un veicolo di comunicazioni occulte con l'esterno»¹²⁵⁶.

È proprio questo *mero incidere sui mezzi* che rende la misura insuscettibile di toccare la sostanza assiologica del diritto, effettivo oggetto di tutela.

La Corte però, aggiunge un ulteriore argomento, questa volta di ordine *contestuale*, quando afferma che gli eventuali inconvenienti (disservizi se si vuole) derivanti dalla «"burocratizzazione" dei canali di rifornimento», non sarebbero ugualmente idonei a incidere sui diritti sopra enunciati poiché «in ogni caso suscettibili di trovare una *ragionevole giustificazione* alla luce delle esigenze poste a base del regime speciale»¹²⁵⁷. Non mi pare qui casuale l'evocazione, pur indiretta, della ragionevolezza: la Consulta dopo aver descritto – con un *actio finium*

¹²⁵⁵ Punto 5 del *considerato in diritto*, corsivi nostri.

¹²⁵⁶ Punto 5 del *considerato in diritto*, corsivi nostri. Sul diritto allo studio dei detenuti cfr. R. SOTTANIS, *Commento all'art. 19*, in V. GREVI–G. GIOSTRA–F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 276–291; M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., 127–138; M. CORALLI, *L'istruzione in carcere. Aspetti giuridici e sociologici*, in *L'altro diritto. Centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità*, www.altrodiritto.unifi.it.

¹²⁵⁷ *Ibidem*.

regundorum di stampo squisitamente ermeneutico – i limiti entro il quale un elemento empirico rientra o meno nella prescrizione costituzionale, abbandona il modello sussuntivo per affermare, secondo appunto stilemi propri del ragionevole bilanciamento, che una parziale compressione di quella pretesa sostanziale potrebbe essere ammessa, o quantomeno tollerata, proprio in ragione della peculiare valenza significativa *del contesto giuridico-fattuale di riferimento*.

E tuttavia, ancora una volta secondo i classici canoni della logica dei valori, tali limitazioni di fatto diverrebbero intollerabili ove annichilissero il nucleo di senso del diritto stesso, ove la misura in discussione dovesse tradursi «in una negazione surrettizia del diritto»¹²⁵⁸. Anche se, come chiarisce il giudice delle leggi, a quel punto «l'eventuale *vulnus* dei diritti del detenuto deriverebbe, comunque sia, non dalla norma, ma dal non corretto comportamento dell'amministrazione penitenziaria chiamata ad applicarla, esulando perciò dalla prospettiva del sindacato di legittimità costituzionale»¹²⁵⁹.

Se dovessimo nuovamente indulgere in una rappresentazione spaziale, potremmo dire che dalla decisione della Corte si evincono tre aree diverse, una esterna al diritto, sostanzialmente non garantita; una mediana dove la situazione giuridica ammette una relativa compressione (prevalentemente in forza di ragioni contestuali); e, infine, una "nucleare" pienamente garantita dai presidi costituzionali. Quanto più un provvedimento limitativo penetra queste aree dall'esterno verso l'interno, tanto più si fa forte la tutela giuridica.

6. *La libertà di comunicazione*

Ulteriore motivo di cui ci occupiamo attiene alla presunta riconducibilità, secondo il giudice *a quo*, della trasmissione *brevi manu* di libri e riviste alla libertà di comunicazione, ovviamente per richiedere l'estensione a tale vicenda della tutela accordata alla corrispondenza recapitata ai soggetti sottoposti al regime *ex art. 41-bis*. Sul punto la Corte di Cassazione è piuttosto ferma nel ritenere che la lettera e) di tale disposizione non abbia natura derogatoria rispetto all'art. 18-ter ord. pen., che sancisce il necessario intervento dell'autorità giudiziaria per controllare e censurare la corrispondenza dei detenuti. Estendere l'area dell'art. 15 Cost. avrebbe significato estendere anche la garanzia *ex art. 18-ter* (effettivamente plasmato sugli istituti della riserva di legge e di giurisdizione)¹²⁶⁰.

¹²⁵⁸ *Ibidem*.

¹²⁵⁹ *Ibidem*.

¹²⁶⁰ In tal senso, facciamo notare personalmente, che, a completamento di tale argomentazione avrebbe potuto essere evocata, dal giudice *a quo*, anche la lesione dell'art. 3 Cost., in quanto fattispecie simili (perché entrambe riconducibili alla libertà di comunicazione) sarebbero regolate dal diritto vivente in maniera difforme. Anche se, benché corretta sul piano teorico, tale indicazione dell'ulteriore parametro dell'eguaglianza, avrebbe potuto considerarsi, sul piano pratico, in certo modo ridondante. Sul diritto alla corrispondenza cfr. P. BARILE–E. CHELI, *Corrispondenza (libertà di)*, in *Enc. dir.*, Milano 1962; A. PACE, *Art. 15*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna–Roma, 1977, 80–94; P. CARETTI, *Corrispondenza (libertà di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino 1989,

Per confutare tale ricostruzione la Consulta segue un andamento non difforme da quello seguito in relazione ai motivi precedenti, muovendosi sui medesimi due piani argomentativi: *ermeneutico-sussuntivo* e *assiologico-contestuale*. In questo secondo caso tuttavia, forse proprio in forza del carattere autoevidente del primo livello argomentativo, la Corte si dilunga più sul secondo.

In primo luogo viene contestata la riconducibilità teorica dello scambio di libri e riviste all'interno della libertà di comunicazione. Poco da dire sul punto, considerando la chiarezza adamantina con la quale il giudice delle leggi ha sempre affermato che la tutela dell'art. 15 Cost. ha per proprio oggetto la «trasmissione di idee»¹²⁶¹.

A questa consolidata ricostruzione il *giudice a quo* oppone l'obiezione che anche lo scambio di libri e riviste, in forza del proprio *contenuto simbolico*, possiederebbe una intrinseca capacità comunicativa che dovrebbe valere a ricondurlo sotto l'egida della tutela costituzionale.

Questa obiezione da un lato risulta troppo debole per scardinare il consolidato orientamento della Corte; dall'altro dimostra di *provare troppo* esponendosi ad una duplice confutazione da parte del giudice delle leggi.

La prima si muove secondo i classici stilemi della *reductio ad absurdum*: se infatti fosse ammissibile (e giuridicamente rilevante) che un «flusso comunicativo», tutelabile dalla norma costituzionale, fosse ricavabile non dalla verbale trasmissione di idee, ma dalla valenza simbolica di un oggetto, allora tale capacità comunicativa potrebbe essere attribuita a qualunque oggetto, con la paradossale (assurda appunto) conseguenza che qualunque oggetto potrebbe potenzialmente circolare fuori e dentro dal carcere (sia pur nelle forme garantite dalla riserva di legge e di giurisdizione). Esito questo chiaramente inammissibile.

La seconda obiezione, similmente a quanto detto in relazione ai diritti di studio e di informazione, ha invece carattere contestuale: così «anche riconoscendo, peraltro, che, a fronte dell'ampia formula dell'art. 15 Cost., le comunicazioni si collochino sotto il cono di protezione della norma costituzionale a prescindere dal mezzo materiale impiegato per la trasmissione del pensiero – e, dunque, anche se effettuate “in forma reale”, ossia tramite scambio di oggetti “significanti” – non si può fare a meno di considerare la particolare condizione in cui versa qualsiasi persona detenuta»¹²⁶².

201–202; G. M. SALERNO, *La protezione della riservatezza e l'inviolabilità della corrispondenza*, in R. NANIA–P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, Torino 2001, 661–670; F. DONATI, *Art. 15*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO–A. CELOTTO–M. OLIVETTI, Torino 2006, 364 ss.. Sulla libertà di corrispondenza dei detenuti v. M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., 75–99, e ID., *I diritti alla corrispondenza, all'informazione e allo studio dei detenuti in regime di 41-bis*, cit., 846 ss.; E. BERTOLOTTO, *Commento all'art. 18 e all'art. 18-ter*, in V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario commentato*, 2011, 226–249 e 261–276; L. FILIPPI, G. SPANGHER, M. F. CORTESI, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., 50–66.

¹²⁶¹ Punto 6 del *considerato in diritto*.

¹²⁶² Punto 6 del *considerato in diritto*.

Qui la Consulta fa, evidentemente, riferimento a quello che abbiamo definito *contesto soggettivo-giuridico*, vale a dire alla generica compressione dei diritti che deriva dalla condizione carceraria.

Tuttavia, in omaggio alla propria consolidata giurisprudenza, oltre che alle acquisizioni della miglior dottrina, ancora una volta, il giudice delle leggi distingue tra una porzione del diritto comprimibile (e in questo caso maggiormente comprimibile per ragioni contestuali) e una porzione nucleare, incomprimibile.

Dal primo punto di vista si afferma come «la legittima restrizione della libertà personale, cui è sottoposta la persona detenuta, non annulla affatto la tutela costituzionale dei diritti fondamentali»¹²⁶³.

Dal secondo punto di vista si chiarisce però che tale tutela «opera, pur tuttavia, "con le limitazioni che, come è ovvio, lo stato di detenzione necessariamente comporta" (sentenza n. 349 del 1993)»¹²⁶⁴. Una limitazione che, come appena detto, ha natura giuridica e contestuale perché «trova alla sua base un provvedimento giurisdizionale» sulla libertà personale e «si riverbera inevitabilmente, in modo più o meno significativo, sulle modalità di esercizio delle altre libertà costituzionalmente alla prima collegate»¹²⁶⁵. E, ovviamente, «ciò avviene anche per la libertà di comunicazione, la quale, nel corrente apprezzamento, rappresenta – al pari della libertà di domicilio (art. 14 Cost.) – una integrazione e una precisazione del fondamentale principio di inviolabilità della persona, sancito dall'art. 13 Cost., in quanto espressione della "socialità" dell'essere umano, ossia della sua naturale aspirazione a collegarsi spiritualmente con i propri simili»¹²⁶⁶.

7. L'art. 3 CEDU: la dignità come nucleo essenziale dei diritti

Per ciò che concerne la contestata violazione dell'art. 3 CEDU (come norma interposta rispetto all'art. 117 Cost.), che pone il divieto di trattamenti inumani o degradanti, la Consulta – in realtà descrivendo e applicando *il proprio concetto di dignità* o se si preferisce il concetto di dignità che ritiene accolto in Costituzione – applica pienamente la teoria del *Wesensgehalt*, affermando l'incongruità del richiamo del giudice *a quo* in ragione della sua assolutezza. Tale incongruità è manifesta nel momento in cui il giudice si duole non dell'esistenza della

¹²⁶³ *Ibidem*, dove così si continua: «Chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua libertà individuale (sentenze n. 20 del 2017 e n. 349 del 1993), e il cui esercizio, proprio per questo, non può essere rimesso alla discrezionalità dell'autorità amministrativa preposta all'esecuzione della pena detentiva (sentenze n. 26 del 1999 e n. 212 del 1997)».

¹²⁶⁴ *Ibidem*.

¹²⁶⁵ *Ibidem*.

¹²⁶⁶ *Ibidem*.

limitazione ma, come abbiamo già più volte ribadito, del «*quomodo*» delle limitazioni. Ora, nessuna forma di trattamento degradante, per quanto possa avvenire nel rispetto delle riserve di legge e di giurisdizione, potrebbe essere ammissibile nell'ordinamento costituzionale¹²⁶⁷.

Quest'affermazione che in sé è di immediata comprensibilità, oltre che assolutamente condivisibile, in certo modo sembra eccepire al discorso modale che è stato fin qui portato avanti dalla Consulta.

In realtà è assolutamente congruente con i postulati di cui abbiamo parlato in relazione alla costruzione concettuale dei diritti fondamentali, definendo un esempio archetipico del modello di interazione tra l'elemento modale e il problema del nucleo essenziale dei diritti, declinato sotto la latitudine della dignità umana.

L'elemento modale rimane infatti significativo, nel giudicare la legittimità di una compressione, finché (e quanto più) rimaniamo in un'area mediana di un diritto fondamentale, non quando essa tocca il suo nucleo fondamentale. Il contenuto essenziale di un diritto rappresenta la sua area di intangibilità che in uno stato pluralista, non può mai essere cancellata. Così se il bilanciamento è il modo in cui interagiscono le istanze costituzionali, il contenuto essenziale è il limite al bilanciamento. Per essere ulteriormente esplicitivi proviamo a rileggere la teoria dworkiniana in forza della quale le *rules* si applicano o si trasgrediscono («all-or-nothing fashion») mentre i *principles* si soppesano (in base al loro «weight»)¹²⁶⁸; questo vale ovviamente per i diritti fondamentali ma non se toccati

¹²⁶⁷ Sul vincolo derivante dalla CEDU cfr. le sentt. n. 49, 96, 150 del 2015 e n. 210 del 2013, oltre alle più note n. 348 e 349 del 2007 (c.d. sentenze gemelle). Su queste ultime cfr. A. RUGGERI, *Ancora in tema di rapporti tra CEDU e Costituzione: profili teorici e questioni pratiche*, in *Rivista Aic*, nonché ID., *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU*, in *Forum di Quaderni costituzionali*; C. PINELLI, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa confliggenti*, in *Rivista Aic*; A. MOSCARINI, *Indennità di espropriazione e valore di mercato del bene: un passo avanti e uno indietro della Consulta nella costruzione del patrimonio costituzionale europeo*, in *federalismi.it*, 22/2007; F. DONATI, *La CEDU nel sistema italiano delle fonti del diritto alla luce delle sentenze della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007*, in *osservatorioaic.it*; M. CARTABIA, *Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali, fonti, giudici*, A. GUAZZAROTTI, *La Corte e la CEDU: il problematico confronto di standard di tutela alla luce dell'art. 117, comma I, Cost.*, entrambi in *Giur. cost.*, 2007, rispettivamente 3564 ss. e 3574 ss.; M. LUCIANI, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti tra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Corr. giur.*, 2008, 185 ss.; F. GHERA, *Una svolta storica nei rapporti del diritto interno con il diritto internazionale pattizio (ma non in quelli con il diritto comunitario)*, in *Foro it.*, 2008, I, 50 ss.; F. SORRENTINO, *Apologia delle "sentenze gemelle" (breve note a margine delle sentenze nn. 348 e 349/2007 della Corte costituzionale)*, in *Diritto e società*, 2009, 213 ss.; F. BILANCIA, *Con l'obiettivo di assicurare l'effettività degli strumenti di garanzia la Corte costituzionale italiana funzionalizza il "margine di apprezzamento" statale, di cui alla giurisprudenza CEDU, alla garanzia degli stessi diritti fondamentali*, in *Giur. cost.*, 2009, 4772 ss.; A. TRAVI, *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale: alla ricerca di una nozione comune di "sanzione"*, in *Giur. cost.*, 2010, 2323 ss.; E. GIANFRANCESCO, *Incroci pericolosi: CEDU, Carta dei diritti fondamentali e Costituzione italiana tra Corte costituzionale, Corte di giustizia e Corte di Strasburgo*, in *Rivista Aic*, 1/2011.

¹²⁶⁸ Cfr. R. DWORKIN, *Taking Right seriously*, Cambridge (Mass.), 1977, trad. it., con saggio introduttivo di Giorgio Rebuffa, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982, 93 ss.; la sua nota distinzione tra *rules* e *principles*, senza alcun dubbio, attribuisce a questi ultimi una fortissima connotazione assiologica. Le regole, infatti, come *standards* forti ubbidiscono alla logica del «tutto o niente», i *principles*, invece, sono

nel loro nucleo fondamentale. *Il modello quantitativo vale fino a quando, trasmodando in qualità, la quantità della compressione tocca il nucleo fondamentale dei diritti* che a quel punto, possiamo dire, cominciano a comportarsi come regole, dunque, non più secondo un modello quantitativo (quanta compressione si può legittimamente tollerare), ma secondo un modello identitario, per cui ogni compressione del nucleo fondamentale diviene inammissibile.

Il discorso sulla dignità (e, dunque, sul divieto di trattamenti degradanti) va visto in quest'ottica, con una precisazione: *in un ordinamento pluralistico la dignità è il centro di tutto il sistema*. Non è casuale che la teoria del *Wesensgehalt* nasca nel contesto del *Grundgesetz* che vede all'apice del proprio ordine di valori la dignità dell'uomo, come elemento assolutamente intangibile dai poteri costituiti.

La nostra Costituzione non possiede una rigida gerarchia di valori ma se, come afferma la miglior dottrina, ogni principio costituzionale rappresenta in sé la cristallizzazione di un bilanciamento (e, dunque, una micro-gerarchia)¹²⁶⁹, credo che al centro della micro-gerarchia di ogni diritto costituzionale si trovi proprio la dignità umana, come limite assoluto ad ogni compressione che la leda. Dunque *ogni diritto può essere compresso solo finché tale compressione non rappresenta una lesione della dignità*.

La Corte, nella decisione che si commenta, sembra propendere per la prima delle teorie richiamate. Si legge infatti: «il mero fatto che il detenuto debba servirsi dell'istituto penitenziario per l'acquisizione della stampa, e non possa trasmetterla all'esterno, non determina livelli di sofferenza e di svilimento della sua persona tali da attingere al paradigma avuto di mira dalla norma convenzionale»¹²⁷⁰.

8. L'art. 8 CEDU: ancora tra sussunzione e ragionevole bilanciamento

standards di valutazione che, pur avendo una dimensione giuridica, traggono la loro validità dall'essere esigenze «di giustizia o di correttezza o di qualche altra dimensione morale»; in ogni caso essi non si applicano nella «all-or-nothing fashion» delle regole, invece si caratterizzano per avere un *weight*, un peso che non può mai essere completamente annichilito ma che, tuttavia, incontra sempre la necessità di essere bilanciato. Tale distinzione ha avuto nella riflessione giuridica un'importanza enorme: nella dottrina italiana cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 147 ss.; R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 8 ss.; sul punto interessanti spunti si trovano anche in M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, Padova, 2000, 141.

¹²⁶⁹ A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, cit., 658, dove leggiamo che la teoria dei valori costituzionali «è una tecnica ricostruttiva e interpretativa della Costituzione: una tecnica che, lungi dal sovrapporre una propria gerarchia culturale a quella espressa dalle disposizioni costituzionali, presuppone che ciascuna norma consista in una particolare gerarchia di valori relativa ad una determinata materia». Anche qui ho provato a svolgere qualche riflessione sul punto in A. LONGO, *I valori costituzionali come categoria dogmatica*, cit., spec. 374 ss.; cfr. inoltre G. AZZARITI, *Interpretazione e teoria dei valori: tornare alla Costituzione*, in A. PALAZZO (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, 2001.

¹²⁷⁰ Emblematiche, da questo punto di vista, le parole della Corte costituzionale nella già richiamata sentenza n. 30 del 1962.

Discorso diverso, per certi versi opposto viene svolto in relazione all'art. 8 CEDU che espressamente viene definito come «non assoluto»; infatti la stessa disposizione prevede le condizioni alle quali la limitazione del diritto risulta legittima, affermando che essa deve: 1) essere prevista dalla legge, 2) perseguire scopi legittimi; 3) essere necessaria in una società democratica. Il principio di tutela è, dunque, già astrattamente bilanciato dalla norma e, quindi, concretamente, bilanciabile nei casi concreti, secondo una duplice direttrice: da un lato il principio della riserva di legge, dall'altro i canoni classici del giudizio di proporzionalità e adeguatezza, tipici della *Abwägung* tedesca e della ragionevolezza italiana¹²⁷¹.

La Consulta anche qui comincia il ragionamento sul piano della sussunzione ermeneutica, negando, ancora una volta, la riconducibilità della situazione in esame all'oggetto della norma *ex art. 8 CEDU*, escludendo che «il divieto di scambiare libri e riviste ... tramite il servizio postale ... possa essere assimilato ... alla sottoposizione della corrispondenza del detenuto al visto di controllo»¹²⁷², che era stato ripetutamente censurato dalla Corte EDU prima della legge n. 95 del 2004¹²⁷³. Il superamento della disciplina sul visto di controllo fa, dunque, salvo il profilo della segretezza della corrispondenza; inoltre non potrebbe assumersi violato nemmeno il profilo della libertà, essendo questa riconosciuta al detenuto «in tutta la sua ampiezza ... tramite l'ordinaria corrispondenza epistolare»¹²⁷⁴.

Il giudice delle leggi vaglia però anche la possibilità ermeneutica opposta: vale a dire che tale situazione effettivamente possa rientrare nel diritto tutelato dall'art. 8 CEDU. Sul punto vengono svolti due ordini di argomentazioni: il primo in relazione alla *sufficiente determinatezza della normativa italiana* rispetto a quanto previsto dalla riserva di legge richiesta dall'art. 8 CEDU; il secondo in relazione alla *legittimità dello scopo* perseguito della disciplina e, soprattutto, *della sua proporzionalità rispetto al raggiungimento dello stesso*.

Sul primo punto la Corte non mostra tentennamenti: se è vero, infatti, che prima dell'entrata in vigore della legge n. 95 del 2004, l'art. 18 ord. pen. peccava di eccessiva vaghezza (non disciplinando né la durata né i motivi alla base dell'adozione della misura), diversamente l'attuale art. 18-ter ord. pen., contiene un grado di dettaglio decisamente maggiore. A ciò si aggiunga che le lettere *a)* e *c)* dell'art. 41-bis, comma 2-quater, ord. pen. (il quale ad avviso della

¹²⁷¹ F. MODUGNO, *Ragione e ragionevolezza*, cit., spec. 74 ss.; A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit.

¹²⁷² Punto 7 del *considerato in diritto*.

¹²⁷³ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 9 gennaio 2001, *Natoli contro Italia*; Corte europea dei diritti dell'uomo, 15 novembre 1996, *Domenichini contro Italia*, nonché Corte europea dei diritti dell'uomo, 1° settembre 2015, *Paolello contro Italia*; Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 17 settembre 2009, *Enea contro Italia*; Corte europea dei diritti dell'uomo, 7 luglio 2009, *Annunziata contro Italia*.

¹²⁷⁴ Punto 7 *considerato in diritto*.

giurisprudenza concorde costituisce la base legale del potere dell'amministrazione penitenziaria di disporre le misure in questione), possiede un grado di dettaglio ancora maggiore, riferendosi puntualmente alla necessità di interrompere i contatti tra il detenuto con le organizzazioni criminali alle quali egli appartenga o con le quali si trovi in posizione di rivalità. Un grado di dettaglio ritenuto sufficiente, anche alla luce della stessa giurisprudenza CEDU, la quale riconosce che, sebbene una norma di legge nell'attribuire un potere debba limitarne la portata, è comunque «impossibile giungere ad una certezza assoluta nella sua formulazione, poiché il probabile risultato di tale desiderio di certezza, sarebbe un'eccessiva rigidità»¹²⁷⁵. A questo passaggio è stata mossa una puntuale obiezione da parte di attenta dottrina, sostenendo che il difetto di determinazione della fattispecie in esame determinerebbe quello che crediamo di poter definire come "un'espansione di fatto della potestà amministrativa carceraria", che finirebbe addirittura per spostare il luogo del bilanciamento di valori (posto alla base di tali limitazioni) dalla sua naturale sede – il Parlamento nello svolgimento della sua attività legislativa o il giudice in sede di interpretazione e applicazione – e consegnerebbe alle circolari amministrative una potestà che esorbita grandemente dalla loro funzione esecutiva¹²⁷⁶. Per quanto interessante e ben articolata, la critica non ci convince del tutto: se essa possiede indubbia rilevanza pratica, tuttavia non può valere a contestare la congruità dell'attuale giudizio di costituzionalità, il cui oggetto non è la circolare ministeriale (né ovviamente potrebbe esserlo) ma semmai un complesso normativo – di cui, chiaramente, anche la circolare fa parte – per come interpretato dal diritto vivente. È, dunque, proprio il bilanciamento di valori, in

¹²⁷⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, 15 novembre 1996, *Domenichini contro Italia*, citata al punto 7 del *considerato in diritto*.

¹²⁷⁶ Cfr. F. MANNELLA, *Le restrizioni alla libertà di corrispondenza*, cit., 13, la quale sostiene che nella decisione della Corte «da una parte si evidenzia che appare irragionevole pensare che il legislatore possa prevedere a priori, in modo minuzioso e dettagliato, tutti i beni e gli oggetti la cui fruizione debba essere limitata, poiché incorrerebbe nel rischio di una lacuna; dall'altra però rileva che la ratio giustificativa di tali limitazioni (come del resto del carcere duro in genere) sta nel necessario bilanciamento tra il principio di tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza e i diritti inviolabili della sfera personale. Ma tale bilanciamento, considerata la compressione di alcuni dei diritti in gioco, non dovrebbe essere operato dal legislatore o, tutt'al più, da un provvedimento specifico del giudice, in sede interpretativa-applicativa della norma in questione, anche per quanto concerne la durata delle stesse limitazioni che le circolari in questione pongono *sine die*? Di fronte ad una eventuale risposta positiva a tale quesito, non convince l'avallo di rimettere all'amministrazione, tramite l'adozione di circolari, la scelta di operare tali specifiche limitazioni che risulterebbe difficile definire attività di stretta esecuzione»; l'Autrice, sul punto, si collega ad una riflessione, sul bilanciamento dei valori in gioco nel 41-bis, portata avanti da M. RUOTOLO, *I diritti alla corrispondenza, all'informazione e allo studio dei detenuti in regime di 41-bis*, cit., 849, il quale aveva già affermato come il punto di equilibrio, tra i valori confliggenti della libertà e del contrasto alla criminalità organizzata, «compete al legislatore (e non all'amministrazione), non potendosi peraltro prescindere, in presenza di riserva di giurisdizione, dall'intervento del giudice per operare la concreta limitazione».

una delle sue sedi naturali (l'opera del giudice di interpretazione-applicazione), a essere valutato, e "convalidato", dalla Corte.

Per ciò che attiene al secondo punto, posta come autoevidente la legittimità dello scopo perseguito, qualche parola viene spesa circa la proporzionalità della disciplina, utilizzando l'*argumentum a fortiori*. Si ricorda, infatti, come la Corte EDU abbia già consentito, per tutelare gli scopi legittimi dell'ordine pubblico e della sicurezza, mediante la recisione del legame tra il detenuto e il suo ambiente criminale, a restrizioni legate al regime di detenzione speciale, «assai più incisive di quelle di cui oggi si discute»¹²⁷⁷.

9. Riflettendo su alcune obiezioni

Come immaginiamo si evinca da quanto detto finora, troviamo la sentenza in commento assolutamente condivisibile: internamente coerente, teoreticamente complessa, concretamente adeguata.

Tuttavia, come anticipato all'inizio di questo lavoro, tra i primi commentatori sono state sollevate alcune critiche, sia in relazione all'esito sia alla tecnica decisoria prescelti dalla Corte. Interessante notare che entrambe le tipologie critiche sembrano muovere da una base comune: la peculiare scissione che, nel contesto carcerario, si registra tra il piano normativo e quello concreto.

Un primo ordine di obiezioni sembra unicamente ruotare intorno al piano eminentemente empirico: pur non criticando (almeno non in maniera radicale) la struttura logica della decisione, si afferma però che, nell'attuale stato delle carceri, demandare il soddisfacimento del diritto di ricevere libri e stampa ai soli canali interni all'amministrazione carceraria significa condannare tale diritto (pur astrattamente garantito) a un effettivo annichilimento, a causa degli endemici disservizi interni che affliggono (per scarsità di mezzi e personale) le carceri italiane¹²⁷⁸.

Un secondo ordine di obiezioni, che avrebbe voluto una diversa tipologia decisoria, parte però da una premessa simile: in un contesto come quello penitenziario – fortemente caratterizzato da un distacco tra l'astrattezza della normazione e la realtà carceraria – sarebbe stato più idoneo l'utilizzo di uno strumento alternativo a quello della sentenza di infondatezza. Qualcuno ha indicato la possibile via di una decisione monitoria, come invito al legislatore ad intervenire stabilendo nella legge gli oggetti «indisponibili» per il detenuto in regime speciale, altri avrebbero preferito una sentenza interpretativa di rigetto

¹²⁷⁷ Cfr. per tutte, Corte europea dei diritti dell'uomo, 19 gennaio 2010, *Montani contro Italia* e Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande camera, 17 settembre 2009, *Enea contro Italia*.

¹²⁷⁸ S. AMATO, *op. cit.*, diffusamente.

«per evitare in futuro la compromissione in concreto di diritti che la stessa Consulta ribadisce essenziali e meritevoli della più ampia tutela»¹²⁷⁹.

Chi scrive si distanzia da tali conclusioni, ritenendo che la forte torsione fattuale – presente in ogni giudizio avente ad oggetto il carcere e, di conseguenza, i diritti costituzionalmente riconosciuti ai soggetti detenuti – pur essendo un dato significativo, non possa divenir prevalente nel determinare l'esito del giudizio di legittimità costituzionale.

Tale obiezione, certamente motivata da una profonda conoscenza dello stato dei detenuti in Italia, nonché da un più che encomiabile spirito solidaristico, ci pare però viziata da una prospettiva eccessivamente fattuale. Il giudizio della Corte attiene alla legittimità delle leggi, al loro raffronto con la Costituzione, alla valutazione del bilanciamento dei concreti interessi che da tale raffronto emerge; per quanto le meccaniche dell'accesso in via incidentale (e.g. il profilo della rilevanza) aggancino tale giudizio alla concretezza del singolo caso, esso non può, e direi non deve, spingersi fino al punto di valutare la legittimità di un assetto giuridico in relazione ad una situazione concreta che a tale assetto viene meno. La concretezza del giudizio di costituzionalità può, e deve, giungere a valutare l'applicazione di una legge, non il difetto (reale o ipotetico che sia) di tale applicazione. Anche perché pare evidente come *l'eventuale* inerzia dell'amministrazione si ponga, rispetto al caso di specie, come *fatto assolutamente estraneo al giudizio di costituzionalità perché insuscettibile di essere ricondotto ad alcuno dei suoi termini* (il parametro o l'oggetto) e che, dunque, ad avviso di chi scrive, non può nemmeno essere considerato fra quei fatti che possiedono una rilevanza – sposando una tassonomia recentemente ripresa nella riflessione di attenta dottrina – «extraprocessuale»¹²⁸⁰.

Paradossalmente ci pare che il pregio di questa decisione risieda proprio in una giusta forma di *concretezza teoretica* (per utilizzare un ossimoro), ossia nel rispetto dello statuto teorico dei diritti fondamentali, calato nella concretezza del loro effettivo bilanciamento, attraverso l'osservazione e la valorizzazione della natura modale e contestuale delle compressioni alle quali questi diritti vengono sottoposti.

¹²⁷⁹ Cfr. rispettivamente F. MANNELLA, *Le restrizioni alla libertà di corrispondenza*, cit., 15, e S. AMATO, *Un messaggio nella bottiglia (e un'occasione perduta)*, cit., 2.

¹²⁸⁰ Secondo tale dottrina i fatti, che possono assumere rilievo nel sindacato di costituzionalità, attengono o al parametro o all'oggetto del giudizio e possono distinguersi in fatti «endoprocessuali» che entrano formalmente, tramite l'istruttoria, nel giudizio di legittimità costituzionale e fatti «extraprocessuali» che, al contrario, vengono spontaneamente desunti dal giudice costituzionale nel proprio confronto con la realtà sociale. Per tale distinzione cfr. E. OLIVITO, *Il fatto nel giudizio sulle leggi, relazione al convegno: La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni, 9 e 10 giugno 2017*, Milano, in *gruppodipisa.it*, 4. Sul tema vedi già M. LUCIANI, *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988, 525 ss.; R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano, 1988, 333 ss..

Non di più, crediamo, si potesse chiedere al giudice delle leggi. La tesi appena discussa (come molte critiche mosse al regime speciale di detenzione) è saldamente ancorata alle nobili origini del giuspenalismo liberale che, dall'epoca di Verri e Beccaria, ha progressivamente contribuito a costruire le fondamenta della nostra cultura giuridica nel suo complesso, producendo un'eco che, oramai, si è spinta ben oltre l'ambito degli studi penalistici¹²⁸¹. Tuttavia, per quanto sia doloroso dirlo, tale visione, soprattutto nei suoi presupposti teorico-ricostruttivi, non pare adeguata a dar conto della complessità della vicenda in esame né della generalità del sistema prodotto dal 41-*bis* ord.pen..

Il garantismo liberale immagina la relazione tra l'individuo (troppo piccolo, troppo solo, troppo inerme) e lo Stato (kafkianamente troppo grande, troppo potente, troppo disumano); da ciò deriva l'esigenza di tutelare il singolo, oggetto di una sperequazione talmente spaventosa, talmente immanente alla realtà del rapporto da essere teorica ancora prima che pratica, trascendentale ancora prima che empirica.

Ma questa relazione tra *antropos* e *macroantropos* non esaurisce i termini del problema di cui ci occupiamo, transcendendo in definitiva il fenomeno meramente sanzionatorio e, per certi versi, lo stesso presupposto (anch'esso liberale) della personalità della responsabilità penale, poiché la durezza del 41-*bis* non è giustificata dalla gravità del fatto commesso, dalla esecrabilità, morale o giuridica, delle azioni dell'individuo, ma da ragioni di sicurezza che attengono all'attualità e alla pericolosità dei rapporti di quel singolo con un'organizzazione criminale.

Il conflitto ultimo, ma drammaticamente concreto, non è allora tra Stato e individuo, tra *antropos* e *macroantropos*, ma tra due *istituzioni*, entrambe dotate di uomini, mezzi, codici, o – volendo indugiare nelle rassicuranti plaghe della teoria giuridica – di plurisoggettività, organizzazione, regole¹²⁸².

La magnitudine di questo conflitto non può essere sottovalutata nel giudicare il senso di un regime carcerario che, giustamente, ripugna alla coscienza giuridica

¹²⁸¹ Sul punto penso a quanto sia accesa la critica di una parte della dottrina costituzionalistica, particolarmente attenta a questi temi, in relazione al c.d. "carcere duro". Basti por mente all'articolata riflessione di A. PUGIOTTO, *Quattro interrogativi (e alcune considerazioni) sulla compatibilità costituzionale del 41-bis*, in F. CORLEONE – A. PUGIOTTO (a cura di), *Volti e maschere della pena. OPG e carcere duro, muri della pena e giustizia riparativa*, Roma, 2016, 193 ss., il quale in particolare si domanda (retoricamente): 1) se il passaggio del carcere duro da misura emergenziale ad ordinaria non dimostri che l'istituzione carceraria pensa a se stessa come qualcosa che può, in qualsiasi momento, sospendere le proprie regole; 2) se le limitazioni che il regime del carcere duro comporta per i detenuti siano davvero funzionali a recidere il legame con le associazioni criminali di appartenenza; 3) se la finalità rieducativa della pena rientri davvero nell'orizzonte del 41-*bis*; 4) se la finalità inconfessata di tale regime non sia quella di indurre il pentitismo. Provocatoriamente, peraltro, l'A. paventa la possibilità che il 41-*bis* costituisca l'anticamera della tortura.

¹²⁸² M.S. GIANNINI, *Prime osservazioni sugli ordinamenti sportivi*, in *Riv. dir. sport.*, 1949, 10 ss., nonché F. MODUGNO, *Legge - ordinamento giuridico - pluralità degli ordinamenti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 1985.

più garantista, pur nella dolorosa consapevolezza che sono sempre gli individui ad essere travolti dai conflitti fra simili istituzioni.

LE FORME DI COLLABORAZIONE PER LA RIGENERAZIONE DI BENI E SPAZI URBANI *

di Maria Vittoria Ferroni**

SOMMARIO:1. Premesse 1.2. Inquadramento dei patti di collaborazione tra il principio di sussidiarietà orizzontale ed il principio di solidarietà 2. La natura giuridica dei patti di collaborazione 3. Le zone grigie ed i percorsi critici 3.1. La differenza di regime tra i patti di collaborazione, la negoziazione di tipo urbanistico, le altre fattispecie descritte nel codice dei contratti pubblici 4. Conclusioni: Potestà, situazioni giuridiche soggettive e forme di responsabilità nella rigenerazione dei beni urbani attraverso patti di collaborazione.

1. Premesse.

Le premesse teoriche di questo saggio relativo ad alcuni profili rilevanti del fenomeno della rigenerazione di beni e spazi urbani vanno rinvenute nel modo di intendere il concetto di “democrazia”, quanto meno negli Stati membri dell’Unione Europea e della CEDU¹²⁸³.

Infatti, almeno a partire dall’analisi di Norberto Bobbio¹²⁸⁴, il termine democrazia non può più essere declinato al singolare come accadeva nella formula dello Stato di diritto¹²⁸⁵,

* Contributo sottoposto a *double blind peer review*

** Professore associato di Diritto amministrativo presso il Dipartimento di Scienze Politiche dell’Università “La Sapienza” di Roma.

¹²⁸³ Non è possibile in questa sede richiamare la sterminata bibliografia sulla democrazia anche volendosi limitare al mero aspetto giuridico. Mi limito perciò ad indicare, in quanto sempre attuale, K. R. POPPER, *La società aperta ed i suoi nemici*, Roma, 2002, p.216 e ss.; F. NEUMANN, *Lo Stato democratico e lo Stato autoritario*, Bologna, 1984. Ciascuno Stato membro dell’Unione Europea ha un suo sistema di democrazia ampiamente studiato dai costituzionalisti (per tutti: F. LANCHESTER, *Gli strumenti della democrazia. Lezioni di diritto costituzionale comparato*, Milano, 2004, p.81 e ss.; p.407 e ss.; G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, 2013, p.403 e ss. e p.677 e ss.) mentre è difficile pronunciarsi sul sistema democratico dell’Unione Europea di cui si è lamentato, non senza ragione, il deficit democratico dei poteri del Parlamento Europeo rispetto al Consiglio ed alle Commissioni. Sottolineava però già a suo tempo S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Bari, 2017, p.37 e ss., che ci troviamo di fronte ad un modello nuovo e quindi non ripetibile di quelli propri degli Stati nazionali. Indubbiamente, come sottolinea L. CASSETTI, *La cultura del mercato fra interpretazioni della Costituzione e principi comunitari*, Torino, 1997, p.15 e ss. la Comunità Europea, fin dall’origine, si è orientata verso il tipo di Stato sociale di mercato e non di Stato sociale di diritto proprio dell’Italia e di altri paesi della Unione Europea ad economia mista. E ciò segna anche eventuali limiti alle potenzialità della democrazia stessa.

¹²⁸⁴N. BOBBIO, *I governi locali nelle democrazie contemporanee*, Roma – Bari, 2004, *passim*; ma soprattutto L. BOBBIO, *Dilemmi della democrazia partecipativa in Democrazia e diritto*, 4/2006, p. 11 e ss.

¹²⁸⁵ Anche sul c.d. Stato di diritto la bibliografia è sterminata. Un’ottima introduzione storica è nel libro a cura di P. COSTA e D. ZOLA, *Lo Stato di diritto (Storia, teoria, critica)*, Milano, 2002, p. 111 e ss. La caratteristica di tale Stato era appunto quella di rappresentare prevalentemente un solo ceto, cioè la borghesia e, su tale rappresentanza, veniva previsto sia il sistema elettorale che, in generale, i programmi di Governo. Questo modello entra in crisi tra la fine dell’ottocento e l’inizio del novecento quando, in seguito alle lotte sindacali, si forma il terzo Stato e quindi lo Stato diventa pluriclasse. Sui tentativi di salvare la formula v. già H. KELSEN, *Il primato del Parlamento*, Milano, 1982, p. 30 e ss.; R. SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, 1988, p.182 e ss. Critico C. SCHMITT, *Democrazia e liberalismo*, Milano, 2001, p.59 e ss. e soprattutto ID., *Parlamentarismo e democrazia*, Lungro, 1999. Sulla crisi dello Stato di diritto, v. per tutti S. ROMANO, *Lo Stato*

e non si identifica nemmeno con il principio della democrazia pluralistica¹²⁸⁶. Esso esige proprio che siano compresenti ed in equilibrio tra di loro numerosi tipi di democrazia:

a) Una democrazia rappresentativa che è la forma più conosciuta basata sul tradizionale principio della separazione dei poteri e su varie forme di rappresentanza (rappresentanza politica, rappresentatività *ratione muneris*, rappresentanza professionale)¹²⁸⁷. Come è noto, però, questo tipo di rappresentanza è in netta crisi sia perché, come già dimostrato da Mortati¹²⁸⁸, è emersa la funzione di governo come principale funzione; sia perché, in una società sempre più complessa¹²⁸⁹, altrettanto peso politico viene assunto dal potere giudiziario, soprattutto attraverso l'introduzione del precedente, come fonte del diritto¹²⁹⁰. Il risultato finale è che il centro effettivo di potere si sposta verso gli organi di governo e le Corti Supreme della Magistratura e quindi verso forme, ancorché democratiche, di decisionismo¹²⁹¹;

b) Una democrazia deliberativa¹²⁹² basata sul metodo della rappresentanza politica o piuttosto politico - amministrativa¹²⁹³;

moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale, Milano, 1969, p. 119 e ss. e soprattutto E. FORSTHOFF, *Stato di diritto in trasformazione*, Milano, 1973, p. 29 e ss.; p. 287 e ss.

¹²⁸⁶ Sul concetto di pluralismo, v. per tutti l'ampio saggio di N. MATTEUCCI, *Pluralismo*, in *Enc. scienze sociali*, Roma, Treccani, 1996, vol. VI, p. 594 e ss. In particolare sulla c.d. democrazia pluralistica v. A. PIZZORNO, *I soggetti del pluralismo: classi, partiti, sindacati*, Bologna, 1980; J.H. KAISER, *La rappresentanza degli interessi organizzati*, Milano, 1984, p.407 e ss. e soprattutto gli scritti di R.A. DAHL tra cui *I dilemmi della democrazia pluralistica*, Milano, 1996

¹²⁸⁷Sulla differenza tra i concetti generali di rappresentanza e rappresentatività, v. soprattutto M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1970 rispettivamente p. 245 – 267 sulla rappresentatività e p. 279 sulla differenza tra i due concetti; F. LANCHESTER, *La rappresentanza in campo politico e la sue trasformazioni*, Milano, 2006; J. H. KAISER, *La rappresentanza degli interessi organizzati*, 1993; H. HOFMANN, *Rappresentanza – Rappresentazione*, Milano, 2003

¹²⁸⁸C. MORTATI, *Le forme di governo: lezioni*, Padova, 1973

¹²⁸⁹ A. FALZEA, *Complessità giuridica*, in *Enc. dir., Annali*, 2009, p.201 e ss.

¹²⁹⁰ M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, Napoli, 2007, p. 709 e ss.; S. CHIARLONI, *Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, Milano, 1989, p. 126 e ss.; M. BIN, *Il precedente giudiziario: valore e interpretazione*, Padova, 1995, p.71 e ss.; A. ANZON, *Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi*, Milano, 1995, p.23 e ss.

¹²⁹¹Su tale teoria tra i molti, C. BONVECCHIO, *Decisionismo, La teoria politica di Carl Schmitt*, 1984, p.147 e ss. Una analisi accurata della democrazia rappresentativa in P. RIDOLA, *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, Torino, 2010, p. 1 e ss.

¹²⁹²La democrazia deliberativa (per un approfondimento v. A. FLORIDIA, *La democrazia deliberativa: teorie, processi e sistemi*, Roma, 2013) deriva da una concezione tendenzialmente filosofica della democrazia e si basa sul carattere deliberativo dei processi decisionali. Tale metodo democratico si fonda, dunque, sulla discussione tra tutti i soggetti coinvolti, messi in condizioni di reale parità e interessati dall'oggetto della deliberazione ed esclude il conteggio dei voti e il principio della maggioranza. Tra i più autorevoli teorici del concetto di democrazia deliberativa, il filosofo tedesco Jürgen Habermas ritiene che la deliberazione pubblica sia tesa alla ricerca del modo più opportuno di fornire risposta alle questioni pubbliche, attraverso un confronto ampio tra le parti per raggiungere la conclusione di un accordo (J. HABERMAS, *Riflessioni sul concetto di partecipazione politica e altri saggi*, Torino, 1980). V. anche L. CATALDI, *Premesse e limiti della democrazia deliberativa: un'alternativa alla democrazia del voto?*, in *Laboratorio di Politica Comparata e di Filosofia Politica*, Centro Einaudi, Torino, 2008, p. 5 e ss.

¹²⁹³ H. HOFFMAN, *Rappresentanza – Rappresentazione*, Milano, 2003; M. FRACANZANI, *Il problema della rappresentanza nella dottrina dello Stato*, Padova, 2000, p.5 e ss.; E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto costituzionale all'inizio del ventunesimo secolo. Problemi e prospettive*, in A. D'ATENA (a cura di), *Studi in onore di P.F. Grossi*, Milano, 2012, p. 1275.

c) Una democrazia partecipativa¹²⁹⁴, giocata sul ruolo assunto dai cittadini nel costruire insieme la decisione politica e quella amministrativa.

d) Una democrazia associativa, che elabora progetti e comunica attraverso canali di vario tipo sia con la politica, sia mediante i procedimenti amministrativi. E' da notare che, spesso, le singole istituzioni associative tendono a trasformarsi in vere e proprie lobby, cercando di influenzare più o meno lecitamente le scelte politiche ed amministrative il che

¹²⁹⁴L'espressione democrazia partecipativa non è una novità degli ultimi anni nel nostro ordinamento bensì appare rintracciabile nel dibattito costituyente e nella letteratura scientifica di coloro che per primi hanno commentato la Costituzione (P.L. ZAMPETTI, *L'art. 3 della Costituzione e il nuovo assetto di democrazia partecipativa*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea costituente, II – Le libertà civili e politiche*, Firenze, 1969, p. 250). Invero, è stato osservato che <<le sorti della partecipazione e della democrazia (non a caso affiancate nell'espressione democrazia partecipativa) sono visceralmente legate fra di loro, tanto che non v'è definizione dell'una che non sia intrisa di riferimenti all'altra>> (A. VALASTRO, *La democrazia partecipativa alla prova dei territori: il ruolo delle amministrazioni locali nell'epoca delle fragilità*, in A. VALASTRO (a cura di) *Le regole locali della democrazia partecipativa. Tendenze e prospettive dei regolamenti comunali*, Napoli, 2016, p. 7), che sottolinea come, proprio il legame tra partecipazione e democrazia, spiegherebbe l'enfasi posta dall'Assemblea costituente sui principi di sovranità, solidarietà e partecipazione <<come emerge dalla lettura dei lavori preparatori, quei principi dovevano costituire l'anima della nascente "democrazia sociale">>, quale forma di Stato volta a consentire l'esercizio permanente e sostanziale della sovranità ed a <<promuovere una più intima socialità fra i suoi componenti>> (C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1975, p. 143). Pertanto il riferimento dei doveri di solidarietà di cui all'articolo 2 della Costituzione e del principio di partecipazione di cui all'articolo 3 ai medesimi ambiti (politico, economico e sociale), secondo la dottrina, sarebbe espressione del volere del Costituente di considerare il principio di solidarietà quale fonte di <<integrazione della persona nella vita dello Stato e della Comunità sociale>> (G.M. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967, p. 51 ss.).

La base teorica primaria che si può rintracciare a fondamento della partecipazione e della democrazia partecipativa affonda le radici nel generale rapporto tra società e istituzioni (Sullo sviluppo del concetto di democrazia partecipativa L. BOBBIO, *Dilemmi della democrazia partecipativa*, cit., p. 11 e ss.). Per questo motivo sembra assistersi negli ordinamenti ad un incremento della propensione alla regolamentazione formale, da parte degli enti pubblici, dei processi partecipativi (S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, p.13 ss.) e meno recentemente A. PIZZORUSSO, *Democrazia partecipativa e democrazia parlamentare in AA.VV., Studi in onore di A. Amorth*, vol. II, Milano, 1982. Nella democrazia partecipativa gli attori sono tutti i cittadini, in quanto individui, anche se gli stessi possono essere sorretti da associazioni e organizzazioni collettive di cui possono far parte. Nella democrazia partecipativa è centrale il concetto di cittadinanza e di capacità inclusiva (V. ANTONELLI, *Cittadini si diventa: la formazione alla democrazia partecipativa*, in G.C. DE MARTIN – D. BOLOGNINO (a cura di), *Democrazia partecipativa e nuove prospettive della cittadinanza*, Padova, 2010, p. 91 ss.) ossia la legittimazione alla partecipazione è legata alla circostanza del possesso dei saperi utili alla decisione che deriva da uno stretto collegamento con il territorio. L'accesso dei cittadini nella democrazia partecipativa deve poter avvenire in ogni fase della decisione pubblica e quindi non soltanto in quelle preliminari o terminali, ossia deve durare per tutto il procedimento (M. BOMBARDELLI, *Democrazia partecipativa e assetto policentrico dell'organizzazione amministrativa*, in G. ARENA – F. CORTESE (a cura di), *Per governare insieme: il federalismo come metodo*, Padova, 2011). Infatti la seconda caratteristica fondamentale della democrazia partecipativa è la necessità di strutturare gli istituti partecipativi all'interno dei processi decisionali, proprio perché sono le norme di carattere procedurale ed organizzativo che consentono la partecipazione ai processi decisionali (U. ALLEGRETTI, *Procedura, procedimento, processo. Un'ottica di democrazia partecipativa*, in *Dir. amm.*, 2007, p. 779 ss. ed in generale ID. voce *Democrazia partecipativa*, in *Enc. dir., Annali*, vol. IV, 2011, p. 295 ss.). La necessità di interventi positivi da parte delle istituzioni volte ad assicurarne le condizioni materiali sembra collocare la sfera della partecipazione ai processi decisionali nella sfera dei diritti sociali piuttosto che in quella tradizionale dei diritti politici (D. BIFULCO, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli, 2003, p. 10 ss. e 140 ss.; M. PICCHI, *Il diritto di partecipazione*, Milano, 2012).

obiettivamente riporta indietro l'orologio del tempo rinnovando forme di democrazia corporativa tuttora presenti in Italia¹²⁹⁵.

Peraltro alcuni studiosi tendono a codificare questo tipo come un vero modello di rapporti generali tra Stato e società civile destinato a sostituirsi a quelli della separazione e della integrazione politica, soprattutto a causa dell'influenza del principio di sussidiarietà orizzontale¹²⁹⁶.

e) Una democrazia diretta: è quella esercitabile senza la mediazione politica mediante l'uso assembleare, le votazioni universali (oggi anche on line) ed i referendum propositivi. Il punto più interessante di tale tipo consiste nel fatto che i rappresentanti della *universitas* dei *cives* hanno solo funzioni decisionali – attuative, non deliberative dell'indirizzo politico: ne sono un esempio le forme di proprietà collettiva dell'arco alpino (Magnifiche Comunità, Regole ASUC) e gli usi civici del Centro meridione con le Università agrarie¹²⁹⁷.

f) Una democrazia di prossimità: è la declinazione più importante per il saggio. Essa si distingue dalle altre forme pur condividendo i medesimi presupposti della democrazia partecipativa ma spostandola a livelli di microfenomeno (comunità locali) e specialmente di quelle che vivono in aree di degrado urbano e comunque di scarsa sostenibilità ambientale¹²⁹⁸.

Infatti, proprio l'idea della rigenerazione urbana e del riuso di spazi e beni cittadini¹²⁹⁹ attraverso varie forme di collaborazione, tra cui i c.d. patti di rigenerazione urbana, sembra confermare il fondamento dei presupposti teorici cui si è accennato.

Se compete comunque all'autorità politica – sia a livello centrale che locale – definire e prescrivere cosa si intenda con le locuzioni “beni comuni”, oppure “rigenerazione urbana”, non ci possiamo nascondere il fatto che, anche in questo caso, fattispecie di costituzione materiale, anche dal basso, (come i numerosi regolamenti comunali sulla rigenerazione e patti di collaborazione dimostrano), precedono quasi sempre la produzione di fonti formali del diritto (vedi ad esempio la proposta di legge Rodotà sull'individuazione e classificazione

¹²⁹⁵ Cfr. tra gli altri, D. BROCCHI, *Democrazia corporativa*, 1963; A.M. LA GRUA, *La democrazia corporativa*, Cefalù, 1976

¹²⁹⁶ Per tutti L. BACCARO, *Stato e società civile: verso un modello di democrazia associativa?*, in *Stato e mercato*, 3/2004, p. 384 e ss.

¹²⁹⁷ V. CERULLI IRELLI, *Beni pubblici e diritti collettivi*, Padova, 1983; G. CERVATI, *Aspetti della legislazione vigente circa usi civici e terre di uso civico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1967, p.121 e ss.; A. PALERMO, *Usi civici*, in *Nov. dig. it.*, XX, Torino, 1982, p.209 e ss.; U. PETRONIO, *Usi civici*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, p.930 e ss.; M.A. LORIZIO, *Usi civici*, in *Enc. giur.*, Roma, 1994, p. 1 e ss.; L. DE LUCIA, *Usi civici*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XV, Torino, 1999, p. 584 e ss.; L. FULCINITI, *I beni di uso civico*, II ed., Padova, 2000, p. 226 e ss.; F. MARINELLI, *Gli usi civici fra tradizione e riforme*, in *Studium iuris*, 2002, p. 886 e ss.; Id., *Gli usi civici*, Milano, 2003; G. DI GENIO, *Tutela e rilevanza costituzionale dei diritti di uso civico*, Torino, 2012

¹²⁹⁸ P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité*, Paris, 2008, p.195 e ss. In Italia tra i contributi più interessanti V. PEPE, *La democrazia di prossimità nella comparazione giuridica*, Napoli, 2015, *passim*
¹²⁹⁹ F. DI LASCIO – F. GIGLIONI (a cura di), *La rigenerazione di beni e spazi urbani*, Bologna, 2017 ed *ivi* bibliografia citata; R. D'ONOFRIO – M. TALIA (a cura di), *La rigenerazione urbana alla prova*, Milano, 2015

dei c.d. beni comuni), con tutte le incertezze giuridiche che siffatta regolamentazione dal basso comporta¹³⁰⁰.

Spetta, in secondo luogo, ai cittadini singoli o associati partecipare all'elaborazione del patto di gestione comune, ben al di là della partecipazione – contraddittorio di cui al capo III della legge 7 agosto 1990, n.241¹³⁰¹ ed alle associazioni (anche di quartiere) attuare i patti di collaborazione in adempimento dei loro obblighi¹³⁰².

1.2. Inquadramento dei patti di collaborazione tra il principio di sussidiarietà orizzontale ed il principio di solidarietà

¹³⁰⁰ Il tema dei beni comuni ha una estensione ed una ricchezza di dibattito talmente articolato che solo la mera indicazione della bibliografia occuperebbe ben più dello spazio del saggio. Si rinvia pertanto al recente studio di G.F. FIDONE, *Proprietà pubblica e beni comuni*, Napoli, 2017, *passim*

¹³⁰¹F. FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo, (dal processo al procedimento con pluralità di parti)*, Napoli, 1996; G. GHETTI, *Il contraddittorio amministrativo*, Padova, 1971, p. 171 e ss.; A. CERRI, *Difesa e contraddittorio nel procedimento amministrativo*, in *Giur. cost.*, 1971, p. 2731 e ss.; M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 59 e ss.; L.P. COMOGLIO (*Principio del*) I, *Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1997, p. 2 e ss.; A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino, 2016, p.5 e ss.

¹³⁰²Questo tipo di fattispecie consente di superare i limiti della democrazia associativa che comunque – come si è scritto nel testo – ne rappresenta il presupposto storico e sociologico. Infatti le forme di democrazia associativa funzionano attraverso canali di comunicazione metagiuridici (lobbies), anche perché manca tuttora una regolamentazione nazionale sulle loro modalità; ed in parte attraverso procedimenti amministrativi di “consultazione” che normalmente non si inquadrano nelle forme di partecipazione individuale di cui al capo III della legge n. 241 del 1990, ma piuttosto si modellano su quelle settoriali indicate genericamente dall'articolo 13 della medesima legge per la formazione di piani, programmi ed atti amministrativi generali. Nella rigenerazione urbana, come meglio si vedrà infra nel testo, il progetto parte direttamente dalle associazioni di base, spesso di quartiere, e si impone agli organi politici locali i quali si limitano a recepirli delegando alle medesime associazioni la loro attuazione. Ne consegue che, nella c.d. democrazia di prossimità, vi sono sostanzialmente forme di autogestione dei beni da rigenerare e/o degli spazi urbani da recuperare tratto che avvicina ai fondamenti della democrazia diretta ed in particolare alle esperienze delle proprietà collettive e degli usi civici. Molto diverso e più articolato è il rapporto di questi istituti con la democrazia partecipativa. Se, infatti, come anticipato, non risulta immaginabile una definizione univoca di democrazia partecipativa nei diversi ordinamenti giuridici, è comunque possibile affermare che il concetto di democrazia partecipativa - ormai entrato a far parte dei principali sistemi democratici – ha quale comune denominatore la compartecipazione tra le istituzioni e la c.d. società civile per il governo della *res publica* (La democrazia partecipativa è stata anche inquadrata come democrazia di prossimità da V. PEPE, *La democrazia di prossimità nella comparazione giuridica*, Napoli, 2015, p. 107 ss.). Più in particolare si tratta di un collegamento funzionale tra i cittadini e le istituzioni pubbliche basato, non già su una delega del potere da parte delle stesse istituzioni, bensì su processi di interazione nell'ambito di procedure pubbliche, siano esse amministrative o normative, finalizzate alla gestione ottimale del bene pubblico. Ove la democrazia partecipativa sia fortemente sviluppata e radicata, essa può assurgere a metodo di governo alternativo o integrativo rispetto a quello presente nello Stato interessato. Risulta dunque di tutta evidenza la differenziazione di tale fattispecie rispetto alla più nota istituzione della democrazia diretta - spesso confusa con il concetto della democrazia partecipata - caratterizzata invece dall'esercizio diretto da parte dei cittadini, senza forme di mediazione o rappresentanza parlamentare, della sovranità attraverso determinati strumenti. Nella democrazia diretta, infatti, la sovranità popolare consente ai cittadini la paritaria partecipazione ai processi decisionali pubblici in virtù di specifici strumenti quali, ad esempio, il referendum abrogativo o la proposta di legge di iniziativa popolare (Sulle concezioni di democrazia diretta, v. G. MORBIDELLI G. – L. PEGORARO – A. RINELLA – M. VOLPI, *Diritto pubblico comparato*, Torino, 2016; B. APRILE -T. BENEDIKTER - R. BRAMBILLA – P. MICHELOTTO – D. RINCO – P. STRANO e altri, *Vivere meglio con più democrazia. Guida sulla democrazia diretta per cittadini attivi e consapevoli*, edizioni on-line, 2011; A. DI GIOVINE, *Democrazia diretta e sistema politico*, Padova 2001, p.30 e ss.)

Date queste premesse, il presente contributo, nella cornice dei regolamenti per la gestione e la condivisione dei beni comuni urbani adottati, a partire da quello del Comune di Bologna¹³⁰³, intende soffermarsi sui patti di collaborazione quale espressione del dialogo tra i cittadini attivi e la pubblica amministrazione, muovendo, in chiave costruttiva, dall'inquadramento nel rapporto costituzionale di sussidiarietà orizzontale, alla luce del combinato disposto degli articoli 117 sesto comma e 118 quarto comma della Costituzione¹³⁰⁴.

Infatti, nell'idea di "amministrazione condivisa" appare sullo sfondo il concetto di "solidarietà", che è proprio il principio supremo emergente dall'articolo 2 della Costituzione: esso non a caso è stato inserito dai padri costituenti subito dopo il principio della dignità del lavoro (articolo 1), massima forza, nel bene e nel male, di partecipazione del cittadino alla Repubblica ed allo Stato¹³⁰⁵. Il principio di sussidiarietà orizzontale infatti ridisegna i rapporti complessivi tra Stato e società civile. Esso è stato essenzialmente declinato in un modo più restrittivo ed in un modo più ampliativo. Sotto il primo profilo per lungo tempo (ed attraverso un'interpretazione puramente letterale e formalistica dell'articolo 118 comma 4 Cost.) esso è stato limitato alle c.d. "attività di interesse generale", non comprendendosi tra le medesime, ancorché implicitamente, le attività economiche destinate a generare profitto.

Ancora una volta per mutare di contenuto è stato decisivo l'influsso delle politiche pubbliche della Comunità, ora Unione Europea, soprattutto attraverso le privatizzazioni, le liberalizzazioni di attività economiche ed il partenariato pubblico-privato.

Ciò ha consentito di declinare il concetto di sussidiarietà orizzontale in modo più ampio comprensivo delle attività economiche medesime ed ha dato luogo ad ulteriori provvedimenti dell'ordinamento giuridico i cui principi sono oggi codificati negli articoli 19 e 20 della legge n. 241 del 1990.

Nel caso degli accordi di rigenerazione urbana l'oggetto dell'intervento è un bene comune o, se si vuole, con una punta di ironia, un bene pubblico degradato e cioè abbandonato.

¹³⁰³ Sui regolamenti comunali si rinvia a F. DI LASCIO – F. GIGLIONI (a cura di), *La rigenerazione di beni e spazi urbani*, Bologna, 2017 ed in particolare al contributo di F. GIGLIONI, *La rigenerazione dei beni urbani di fonte comunale in particolare confronto con la gestione del territorio*, *ivi*, p. 210-211

¹³⁰⁴ Sul notissimo principio di sussidiarietà orizzontale ci si limita ai riferimenti principali: A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 51 e ss.; G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 5 e ss.; C. MILLON DEL SOL, *Il principio di sussidiarietà*, Milano, 2003; I. MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà: profili storici e costituzionali*, Napoli, 2003; P. DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, 2004; G. PASTORI, *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, 2005, p. 1749 e ss.; G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 u.c. Costituzione*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, 2005, I, p. 179 e ss. Prima della riforma costituzionale del 2001 cfr.: A. D'ATENA, *Il principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, p. 603 e ss.; U. FRAGOLA, *Il principio di sussidiarietà nel diritto amministrativo italiano*, in *Riv. amm.*, 1999, p. 1121 e ss.; A. RINELLA, L. COEN., R. SCARCIGLIA, *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali della sussidiarietà orizzontale. Esperienze a confronto*, Padova, 1999. Per applicazioni di specie, M.V. FERRONI, *Principio di sussidiarietà e negoziazione urbanistica*, Torino, 2008, p. 91 e ss.; P. URBANI, *Urbanistica solidale*, Torino, 2011

¹³⁰⁵ Sul principio di solidarietà, D. D'ALESSANDRO, *Sussidiarietà, solidarietà e azione amministrativa*, Milano, 2004, p. 131 e ss.; M. C. BLAIS, *Storia di un'idea*, Milano, 2012

Ciò dimostra che, in questa fattispecie, non è possibile evocare solo il principio di sussidiarietà orizzontale rispetto al potere politico-amministrativo. Più precisamente, come dimostra l'esperienza dei beni pubblici immateriali (tra cui, ai nostri fini, principalmente il concetto giuridico di territorio), la comunanza del bene presuppone, da un lato il rovesciamento del concetto romanistico di appartenenza; e dall'altro, appunto, i due postulati che derivano da tale presupposto, cioè la solidarietà nella gestione del bene tra pubblico e privato; la partecipazione del cittadino singolo o associato alla formazione della decisione su come gestire il bene stesso¹³⁰⁶.

Mettendo al centro il concetto di solidarietà, è possibile evitare (almeno per i progetti di riuso urbano di microscala), eventuali infrazioni comunitarie e/o nazionali sia al codice dei contratti pubblici, sia ai principi che regolano le concessioni di beni pubblici.

In primo luogo, nella gestione dei beni comuni, si riproduce la scissione tra rapporto di esponenzialità (articolo 3 del d.lgs. n. 267 del 2000) e rapporto di rappresentanza politica, codificati, entrambi, non solo dalla legge ma anche dalla giurisprudenza. E' noto che, a partire dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale, si è enucleato il principio di esponenzialità degli enti territoriali che rappresentano politicamente le collettività locali, principio appunto codificato nella legge n. 142 del 1990 e poi nelle c.d. riforme Bassanini. In pratica ciò significa che l'ente locale è esponente referenziale di tutti gli interessi della collettività relativa, anche in materie nelle quali non ha competenza politica o amministrativa.

In secondo luogo il titolare sostanziale del bene comune è la collettività locale che si riappropria del bene o dello spazio degradati, mentre il Comune è solo titolare del rapporto di rappresentanza politico-amministrativa.

Si potrebbe anche sostenere che la vicenda presenti tratti simili con quella della sdemanializzazione di beni pubblici, ma vi sono differenze sostanziali perché, da un lato il bene pubblico dismesso se è suscettibile di valorizzazione economica viene alienato; dall'altro se non è suscettibile viene abbandonato al degrado del tempo ma non può essere utilizzato nemmeno dalla collettività se non marginalmente (ad esempio trasformando in percorsi ciclabili tratti più o meno ampi di vecchi tracciati stradali). Infine anche nella approvazione dei regolamenti comunali sulla rigenerazione urbana, emessi da parte dei Consigli Comunali, vi è esercizio della sola imputazione formale del potere di rappresentanza rispetto ai cittadini; e non anche quello di esponenzialità, come avviene per molti altri casi nei quali, come si è detto, ai sensi del d.lgs. n. 267 del 2000, il Comune non ha competenze (esempio azioni stragiudiziali e giudiziali a difesa dell'ambiente e del territorio contro il pesante impatto di progetti di opere pubbliche).

In conclusione si riproduce la vicenda delle proprietà collettive, che appartengono alla *universitas*, e di cui gli organi o enti sono meri rappresentanti.

2. La natura giuridica dei patti di collaborazione

¹³⁰⁶V. per tutti P. GROSSI, "Un altro modo di possedere". *L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, 2017

Date queste premesse, si deve ora analizzare il ruolo da assegnare rispettivamente – da un lato agli articoli 117 comma 6 e 118 comma 4 della Costituzione; - dall'altro all'articolo 2 della Costituzione. Per quanto riguarda i primi, recente dottrina ha richiamato appropriatamente la possibilità di efficacia giuridica direttamente precettiva e non solo programmatica di molte norme della Costituzione¹³⁰⁷, secondo la nota distinzione a suo tempo introdotta dal Crisafulli¹³⁰⁸. Ciò consente quindi di superare l'obiezione secondo cui a questi istituti farebbe difetto la riserva di legge. Si supera però in tal modo solo il profilo critico ma non si introduce quello costruttivo, dal momento che, poc'anzi, si sono accennati i limiti dello stesso principio di sussidiarietà orizzontale. E' vero che, limitando alla declinazione riduttiva di attività di interesse generale il concetto, è possibile ipotizzare un ampio spettro di fattispecie in cui i cittadini si sostituiscono in attività un tempo esercitate dai pubblici poteri nel campo dei servizi pubblici e dei servizi sociali sia alla persona che alla comunità. Tuttavia, pure in tale caso, non si esce dal classico fenomeno della sostituzione del privato singolo o associato alle funzioni o servizi pubblici¹³⁰⁹.

Ma, anche qualora si volesse utilizzare il linguaggio comunitario di partecipazione del privato all'esercizio dei pubblici poteri, nell'ordinamento italiano essa determina la c.d. "preposizione dei privati" all'esercizio di attività amministrative per cui i medesimi, quanto meno dal punto di vista del controllo giurisdizionale, sono soggetti alla giurisdizione amministrativa (articolo 7 comma 2 c.p.a.). Non si può quindi che assegnare un peso preponderante al secondo principio programmatico fondamentale, cioè la solidarietà, contenuto nell'articolo 2 della Costituzione.

Infatti tale principio include la sussidiarietà nella solidarietà; mentre gli articoli 117 e 118 della Costituzione, ne legittimano solo l'applicazione diretta attraverso le funzioni ivi attribuite agli enti locali di regolazione e di amministrazione diretta, ancorché condivisa. Inoltre, ad avviso di chi scrive, mentre l'approvazione consiliare del regolamento è un'imputazione di rappresentanza politica, il patto di collaborazione si avvicina idealmente più alla fattispecie dell'articolo 15 che a quella dell'articolo 11 della legge 7 agosto 1990 n. 241 e s.m.i.¹³¹⁰.

¹³⁰⁷F. GIGLIONI, *La rigenerazione dei beni urbani di fonte comunale in particolare confronto con la gestione del territorio*, in F. DI LASCIO – F. GIGLIONI (a cura di), *La rigenerazione di beni e spazi urbani*, Bologna, 2017, p. 216- 217: <<I regolamenti citati costituiscono così una chiara espressione di predisposizione di strumenti finalizzati al raggiungimento di politiche di collaborazione per la rigenerazione di spazi e beni urbani, attraverso cui, in parte, si realizzano i doveri di solidarietà e, in parte, il principio di eguaglianza, come espressi dagli articoli 2 e 3 della Costituzione. In questi termini il principio di legalità si considera ugualmente rispettato pur attraverso un collegamento diretto che l'amministrazione locale pone con la Costituzione, senza il filtro della legge formale>>.

¹³⁰⁸V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952

¹³⁰⁹V. già G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, Soc. ed. librerie, 1920 e da ultimo A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005, *passim*

¹³¹⁰In particolare sulle differenze tra gli accordi di cui all'articolo 15 e gli accordi di cui all'articolo 11 già G. SANVITI, *Convenzioni e intese nel diritto pubblico*, Milano, 1978; e soprattutto G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, 1984. Le varie fattispecie di accordi sono puntualmente descritte da E.M. MARENGHI, *Le tipologie dell'amministrazione per accordi*, Salerno, 1996. Più recentemente G. GRECO, *Accordi amministrativi fra provvedimento e contratto*, Torino, 2003; e con specifico riferimento al diritto europeo N. BASSI, *Gli accordi tra*

Come sostenuto dalla dottrina, infatti, è molto rara la fattispecie del patto di collaborazione concludibile con un'unica persona fisica o giuridica: ma in ogni caso, entrambe le parti agiscono per la tutela di un interesse generale comune (il bene o il riuso dello spazio), che, precede e connota la partecipazione procedimentale¹³¹¹. L'idea o progetto di riuso si pone come presupposto della legittimità del procedimento formale¹³¹².

Più in particolare, a differenza della nota partecipazione negoziale propria della sussidiarietà orizzontale¹³¹³, nella quale l'interesse pubblico si forma nel procedimento stesso, attraverso la logica del sinallagma e del consenso (cioè in altri termini, della partecipazione egoistica del privato alle scelte della p.a.), nei patti di rigenerazione urbana vi è un interesse generale ad un obiettivo solidale.

Ne risulta, dal punto di vista dell'analisi strettamente giuridico-formale, che la figura dell'accordo di cui all'articolo 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241 deve rimanere solo sullo sfondo: cioè agli effetti della corretta interpretazione della fattispecie e dell'eventuale riparto di giurisdizione. Ossia nei rari se non ipotetici casi in cui possa sorgere un conflitto tra le parti del patto di collaborazione sulle modalità di applicazione, ovvero venga addirittura presentata un'impugnazione presso un tribunale amministrativo da parte di un terzo.

È peraltro da segnalare che, una parte della dottrina, sostiene la tesi, che si è sopra ricordata, della sussumibilità nell'articolo 11 della legge 7 agosto 1990 n. 241¹³¹⁴. Oppure inquadra i patti in fattispecie tipicamente civilistiche¹³¹⁵.

soggetti pubblici nel diritto europeo, Milano, 2004. Da ultimo, sotto il profilo dello studio della discrezionalità, F. CANGELLI, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Milano, 2004

¹³¹¹F. GIGLIONI, *La rigenerazione dei beni urbani di fonte comunale in particolare confronto con la gestione.....cit.*, p.221 <<l'oggetto del patto consiste nel perseguimento di interessi pubblici e nella fruizione collettiva degli spazi e dei beni interessati. La destinazione funzionale dei beni oggetto della rigenerazione è causa essenziale del patto che non è nella disponibilità delle parti, se non nella primordiale fase iniziale in cui si concretizza la co-determinazione dell'azione condivisa>> e <<d'altra parte si può rilevare come il patto di collaborazione costituisca la conclusione di un ordinario procedimento amministrativo, disciplinato dai regolamenti comunali, in nulla differente dagli altri se non per la peculiare caratteristica di essere un procedimento preordinato sin dall'inizio alla collaborazione>>.

¹³¹²A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996; G. BARONE, *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1969; G. BERGONZINI, *L'attività del privato nel procedimento amministrativo*, Padova, 1975; M. RENNA, *Obblighi procedimentali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. amm.* 2005, 3, p.557

¹³¹³ Sul tema della sussidiarietà orizzontale si rinvia alla precedente nota 22

¹³¹⁴ L. MUZI, *L'amministrazione condivisa dei beni comuni urbani: il ruolo dei privati nell'ottica del principio di sussidiarietà orizzontale*, in F. DI LASCIO – F. GIGLIONI (a cura di) *La rigenerazione di beni e spazi urbani*, cit., p. 131, la quale si domanda, in relazione alla disciplina cui sono sottoposti i patti di collaborazione <<se siamo di fronte ad un'amministrazione che contratta dispiegando i propri poteri di autonomia privata o se piuttosto assistiamo all'esercizio di poteri amministrativi che danno vita ad una figura giuridica nuova, diversa ovviamente dal provvedimento, e la cui disciplina sia in qualche modo avvicinabile all'accordo di diritto pubblico introdotto nel nostro ordinamento dall'art. 11 della l. n. 241/1990>> tuttavia riconoscendo (p.133) che <<in questa fattispecie sussiste una preminenza dell'interesse generale da cui discende perciò, a catena, il permanere di un regime che presenta caratteri, almeno in parte pubblicistici>> ; v. anche F. GIGLIONI, op. ult. cit., p.221-222.

¹³¹⁵ R. TUCCILLO, *Rigenerazione dei beni attraverso i patti di collaborazione tra amministrazione e cittadinanza attiva: situazioni giuridiche soggettive e forme di responsabilità*, in F. DI LASCIO – F. GIGLIONI (a cura di) *La rigenerazione di beni e spazi urbani*, cit., p. 95 il quale se solleva <<dubbi sulla sua sussumibilità nell'ambito del *genus* degli accordi disciplinati dall'art. 11 della l. n.241 del 1990 e sul loro carattere privatistico o pubblicistico>>

Sembra di poter segnalare, invece, che questo problema è abbastanza analogo a quello postosi più di venti anni or sono per l'analisi giuridica degli istituti della programmazione negoziata¹³¹⁶ (legge 27 novembre 1996, n. 602).

Senonché, in quella figura era comunque prevalente la funzione di sviluppo economico collettivo propria dell'articolo 41 comma 3 della Costituzione e tutti gli istituti a cascata dalla medesima previsti avevano una rigida connotazione pubblicistica e addirittura, per alcuni, come l'intesa istituzionale, di rilevanza costituzionale. Invece il patto di collaborazione è pura espressione di una logica di solidarietà, e di una visione del bene comune finalizzata alla cura dell'interesse collettivo, che trascende la stessa funzione dell'interesse pubblico locale al riuso del territorio (quindi di un semplice interesse pubblico di natura urbanistica ed eventualmente edilizia)¹³¹⁷; ovvero a quella della gestione di determinati servizi sociali alla comunità e/o alla persona.

Proprio questa singolarità delimita la legalità sostanziale dei patti di collaborazione che, altrimenti, tracimerebbero da un lato nella disciplina normativa del recupero urbano, ovvero in quella dei servizi di interesse generale non economico di cui il patto di collaborazione rappresenterebbe un aggiramento se non addirittura un'elusione¹³¹⁸.

Ne consegue anche che l'iscrizione dei patti di rigenerazione nell'accordo tra privati ex articolo 1321 ss. c.c. non è idonea a sorreggere tale impostazione. Infatti quest'ultima si regge sul concetto tradizionale del rapporto giuridico nel quale le parti determinano liberamente, ma nei limiti della legge, l'autoregolazione dei propri interessi economici.

Rimane ovvio che le situazioni dei terzi, eventualmente incise dai patti di collaborazione, non dovranno essere compromesse (ma questo è un problema di cui si deve fare carico la parte pubblica del patto attraverso azioni tradizionali o innovative, quali espropriazioni, perequazioni, compensazioni ecc.).

In conclusione, si ritiene che gli obblighi ed obbligazioni previsti dal patto debbano essere adempiute più su un piano etico e sociologico, che non su quello giuridico e sanzionatorio.

3. *Le zone grigie ed i percorsi critici.*

afferma poi che <<Il secondo piano attiene alla natura, civilistica o pubblicistica, degli accordi ex art. 11 della l. n. 241 del 1990>> ritenendo che (p.96) <<Il patto di collaborazione sembra quindi determinare la costituzione di un'obbligazione a carico del privato, il quale, pur essendo libero di scegliere se assumere l'obbligo di rigenerazione, ne è vincolato dal momento della stipulazione>>.

¹³¹⁶A. CONTIERI – P. D'ANGIOLILLO, *Accordi amministrativi e programmazione negoziata nella prospettiva del potere discrezionale*, Napoli, 2009; e specificatamente sui patti territoriali S.G. SELVAROLO, *I patti territoriali nella programmazione negoziata*, Bari, 2003

¹³¹⁷Si allude alla esperienza di recupero dei nuclei abusivi di cui all'articolo 27 e ss. della legge 5 agosto 1978 n. 457 sul recupero dell'edilizia residenziale pubblica e successivamente alle disposizioni in materia della legge sul condono edilizio (legge 28 febbraio 1985, n.47). Come ha dimostrato l'esperienza pratica, la gestione di quanto astrattamente previsto dalla legge è passata interamente per il circuito politico locale, il quale ha assegnato discrezionalmente ad associazioni politicamente contigue il recupero delle aree finanziandone totalmente la spesa e spesso senza alcuna pubblicità o procedura comparativa

¹³¹⁸Sui servizi di interesse generale non economico: E. SCOTTI, *Servizi pubblici locali*, in *D. disc. pubbl., Aggiornamento*, Milano, 2012, p. 636-638; G. F. CARTEI, *Il servizio universale*, Milano, 2002, *passim*; Sull'accesso al mercato, F. GIGLIONI, *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale. Una prospettiva per riconsiderare liberalizzazione e servizi pubblici*, Milano, 2008

La relativa novità dell'istituto degli accordi di collaborazione e le peculiarità degli stessi presupposti filosofici e teorici sui quali tale istituto (come tanti altri) si fonda (e cioè la c.d. democrazia di prossimità) impongono notevole cautela nel distinguere le ipotesi nelle quali ci troviamo di fronte ad una possibile applicazione corretta ed addirittura esclusiva dell'istituto; e le fattispecie in cui la sua applicazione sarebbe impropria o addirittura illegittima. Occorre quindi utilizzare due metodi di analisi, l'uno proveniente dal diritto e l'altro dalle scienze imprenditoriali per verificare l'attuale problematica: essi sono rispettivamente le zone grigie ed i percorsi critici.

Quanto alle prime occorre affermare che la mancanza di una regolazione a livello legislativo nazionale (regolazione che, a suo tempo poté risolvere positivamente analoghi problemi sorti con le prime sperimentazioni della programmazione negoziata, anteriormente alla sua codificazione con la legge finanziaria del 1996 n. 662¹³¹⁹), comporta appunto il formarsi di zone grigie, nelle quali i patti di collaborazione potrebbero incontrarsi, sovrapporsi o addirittura scontrarsi con il terreno comunitario delle concessioni ed appalti di opere e servizi pubblici¹³²⁰; e comunque anche con la disciplina nazionale o locale della concessione di beni ed utilità pubbliche¹³²¹.

Quanto al secondo criterio, la nozione di percorso critico deriva piuttosto dall'aziendalistica ed indica le difficoltà che le imprese possono incontrare nell'adempiere obbligazioni particolarmente complesse sia nell'ambito della realizzazione di opere che per la fornitura di beni o servizi. In effetti, mentre non si pongono particolari problemi giuridici quando il promotore del patto sia un'associazione di quartiere, una fondazione o semplicemente un gruppo di cittadini particolarmente disponibili ed interessati alla riqualificazione delle aree nelle quali vivono, è particolarmente complessa la fattispecie in cui il sottoscrittore del patto di collaborazione sia un'impresa o un gruppo di imprese. Se la regola generale è chiara (tali attività collaborative sono consentite solo se l'impresa non riceva vantaggi economici diretti o indiretti dall'operazione), non altrettanto pacifica ne è l'applicazione pratica. Come dimostrano infatti le grandi operazioni di sponsorizzazione (restauro del Colosseo, della fontana di Piazza di Spagna e di Piazza Farnese) anche esse oggettivamente sono dirette a curare un particolare tipo di bene comune che è il bene culturale¹³²². Diversa però è la finalità indirettamente speculativa dell'operazione che è,

¹³¹⁹ A. CONTIERI, *La programmazione negoziata. La consensualità per lo sviluppo. I principi*, Napoli, 2000, p.9 e ss.; G.M. ESPOSITO, *Amministrazione per accordi e programmazione negoziata*, Napoli, 1999. Sulla tipologia dell'amministrazione per accordi: E.M. MARENGHI, *Le tipologie dell'amministrazione per accordi*, Salerno, 1996. In particolare sulla programmazione negoziata, p. 53 e ss.

¹³²⁰ Sul difficile rapporto tra il regime delle concessioni ed appalti pubblici, da ultimo E. PICOZZA, *Le concessioni amministrative tra diritto europeo e ordinamento nazionale* in P. CHIRULLI (a cura di) *Concorrenza, regolazione e tutela dei diritti nel trasporto ferroviario*, Napoli, 2016, p. 303 e ss.

¹³²¹ B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Torino, 2008, p.203 e ss.; R. CAVALLO PERIN, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Torino 1998; E. SCOTTI, *Il pubblico servizio tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, 2003, p.137 e ss.; E. PICOZZA, *Le concessioni nel diritto dell'Unione Europea. Profili e prospettive*, in G. BOTINO, A. BOTTO, M. CAFAGNO, G. FIDONE (a cura di), *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013

¹³²² C. VERDE, *Il contratto di sponsorizzazione*, in *Quaderni della rassegna di diritto civile*, diretta da P. PERLINGIERI, Napoli, 1989

essenzialmente, da un lato quella pubblicitaria, dall'altro probabilmente di mantenere buoni rapporti con la classe politica statale o locale. E' quindi necessario che il potere locale (quello attualmente maggiormente interessato a sviluppare questi patti) accerti preventivamente la natura giuridica dell'operazione che si vuole porre in essere.

Un secondo tipo di percorso critico riguarda la potenziale incidenza del diritto europeo direttamente o indirettamente collegato alla materia dei contratti pubblici. Infatti non si può dare per risolta, a priori, la conformità di questa fattispecie alle regole sovranazionali, stabilendo semplicemente che, in caso di concorrenza, il patto verrà assegnato mediante una procedura di selezione trasparente ed imparziale basata sulla qualità del progetto assegnatario. Questa è indubbiamente una regola di buona amministrazione ma il suo fondamento postula la soluzione di un problema giuridico a priori: se in quel progetto la finalità si possa realizzare attraverso le regole del mercato e della concorrenza oppure se l'obiettivo di riqualificazione del bene comune sia direttamente relazionato al recupero della dignità della qualità della vita e quindi faccia premio sulla concorrenza stessa. Un esempio pratico può chiarire la differenza, salvo quanto si dirà infra sulla natura più profonda dei patti di collaborazione.

Per molto tempo nella legislazione nazionale (v. da ultimo d.P.R. n. 380 del 2001) non si erano sollevati problemi sulla circostanza e prassi consistente nella realizzazione diretta, a cura del concessionario, delle opere di urbanizzazione primaria (ed in qualche caso anche di talune opere di urbanizzazione secondaria) a scomputo del c.d. contributo di urbanizzazione. Non vi è dubbio che tale disposizione coniugava due interessi di cui uno privato ed uno pubblico (il primo consistente nella possibilità di risparmio rispetto alla dazione monetaria; il secondo l'interesse pubblico all'ordinato sviluppo urbano in quelle aree). Eppure, anche in tale caso, attraverso una notissima sentenza della Corte di Giustizia del 12 luglio 2001, causa n. 399/98 (caso Bicocca) si è stabilito che tale soluzione violava il superiore principio di concorrenza e di libertà alla partecipazione alla realizzazione di opere pubbliche. La vicenda quindi è stata definitivamente chiusa con il primo ed il secondo codice degli appalti pubblici che hanno privilegiato l'interesse alla concorrenza imponendo al titolare del permesso di costruire l'obbligo di gara entro soglie piuttosto basse.

Questo piccolo esempio pone dunque un grande problema che, come ha sottolineato la dottrina più recente¹³²³, riguarda l'intero rapporto tra regime dei beni comuni e regole del mercato.

Non vi è dubbio, ad avviso di chi scrive, che, per legittimare il crescente fenomeno dei patti di collaborazione anche di fronte al diritto europeo, bisogna dimostrarne la diversa natura giuridica e la diversa funzione.

3.1. La differenza di regime tra i patti di collaborazione, la negoziazione di tipo urbanistico, le altre fattispecie descritte nel codice dei contratti pubblici

¹³²³ G. F. FIDONE, *Proprietà pubblica e beni comuni*, Pisa, 2017, p. 164 e ss.

A tal fine occorre interrogarsi sulla differenza concettuale di regime tra i patti di collaborazione e la negoziazione di tipo urbanistico¹³²⁴; nonché stabilire il campo di applicazione dei patti, rispetto alle altre fattispecie descritte dal nuovo codice dei contratti pubblici quali gli interventi di cui all'articolo 189 del d.lgs. n. 50 del 2016 (qualificati di sussidiarietà orizzontale), il baratto¹³²⁵ e anche una più ampia applicazione ed interpretazione del concetto del partenariato pubblico – pubblico¹³²⁶.

Il primo problema sembra di più facile soluzione, nel senso che è abbastanza agevole distinguere, nel settore proprio degli interventi di recupero urbanistico– edilizio, tra negoziazione urbanistica, compresa la c.d. urbanistica solidale, ed i patti di collaborazione. Infatti nella c.d. negoziazione sociale non vi è un elemento di interesse collettivo costituente la finalità che guida l'intera operazione: esso può costituire eventualmente un risultato ma non un effetto giuridico tipico¹³²⁷.

Viceversa, con riguardo al secondo problema, come è stato affermato¹³²⁸: “l'armonia tra il codice dei contratti pubblici ed i regolamenti per i beni comuni urbani è davvero complicata: infatti è chiaro che, laddove si verifichi una piena sovrapposizione tra le diverse norme, i Comuni dovrebbero privilegiare l'applicazione delle disposizioni legislative”. A tale chiara impostazione mi permetto di aggiungere che, quando i problemi sono di derivazione

¹³²⁴M.V. FERRONI, *Principio di sussidiarietà e negoziazione urbanistica*, Torino, 2008, p. 158 e ss.; P. URBANI, *Urbanistica solidale*, Torino, 2011.

¹³²⁵F. GIGLIONI, *La rigenerazione dei beni urbani di fonte comunale in particolare confronto con la gestione del territorio...cit.*, p. 224 il quale richiama gli articoli 189 (Interventi di sussidiarietà orizzontale) e 190 (Baratto amministrativo) del d.lgs. n. 50 del 2016 e s.m.i. che sono stati qualificati nel parere del Consiglio di Stato n. 855 del 2016 come espressione di partenariato sociale osservando che (p. 225) <<L'armonia tra il codice dei contratti pubblici e i regolamenti per i beni comuni urbani è davvero complicata: infatti è chiaro che, laddove si verifichi una piena sovrapposizione tra le diverse norme, i comuni dovrebbero privilegiare l'applicazione delle disposizioni legislative. Tuttavia, questa conclusione è contraddetta proprio dalla scelta del legislatore di inserire quelle disposizioni nel codice dei contratti pubblici e, in particolare, all'interno della parte IV, titolo I, dedicata ai partenariati pubblico privati>>. V. anche G. PIPERATA, *Rigenerare i beni e gli spazi della città: attori, regole e azioni*, in G. PIPERATA – E. FONTANARI (a cura di) *Agenda RE-CYCLE. Proposte per reinventare la città*, Bologna, 2017, p. 29 il quale ritiene che <<un esempio significativo del riconoscimento giuridico delle pratiche di re-cycle è rappresentato dal recente art. 190 del nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50)>>.

¹³²⁶ Sul partenariato pubblico-pubblico: C.P. SANTACROCE, *Osservazioni sul partenariato pubblico pubblico tra elaborazioni ed applicazioni giurisprudenziali del modello e nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*, in www.pausania.it; ed in precedenza G.M. CARUSO, *La collaborazione contrattuale fra pubbliche amministrazioni. Unità e frammentazione della sfera pubblica fra logica del mercato e obiettivi di contenimento della spesa* in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, Anno XXV – Fasc. 3-4, 2015, p. 775 e ss.; M. MAZZAMUTO, *Sul partenariato “pubblico-pubblico”*, in *Rass. giur. della sanità*, 2014, pp. 48-52; A. BARTOLINI, *Accordi organizzativi e diritto europeo: la cooperazione pubblico – pubblico (CPP) e la disciplina degli appalti*, in *Urb. e appalti*, 2013, p. 1260 e ss.

¹³²⁷ Sull'amministrazione di risultato, M. GIOIOSA, *Amministrazione di risultato e tutela giurisdizionale*, Napoli, 2012; M. RENNA, *L'efficacia e l'esecuzione dei provvedimenti amministrativi tra garanzie procedurali ed esigenze di risultato*, in *Dir. amm.*, 2007, pp. 825-849 e in L.R. PERFETTI (a cura di), *Le riforme della l. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, 2008 pp. 337-351; L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, p. 1 e ss.; M. IMMORDINO - A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati. Atti del Convegno di Palermo 27 – 28 febbraio 2003*, Torino, 2003; M. R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003.

¹³²⁸F. GIGLIONI, *La rigenerazione dei beni urbani di fonte comunale in particolare confronto con la gestione del territorio...cit.*, p. 225

europea, vi è sempre il rischio di denunce per incompatibilità della disciplina nazionale con quella europea che, nei casi più gravi, sfociano in vere e proprie cause europee.

Si potrebbe ritenere che il problema sia risolvibile confinando i patti in un area microeconomica e/o microsociale, ma non si è certi che questa distinzione regga alla prova. Infatti non si può sottovalutare un problema sempre più grave per i pubblici poteri e cioè la mancanza di fondi da destinare agli investimenti in conseguenza delle rigide regole europee sull'equilibrio del bilancio pubblico che in Italia sono state recepite addirittura nella Costituzione e non solo nella norma fondamentale di finanza e contabilità pubblica (articolo 81) ma anche in quella altrettanto fondamentale riguardante la pubblica amministrazione (articolo 97 della Costituzione).

A ciò si aggiunga che la stessa esperienza dell'autofinanziamento di lavori ed opere pubbliche mediante la c.d. finanza di progetto, dopo un felice periodo di applicazione, è entrata in piena crisi.

Vi è poi un ulteriore problema, che incrocia i primi due: ed è quello della programmazione-progettazione globale urbanistica (ma anche architettonica) per il recupero delle città nel loro insieme e particolarmente dei centri storici¹³²⁹. Rilevo infatti che, qualora dovesse essere definitivamente approvata la legge sul consumo dei suoli, le operazioni comunque denominate di recupero e di riuso – sia dei terreni che degli immobili – diventerebbero il nucleo duro della contemporanea politica urbanistica: e dovrebbero seguire regole ben precise anche se i decisori non si dovessero più uniformare alla nota definizione categoriale delle tipologie di interventi, a suo tempo introdotta dall'articolo 31 della legge 5 agosto 1978, n. 457 e sostanzialmente ripetuta nel D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 sull'edilizia.

Vi è infatti un punto fermo: ed è quello dell'obbligo di osservare i dettami della pianificazione urbanistica stessa, che, secondo la felice intuizione di Giannini¹³³⁰, non produce solo un effetto vincolistico: ma anche un effetto di tipo conformativo dei beni e degli spazi comuni (come ormai codificato da numerosissime sentenze, anche molto recenti, della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato ai fini della determinazione dell'indennità di esproprio)¹³³¹.

4. Conclusioni: Potestà, situazioni giuridiche soggettive e forme di responsabilità nella rigenerazione dei beni urbani attraverso patti di collaborazione.

Le conclusioni necessariamente provvisorie che sono qui proposte riguardano ovviamente solo le fattispecie strettamente attinenti alla rigenerazione urbana.

¹³²⁹ M.V. LUMETTI, *Il centro storico tra bene culturale e paesaggistico*, in P. STELLA RICHTER (a cura di), *Governo del territorio e patrimonio culturale (Studi dal XIX Convegno nazionale Bari-Matera, 30 settembre – 1 ottobre 2016)*, Milano, p. 369 e ss.; ed *ivi* anche A. SIMONATI, *La disciplina regionale dei centri storici: convergenze e divergenze alla luce degli sviluppi recenti*, p. 251 e ss.

¹³³⁰ M.S. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Politica del diritto*, 1971, p. 443 e ss.

¹³³¹ Ciò è tanto vero che, sempre più di frequente, la Corte di Cassazione (recentemente seguita dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato) distingue caso per caso tra vincoli espropriativi e vincoli conformativi della proprietà privata con conseguenziale diversità di calcolo della eventuale indennità

Infatti per tutti gli altri metodi di incontro tra esercizio di poteri pubblici e pretese nascenti da interessi privati, valgono le collaudate forme, da un lato dei provvedimenti amministrativi generali (cioè pianificazioni e standard); dall'altro degli accordi ex articolo 11 della legge sul procedimento amministrativo ovvero dei contratti ad evidenza pubblica sia attivi che passivi. Solo residualmente viene ammesso l'esercizio della c.d. capacità di diritto privato, in senso stretto, di cui all'articolo 1 bis della legge 7 agosto 1990 n. 241 e s.m.i.

4.1. Una prima constatazione di carattere negativo ed escludente, completamente basata sull'ipotesi suggerita nei paragrafi precedenti è che non è possibile a mio avviso, inquadrare il rapporto giuridico dei patti di collaborazione nella classica dicotomia potere/interesse legittimo; oppure potere/diritto soggettivo.

Infatti il fondamentale che regge la fattispecie è quello della solidarietà applicato principalmente mediante la sussidiarietà orizzontale.

Una seconda conclusione: il patto di collaborazione è una fattispecie a formazione progressiva che non rientra nell'incontro di due volontà distinte quand'anche di tipo cooperativo. Non è quindi applicabile lo schema generale civilistico dell'accordo e del contratto di cui agli articoli 1321 e ss. c.c.

Si forma invece e progressivamente, un'unica volontà; nella quale la cittadinanza attiva, esponenziale del progetto, incontra l'approvazione dell'organo di rappresentanza politica locale. Alla osservazione secondo la quale la peculiarità della fattispecie consentirebbe di utilizzare la formula della c.d. capacità di diritto privato, ai sensi dell'articolo 1 bis della legge n. 241 del 1990, si deve obiettare che, nella fattispecie, si esercita una capacità giuridica sociale molto più vicina alle forme dell'autonomia collettiva che della autonomia privata nel senso stretto del termine.

In altri termini, gli elementi della partecipazione collettiva, non consentono la creazione di un sinallagma contrattuale; ma nemmeno dell'accordo di cui all'articolo 11 della legge n. 241 del 1990, del quale rimane, come si è già scritto nelle pagine precedenti, solo la forma, ma non la sostanza.

In effetti l'accordo è oggettivamente pubblico e quindi richiama alla memoria l'articolo 15 della legge 7 agosto 1990 n.241 e s.m.i.¹³³²

Ne consegue che non vi è spazio né per l'esercizio di un interesse legittimo, anche se di tipo collettivo o diffuso; né per l'esercizio delle facoltà proprie del diritto soggettivo inteso come diritto di credito ad una prestazione.

Vi è piuttosto da parte della cittadinanza attiva, l'esercizio di una potestà oggettivamente pubblica, quella di potersi riappropriare e gestire gli spazi di uso comune a fini generali e di

¹³³² Sul modello del coordinamento per accordi, F. CORTESE, *Il coordinamento amministrativo. Dinamiche e interpretazioni*, Milano, 2012, *passim* ed in particolare p. 156 – 157. Sul coordinamento ibrido e le sinergie pubbliche e private *ibidem*, pp. 83 – 97; Sui metodi di coordinamento: F. GIGLIONI, *Governare per differenza – Metodi europei di coordinamento*, Pisa, 2012; v. anche, F. MIGLIARESE TAMBURINO, *Il coordinamento nell'evoluzione dell'attività amministrativa*, Padova, 1979.

beni comuni, che il degrado aveva reso inservibili alla fruizione della medesima collettività territoriale locale¹³³³.

D'altra parte una conferma autorevole sembra derivare dall'analisi del pertinente contenzioso amministrativo che si gioca più sul rispetto dei diritti dei terzi che sulla difesa delle situazioni giuridiche soggettive delle parti collaboranti¹³³⁴.

4.2. Tale connotazione muta anche la configurazione dell'esercizio del potere da parte dell'organo di governo dell'ente locale: più precisamente esso risulta qualcosa di più e qualcosa di meno rispetto alla tradizionale discrezionalità amministrativa: non è un caso che il patto non venga siglato dal dirigente competente al settore, come per gli accordi, ma dalla stessa Giunta comunale, principale organo di Governo, indirizzo e controllo dell'ente locale¹³³⁵. La prova più evidente della tesi qui sostenuta è costituita dalla natura politica della decisione della Giunta, quale organo generale di rappresentanza politica della comunità¹³³⁶.

Un'ulteriore differenza con la discrezionalità amministrativa¹³³⁷ risiede nella circostanza che non vi è margine per la scelta tra un interesse pubblico primario ed interessi pubblici o privati secondari; e nemmeno, come viceversa avviene nei piani urbanistici di recupero, una selezione tra interessi pubblici concorrenti, ed addirittura tra loro potenzialmente confliggenti. E' piuttosto una discrezionalità non costitutiva ma di "riconoscimento" delle situazioni giuridiche soggettive in capo alla collettività proponente: riconoscimento quale entità idonea a custodire, riutilizzare e gestire il bene o spazio di uso comune. Probabilmente essa si avvicina a quella esercitata nei procedimenti amministrativi dichiarativi¹³³⁸, con la

¹³³³G. F. FIDONE, *Proprietà pubblica e beni comuni*, p. 225 e ss.

¹³³⁴ Cfr. T.A.R. Emilia Romagna, ordinanza n. 293 dell'11 settembre 2015 in www.giustiziamministrativa.it, con cui un comitato di cittadini residenti ha chiesto l'annullamento: << dell'ordinanza sindacale avente a oggetto la disciplina degli orari degli esercizi di somministrazione di alimenti e bevande, degli esercizi di vicinato alimentari e dei laboratori alimentari situati nella c.d. zona universitaria (P.G. n.168895/2015), laddove dispone che "Sono fatte salve deroghe al sistema degli orari stabiliti alla presente ordinanza contenute nei patti di collaborazione di cui all'art.5 del vigente Regolamento Comunale sulla collaborazione tra cittadini e amministrazione per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani"; della deliberazione della Giunta comunale n.138 del 18.06.2015 (P:G: n.185658/2015) approvazione dello schema di patto di collaborazione per il superamento dei limiti agli orari di apertura previsti dall'ordinanza sindacale P.G. n.168895/2015 per i pubblici esercizi di somministrazione di alimenti e bevande situati nella c.d. zona universitaria; del Patto per la promozione "Zona Universitaria e Bene Comune del 19.06.2015 stipulato tra comune di Bologna Soha s.r.l., titolare del pubblico esercizio di somministrazione di alimenti e bevande denominato "Kaffeina Kaffe">> in relazione al quale il T.A.R. Emilia Romagna ha disposto: <<Rilevato, ad un primo esame in sede cautelare che non sussiste la probabilità di un esito favorevole della causa poiché il ricorso è diretto a contestare, nel merito, le scelte attinenti alle valutazioni discrezionali proprie dell'amministrazione, poste in essere per conciliare gli opposti interessi alla "vivibilità" della zona oggetto della regolamentazione e all'esercizio delle attività economiche ivi situate>>. Tale ordinanza è stata riformata dal Consiglio di Stato che ha dichiarato l'illegittimità dei patti di collaborazione.

¹³³⁵ Costituisce un'eccezione il Comune dell'Aquila, che, all'articolo 9, prevede l'approvazione dei singoli patti di collaborazione dal Consiglio Comunale. Peraltro, in alcuni Comuni, il coinvolgimento della Giunta è limitato all'ipotesi del cambio di destinazione d'uso (Bari, Bologna, Civitavecchia, Reggio Calabria, Siena e Trento) mentre in altri Comuni è disposto senza specificare l'ipotesi della destinazione d'uso.

¹³³⁶ Sulla differenza tra livello politico e livello giuridico delle deliberazioni amministrative v.: G. AMATO, *Rapporto tra norme primarie e secondarie: aspetti problematici*, Milano, 1962; E. CHELLI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, 1961, *passim*; ID. *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, 1967; G. CUGURRA, *L'attività di alta amministrazione*, Padova, 1973.

¹³³⁷ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale*, 1939, p.9 e ss.

¹³³⁸ Sugli atti dichiarativi, M.S. GIANNINI, *I procedimenti dichiarativi*, in *Diritto amministrativo*, Milano, 1971, vol. II, p. 551 e ss.; P. GOTTI, *Gli atti amministrativi dichiarativi. Aspetti sostanziali e profili di tutela*, Milano, 1996,

differenza che la certezza legale non viene creata direttamente dall'amministrazione ma è l'esito di una complessa fase di proposizione e condivisione di determinati obiettivi collettivi.

In altri termini, la pubblica amministrazione non interviene nella fase di produzione della fattispecie, ma solo nella fase di imputazione – riconoscimento attraverso l'esercizio della tipica potestà di rappresentanza politica a livello locale.

Riassuntivamente si deve in primo luogo rigorosamente accertare il “degrado” del bene o spazio comune, quale presupposto della legalità dell'intero intervento solidaristico collettivo.

4.3. Questo originale modo di rapportarsi tra amministrazione e cittadinanza attiva, pone anche delicatissimi problemi sul piano delle forme e regimi di responsabilità.

L'impostazione di una parte della dottrina di netta matrice privatistica¹³³⁹ si attaglia benissimo ad altre forme di rigenerazione e riuso più tradizionali: quali il recupero urbano e dei centri storici, sia attraverso piani particolareggiati di iniziativa privata ed altre forme di negoziazione urbanistica, sia infine attraverso altre tipologie di accordi pubblico/privato, ovvero di concessioni e contratti ad evidenza pubblica.

Ne consegue che l'eventuale fallimento del patto di collaborazione, comporta prima di tutto una responsabilità comune di natura eminentemente sociale; in disparte ovviamente rimanendo, l'eventuale responsabilità amministrativo – contabile che andrebbe in tal caso egualmente imputata sia ai soggetti proponenti che alla pubblica amministrazione approvante, secondo lo schema di responsabilità di connotazione pubblicistica e non privatistica ben noto alla Corte dei Conti e recentemente riaffermato nel codice di giustizia contabile¹³⁴⁰.

Un ulteriore conseguenza del rifiuto dell'impostazione privatistica è che lo schema dell'articolo 2043 c.c. verrebbe invocato fuori luogo in questa fattispecie; come pure la responsabilità contrattuale da inadempimento delle obbligazioni ex articolo 1218 c.c.

Ci troviamo qui in un territorio di frontiera aperto verso il futuro, ma anche esposto alla tentazione di ricadere nel passato.

In questa fattispecie, come accade per altri strumenti del diritto dell'economia, il ruolo della regola giuridica è strumentale alla effettiva collaborazione e non ha una propria autonomia. Si deve adempiere ad un compito, non ad un obbligo, cioè ad un dovere di solidarietà: non vi è una sanzione, né una premialità; ma piuttosto l'obiettivo di rivitalizzare la dimensione sociale dell'essere umano attraverso la solidarietà.

passim; F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa*, Padova, 2000, p.291 e ss.; A. FIORITTO, *La funzione di certezza pubblica*, Padova, 2003, p.93 e ss.; F. FRACCHIA – M. OCCHIENA (a cura di), *I sistemi di certificazione fra qualità e certezza*, Milano 2006, p.27 e ss.; A. BENEDETTI, *Certezza pubblica e certezze private. Poteri pubblici e certificazioni di mercato*, Milano, 2010.

¹³³⁹R. TUCCILLO, *Rigenerazione dei beni attraverso i patti di collaborazione tra amministrazione e cittadinanza attiva: situazioni giuridiche soggettive e forme di responsabilità*. cit., pp. 89 – 115.

¹³⁴⁰ Codice di giustizia contabile D. Lgs. 26 agosto 2016, n. 174 sul quale M. CLARICH – F. LUISO, A. TRAVI, *Prime osservazioni sul recente codice del processo avanti alla Corte dei Conti* in *Dir. proc. amm.*, 2016, n. 4, p. 1271 e ss.; R. PEPE, *Il diritto di difesa tra vecchio e nuovo processo contabile*, Padova, 2017.

Solo il futuro ci potrà confermare o smentire l'attuabilità pratica di questa esperienza. D'altra parte il problema dei patti di collaborazione non è che una delle tante evenienze che il ventunesimo secolo propone di fronte a logorati meccanismi di incontro tradizionale tra cittadinanza – società e politica.

Ne consegue che, qualora l'interesse egoistico della componente sociale, ovvero di quella politica, dovessero prendere il sopravvento, probabilmente i patti di collaborazione verrebbero riassorbiti nelle figure tradizionali; ed addirittura gli stessi regolamenti comunali potrebbero essere dichiarati illegittimi, perché privi di una copertura a livello di fonti del diritto primarie.

LA TUTELA DEL DIRITTO AD UN AMBIENTE SALUBRE TRA ATTIVITÀ PRESTAZIONALE DELL'AMMINISTRAZIONE E VINCOLI DI BILANCIO*

di Domenico Siclari*

SOMMARIO: 1. Prologo - 2. Cenni sul diritto ad un ambiente salubre - 3. Il diritto ad un ambiente salubre alla luce dell'attività prestazionale dell'amministrazione - 4. Prospettiva de iure condendo per la tutela del diritto alla salubrità ambientale

1. Prologo

Nel diritto pubblico positivo la tematica del rapporto tra attività prestazionale dell'amministrazione e vincoli di bilancio si è posta con pregnante incisività in relazione al tema dell'effettività della tutela dei diritti, specie ove si tratti di diritti fondamentali. L'allusione va, in particolare, alla categoria dei diritti “sociali”, intesi come pretese il cui soddisfacimento esige un intervento, da parte del soggetto pubblico, finanziariamente condizionato: un coacervo di posizioni tra le quali è possibile ascrivere quelle che si legano con la *finitezza delle risorse naturali* (¹³⁴¹) – e ovviamente con la risultanza delle attività antropiche su di esse – tra le quali è possibile contemplare il diritto all'ambiente ed alla sua salubrità.

A riprova di ciò, se i diritti finanziariamente condizionati hanno sin dagli albori ingenerato problemi di sostenibilità complessiva, tale questione appare di gran lunga rilevante in tempi di crisi economica (¹³⁴²). Infatti, richiamando autorevoli riflessioni sul

* Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

* Professore associato di Diritto Amministrativo presso l'Università per stranieri “D. Alighieri” di Reggio Calabria

¹³⁴¹ Sul punto si veda ampiamente il volume di S. LATOUCHE, *Limite*, Torino 2012.

¹³⁴² In proposito, si veda C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali — Relazione al XXVIII Convegno Annuale dell'AIC*, in *Rivista AIC*, n. 4/2013, pp. 9 e ss. Ivi si rimarca come «La Corte, presumibilmente, intende disinnescare un inganno potenziale celato negli aggettivi inviolabile e fondamentale: è noto che tali termini alludono all'*originarietà, inalienabilità intrasmissibilità e indisponibilità* dei diritti costituzionali (...), qualità che potrebbero indurre a ritenere tali situazioni collocate in una *preferred position* in caso di conflitto con altri principi costituzionali, specie se questi ultimi siano desumibili dalla seconda parte della Carta. Le cose, però, non stanno così: l'*inviolabilità/fondamentalità* e la *bilanciabilità* dei diritti sono due facce della stessa moneta, sia quando il bilanciamento riguardi due o più tra di essi, sia quando la ponderazione coinvolga diritti e principi organizzativi, se questi sono anch'essi di rango costituzionale. Come esempio di pronuncia che riconosce nel valore dell'equilibrio finanziario desumibile dall'art. 81 Cost.» (p. 9).

versante della struttura dei diritti ⁽¹³⁴³⁾, ciò che è messo in discussione è il versante dinamico della posizione giuridica in commento, vale a dire la sua realizzazione – ovvero effettività – ⁽¹³⁴⁴⁾.

Dinanzi a siffatto rilievo, si profila utile rammentare come il compito di realizzare l'equo riparto delle risorse nel quadro della complessità degli interessi pubblici, spetti alla politica. Tuttavia, siffatto processo, ove proteso ad incidere su diritti fondamentali, deve necessariamente tenere in debita considerazione l'esistenza di un limite invalicabile proprio di questi, rinvenibile nel «rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati» ⁽¹³⁴⁵⁾, la cui emersione viene ad essere rimessa – in via tendenziale – alla fase di nomomachia ⁽¹³⁴⁶⁾.

Si suole cioè richiamare l'attenzione sulla necessità di un processo di selezione legislativa, nonché di agire amministrativo, rispettoso del nucleo costituzionale/assiologico di riferimento che, nel tentativo di rendere tali pretese effettivamente esigibili e giustiziabili, non sia invece foriero di spinte entropiche rispetto alle stesse.

Una prospettiva in cui il *Wesensgehalt*, vale a dire il *contenuto minimo essenziale* ⁽¹³⁴⁷⁾ dei diritti, in quanto tale non sarebbe suscettibile di compromissione alcuna. Dunque, un vero e proprio limite di resistenza al bilanciamento, tale da arginare altresì le esigenze di gestione dei costi e di pareggio di bilancio.

¹³⁴³ Sul punto si veda ampiamente R. NICOLÒ, *Istituzioni di diritto privato*, Milano 1962, pp. 73 e ss.

¹³⁴⁴ Un concetto quello di realizzazione che indica «un momento interno alla struttura del diritto soggettivo, che attiene al suo naturale processo dinamico e si risolve nell'attuazione (satisfattiva) di quell'interesse in ragione del quale è stata concessa la tutela giuridica» R. NICOLÒ, *Istituzioni di diritto privato* ... op. cit., p. 74.

¹³⁴⁵ Corte cost. sentenza n. 80 del 2010 e più recente si veda la n. 275 del 2016. Sul punto si vedano i contributi di: E. FURNO, *Pareggio di bilancio e diritti sociali: la ridefinizione dei confini nella recente giurisprudenza costituzionale in tema di diritto all'istruzione dei disabili*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 1/2017; F. GAMBARDELLA, *Diritto all'istruzione dei disabili e vincoli di bilancio nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 1/2017.

¹³⁴⁶ A ciò si aggiunga come un ulteriore frangente, che si schiude agli occhi dell'interprete, attiene alla prassi amministrativa di settore che, sovente nel nostro ordinamento, tende alla deresponsabilizzazione ovvero all'inerzia degli apparati coinvolti, con un fisiologico spostamento alla fase contenziosa del ruolo di consentire l'effettività delle pretese coinvolte. Non a caso la Consulta nel caso Ilva richiama in modo espresso l'autonomia e la responsabilità dell'amministrazione per consentire un reale equilibrio istituzionale. V. ONIDA, *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente. Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 85 del 2013*, in *Rivista AIC*, n. 3/2013. In proposito, non è concepibile una sostituzione ad opera del giudice rispetto al decisore politico ovvero all'amministrazione. «I giudici sviluppano, integrano, correggono le potenzialità di un sistema, ne assicurano una maggiore coerenza in sede di tutela dei diritti, ma sarebbe irresponsabile – oltre che, per certi versi, talvolta pericoloso per la loro stessa legittimazione – richiedere alla loro giurisprudenza quella organicità che solo un progetto politico, insieme: costituzionale (... *a monte*) e legislativo (... *a valle*), è chiamato ad assicurare. Né si può rimproverare loro di guardare l'universo normativo da una piccola "lente" quale è il fatto all'origine del giudizio, intriso di casualità e frammentarietà, legato soprattutto al presente (oltre che al passato)» A. RAUTI, *La "giustizia sociale" presa sul serio. Prime riflessioni*, in www.forumcostituzionale.it, 2011, p. 5.

¹³⁴⁷ Cfr. *ex multis*, D. MESSINEO, *La garanzia del "contenuto essenziale" dei diritti fondamentali. Dalla tutela della dignità umana ai livelli essenziali delle prestazioni*, Torino 2012; R. BIN, *Diritti e fraintendimenti: il nodo della rappresentanza*, in AA.VV., *Scritti in onore di G. Berti*, Napoli 2005, pp. 345 e ss.; I. MASSA PINTO, *Contenuto minimo essenziale dei diritti costituzionali e concezione espansiva della Costituzione*, in *Dir. pubbl.*, n. 3/2001; O. CHESSA, *La misura minima essenziale dei diritti sociali: problemi e implicazioni di un difficile bilanciamento*, in *Giur. cost.*, 1998, pp. 1170 e ss.

Tali esigenze, infatti, costituiscono una chiave di lettura ontologica da utilizzare in sede di declinazione dei fenomeni alla luce dei limiti stringenti in termini di sostenibilità economica, anche grazie agli apporti della riforma della legge cost. n. 1 del 2012. Limiti che, se per un verso paiono aver attenuato quel trionfalismo di stampo ideologico alla superfetazione dei diritti⁽¹³⁴⁸⁾, per altro assurgono quale strumento di razionalizzazione sistemica, evitando la possibile enfasi in termini di effettività delle pretese⁽¹³⁴⁹⁾.

Siffatte considerazioni di ordine generale debbono, in ossequio al tema in esame, essere declinate nel precipuo settore ambientale. Un settore in cui, richiamando Giannini, la necessità di tutela appare incentrata sulla consapevolezza che «mentre in precedenti periodi storici c'è stato un equilibrio tra il fatto creativo ed il fatto distruttivo dell'uomo, oppure, con altro ordine di concetti, l'uomo creatore ha prevalso sull'uomo distruttore, oggi questo equilibrio si è rotto e prevale l'elemento negativo: le forze distruttive sono maggiori delle forze costruttive»⁽¹³⁵⁰⁾.

A tal proposito, è nota la difficoltà ricostruttiva che sottende la riflessione sul bene ambiente, secondo gli schemi classici delle posizioni giuridiche. Non a caso ancora oggi la disciplina posta a presidio di detto interesse – di valenza superindividuale e strutturalmente riconducibile allo schema dei “beni comuni” – assume nella gran parte delle circostanze le vesti mediate rispetto ad altri (quali la proprietà o la salute), ottenendo tutela attraverso il ricorso a strumenti e categorie di stampo civilistico⁽¹³⁵¹⁾.

Tuttavia, in ossequio alla presente trattazione e pertanto alle conseguenze che il *vulnus* ambientale può comportare sul versante *uti singuli*, appare utile effettuare un'analisi volta a comprendere se dinanzi al peculiare *diritto ad un ambiente salubre* – sulla cui dimensione contenutistica si tenterà di dissertare nel proseguo – il vincolo di sostenibilità della spesa pubblica possa consentire di incidere sul nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati.

Tutto ciò, dinanzi alla previsione ad opera del legislatore di strumenti (quali la bonifica) posti a presidio di valori primari (quali la salute) che, a fronte della rilevanza quantitativa dei fenomeni inquinanti⁽¹³⁵²⁾ e della incidenza significativa sui bilanci pubblici⁽¹³⁵³⁾, fanno

¹³⁴⁸ Cfr. G. ZAGREBELSKI, *I Diritti per forza*, Torino 2017, p. IX.

¹³⁴⁹ «L'espansione illimitata dei diritti non può essere compatibile con una visione armonica e sistemica degli ordinamenti nei quali avviene il nuovo riconoscimento: a risorse invariate ogni nuovo diritto comportante prestazioni sociali implica la correlata compressione di quelle già esistenti» A. CAROSI, *Prestazioni sociali e vincoli di bilancio*, Relazione tenuta all'Incontro di studio trilaterale Italia–Spagna– Portogallo (7 ottobre 2016), p. 2. Una criticità che investe tutto il versante dei diritti finanziariamente condizionati. In proposito, si vedano L. GIANI, *I diritti sociali e la sfida della crisi economica. Equità ed uguaglianza nel diritto all'istruzione dei soggetti diversamente abili*, in *Studi in Onore di C. Rossano*, Napoli 2013, pp. 665 e ss.; M. IMMORDINO, *La salute degli immigrati tra “certezza” del diritto e “incertezza della sua effettività”*, in *Diritto degli immigrati e diritto dell'immigrazione*, (a cura di, M. IMMORDINO e C. CELONE), in *Nuove autonomie*, n. 2/2013, pp. 197 e ss.

¹³⁵⁰ M. S. GIANNINI, *Diritto dell'ambiente e del patrimonio naturale e culturale*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1971, p. 1125.

¹³⁵¹ W. GIULIETTI, *Danno ambientale e azione amministrativa*, Napoli 2012, pp. 40 e ss.

¹³⁵² Cfr. Dossier Legambiente, *Bonifiche dei siti inquinati: chimera o realtà?*, Roma 2014, p. 6.

¹³⁵³ *Ibidem*.

riecheggiate le esigenze di un'attenta programmazione degli interventi e di un bilanciamento ragionevole tra gli interessi in gioco.

2. Cenni sul diritto ad un ambiente salubre

Nel tentativo di dare seguito alla trattazione *de qua* appare opportuno, in via preliminare, chiarire quale sia la consistenza del *diritto ad un ambiente salubre* nello *ius positum*. Una questione che si profila tutt'altro che priva di criticità, così come dimostra la diversa configurazione che lo stesso assume nel sistema multilivello di tutela dei diritti fondamentali, nonché nel dialogo tra le Corti. Un'indagine volta a determinare se, attraverso gli apporti scaturenti dalla pluralità di livelli di tutela, possa emergere una tendenza ampliativa rispetto al nucleo sostanziale dei diritti inevitabilmente colpiti dall'*austerità*.

Un primo versante di riflessione viene offerto dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo che, nel tentativo di consentire la tutela di posizioni giuridiche incise dal degrado ambientale, tali da arrecare un *vulnus* alla salute dei singoli, ha fatto ricorso ad un'interpretazione estensiva dell'art. 8 della Convenzione (1354).

Così, a partire dal più risalente caso *Lopez Ostra c. Spagna* (1355) sino a giungere al più recente caso *Di Sarno e a. c. Italia* (1356), in assenza di un referente normativo specifico nella Cedu e nei Protocolli addizionali, le fattispecie di pregiudizio sull'ambiente salubre sono stante ascritte dalla Corte tra le indebite interferenze sulla vita privata e familiare dei soggetti incisi.

In ragione di siffatta operazione ermeneutica la tutelabilità delle pretese in commento è stata rimessa alla sussistenza in concreto dei seguenti presupposti: le situazioni di degrado devono generare un *effetto diretto negativo* sulla vita privata e familiare dei ricorrenti e, al contempo, tale effetto deve essere corroborato da un livello di gravità che la Corte qualifica di *severe environmental pollution* (1357). Un parametro questo connotato dal ricorso ad un

¹³⁵⁴ Cfr. Corte Edu, *McGinley c. Regno Unito*, del 9 giugno 1998; Corte EDU, *Hatton c. Regno Unito*, dell'8 luglio 2003; Corte EDU, *Giacomelli e a. c. Italia*, del 2 novembre 2006; Corte EDU, *Tatar c. Romania*, del 6 luglio 2009. In letteratura si vedano *ex multis*: A. MASSERA, *Diritto amministrativo e ambiente. Materiali per uno studio introduttivo dei rapporti tra scienze istituzioni e diritto*, Napoli 2011, pp. 21 e ss.; E. RUOZZI, *La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, Napoli 2011.

¹³⁵⁵ Cfr. Corte Edu, *Lopez Ostra c. Spagna*, del 9 dicembre 1994. In proposito, in letteratura, si vedano *ex multis*: S. DESGAGNÉ, *Case Note Concerning the Decision of the European Court of Human Rights, 9 December 1994, 303 - ECHR (ser. A) Lopez Ostra v. Spain*, in *AJIL*, 1995, pp. 303 e ss.; P. SANDS, *Human Rights, Environment and the Lopez Ostra Case, Context and Consequences*, in *EHRLR*, 1996, pp. 597 e ss.

¹³⁵⁶ Cfr. Corte Edu, *di Sarno e a v. Italia*, del 10 gennaio 2012.

¹³⁵⁷ Sul punto cfr. C. PITEA, *L'interpretazione evolutiva del diritto al rispetto della vita privata e familiare in materia di libertà sessuale e di tutela dell'ambiente*, in AA. VV., *La tutela internazionale dei diritti umani: norme, garanzie, prassi*, Milano 2006, pp. 384 e ss. Nello scritto citato l'A. rimarca come «una delle critiche rivolte alla Corte dopo i primi casi ambientali consisteva nell'aver introdotto tale criterio senza avere specificato i parametri per la sua determinazione. Nel caso *Fadeyeva c. Russia* la Corte si è trovata di fronte a un disaccordo tra le parti circa l'entità e gli effetti del degrado ambientale e ha affrontato esplicitamente la questione della determinazione del livello minimo di effetto negativo che esso deve

concetto valvola, privo di elementi di determinatezza e rimesso ad una valutazione casistica ad opera della Corte.

La scelta di ricorrere al parametro di cui all'art. 8 Cedu (¹³⁵⁸), laddove intervenga avuto riguardo alla sussistenza di un nesso causale tra l'ingerenza sull'ambiente e la conseguenziale lesione della salute dei singoli, resta pur sempre vincolata ad un parametro rappresentato dall'influenza negativa sulla vita privata e familiare (¹³⁵⁹). Non a caso «la circostanza per cui non occorre dimostrare la lesione dell'integrità fisica dei ricorrenti se, da un lato, rende più ampie le maglie della tutela offerta dalla Corte europea ai casi di degrado ambientale, dall'altro lato rischia però di non aggiungere molto all'enucleazione del *proprium* di un diritto fondamentale a vivere in un ambiente salubre ma, anzi, (ove se ne ammetta l'esistenza) di svilirne la forza precettiva» (¹³⁶⁰). E ancor di più, nel solco della presente riflessione, appare opportuno richiamare i profili connessi con le legittime ingerenze ad opera delle autorità pubbliche, sanciti dal comma 2 dell'art. 8, che consentirebbero di escludere la condanna dello Stato (¹³⁶¹).

Ciò che emerge è, dunque, una maggiore attenzione della Corte ed ai profili procedurali o comunque formali ad opera degli Stati nel processo di bilanciamento dei valori coinvolti, piuttosto che al carattere sostanziale del diritto ad un ambiente salubre (¹³⁶²).

raggiungere per potersi qualificare come interferenza nei diritti *ex art. 8*. (...) La Corte ha innanzitutto chiarito che la nozione di *severe environmental pollution* è relativa, da valutarsi caso per caso. I parametri di valutazione indicati dalla Corte sono l'intensità e la durata dell'intrusione e i suoi effetti, fisici e psicologici, considerati nel contesto ambientale più generale. In ogni caso, non vi può essere una interferenza nell'art. 8 quando il degrado lamentato sia irrilevante se comparato ai rischi ambientali insiti nella vita urbana moderna».

¹³⁵⁸ Cfr. Corte Edu, *Oneryıldız c. Austria*, del 30 novembre 2004.

¹³⁵⁹ Cfr. Corte Edu, *Fadeyeva c. Russia*, del 9 giugno 2005.

¹³⁶⁰ C. FELIZIANI, *Il diritto fondamentale all'ambiente salubre nella recente giurisprudenza della corte di giustizia e della corte edu in materia di rifiuti. Analisi di due approcci differenti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2012, 6, p. 999.

¹³⁶¹ In proposito, richiamando quanto riportato in C. FELIZIANI, *Il diritto fondamentale all'ambiente salubre ... op. cit.*, n. 69, è stato rilevato come «nei casi ambientali, implicanti un'intrusione nelle scelte di politica sociale e valutazioni di natura tecnica, la Corte si era orientata per un ampio margine di apprezzamento (...) tale posizione della Corte era stata criticata, perché si riteneva che essa lasciasse troppa discrezionalità agli Stati, a scapito della tutela dei diritti individuali. Inoltre, si invocava la *specialità* delle questioni ambientali al fine di ottenere un scrutinio più rigido da parte della Corte. Tali critiche sembrano essere state parzialmente accolte. Infatti, pur rigettando la necessità di un approccio speciale in materia ambientale, la Grande Camera della Corte, nel caso *Hatton*, ha omesso l'aggettivo *ampio*, riconoscendo allo Stato *un certo margine di apprezzamento* nella valutazione degli interessi concorrenti. La disputa, apparentemente terminologica, nasconde in realtà una ben più importante questione: si tratta infatti di determinare l'incisività del controllo della Corte rispetto a scelte nazionali che operano un bilanciamento di interessi sociali e, quindi, il ruolo della Corte stessa *vis-à-vis* le politiche ambientali dei diversi Stati del Consiglio d'Europa». Sul punto si veda, M. DE SALVIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli 2001, pp. 43 e ss.

¹³⁶² Cfr. Y. ARAI-TAKASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, 2002, p. 80. «Emblematico, peraltro, è anche il fatto che sovente l'attenzione della Corte si concentri in modo particolare sul rispetto dei diritti procedurali legati all'ambiente. È quanto accaduto, ad esempio, nel caso *Guerra e altri c. Italia* (cit.) dove i giudici hanno condannato lo Stato convenuto perché le autorità nazionali avevano omesso di fornire ai residenti le dovute informazioni con riferimento ai rischi connessi alle esalazioni pericolose provenienti da alcune industrie chimiche. Nonché nei casi *Taskin* e *Tatar* dove la Corte fa *expressis verbis* riferimento alla

Tale stato dell'arte ha dato luogo alla presenza di pronunce altalenanti che, in talune circostanze (si pensi alla pronuncia *Di Sarno e altri c. Italia*), non ritengono che la salute degli abitanti delle zone colpite dalla crisi dei rifiuti sia stata messa in pericolo dal degrado ambientale, mentre in altre (si veda il caso *Debetska e altri c. Ucraina*¹³⁶³) hanno portato la Corte a ritenere che, vivere in un'area caratterizzata da un elevato tasso di inquinamento, espone la salute dei ricorrenti ad un elevato rischio. Uno stato dell'arte che, dunque, palesa un *trend* riduzionista rispetto alla natura del diritto in commento.

Una situazione che non trova paritetica corrispondenza a livello europeo laddove, nonostante il proliferare di un atteggiamento restrittivo in materia economico-finanziaria, non solo nei “nuovi” Trattati⁽¹³⁶⁴⁾ viene positivizzata la tutela dei diritti fondamentali⁽¹³⁶⁵⁾ ma al contempo è dato rilevare un *favor* nella giurisprudenza comunitaria. Così la Corte di giustizia, già con i primi moniti riconducibili ai primi anni '90⁽¹³⁶⁶⁾ e ora consolidatisi (si pensi al caso *Commissione v. Italia*, C-297/08¹³⁶⁷), ha rimarcato la sussistenza di un nesso intercorrente tra la *mala gestio* dei rifiuti e la messa in pericolo della salute dei cittadini residenti nelle zone interessate da detto fenomeno.

Una lettura volta a raccordare il diritto all'ambiente salubre in chiave di sistema, altresì, con gli interventi di diritto derivato, tra cui è possibile ricondurre la direttiva 2006/12/CE. Un atto questo il cui alveo di operatività non era da considerarsi in termini limitati rispetto alla tutela dell'ambiente *stricto sensu* ma che si estendeva al diritto di ciascuno di vivere in condizioni di salubrità⁽¹³⁶⁸⁾.

Dunque, i giudici di Lussemburgo, ancorché in assenza di una previsione espressa del diritto in esame, hanno operato una ricostruzione atta a rinvenirne le basi tanto nell'art. 191 TFUE, che muove dalla esigenza funzionalistica dell'agire comunitario verso la protezione della salute umana; quanto nel diritto derivato che, nell'occuparsi di ambiente, rimarca l'esigenza di tutelare la salute⁽¹³⁶⁹⁾.

Si tratta di una regola di prevalenza che consente di accostare le risultanze dell'esperienza comunitaria a quelle di diritto interno. Nel nostro ordinamento, infatti, in assenza di un

Convenzione di Aarhus e stigmatizza la mancanza di informazione pubblica e di partecipazione con riguardo a questioni di carattere ambientale» C. FELIZIANI, *Il diritto fondamentale all'ambiente salubre ...* op. cit., n. 70.

¹³⁶³ Corte Edu, *Debetska e altri c. Ucraina*, del 10 febbraio 2011.

¹³⁶⁴ Oggi fissati in termini generali dall'art. 3, p. 3, TUE, così come novellato dal Trattato di Lisbona.

¹³⁶⁵ Sul ruolo della Carta di Nizza a seguito dell'avvento di Lisbona, ossia alla luce del novellato art. 6 TUE che riconosce alla Carta “lo stesso valore giuridico dei Trattati”, cfr. M. CARTABIA, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona: verso nuovi equilibri?*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 3/2010, pp. 221 e ss.; L. DANIELE, *La protezione dei diritti fondamentali nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona: un quadro d'insieme*, in *Dir. Un. eur.*, n. 3/2009, pp. 645 e ss.; C. FELIZIANI, *La tutela dei diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona. La Corte di giustizia prende atto della natura giuridica vincolante della Carta di Nizza*, in *www.rivistaaic.it*, n. 1/2011, pp. 1 e ss.

¹³⁶⁶ CGCE, *Commissione c. Germania*, C-361/88, del 30 maggio 1991.

¹³⁶⁷ CGUE, IV, *Commissione v. Italia*, C-297/08, del 4 marzo 2010.

¹³⁶⁸ Cfr. E. SCOTFORD, *Trash or Treasures: Policy tensions in EC Waste Regulation*, 2007, 3, JEL, p. 367.

¹³⁶⁹ A titolo meramente esemplificativo si vedano le direttive rifiuti: direttiva 2006/12/CE e direttiva 2008/98/CE.

referente normativo specifico, sin dagli anni '70, dottrina e giurisprudenza ⁽¹³⁷⁰⁾ hanno ricavato sia il diritto soggettivo della persona che l'interesse della collettività ad un ambiente salubre, tra gli altri dalla disposizione di cui all'art. 32 Cost. ⁽¹³⁷¹⁾.

La Corte di Cassazione specie con la sentenza n. 5172 del 1979, abbandonata la concezione "dominicale" dell'ambiente, assegna ad esso, in ossequio al combinato disposto degli artt. 2 e 32 Cost., un contenuto di socialità e di sicurezza, tale da determinare l'emersione di un vero e proprio diritto all'ambiente salubre, proprio della persona umana. Un *leading case* che consacra la tutela ambientale sulla base di rimedi di stampo privatistico, con l'azionabilità da parte di qualsiasi cittadino dell'art. 2043 c.c., e ammettendo la specificazione del diritto in termini di indisponibilità, irrinunciabilità, intrasmissibilità e imprescrittibilità.

Una configurazione in termini di autonomia che affiora, altresì, nella legislazione. Si pensi alla legge istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale (legge n. 833 del 1978) che, sulla scorta di una nozione di *diritto alla salute* comprensiva del *diritto ad un ambiente salubre*, ha indicato fra gli obiettivi del SSN la salvaguardia della salubrità e dell'igiene dell'ambiente di vita e di lavoro, degli alimenti e delle bevande, dei prodotti ed avanzi di origine animale per le implicazioni che attengono alla salute dell'uomo ⁽¹³⁷²⁾.

Una prospettiva che porterà la Consulta, con la sentenza n. 210 del 1987, a riconoscere la legittimità di norme statali dirette alla «salvaguardia dell'ambiente come diritto fondamentale della persona ed interesse fondamentale della collettività», in linea con l'affermazione di un danno ambientale concepito quale offesa al diritto che vanta ogni cittadino individualmente e collettivamente, espressione dei valori di cui agli artt. 9 e 32 Cost.

Nonostante la diversa configurabilità dell'interesse in oggetto, che può manifestarsi quale interesse diffuso e al contempo posizione giuridica soggettiva autonoma. Sotto quest'ultimo versante la pretesa può essere letta come il «diritto al risarcimento del danno alla salute arrecato da fenomeni di inquinamento cioè da fenomeni che incidono sulla salute fisica e psichica, quale effetto della violazione della integrità dell'ambiente (o diritto ad ottenere pronunce inibitorie alla continuazione di comportamenti inquinanti)» ⁽¹³⁷³⁾.

Da un punto di vista di interazione con il sistema costituzionale deve rilevarsi come la giurisprudenza della Corte costituzionale, a fronte della sentenza n. 641 del 1987, che sembrava averne adottato una lettura monolitica e perentoria, volta ad escludere qualsivoglia bilanciamento con altri valori anche di stampo costituzionale, pare aver

¹³⁷⁰ Cass., S.U., n. 5172 del 1979, per un commento si veda: S. Patti, *Diritto all'ambiente e tutela della persona*, in *Giur. it.* 1980, pp. 859 e ss.

¹³⁷¹ Sul nesso intercorrente tra tutela della salute e tutela dell'ambiente si vedano B. Caravita di Toritto, *Diritto dell'ambiente*, Bologna 2001; G.D. COMPORTI, *Tutela dell'ambiente e tutela della salute*, in *Riv. giur. amb.*, n. 2/1990, p. 196; M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Diritto e società*, 1980, pp. 769 e ss.

¹³⁷² Corte cost., n. 345 del 1995.

¹³⁷³ Corte cost., n. 402 del 2002.

attenuato siffatta impostazione nella casistica successiva. Ivi, infatti, si affranca un «indirizzo che vede nell'ambiente un valore di primario rilievo costituzionale, che si estrinseca in una situazione soggettiva, sia pure di multiforme applicazione» e connotata da complessità e multidimensionalità ⁽¹³⁷⁴⁾ anche all'indomani della riforma del Titolo V.

Quanto rilevato pone l'attenzione sulla caratteristica, propria del sistema multilivello di tutela dei diritti, che, nell'improntarsi attorno ad una visione dialogica tra le Carte e tra le Corti, consente «il perenne oscillare della tutela tra il polo della omogeneità e quello della differenziazione (...). Si va insomma delineando una pluralità di modelli policentrici di giustizia costituzionale (...) – che – può portare ad una tutela a geometria variabile dei diritti stessi, differenziati e graduati nei vari contesti in cui si fanno valere, ma che, allo stesso tempo, può portare (...) sana competizione al rialzo delle tutele stesse» ⁽¹³⁷⁵⁾.

Uno scenario in cui il diritto alla salubrità dell'ambiente trova un solco di riconoscimento più stringente nel diritto interno ed in quello europeo, così come si è avuto modo di evidenziare in precedenza. Al punto da spingere la giurisprudenza del g.a. a ritenere come «ove si tratti della realizzazione di un impianto astrattamente idoneo a incidere sulla salute degli abitanti di una porzione ampia di territorio, dedurre la semplice residenza sul posto è sufficiente a radicare la legittimazione, senza che ai ricorrenti si debba addossare “il gravoso onere della prova dell'effettività del danno subendo, prova che, non potendo prescindere dall'effettiva realizzazione dell'impianto, finirebbe per svuotare di significato il principio costituzionale del diritto di difesa predicato dall'articolo 24 della Costituzione, rendendolo possibile solo allorquando il diritto alla salute ovvero all'ambiente salubre fossero già definitivamente ed irrimediabilmente compromessi o esposti a pericolo» ⁽¹³⁷⁶⁾.

Tuttavia, detta risultanza lascia aperta la questione relativa all'esistenza del *Wesensgehalt* di siffatto diritto. In tal senso, noti sono gli approdi cui è giunta la Consulta nel caso ILVA, in cui la salubrità dell'ambiente entra in rotta di collisione con la tutela del lavoro. In questo frangente la Corte, con sentenza n. 85 del 2013, interviene sul versante del bilanciamento tra diritti tutelati dalla Costituzione, in particolare il diritto alla salute, da cui deriverebbe il diritto all'ambiente salubre, e diritto al lavoro, da cui deriva l'interesse costituzionalmente rilevante al mantenimento dei livelli occupazionali.

Il giudice delle leggi rileva, in proposito, che «Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri (...) Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona», il tutto sulla scorta

¹³⁷⁴ S. SCAGLIARINI, *Diritti sociali nuovi e diritti sociali in fieri nella giurisprudenza costituzionale*, Gruppo di Pisa, 2012, p. 35.

¹³⁷⁵ A. RUGGERI, *Il futuro dei diritti fondamentali: viaggio avventuroso nell'ignoto o ritorno al passato?*, in *www.federalismi.it*, 2013.

¹³⁷⁶ T.a.r. Lombardia, Brescia, sez. I, 11 marzo 2011, n. 398.

di un'attenta ponderazione rispetto ai criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non comportare un sacrificio del loro nucleo essenziale ⁽¹³⁷⁷⁾.

In siffatta prospettiva la tutela dell'ambiente si insinua nel bilanciamento con altri interessi di pari rango, quali ad esempio proprietà privata o libertà di impresa, rispetto ai quali detta tutela può assumere la connotazione di clausola generale di utilità e funzione sociale, rispettivamente nelle forme di cui agli artt. 41 e 42 Cost. Un caso emblematico può essere desunto già nella sentenza della Consulta n. 127 del 1990, nella quale l'interesse economico dell'impresa viene sottoposto al limite «assoluto e indefettibile rappresentato dalla tollerabilità – delle emissioni inquinanti – per la tutela della salute umana e dell'ambiente» ⁽¹³⁷⁸⁾.

Quanto sin qui emerso consente di ritenere come il nucleo intangibile del diritto, accanto alla determinazione del *Wesensgehalt* in sede di nomomachia, incalza altresì il parametro eteronomo rappresentato dai livelli essenziali delle prestazioni – la cui determinazione, con una nota di rammarico, è rimasta disattesa –, nonché l'attività di programmazione dell'amministrazione a mezzo della quale è possibile determinare una regola di prevalenza da utilizzare nel caso concreto, in relazione agli interessi coinvolti ⁽¹³⁷⁹⁾.

3. Il diritto ad un ambiente salubre alla luce dell'attività prestazionale dell'amministrazione

Considerata, dunque, la natura del diritto ad un ambiente salubre appare opportuno soffermare l'attenzione sull'attività prestazionale cui l'amministrazione può essere chiamata al fine di consentire l'effettiva tutela della suddetta posizione giuridica.

Una prima osservazione pare potersi effettuare già da un punto di vista preventivo, posto che la tutela di siffatta pretesa passa da un'efficace gestione del rischio antropico che, in

¹³⁷⁷ U. G. ZINGALES, *Cronache costituzionali 2013-2014*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 4, 2015, p. 1335. Sotto tale versante appare interessante considerare altresì gli effetti scaturenti in termini di governo del territorio e dei nessi con la semplificazione delle attività produttive, sul punto si veda ampiamente: E. PICOZZA, *Governo del territorio e semplificazione della disciplina delle attività produttive*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, (diretto da, P. DELL'ANNO E E. PICOZZA), Padova 2015, II, pp. 833 e ss.

¹³⁷⁸ Cfr. M. CECCHETTI, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milano 2000, pp. 211 e ss.

¹³⁷⁹ «I “livelli essenziali” (...) sono oggetto di una decisione politica, e non di un giudizio di legittimità: esprimono in forma normativa le prestazioni a carico degli apparati pubblici che devono essere garantite su tutto il territorio nazionale e quantificano le risorse finanziarie corrispondenti. Gli ingredienti sono forse gli stessi del giudizio sul contenuto essenziale (si tratta di prestazioni pubbliche che strumentano i diritti costituzionali, dei limiti al loro riconoscimento in relazione alle risorse disponibili, di esigenze di parità di trattamento), ma diversi sono il cuoco, la preparazione e la pietanza. I livelli essenziali sono fissati con atto di tipo *lato sensu* normativo, sono frutto di una contrattazione tra diversi livelli di governo (almeno così s'è fatto sinora), hanno lo scopo di fissare le prestazioni che devono essere assicurate all'intera collettività nazionale a fronte di un determinato ammontare di risorse finanziarie: “prestazioni e risorse si condizionano, dunque, a vicenda, perché la decisione sulle prestazioni da garantire e la decisione sulle risorse da allocare vengono prese contestualmente”» R. BIN, *Diritti e fraintendimenti ... op. cit.*

ossequio ai *principi di precauzione* e di *prevenzione* ⁽¹³⁸⁰⁾ in combinato con l'esigenza di certezza del diritto e finanche di legalità, comporta che tanto i soggetti pubblici quanto quelli privati si adoperino nel tentativo di evitare il prodursi di danni all'ambiente.

Non a caso, in siffatto *framework*, l'amministrazione è chiamata al «rilascio di atti di assenso all'esercizio di attività capaci di poter pregiudicare l'ecosistema, ovvero l'assetto paesaggistico e/o ambientale, in base ad un'attenta e ponderata valutazione costi/benefici in ordine alla quale venga sempre valorizzata la promozione delle migliori condizioni della vita della popolazione la cui sfera personale e giuridica possa essere incisa dall'esecuzione di siffatte iniziative» ⁽¹³⁸¹⁾.

Tuttavia, sul versante rimediabile rispetto al verificarsi di fenomeni di inquinamento, il legislatore ha introdotto nel *corpus* codicistico ambientale uno strumento che, sul versante logico-cronologico, assurge quale perno rimesso alla titolarità dell'amministrazione per poter presidiare sulla posizione in commento, con ciò si suole fare riferimento alla bonifica dei siti inquinati.

Tale istituto, infatti, nell'attuale assetto del d.lgs n. 152 del 2006 rientra nell'alveo della c.d. *riparazione primaria*, la cui attivabilità è rimessa alla presenza di *valori di attenzione*, recependo il criterio dell'*analisi di rischio* quale epicentro per l'attivazione delle procedure in oggetto ⁽¹³⁸²⁾. Vale a dire un'analisi «degli effetti sulla salute umana derivanti dall'esposizione prolungata all'azione delle sostanze presenti nelle matrici ambientali contaminate, condotta con i criteri indicati nella parte quarta del presente decreto» (art. 240, co. 1 lett. s) Cod. amb.).

Si delinea così un sistema dinamico la cui attivazione avviene in presenza di una situazione reale di inquinamento, derivante da un'esposizione all'azione delle sostanze presenti nelle matrici ambientali contaminate, tale da incidere negativamente sulla salute umana ⁽¹³⁸³⁾ – *ergo* sul diritto ad un ambiente salubre –.

In attuazione a detto istituto l'amministrazione conserverebbe pregnanti attribuzioni di controllo e – in via sussidiaria – di intervento diretto, in quanto titolare del servizio di bonifica, in virtù delle previsioni di cui all'art. 250 del Codice. Il tutto in una logica di *sussidiarietà bidirezionale* che consente di riportarne la gestione in capo al soggetto pubblico

¹³⁸⁰ Sul punto si vedano V. G. MANFREDI, *Note sull'attuazione del principio di precauzione in diritto pubblico*, in *Dir. pubb.*, 2004, pp. 1077 e ss.; F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano 2005; F. TRIMARCHI, *Principio di precauzione e "qualità" dell'azione amministrativa*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2005, 6, pp. 1673 e ss.; M. ANTONIOLI, *Precauzionalità, gestione del rischio e azione amministrativa*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2007, 1, pp. 51 e ss.; R. CARANTA, *The Precautionary Principle in Italian Law*, in *Le principe de précaution en droit administratif. Rapport International et rapports nationaux*, (a cura di, M. PAQUES), Bruxelles 2007, pp. 199 e ss.

¹³⁸¹ L. BUSCEMA, *Potestà amministrativa e tutela dei diritti fondamentali all'interno delle aule giudiziarie: profili sostanziali e di giurisdizione con particolare riguardo al diritto alla salute*, in *www.giurcost.org*, 2012, p. 31.

¹³⁸² Corte cost., n. 214 del 2008.

¹³⁸³ Una concezione che si discosta dal ripristino ambientale nel cui alveo, invece, confluiscono gli interventi di riqualificazione ambientale e paesaggistica, anche in complemento alla bonifica o alla messa in sicurezza permanente, che consentono di riportare il sito ad uno stato di effettiva e definitiva fruibilità per la destinazione d'uso conforme agli strumenti urbanistici.

in caso di inadeguatezza (ovvero inattività) del privato, correggendo le disfasie insite nel principio inteso in accezione orizzontale ⁽¹³⁸⁴⁾.

Tuttavia, nel tentativo di dare seguito ad una lettura dell'istituto che tenga in debita considerazione i nessi e le implicazioni tra *scientia* e *experientia*, appare opportuno riflettere sul contesto rispetto al quale la bonifica è teleologicamente orientata in sede di salvaguardia dell'ambiente salubre.

Dal *Programma nazionale di bonifica*, infatti, emerge un totale di superfici da decontaminare pari a circa il 3% del territorio nazionale, con le ovvie ricadute sulla salubrità dell'ambiente nonché sui singoli. Una mole quantitativa dinanzi alla quale la P.A. si trova a dover far fronte con dei procedimenti di accertamento farraginosi ⁽¹³⁸⁵⁾, nel novero di quali lo stesso «Ministero dell'ambiente arranca nel gestire decine di conferenze dei servizi in parallelo per valutare i progetti e i responsabili dell'inquinamento» ⁽¹³⁸⁶⁾.

Ma vi è di più, la consistenza quantitativa degli interventi su menzionati si ripercuote, oltremodo, in termini di pervasività sulla fiscalità generale richiedendo, in termini di spesa di investimento, esborsi pari a circa 30 miliardi di euro per la messa in atto degli interventi ritenuti necessari a contrastare i fenomeni di inquinamento ⁽¹³⁸⁷⁾.

Tutto ciò determina uno scenario composito rispetto al quale l'amministrazione è chiamata ad operare in sede di comparazione costante tra il valore costituzionale di cui all'art. 32 Cost., declinato in chiave di tutela ambientale, ed il conflitto di questo dinanzi alle esigenze di equilibrio finanziario, in chiave di micro equilibrio, di cui al novellato art. 97, comma 1, Cost.

Una situazione la cui pervasività può essere ben rilevata dalla lettura di una emblematica pronuncia della IV Sez. del Cons. St., 21 settembre 2015, n. 4403. Una decisione in cui il giudice ha ritenuto legittimo l'agire dell'amministrazione, rinvenendo nel mancato accesso al finanziamento per la bonifica, un elemento motivazionale bastevole a giustificare la mancata esecuzione del provvedimento giurisdizionale di prime cure, che aveva disposto l'integrale bonifica del terreno e la restituzione dello stesso al proprietario.

Ivi si afferma, infatti, che «L'impossibilità fattuale di addivenire alla bonifica del sito conferma (...) la ragionevole impraticabilità, da parte dell'Amministrazione, di differenti soluzioni rispetto a quella disposta con il provvedimento n. 49 del 2013: infatti, poiché l'obbligo restitutorio non può essere validamente eseguito senza la previa bonifica del sito,

¹³⁸⁴ Cfr. A. SPADARO, *Sull'aporia logica di diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale (nota sulla discutibile "freddezza" della Corte costituzionale verso due Carte internazionali: la CSE e la CEAL)*, in *www.giurcost.org*, 2015, II, p. 512.

¹³⁸⁵ Alle criticità in esame possono affiancarsi, come rilevato da attenta dottrina, ulteriori fattori di incidenza, quali «mancanza di un sistema centralizzato di rilevazione dei dati; mancanza di adeguati controlli; parziale sovrapposizione tra controllanti e controllati; costante deroga alle regole ordinarie attraverso la dichiarazione dello stato di emergenza e la creazione di strutture commissariali; affidamento diretto di una serie di attività» F. DE LEONARDIS, *Le bonifiche tra semplificazione e necessità di risorse*, in *Il libro dell'anno del diritto 2015*, Roma 2015, p. 272.

¹³⁸⁶ Dossier Legambiente, *Bonifiche dei siti inquinati ... cit.*, p. 5.

¹³⁸⁷ *Ibidem*.

l'assenza di fondi strumentali alla riduzione in pristino del terreno, rende incompatibile con l'esecuzione del giudicato qualsiasi soluzione alternativa all'acquisizione sanante». Fermo restando, continua il Consiglio di Stato, che «una volta adottato il provvedimento di acquisizione (...) il Comune non può dirsi liberato dall'obbligo di provvedere in merito alla bonifica del terreno: l'esatto adempimento del *dictum* impone all'Amministrazione di non utilizzare in maniera strumentale il provvedimento di acquisizione, con meri fini dilatori od ostruzionistici».

Il sistema di composizione degli interessi scaturente dalla decisione prefata risulta foriero di non poche criticità, tanto sul versante del peso imposto al diritto dominicale del privato, ancorché in assenza di una “funzione sociale”, a causa della mera assenza delle risorse finanziarie per procedere alla bonifica. Ma ancor di più sul versante della collettività, gravata dal un duplice onere scaturente dall'esternalità negativa, vale a dire: il costo per l'acquisizione del bene ed in seguito quello per il ripristino dello stesso, al fine di consentire la salvaguardia della salubrità ambientale.

In ragione di ciò, per dare seguito ad un'oculata composizione degli stessi nel vigente quadro costituzionale in tema di attività prestazionale e vincoli di sostenibilità, si profila utile soffermare l'attenzione sulle possibili implicazioni di una lettura dinamica del fenomeno dell'equilibrio di bilancio, nonché alla luce della recente giurisprudenza della Consulta. Il tutto sullo sfondo di una cooperazione sinergica tra gli *stakeholders* pubblici coinvolti tra territorialità dei diritti e territorialità del relativo assetto organizzativo, secondo i dettami sanciti dal Codice dell'Ambiente.

Già da un punto di vista della dimensione dell'interesse è necessario che gli enti territoriali provvedano a determinare gli strumenti e a porre in essere gli interventi – in ragione delle specifiche esigenze di differenziazione – utili a consentire la tutela dell'ambiente e nello specifico la tutela della salute dei singoli.

Se, come rilevato dalla Consulta, con la sentenza n. 407 del 2002, lo Stato avrebbe in astratto «il potere di fissare *standards* di tutela uniformi sull'intero territorio nazionale», incidendo su materie di competenza regionale e consentendo con la determinazione di livelli essenziali la qualificazione minima del contenuto del diritto in oggetto¹³⁸⁸. A fronte della capacità tendenziale di siffatti strumenti di determinare – nel caso di specie – il contenuto essenziale del diritto ad un ambiente salubre, è dato rilevare come la minimalità del DPCM del 29 novembre 2001 in tema di LEA, che prelude al vuoto in termini di determinazione dei *Livelli Essenziali di Tutela Ambientale* (LETA) e dei *Livelli Essenziali di Prestazioni Tecniche Ambientali* (LEPTA).

Nel silenzio palesato dal legislatore statale, il ruolo di determinazione eteronoma del *Wesensgehalt* pare essere sostanzialmente assolto attraverso l'esercizio della funzione

¹³⁸⁸ Cfr. V. MOLASCHI, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali: livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*, Torino 2008, pp. 56 e ss.; C. TUBERTINI, *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni: il caso della tutela della salute*, Bologna 2008, pp. 74 e ss.; A. D'ALOIA, *Diritti e stato autonomistico: il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, 2003, p. 1064; M. LUCIANI, *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell'art. 117 c. 2° lett. m) della Costituzione*, in *Pol. dir.*, 2002, pp. 345 e ss.

amministrative ed in particolare dei poteri di pianificazione, che in relazione al settore in esame assumono una connotazione multilivello, consentendo la collaborazione fattiva tra gli enti territoriali ⁽¹³⁸⁹⁾.

Un ruolo assolto, in prima battuta, attraverso il piano regionale di bonifica, partizione del piano dei rifiuti, che viene ad assurgere al rango di strumento per mezzo del quale individuare i siti da bonificare, definire un ordine di priorità degli interventi, sulla base di una valutazione comparata del rischio, e stimare gli oneri finanziari necessari per l'esecuzione degli interventi di bonifica ⁽¹³⁹⁰⁾ e così via, per l'attuazione ad opera delle Province e dei Comuni.

Una prospettiva che mirerebbe alla predeterminazione degli interventi e dei pertinenti oneri finanziari, tenuto conto delle priorità in termini di maggiore invasività degli eventi dannosi sull'ambiente e sulla tutela del diritto alla salute. Infatti, la redazione del piano per le bonifiche consentirebbe di gestire gli interventi in chiave di compatibilità con le esigenze di bilancio e con le esigenze di cura dell'interesse pubblico, in ossequio al principio per cui nel «contesto della pubblica amministrazione, ogni stanziamento di risorse deve essere accompagnato da scopi appropriati e proporzionati alla sua misura» ⁽¹³⁹¹⁾.

In ragione di ciò è d'uopo rilevare come un primo livello di lettura del fenomeno attiene alla capacità degli enti di programmare gli interventi, consentendo una fisiologica applicazione dell'equilibrio di bilancio, attraverso il dovere di perseguire continuamente un'armonica simmetria tra risorse disponibili e pubblici interventi. La Corte costituzionale ha, in tal senso, rimarcato come ogni sistema di finanziamento di funzioni socialmente rilevanti andrebbe coordinato con le risorse assegnate in modo da «far corrispondere il più possibile (...) esercizio di funzioni e relativi oneri finanziari da un lato, disponibilità di risorse (...) dall'altro» ⁽¹³⁹²⁾.

Detta lettura, però, risolve solo in parte le criticità scaturenti dal problema in esame. Infatti, laddove – come nel caso testimoniato dalla prefata sentenza del Consiglio di Stato – le dotazioni finanziarie risultino inadeguate alla messa in atto della bonifica, pur insistendo gravi ragioni a nocimento del diritto ad un ambiente salubre, appare opportuno interrogarsi sulle prerogative a disposizione dell'amministrazione. Quest'ultima, infatti, in virtù di una visione statica del sistema ed in particolare delle disposizioni in tema di sostenibilità economica, potrebbe dilazionare nel tempo gli interventi, arrecando un ulteriore nocimento all'effettiva tutela delle pretese coinvolte.

¹³⁸⁹ Cfr. F. LEOTTA, *La natura giuridica delle attività di bonifica dei siti inquinati*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1, 2017, pp. 227 e ss.

¹³⁹⁰ Mentre in relazione ai singoli procedimenti, previo svolgimento dell'apposita conferenza dei servizi, si provvede all'approvazione del piano di caratterizzazione, del documento di analisi di rischio, del monitoraggio e del progetto di bonifica.

¹³⁹¹ Corte cost., n. 188 del 2015.

¹³⁹² Corte cost., n. 138 del 1999 e, più di recente, la sentenza n. 241 del 2012.

Siffatta accezione che involge il nodo dei rapporti intercorrenti tra sistema “federale”⁽¹³⁹³⁾ ed eguaglianza: posto che nel quadro della differenziazione ben possono prefigurarsi ipotesi di trattamento diseguale degli interessi nel quadro di amministrazioni territorialmente distanti – proiettate, dunque, a realtà socio/economiche diverse – e funzionalmente differenziate. Un tema che accanto ai possibili risvolti positivi, scaturenti da una lettura coincidente con quella in tema di meccanismi allocativi della finanza locale (si pensi al *voto coi piedi* di Tiebout¹³⁹⁴), per altro si presta a dover essere considerata alla luce della declinazione con il parametro dell’adeguatezza, specie sul versante finanziario⁽¹³⁹⁵⁾.

In tal senso, si rilevi come il principio di pareggio, se per un verso costituisce un argine alla proliferazione smisurata e sregolata della spesa pubblica, *a contrario* non assurge al rango di limite invalicabile alle ipotesi di indebitamento a livello locale.

Così, in ragione del parametro attuativo del principio di sostenibilità economica, nella legge n. 243 del 2012 è dato rinvenire un sistema di contenimento rispetto ad una lettura statica dell’equilibrio, rappresentato in prima battuta dalla possibilità riconosciuta agli enti territoriali di ricorrere alle spese di investimento. Tenuto conto delle previsioni di cui all’art. 10, infatti, si riconoscerebbe a Regioni, Comuni, Province, Città metropolitane e Province autonome di Trento e di Bolzano, la possibilità di ricorrere all’indebitamento *esclusivamente* per finanziare spese di investimento, il tutto in ossequio alle modalità e ai limiti previsti dal medesimo articolo nonché dalla legge dello Stato.

Un alveo questo all’interno del quale ben potrebbero essere ascritte le spese per la realizzazione degli interventi di bonifica, in ossequio altresì alle previsioni di cui agli artt. 202-205**bis** del d.lgs n. 267 del 2000.

Ma vi è di più, laddove siano compromessi livelli essenziali attinenti alla salute dell’individuo, la spesa ben potrebbe essere oltremodo legittimata sulla scorta delle previsioni di cui all’art. 11 in tema di “Concorso dello Stato al finanziamento dei livelli essenziali e delle funzioni fondamentali nelle fasi avverse del ciclo o al verificarsi di eventi eccezionali”. Una disposizione in forza della quale si prevede l’istituzione presso il MEF di un Fondo straordinario per il concorso dello Stato, al verificarsi di eventi eccezionali, tali da incidere sui diritti civili e sociali.

Tali strumenti di natura giuscontabile, offerti dal diritto positivo, devono necessariamente essere presi in considerazione alla luce di un’amministrazione chiamata alla cura di diritti incompressibili del cittadino, tra i quali è possibile annettere la salubrità

¹³⁹³ La formula federale, in siffatta prospettiva, viene utilizzata per alludere al modo di «organizzare ordinamenti politico-giuridici ripartendo i poteri di comando tipici dello Stato fra enti politici distinti – un apparato di governo centrale ed una pluralità di apparati di governo periferici – l’uno e l’altro sovrapposti allo strato delle semplici autorità amministrative municipali e locali» C. J. FRIEDRICH, *Constitutional Government and Democracy*, Ginn 1959, pp. 189 e ss.

¹³⁹⁴ C. M. TIEBOUT, *A Pure Theory of Local Government Expenditures*, in *Journal of Political Economy*, Vol. 64, No. 5, 1956, pp. 416 e ss.

¹³⁹⁵ Cfr. M. LUCIANI, *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e regioni*, in *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione*, (a cura di, E. CATELANI, G. CERINA-FERRONI E M. C. GRISOLIA), Torino 2011, p. 13.

dell'ambiente. Il rischio sarebbe quello di arroccare il contenuto sostanziale dei diritti dinanzi a finalità meramente di sostenibilità economica.

Un'impostazione di prevalenza della tutela dei diritti che trova conforto nella recente casistica della Corte dei conti, laddove è stato evidenziato come «le norme statali che fissano limiti alla spesa delle Regioni e degli Enti locali, pur se riconosciute nell'ambito dei principi fondamentali di contenimento della finanza pubblica, non possono comprimere i diritti infungibili e funzioni fondamentali» (1396).

4. Prospettiva *de iure condendo* per la tutela del diritto alla salubrità ambientale

Nel solco dell'esigenza di garantire una tutela effettiva del diritto alla salubrità dell'ambiente la legislazione del 2014 di riforma al Codice Ambiente ha il pregio di aver perseguito il fine di emendare il precedente assetto, favorendo l'iniziativa dei soggetti coinvolti e offrendo elementi utili a rendere più celere la scansione procedimentale e, da ultimo, ad incentivare i soggetti attraverso la possibilità di utilizzare il terreno oggetto di bonifica in conformità con gli usi stabiliti e con le risultanze delle MISE (1397).

Tuttavia, maggiori spunti di riflessione sono offerti dal dato generale in forza del quale la *società del rischio* (1398), contraddistinta dallo *shock* da modernità, ha comportato il dispiegarsi di un processo di democratizzazione delle scelte nel settore in oggetto, esaltando il ruolo del cittadino sul versante funzionale della tutela di detto bene (1399). Non a caso si è assistito alla transizione da un approccio paradigmatico tendenzialmente autoritativo (di *command and control*) ad uno negoziale, in relazione agli strumenti di contrasto dell'inquinamento (1400).

¹³⁹⁶ Il riferimento va al provvedimento di archiviazione adottato dalla Procura contabile della Regione Campania in data 24 maggio 2013.

¹³⁹⁷ In proposito, si veda ampiamente D. SICLARI, *La bonifica dei siti inquinati tra tutela dell'ambiente e giustiziabilità delle pretese*, Napoli 2017, p. 53.

¹³⁹⁸ Cfr. P. HARRIES-JONES, *The "Risk Society": Tradition, Ecological Order ant Time-Space Acceleration*, in http://web.idrc.ca/es/ev-64536-201-1-DO_TOPIC.html. Ed ancora, U. BECK, *Risiko Gesellschaft, Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Francoforte 1986 (trad. ingl. *Risk Society. Towards a New Modernity*, London 1992); G. MARTIN, *L'évolution du concept de risque en Droit au cours du XXe siècle*, in *C.E.S.P.R.*, 11, 1992, p. 11; ID., *Le concept de risque et la protection de l'environnement: évolution parallèle ou fertilisation croisée*, in *Les hommes et l'environnement. En hommage à A. Kiss*, Paris 1998, p. 451.

¹³⁹⁹ Una tendenza in linea, altresì, con la generale propensione ordinamentale verso una visione dei rapporti pubblico/privato improntata sulla *sussidiarietà orizzontale*. Cfr. C. AMIRANTE E F. RUBINO, *Da Porto Alegre a Bagnoli: possibilità e limiti di una gestione "partecipata" del territorio*, in *La città dismessa*, (a cura di, G. PERSICO), Napoli 2005, pp. 337 e ss.; F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, in *Dir. amm.*, nn. 1-2/2014, pp. 45 e ss. Sul precipuo versante dell'ambiente si veda D. SICLARI, *La democrazia ambientale nel quadro dei diritti partecipativi e dell'accesso all'informazione ambientale*, in *Trattato di Diritto dell'Ambiente*, (a cura di, A. CROSETTI, R. FERRARA, S. GRASSI E M. A. SANDULLI), *I procedimenti amministrativi per la tutela dell'ambiente*, II, Milano 2014, pp. 471 e ss.

¹⁴⁰⁰ Cfr. G. MASTRODONATO, *Gli strumenti privatistici nella tutela amministrativa dell'ambiente*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2010, 5, pp. 707 e ss.

In ragione di ciò, è possibile analizzare talune proposte *de iure condendo* che, sullo sfondo dell'effettività della tutela del diritto in esame, passano inevitabilmente dal potenziamento degli strumenti di sussidiarietà orizzontale⁽¹⁴⁰¹⁾, dinanzi ad un ambiente concepito nei termini di interesse la cui tipicità scaturisce da un'esistenza allo *stato diffuso*, che rende imprescindibile un centro di imputazione diffuso e dinamico.

Così, al pari dell'esperienza statunitense⁽¹⁴⁰²⁾, ben si potrebbe optare per la creazione di un tributo specifico che, incidendo direttamente sugli operatori qualificati (potenzialmente fautori degli inquinamenti), sia destinato a reperire le risorse necessarie per la realizzazione degli interventi di bonifica e, dunque, per la tutela del diritto alla salubrità.

Una linea operativa auspicata nelle sedi comunitarie, così come emerge dalla Proposta di direttiva che istituisce un quadro per la protezione del suolo e modifica la direttiva 2004/35/CE⁽¹⁴⁰³⁾ e che ha trovato talune referenze anche nell'ordinamento interno.

A riprova si rammenti l'ecotassa di cui ai commi 24 e ss. dell'art. 3, l. 28 dicembre 1995, n. 549⁽¹⁴⁰⁴⁾. Ovvero ancora, come suggerito dalla Commissione europea, attraverso l'adozione di uno strumento, la cui fattibilità non richiede particolari incombenze in capo all'amministrazione, quale la *clausola di rimborso* nella concessione rilasciata dall'autorità amministrativa di gestione⁽¹⁴⁰⁵⁾.

Tali possibili vie si palesano foriere di indubbie potenzialità, che ben potrebbero essere recepite dal legislatore al fine di consentire agli enti di reperire le risorse necessarie per contrastare in maniera effettiva fenomeni inquinanti; evitando, dunque, il possibile ricorso smodato al meccanismo della responsabilità del proprietario incolpevole ovvero ad una fiscalità generale ineluttabilmente gravata in via sussidiaria di siffatto onere⁽¹⁴⁰⁶⁾.

Tenuto conto delle risultanze di detta riflessione è d'uopo rimarcare la necessità di implementare la *resilienza* della bonifica, che non può assurgere quale simulacro formale

¹⁴⁰¹ Rispondendo così a quelle istanze che già nei primi del '900 erano state preconizzate da Krabbe che rimarcava come la categoria del rapporto giuridico tra potere pubblico e cittadino assurgeva – e oggi più che mai assurge – quale categoria fondamentale del *Rechtsstaat* e della *Rechtsgemeinschaft*.

¹⁴⁰² Negli USA nel 1980, al fine di fornire una risposta ai disastri di Love Canal e della Valley of the Drums, il Congresso federale ha promulgato la nota *The Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act*, meglio nota come CERCLA o come *Superfund*.

¹⁴⁰³ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro per la protezione del suolo e modifica la direttiva 2004/35/CE /* COM/2006/0232 def. - COD 2006/0086 */. Ivi infatti, al comma 3 dell'art. 13 (non a caso rubricato della *Bonifica*), si rileva che «Gli Stati membri istituiscono meccanismi adeguati per finanziare gli interventi di bonifica dei siti contaminati per i quali, in applicazione del principio “chi inquina paga”, non sia possibile individuare il responsabile dell'inquinamento oppure questi non possa essere ritenuto tale a norma della legislazione nazionale o comunitaria o non possa essere tenuto a sostenere i costi degli interventi di bonifica».

¹⁴⁰⁴ Un tributo, istituito a vantaggio delle Regioni, per il deposito in discarica dei rifiuti solidi, così come definito *ab origine* dall'art. 2 dell'abrogato D.P.R. 10 settembre 1982, n. 915.

¹⁴⁰⁵ Corte dei conti europea, *Le misure strutturali dell'UE hanno sostenuto con successo la riqualificazione dei siti industriali e militari dismessi?*, Lussemburgo 2012, p. 55.

¹⁴⁰⁶ Cfr. F. DE LEONARDIS, *La bonifica ambientale*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, (diretto da, P. DELL'ANNO E E. PICOZZA), Padova 2013, II, pp. 363 e 364.

posto a presidio dell'ambiente. Diversamente, gli interventi in oggetto, devono – in un'accezione funzionalistica – essere corredati da un armamentario di strumenti che consentano all'amministrazione di poter effettivamente contrastare i fenomeni nocivi tanto per l'ecosistema quanto per la salute, specie laddove non sia possibile ascrivere la condotta all'autore/responsabile ovvero dinanzi alla complessità sottesa agli inquinamenti storici.

Tutto ciò dinanzi ad un sistema in cui si è passati «da una concezione della solidarietà intesa come una costruzione collettiva garantita senza condizioni dallo Stato sotto forma *di diritti* a una interpretazione contrattuale della solidarietà secondo la quale gli individui sono mobilitati secondo *una logica della contropartita* allo scopo di meritare le risorse di cui possono essere i beneficiari» (1407). Una concezione che, muovendo dal postulato benthamiano in forza del quale l'altruismo sarebbe un “meglio pensato egoismo”, rischia di dare consistenza ad un biocentrismo inteso come un “meglio pensato antropocentrismo” (1408).

In siffatta prospettiva l'umanità appare chiamata in prima linea a garantire il rispetto dell'ambiente e, dunque, a dare corso ad uno sviluppo compendiato per la sua *sostenibilità* (1409), in ragione altresì della contiguità di siffatto ambito con le questioni connesse con la tutela della salute – tanto del singolo quanto della collettività – (1410).

¹⁴⁰⁷ R. CASTEL E N. DUVOUX, *L'avenir de la solidarité*, Parigi 2012, p. 5, trad. it. in S. RODOTÀ, *Solidarietà un'utopia necessaria*, Bari 2014, p. 132.

¹⁴⁰⁸ P. MADDELENA, *L'evoluzione della tutela ambientale e l'azione popolare prevista dall'art. 4 della legge 3 agosto 1999, n. 265*, in *www.amcorteconti.it*.

¹⁴⁰⁹ In proposito, è stato attentamente rilevato «il passaggio dal “diritto dell'ambiente” al “diritto dello sviluppo sostenibile”, ovviamente là dove ne ricorrano i presupposti (...) Il diritto dell'ambiente, in altre parole, si “risolve” in diritto dello sviluppo sostenibile, quanto meno nel senso che la tutela dell'ambiente, più che un limite, si atteggia a condizione per lo sviluppo e che quella tutela si giustifica soltanto in quanto funzionale alla protezione dell'uomo» cfr. F. FRACCHIA, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Riv. Quad. Dir. Amb.*, 0/2010, p. 22.

¹⁴¹⁰ Cfr. ampiamente il volume di H. JONAS, *Il principio di responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Torino 2002.

BREVI OSSERVAZIONI SULLE MODALITÀ DI EROGAZIONE DEI SERVIZI SOCIALI DOPO L'ENTRATA IN VIGORE DEL CORRETTIVO AL CODICE DEI CONTRATTI E DEL CODICE DEL TERZO SETTORE*

di Alessandro Palmaccio**

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La normativa in materia di affidamenti pubblici – 3. Le discipline speciali e il Codice del terzo settore – 3.1 Le discipline speciali – 3.2 il Codice del terzo settore – 4. Conclusioni

1. Premessa

La tematica degli affidamenti nel settore dei servizi sociali ha subito nell'anno in corso importanti innovazioni correlate, essenzialmente, all'entrata in vigore di due atti normativi che incidono profondamente su alcuni istituti e, soprattutto, tentano di riportare ordine nel frastagliato mondo del Terzo settore. Ci si riferisce al D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56 recante “*Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*”, e al D.Lgs. 3 luglio 2017, n. 117 noto come “*Codice del Terzo settore*”. Si procederà dapprima ad analizzare la normativa afferente i contratti pubblici così come modificata dal D.lgs. 56/2017 per poi soffermarsi sulle novità apportate dal Codice del Terzo settore, per quanto incidenti sulle modalità di erogazione dei servizi sociali.

2. La normativa in materia di affidamenti pubblici

Con il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 lo Stato italiano ha dato attuazione alle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori speciali.

Com'è noto, il D.Lgs. 50/2016 è stato emanato in attuazione dell'articolo 1 della L. n. 11/2016¹⁴¹¹ che, ai fini del recepimento delle direttive europee sugli appalti pubblici e sui contratti di concessione, ha delegato il Governo ad adottare “*un unico testo normativo ... per gli appalti di lavori, servizi e forniture denominato «codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione», recante le disposizioni legislative in materia di procedure di affidamento di gestione e di*

* Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

** Dottorando di Diritto pubblico, comparato ed internazionale, curriculum *Diritto pubblico dell'economia* – Università “La Sapienza” di Roma.

¹⁴¹¹ Legge 28 gennaio 2016, n. 11 recante “*Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.*”

*esecuzione degli appalti pubblici e dei contratti di concessione disciplinate dalle tre direttive, che sostituisce il codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, garantendo in ogni caso l'effettivo coordinamento e l'ordinata transizione tra la previgente e la nuova disciplina*¹⁴¹². Lo stesso D.Lgs. 163/2006 era stato adottato in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, espressamente abrogate dalle successive direttive n. 2014/25/UE e 2014/24/UE.

In via generale la direttiva 2014/24¹⁴¹³ riconosce agli Stati membri la libertà “*di organizzare la prestazione di servizi sociali obbligatori o di altri servizi, quali i servizi postali, in quanto servizi di interesse economico generale o in quanto servizi non economici di interesse generale ovvero in quanto combinazione di tali servizi*”¹⁴¹⁴. Più in generale, la direttiva “*lascia impregiudicata la libertà delle autorità nazionali, regionali e locali di definire, in conformità del diritto dell’Unione, i servizi d’interesse economico generale, il relativo ambito operativo e le caratteristiche del servizio da prestare, comprese le eventuali condizioni relative alla qualità del servizio, al fine di perseguire i loro obiettivi di interesse pubblico*” riconoscendo alle “*autorità nazionali, regionali e locali la facoltà di fornire, fare eseguire e finanziare i servizi di interesse economico generale, conformemente all’articolo 14 TFUE e al protocollo n. 26 sui servizi di interesse generale allegato al TFUE*”¹⁴¹⁵.

La stessa direttiva, poi, ha fornito alcuni criteri per la disciplina di particolari categorie di servizi. Con riferimento specifico ai servizi sociali ha previsto espressamente una soglia più alta di quella applicabile agli altri servizi. Si è ritenuto, infatti, che il settore dei servizi sociali (come pure quello sanitario e scolastico), incentrato essenzialmente sull'erogazione di servizi alla persona, sia caratterizzato da una limitata dimensione transfrontaliera essendo legato al contesto sociale economico e culturale dei singoli Stati. Da ciò deriva la necessità di innalzamento della soglia di rilevanza per i paesi dell’Unione Europea poiché si ritiene che gli affidamenti di servizi sociali di importo inferiore a tale soglia “*non saranno, in genere, di alcun interesse per i prestatori di altri Stati membri, a meno che non vi siano indicazioni concrete in senso contrario, come ad esempio il finanziamento dell’Unione per i progetti transfrontalieri*”¹⁴¹⁶. All’opposto, i contratti per servizi alla persona al di sopra di tale soglia rientrano nelle previsioni della direttiva ma sono sottoposti ad un regime particolare (c.d. regime alleggerito). Per affidamenti di importo superiore alla soglia, dunque, la direttiva:

- riconosce agli Stati membri un’ampia discrezionalità nell’organizzazione della scelta dei fornitori di servizi;
- impone solo il rispetto dei principi fondamentali di trasparenza e di parità di trattamento, assicurando che le amministrazioni aggiudicatrici abbiano la facoltà di applicare criteri di qualità specifici per la scelta dei fornitori di servizi.¹⁴¹⁷

¹⁴¹² Art. 1, c. 1, lett. b) L. 11/2016.

¹⁴¹³ Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici.

¹⁴¹⁴ Considerando n. 6 direttiva 24. Nello stesso senso il Considerando n. 8 della direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali.

¹⁴¹⁵ Considerando n. 7 direttiva 24 e n. 9 direttiva 25.

¹⁴¹⁶ Considerando n. 114 direttiva 24 e n. 120 direttiva 25.

¹⁴¹⁷ Cfr. Considerando n. 114 direttiva 24 e n. 120 direttiva 25 nonché art. 76 della direttiva 24 e art. 93 della direttiva 25.

Gli Stati membri e le autorità pubbliche sono, quindi, liberi di fornire tali servizi direttamente o anche di organizzare servizi sociali attraverso modalità che non comportino la conclusione di contratti pubblici, ad esempio tramite il semplice finanziamento di tali servizi o la concessione di licenze o autorizzazioni a tutti gli operatori economici che soddisfano le condizioni definite in precedenza dall'amministrazione aggiudicatrice, senza che vengano previsti limiti o quote, a condizione che tale sistema assicuri una pubblicità sufficiente e rispetti i principi di trasparenza e di non discriminazione¹⁴¹⁸.

Ma v'è di più. Nel considerando n. 118 si prevede la possibilità, nell'ambito del regime alleggerito, di riservare la partecipazione alle procedure di appalto per taluni servizi nel settore sanitario, sociale e culturale alle *“organizzazioni basate sull'azionariato dei dipendenti o sulla loro partecipazione attiva al governo societario”* nonché alle *“organizzazioni esistenti quali le cooperative a partecipare alla prestazione di tali servizi agli utenti finali”*¹⁴¹⁹.

Gli stessi principi enucleati nelle due direttive sugli appalti vengono riproposti nei *“considerando”* della direttiva 23 sulle concessioni¹⁴²⁰ ma risultano alquanto scarse le disposizioni applicabili ai servizi alla persona¹⁴²¹, soprattutto se rapportate alla soglia di rilievo comunitario, certamente molto alta¹⁴²².

La trasposizione dei *“considerando”* sopra esaminati negli articoli 74, 75, 76 e 77 della direttiva 24 ha delineato un particolare regime di affidamento applicabile, qualora l'importo dei servizi sia pari o superiore a 750.000 euro¹⁴²³, non solo ai servizi sociali ma anche ad altri servizi specifici riferibili ai settori ordinari elencati nell'allegato XIV della stessa

¹⁴¹⁸ *Ibidem*

¹⁴¹⁹ Cfr. anche art. 77 della direttiva 24 nonché art. 94 della Direttiva 25. Si tenga presente che non è l'unica riserva prevista in tali settori dalla direttiva in commento. Il Considerando n. 36 (nonché l'art. 20 della stessa direttiva) prevede la riserva di partecipazione a favore di laboratori protetti e di imprese sociali *“il cui scopo principale è l'integrazione o reintegrazione sociale e professionale delle persone con disabilità e delle persone svantaggiate, quali i disoccupati, le persone appartenenti a minoranze svantaggiate o comunque a categorie socialmente emarginate”*. Nello stesso senso il considerando n. 51 e l'art. 38 della direttiva 25.

¹⁴²⁰ Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione. Si veda, in particolare, considerando n. 53 sull'esclusione di taluni servizi sociali, sanitari o educativi con una limitata dimensione transfrontaliera fermo restando che, a differenza degli appalti, di regola *“le concessioni sono accordi complessi di lunga durata con i quali il concessionario assume responsabilità e rischi tradizionalmente assunti dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori e rientranti di norma nell'ambito di competenza di queste ultime. Per tale ragione, fatta salva l'osservanza della presente direttiva e dei principi di trasparenza e di parità di trattamento, dovrebbe essere lasciata alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori un'ampia flessibilità nel definire e organizzare la procedura di selezione del concessionario. Tuttavia, al fine di garantire parità di trattamento e trasparenza durante l'intera procedura di aggiudicazione, è opportuno prevedere garanzie minime per quanto riguarda la procedura di aggiudicazione, ivi comprese informazioni sulla natura e l'ambito di applicazione della concessione, la limitazione del numero di candidati, la diffusione delle informazioni ai candidati e agli offerenti e la disponibilità di registrazioni appropriate. È altresì necessario disporre che vengano rispettate le condizioni iniziali previste dal bando di concessione, per evitare disparità di trattamento tra i potenziali candidati.”* (Considerando n. 68).

¹⁴²¹ Recita l'art. 19 (Servizi sociali e altri servizi specifici) della direttiva 23: *“Le concessioni per i servizi sociali e altri servizi specifici elencati nell'allegato IV che rientrano nell'ambito di applicazione della presente direttiva sono soggette esclusivamente agli obblighi previsti dall'articolo 31, paragrafo 3, e dagli articoli 32, 46 e 47”*.

¹⁴²² Soglia pari ad euro 5.225.000 come previsto dal Regolamento 2015/2172/U.E. La disciplina interna sulle concessioni è prevista agli artt. 164 - 178 del D.Lgs. 50/2016. La soglia molto alta rende ancor più problematico, a giudizio di chi scrive, individuare con certezza le norme applicabili, poiché ai sensi dell'art. 164 si applicano, *“per quanto compatibili, le disposizioni contenute nella parte I e nella parte II, del presente codice, relativamente ai principi generali, alle esclusioni, alle modalità e alle procedure di affidamento, alle modalità di pubblicazione e redazione dei bandi e degli avvisi, ai requisiti generali e speciali e ai motivi di esclusione, ai criteri di aggiudicazione, alle modalità di comunicazione ai candidati e agli offerenti, ai requisiti di qualificazione degli operatori economici, ai termini di ricezione delle domande di partecipazione alla concessione e delle offerte, alle modalità di esecuzione”*. Sarebbero, quindi, da ritenere applicabili, per i servizi di cui all'allegato IX affidati in concessione, i regimi di affidamento alleggeriti previsti dagli art. 140 e ss.. Non solo. Lo stesso art. 166 (*Principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche*) lascia libere le amministrazioni aggiudicatrici *“di organizzare la procedura per la scelta del concessionario, fatto salvo il rispetto delle norme di cui alla presente Parte. Essi sono liberi di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza ed accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici”*.

¹⁴²³ La soglia è elevata ad euro 1.000.000 per servizi sociali e altri servizi specifici nell'ambito dei settori speciali (art. 15 direttiva n. 25).

direttiva¹⁴²⁴. L'allegato citato, nel precisare che i servizi di sicurezza sociale obbligatoria non rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva se sono organizzati come servizi non economici di interesse generale, ricorda agli Stati membri, in prospettiva di recepimento, che essi *“sono liberi di organizzare la prestazione di servizi sociali obbligatori o di altri servizi in quanto servizi di interesse economico generale o in quanto servizi non economici di interesse generale”*. Da ciò discende l'applicazione o non applicazione delle norme in essa previste. Tale scelta, essenzialmente politica prima che organizzativa (ad opera dello Stato o anche, si ritiene, ad opera delle singole Regioni¹⁴²⁵), resta dunque centrale ai fini di una puntuale ricognizione delle norme applicabili.

La normativa interna risultante dal recepimento delle tre direttive più volte citate ha subito, recentemente, alcune rilevanti modifiche ad opera del già citato D. Lgs. 19 aprile 2017, n. 56 che ha ridenominato il D.Lgs. 50/2016 in *“Codice dei contratti pubblici”* e ha introdotto disposizioni integrative e correttive al suddetto Codice¹⁴²⁶.

Le norme sui servizi in esame sono contenute essenzialmente negli artt. 140, 142, 143 e 144¹⁴²⁷. La collocazione di tali norme è risultata poco felice. Come già visto, la legislazione europea ha inserito tali servizi sia nell'ambito dei settori ordinari (direttiva 24), sia nell'ambito di quelli speciali (direttiva 25), a conferma della trasversalità dei servizi alla persona¹⁴²⁸, prevedendo una normativa assai simile e notevolmente semplificata. Il quadro che risulta a seguito del recepimento è apparso, invece, alquanto frastagliato. Invertendo l'ordine dei concetti di genere e specie, il legislatore introduce prima, con l'art. 140, le *“Norme applicabili ai servizi sociali e ad altri servizi specifici dei settori speciali”*. Quindi, agli articoli 142, 143 e 144 si sofferma sulla disciplina dei servizi sociali e di altri servizi nei settori ordinari. Anche su tali articoli hanno inciso le disposizioni del c.d. correttivo al codice dei contratti, D. Lgs. 56/2017.

I servizi a cui si riferiscono le disposizioni sopra menzionate sono quelli elencati nell'Allegato IX¹⁴²⁹ al Codice dei Contratti. Tale Allegato include peculiari servizi – ciascuno

¹⁴²⁴ Per quanto riguarda i settori speciali il riferimento è all'allegato n. XVII della Direttiva 25.

¹⁴²⁵ Considerato quanto previsto dall'art. 117, c. 5 Cost. in tema di esecuzione degli atti dell'Unione europea, seppur *“nel rispetto delle norme di procedura stabilite dalla legge dello Stato”* e fatto salvo il rispetto dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale ex art. 117, c. 2, lett. m) Cost.

¹⁴²⁶ Il nuovo Codice dei contratti, nel recepire le tre direttive innova rispetto alla precedente impostazione di cui al precedente D.Lgs. 163/2006: *“dal punto di vista sistematico, “escludendo” gli appalti di servizi sociali dai contratti (in parte) esclusi e collocandoli nell'ambito dei “particolari regimi di appalto” (Titolo VI della Parte II); sotto il profilo della disciplina applicabile, assoggettando detti appalti al c.d. “regime alleggerito”, diversificato (per lo meno in parte) a seconda che si ricada nei settori ordinari (Capo II - artt. 142 e 143) o in quelli speciali (Capo I - art. 140) ma, comunque, ispirato ai principi fondamentali di trasparenza e di parità di trattamento degli operatori economici.”*, Luca Mazzeo, *“Gli appalti (e le concessioni) nei servizi sociali: un regime – non troppo - “alleggerito” frutto di una “complicata semplificazione”* Urbanistica e appalti 8-9/2016, p. 1004. In generale, con riferimento alla materia in esame, si veda di R. Garofoli, G. Ferrari *“Codice dei contratti pubblici”*, Nel Diritto Editore, 2017; F. Caringella, M. Protto, *“Il codice dei contratti pubblici dopo il correttivo”*, Dike, 2017; *“Il codice dei contratti pubblici dopo il Decreto Correttivo (D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56)”*, Maggioli Editore, 2017; M. Lasalvia *“Commentario al nuovo codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione”*, EPC Editore, 2017; V. Giannotti, M. Panato, N. Sperotto *“Il Regime dei contratti esclusi e il partenariato pubblico-privato. Guida operativa al D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50”* Ipsoa, 2016;

¹⁴²⁷ Sui servizi di ristorazione di cui all'art. 144, rientranti anch'essi nel regime alleggerito di cui all'allegato IX, in questa sede basta soltanto rilevare quanto già notato da alcuni autori (L. Mazzeo, *op. cit.* e nello stesso senso C. Polidori, *“Contratti pubblici nel settore dei servizi sociali”*, Relazione al Convegno organizzato da IGI in Roma il 14 febbraio 2017 *“I primi 300 giorni del Codice nella giurisprudenza”* su Osservatorio di diritto comunitario e nazionale sugli appalti pubblici <http://www.osservatorioappalti.univ.it/index.jsp>) sulla non appropriata equiparazione, nell'ambito della stessa disciplina di favore, tra attività di ristorazione tout court, attività di emissione di buoni pasto e attività di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica.

¹⁴²⁸ Si pensi, ad esempio, al settore dei trasporti.

¹⁴²⁹ Corrispondente rispettivamente all'Allegato XIV della direttiva 24, all'Allegato XVII della direttiva 25 e all'Allegato IV della direttiva 23.

identificato da uno specifico codice CPV¹⁴³⁰ - che sono stati così raggruppati: servizi sanitari, servizi sociali e servizi connessi, servizi amministrativi e sociali in materia di istruzione, assistenza sanitaria e cultura, servizi di sicurezza sociale obbligatoria (solo se sono organizzati come servizi economici di interesse generale), servizi di prestazioni sociali, altri servizi pubblici sociali e personali, inclusi i servizi forniti da associazioni sindacali, da organizzazioni politiche, da associazioni giovanili e altri servizi di organizzazioni associative, servizi religiosi, servizi alberghieri e di ristorazione, servizi legali, servizi della pubblica amministrazione forniti alla collettività, altri servizi amministrativi e delle amministrazioni pubbliche, servizi penitenziari, di pubblica sicurezza e di soccorso, servizi investigativi e di sicurezza, servizi internazionali, servizi postali, servizi vari.

La normativa predisposta dal legislatore per l'affidamento dei servizi di cui all'Allegato IX da parte delle Pubbliche Amministrazioni è stata qualificata come regime alleggerito (*light regime*) ed è finalizzata essenzialmente a garantire la pubblicità degli affidamenti nel settore in argomento¹⁴³¹.

L'articolo 140 costituisce una norma residuale in quanto, anche per i servizi resi negli ambiti in esame ma relativi a settori speciali, la disciplina applicabile è quella contenuta negli articoli 142, 143 e 144. In tali settori, fatta eccezione per le procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando al ricorrere dei presupposti di cui all'art. 63 del Codice, la pubblicità deve essere garantita mediante la pubblicazione di un avviso di gara o, in alternativa, mediante pubblicazione continuativa di un avviso periodico indicativo¹⁴³² o di un avviso sull'esistenza di un sistema di qualificazione¹⁴³³. In fase di aggiudicazione la pubblicità deve essere assicurata mediante un avviso di aggiudicazione, eventualmente raggruppando detti avvisi su base trimestrale.

L'articolo 142, nell'ambito dei settori ordinari, conferisce attuazione al principio di pubblicità prevedendo come modalità alternative di pubblicazione il bando di gara o l'avviso di preinformazione¹⁴³⁴. L'aggiudicazione, anche per i settori ordinari, è assicurata mediante la pubblicazione di un apposito avviso.

All'articolo in commento il D.Lgs. 56/2017 ha introdotto otto nuovi commi (da 5 *bis* a 5 *nonies*) destinati a costituire una ulteriore disciplina, un po' 'meno leggera', solo per

¹⁴³⁰ Com'è noto, il CPV (Common Procurement Vocabulary) è un sistema di classificazione unico per gli appalti pubblici volto a unificare i riferimenti utilizzati dalle amministrazioni e dagli enti appaltanti per la descrizione dell'oggetto degli appalti.

¹⁴³¹ L'allegato XIV al Codice dei contratti contiene tutte le informazioni che devono essere contemplate dai singoli atti di gara da pubblicare prevedendo, per i servizi sociali e per altri servizi specifici relativi a settori ordinari, l'applicazione delle prescrizioni di cui alle lettere F, G e H della parte I dello stesso Allegato e, per gli appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici nei settori speciali, l'applicazione delle prescrizioni di cui alla Parte III.

¹⁴³² Ai sensi dell'art. 140, comma 1, lett. b), "L'avviso periodico indicativo si riferisce specificamente ai tipi di servizi che saranno oggetto degli appalti da aggiudicare. Esso indica che gli appalti saranno aggiudicati senza successiva pubblicazione e invita gli operatori economici interessati a manifestare il proprio interesse per iscritto".

¹⁴³³ Si veda, ad esempio, l'art. 128 rubricato "Avvisi sull'esistenza di un sistema di qualificazione".

¹⁴³⁴ In generale, l'art. 59 dedicato alla scelta delle procedure e all'oggetto del contratto consente, nel caso in cui l'appalto sia aggiudicato mediante procedura ristretta o procedura competitiva con negoziazione, che le amministrazioni aggiudicatrici subcentrali possano, in alternativa al bando di gara, "utilizzare un avviso di preinformazione secondo quanto previsto dai commi 2 e 3 dell'articolo 70. Se la gara è indetta mediante un avviso di preinformazione, gli operatori economici che hanno manifestato interesse in seguito alla pubblicazione dell'avviso stesso, sono successivamente invitati a confermarlo per iscritto, mediante un invito a confermare interesse..". Ai sensi dell'art. 142, comma 1, lett. b) l'avviso di preinformazione "si riferisce specificamente ai tipi di servizi che saranno oggetto degli appalti da aggiudicare. Esso indica che gli appalti saranno aggiudicati senza successiva pubblicazione e invita gli operatori economici interessati a manifestare il proprio interesse per iscritto."

determinati servizi inclusi nell'allegato IX¹⁴³⁵. Per tali servizi viene delineato un regime “meno alleggerito” sopra soglia e un regime “meno alleggerito” sotto soglia.

Il legislatore ha innanzitutto ritenuto necessario precisare le finalità che gli affidamenti indicati al comma 5 *bis* devono perseguire ovvero: “*garantire la qualità, la continuità, l'accessibilità, la disponibilità e la completezza dei servizi, tenendo conto delle esigenze specifiche delle diverse categorie di utenti, compresi i gruppi svantaggiati e promuovendo il coinvolgimento e la responsabilizzazione degli utenti*”¹⁴³⁶. Il comma 5 *quater* assume particolare importanza in quanto costituisce una delle pochissime disposizioni di raccordo con la normativa di settore vigente. Anziché ridefinire e razionalizzare la programmazione dei servizi in funzione del nuovo articolo 21 del Codice, il legislatore ha preferito rinviare agli strumenti di programmazione previsti “*dalla legislazione statale e regionale di settore*”¹⁴³⁷. Anche in relazione alla centralizzazione delle committenze si rinvia alla “*normativa di settore con particolare riguardo ai distretti sociosanitari e a istituzioni analoghe*”¹⁴³⁸. La scelta, seppur non armonizzata a livello normativo, di fatto è comunque condivisibile considerata l'importanza e la specificità degli ambiti locali di riferimento¹⁴³⁹.

Il legislatore delegato ha previsto, poi, sempre con riferimento agli specifici servizi di cui al comma 5 *bis*, l'applicabilità di determinate disposizioni del codice con riferimento alla scelta del contraente¹⁴⁴⁰ e agli strumenti utilizzabili per l'aggiudicazione¹⁴⁴¹ nonché di altre specifiche previsioni¹⁴⁴². Si precisa, inoltre, che l'unico criterio di aggiudicazione adottabile è quello “*dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo*”, criterio, comunque, già evincibile dal richiamo all'art. 95 del Codice. Prima dell'intervento del decreto correttivo (D.Lgs. 56/2017), argomentando sulla base della previsione di cui all'art. 114¹⁴⁴³ in tema di norme applicabili ai settori speciali, si è affermata l'estensione delle disposizioni di cui agli artt. da 1 a 58 “*a maggior ragione... anche agli appalti di servizi sociali nei settori ordinari*”¹⁴⁴⁴. A seguito delle nuove disposizioni introdotte dai commi 5 *sexies* e 5 *septies* gli affidamenti nei menzionati servizi elencati al comma 5 *bis* risultano

¹⁴³⁵ Si tratta, ai sensi del comma 5 *bis* dell'art. 142, di: servizi sanitari, servizi sociali e servizi connessi; servizi di prestazioni sociali; altri servizi pubblici, sociali e personali, inclusi servizi forniti da associazioni sindacali, da organizzazioni politiche, da associazioni giovanili e altri servizi di organizzazioni associative. Occorre precisare che i servizi come sopra elencati dovrebbero essere considerati essenzialmente settori di attività poiché, all'interno di ognuno, l'Allegato IX distingue, mediante i singoli codici, gli specifici servizi.

¹⁴³⁶ Art. 142, comma 5 *ter*.

¹⁴³⁷ Art. 142, comma 5 *quater*.

¹⁴³⁸ Art. 142, comma 5 *quinquies*.

¹⁴³⁹ Sembra, pertanto, che siano state accolte le perplessità e gli auspici dell'Anac, ribaditi da Luca Mazzeo, *op. cit.* pp. 1009 - 1010: “... il vero problema sarà coniugare le esigenze di aggregazione e centralizzazione della committenza con le peculiarità proprie del settore dei servizi alla persona: vero è che già l'art. 8, comma 3, lett. a), L. n. 328/2000 aveva previsto - ma solo per la fase della programmazione e progettazione dei servizi - che i comuni, associati a livello di ambito territoriale (per lo più coincidente col territorio delle unità sanitarie locali) dovevano definire in modo unito e unitario il piano di zona dei servizi sociali, ma è altrettanto vero che le aggregazioni previste dalle normative specifiche del settore sono diverse da quelle introdotte dal Codice e soprattutto che difficilmente i servizi sociali si prestano alla standardizzazione necessaria allo scopo (gli Enti dovrebbero utilizzare gli strumenti di negoziazione elettronica messi a disposizione dei soggetti aggregatori), visto l'elevatissimo grado di personalizzazione di questi appalti. Sarebbe pertanto auspicabile, come ritenuto dall'ANAC nella richiamata Relazione AIR (pag. 12), che per gli appalti in esame non trovassero applicazione i modelli di aggregazione ora previsti dal D.Lgs. n. 50/2016”.

¹⁴⁴⁰ Si rinvia agli artt. 60-65 del Codice.

¹⁴⁴¹ Si rinvia agli artt. 54-58 del Codice.

¹⁴⁴² L'articolo 5 *septies* prevede che “*Oltre a quanto previsto dai commi da 1 a 5-sexies, devono essere, altresì, applicate per l'aggiudicazione le disposizioni di cui agli articoli 68, 69, 75, 79, 80, 83 e 95, adottando il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo*”.

¹⁴⁴³ Il primo periodo dell'art. 114, comma 1, testualmente recita: “*Ai contratti pubblici di cui al presente Capo si applicano le norme che seguono e, in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli articoli da 1 a 58, ad esclusione delle disposizioni relative alle concessioni*”.

¹⁴⁴⁴ Luca Mazzeo, *op. cit.*, p. 1005. Nello stesso senso Carlo Polidori, “*Contratti pubblici nel settore dei servizi sociali*”, *op. cit.*

espressamente sottoposti al rispetto di ulteriori norme. Innanzitutto, come già accennato, si estendono anche a tali settori gli strumenti utilizzabili per gli affidamenti nei settori ordinari (accordi quadro, sistemi dinamici di acquisizione, aste elettroniche, cataloghi elettronici, piattaforme telematiche di negoziazione) e si individuano, mediante rinvio alle relative disposizioni, le procedure utilizzabili per la scelta del contraente (procedura aperta, ristretta, competitiva con negoziazione, negoziata senza bando, dialogo competitivo, partenariato per l'innovazione). Inoltre si dispone l'applicazione della disposizione sulle specifiche tecniche (art. 68), sulle etichettature in caso di richiesta di specifiche caratteristiche ambientali, sociali o di altro tipo (art. 69), sulle modalità di invito simultaneo degli operatori (art. 75), sui termini per la ricezione delle domande di partecipazione e delle offerte (art. 79), sulle cause di esclusione¹⁴⁴⁵ (art. 80), sui criteri di selezione nonché sull'istituto del soccorso istruttorio (art. 83) e, infine, sulla disciplina dei criteri di aggiudicazione dell'appalto (art. 95) limitata, *expressis verbis*, al criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo. Si ritiene che la medesima disciplina debba essere applicata agli stessi servizi erogati nell'ambito dei settori speciali considerato il richiamo all'art. 142 contenuto nel primo comma dell'art. 140.

A prescindere da qualsiasi giudizio di valore sulla bontà della scelta compiuta dal legislatore, non può che riscontrarsi come, una disciplina in origine "alleggerita" (considerate le poche disposizioni applicabili, almeno espressamente, ai servizi di cui all'Allegato IX - artt. 140, 142, 143 e 144 -) torni, a distanza di un anno, ad assumere una fisionomia forse più aggravata di quella prevista dal precedente Codice dei contratti pubblici¹⁴⁴⁶.

In relazione agli stessi servizi di cui al comma 5 *bis*, ma di importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria¹⁴⁴⁷, il comma 5 *octies* rinvia alle procedure di affidamento di cui all'articolo 36 del Codice (affidamento diretto e procedura negoziata). Una disposizione sostanzialmente analoga (mediante il rinvio disposto dall'art. 140, c. 1, secondo periodo) è prevista per gli stessi servizi di cui al comma 5 *bis* resi nell'ambito dei settori speciali. In tal

¹⁴⁴⁵ A tal proposito, si segnala che anche sotto la vigenza del previgente codice, la giurisprudenza e l'Anac avevano comunque reso obbligatorio il rispetto dei requisiti di moralità anche per gli affidamenti dei servizi esclusi in tutto o in parte dall'applicazione della disciplina codicistica. Nella Delibera Anac n. 32 del 20 gennaio 2016 recante le "Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali" (ritenute ancora applicabili *mutatis mutandis*) si legge: "Le amministrazioni aggiudicatrici devono affidare la gestione dei servizi sociali a soggetti che offrono serie garanzie di moralità professionale, anche per gli affidamenti in deroga al Codice dei Contratti. A tale proposito potrebbero essere utilizzati, come parametri di riferimento, i requisiti di moralità individuati dall'art. 38 dello stesso. Infatti, costituisce ormai *ius receptum* il principio secondo cui tutti i soggetti che a qualunque titolo concorrono all'esecuzione di appalti pubblici devono essere in possesso dei requisiti di cui all'art. 38 del Codice. Il possesso di inderogabili requisiti di moralità rappresenta un fondamentale principio di ordine pubblico ed economico che trova applicazione anche nelle gare dirette all'affidamento della concessione di servizi e nelle gare riguardanti appalti in tutto o in parte esclusi dall'applicazione del Codice rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 27".

¹⁴⁴⁶ Si ricorda che i servizi sociali sotto la vigenza del D.Lgs. 163/2006, erano ricompresi nell'Allegato IIB e ad essi si applicavano, almeno espressamente - considerati numerosi interventi dell'Anac e della giurisprudenza ad esempio in materia di requisiti di moralità - , soltanto gli articoli 20 e 27 del suddetto decreto. Tali affidamenti erano disciplinati "esclusivamente dall'articolo 68 (specifiche tecniche), dall'articolo 65 (avviso sui risultati della procedura di affidamento), dall'articolo 225 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati)". Ai sensi del previgente art. 27, inoltre, l'affidamento doveva avvenire "nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità. L'affidamento deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto." Tramite il richiamo al vecchio art. 2, inoltre, si stabiliva, anche per tali affidamenti, la cedevolezza del principio di economicità motivata da esigenze sociali, dalla tutela della salute e dell'ambiente e dalla promozione dello sviluppo sostenibile, nonché il rispetto, "per quanto non espressamente previsto" delle disposizioni del codice civile e della legge 241/1990.

¹⁴⁴⁷ Cfr. art. 35, comma 1, lett. d)

caso, tuttavia, la procedura negoziata potrà essere utilizzata fino alla soglia limite di € 1.000.000¹⁴⁴⁸.

Nell'ambito dei due "regimi" procedurali ("regime alleggerito" e, ora, per i servizi elencati nel comma 5 bis, regime "meno alleggerito") configurati dagli art. 140 e 142, gli affidamenti di determinati servizi¹⁴⁴⁹ possono beneficiare di un regime di "riserva" dato dalla possibilità di riservare gli appalti nei servizi indicati alle sole organizzazioni (non necessariamente enti del Terzo settore, considerata la mancata specificazione, tra i requisiti, dell'assenza dello scopo di lucro) che hanno come obiettivo statutario il perseguimento di una missione di servizio pubblico legata alla prestazione di tali servizi. Inoltre, l'operatività del regime di riserva è subordinata ad ulteriori condizioni. Innanzitutto, i profitti dell'organizzazione devono essere reinvestiti al fine di conseguire l'obiettivo dell'organizzazione. L'eventuale distribuzione dei profitti "dovrebbe" avvenire solo sulla base di "considerazioni partecipative". Allo stesso modo, le strutture di gestione o proprietà dell'organizzazione che eseguono l'appalto devono essere basate su principi partecipativi o di azionariato dei dipendenti. La durata del contratto non può superare i tre anni. Il regime di riserva è tuttavia temperato dal divieto di affidare allo stesso operatore un appalto per i servizi in questione qualora tale soggetto sia stato beneficiario di un affidamento conseguito con modalità riservate negli ultimi tre anni. Oltre a quanto si dirà più avanti in tema di convenzioni (che costituiscono, in un certo senso, un ulteriore regime di riserva per determinati soggetti) è necessario ancora precisare che, nascosto nel Titolo V (Parte II) del D.Lgs. 50/2016 in materia di esecuzione dei contratti, l'art. 112 pare delineare un regime di riserva generale per operatori economici e cooperative sociali (a cui, quindi, le stazioni appaltanti possono riservare il diritto di partecipazione alle procedure di appalto e a quelle di concessione o possono riservarne l'esecuzione), il cui scopo principale è l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate nel contesto di programmi di lavoro protetti, quando almeno il 30 per cento dei lavoratori dei suddetti operatori economici sia composto da lavoratori con disabilità o da lavoratori svantaggiati¹⁴⁵⁰. Ad ogni modo deve, comunque, rilevarsi che, ai sensi dell'art. 30 del nuovo Codice dei contratti, da ritenersi applicabile anche agli affidamenti *de quibus* compatibilmente con la specificità delle disposizioni dedicate, l'affidamento (e l'esecuzione) di servizi nel settore sociale deve svolgersi nel rispetto dei

¹⁴⁴⁸ Cfr. art. 35, comma 2, lett. c)

¹⁴⁴⁹ Cfr. art. 143. I servizi sanitari, sociali e culturali sono identificati dal legislatore con i seguenti codici CPV: 75121000-0 (Servizi amministrativi nel settore dell'istruzione), 75122000-7 (Servizi amministrativi in campo sanitario), 75123000-4 (Servizi amministrativi per l'edilizia), 79622000-0 (Servizi di fornitura di personale domestico), 79624000-4 (Servizi di fornitura di personale infermieristico), 79625000-1 (Servizi di fornitura di personale medico), 80110000-8 (Servizi di istruzione prescolastica), 80300000-7 (Servizi di istruzione superiore), 80420000-4 (Servizi di formazione), 80430000-7 (Servizi di istruzione universitaria per adulti), 80511000-9 (Servizi di formazione dei dipendenti), 80520000-5 (Attrezzature per la formazione), 80590000-6 (Servizi di tutorato), da 85000000-9 a 85323000-9 (Servizi sanitari e di assistenza sociale, etc.), 92500000-6 (Servizi di biblioteche, archivi, musei e altri servizi culturali), 92600000-7 (Servizi sportivi), 98133000-4 (Servizi prestati da organizzazioni associative di carattere sociale), 98133110-8 (Servizi prestati da associazioni giovanili).

¹⁴⁵⁰ L'art. 112, c. 2, ricalcando quanto già previsto dall'art. 4 della L. 381/1991, stabilisce che "si considerano soggetti con disabilità quelli di cui all'articolo 1 della legge 12 marzo 1999, n. 68, le persone svantaggiate, quelle previste dall'articolo 4 della legge 8 novembre 1991, n. 381, gli ex degenti di ospedali psichiatrici, anche giudiziari, i soggetti in trattamento psichiatrico, i tossicodipendenti, gli alcolisti, i minori in età lavorativa in situazioni di difficoltà familiare, le persone detenute o internate negli istituti penitenziari, i condannati e gli internati ammessi alle misure alternative alla detenzione e al lavoro all'esterno..."

principi di economicità, efficacia, tempestività, correttezza, libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità¹⁴⁵¹.

3. Le discipline speciali e il Codice del terzo settore

3.1. Le discipline speciali

Il regime di riserva appena delineato, che si affianca alle modalità tradizionali di affidamento, seppur “alleggerite”, come sopra visto, si inserisce nell’ambito dei meccanismi predisposti dal legislatore per tener conto di un settore particolare, quello dei servizi alla persona in cui, a volte, non è possibile l’esistenza di un mercato oppure, più spesso, i mercati possono risultare non perfettamente concorrenziali.

L’attuale e contemporanea presenza di più istituti che non sono stati oggetto di sistematizzazione né da parte del Codice dei Contratti né ad opera del recentissimo Codice del Terzo settore, di cui si parlerà a breve, rende, tuttavia, ancora vivo il problema della vigenza e del coordinamento delle disciplina a cui sono sottoposti i vari istituti.

Un apprezzabile tentativo esegetico di ricondurre *ad unitatem* le diverse discipline esistenti in materia di erogazione dei servizi sociali è stato di recente effettuato dall’Anac¹⁴⁵² che ha fornito indicazioni operative alle amministrazioni aggiudicatrici e agli operatori del settore al fine di assicurare anche in tale ambito il rispetto della normativa dell’Unione europea e nazionale in materia di contratti pubblici e di prevenzione della corruzione, nonché dei principi di libera circolazione delle merci, libertà di stabilimento, libera prestazione dei servizi, parità di trattamento, non discriminazione, riconoscimento reciproco, proporzionalità e trasparenza. Deve precisarsi che l’atto dell’Autorità interviene prima dell’emanazione del nuovo Codice dei Contratti e del Codice del Terzo settore. Come si vedrà, tuttavia, l’analisi e le considerazioni svolte in vigenza del precedente Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 163/2006) restano, *mutatis mutandis*, ancora pienamente valide¹⁴⁵³.

Le disposizioni di settore vigenti in materia di servizi sociali prevedono “*la possibilità di effettuare affidamenti ai soggetti del terzo settore in deroga all’applicazione del Codice dei Contratti, introducendo il ricorso a forme di aggiudicazione o negoziali, al fine di consentire agli organismi del privato sociale la piena espressione della propria progettualità*”¹⁴⁵⁴. Le diverse modalità di erogazione dei servizi alla persona, sono dall’Anac così individuate:

¹⁴⁵¹ Lo stesso art. 4 del Codice, relativo ai principi applicabili ai contratti pubblici esclusi (in tutto o in parte) dalla disciplina codicistica, comunque sottopone l’affidamento di tali contratti pubblici al rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell’ambiente ed efficienza energetica.

¹⁴⁵² Delibera n. 32 del 20 gennaio 2016 “*Linee guida per l’affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali*”.

¹⁴⁵³ La stessa Autorità, con Delibera n. 911 del 31 agosto 2016 ha stabilito che “*i principi affermati dall’Autorità nella delibera 32/2016, recante linee guida per l’affidamento dei servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali, possono ritenersi validi anche in vigenza del d.lgs. 50/2016, sebbene la predetta delibera sia stata adottata sotto il vigore del d.lgs. 163/2006*”.

¹⁴⁵⁴ Delibera Anac n. 32 del 20 gennaio 2016, *cit.*, p. 3. Il riferimento è all’art. 5, c. 2 della L. 8 novembre 2000, n. 328 sul sistema integrato dei servizi sociali. In attuazione di quanto previsto, poi, dal comma 3 dello stesso articolo, con D.P.C.M. del 30 marzo 2001, sono stati forniti gli indirizzi per la regolazione dei rapporti tra Comuni e loro forme associative con i soggetti del Terzo settore ai fini dell’affidamento dei servizi previsti dalla L. n. 328/2000.

- a) autorizzazione e accreditamento (art. 11, l. 328/2000);
- b) convenzione con le organizzazioni di volontariato di cui alla l. 266/1991 (art. 3, d.p.c.m. 30 marzo 2001);
- c) acquisto di servizi e prestazioni (art. 5, d.p.c.m. 30 marzo 2001);
- d) affidamento ai soggetti del terzo settore (art. 6, d.p.c.m. 30 marzo 2001).

Ebbene, tali istituti, a seguito dei nuovi interventi legislativi più volte citati (Codice dei Contratti e Codice del Terzo settore), non sono stati oggetto di alcuna sistematizzazione o coordinamento con le nuove discipline, fatta salva la trasposizione delle convenzioni con le organizzazioni di volontariato all'interno del D.Lgs. 117/2017 a seguito della contestuale abrogazione della L. 266/1991.

In generale, si afferma che *“attraverso l'autorizzazione e l'accreditamento vengono individuati gli operatori economici (appartenenti al terzo settore) che possono erogare il servizio, mentre è l'utente finale che sceglie la struttura cui rivolgersi, sulla base della qualità del servizio offerto (concorrenza nel mercato). Per le altre tre tipologie di affidamento, in deroga al Codice dei Contratti, l'amministrazione deve selezionare, sulla base del progetto presentato, l'operatore economico che eroga il servizio e la concorrenza si svolge per entrare nel mercato...per queste ultime tre modalità di erogazione dei servizi è essenziale che l'amministrazione attribuisca una rilevanza maggiore alla verifica della qualità del servizio effettivamente reso, non operando i meccanismi di selezione tipici del mercato”*¹⁴⁵⁵.

L'autorizzazione è fondamentale per l'attivazione dei servizi e costituisce spesso un prerequisito per l'accreditamento. Il sistema di autorizzazione nell'offerta dei servizi regionali e locali può essere considerato il modello classico e tradizionale di organizzazione dei servizi alla persona. L'autorizzazione, tradizionalmente, è intesa come sistema di abilitazione all'attività dei soggetti privati che vogliono offrire attività di servizio sociale¹⁴⁵⁶. Mentre in alcune Regioni è riconosciuta un'ampia autonomia ai Comuni, ai quali è attribuita la potestà di rilasciare l'autorizzazione e di programmare i servizi collegati, in altre è stato previsto, invece, un sistema accentrato con attribuzione ai Comuni del compito di determinazione delle tariffe¹⁴⁵⁷. L'autorizzazione al funzionamento e l'accreditamento sono previsti come condizioni imprescindibili per la conduzione dei centri diurni per anziani e per disabili, delle case residenze per anziani, dei centri residenziali socio-riabilitativi per disabili. L'art. 11 della L. 8 novembre 2000, n. 328 (*Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali*¹⁴⁵⁸) prevede, infatti, che i servizi e le strutture a ciclo residenziale e semiresidenziale a gestione pubblica o degli enti del Terzo settore siano autorizzati dai comuni e che l'autorizzazione sia rilasciata in conformità ai requisiti stabiliti dalla legge regionale, che recepisce e integra, in relazione alle esigenze locali, i requisiti

¹⁴⁵⁵ *Ivi*, p. 11.

¹⁴⁵⁶ Come efficacemente sintetizzato, con tale strumento *“si intende perseguire un obiettivo che potremmo definire minimale, vale a dire impedire che il soggetto che richiede di svolgere una data attività possa, mediante essa, provocare dei danni (ai destinatari di tale attività ovvero ad altri), ovvero erogare quel servizio al di fuori di standard strutturali minimi”*. (E. Rossi, *“Valore e ruolo del terzo settore nel welfare in evoluzione”* in *“Corso di diritto pubblico dell'economia”*, a cura di Mirella Pellegrini, Wolters Kluwer, 2016, p. 285).

¹⁴⁵⁷ Cfr. *Delibera Anac cit.*, pp. 11 e 12.

¹⁴⁵⁸ Per *“servizi sociali”*, ai sensi dell'art. 128 del D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 112, si intendono tutte le attività relative alla predisposizione ed erogazione di servizi, gratuiti ed a pagamento, o di prestazioni economiche destinate a rimuovere e superare le situazioni di bisogno e di difficoltà che la persona umana incontra nel corso della sua vita, escluse soltanto quelle assicurate dal sistema previdenziale e da quello sanitario, nonché quelle assicurate in sede di amministrazione della giustizia.

minimi strutturali e organizzativi, fissati a livello nazionale, “con decreto del Ministro per la solidarietà sociale, sentiti i Ministri interessati e la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281”. Ai sensi dell'art. 6 della menzionata legge, infatti, i comuni sono destinatari delle competenze in tema di autorizzazione, accreditamento e vigilanza dei servizi sociali e delle strutture a ciclo residenziale e semiresidenziale sulla base dei criteri fissati dalla Regione e dei requisiti minimi fissati dallo Stato.

L'accREDITAMENTO, successivo all'autorizzazione, ha lo scopo di garantire qualità dell'assistenza e dei servizi: riguarda le strutture, le tecnologie, il personale utilizzato. Il sistema di accreditamento richiede precise garanzie sulla continuità assistenziale, sulla qualità, sulla gestione unitaria dei servizi¹⁴⁵⁹. La finalità è quella di assicurare un elevato standard dei servizi nonché di regolare i rapporti tra Amministrazione e soggetti erogatori¹⁴⁶⁰.

La convenzione rappresenta, invece, lo strumento individuato dalla l. 266 dell'11 agosto 1991 (Legge Quadro sul volontariato) per attuare la collaborazione tra gli enti pubblici e le organizzazioni di volontariato: essa costituisce “lo strumento giuridico mediante il quale il soggetto pubblico riconosce in capo all'organizzazione i requisiti necessari per il perseguimento di obiettivi di interesse pubblico, mette a disposizione di tale soggetto le risorse necessarie per il perseguimento degli obiettivi predefiniti, controlla, verifica e valuta l'operato dell'organizzazione con riferimento all'attività affidata.”¹⁴⁶¹

La Legge 11 agosto 1991 n. 266 all'articolo 7 disciplinava le convenzioni e prevedeva che lo Stato, le Regioni, gli enti locali e, in generale, “gli altri Enti pubblici”, potessero stipulare convenzioni con le organizzazioni di volontariato iscritte da almeno sei mesi nei registri regionali ferma restando la dimostrazione di “attitudine e capacità operativa”¹⁴⁶².

Sulla base di quanto previsto dal comma 2 del suddetto articolo, il contenuto necessario della convenzione è stato così individuato¹⁴⁶³:

- descrizione delle obbligazioni assunte dalle parti e la durata della convenzione;
- individuazione delle disposizioni volte a garantire l'esistenza delle condizioni necessarie ad assicurare la continuità del servizio e il rispetto dei diritti e della dignità degli utenti;
- specificazione delle forme di verifica delle prestazioni e di controllo della loro qualità;
- individuazione delle modalità di rimborso delle spese e la previsione della copertura assicurativa per infortunio, malattia e responsabilità civile a carico dell'ente pubblico.

Il D.P.C.M. 30 marzo 2001 (“Atto di indirizzo e coordinamento sui sistemi di affidamento dei servizi alla persona ai sensi dell'art. 5 della legge 8 novembre 2000, n. 328”) ha ribadito la

¹⁴⁵⁹ “Diventare soggetto accreditato, dunque, o – meglio – acquisire l'accREDITAMENTO per il servizio che viene erogato (dato che perlopiù ad essere accreditati non sono gli enti ma i servizi resi), consente di entrare in quella rete di servizi che dà concreta attuazione al principio della sussidiarietà orizzontale...” E. Rossi, “Valore e ruolo del terzo settore nel welfare in evoluzione”, op. cit. p. 285.

¹⁴⁶⁰ Precisa ancora la citata Delibera Anac: “Rispetto all'autorizzazione, l'accREDITAMENTO richiede l'osservanza di standard qualitativi ulteriori e, quindi, si pone come atto di abilitazione di secondo grado. Esso non riveste una funzione accertativa del possesso di requisiti qualificanti, quanto piuttosto una funzione collaborativa e promozionale, essendo volto ad instaurare un rapporto tra accreditato e accreditante, ispirato ad una logica di sussidiarietà. Gli enti accreditati, infatti, vengono inseriti nella rete dei servizi sociali e possono ricevere contributi e sovvenzioni per lo svolgimento di attività rivolte al pubblico. In particolare, l'amministrazione può concedere voucher o assegni di cura ai cittadini da spendere presso le strutture accreditate per l'acquisto di prestazioni.”

¹⁴⁶¹ Delibera Anac cit., p. 14.

¹⁴⁶² Previsione analoga era contenuta nell'art. 30 della Legge 7 dicembre 2000, n. 383 recante “Disciplina delle associazioni di promozione sociale”, anch'essa abrogata dal D.Lgs. 117/2017.

¹⁴⁶³ Cfr. Delibera Anac, cit., p.14.

valorizzazione dell'apporto del volontariato nel sistema di interventi e servizi “*come espressione organizzata di solidarietà sociale, di autoaiuto e reciprocità*”, anche con riferimento ai servizi e alle prestazioni complementari ai servizi che richiedono una organizzazione complessa (ma pur sempre compatibili con la natura e le finalità del volontariato) ed ha individuato la convenzione di cui alla legge n. 266/1991 quale forma generale di collaborazione con le organizzazioni di volontariato da parte degli enti pubblici¹⁴⁶⁴. Dello stesso anno è la previsione, sempre in tema di convenzioni, di cui all'art. 5 della legge 8 novembre 1991 n. 381 (“*Disciplina delle cooperative sociali*”) che prevede la possibilità, per gli enti pubblici e le società di capitali a partecipazione pubblica, “*anche in deroga alla disciplina in materia di contratti della pubblica amministrazione*”, di stipulare convenzioni con le cooperative di tipo B (cioè che svolgono attività agricole, industriali, commerciali o di servizi finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate) per la fornitura di beni e servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi il cui importo sia inferiore agli importi stabiliti dalle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici, purché tali convenzioni siano finalizzate a creare opportunità di lavoro per le persone svantaggiate¹⁴⁶⁵. La legge 23 dicembre 2014, n. 190 (legge di stabilità 2015), con l'art. 1, c. 610, ha aggiunto al comma 1 dell'art. 5 della legge n. 381/1991, il seguente periodo: “*Le convenzioni di cui al presente comma sono stipulate previo svolgimento di procedure di selezione idonee ad assicurare il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di efficienza*”¹⁴⁶⁶. Ad oggi le previsioni di cui alla legge 381/1991 restano in vigore, risultando, tra l'altro, richiamate dallo stesso Codice dei contratti pubblici¹⁴⁶⁷.

3.2. Il Codice del terzo settore

La disciplina delle convenzioni ha subito una importante riscrittura con il D.Lgs. 3 luglio 2017, n. 117 noto come “Codice del Terzo settore” con cui si completa l'attuazione della legge 106/2016¹⁴⁶⁸ che ha stabilito i principi e i criteri direttivi per la riforma del terzo settore, dell'impresa sociale e per la disciplina del servizio civile universale¹⁴⁶⁹.

¹⁴⁶⁴ Cfr. art. 3 D.P.C.M. 30 marzo 2001.

¹⁴⁶⁵ L'art. 4 della suddetta legge considera persone svantaggiate “*invalidi fisici, psichici e sensoriali, gli ex degenti di ospedali psichiatrici, anche giudiziari, i soggetti in trattamento psichiatrico, i tossicodipendenti, gli alcolisti, i minori in età lavorativa in situazioni di difficoltà familiare, le persone detenute o internate negli istituti penitenziari, i condannati e gli internati ammessi alle misure alternative alla detenzione e al lavoro all'esterno...*”

¹⁴⁶⁶ Non è un caso che tale integrazione sia stata effettuata all'indomani dello scoppio del caso Mafia Capitale, un'organizzazione nata e attiva a Roma, la cui esistenza è stata rivelata il 2 dicembre 2014 dall'Operazione Mondo di Mezzo, che ha portato all'iscrizione nel registro degli indagati di 101 persone e all'arresto di 37 per associazione di tipo mafioso, estorsione, usura, corruzione, turbativa d'asta, false fatturazioni, trasferimento fraudolento di valori, riciclaggio di denaro e altri reati. In particolare, sono state oggetto d'inchiesta le modalità di affidamento di diversi appalti affidati a cooperative sociali in materia di accoglienza, ambiente, verde pubblico e pulizia che avevano registrato, secondo quanto affermato dal procuratore di Roma, una vera e propria “*esplosione del fatturato*” (<http://www.rainews.it/dl/rainews/articoli/labirinto-cooperative-Mafia-Capitale-a75ef368-a6bc-4ba1-a98a-14e65bb8446b.html>). Tuttavia, i giudici della decima sezione penale di Roma, in relazione alle condanne inflitte agli imputati principali (20 luglio 2017), non hanno ravvisato il reato più grave, quello al centro dell'inchiesta, l'associazione di stampo mafioso ex art. 416 bis del c.p., per la prima volta contestato a soggetti non appartenenti a organizzazioni tradizionali (mafia, camorra, ndrangheta etc.).

¹⁴⁶⁷ Si veda l'art. 112, di cui si è già accennato in precedenza.

¹⁴⁶⁸ Per una agile e critica ricostruzione dei principali contenuti della Legge delega 6 giugno 2016, n. 106, pubblicata in G.U. Serie Generale n.141 del 18 giugno 2016, si veda di L. Gori e E. Rossi “*La legge delega n. 106 del 2016 di riforma del terzo settore*” in www.osservatoriosullefonti.it, fasc. 2/2016.

¹⁴⁶⁹ È piuttosto recente la definizione di “Terzo settore” nell'ordinamento italiano. La L. 6 giugno 2016, n. 106 con cui è stata conferita la delega al Governo per la riforma del Terzo settore, dell'impresa sociale e per la disciplina del servizio civile universale, ha stabilito che per “Terzo settore” deve intendersi “*il complesso degli enti privati costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità*”

Il D.Lgs. 117/2017 - che ha abrogato, tra l'altro, la legge 11 agosto 1991, n. 266 e la 7 dicembre 2000, n. 383, - ha riproposto e meglio definito l'istituto della convenzione. Secondo quanto stabilito dalla nuova disciplina delineata dall'articolo 56 del Codice del Terzo settore, le Amministrazioni pubbliche possono sottoscrivere con le organizzazioni di volontariato e con le associazioni di promozione sociale iscritte da almeno sei mesi nel Registro unico nazionale del Terzo settore, convenzioni finalizzate allo svolgimento in favore di terzi di attività o servizi sociali di interesse generale, *“se più favorevoli rispetto al ricorso al mercato”*¹⁴⁷⁰. Sia consentito in questa sede esprimere qualche perplessità in merito a tale ultima locuzione. Lo svolgimento in favore di terzi (per conto della P.A.) di attività o servizi sociali di interesse generale da parte di associazioni di volontariato esclude che tali servizi possano considerarsi reperibili sul “mercato” oppure, come si ritiene, ammette che le stesse attività possano essere realizzate sia in regime riservato sia in regime concorrenziale? In altre parole, a meno di una espressa e preventiva esclusione dal mercato di determinati servizi ad opera del legislatore nazionale o regionale, non sembra che in generale tali servizi possano essere esclusi dal mercato. Il *favor* rispetto al mercato non sembra che possa essere rappresentato se non da un vantaggio economico, comunque raggiungibile previo confronto concorrenziale, atteso che la qualità dei servizi non può, comunque, mai essere posta in discussione. Ad ogni modo, l'art. 56 prevede che l'individuazione delle organizzazioni di volontariato e delle associazioni di promozione sociale con cui stipulare la convenzione avvenga nel rispetto dei principi di imparzialità, pubblicità, trasparenza, partecipazione e parità di trattamento, mediante procedure comparative seppur riservate alle medesime¹⁴⁷¹. Resta fermo il possesso dei requisiti di moralità professionale e adeguata attitudine all'attività svolta e alle connesse finalità, nonché di capacità tecnica e professionale, intesa come concreta capacità di operare e realizzare l'attività oggetto di convenzione. Si stabilisce, poi, che le convenzioni possano prevedere esclusivamente il rimborso alle organizzazioni di volontariato e alle associazioni di promozione sociale delle spese effettivamente sostenute e documentate. Con riferimento agli ulteriori contenuti,

civiche, solidaristiche e di utilità sociale e che, in attuazione del principio di sussidiarietà e in coerenza con i rispettivi statuti o atti costitutivi, promuovono e realizzano attività di interesse generale mediante forme di azione volontaria e gratuita o di mutualità o di produzione e scambio di beni e servizi.” (art. 1). È stato rilevato da uno dei primi commentatori della riforma, sulla base delle diverse discipline vigenti prima dell'entrata in vigore del Codice del Terzo settore, che *“l'intreccio delle leggi speciali ha portato nel tempo alla proliferazione di forme giuridiche. Accadeva, ad esempio, che un ente fosse di base un'associazione (riconosciuta o non riconosciuta) e poi organizzazione di volontariato e Onlus di diritto ed eventualmente anche impresa sociale. Soggetto perciò a quattro diverse normative, comprensive di registri e autorità di controllo, nel cui ambito quella del codice era la più semplice e secondaria. La creazione di nuove categorie aveva prodotto una moltiplicazione dei registri speciali, anche regionali, problema cui il Codice del terzo settore intende porre rimedio con l'introduzione del registro unico nazionale. L'intento principale della riforma è coordinare e modernizzare la “vecchia” legislazione speciale. I citati provvedimenti normativi (tranne la l. n. 381/1991 sulle cooperative sociali) stati abrogati e confluiscono nel Codice del terzo settore...”*. (M.V. De Giorgi *“La riforma del terzo settore”*, 2017 in <http://www.lacostituzione.info/index.php/2017/08/05/la-riforma-del-terzo-settore/>). Sulla tematica del Terzo settore la letteratura è molto ampia. Si segnalano in particolare: S. Zamagni (a cura di), *“Libro bianco sul Terzo settore”*, Ed. Il Mulino, 2011; S. Zamagni, *“Economia ed etica. La crisi e la sfida dell'economia civile”*, Ed. La Scuola, 2009; L. Bobba, *“Non profit”*, Ed. La Scuola, 2009; L. Bruni, S. Zamagni, *“Economia civile. Efficienza, equità, felicità pubblica”*, 2004, Ed. Il Mulino; G. Moro, *“Contro il non profit”*, Laterza, 2013; E. Rossi, S. Zamagni (a cura di), *“Il Terzo settore nell'Italia unita”*, Ed. Il Mulino 2012; G. Arena, C. Iaione C (a cura di), *“L'età della condivisione. La collaborazione fra cittadini e amministrazioni per i beni comuni”*, Ed. Carocci, 2015.

¹⁴⁷⁰ Sono state accolte le indicazioni del Consiglio di Stato (parere Commissione speciale n. 1405 del 14 giugno 2017) che ha reputato *“necessario inserire al comma 1, nell'ambito della locuzione ‘servizi di interesse generale’, la precisazione che deve trattarsi di servizi ‘sociali’ e, dopo tale locuzione, l'inciso ‘se più favorevoli rispetto al ricorso al mercato’”*.

¹⁴⁷¹ È stata, altresì, accolta l'indicazione dello stesso Consenso che ha richiesto di eliminare all'art. 56, c. 3 primo periodo dello schema di decreto, *“la congiunzione ‘anche’ per trasformare il ricorso alle procedure comparative per la scelta degli enti da semplice facoltà per le amministrazioni in vero e proprio obbligo.”*

fermi restando quelli già individuati dalla precedente normativa, le convenzioni devono disciplinare il contenuto e le modalità dell'intervento volontario, il numero e l'eventuale qualifica professionale delle persone impegnate nelle attività convenzionate, le modalità di coordinamento dei volontari e dei lavoratori con gli operatori dei servizi pubblici, le modalità di risoluzione del rapporto, forme di verifica delle prestazioni e di controllo della loro qualità, la verifica dei reciproci adempimenti nonché le modalità di rimborso delle spese, nel rispetto del principio dell'effettività delle stesse, con esclusione di qualsiasi attribuzione a titolo di maggiorazione, accantonamento, ricarico o simili, e con la limitazione del rimborso dei costi indiretti alla quota parte imputabile direttamente all'attività oggetto della convenzione.

Tale regime di riserva¹⁴⁷² attuato mediante convenzione viene potenziato per gli affidamenti dei servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza¹⁴⁷³. Infatti, l'art. 57 del Codice del Terzo settore prevede l'affidamento in convenzione, “*in via prioritaria*” alle organizzazioni di volontariato¹⁴⁷⁴ iscritte da almeno sei mesi nel Registro unico nazionale del Terzo settore, aderenti ad una rete associativa nazionale ed accreditate ai sensi della normativa regionale in materia. L'affidamento diretto deve garantire, comunque, il perseguimento degli obiettivi di solidarietà e condizioni di efficienza economica e adeguatezza nonché il rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione¹⁴⁷⁵.

È necessario, a questo punto, soffermarsi brevemente su ulteriori modalità di interazione tra Terzo settore e Amministrazioni pubbliche, valorizzate dal D.Lgs. 117/2017 che dedica

¹⁴⁷² Tale regime si affianca alle previsioni generali in tema di riserva, sopra già esaminate, di cui agli artt. 112 e 143 del D.Lgs. 50/2016.

¹⁴⁷³ Il Considerando n. 28 della direttiva 24 (nello stesso senso il Considerando n. 36 della direttiva 23 sulle concessioni e il Considerando n. 36 della direttiva 25 sulle procedure d'appalto nei settori speciali) stabilisce che la direttiva “*non dovrebbe applicarsi a taluni servizi di emergenza se effettuati da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro, in quanto il carattere particolare di tali organizzazioni sarebbe difficile da preservare qualora i prestatori di servizi dovessero essere scelti secondo le procedure di cui alla presente direttiva. La loro esclusione, tuttavia, non dovrebbe essere estesa oltre lo stretto necessario. Si dovrebbe pertanto stabilire esplicitamente che i servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza non dovrebbero essere esclusi... Occorre pertanto precisare che i servizi identificati con il codice CPV 85143000-3, consistenti esclusivamente in servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza, dovrebbero essere soggetti al regime speciale previsto per i servizi sociali e altri servizi specifici (regime alleggerito)*”. Il D.Lgs. 50/2016 non ha, quindi, inserito tra le esclusioni specifiche previste dall'art. 17, i servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza. Ma i servizi di trasporto in emergenza sono rimasti senza disciplina. Fino all'emanazione del Codice del Terzo settore.

¹⁴⁷⁴ Sulla possibilità di affidare direttamente tali servizi ad associazioni di volontariato si veda Corte di Giustizia dell'Unione europea, sentenza 11 dicembre 2014, C-113/13; nel senso di una maggiore ma preoccupante apertura anche verso servizi non connotati da stretta emergenzialità e sempre in favore di associazioni di volontariato, si veda Corte di Giustizia dell'Unione europea, sentenza 28 gennaio 2016, C-50/2014: “*72 Occorre pertanto rispondere alla seconda questione che, qualora uno Stato membro consenta alle autorità pubbliche di ricorrere direttamente ad associazioni di volontariato per lo svolgimento di determinati compiti, un'autorità pubblica che intenda stipulare convenzioni con associazioni siffatte non è tenuta, ai sensi del diritto dell'Unione, a una previa comparazione delle proposte di varie associazioni?*”. In precedenza, la stessa Anac, nella Deliberazione n. 35 del 9 marzo 2011, nella vigenza del precedente Codice, aveva affermato la non compatibilità “*con i principi di diritto comunitario la previsione secondo la quale, laddove le aziende sanitarie non siano in grado di prestare autonomamente i servizi di trasporto sanitario, questi vengano affidati di norma prioritariamente mediante affidamenti diretti a soggetti accreditati in assenza di apposita procedura concorrenziale*” e, in definitiva, che “*l'affidamento dei servizi di trasporto sanitario, in virtù della vigente normativa comunitaria e nazionale, debba soggiacere al regime delineato dagli artt. 20 e 27 del D.Lgs. n. 163/2006, mentre l'affidamento dei servizi di trasporto non strettamente sanitari debba soggiacere al regime delineato dal D.Lgs. 163/2007, in ottemperanza a quanto dettato in materia dalla direttiva 2004/18/CE*”. Per una ricostruzione della giurisprudenza europea ed interna in materia di affidamento diretto del trasporto sanitario si veda Francesco Sanchini “*L'affidamento diretto del servizio di trasporto sanitario al volontariato nella prospettiva della Corte di giustizia e del Giudice amministrativo: il problematico contemperamento tra i principi di solidarietà, sussidiarietà e tutela della concorrenza*”

http://www.federalismi.it/nv14/articolodocumento.cfm?Artid=31777&content=L%27affidamento+diretto+del+servizio+di+trasporto+sanitario+al+volontariato&content_autho=%3C%3EFrancesco+Sanchini%3C%3E

¹⁴⁷⁵ Il primo comma del suddetto articolo prevede, nello specifico: “*I servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza possono essere, in via prioritaria, oggetto di affidamento in convenzione alle organizzazioni di volontariato, iscritte da almeno sei mesi nel Registro unico nazionale del Terzo settore, aderenti ad una rete associativa di cui all'articolo 41, comma 2, ed accreditate ai sensi della normativa regionale in materia, ove esistente, nelle ipotesi in cui, per la natura specifica del servizio, l'affidamento diretto garantisce l'espletamento del servizio di interesse generale, in un sistema di effettiva contribuzione a una finalità sociale e di perseguimento degli obiettivi di solidarietà, in condizioni di efficienza economica e adeguatezza, nonché nel rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione*”.

un intero Titolo ai rapporti con gli enti pubblici¹⁴⁷⁶. Viene in rilievo, in particolare, l'art. 55 che con riferimento al coinvolgimento degli enti del Terzo settore nelle attività di pianificazione degli interventi, estende e generalizza le prescrizioni che la legge 328/2000 in tema di servizi sociali rivolge essenzialmente ai Comuni (oltreché alle Regioni e allo Stato). L'articolo 55 ha previsto che tutte le Amministrazioni¹⁴⁷⁷ debbano assicurare il coinvolgimento attivo degli enti del Terzo settore attraverso forme di co-programmazione¹⁴⁷⁸, co-progettazione e accreditamento. Questi istituti, quindi, potranno essere utilizzati da tutte le altre pubbliche amministrazioni e, soprattutto, potranno essere utilizzate per tutte le attività elencate all'art. 5 del Codice del Terzo settore. Dell'accREDITAMENTO si è già detto sopra. Qui deve solo rilevarsi che l'accREDITAMENTO, almeno con riferimento ai servizi gestiti per conto dell'amministrazione, non può costituire anche la modalità di scelta del contraente. Il comma 4 dell'articolo in commento, ai fini della scelta degli Enti del terzo settore con cui attivare il partenariato, *“anche mediante forme di accreditamento”* prevede, infatti, il *“rispetto dei principi di trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento, previa definizione, da parte della pubblica amministrazione procedente, degli obiettivi generali e specifici dell'intervento, della durata e delle caratteristiche essenziali dello stesso nonché dei criteri e delle modalità per l'individuazione degli enti partner”*.

La co-programmazione, invece, *“è finalizzata all'individuazione, da parte della pubblica amministrazione procedente, dei bisogni da soddisfare, degli interventi a tal fine necessari, delle modalità di realizzazione degli stessi e delle risorse disponibili”*¹⁴⁷⁹. La co-progettazione, successiva alla programmazione, è volta *“alla definizione ed eventualmente alla realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento finalizzati a soddisfare bisogni definiti, alla luce degli strumenti di programmazione di cui al comma 2”*¹⁴⁸⁰.

In relazione ad entrambe le fasi/modalità di interazione, si deve rilevare l'assenza di alcun riferimento al Codice dei Contratti e alla relativa disciplina prevista in tema di programmazione e progettazione di servizi.¹⁴⁸¹

Da ultimo, per esigenze di completezza, è necessario effettuare alcune considerazioni sulle altre due *“modalità”* di erogazione dei servizi alla persona individuate dall'Anac nell' *“acquisto*

¹⁴⁷⁶ Titolo VII che comprende gli artt. 55, 56 e 67.

¹⁴⁷⁷ Il tradizionale riferimento è alle Amministrazioni elencate all'art. 1, c. 2 del D.Lgs. 165/2001.

¹⁴⁷⁸ L'art. 4, comma 1, lett. o), della L. delega 106/2016 ha indicato, tra i criteri direttivi, il seguente: *“valorizzare il ruolo degli enti nella fase di programmazione, a livello territoriale, relativa anche al sistema integrato di interventi e servizi socio-assistenziali nonché di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale, paesaggistico e ambientale e individuare criteri e modalità per l'affidamento agli enti dei servizi d'interesse generale, improntati al rispetto di standard di qualità e impatto sociale del servizio, obiettività, trasparenza e semplificazione e nel rispetto della disciplina europea e nazionale in materia di affidamento dei servizi di interesse generale, nonché criteri e modalità per la verifica dei risultati in termini di qualità e di efficacia delle prestazioni”*. Tale disposizione (nonché quella di cui all'art. 55 c. 2 del Codice del Terzo settore) *“tende a valorizzare degli enti ... nell'attività di programmazione a livello territoriale: previsione senz'altro opportuna (in quanto segno della volontà di superare la tradizionale concezione che limita l'apporto del Terzo settore al solo momento di erogazione dei servizi), anche relativamente all'allargamento degli ambiti di coinvolgimento oltre la sfera dei servizi socio-assistenziali”* (L. Gori e E. Rossi, *op. cit.*).

¹⁴⁷⁹ Art. 55 comma 2. Si vedano, più specificamente, gli articoli 1 e 3 della L. 328/2000 nonché Delibera Anac n. 32 del 20 gennaio 2016, *cit.*, p. 7 e ss.

¹⁴⁸⁰ Art. 55 comma 3. Si vedano, più specificamente, gli articoli 1 e 5 della L. 328/2000, l'art. 7 del D.P.C.M. 30 marzo 2001 nonché Delibera Anac n. 32 del 20 gennaio 2016, *cit.*, pp. 10 e 11 secondo cui *“La co-progettazione si sostanzia in un accordo procedimentale di collaborazione che ha per oggetto la definizione di progetti innovativi e sperimentali di servizi, interventi e attività complesse da realizzare in termini di partenariato tra amministrazioni e privato sociale e che trova il proprio fondamento nei principi di sussidiarietà, trasparenza, partecipazione e sostegno dell'impegno privato nella funzione sociale”*. Si veda anche *“La coprogettazione e il codice degli appalti nell'affidamento dei servizi sociali - Spunti di approfondimento”*, a cura di Antonella Fabiano - Direttore della Centrale Unica Appalti - Comune di Milano, Anci, maggio 2017.

¹⁴⁸¹ Cfr. artt. 21 e 23 del D.Lgs. 50/2016.

di servizi e prestazioni” e nell’*“affidamento della gestione dei servizi alla persona”*, nonostante esse non siano propriamente afferenti al Codice del Terzo settore, essendo le stesse, per lo più, trasversali rispetto a quanto detto finora. A seguito dell’emanazione prima del D.Lgs. 163/2006 e poi del D.Lgs. 50/2016, entrambe le modalità possono configurare, ai sensi della disciplina europea e interna, un appalto pubblico di servizi o forniture: il discorso, quindi, non può che essere condotto a livello unitario. Delle previsioni di cui al nuovo Codice dei Contratti e, in particolare, dei due regimi alleggeriti e del regime di riserva si è già parlato sopra. Qui è necessario ancora precisare che non sono state abrogate (e da ciò deriva, presumibilmente, la riproposta duplicazione, da parte dell’Anac, dell’erogazione mediante acquisto e mediante affidamento¹⁴⁸²) né dal D.Lgs. 50/2016 (nemmeno a seguito del correttivo di cui al D.Lgs. 56/2017) né dal D.Lgs. 117/2017 le disposizioni ancora previste dal D.P.C.M. 30 marzo 2001 (artt. 5 e 6). In particolare, l’articolo 5, prevede che i Comuni, al fine di realizzare il sistema integrato di interventi e servizi sociali garantendone i livelli essenziali, possano acquistare servizi e interventi organizzati dai soggetti del terzo settore e riserva alle Regioni la disciplina delle modalità per l’acquisto di tali servizi e interventi in materia di pubblicità, di istituzione dell’elenco dei fornitori di servizi autorizzati che si dichiarano disponibili ad offrire i servizi richiesti secondo tariffe e caratteristiche qualitative concordate, di criteri per l’eventuale selezione dei soggetti fornitori sulla base dell’offerta economicamente più vantaggiosa. Si ritiene che tali prescrizioni siano ormai superate dal Codice dei Contratti pubblici e dal Codice del Terzo settore. Assume, invece, ancora particolare importanza la previsione di cui al quarto comma dell’art. 5, che prevede la possibilità per i Comuni di stipulare convenzioni con i fornitori iscritti nell’elenco dei fornitori autorizzati. In tal caso, lo strumento utilizzato, la convenzione, non è rivolto però alle sole associazioni di volontariato ma a tutti i soggetti del Terzo settore. L’articolo 6, invece, rinvia alla regolamentazione regionale la disciplina dei rapporti tra Comuni e soggetti del Terzo settore nell’affidamento dei servizi alla persona *“tenuto conto delle norme nazionali e comunitarie che disciplinano le procedure di affidamento dei servizi da parte della pubblica amministrazione”*, fermo restando il rispetto *“dei principi di pubblicità e trasparenza dell’azione della pubblica amministrazione e di libera concorrenza tra i privati nel rapportarsi ad essa”*. In particolare si prevede che possano essere utilizzate, nel rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza e concorrenza, le procedure ristrette e negoziate¹⁴⁸³ e come criterio di aggiudicazione quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa. Non sembra che tale disposizione contrasti con la normativa sopravvenuta, sebbene essa costituisca una fonte

¹⁴⁸² Nonostante, comunque, lo stesso art. 4 del D.P.C.M. 30 marzo 2001 tratti congiuntamente acquisto e affidamento estendendo le prescrizioni in tema di preselezione e di valutazione delle offerte ai soggetti *“presso cui acquistare o ai quali affidare l’erogazione di servizi di cui ai successivi articoli 5 e 6”*.

¹⁴⁸³ L’Anac, nella Delibera 32 più volte citata, nella vigenza del vecchio Codice ha precisato che *“Il dato letterale della norma, indicando la preferenza per le procedure ristrette e negoziate, sembra introdurre una deroga meno ampia di quella contenuta nel d.lgs. n. 163/2006 che, per i servizi sociali, prevede unicamente il ricorso alla procedura negoziata di cui all’art. 27. Sulla base di tale considerazione, appare pertanto, utile indicare alle stazioni appaltanti di ricorrere per gli affidamenti di importo elevato a procedure ristrette di cui al Codice dei Contratti. Per questa tipologia di affidamenti è prevista, quindi, una riserva in favore dei soggetti del terzo settore, con l’obbligo del rispetto delle disposizioni del Codice dei Contratti per quanto concerne le procedure di scelta dei contraenti, ciò che conferma la contrarietà per l’affidamento fiduciario, ribadita anche dalla nuova direttiva 2014/24/UE.”* A seguito del correttivo al nuovo Codice dei Contratti si ritengono applicabili tutte le procedure previste dal legislatore per la generalità degli appalti pubblici (cfr. art. 142, c. 5 *sexies* e 5 *octies*).

ulteriore e sovrapponibile a livello contenutistico che non contribuisce certamente a semplificare e chiarire la materia.

4. Conclusioni

Pur riconoscendo lo sforzo profuso nell'avvio¹⁴⁸⁴ della sistematizzazione dell'intera materia, deve constatarsi l'assenza di una disciplina unitaria destinata a definire i rapporti tra settore pubblico e i soggetti che ora sono racchiusi nel concetto di Terzo settore. Utilizzando le parole del Consiglio di Stato, non sembra che sia stata considerata attentamente *“la necessità (imposta dal diritto europeo) di mediare le due contrapposte esigenze: valorizzare le organizzazioni non lucrative e, al contempo, salvaguardare gli equilibri funzionali del libero mercato”*¹⁴⁸⁵.

Tale esigenza già nel 2016 era stata rappresentata dall'Anac¹⁴⁸⁶ che evidenziava come, *“nonostante il notevole impatto della spesa per i servizi sociali sulle finanze pubbliche, si registra ancora oggi la mancanza di una specifica normativa di settore che disciplini in maniera organica l'affidamento di contratti pubblici ai soggetti operanti nel terzo settore”*. La stessa Authority confidava, come occasione per rimediare a tale carenza, nell'approvazione *“del disegno di legge recante le Linee guida per una revisione organica della disciplina riguardante il terzo settore (d.d.l. n.1870 approvato alla Camera dei deputati il 9.4.2015)”*.

Stando alle disposizioni del Codice del Terzo settore, pare che gli auspici dell'Anac siano stati disattesi.

Erano già stati rilevati i *“problemi di coordinamento tra la disciplina comunitaria e nazionale in materia di contratti pubblici e le normative specifiche tuttora vigenti nel Terzo Settore, le quali prevedono ipotesi di affidamenti in favore dei soggetti ivi operanti non proprio coincidenti con quelle del Codice. Si pensi, a esempio:*

- *alla ‘riserva’ in favore delle organizzazioni di volontariato per l'erogazione, mediante convenzione, di servizi alla persona, prevista dall'art. 3 del D.P.C.M. 30 marzo 2001; ciò in deroga ai principi dell'evidenza pubblica, in considerazione del fine di attuare i principi di universalità, solidarietà, accessibilità diffusa del servizio, garanzia del mantenimento dei livelli essenziali ed equilibrio economico;*
- *alla possibilità delle Amministrazioni, prevista dall'art. 5 del richiamato D.P.C.M., di acquistare all'esterno, ossia senza delegarne la gestione, servizi e interventi organizzati dai soggetti del Terzo Settore, semplicemente autorizzati o accreditati ai sensi dell'art. 11 della Legge n. 328/2000, iscritti nell'apposito elenco; con previsione solo eventuale della selezione dei predetti fornitori in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa;*

¹⁴⁸⁴ Di avvio più che di approdo definitivo si tratta poiché, come riconosciuto anche dal Consiglio di Stato in sede consultiva, fermo restando l'indubbio valore aggiunto del codice del terzo settore sotto gli aspetti della visione di sistema e dell'introduzione di elementi di effettiva semplificazione sostanziale, *“sarebbe stato preferibile consolidare nel Codice del terzo settore l'intera regolazione della materia (società di mutuo soccorso, cooperative sociali, e così via: la legge delega prevedeva un autonomo decreto legislativo solo per la revisione della disciplina in materia di impresa sociale). L'obiettivo di chiarezza ed esaustività del codice rischia di essere tradito se la ricognizione e il riordino della normativa pregressa non sono completi e non si procede ad abrogazione espressa di tutte le norme superate dalla codificazione”*.

¹⁴⁸⁵ Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale, parere n. 1405 del 14 giugno 2017.

¹⁴⁸⁶ Delibera Anac n. 32 del 20 gennaio 2016, *cit.*

- e alla possibilità di affidare la gestione dei servizi sociali agli organismi del Terzo Settore, privilegiando le procedure di aggiudicazione ristrette e negoziate (art. 6 del D.P.C.M. 30 marzo 2001)”¹⁴⁸⁷.

Il Codice del Terzo settore non sembra risolvere tali problemi. Il D.P.C.M. innanzitutto non viene abrogato. Tra l'altro sarebbe stato auspicabile che il coordinamento delle previsioni di cui al citato decreto fosse avvenuto in sede di correzione al D.Lgs. 50/2016, naturale *sedes materiae*. Il Codice del Terzo settore, poi, ha introdotto ulteriori previsioni. Come sopra già esaminato, è stata predisposta una disciplina generale sul “coinvolgimento degli enti del Terzo settore” attraverso “forme di coprogrammazione e co-progettazione e accreditamento, poste in essere nel rispetto dei principi della legge 7 agosto 1990, n. 241, nonché delle norme che disciplinano specifici procedimenti ed in particolare di quelle relative alla programmazione sociale di zona”¹⁴⁸⁸; è stata riformulata con l'art. 56 la disciplina delle convenzioni (già prevista nell'art. 3 del D.P.C.M. 30 marzo 2001 e nelle abrogate leggi 266/1991 e 383/2000) riservando alle organizzazioni di volontariato e alle associazioni di promozione sociale la possibilità di sottoscrivere convenzioni finalizzate allo svolgimento in favore di terzi di attività o servizi sociali di interesse generale; un ulteriore regime di riserva è stato introdotto per gli affidamenti (in convenzione) alle organizzazioni di volontariato dei servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza. Tali regimi si affiancano alla previsione generale di cui all'art. 143 del D.Lgs. 50/2016 e al regime di riserva previsto per cooperative e imprese sociali dall'art. 112 dello stesso Codice dei contratti per favorire l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate.

Non può essere posta in dubbio l'importanza che la riforma ha avuto in ordine alla volontà di ordinare e semplificare la normativa vigente che si è stratificata negli anni con riferimento alle numerose e frastagliate realtà del Terzo settore¹⁴⁸⁹.

Sarà necessario, tuttavia, risolvere i profili di problematicità rilevati e quindi, innanzitutto, coordinare le disposizioni di cui al novellato Codice degli appalti (nei settori ordinari e speciali) e quelle ancora in vigore del citato D.P.C.M. 30 marzo 2001 e delle singole discipline di settore, con quelle di cui al Codice del Terzo settore ponendo particolare attenzione a quegli istituti come l'accreditamento e le convenzioni che possono presentare profili di incompatibilità con il principio di concorrenza¹⁴⁹⁰. Si ritiene imprescindibile, inoltre, una delimitazione del “potere” delle singole Amministrazioni con riferimento ai

¹⁴⁸⁷ Luca Mazzeo, *op. cit.* pp. 1008 – 1009.

¹⁴⁸⁸ Tale disposizione (art. 55 D.Lgs. 117/2017) è da ritenersi coerente con i richiami di cui al nuovo comma 5-quater dell'art. 142 secondo cui, “*Ai fini dell'applicazione dell'articolo 21, le amministrazioni aggiudicatrici approvano gli strumenti di programmazione nel rispetto di quanto previsto dalla legislazione statale e regionale di settore*”.

¹⁴⁸⁹ Si condivide, in tal senso, il pensiero di S. Benvenuti e S. Martini secondo cui, “*In definitiva, nonostante siano ancora molti i punti da chiarire, la riforma apre un percorso nuovo e indica una direzione. Certamente è difficile ad oggi valutare se da essa scaturirà un impulso realmente innovatore.*” in “*La crisi del welfare pubblico e il “nuovo” Terzo settore: la via tracciata dalla legge delega n. 106/2016*” Osservatorio Costituzionale, Fasc. 2/2017, 13 giugno 2017.

¹⁴⁹⁰ Ricorda l'Anac nella Delibera n. 32 del 20 gennaio 2016 recante le “*Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali*” che “*La disfunzione dei meccanismi concorrenziali, infatti, favorisce comportamenti distortivi, quali la presentazione di offerte particolarmente favorevoli sotto il profilo economico, ma inaffidabili sotto il profilo qualitativo, la formazione di accordi collusivi finalizzati a compartimentare il mercato di riferimento, la creazione di rendite di posizione volte a impedire l'accesso di nuovi operatori e/o la fidelizzazione forzata dell'amministrazione nei confronti di un determinato fornitore. Di contro la contendibilità del mercato e la trasparenza dell'azione amministrativa rappresentano strumenti che, da un lato, prevengono le inefficienze del sistema e, dall'altro, ne aumentano la competitività e consentono di erogare i servizi in parola nel rispetto dei principi di universalità, parità di trattamento, uguaglianza e non discriminazione*”.

regimi di riserva¹⁴⁹¹. Al riguardo, meritano un incisivo richiamo le preoccupazioni espresse dal Consiglio di Stato in sede di parere reso sullo schema di decreto¹⁴⁹². L'organo consultivo ha rilevato che, se “*da un lato, non v'è dubbio che una delle ragioni d'essere degli enti del terzo settore risieda proprio nell'erogazione - anche tramite convenzione - di servizi di interesse generale pure in ossequio al richiamato principio costituzionale della sussidiarietà orizzontale (articolo 118, comma 4, Cost.). Dall'altro lato, però, va ricordato che alcune delle attività svolte dagli enti del terzo settore sono anche erogate da imprenditori che operano in modo concorrenziale e che potrebbero subire ripercussioni nella loro attività in considerazione del regime di favore di cui godono gli enti del terzo settore. Spetta al legislatore delegato, dunque, individuare il giusto punto di equilibrio ricordando che la tutela della concorrenza è principio eurounitario cui deve uniformarsi sia l'attività legislativa sia quella amministrativa di ciascuno Stato nazionale*”.

A tal proposito deve ricordarsi l'orientamento della Corte di Giustizia dell'Unione europea¹⁴⁹³ secondo cui “*la definizione comunitaria di impresa non si fonda su presupposti soggettivi quali la natura pubblica o privata dell'operatore ovvero la finalità di lucro propria dell'organizzazione, ma su elementi oggettivi quali l'offerta di beni e servizi sul mercato, anche quando questa non sia l'attività principale dell'organizzazione. Questa linea interpretativa si è via via affermata nelle pronunce della Corte di Giustizia insieme al corollario della irrilevanza della forma giuridica, ai fini della partecipazione alle gare d'appalto. Infatti, l'estensione delle categorie dei soggetti ammessi alle gare d'appalto si è ottenuta proprio attraverso un'interpretazione sostanziale della nozione di impresa, nel cui alveo sono stati ricondotti altri soggetti che svolgono attività economica sul mercato, indipendentemente dalla struttura organizzativa, dalla finalità di lucro o dalla natura pubblica. Di riflesso, anche la giurisprudenza amministrativa nazionale è andata nella stessa direzione riconoscendo la natura non tassativa dell'elenco dei soggetti ammessi alle gare d'appalto.... Da ultimo, anche con riferimento alle associazioni di volontariato, il Consiglio di Stato ha*

¹⁴⁹¹ Si veda il già citato art. 57 c. 1 del Codice del Terzo settore (“*i servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza possono essere, in via prioritaria, oggetto di affidamento in convenzione alle organizzazioni di volontariato...*”) ma soprattutto l'art. 112 del D.Lgs. 50/2016 (Appalti e concessioni riservati - *Fatte salve le disposizioni vigenti in materia di cooperative sociali e di imprese sociali, le stazioni appaltanti possono riservare il diritto di partecipazione alle procedure di appalto e a quelle di concessione o possono riservarne l'esecuzione ad operatori economici e a cooperative sociali e loro consorzi il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate o possono riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti quando almeno il 30 per cento dei lavoratori dei suddetti operatori economici sia composto da lavoratori con disabilità o da lavoratori svantaggiati...*) e l'art. 143 del D.Lgs. 50/2016 (Appalti riservati per determinati servizi - *Le stazioni appaltanti possono riservare alle organizzazioni di cui al comma 2 il diritto di partecipare alle procedure per l'aggiudicazione di appalti pubblici esclusivamente per i servizi sanitari, sociali e culturali di cui all' allegato IX, identificati con i codici...*).

¹⁴⁹² Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale, parere n. 1405 del 14 giugno 2017.

¹⁴⁹³ Si veda in particolare sent. 29 novembre 2007, causa C-119/06 in materia di aggiudicazione dei servizi di trasporto sanitario in Toscana. Lo Stato italiano aveva negato che la fattispecie in contestazione costituisca un appalto pubblico di servizi “*in quanto le associazioni interessate non sono operatori commerciali ma svolgono la loro attività al di fuori del mercato e dell'ambito della concorrenza. Tale argomento è basato sul fatto che dette associazioni non perseguono fini di lucro e che esse riuniscono persone motivate da considerazioni di solidarietà sociale*”. Ma la Corte ha sostenuto che:

“*37 Senza negare l'importanza sociale delle attività di volontariato, si deve necessariamente constatare che tale argomento non può essere accolto. Infatti, l'assenza di fini di lucro non esclude che siffatte associazioni esercitino un'attività economica e costituiscano imprese ai sensi delle disposizioni del Trattato relative alla concorrenza (v., in questo senso, sentenze 16 novembre 1995, causa C 244/94, Fédération française des sociétés d'assurance e a., Racc. pag. I 4013, punto 21; 12 settembre 2000, cause riunite da C 180/98 a C 184/98, Pavlov e a., Racc. pag. I 6451, punto 117, nonché 16 marzo 2004, cause riunite C 264/01, C 306/01, C 354/01 e C 355/01, AOK Bundesverband e a., Racc. pag. I 2493, punto 49).*

38 Occorre ricordare che, secondo la giurisprudenza della Corte, entità come le organizzazioni sanitarie che garantiscono la fornitura di servizi di trasporto d'urgenza e di trasporto di malati devono essere qualificate imprese ai sensi delle norme di concorrenza previste dal Trattato (sentenza 25 ottobre 2001, causa C 475/99, Ambulanz Glückner, Racc. pag. I 8089, punti 21 e 22).

39 Ne deriva che le associazioni interessate possono esercitare un'attività economica in concorrenza con altri operatori.

40 La circostanza che, a seguito del fatto che i loro collaboratori agiscono a titolo volontario, tali associazioni possano presentare offerte a prezzi notevolmente inferiori a quelli di altri offerenti non impedisce loro di partecipare alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici previste dalla direttiva 92/50 (v., in tal senso, sentenza 7 dicembre 2000, causa C 94/99, ARGE, Racc. pag. I 11037, punti 32 e 38).

41 Ne deriva che l'accordo quadro del 2004 non è escluso dalla nozione di «appalti pubblici di servizi» ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva 92/50, per il fatto che le associazioni interessate non perseguono fini di lucro.”

concluso che ‘non è precluso partecipare agli appalti, ove si consideri che la legge quadro sul volontariato, nell’elencare le entrate di tali associazioni, menziona anche le entrate derivanti da attività commerciali o produttive svolte a latere, con ciò riconoscendo la capacità di svolgere attività di impresa’ ¹⁴⁹⁴.

Lo stesso Consiglio di Stato ha dovuto, conseguentemente, affrontare il problema correlato all’attendibilità dell’offerta economica in caso di mancanza del c.d. utile necessario rispetto ad enti che per definizione non possono conseguire lucro. In particolare, si è sostenuta la necessità da parte degli Stati membri di adottare misure correttive per evitare distorsioni della concorrenza qualora agli appalti partecipino organismi non profit o enti pubblici (destinatari di benefici tributari, previdenziali o di veri e propri aiuti di Stato), fermo restando che le singole stazioni appaltanti conservano la facoltà ovvero, “*in taluni casi*”, assumono l’obbligo “*di prendere in considerazione tali benefici esercitando un rigoroso controllo in sede di verifica dei requisiti generali e di anomalia dell’offerta, ma non possono considerare ex se invalida un’offerta che sia priva di utile, purché non sia sottocosto o non disveli, unitamente ad altri elementi, un fine predatorio o anticoncorrenziale*”¹⁴⁹⁵. Deve, poi, ricordarsi il tentativo effettuato dal D.L. 95/2012 (decreto *spending review*) di applicare, nell’affidamento di servizi di qualsiasi tipo disposti, anche in base a convenzioni, da pubbliche amministrazioni nei confronti di enti di diritto privato di cui agli articoli da 13 a 42 del codice civile, esclusivamente le procedure previste dalla normativa nazionale in conformità con la disciplina dell’Unione europea; era, altresì, previsto, che gli stessi enti che forniscono servizi a favore dell’amministrazione stessa, anche a titolo gratuito, non avrebbero potuto ricevere contributi a carico delle finanze pubbliche¹⁴⁹⁶. La conversione con modifiche del decreto ad opera della legge 7 agosto 2012, n. 135 ha concretamente ridimensionato la portata della disposizione relativa al finanziamento consentendo la non applicazione della stessa agli enti e alle associazioni operanti nel campo dei servizi socio-assistenziali e dei beni ed attività culturali, dell’istruzione e della formazione, alle associazioni di promozione sociale, agli enti di volontariato, alle organizzazioni non governative, alle cooperative sociali, alle associazioni sportive dilettantistiche e alle associazioni rappresentative, di coordinamento o di supporto degli enti territoriali e locali¹⁴⁹⁷. Ma anche con riferimento al rispetto delle procedure di evidenza pubblica, in sede di conversione si è ammessa l’acquisizione in via diretta di beni

¹⁴⁹⁴ C. Papi “Diritto europeo ed affidamenti di servizi in convenzione ad associazioni di volontariato”, 2014 in <http://www.lineavcp.it/?p=114869>.

¹⁴⁹⁵ Consiglio di Stato, Sezione 5, sentenza 16 Gennaio 2015, n. 84. In conclusione, ritengono i giudici amministrativi, “*l’inapplicabilità della tesi rigorosa (ovvero quella che ravvisa presuntivamente un’offerta incongrua in caso di utile pari a zero), non sta a significare che sia consentito agli enti no profit di praticare politiche di dumping salariale, dovendo l’amministrazione appaltante vigilare affinché ciò non accada. ... All’interno di tali limiti - in particolare: la regolarità della retribuzione e delle garanzie previdenziali in favore dei lavoratori (in modo che si escluda ogni fenomeno di deflazione salariale o di dumping sociale), nonché il divieto generale di operare sotto costo - può ammettersi, pertanto, che le onlus che partecipino ad una gara di appalto di servizi possano presentare una offerta economica priva di margini di utile.*”

¹⁴⁹⁶ Cfr. art. 4, c. 6. “*L’intento era quello di disciplinare proprio i rapporti di collaborazione tra Amministrazioni pubbliche ed enti di diritto privato (associazioni, anche non riconosciute, fondazioni e comitati) sottoponendo le acquisizioni di servizi a titolo oneroso, mediante convenzioni alle procedure previste dal codice dei contratti pubblici*” (C. Papi, *op. cit.*).

¹⁴⁹⁷ “*Deve ritenersi che l’esclusione de qua, consenta ai soggetti elencati di percepire contributi a carico delle finanze pubbliche anche ove forniscano servizi alla PA*” (C. Papi, *op. cit.*). In particolare si segnala quanto previsto, in tema di risorse finanziarie pubbliche, dagli artt. 72 – 76 del Codice del Terzo settore. Dal punto di vista delle risorse private si segnala il recentissimo D.Lgs 3 luglio 2017, n. 111 recante la disciplina dell’istituto del cinque per mille dell’imposta sul reddito delle persone fisiche, anch’esso frutto della delega di cui alla legge 106/2016. All’articolo 3, in particolare, si prevede che il contribuente possa destinare una quota pari al cinque per mille dell’imposta sul reddito delle persone fisiche, tra l’altro, al sostegno degli enti del Terzo settore scritti nel Registro unico nazionale del Terzo settore.

e servizi tramite convenzioni in favore di associazioni di promozione sociale, di volontariato, di cooperative sociali di associazioni sportive dilettantistiche, di organizzazioni per la cooperazione allo sviluppo, nonostante l'intento "di evitare distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale"¹⁴⁹⁸.

In conclusione deve senz'altro reputarsi apprezzabile lo sforzo compiuto dal legislatore di ricondurre *ad unitatem* l'intera materia del Terzo settore. Certamente le finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale pongono gli enti del Terzo settore in una posizione peculiare, in relazione sia al ruolo delle pubbliche amministrazioni sia, soprattutto, all'apporto che questi enti offrono alla società civile come, tra l'altro, sottolineato dalla Conferenza europea sull'economia sociale, svolta a Madrid il 23 maggio 2017¹⁴⁹⁹. Tuttavia, deve parimenti notarsi che la disciplina delle singole modalità di erogazione dei servizi sociali è rimasta piuttosto "articolata" con un contestuale rafforzamento dei regimi di riserva. Infine, non possono non rilevarsi gli indubbi vantaggi in termini di fiscalità e di reperimento di risorse finanziarie che si traducono in un inevitabile (e ingiustificato?) aumento di competitività rispetto ad altri soggetti costituiti in forme giuridiche diverse da quelle rientranti nel novero degli enti del Terzo settore.

¹⁴⁹⁸ Cfr. art. 4, c.7 del suddetto decreto.

¹⁴⁹⁹ Durante i lavori, è stata sottoscritta la "Declaración de Madrid" ("The Social Economy, a business model for the future of the European Union"), dichiarazione che propugna un'economia che abbia spiccate capacità di generare posti di lavoro, ricchezza e coesione sociale. Si riporta, di seguito, l'incipit della Dichiarazione: "There are currently 2 million social economy enterprises in Europe, employing more than 14.5 million people, roughly 6.5% of the work force in the EU-27 and 7.4% in the EU-15, and representing 8% of EU GDP. The common values of the social economy, such as the primacy of people and the social objective over capital, democratic and/or participatory governance, reinvestment of most of the benefits to ensure the long-term sustainability of the enterprise and the provision of services to their members and local communities, actively contribute to social cohesion and hence to an innovative, smart, sustainable and inclusive growth, in addition to the creation of quality employment in Europe. These common values also contribute to a future of economic and social progress and are key to achieving the objectives of the Europe 2020 strategy, in particular with regard to the social and labour inclusion of the most disadvantaged and vulnerable groups, as recognised by the EU Council Conclusions "The promotion of the social economy as a key driver of economic and social development in Europe" (December 7, 2015). This document, together with those prepared by the European Parliament, the European Commission, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, constitute a rich heritage on which to build a European policy for the Social Economy, which translates into concrete measures in favour of development."

CORTE COSTITUZIONALE E ARMONIZZAZIONE DEI BILANCI PUBBLICI: IL DIFFICILE BILANCIAMENTO DEI PRINCIPI DI AUTONOMIA E DELLE ESIGENZE DI UNITARIETÀ DELLA FINANZA PUBBLICA*

di Lio Sambucci**

SOMMARIO: 1. Alcuni elementi introduttivi. Definizione della questione dibattuta: l'estensione del potere legislativo statale in materia di armonizzazione dei bilanci pubblici. – 2. Armonizzazione dei bilanci pubblici: il quadro di diritto positivo. - 2.1. L'armonizzazione dei bilanci pubblici in Costituzione. Alcuni primi elementi ricostruttivi. Le incertezze delle deleghe legislative. - 2.2. Esorbitanza delle disposizioni di delegazione legislativa. Elementi per la ricostruzione del dato costituzionale Ambito di operatività della armonizzazione dei bilanci pubblici. - 2.3. La contraddittoria attuazione delle deleghe legislative. I dubbi di costituzionalità. - 3. L'elaborazione della giurisprudenza costituzionale. - 3.1. Armonizzazione dei bilanci pubblici e impostazione statale. – 3.2. Le posizioni della giurisprudenza costituzionale: limitazione del potere legislativo statale di armonizzazione dei bilanci pubblici. – 3.3. Luci e ombre della elaborazione della giurisprudenza costituzionale. – 3.4. Le statuizioni additive della Corte costituzionale. - 3.5. La Corte costituzionale e gli istituti della contabilità degli enti territoriali: scansione temporale e tempestività della decisione di bilancio. – 4. Alcune conclusioni.

1. Alcuni elementi introduttivi. Definizione della questione dibattuta: l'estensione del potere legislativo statale in materia di armonizzazione dei bilanci pubblici

Sono già stati esaminati in altra sede¹⁵⁰⁰ i profili problematici determinati – sull'autonomia contabile degli enti territoriali e sulla disciplina della contabilità delle regioni e degli enti locali - dalla interpretazione (eccessivamente, ovvero indefinitivamente) estensiva della materia «armonizzazione dei bilanci pubblici» (ora) di cui all'art. 117, comma secondo, lett. e), Cost.¹⁵⁰¹ (ma anche della materia – che è rimasta a

* Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

** Ricercatore confermato e professore aggregato di Contabilità di Stato presso la Facoltà di Economia dell'Università degli studi di Roma 'La Sapienza'.

¹⁵⁰⁰ Vedi, in particolare, L. SAMBUCCI, *Autonomia contabile delle regioni e armonizzazione dei bilanci pubblici: le tentazioni invasive dello Stato*, in www.contabilità-pubblica.it, 2014, ove si rileva, tra l'altro, la difficile coerenza della disciplina statale della contabilità delle regioni con il sistema costituzionale delle autonomie; ma vedi anche L. SAMBUCCI, *Contabilità degli enti territoriali ed istituzionali*, in AA.VV., *Contabilità dello Stato e degli enti pubblici*, Torino, 2013.

¹⁵⁰¹ Come noto, nella formulazione originaria dell'art. 117 Cost. - come definita da legge cost. 18 ottobre 2001, n. 3, recante, come noto, «introduzione del principio del pareggio del bilancio nella Carta costituzionale» – la materia «armonizzazione dei bilanci pubblici» era collocata al terzo comma dell'art. 117, tra le materie a legislazione concorrente. Lo “spostamento” della suddetta materia tra quelle a legislazione esclusiva statale è stata disposta dall'art. 3 legge cost. 20 aprile 2012, n. 1. È necessario evidenziare che, con la citata legge cost. n. 1/2012, il legislatore costituzionale, a distanza di quasi settanta anni dall'approvazione della Costituzione repubblicana, riesce a rivedere l'art. 81 Cost. (diverse volte ci aveva provato, nel passato), introducendo, ovvero, più precisamente, elevando al rango costituzionale - la qual cosa, ovviamente, non è certo priva di rilevanza – principi ampiamente acquisiti all'ordinamento. Non è questa la sede per esaminare la (giusta) portata di legge cost. n. 1/2012 e del nuovo art. 81 Cost. – i quali, peraltro, sono stati fatti oggetto di ampio approfondimento scientifico (vedi nota 41); tuttavia, in funzione delle finalità del presente studio, può essere utile segnalare due profili di ordine generalissimo. Il primo attiene alla rilevazione della

legislazione concorrente - «coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario»¹⁵⁰²), la quale ha dato luogo all'approvazione del d.lgs. 10 agosto 2014, n. 126, recante disposizioni integrative e correttive del d.lgs. 23 giugno 2011, n. 118 («disposizioni in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle regioni, degli enti locali e dei loro organismi, a norma degli artt. 1 e 2 legge 5 maggio 2009, n. 42»): un provvedimento legislativo statale che introduce una disciplina dell'ordinamento

circostanza che, nonostante nel titolo (come visto) della legge cost. n. 1/2012 si faccia espresso riferimento al «principio del pareggio del bilancio», nel testo dell'articolato il citato legislatore costituzionale si esprime «solo» in termini di «equilibrio» (nel testo delle disposizioni, il termine «pareggio» non viene mai utilizzato): «equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio» (nuovo art. 81, comma primo, Cost.); «equilibrio tra le entrate e le spese dei bilanci» (nuovo art. 81, comma sesto, Cost.); «equilibrio dei bilanci» (nuovo art. 97, comma primo, Cost.); «equilibrio dei relativi bilanci» (nuovo art. 119, comma primo, Cost.); «equilibrio di bilanci» (nuovo art. 119, comma sesto, Cost.); «equilibri di bilanci» (art. 5, comma primo, lett. e, legge cost. n. 1/2012). Ora, che «pareggio di bilancio» sia cosa diversa da «equilibrio del bilancio» è constatazione elementare; ma, si ripete, sul tema non è possibile soffermarsi in questa sede.

Il secondo profilo di attenzione impone di rilevare come legge cost. n. 1/2012 riesca ad essere ulteriormente dimostrativa della rinnovata attenzione dell'ordinamento generale rispetto agli aspetti riguardanti il sistema finanziario e contabile pubblico, attestativa della rilevanza degli (riconosciuta agli) istituti finanziari e di bilancio (sulla centralità degli strumenti di bilancio, in funzione della piena osservanza del principio di buon andamento, e, più in generale, del «nuovo» modello di pubblica amministrazione, vedi L. SAMBUCCI, *La programmazione finanziaria negli enti territoriali*, Napoli, 2009). Una attenzione che ha dato luogo ad una intensa produzione legislativa, che ha trovato avvio con legge 31 dicembre 2009, n. 196, recante la nuova legge generale di contabilità e finanza pubblica (peraltro, subito modificata con legge 7 aprile 2011, n. 39, con la quale, in particolare, sono state apportate le modificazioni «conseguenti alle nuove regole adottate dall'Unione europea in materia di coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri»); ed è proseguita negli anni successivi, oltre che con la richiamata riforma costituzionale del 2012 (e rimanendo solo agli interventi più direttamente incidenti sui profili della contabilità pubblica): con d.lgs. 31 maggio 2011, n. 91, recante disposizioni di «in materia di adeguamento ed armonizzazione dei sistemi contabili»; con d.lgs. 23 giugno 2011, n. 118, recante «disposizioni in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle regioni, degli enti locali e dei loro organismi»; con legge 24 dicembre 2012, n. 243, recante disposizioni per l'attuazione del principio del pareggio del bilancio ai sensi dell'art. 81, comma sesto, Cost.; con d.lgs. 10 agosto 2014, n. 126, recante disposizioni integrative e correttive del d.lgs. n. 118/2011. Ad ulteriore conferma della riferita prospettiva a carattere fortemente evolutivo (che ha caratterizzato il sistema contabile pubblico nel suo complesso), può essere utile evidenziare che solo nel 2016 sono stati approvati quattro importanti provvedimenti legislativi che hanno riguardato le procedure finanziarie e di bilancio: il d.lgs. 12 maggio 2016, n. 90, recante il completamento della riforma della struttura del bilancio dello Stato; il d.lgs. 12 maggio 2016, n. 93, recante riordino della disciplina per la gestione del bilancio e potenziamento della funzione del bilancio di cassa; la legge 4 agosto 2016, n. 163, che, in attuazione delle disposizioni di cui alla legge n. 243/2012, ha rivisto profondamente il contenuto e la struttura della legge di bilancio (con soppressione, tra l'altro, della legge di stabilità); la legge 12 agosto 2016, n. 164, recante modifiche alla legge n. 243/2012 in materia di equilibrio dei bilanci delle regioni e degli enti locali. «conseguenti alle nuove regole adottate dall'Unione europea in materia di coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri». Sul nuovo assetto del sistema contabile e del bilancio dello Stato, vedi M.V. LUPÒ AVAGLIANO, *Il bilancio dello Stato*, in AA.VV., *Contabilità di stato e degli enti pubblici*, Torino, 2015, pp. 83 ss.; vedi anche, da ultimo, per le strette relazioni tra bilancio nazionale e prescrizioni limitative finanziarie di fonte europea, M.V. LUPÒ AVAGLIANO, *Il bilancio dello Stato tra ordinamento nazionale e vincoli europei*, Torino, 2017.

¹⁵⁰² Vedi, da ultimo, L. SAMBUCCI, *La triste parabola dell'autonomia contabile degli enti territoriali: se la Corte costituzionale decide sugli stanziamenti di bilancio*, in www.federalismi.it, 2016, ove (appunto) ci si sofferma sull'impatto problematico (diciamo così) sull'autonomia contabile degli enti territoriali e sulla disciplina della contabilità di regioni ed enti locali della interpretazione estensiva, da parte della giurisprudenza costituzionale, del «coordinamento della finanza pubblica».

finanziario e contabile delle regioni (e, più in generale, degli enti territoriali) estremamente minuziosa e pervasiva¹⁵⁰³, tanto da rendere urgente la definizione degli spazi di intervento del legislatore statale nella disciplina della contabilità delle regioni (e degli enti locali) ovvero la corretta lettura della locuzione «armonizzazione dei bilanci pubblici».

La questione¹⁵⁰⁴ – la cui rilevanza risiede nell’impatto sull’autonomia contabile delle regioni, che si trova esposta al rischio di cancellazione (con le inevitabili implicazioni di ordine generale sull’autonomia degli enti territoriali e sulla tenuta stessa del sistema autonomistico definito in Costituzione¹⁵⁰⁵) con l’affermarsi nell’ordinamento dell’opzione

¹⁵⁰³ In verità, come già evidenziato, nel titolo III (intitolato «ordinamento finanziario e contabile delle regioni) del d.lgs. n. 118/2011 (titolo interamente introdotto da d.lgs. n. 126/2014) trova disciplina minuziosa ogni aspetto della contabilità delle regioni. Deve anche essere precisato che, con il citato d.lgs. n. 126/2014, vengono apportate modificazioni altrettanto profonde e pervasive all’ordinamento finanziario e contabile degli enti locali, il quale, come noto, trova disciplina, nella parte seconda del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (approvativo, come anche noto, del testo unico delle leggi sull’ordinamento degli enti locali), nella quale erano state raccolte e sistemare le disposizioni già recate dal d.lgs. 25 febbraio 1995, n. 77, recante, appunto, «ordinamento finanziario e contabile degli enti locali».

¹⁵⁰⁴ Relativa alla delimitazione dello spazio di operatività della materia «armonizzazione dei bilanci pubblici», e, quindi, per quanto qui rileva, del potere legislativo statale sui profili che riguardano la contabilità delle regioni e degli enti locali.

¹⁵⁰⁵ La questione, peraltro, non è solo di ordine formale – in relazione alla coerenza con il dato costituzionale, che potrebbe essere posto in discussione con la considerazione che il sistema delle autonomie deve oggi essere misurato alla luce della materializzazione nell’ordinamento di pervasive tendenze neo centralistiche; ma è di carattere (anche) sostanziale, laddove si ritenga che i principi costituzionali introdotti da legge cost. n. 3/2001 (in senso rafforzativo delle autonomie) continuino a conservare attualità, che il quadro delle istituzioni che ancora oggi si trova definito in Costituzione non sia espressione di una scelta a carattere congiunturale, che la centralità e la valorizzazione delle autonomie, anche in tempi di crisi finanziaria ed economica, continuino ad essere valori (costituzionali) preferibili alla opzione centralistica: e ciò non per adesione ad una scelta “politica” (in senso lato), ma per la convinzione che la valorizzazione delle autonomie, la piena attuazione degli strumenti autonomistici, la formazione e la responsabilizzazione delle classi dirigenti territoriali (che ne è immediata conseguenza) costituiscano un percorso obbligato per condurre ad una soluzione stabile, “di sistema”, dei problemi di funzionamento delle istituzioni, della pubblica amministrazione, del sistema finanziario (riduzione dell’indebitamento, contenimento e riduzione della spesa pubblica, funzionamento degli strumenti della programmazione economico-finanziaria); per assicurare un buon grado di osservanza del principio di buon andamento di cui all’art. 97, comma secondo, Cost., anche in funzione della osservanza del principio di equilibrio di bilancio di cui all’art. 81, comma primo, Cost., ma anche agli artt. 97, comma primo, e 119, comma primo, Cost. (il rapporto tra i principi di buon andamento e quello di equilibrio di bilancio è tema che merita separato approfondimento). Era la direzione seguita dal citato legislatore della riforma costituzionale del 2001, con il consolidamento del sistema delle autonomie che si era venuto affermando nell’ordinamento lungo tutto il corso degli scorsi anni novanta (a mezzo di legislazione ordinaria, e a Costituzione invariata). Ma non vi è stata possibilità di mettere alla prova il nuovo sistema, di verificarne l’effettiva funzionalità: il legislatore attuativo, quasi da subito, ha depotenziato e in parte neutralizzato la portata evolutiva dei principi costituzionali. È certo, tuttavia, che la deriva centralistica che ha caratterizzato la produzione legislativa statale dell’ultimo decennio, non solo non ha portato a soluzione (neppure parzialmente) i problemi sopra evocati, ma l’ha allontanata, con l’accentramento dei momenti decisionali, con lo svuotamento dell’autonomia finanziaria, con la cancellazione dell’autonomia contabile, con la moltiplicazione e l’aggravamento delle procedure (in funzione tutoria) e dei controlli (anche a carattere preventivo): e ciò, con scarsa coerenza rispetto ai proclami di semplificazione e di liberalizzazione delle procedure, e, comunque, determinando, tra l’altro, rallentamento e disfunzionamento dell’azione amministrativa, e, più in generale, una deresponsabilizzazione della classe dirigente, onoraria e tecnica, territoriale, la quale, con sempre maggiore frequenza, è portata ad allontanare il momento decisionale e conclusivo: si tratta di una deriva suscettibile, da un lato, di determinare grave rallentamento dell’azione amministrativa; e, da altro lato, di vanificare ovvero depotenziare i risultati

interpretativa estensiva – è giunta alla valutazione della Corte costituzionale, la quale ha dovuto prendere posizione più direttamente (rispetto al recentissimo passato, quando le questioni qui rilevanti erano state appena sfiorate¹⁵⁰⁶) sulla portata della «armonizzazione dei bilanci pubblici», sulla legislazione statale in materia di contabilità delle regioni, sugli spazi di resistenza dell'autonomia contabile regionale; e lo ha fatto con le difficoltà (inevitabili) e gli ostacoli (insormontabili?) determinati dal compito di bilanciare le esigenze di tutela della finanza pubblica, di contenimento della spesa, di consolidamento dei conti, di sostenibilità del debito, e, quindi, più in generale, di affidabilità finanziaria, ricondotte nell'alveo dei principi costituzionali di unità economica della Repubblica e di equilibrio del bilancio (dei bilanci pubblici); e le esigenze di garanzia del sistema delle autonomie, che continua a rimanere una opzione costituzionale fondamentale¹⁵⁰⁷, insuscettibile, perciò solo, di compromissione; esprimendo, in linea generale, una posizione di prevalenza delle prime rispetto alle seconde: con ciò alimentando ovvero consolidando le spinte neocentraliste che pervadono l'ordinamento¹⁵⁰⁸. In particolare, Corte cost. 13 aprile 2017, n. 80 e Corte cost. 20 luglio 2016, n. 184¹⁵⁰⁹ hanno esaminato i dubbi di costituzionalità

raggiunti negli ultimi quindici anni in tema di formazione, di accrescimento tecnico e culturale (in termini, soprattutto, di attenzione ai risultati dell'attività e della gestione finanziaria) dell'amministrazione tecnica. Al contrario, la cosa migliore (rispetto ai problemi di sistema richiamati) sarebbe stata quella di portare a compimento il processo autonomistico, nel senso di rendere effettivo il grado di autonomia assicurato dai principi costituzionali, e, con specifico riguardo agli aspetti più propriamente finanziari, di rendere effettive le soluzioni individuate in tema di razionalizzazione della spesa pubblica, ad esempio portando a piena attuazione il sistema dei costi e dei fabbisogni standard (che costituisce strumento in grado la gestione delle risorse ai livelli territoriali).

¹⁵⁰⁶ Vedi, ad esempio, Corte cost. 10 aprile 2014, n. 88, ove, dopo aver rilevato che, nella complessa riforma della finanza pubblica, l'unica nuova competenza esclusiva dello Stato è quella della armonizzazione dei bilanci pubblici, che sino alla modifica operata con la legge cost. n. 1 del 2012 si presentava in "endiadi" (sentenza n. 17 del 2004) con il coordinamento della finanza pubblica, si osserva che «essa, tuttavia, non può essere interpretata così estensivamente da coprire l'intero ambito materiale regolato dalla legge n. 243 del 2012». In generale, per una valutazione articolata e complessiva della giurisprudenza costituzionale con riferimento alle disposizioni legislative in materia di spesa pubblica (e, in verità, di decisioni di finanza pubblica), vedi M. BELLETTI, *Corte costituzionale e spesa pubblica*, Torino, 2016.

¹⁵⁰⁷ Una opzione fondamentale che, peraltro, ha trovato conferma (se non rinforzo) in seguito al recente referendum costituzionale, in esito al quale, come noto, è stata respinta la legge di riforma della Costituzione, che riguardava anche, significativamente, il titolo quinto della parte seconda della Costituzione (e, quindi, il sistema delle autonomie). Un esito (quello referendario) che, in verità, meriterebbe attenzione anche in funzione della "lettura" delle istanze, delle esigenze, degli orientamenti provenienti dal tessuto sociale.

¹⁵⁰⁸ Si tratta di una "inclinazione" della Corte diffusamente percepita in dottrina, e ampiamente segnalata (anche se con accenti diversi): vedi, da ultimo, le osservazioni di R. TOSI, *Il neocentralismo della Corte costituzionale: dei cani e delle altre storie*, in *Le Regioni*, 2016, p. 621, la quale, pur richiamando la tradizionale tendenza centralistica della giurisprudenza costituzionale, rileva che «ora sembra emergere un centralismo diverso, più opaco, perché privo di un disegno di riferimento e indebolito nella dogmatica», ed esorta la «comunità dei giuristi» a svolgere il «controllo che essa è destinata ad esercitare nei confronti di un giudice inappellabile»: osservando, tuttavia, che per fare ciò «occorre credere che sia ancora possibile raggiungere e mantenere un ragionevole assetto nel sistema dei rapporti tra Stato e Regioni».

¹⁵⁰⁹ Si tratta di due sentenze che vanno ad ingrossare l'ampio filone giurisprudenziale sviluppatosi negli ultimissimi anni (come mai nel passato) in relazione a profili strettamente giuscontabilistici, riguardanti istituti tradizionali ed altri di nuovo ingresso nel sistema contabile degli enti territoriali, la cui disciplina legislativa (già ampiamente – eccessivamente – confermata dal legislatore statale) viene così ad essere integrata dalle elaborazioni della giurisprudenza costituzionale, la quale non sempre rimane esente da

rilevati dal Presidente del Consiglio dei ministri con riguardo ad alcune disposizioni recate da leggi regionali (e di enti territoriali ad autonomia speciale) in materia di programmazione economica e finanziaria regionale e di ordinamento e procedure contabili¹⁵¹⁰, in relazione al parametro della armonizzazione dei bilanci pubblici di cui all'art. 117, comma secondo, lett. e), Cost. (ma anche in relazione ai parametri, in verità genericamente dedotti, di cui agli artt. 81 e 97 Cost.), con riferimento al (ad alcune disposizioni del) d.lgs. n. 118/2011.

2. Armonizzazione dei bilanci pubblici: il quadro di diritto positivo

2.1. L'armonizzazione dei bilanci pubblici in Costituzione. Alcuni primi elementi ricostruttivi. Le incertezze delle deleghe legislative - Prima di soffermarsi sulla giurisprudenza costituzionale richiamata, si rende necessario ricostruire il quadro di diritto positivo di riferimento, al fine di individuare gli elementi positivizzati dall'ordinamento utili in funzione della definizione del contenuto della «armonizzazione dei bilanci pubblici», onde comprenderne gli spazi di operatività.

Nel lavoro ricostruttivo, il punto di partenza non può che essere costituito dal dato costituzionale. Come accennato, il legislatore della riforma introdotta da legge cost. n. 3/2001, nel rivedere i principi di cui all'art. 117 Cost. per la distribuzione del potere legislativo tra Stato e regioni, (individua e) colloca la «armonizzazione dei bilanci pubblici» tra le materie a legislazione concorrente: quelle, cioè, nelle quali, come noto, ai sensi dell'art. 117, comma terzo, Cost., «spetta alle regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legge dello Stato». La postulazione della armonizzazione dei bilanci pubblici quale valore di rango costituzionale era in tutto coerente con lo spirito che aveva animato il citato legislatore costituzionale e con i nuovi principi cristallizzati nella Carta fondamentale, volti al rinforzo del sistema autonomistico ovvero al consolidamento ed alla ulteriore evoluzione delle autonomie, le quali avevano trovato importante valorizzazione per effetto delle profonde riforme che si erano

osservazioni critiche: vedi A. BRANCASI, *Bilanci di Regioni ed EE.LL.: una occasione persa per fare chiarezza sui vincoli di equilibrio e sul relativo rapporto con l'obbligo della copertura finanziaria*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2017, p. 29; id., *La Corte si spinge a dettare regole di contabilità pubblica*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, pp. 3720 ss.; id., *La Corte costituzionale alle prese con le regole della contabilità: questa volta tocca alle anticipazioni di cassa*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, p. 3092. Su alcune delle più recenti pronunce della Corte costituzionale inerenti i suddetti profili, si sofferma anche L. ANTONINI, *Armonizzazione contabile e autonomia finanziaria degli enti territoriali*, in *www.rivistaaic.it*, 2017. I profili problematici della «armonizzazione dei bilanci pubblici» e le posizioni della giurisprudenza costituzionale sul tema sono stati indagati da G. RIVOSECCHI, *L'armonizzazione dei bilanci degli enti territoriali: orientamenti e prospettive alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in *www.federalismi.it*, 2016. Per ampi richiami in giurisprudenza, vedi *infra sub* nota 83.

¹⁵¹⁰ Per la precisione, le obiezioni di illegittimità costituzionale (sollevate dalla Presidenza del Consiglio dei ministri) riguardavano: alcune norme della legge reg. Toscana 7 gennaio 2015, n. 1, recante, appunto, «disposizioni in materia di programmazione economica e finanziaria regionale e relative procedure contabili. Modifiche alla L.R. n. 20/2008» (obiezioni esaminate da Corte cost. 20 luglio 2016, n. 184); e alcune norme della legge prov. aut. Bolzano 22 dicembre 2015, n. 17, recante «ordinamento finanziario e contabile dei comuni e delle comunità comprensoriali» (obiezioni esaminate da Corte Cost. 13 aprile 2017, n. 80).

succedute, a Costituzione invariata, lungo tutto il corso degli anni Novanta¹⁵¹¹. Ora, la valorizzazione delle autonomie – in estrema sintesi - ha trovato sostanza, nel sistema definito da legge cost. n. 3/2001 (e attualmente vigente), nel rinforzo del potere legislativo delle regioni e del potere normativo degli enti locali (che trova riconoscimento costituzionale); nel rinforzo dell'autonomia finanziaria degli enti territoriali¹⁵¹²; nel rinforzo dell'autonomia contabile, quale capacità, potestà degli enti territoriali di disciplinare autonomamente i rispettivi sistemi contabili¹⁵¹³, i documenti di bilancio e i processi decisionali in materia finanziaria, le procedure di gestione delle risorse, gli strumenti di correzione, i processi di controllo e di rendicontazione¹⁵¹⁴. Che un siffatto sistema sia ben suscettibile – per rimanere ai profili che qui rilevano – di determinare discipline della contabilità diverse da regione a regione (da comune a comune) è constatazione di elementare evidenza. E proprio nella consapevolezza di tale inevitabile conseguenza, il

¹⁵¹¹ In estrema sintesi, è utile ricordare, quali momenti fondamentali del processo di evoluzione delle autonomie territoriali: la legge 8 giugno 1990, n. 142, recante «ordinamento delle autonomie locali», la quale pone le basi per la riforma della pubblica amministrazione, con l'introduzione di principi di grande valenza innovativa (che saranno estesi a tutti i livelli istituzionali); la legge 25 marzo 1993, n. 81, di disciplina del sistema elettorale degli enti locali (che introduce, tra l'altro, l'elezione diretta del sindaco e del presidente della provincia, con attribuzione di un "premio di maggioranza" alla lista o alla coalizione di liste); il d.lgs. 25 febbraio 1995, n. 77, recante «ordinamento finanziario e contabile degli enti locali», il quale introduce principi di fortissimo impatto innovativo, successivamente estesi a tutti i livelli istituzionali; la legge 15 marzo 1997, n. 59, recante «delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della pubblica amministrazione e per la semplificazione amministrativa»: è la prima delle "leggi Bassanini", che pone le basi per la ulteriore evoluzione – ai limiti della compatibilità costituzionale – degli enti territoriali, destinati a divenire il centro-motore del sistema amministrativo; la legge 15 maggio 1997, n. 127, recante «misure urgenti per lo snellimento dell'attività amministrativa e dei procedimenti di decisione e di controllo»: è la seconda delle "leggi Bassanini", che completa il nuovo sistema autonomistico definito dalla legge n. 59/1995 e caratterizza in senso ulteriormente evolutivo il processo di riforma delle autonomie, realizzato a Costituzione invariata; il d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112, di attuazione di alcune delle deleghe di cui alla legge n. 59/1997. Fino al d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, recante il testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, approvato appena pochi mesi prima della riforma costituzionale del 2001: deve essere ricordato, infatti, che quella che poi sarebbe diventata (successivamente all'esito favorevole del referendum) legge cost. ottobre 2001, n. 3 era stata approvata in via definitiva dal Senato della Repubblica in data 8 marzo 2001. (È utile ricordare anche legge cost. 22 novembre 1999, n. 1, recante «disposizioni concernenti l'elezione diretta del Presidente della Giunta regionale e l'autonomia statutaria delle Regioni).

¹⁵¹² Ma anche nella centralità degli enti territoriali (e, principalmente, ai Comuni) nel sistema di pubblica amministrazione: centralità riconosciuta all'art. 118 Cost. (come rivisto dall'art. 4 legge cost. n. 3/2001, e come attualmente vigente), ove, come noto, si stabilisce, tra l'altro, (al primo comma) che «le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza».

¹⁵¹³ Come si vedrà avanti, sulla base di una corretta lettura dei principi costituzionali di riparto del potere legislativo (di cui all'art. 117 Cost, come rivisto dall'art. 3 legge cost. n. 3/2001), gli unici limiti che possono venire al potere del legislatore regionale di disciplinare la contabilità della regione, vanno rinvenuti nelle disposizioni di armonizzazione dei bilanci pubblici e nei principi fondamentali del coordinamento della finanza pubblica.

¹⁵¹⁴ Sotto altro profilo, l'autonomia contabile trova sostanza nella capacità dell'ente di (dotarsi degli strumenti e di autodeterminarsi in ordine alle scelte volte a) razionalizzare nella decisione di bilancio le scelte finanziarie di entrata e di spesa, di imprimere alle risorse le destinazioni stabilite (cristallizzando i programmi da realizzare, gli obiettivi da conseguire, i risultati attesi), di rendere possibile (di autorizzare) la gestione finanziaria (secondo le previsioni e nei limiti contenuti nel bilancio di previsione finanziaria).

legislatore si è determinato nel senso della previsione costituzionale della materia «armonizzazione dei bilanci pubblici», la quale risponde, nello specifico, alla esigenza di stabilire, in relazione ad alcuni profili della contabilità, una disciplina comune, non certo allo scopo di comprimere l'autonomia contabile degli enti territoriali quanto al fine di assicurare un sufficiente grado di omogeneità (qualitativa e quantitativa) dei dati finanziari e dei flussi informativi, anche a carattere economico, provenienti (ovvero ricavabili) dal bilancio e dai documenti di bilancio di ciascun ente autonomo: e ciò con l'obiettivo di rendere comprensibili - leggibili in modo uniforme - e confrontabili i dati e le informazioni, al fine di garantire, anche in via comparativa, la loro verifica, la loro analisi, la loro valutazione, la loro elaborazione, in funzione della (nuova) programmazione economico-finanziaria e del controllo (finanziario e gestionale)¹⁵¹⁵. Peraltro, proprio la espressa previsione in Costituzione della «armonizzazione dei bilanci pubblici» (con i profili teleologici descritti) costituisce il riconoscimento costituzionale dell'autonomia contabile delle regioni, e, più in generale, degli enti territoriali¹⁵¹⁶.

Sulla base di tale impostazione (ovvero sulla base dei principi di cui all'art. 117 Cost, come originariamente formulato dall'art. legge cost. n. 3/2001: e, quindi, per quanto qui rileva, «armonizzazione dei bilanci pubblici» materia a legislazione concorrente), il legislatore statale ha conferito alcune deleghe legislative, con due diverse leggi, entrambe molto importanti: la legge 5 maggio 2009, n. 42, recante disposizioni e deleghe «in materia di

¹⁵¹⁵ Si tratta, peraltro, di esigenza tradizionalmente acquisita all'ordinamento contabile, il quale, già quando l'autonomia degli enti territoriali era meno "caratterizzata" nell'impianto costituzionale, aveva avuto cura di stabilire principi di ordine generale, con l'obiettivo di assicurare un certo grado di armonizzazione (e di omogeneità) del sistema contabile pubblico. È utile ricordare, a tal proposito la legge 19 maggio 1976, n. 335, recante «principi fondamentali e norme di coordinamento in materia di bilancio e di contabilità delle regioni»; il d.p.r. 19 giugno 1979, n. 421, recante «coordinamento delle disposizioni regolanti la contabilità delle province e dei comuni con le disposizioni di cui alla legge 3 agosto 1978, n. 468»; e, successivamente alla riforma costituzionale del 2001, il d.lgs. 28 marzo 2000, n. 76, recante «principi fondamentali e norme di coordinamento in materia di bilancio e di contabilità delle regioni, in attuazione dell'art. 1, comma quarto, legge 25 giugno 1999, n. 208». Lo stesso d.lgs. 25 febbraio 1995, n. 77 (poi confluito nella parte seconda del d.lgs. 2000, n. 267), recante «ordinamento finanziario e contabile degli enti locali», è stato adottato con la finalità di stabilire principi della contabilità comuni a tutti gli enti locali. Ora, preso atto che l'armonizzazione e il coordinamento delle discipline normative in materia di contabilità pubblica (adottate dagli enti dotati di autonomia) erano esigenze già (come visto) ampiamente considerate dall'ordinamento, la costituzionalizzazione dei suddetti valori si rende inevitabile a fronte del rinforzo del sistema costituzionale delle autonomie: la cui valorizzazione «in materia di bilancio e di contabilità» (per utilizzare l'espressione del citato legislatore ordinamentale) incontra limite nella tutela delle suddette esigenze.

¹⁵¹⁶ Infatti, l'utilizzazione del termine «armonizzazione» implica l'esistenza di discipline diverse (in "materia" di «bilanci pubblici»), le quali devono essere armonizzate; ovvero la necessità di fissare norme (di «armonizzazione») entro le quali può svilupparsi l'autonomia contabile degli enti territoriali (con esclusivo riferimento ai profili riguardanti i «bilanci pubblici»). D'altra parte, se non esistesse la possibilità di discipline diversi in materia di contabilità pubblica e se il legislatore statale fosse stato l'unico "detentore" del potere legislativo con riguardo al complesso della contabilità pubblica, non vi sarebbe stata alcuna necessità di utilizzare in Costituzione il termine «armonizzazione», in quanto non vi sarebbe stato nulla da armonizzare, potendosi escludere che lo stesso legislatore possa stabilite discipline diverse (per poi dover stabilire una disciplina che armonizzasse le discipline da lui stesso adottate, e che solo lui poteva adottare). Né vi sarebbe stata alcuna necessità di specificare in Costituzione – all'art. 117, comma secondo, lett. e, Cost. – che il legislatore statale è competente, in via esclusiva, nella materia «sistema contabile dello Stato» ovvero sarebbe stato sufficiente (e molto più semplice) scrivere "sistema contabile pubblico".

federalismo fiscale, in attuazione dell'art. 119 della Costituzione»¹⁵¹⁷; e la legge 31 dicembre 2009, n. 196, recante la «legge di contabilità e finanza pubblica»¹⁵¹⁸. Già nella definizione dell'oggetto della delegazione legislativa (con specifico riferimento ai profili che qui rilevano), entrambe le leggi citate introducono elementi suscettibili di produrre incertezza rispetto ai principi stabiliti all'art. 117 Cost. per la distribuzione del potere legislativo tra Stato e regioni e manifestativi della tentazione espansiva del legislatore statale, il quale attribuisce una valenza praticamente onnicomprensiva alla materia «armonizzazione dei bilanci pubblici». In particolare, la legge n. 42/2009, dopo aver precisato - al primo comma dell'art. 1 - che «la presente legge reca disposizioni volte a stabilire in via esclusiva i principi fondamentali del coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario», conferisce (art. 2, comma primo) delega al Governo per l'attuazione di decreti legislativi «aventi ad oggetto l'attuazione dell'art. 119 della Costituzione, al fine di assicurare, attraverso la definizione dei principi fondamentali del coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario e la definizione della perequazione, l'autonomia finanziaria di comuni, province, città metropolitane e regioni»¹⁵¹⁹. Al successivo secondo comma (dell'art. 2), il

¹⁵¹⁷ A distanza di quasi otto anni dall'entrata in vigore della legge cost. n. 3/2001, il legislatore statale riesce ad approvare principi e disposizioni (si tratta essenzialmente di deleghe legislative) volti a dare attuazione all'art. 119 Cost., riguardante l'autonomia finanziaria degli enti territoriali. In coerenza con lo spirito che aveva animato il citato legislatore costituzionale, l'obiettivo era quello di (iniziare a) dare concreta attuazione ai principi a forte impatto evolutivo contenuti nel nuovo art. 119 Cost., che aveva indotto lo stesso legislatore ad esprimersi in termini di «federalismo fiscale». Per avere chiare le finalità che il legislatore si proponeva è utile rileggere l'*incipit* della relazione al disegno di legge poi approvato (A.S. n. 1117, 316 e 1253-A): «L'introduzione del federalismo fiscale nel nostro Paese costituisce una tappa fondamentale del suo percorso verso la valorizzazione delle autonomie territoriali e la responsabilizzazione delle relative classi dirigenti, in una prospettiva che assicuri comunque un adeguato sostegno alle aree territoriali in ritardo di sviluppo e che, proprio per tale motivo, abbisognano di un intervento pubblico adeguato e qualitativamente superiore alle altre aree, indipendentemente dalla capacità di farvi fronte con la propria capacità fiscale». Come ben evidente, si tratta di una prospettiva evolutiva in tutto coerente con i principi formalmente cristallizzati nell'art. 119 Cost., e, in verità, nell'intero «nuovo» titolo quinto della parte seconda della Costituzione, ove, come detto, il sistema delle autonomie aveva trovato importante valorizzazione (rispetto alla disciplina prevista prima della riforma costituzionale del 2001); e che, tuttavia, aveva già iniziato ad incontrare le prime «frizioni» con l'adozione di interventi legislativi statali che, richiamando espressamente i principi fondamentali del coordinamento della finanza pubblica, erano apparsi compressivi dell'autonomia finanziaria degli enti territoriali ed invasivi delle sfere di competenza legislativa delle regioni.

¹⁵¹⁸ Dopo oltre trent'anni veniva «archiviata» la legge 5 agosto 1978, n. 468, la quale, pur modificata nel tempo (con legge 23 agosto 1988, n. 362, recante «nuove norme in materia di bilancio e di contabilità dello Stato; con legge 3 aprile 1997, n. 94, recante modifiche alla legge n. 468/1978 e delega per l'individuazione delle unità previsionali di base del bilancio dello Stato; d.lgs. 7 agosto 1997, n. 279; legge 25 giugno 1999, n. 208, recante «disposizioni in materia finanziaria e contabile»), aveva continuato a recare la disciplina generale del bilancio dello Stato (ed a stabilire principi in materia di contabilità che erano stati estesi a tutti i livelli istituzionali). Deve, tuttavia, pur essere osservato che se è vero che l'art. 51, comma primo, lett. c), legge n. 196/2009 ha disposto l'abrogazione della richiamata legge n. 468/1978, è altrettanto vero che molta parte delle disposizioni della disciplina legislativa ultima citata è riprodotta nella stessa legge n. 196/2009.

¹⁵¹⁹ Deve essere rilevato criticamente che la riportata disposizione legislativa esprime un profilo finalistico che è estraneo ai «principi fondamentali del coordinamento della finanza pubblica e del sistema finanziario»: i quali, infatti, non sono volti ad assicurare l'autonomia finanziaria degli enti territoriali - che è stabilmente garantita dall'art. 119 Cost. - ma, al contrario, costituiscono limite all'autonomia finanziaria dei suddetti enti: nel senso che l'autonomia finanziaria riconosciuta in Costituzione agli enti territoriali incontra limite nel (nei

legislatore ultimo citato, indica, tra i principi e criteri direttivi (cui dovevano essere informati di decreti delegati di cui al primo comma), quello (art. 2, comma secondo, lett. h) della «individuazione dei principi fondamentali dell'armonizzazione dei bilanci pubblici, in modo da assicurare la redazione dei bilanci di comuni, province, città metropolitane e regioni in base a criteri predefiniti e uniformi»¹⁵²⁰. Ora, se si considera che, come visto, al primo comma (dell'art. 2), manca ogni riferimento alla armonizzazione dei bilanci pubblici e che, in base all'art. 1, comma primo, la legge n. 42/2009 «reca disposizioni volte a stabilire i principi fondamentali del coordinamento della finanza pubblica», risulta evidente come nell'impostazione del legislatore in esame i principi fondamentali della armonizzazione dei bilanci pubblici rientrano nell'ambito dei principi fondamentali del coordinamento della finanza pubblica, e ne costituiscono, in sostanza, una “sottospecie”: con la conseguenza che la materia «armonizzazione dei bilanci pubblici» rimane “contenuta” nella materia «coordinamento della finanza pubblica». Si tratta di una impostazione incompatibile con il dato costituzionale, il quale, come detto, all'art. 117, comma terzo, Cost., individua espressamente sia la «armonizzazione dei bilanci pubblici» sia il «coordinamento della finanza pubblica»¹⁵²¹: della qual cosa, ovviamente, non vi sarebbe stata alcuna necessità ove la prima fosse ricompresa nella seconda. In verità, già la formulazione della disposizione costituzionale richiamata (come introdotta da legge cost. n. 3/2001) permette di distinguere due distinte materie: appunto, la «armonizzazione dei bilanci pubblici» e il «coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario». Un dato, quest'ultimo, che è divenuto non più disputabile in esito all'art. 3 legge cost. n. 1/2012¹⁵²², il quale, come noto, ha “spostato”

principi fondamentali di) «coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario» (così come l'autonomia contabile degli stessi enti territoriali trova limite nella «armonizzazione dei bilanci pubblici»).

¹⁵²⁰ Ma, all'art. 2, comma secondo, lett. h), legge n. 42/2009 sono indicati anche altri principi e criteri direttivi generali (per l'adozione del decreto delegati di cui al primo comma dello stesso art. 2): l'esecuzione della registrazione delle poste di entrata e di spesa nei bilanci dello Stato e degli enti territoriali in forme che consentano di ricondurre tali poste ai criteri rilevanti per l'osservanza del patto di stabilità e crescita; l'individuazione del termine entro il quale regioni ed enti locali devono comunicare al Governo i propri bilanci preventivi e consuntivi, come approvati, e la previsione di sanzioni in caso di mancato rispetto di tale termine; l'individuazione dei principi fondamentali per la redazione, entro un determinato termine, dei bilanci consolidati delle regioni e degli enti locali in modo tale da assicurare le informazioni relative ai servizi esternalizzati, con previsione di sanzioni a carico dell'ente in caso di mancato rispetto di tale termine. Deve essere precisato che la riportata disposizione di cui alla lett. h) del secondo comma dell'art. 2 della legge n. 42/2009 è stata successivamente sostituita dall'art. 2, comma secondo, lett. b), legge n. 196/2009, che ha definito in modo significativamente diverso i principi ed i criteri generali ivi previsti.

¹⁵²¹ Nel senso che «armonizzazione dei bilanci pubblici» e «coordinamento della finanza pubblica» fossero due materie distinte, vedi L. SAMBUCCI, *Contabilità degli enti territoriali ed istituzionali*, cit., pp. 271 ss. (già nella edizione del 2011 del contributo, come detto, in AA.VV., *Contabilità di Stato e degli enti pubblici*, cit.). Ma si tratta di un dato che la dottrina che maggiormente indaga il sistema finanziario e contabile pubblico sembra considerare praticamente “scontato”: vedi, in particolare, A. BRANCASI, *L'autonomia finanziaria degli enti territoriali di fronte ai vincoli europei ed alla riforma costituzionale sul “pareggio di bilancio”*, in *Le Regioni*, 2014, p. 77, ove, infatti, si parla della «armonizzazione dei bilanci pubblici» senza citare il «coordinamento della finanza pubblica»

¹⁵²² In tal senso, più diffusamente, vedi L. SAMBUCCI, *Coordinamento finanziario e autonomie: i problemi che la riforma costituzionale non risolveva*, in *www.contabilità-pubblica.it*, 2017, p. 16. In precedenza la stessa giurisprudenza costituzionale aveva ritenuto che «armonizzazione dei bilanci pubblici» e «coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario» fossero sostanzialmente espressive di un'unica materia: in particolare,

solo la «armonizzazione dei bilanci pubblici» tra le materie a legislazione esclusiva statale, e, segnatamente, all'art. 117, comma secondo, lett. e), Cost.¹⁵²³ (mentre il «coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario» è “rimasto” tra le materie a legislazione concorrente di cui all'art. 117, comma terzo, Cost.).

Il legislatore ha provato a porre rimedio alla lacuna introducendo – con l'art. 2, comma sesto, lett. a), legge n. 196/2009 – un ulteriore periodo alla fine del comma primo dell'art. 2 della legge n. 42/2009, con il quale si precisa che i decreti legislativi ivi previsti (come detto, aventi ad oggetto l'attuazione dell'art. 119 Cost.) sono adottati anche al fine di armonizzare i sistemi contabili e gli schemi di bilancio degli enti territoriali e i relativi termini di presentazione e approvazione, in funzione delle esigenze di programmazione, gestione e rendicontazione della finanza pubblica. Il richiamato intervento correttivo se riesce a dare maggiore coordinamento intrinseco alla disposizione di cui all'art. 2, comma primo, legge n. 42/2009 (in relazione ai principi e criteri generali specificati, in particolare, alla lett. h del successivo secondo comma), non riesce a fugare le perplessità rilevate in ordine all'improprio assorbimento della armonizzazione dei bilanci pubblici nel coordinamento della finanza pubblica¹⁵²⁴; improprietà linguistiche che, peraltro, sono aggravate e rese ancor più manifeste proprio dal richiamato legislatore correttivo: infatti, all'art. 1, comma quarto, legge n. 196/2009 – la quale, come detto, si intitola «legge di contabilità e finanza pubblica» – si stabilisce, tra l'altro, che «le disposizioni recate dalla presente legge e dai relativi decreti legislativi costituiscono principi fondamentali del coordinamento della finanza pubblica ai

Corte cost. 16 gennaio 2004, n. 17 precisava che «spetta allo Stato, in sede di legislazione concorrente, la determinazione dei principi fondamentali nella materia compresa nella endiadi espressa nella indicazione di “armonizzazione dei bilanci pubblici e coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario”». A dimostrazione del radicamento di tale convincimento, Corte cost. 10 aprile 2014, n. 88 prende atto, in seguito a legge cost. n. 1/2012 - ed alla sua inclusione nell'ambito delle materie attribuite alla potestà legislativa esclusiva dello Stato - dello «scorporo della “armonizzazione dei bilanci pubblici” dall'endiadi con il «coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario»». In ogni caso, risulta evidente come, anche nella riportata ricostruzione della giurisprudenza costituzionale, «armonizzazione dei bilanci pubblici» e «coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario» costituiscano due distinti “ambiti disciplinari” («endiadi») della più ampia materia (secondo l'impostazione della Corte) «armonizzazione dei bilanci pubblici e coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario»: si tratta di valori costituzionali distinti, che investono distinti ambiti materiali, pur presentando profili teleologici in parte comuni (entrambi sono rilevanti in termini di salvaguardia del principio di equilibrio di bilancio, nelle diverse declinazioni di cui agli artt. 81, comma primo, 97, comma primo, e 119, comma primo, Cost.; entrambi sono rilevanti in funzione di tutela dell'unità economica della Repubblica di cui all'art. 120, comma secondo, Cost.). Dunque, i termini della questione rimangono immutati, l'esigenza dell'ordinamento rimane irrisolta: si tratta, comunque, di capire che cosa rientri nell'uno e cosa nell'altro ambito disciplinare; e ciò, ad esempio, con riferimento alla armonizzazione dei bilanci pubblici, per capire cosa possa fare il legislatore statale con riguardo alla contabilità delle regioni ed alla contabilità degli enti locali (e cosa, invece, non possa fare).

¹⁵²³ In particolare, al richiamato art. 117, comma secondo, lett. e), Cost., sono previste le seguenti, distinte (separate da un punto e virgola) materie: «moneta, tutela del risparmio e mercati finanziari; tutela della concorrenza; sistema valutario; sistema tributario e contabile dello Stato; armonizzazione dei bilanci pubblici; perequazione delle risorse finanziarie».

¹⁵²⁴ Peraltro, la riportata correzione legislativa (come visto, apportata alla fine del mese di dicembre del 2009) – richiamando esplicitamente anche la armonizzazione (dei «sistemi contabili» e degli «schemi di bilancio») – riesce ad essere dimostrativa di come lo stesso legislatore fosse ben consapevole che «armonizzazione dei bilanci pubblici e «coordinamento della finanza pubblica» fossero materie distinte (anche se funzionali tra loro e in relazione ad altri valori costituzionali).

sensi dell'art. 117 della Costituzione»¹⁵²⁵ («e sono finalizzate alla tutela dell'unità economica della Repubblica italiana, ai sensi dell'art. 120, secondo comma, della Costituzione»¹⁵²⁶).

2.2. Esorbitanza delle disposizioni di delegazione legislativa. Elementi per la ricostruzione del dato costituzionale. Ambito di operatività della armonizzazione dei bilanci pubblici - Sotto altro profilo, entrambe le leggi, come accennato, già nella definizione dell'oggetto della delegazione legislativa vanno oltre la materia «armonizzazione dei bilanci pubblici». Anzi, in verità, la legge n. 42/2009 – fermi restando i profili di perplessità già evidenziati – nella sua formulazione originaria, era riuscita, nella definizione dei principi e dei criteri generali, a rimanere coerente al dato costituzionale: infatti, all'art. 2,

¹⁵²⁵ Ne consegue che, per effetto della riportata disposizione di cui all'art. 1, comma quarto, legge n. 196/2009, sarebbero da ritenere principi fondamentali del coordinamento della finanza pubblica (e del sistema tributario) anche le disposizioni di cui al successivo art. 2, ove si conferisce delega al Governo per l'adozione di decreti legislativi «per l'armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle amministrazioni pubbliche» (ad esclusione degli enti territoriali) e sono stabiliti i principi ed i criteri direttivi per l'attuazione della delega legislativa. Quindi, anche in questo caso, l'armonizzazione dei bilanci rimarrebbe interamente contenuta nella materia «coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario. Come detto, si tratta di impostazione che non solo trascura ma confligge con i principi di cui all'art. 117 Cost., che – ora con formula del tutto indiscutibile, in esito al citato art. 3 legge cost. n. 1/2012 – tiene distinte le due materie, oggi collocate anche in posizione diversa: come visto, l'armonizzazione dei bilanci pubblici tra le materie a legislazione statale esclusiva e il coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario tra le materie a legislazione concorrente. Peraltro, la disposizione di cui all'art. 1, comma quarto, legge n. 196/2009 appare scarsamente coerente con quella stabilita al precedente comma primo dello stesso art. 1, ove, invece, il legislatore in esame richiama espressamente «i principi fondamentali dell'armonizzazione dei bilanci pubblici e del coordinamento della finanza pubblica», in osservanza dei quali deve essere realizzato il concorso delle amministrazioni pubbliche «al perseguimento degli obiettivi di finanza pubblica definiti in ambito nazionale in coerenza con le procedure e i criteri stabiliti dall'Unione europea».

Sotto altro profilo, sulla base dell'art. 1, comma quarto, legge n. 196/2009, sarebbero da ritenere principi fondamentali del coordinamento della finanza pubblica tutte le numerosissime disposizioni recate dallo stesso legislatore citato che riguardano profili di disciplina strettamente inerenti la contabilità dello Stato: disposizioni che rientrano nella materia «sistema tributario e contabile dello Stato» (di cui all'art. 117, comma secondo, lett. e, Cost., e, quindi, di competenza legislativa esclusiva statale), e non nel coordinamento della finanza pubblica. Anche in questo caso, quindi, l'impostazione del legislatore statale (cristallizzata nella disposizione sopra richiamata) trova ostacolo insuperabile nel dato costituzionale. Ovvero, in ogni caso, l'improprietà testuale (in cui incorre il legislatore statale) costituisce ulteriore riprova del tentativo dello Stato di ampliare l'ambito di applicazione del «coordinamento della finanza pubblica» (con inevitabile impatto negativo sulla coerenza complessiva del sistema), e farne, soprattutto, strumento legittimativo di interventi legislativi statali compressivi degli spazi di autonomia riconosciuti in Costituzione agli enti territoriali, e, quindi, scarsamente coerenti con il sistema costituzionale delle autonomie; la cui tenuta è esposta a vulnerazione dalla finalità perseguita dallo Stato, manifestativa di una logica neo centralista quale risposta semplicistica (a voler considerare le migliori intenzioni della impostazione statale) alla perdurante congiuntura recessiva a carattere economico e finanziario.

¹⁵²⁶ Deve essere rilevato che anche l'art. 120, comma secondo, Cost. è richiamato con formula che appare impropria. Se è vero, infatti, che nella suddetta disposizione è espressamente richiamata l'unità economica quale valore che assurge al rango costituzionale; e se si può convenire con l'impostazione secondo cui il coordinamento della finanza pubblica è funzionale anche alla protezione della unità economica della Repubblica; deve pur essere rilevato che le prescrizioni riportate nella citata disposizione costituzionale fissano i principi per la tutela del suddetto valore («unità economica») attraverso l'esercizio del potere sostitutivo da parte del Governo. Pertanto, al citato art. 1, comma quarto, legge n. 196/2009, il legislatore avrebbe dovuto richiamare la tutela dell'unità economica «di cui» all'art. 120, comma secondo, Cost. (e non utilizzare, come ha fatto, la locuzione «ai sensi» della disposizione costituzionale citata).

comma secondo, lett. h), si precisava che il legislatore delegato avrebbe dovuto provvedere alla «individuazione dei principi fondamentali dell'armonizzazione dei bilanci pubblici», in modo da assicurare la redazione dei bilanci degli enti territoriali in base a criteri predefiniti e uniformi¹⁵²⁷. Il “distacco” rispetto al dato costituzionale si verifica con le modificazioni apportate (pochi mesi dopo) dall'art. 2, comma sesto, legge n. 196/2009, che, da un lato, (integra l'art. 2, comma primo, legge n. 42/2009 e) amplia il profilo teleologico dei decreti delegati volti ad attuare l'art. 119 Cost., con i quali si persegue anche il fine di armonizzare i sistemi contabili e gli schemi di bilancio degli enti territoriali ed i relativi termini di presentazione e approvazione, in funzione delle esigenze di programmazione, gestione e rendicontazione della finanza pubblica; e, da altro lato, rivede in senso ampliativo i principi ed i criteri direttivi di cui all'art. 2, comma secondo, lett. h), legge n. 42/2009, i quali (in seguito alla modifica) riguardano: l'adozione di regole contabili uniformi e di un comune piano dei conti integrato; l'adozione di comuni schemi di bilancio articolati in missioni e programmi (coerenti con la classificazione economica e funzionale individuata dai regolamenti comunitari in materia di contabilità nazionale); l'adozione di un bilancio consolidato con le proprie aziende, società e altri organismi controllati; l'affiancamento, a fini conoscitivi, al sistema di contabilità finanziaria di un sistema e di schemi di contabilità economico-patrimoniale»¹⁵²⁸.

In verità, il legislatore ultimo citato, apportando le modificazioni richiamate, si è limitato ad adeguare (a rendere coerenti) la delega legislativa e i principi attuativi di cui all'art. 2 legge n. 42/2009 (in materia di bilancio degli enti territoriali) alla delegazione di cui all'art. 2 della stessa legge n. 196/2009, ove, infatti, si fa riferimento (al primo comma) alla «armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle amministrazioni pubbliche» (diverse da regioni ed enti locali) e «dei relativi termini di presentazione e

¹⁵²⁷ Inoltre, nella disposizione richiamata, si stabiliva che la disciplina delegata avrebbe dovuto prevedere: che la registrazione delle poste di entrata e di spesa dei bilanci dello Stato e degli enti territoriali dovesse essere eseguita in forme che consentissero di ricondurre le suddette poste ai criteri rilevanti per l'osservanza del patto di stabilità e crescita; che fosse stabilito un termine entro il quale regioni ed enti locali dovessero inviare al Governo i propri bilanci preventivi e consuntivi (con la previsione di sanzioni in caso di mancata osservanza del termine); che fossero individuati i principi fondamentali per la redazione, entro un determinato termine, dei bilanci consolidati degli enti territoriali. Alla successiva lett. l) del secondo comma del citato art. 2, inoltre, si imponeva che fosse stabilito l'obbligo di pubblicazione, nel sito internet dell'ente, dei bilanci degli enti territoriali.

¹⁵²⁸ I principi ed i criteri direttivi di cui al citato art. 2, comma secondo, lett. h), legge n. 42/2009 (come modificato dall'art. 2, comma sesto, legge n. 196/2009) prevedono anche: la raccordabilità dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio degli enti territoriali con quelli adottati in ambito europeo ai fini della procedura per i disavanzi eccessivi; la definizione di un sistema di indicatori di risultato semplici, misurabili e riferiti ai programmi del bilancio, costruiti secondo criteri e metodologie comuni ai diversi enti territoriali; la definizione di una tassonomia per la riclassificazione dei dati contabili e di bilancio delle amministrazioni pubbliche tenute al regime di contabilità civilistica, ai fini del raccordo con le regole contabili uniformi; la individuazione dei termini entro i quali regioni ed enti locali devono comunicare al Governo i propri bilanci preventivi e consuntivi (come approvati), con previsione di sanzioni nei casi di mancato rispetto di tali termini. All'art. 2, comma secondo, lett. i), legge n. 42/2009, era previsto, inoltre, che fosse introdotto l'obbligo di pubblicazione in siti internet dei bilanci delle regioni e degli enti locali; mentre alla successiva lett. m), era stabilito il superamento graduale, per tutti i livelli istituzionali, del criterio della spesa storica, in favore del criterio del fabbisogno standard e di quello della perequazione della capacità fiscale.

approvazione, in funzione delle esigenze di programmazione, gestione e rendicontazione della finanza pubblica»¹⁵²⁹; mentre, al secondo comma, sono indicati quali criteri direttivi, tra gli altri: l'adozione di regole contabili uniformi e di un comune piano dei conti integrato, al fine di consentire il consolidamento e il monitoraggio in fase di previsione, gestione e rendicontazione dei conti delle amministrazioni pubbliche; l'adozione di comuni schemi di bilancio articolati in missioni e programmi coerenti con la classificazione economica e funzionale individuata dai regolamenti comunitari in materia di contabilità nazionale¹⁵³⁰; l'affiancamento, a fini conoscitivi, al sistema di contabilità finanziaria di un sistema e di schemi di contabilità economico-patrimoniale; l'adozione di un bilancio consolidato delle amministrazioni pubbliche con le proprie aziende, società o altri organismi controllati; la definizione di un sistema di indicatori di risultato semplici misurabili e riferiti ai programmi di bilancio, costruiti secondo criteri e metodologie comuni alle diverse amministrazioni¹⁵³¹.

Ma, in disparte la definizione dei principi e dei criteri direttivi, i quali, comunque, come visto, riguardano aspetti specifici e non la generalità dei sistemi contabili di regioni ed enti locali; gli elementi di problematicità riguardano lo stesso oggetto principale (ovvero il profilo teleologico) della delega legislativa (definito all'art. 2, comma primo, legge n. 42/2009), il quale, come visto, non riguarda la (ovvero non è limitata alla) armonizzazione dei bilanci pubblici ma si estende alla armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio degli enti territoriali: con definizione di un ambito materiale ben più ampio (ed eccessivo) rispetto a quello indicato dal legislatore costituzionale - all'art. 117, comma terzo, Cost., e, poi, all'art. 117, comma secondo, lett. e), Cost.¹⁵³² - e suscettibile di estendere il potere legislativo dello Stato fino alla disciplina di ogni aspetto della contabilità degli enti territoriali. Una impostazione che non solo è scarsamente coerente con il modello autonomistico definito in Costituzione, in quanto suscettibile di neutralizzare del tutto l'autonomia contabile delle regioni e degli enti locali; ma, come detto, è finanche difficilmente compatibile con la materia «armonizzazione dei bilanci pubblici», della quale

¹⁵²⁹ Si tratta, in sostanza, dello stesso tenore testuale utilizzato (aggiunto, per effetto delle modificazioni apportate) all'art. 2, comma primo, legge n. 42/2009. Inoltre, all'art. 2, comma primo, legge n. 196/2009 è precisato che i sistemi contabili e gli schemi di bilancio delle amministrazioni pubbliche devono essere raccordabili con quelli adottati in ambito europeo ai fini della procedura per i disavanzi eccessivi.

¹⁵³⁰ La finalità perseguita è quella di rendere più trasparenti e significative le voci di bilancio dirette all'attuazione delle politiche pubbliche; con adozione di un sistema unico di codifica dei singoli provvedimenti di spesa correlati alle voci di spesa riportate nei bilanci. Il legislatore delegato deve anche definire una tassonomia per la riclassificazione dei dati contabili e di bilancio per le amministrazioni pubbliche tenute al regime di contabilità civilistica.

¹⁵³¹ Si tratta, in sostanza, degli stessi principi e criteri direttivi stabiliti (aggiunti, per effetto delle modificazioni apportate) all'art. 2, comma secondo, legge n. 42/2009.

¹⁵³² Sul punto, deve essere ricordato che inizialmente – in esito alla riforma costituzionale introdotta da legge cost. 18 ottobre 2001, n. 3 (recante, come noto, «modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione») – la materia «armonizzazione dei bilanci pubblici era annoverata da quelle a legislazione concorrente di cui all'art. 117, comma terzo, Cost.; successivamente, in esito alle modifiche apportate dalla recente riforma costituzionale introdotta da legge cost. 20 aprile 2012, n. 1 (recante, come anche noto, «introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale»), la materia «armonizzazione dei bilanci pubblici» è stata «spostata» tra quelle attribuite alla legislazione esclusiva dello Stato (di cui all'art. 117, comma secondo, Cost.).

non vi sarebbe stato alcun bisogno in un sistema in cui il potere del legislatore statale sia esteso alla disciplina (in sostanza) di tutta la contabilità pubblica¹⁵³³. Al contrario, proprio la previsione in Costituzione della suddetta materia implica l'esistenza (ovvero la possibilità) di discipline diverse adottate da legislatori diversi (ovvero anche discipline di rango normativo), in relazione alle quali l'ordinamento ravvisa necessità armonizzative a presidio di altri valori costituzionalmente protetti¹⁵³⁴: esigenze di armonizzazione che sono volte ad assicurare – mediante fissazione, da parte del legislatore statale, di principi di ordine generale in materia di bilancio (e non di contabilità, di «sistemi contabili») - un certo livello di omogeneità e di uniformità delle discipline (rimesse all'autonomia legislativa delle regioni e all'autonomia normativa degli enti locali): sono questi i profili finalistici riconducibili alla produzione del legislatore dell'armonizzazione. Ne deriva che la previsione stessa della materia «armonizzazione dei bilanci pubblici» esclude l'impostazione racchiusa nel tenore strettamente letterale del citato art. 2, comma primo, legge n. 42/2009 (nella parte che qui rileva)¹⁵³⁵, il cui disposto deve trovare (nei decreti delegati) – avrebbe dovuto trovare - attuazione costituzionalmente orientata: nel senso che il riportato profilo finalistico deve ritenersi circoscritto al (delimitato dal) suddetto valore costituzionale come definito in Costituzione - appunto, «armonizzazione dei bilanci pubblici» (e non dei «sistemi contabili»¹⁵³⁶): il quale valore costituisce un limite al potere legislativo statale, nel senso che

¹⁵³³ Come già accennato (vedi nota 17), si vuole dire che se fosse lo stesso legislatore – il legislatore statale – competente a disciplinare il sistema contabile dello Stato, il sistema contabile delle regioni, il sistema contabile degli enti locali, non vi sarebbe stata alcuna ragione per prevedere una specifica materia – peraltro, attribuita allo stesso legislatore statale - riguardante la armonizzazione dei bilanci pubblici, in quanto non vi sarebbe nulla da dover armonizzare, e, in ogni caso, non vi sarebbe stata alcuna necessità di prevedere una siffatta materia perché lo stesso legislatore (statale) era competente a disciplinare l'intera materia della contabilità pubblica.

¹⁵³⁴ Ad esempio, in via generale, l'unità economica della Repubblica. Ma anche il principio di buon andamento della pubblica amministrazione, rispetto al quale rivestono particolare rilevanza il costante monitoraggio, la trasparenza e intellegibilità dei flussi informativi, la confrontabilità dei dati finanziari: esigenze – volte, in fine, al miglioramento della programmazione finanziaria e dei risultati della gestione - che sono assicurate dalla omogeneità e dalla uniformità dei sistemi contabili; ma anche il principio di equilibrio (tra le entrate e le spese) di bilancio di cui agli artt. 81, comma primo, 97, comma primo, e 119, comma primo, Cost. (come modificati da legge cost. n. 1/2012). Ma anche il coordinamento (dinamico) della finanza pubblica, il quale, secondo una parte della dottrina, è assicurato – in verità, più condivisibilmente, è agevolato – dalla armonizzazione dei bilanci pubblici (la quale, come già osservato, ha una sua autonomia funzionale, pur essendo utile rispetto ad esigenze di coordinamento finanziario).

¹⁵³⁵ Ma nello stesso senso, militano anche altri argomenti. Se, infatti, il legislatore costituzionale avesse inteso attribuire al legislatore statale una competenza legislativa estesa all'intera contabilità pubblica, non avrebbe scritto, all'art. 117, comma secondo, lett. e), Cost., «sistema contabile dello Stato», ma, molto più semplicemente, avrebbe disposto «sistema contabile pubblico»; senza che vi fosse necessità (come detto) di prevedere la materia «armonizzazione dei bilanci pubblici», la quale, peraltro, non è stata soppressa dal legislatore costituzionale del 2012, ma è stata «spostata» tra le materie a legislazione esclusiva statale.

¹⁵³⁶ In ogni caso, l'estensione della delega legislativa rimane insuperabilmente definita (peraltro, in coerenza con l'impostazione qui prospettata) nei principi e criteri direttivi stabiliti all'art. 2, comma secondo, lett. h), legge n. 42/2009, i quali, come visto, non attribuiscono al legislatore delegato il potere di disciplinare il sistema contabile delle regioni e quello degli enti locali. E da tali principi e criteri si sarebbe dovuto lasciare guidare il legislatore delegato nell'attuazione della delega. Ne risulta, peraltro, che l'oggetto (il tenore testuale dell'oggetto) della delegazione di legge è incoerente rispetto ai criteri attuativi, in quanto – in una interpretazione non sistematica – potrebbe indurre (ed ha indotto) ad individuare un ambito materiale più

tale potere non solo non può ritenersi esteso alla disciplina dell'intera contabilità delle regioni e degli enti locali, ma può (deve) essere esercitato unicamente in funzione di assicurare le finalità armonizzative che il legislatore costituzionale ha ritenuto meritevoli di protezione. La qual cosa deve indurre nel senso di ritenere che, anche negli ambiti riconducibili alla materia «armonizzazione dei bilanci pubblici», la legislazione statale debba limitarsi alla fissazione di disposizioni di carattere generale, senza possibilità di estensione alla disciplina di dettaglio.

In verità, il legislatore costituzionale fissa un ulteriore limite al potere legislativo statale, rinvenibile nella circostanza che – nella formula testuale – il termine «armonizzazione» è riferito ai «bilanci pubblici» (e non ai “sistemi contabili”): trova, quindi, ulteriore restrizione l'ambito di esercizio del potere legislativo dello Stato¹⁵³⁷, il quale, per definizione costituzionale, deve ritenersi limitato ai profili che riguardano i documenti di bilancio – intesi, nell'accezione più ampia, quali documenti della “decisione di bilancio”, e, quindi, comprensivi, ad esempio, anche del rendiconto - e la loro struttura¹⁵³⁸, limitatamente ai profili di ordine generale riguardanti le modalità di rappresentazione, nei documenti di

ampio (anche qualitativamente, e non solo quantitativamente) rispetto (non solo alla materia «armonizzazione dei bilanci pubblici», ma anche) agli stessi principi e criteri direttivi, i quali, come visto, hanno trovato definizione in coerenza con le disposizioni di cui all'art. 117 Cost. (per la ripartizione del potere legislativo tra Stato e regioni), limitandosi solo ad alcuni aspetti di ordine generale della contabilità delle regioni e degli enti locali (senza contenere indicazioni in ordine alla disciplina complessiva della contabilità degli enti territoriali).

¹⁵³⁷ La «armonizzazione dei bilanci pubblici» svolge una duplice funzione di limite: all'autonomia contabile delle regioni, da un lato; ed alla sfera di competenza esclusiva del legislatore statale in materia di contabilità delle regioni e degli enti locali, dall'altro. Sul punto, L. MERCATI, *Armonizzazione dei bilanci pubblici e principi contabili*, in *www.federalismi.it*, 2014, p. 4, rileva, tra l'altro, che «l'esigenza di armonizzazione dei bilanci pubblici deriva dalla disomogeneità dei diversi ordinamenti contabili vigenti per le rispettive amministrazioni»; ed osserva: che «l'armonizzazione risponde al fine di garantire la leggibilità secondo uno stesso “linguaggio” delle informazioni contenute nei bilanci pubblici»; e che «attraverso l'armonizzazione, si tendono a soddisfare le pressanti esigenze informative connesse alle regole comunitarie, con particolare riferimento al patto di stabilità e crescita e alle procedure sui disavanzi eccessivi da esso previste». R. PEREZ, *Conti uniformi e vincoli finanziari nel governo della finanza locale*, in *www.irpa.eu*, 2012, osserva che l'obiettivo di ottenere, attraverso l'armonizzazione, una lettura trasparente dei bilanci degli enti locali, che dia conto delle loro spese, appare ancora lontana: «perché, sotto un profilo obiettivo, gli enti locali agiscono anche per mezzo di società controllate, incontrando, però, numerose difficoltà nell'acquisizione dei loro bilanci (e persino delle informazioni sugli andamenti finanziari)»; e «sotto un profilo politico, perché le società controllate nascondono ingenti perdite – le cifre oscillano tra i 40 e i 60 miliardi di euro - che un consolidato metterebbe in luce, mostrando una discordanza tra dati reali e dati ufficiali». L'obbligo per regioni ed enti locali di redigere il bilancio consolidato costituisce una delle novità introdotte dal d.lgs. n. 118/2011 (già nella sua formulazione originaria): si tratterà, ora, di vedere come i suddetti enti sapranno dare attuazione alle nuove norme.

¹⁵³⁸ Anche in questo caso, infatti, ove le intenzioni del citato legislatore costituzionale fossero state quelle di attribuire allo Stato un potere legislativo ampio, esteso anche ai profili gestionali - e, comunque, ad ogni profilo della contabilità pubblica - avrebbe utilizzato locuzioni diverse: (non “bilanci pubblici”, ma) ad esempio, (armonizzazione dei) “sistemi contabili pubblici” ovvero (degli) “ordinamenti contabili pubblici” oppure (della) “contabilità pubblica”. Ma, molto più semplicemente, come detto, all'art. 117, comma secondo, lett. e), Cost., non avrebbe scritto «sistema contabile dello Stato», ma “sistema contabile pubblico” (la quale cosa, peraltro, come anche detto, avrebbe reso inutile la previsione della materia «armonizzazione dei bilanci pubblici»).

bilancio, delle partite finanziarie, dei programmi, dei progetti, degli obiettivi¹⁵³⁹. Siffatta impostazione riesce ad assicurare un sufficiente livello di conformazione (limitatamente ai profili generali) dei documenti di bilancio e rende possibile la necessaria omogeneità (delle modalità di espressione) dei dati finanziari ed economici complessivi provenienti dai diversi livelli istituzionali, in funzione della loro lettura sistemica, della loro confrontabilità, della loro analisi comparata – peraltro, con sicuro miglioramento, in termini gestionali, della programmazione economico-finanziaria e dei risultati dell'attività pubblica – al fine di (concorrere a) garantire, in via generale, non solo il coordinamento della finanza pubblica, ma primariamente (ovvero tramite il coordinamento finanziario) l'osservanza dei principi costituzionali di equilibrio di bilancio¹⁵⁴⁰ (di cui agli artt. 81, comma primo, 97, comma

¹⁵³⁹ Una sicura indicazione in tal senso si rinveniva nell'ordinamento già nell'art. 1, comma primo, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 170, (recante «ricognizione dei principi fondamentali in materia di armonizzazione dei bilanci pubblici»), ove si stabiliva che la «armonizzazione dei bilanci pubblici ha per oggetto l'omogeneità dei bilanci e dei sistemi di rilevazione contabile delle regioni e degli enti locali, rispetto al bilancio dello Stato e le consequenziali procedure di consolidamento dei conti pubblici anche ai fini di garanzia degli equilibri di finanza pubblica e del rispetto del patto di stabilità e crescita». Una disposizione che, nella prima parte, obiettivamente circoscrive l'ambito di esercizio della “materia” ai profili di disciplina riguardanti i documenti di bilancio (a carattere previsionale e rendicontativo). Peraltro, anche nella seconda parte, la disposizione conserva carattere restrittivo, limitando lo spazio di operatività della materia alle «procedure di consolidamento dei conti pubblici» (locuzione da intendersi come riferita alle funzionalità ed ai contenuti dei documenti in ordine al consolidamento dei conti pubblici): pur dovendosi rilevare che si tratta di profili che, più coerentemente, rientrano nel «coordinamento della finanza pubblica». L'impressione è che la seconda parte della disposizione richiamata attenga più ai profili finalistici della materia «armonizzazione dei bilanci pubblici», la quale, assicurando l'omogeneità delle informazioni finanziarie (fornite dagli strumenti di bilancio) – e, quindi, la loro confrontabilità, in funzione della programmazione e del controllo – è volta (unitamente alla materia «coordinamento della finanza pubblica») ad assicurare (a rendere possibile) non solo trasparenza della gestione e controllo della spesa pubblica, ma anche decisioni finanziarie appropriate e tempestive, anche in ordine al consolidamento dei conti, rispettose dei vincoli imposti economici e finanziari imposti dalle istituzioni comunitarie. Peraltro, la stretta relazione (funzionalità) tra «armonizzazione dei bilanci pubblici», «coordinamento della finanza pubblica», «unità economica della Repubblica», osservanza degli obblighi economici e finanziari imposti dalle istituzioni comunitarie (oltre ad aver trovato espressione al citato art. 2 d.lgs. n. 170/2006), si trova ribadita – positivizzata – già all'art. 1, comma primo, legge n. 196/2009, ove (in seguito alle modificazioni apportate dall'art. 1, comma primo, legge n. 39/2011) si stabilisce che le amministrazioni pubbliche concorrono al perseguimento degli obiettivi di finanza pubblica definiti in ambito nazionale in coerenza con le procedure e i criteri stabiliti dall'Unione europea e ne condividono le conseguenti responsabilità; con espressa precisazione che il concorso al perseguimento di tali obiettivi si realizza secondo i principi fondamentali dell'armonizzazione dei bilanci pubblici e del coordinamento della finanza pubblica.

¹⁵⁴⁰ Come accennato (vedi nota 2), in questa sede, non ci si può soffermare sulla riforma dell'art. 81 Cost., e, tuttavia, è necessario rilevare che, sulla portata e sull'impatto (non solo sugli aspetti più prettamente finanziari, ma anche sui diritti sociali) del principio costituzionale di equilibrio di bilancio, la letteratura scientifica è ormai copiosissima: sul punto, senza pretesa di esaustività, vedi A. BRANCASI, *Il principio del pareggio di bilancio in Costituzione*, in www.osservatoriosullefonti.it, 2012; Id., *L'introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio: un esempio di revisione affrettata della Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, p. 108; Id., *Bilancio (equilibrio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Agg., VII, 2014; G. RIVOSECCHI, *Il c.d. pareggio di bilancio tra Corte e legislatore, anche nei suoi riflessi sulle regioni: quando la paura prevale sulla ragione*, in www.rivistaaic.it, 2012; F. BILANCIA, *Note critiche sul c.d. “pareggio di bilancio”*, in www.rivistaaic.it, 2012; T.F. GIUPPONI, *Il principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio e la sua attuazione*, in *Quad. cost.*, 2014, 51; A. MORRONE, *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, in www.rivistaaic.it, 2014; M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, Milano, 2015, pp. 1673 ss.; G. LO CONTE, *Equilibrio di bilancio, vincoli sovranazionali e riforma costituzionale*, Torino, 2015; E. FURNO, *Pareggio di bilancio e diritti sociali: la ridefinizione*

primo, e 119, comma primo, Cost., come modificati da legge cost. n. 1/2012), di unità economica della Repubblica (di cui all'art. 120, comma secondo, Cost.), di rispetto dei vincoli economici e finanziari derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea¹⁵⁴¹, e (più in generale?) del principio di buon andamento della pubblica amministrazione¹⁵⁴².

dei confini nella recente giurisprudenza costituzionale in tema di diritto all'istruzione dei disabili, in NOMOS, 2017; per una ricostruzione del sistema costituzionale di bilancio, vedi G. LADU, *I principi costituzionali e la finanza pubblica*, in AA.VV., *Contabilità di Stato e degli enti pubblici*, cit., p. 28. Soprattutto la dottrina costituzionalistica ha approfondito i diversi profili problematici della costituzionalizzazione del suddetto principio, ivi compreso quello della sua giustiziabilità (tema che presenta rilevanza in relazione al presente lavoro): M. LUCIANI, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, in *Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012* (atti del seminario svoltosi in Roma il 22 novembre 2013), 2014, Milano, pp. 42 ss.; G. RIVOSECCHI, *L'equilibrio di bilancio: dalla riforma costituzionale alla giustiziabilità*, in *www.rivistaaic*, 2016; G. SCACCIA, *La giustiziabilità della regola del pareggio di bilancio*, in *www.rivistaaic.it*, 2012.

Meno indagato è rimasto il tema del “rapporto” tra principio di equilibrio del bilancio e principio di buon andamento della pubblica amministrazione. Sul punto, G. BOTTINO, *Il nuovo articolo 97 della Costituzione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2014, p. 693, ha rilevato come i nuovi principi dell'equilibrio di bilancio e della sostenibilità del debito si aggiungono – «fanno sistema» – «ai tradizionali principi di imparzialità e di buon andamento, ampliando – nella forma e nella sostanza – i contenuti che definiscono lo statuto costituzionale delle pubbliche amministrazioni»; soffermandosi, peraltro, sulla importanza della trasfusione nell'art. 97 Cost. dei suddetti nuovi principi. Sulla questione deve essere osservato che il richiamo del principio – dopo l'esplicazione all'art. 81 Cost. – al primo comma dell'art. 97 Cost., e il riferimento alle «pubbliche amministrazioni»; la sua ripetizione al primo comma dell'art. 119 Cost., con riferimento alle regioni ed agli enti locali; sembrerebbero autorizzare a ritenere che sia il principio di buon andamento a rimanere integrato, completato, e, quindi, limitato, dal principio di equilibrio di bilancio: sul punto, si è già rilevato – L. SAMBUCCI, *La triste parabola dell'autonomia contabile degli enti territoriali*, cit., p. 56 – come il dato costituzionale sembri fissare un limite al buon andamento, la cui “misura” non può prescindere dal rispetto degli equilibri di bilancio: la qual cosa non significa che i valori di cui al secondo comma dell'art. 97 debbano conoscere sacrificio in funzione della primaria salvaguardia degli equilibri di bilancio; ma certo implica che, nello scrutinio di costituzionalità in relazione al principio di buon andamento, si debba tenere conto (ovvero non si possa trascurare la valutazione) dell'impatto sugli equilibri finanziari complessivi. Ma il tema richiede separato approfondimento.

¹⁵⁴¹ Deve essere rilevato che il legislatore costituzionale (art. 4 legge cost. n. 1/2012) ha costituzionalizzato (art. 119, comma terzo, Cost.) l'obbligo delle regioni e degli enti locali di concorrere ad assicurare l'osservanza dei vincoli economici e finanziari derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea: un principio, peraltro, ampiamente acquisito all'ordinamento, già solo se si considerano le citate disposizioni di cui all'art. 1, comma primo, legge n. 196/2009 (vedi nota 40); e se si tiene conto dei principi (ancor più risalenti) esplicitati all'art. 2, comma primo, d.lgs. n. 170/2006, ove espressamente si disponeva che, «ai fini della tutela dell'unità economica della Repubblica, la finanza di regioni ed enti locali concorre con la finanza statale al perseguimento degli obiettivi di convergenza e stabilità derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea, operando in coerenza con i vincoli che ne derivano in ambito nazionale, sulla base dei principi fondamentali dell'armonizzazione dei bilanci pubblici e del coordinamento della finanza pubblica, ai sensi degli articoli 117 e 119 della Costituzione». Ma vedi anche le disposizioni di cui all'art. 2, comma secondo, lett. b), legge n. 42/2009, ove, tra i principi da osservare nell'attuazione delle deleghe legislative conferite, si individuava quello del «concorso di tutte le amministrazioni pubbliche al conseguimento degli obiettivi di finanza pubblica nazionale in coerenza con i vincoli posti dall'Unione europea e dai trattati internazionali».

¹⁵⁴² La proposta definizione del profilo teleologico trova riscontro nelle posizioni espresse dalla giurisprudenza costituzionale, la quale ha ritenuto che «l'armonizzazione dei bilanci pubblici è finalizzata realizzare l'omogeneità dei sistemi contabili per rendere i bilanci delle amministrazioni aggregabili e confrontabili, in modo da soddisfare le esigenze informative connesse a vari obiettivi quali la programmazione economico-finanziaria, il coordinamento della finanza pubblica, la gestione del federalismo fiscale, le verifiche del rispetto delle regole comunitarie, la prevenzione di gravi irregolarità idonee a pregiudicare gli equilibri dei bilanci»: Corte cost. 20 luglio 2016, n. 184 (ma, sul punto specifico, ci

2.3. La contraddittoria attuazione delle deleghe legislative. I dubbi di costituzionalità – Le suddette deleghe legislative hanno trovato una prima attuazione rispondente ai principi attuativi e sostanzialmente adeguata alla (riportata) impostazione ricostruttiva più coerente con il dato costituzionale: con d.lgs. 31 maggio 2011, n. 91, recante disposizioni attuative «dell’art. 2 legge 31 dicembre 2009, n. 196, in materia di adeguamento ed armonizzazione dei sistemi contabili»; e con d.lgs. 23 giugno 2011, n. 118, recante «disposizioni in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle regioni, degli enti locali e dei loro organismi, a norma degli artt. 1 e 2 legge 5 maggio 2009, n. 42». In effetti, i legislatori delegati citati si sono limitati, nel testo degli articolati, a disposizioni di carattere generale riferite agli ambiti indicati dai criteri direttivi¹⁵⁴³ (mentre si sono diffusi negli allegati uniti ai decreti, descrittivi dei principi contabili generali, di cui pure è imposta alle amministrazioni pubbliche «la piena attuazione»); comunque, pur confermando le perplessità di ordine generale già suscitate dalle leggi di delegazione¹⁵⁴⁴, hanno offerto spunti utili in termini ricostruttivi delle finalità e degli ambiti di esercizio della materia «armonizzazione dei bilanci pubblici»¹⁵⁴⁵.

si soffermerà *infra sub* 3.2). In dottrina, in senso limitativo degli spazi di competenza del legislatore statale, A. BRANCASI, *L'autonomia finanziaria degli enti territoriali*, cit., p. 80, osserva che la potestà legislativa in materia di armonizzazione dei bilanci pubblici dovrebbe servire allo Stato «soltanto a prescrivere uniformità nelle rilevazioni e unicità di linguaggio strumentali alla predisposizione mediante riclassificazione dei dati e con finalità esclusivamente conoscitive».

¹⁵⁴³ Ne sono venuti, tra l'altro: la disciplina del piano dei conti integrato (e la definizione della transazione elementare); la nuova disciplina della classificazione delle entrate (per titoli e tipologie) e delle spese (per missioni e programmi); le disposizioni riguardanti gli indicatori di risultato; le disposizioni riguardanti le amministrazioni pubbliche in regime di contabilità civilistica; la definizione dei termini di approvazione dei bilanci.

¹⁵⁴⁴ Ad esempio, all'art. 2, comma primo, d.lgs. n. 91/2011 si stabilisce che lo stesso «decreto disciplina l'armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle amministrazioni pubbliche, al fine di assicurare il coordinamento della finanza pubblica attraverso una disciplina omogenea dei procedimenti di programmazione, gestione, rendicontazione e controllo». Deve essere rilevato criticamente che all'epoca in cui fu adottato il citato d.lgs. n. 91/2011 l'armonizzazione dei bilanci pubblici (che il legislatore statale esprime impropriamente con la locuzione «sistemi contabili e schemi di bilancio») era ancora materia a legislazione concorrente (secondo quanto previsto all'art. 117, comma terzo, Cost.), e, quindi, eventualmente, lo Stato avrebbe potuto determinare i principi fondamentali della materia. I termini della questione rimangono immutati anche a voler considerare l'opzione – incompatibile con il dato costituzionale – secondo cui la disciplina della «armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio» sarebbe un ambito materiale compreso nella materia «coordinamento della finanza pubblica» ovvero, comunque, distinto dalla «armonizzazione dei bilanci pubblici»: nel primo caso, è sufficiente rilevare che il «coordinamento della finanza pubblica» ancora oggi è materia a legislazione concorrente, e, quindi, il legislatore statale può «solo» determinare i principi fondamentali; nel secondo caso, rimarrebbe privata di ogni valenza la previsione costituzionale di una materia denominata «armonizzazione dei bilanci pubblici». L'infelice formulazione della disposizione esaminata è sufficientemente indicativa delle forzature compiute dal legislatore statale nel tentativo di ampliare il proprio potere di intervento in ogni ambito della contabilità pubblica: dovendosi ricordare che un siffatto potere è escluso dalla previsione costituzionale della materia «sistema contabile dello Stato» e della materia «armonizzazione dei bilanci pubblici».

¹⁵⁴⁵ In particolare, all'art. 3 d.lgs. n. 91/2011 si stabilisce, tra l'altro, che, con l'attuazione dei principi contabili generali stabiliti nel decreto stesso (nell'allegato 1), le amministrazioni pubbliche perseguono l'obiettivo di (art. 3, lett. a) «promuovere l'armonizzazione delle procedure contabili, connesse ai diversi sistemi contabili e di bilancio, al fine di rappresentare in maniera veritiera e corretta, attraverso il sistema dei bilanci, le scelte

Tuttavia, è con il d.lgs. 10 agosto 2014, n. 126, recante «disposizioni integrative e correttive del d.lgs. 23 giugno 2011, n. 118»¹⁵⁴⁶, che si materializza un vero e proprio distacco rispetto al dato costituzionale. Infatti, il citato legislatore correttivo ha aggiunto al d.lgs. n. 118/2011 un titolo terzo ed un titolo quarto del tutto nuovi¹⁵⁴⁷: il titolo terzo, intitolato «ordinamento finanziario e contabile delle regioni», reca ora (in seguito alle “correzioni” apportate dal d.lgs. n. 126/2014) una disciplina dettagliata, minuziosa della contabilità delle regioni¹⁵⁴⁸; il titolo quarto (intitolato «adeguamento delle disposizioni riguardanti la finanza regionale e

programmatiche, amministrative e gestionali dell'amministrazione». In verità, si tratta di esigenze e di principi tradizionalmente acquisiti all'ordinamento contabile pubblico (anche se ora descritti con maggiore dettaglio dal citato legislatore delegato), i quali, tuttavia, non solo non implicano l'adozione di (né autorizzano lo Stato ad imporre) discipline contabili minuziosamente uniformi a tutti i livelli istituzionali, ma una siffatta disciplina (uniforme e minuziosamente dettagliata) neppure riuscirebbe automaticamente a garantire la rappresentazione veritiera e corretta delle scelte programmatiche, amministrative e gestionali dell'ente: la qual cosa dipende dalle modalità di attuazione dei principi contabili: il bilancio di un ente potrebbe essere esattamente rispondente allo schema imposto dal legislatore statale, ma potrebbe non essere veridico né corretto; mentre ben potrebbe essere veritiero e corretto un bilancio predisposto secondo uno schema diverso da quello imposto. Inoltre, al citato art. 3 d.lgs. n. 91/2011 si dispone che, con l'osservanza dei principi contabili generali, le amministrazioni pubbliche: permettono ai gestori dei sistemi contabili e di bilancio, nonché ai responsabili dei servizi finanziari, l'applicazione corretta ed efficace delle norme; mettono gli organi di revisione e di controllo nelle condizioni di verificare che il sistema dei bilanci e le relative informazioni contabili pubbliche risultino conformi ai principi di efficienza ed efficacia. Anche in questo caso, si tratta di esigenze e di profili finalistici, di carattere generale, già presenti nell'ordinamento contabile pubblico, i quali riescono a rientrare nell'ambito della «armonizzazione dei bilanci pubblici» soltanto intendendo tale materia in senso molto ampio e comprensivo di ogni aspetto della contabilità.

¹⁵⁴⁶ Deve essere rilevato che all'art. 2, comma settimo, legge n. 42/2009 era espressamente prevista la possibilità di adottare, entro tre anni (nella formulazione originaria il termine era di due anni) dall'entrata in vigore dei decreti legislativi di cui al primo comma, decreti legislativi recanti disposizioni integrative e correttive nel rispetto dei principi e criteri direttivi previsti nella presente legge (e con le procedure di cui ai commi terzo e quarto). Deve anche essere rilevato che il decreto n. 126/2014 è stato approvato dal Consiglio dei ministri in data 8 agosto 2014; la qual cosa, peraltro, lascia anche dubitare della osservanza del (richiamato) termine di tre anni (fissato per l'approvazione di decreti legislativi integrativi e correttivi) di cui al citato art. 2, comma settimo.

¹⁵⁴⁷ Nella formulazione originaria, il titolo terzo del d.lgs. n. 118/2011 recava le «disposizioni finali e transitorie» (e si componeva di tre articoli); il titolo quarto, invece, neppure esisteva. È utile aggiungere che, in sede di “correzione” e “integrazione”, il legislatore delegato ha aggiunto - all'originario d.lgs. n. 118/2011 (che già ne prevedeva tre, di cui il primo riguardante i principi contabili generali) - altri trentuno allegati, nei quali è riportata una disciplina ultra dettagliata di ogni minuto aspetto della contabilità delle regioni e degli enti locali: centinaia e centinaia di pagine recanti prescrizioni iper regolamentari, che si aggiungono alle centinaia di disposizioni recate dal testo dell'articolato, il quale, in sede di “correzione”, vede aggiungersi (al testo originario) oltre quaranta articoli (ma solo l'art. 74 contiene disposizioni modificative riguardanti, come detto, praticamente tutta la parte seconda del d.lgs. n. 267/2000). All'esito delle “integrazioni” e delle “correzioni” introdotte dal d.lgs. n. 126/2014, il d.lgs. n. 118/2011 più che un testo normativo (che doveva recare, secondo quanto indicato nel titolo, «disposizioni in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio» delle regioni e degli enti locali) è un vero e proprio manuale operativo della contabilità degli enti territoriali (e dei loro organismi).

¹⁵⁴⁸ La disciplina introdotta dal d.lgs. n. 126/2014 non solo non è limitata ai profili ed agli istituti di bilancio, ma è estesa anche alla gestione finanziaria ed ai controlli; ma neppure è limitata agli aspetti ordinamentali indicati nel titolo (come detto, «ordinamento finanziario e contabile»), in quanto stabilisce una normativa di minuzioso dettaglio (su tutti gli aspetti della contabilità delle regioni).

locale») – e, in particolare, l'art. 74 - apporta profonde e pervasive modificazioni alla parte seconda del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267¹⁵⁴⁹.

Osservato preliminarmente che mai in precedenza il legislatore statale si era spinto fino alla definizione dell'ordinamento finanziario e contabile delle regioni¹⁵⁵⁰, deve essere rilevato che le disposizioni di cui al titolo terzo del d.lgs. n. 118/2011, come integrato e corretto dal d.lgs. n. 126/2014, si espongono a diversi profili di dubbia legittimità costituzionale¹⁵⁵¹. Un primo ordine di perplessità riguarda l'eccesso di delega. Come visto, infatti, la delega legislativa è stata conferita, ai sensi dell'art. 2, comma primo, legge n. 42/2009, al fine di armonizzare i sistemi contabili e gli schemi di bilancio delle regioni e degli enti locali e i relativi termini di presentazione e approvazione, in funzione delle esigenze di programmazione, gestione e rendicontazione della finanza pubblica. Fermo restando quanto già osservato in ordine alla difficile compatibilità dei riportati profili finalistici della delega legislativa rispetto alla sfera di operatività della materia «armonizzazione dei bilanci pubblici»¹⁵⁵² (rientrante nella competenza del legislatore statale), risulta complicato riuscire ad individuare, nell'ambito del portato teleologico definito dalla disposizione ultima citata, spazi positivi suscettibili di giustificare la definizione, da parte del legislatore statale, della disciplina dell'ordinamento finanziario e contabile delle regioni¹⁵⁵³. E tale impostazione trova ulteriore conferma, da un lato, nella declinazione dei principi e dei criteri direttivi per l'attuazione della suddetta delega (come detto, definiti all'art. 2, comma secondo, lett. h, legge n. 42/2009), i quali, come visto, non offrono indicazioni che autorizzino (il legislatore delegato a disporre) la disciplina dell'ordinamento finanziario e contabile delle regioni (e degli enti territoriali, in generale), trattandosi, come visto, di prescrizioni direttive volte, essenzialmente, a dare omogeneità ai

¹⁵⁴⁹ Come noto, la parte seconda del d.lgs. n. 267/2000 reca (ed è intitolata) l'ordinamento finanziario e contabile degli enti locali.

¹⁵⁵⁰ Infatti, come detto (vedi nota 16), nel passato, il legislatore statale, nel rispetto dell'autonomia contabile delle regioni, si era sempre limitato a stabilire principi volti a dare coordinamento ai (sostanzialmente, ad armonizzare i) sistemi contabili pubblici: in particolare, vedi legge n. 335/1976 e d.lgs. n. 76/2000. Ciò che preme evidenziare è che, in un contesto ordinamentale in cui il legislatore statale era competente praticamente su tutto e le autonomie regionali non avevano ancora conosciuto il rinforzo introdotto da legge cost. n. 3/2001, lo Stato si era limitato a stabilire i principi fondamentali della disciplina dei documenti di bilancio (in senso ampio: le disposizioni riguardavano anche i rendiconti) delle regioni. Peraltro, gli interventi legislativi richiamati riescono ad essere dimostrativi di come l'ordinamento abbia sempre avuto ben presente la necessità della omogeneità (e, quindi, le esigenze di armonizzazione) dei documenti di bilancio ai diversi livelli istituzionali.

¹⁵⁵¹ Sulla questione, vedi L. SAMBUCCI, *Contabilità degli enti territoriali ed istituzionali*, in AA.VV., *Contabilità dello Stato e degli enti pubblici*, Torino, 2015, p. 339; sui dubbi di legittimità costituzionale rispetto alla disciplina preesistente al d.lgs. n. 126/2014, vedi anche L. SAMBUCCI, *Autonomia contabile delle regioni e armonizzazione dei bilanci pubblici*, cit., 42.

¹⁵⁵² La qual cosa (come detto) avrebbe suggerito, in sede di attuazione della delega legislativa, una interpretazione costituzionalmente orientata (rispettosa del valore costituzionale «armonizzazione dei bilanci pubblici») delle disposizioni di cui all'art. 2, comma primo, legge n. 42/2009.

¹⁵⁵³ Peraltro, come già evidenziato, il citato legislatore correttivo non si è neppure limitato a definire l'ordinamento finanziario e contabile delle regioni, ma, addirittura, ha stabilito una disciplina minuziosa, «ultra regolamentare», dell'intera contabilità regionale (e della contabilità degli enti locali: con le disposizioni contenute nel nuovo art. 74 d.lgs. n. 118/2011).

contenuti dei documenti di bilancio (a carattere preventivo e consuntivo) ed uniformazione alle tecniche di rappresentazione dei dati finanziari ed economici negli stessi documenti. E, da altro lato, nella circostanza – pure risolutiva - che con il d.lgs. n. 118/2011 (come originariamente approvato, e rimasto vigente fino alle correzioni introdotte con d.lgs. n. 126/2014) il legislatore delegato si è limitato alla attuazione della delega legislativa in osservanza dei principi e dei criteri direttivi stabiliti, senza esprimere alcun riferimento all'ordinamento finanziario e contabile delle regioni¹⁵⁵⁴. Si tratta di elementi, a carattere constatativo, che escludono che il legislatore statale (e, segnatamente, nel caso specifico, il legislatore delegato) possa essere ritenuto competente a disciplinare i profili ordinamentali della contabilità delle regioni (e degli enti locali), e, men che meno, a stabilirne la disciplina regolamentare (come pure ha fatto con il d.lgs. n. 126/2014)¹⁵⁵⁵.

Ne consegue che, per quanto qui rileva, la disciplina, da parte del legislatore delegato della correzione del d.lgs. n. 118/2011, dell'ordinamento finanziario e contabile delle regioni appare dubbiamente compatibile rispetto ai precetti di cui all'art. 76 Cost., trattandosi di profili che esorbitano dall'oggetto della delega legislativa conferita¹⁵⁵⁶. Rimane, infine, da

¹⁵⁵⁴ Si vuole dire che, ove la delega legislativa di cui all'art. 2, comma primo, legge n. 42/2009 ed i principi e criteri di cui al secondo comma del citato art. 2 fossero stati suscettibili di essere intesi come attributivi del potere di disciplina dell'intero ordinamento finanziario e contabile delle regioni, già nel d.lgs. n. 118/2011 sarebbero state stabilite disposizioni esplicite in tal senso, anche solo limitatamente alla definizione dei principi fondamentali della contabilità regionale: il legislatore, cioè, in sede di attuazione della delega, avrebbe esteso la disciplina anche ai profili riguardanti la gestione finanziaria ed i controlli; ma, soprattutto, il legislatore delegante avrebbe conferito apposita delega nei sensi riferiti, esprimendo specifici principi e criteri di attuazione. Invece, come detto, né nel d.lgs. n. 118/2011 né all'art. 2 legge n. 42/2009 sono rilevabili indicazioni riguardanti la gestione finanziaria ed i controlli né sono rinvenibili richiami all'ordinamento finanziario e contabile delle regioni (né a quello degli enti locali). Pur dovendosi evidenziare, in ogni caso, che una siffatta delega legislativa non può certo essere ricavata implicitamente dai criteri attuativi (che pure, come visto, non contengono indicazioni nel senso percorso dal citato legislatore delegato correttivo), ma deve essere conferita in modo esplicito: come, peraltro, già avvenuto in passato, quando all'art. 4, comma secondo, legge 23 ottobre 1992, n. 421, è stata conferita delega al Governo per il riordino dell'ordinamento finanziario e contabile degli enti locali. È utile rilevare che nella richiamata circostanza il legislatore, nella definizione dei principi e dei criteri per l'attuazione della delega, si è sostanzialmente limitato ad imporre (art. 4, comma secondo, lett. a) la «armonizzazione con i principi della contabilità generale dello Stato» (e richiamando espressamente, per il resto, l'introduzione graduale della contabilità economica): la qual cosa costituisce riprova di come l'armonizzazione dei bilanci pubblici fosse (anche prima della sua costituzionalizzazione) un valore ampiamente acquisito all'ordinamento.

¹⁵⁵⁵ Un ulteriore argomento che milita nel senso di escludere che il legislatore statale, con legge n. 42/2009, abbia inteso conferire delega per la disciplina dell'ordinamento contabile delle regioni, può essere ravvisato nella circostanza che, all'epoca dell'entrata in vigore della citata legge delega, la materia «armonizzazione dei bilanci pubblici», come detto, rientrava tra quelle a legislazione concorrente: la qual cosa avrebbe implicato di dover considerare principi fondamentali di armonizzazione dei bilanci pubblici le disposizioni di disciplina dell'ordinamento finanziario e contabile, e, quindi, le disposizioni riguardanti un ambito materiale ben più ampio di quello indicato dal legislatore costituzionale, in quanto comprensivo (non solo «dei bilanci», ma) di ogni aspetto della contabilità (le procedure decisionali a carattere finanziario, gli aspetti gestionali, i controlli), sia pure limitatamente ai principi («ordinamento»).

¹⁵⁵⁶ I dubbi (di eccesso di delega) rimarrebbero irrisolti anche a voler considerare che l'estensione (in sede di «correzione») della disciplina delegata sia stata determinata dallo «spostamento» della «armonizzazione dei bilanci pubblici» tra le materie a legislazione statale, e, quindi, da un fatto che si è verificato successivamente al conferimento della delega legislativa. Fermo restando che il richiamato «spostamento» non ha determinato un ampliamento della sfera di operatività della materia ma «solo» un ampliamento del

evidenziare criticamente la circostanza che, come visto, con il d.lgs. n. 126/2014, il legislatore statale neppure si è limitato alle disposizioni ordinamentali (e, quindi, alla definizione dei principi della contabilità delle regioni)¹⁵⁵⁷, ma, addirittura, ha introdotto una

potere legislativo statale nell'ambito della stessa materia; proprio siffatta eventualità confermerebbe che la disciplina ordinamentale introdotta dal d.lgs. n. 126/2014 sia stata adottata in difetto di delega, e in difetto di principi e criteri direttivi per l'attuazione (stabiliti – l'una e gli altri – molto tempo prima del fatto ritenuto giustificativo dell'ampliamento della disciplina delegata). Per cui anche a voler ritenere, sulla base di una interpretazione (molto) estensiva – e scarsamente coerente con il sistema costituzionale delle autonomie e con il tenore testuale dei principi - delle materie «armonizzazione dei bilanci pubblici» e «coordinamento della finanza pubblica», che il legislatore statale sia competente a disciplinare l'ordinamento finanziario e contabile delle regioni; ciò – la disciplina di tali aspetti - non sarebbe potuto avvenire (ovvero la disciplina non poteva essere adottata) sulla base della delega di cui all'art. 2 legge n. 42/2009, ma avrebbe imposto il conferimento di una nuova, specifica delega legislativa, con declinazione di specifici principi e criteri direttivi. Per completezza, deve pur essere rilevato che, sul punto specifico (eccesso di delega), una obiezione pertinente potrebbe essere quella di rilevare che la delega legislativa formalizzata (in via generale, all'art. 2, comma primo, legge n. 42/2009, con precisazione che i decreti delegati erano finalizzati ad «armonizzare i sistemi contabili e gli schemi di bilancio» delle regioni e degli enti locali) poteva ritenersi comprensiva dell'ordinamento finanziario e contabile: obiettivamente, la locuzione «sistemi contabili» indica un perimetro di operatività (riferibile all'intera contabilità degli enti territoriali) più ampio e comprensivo di quello riconducibile all'ordinamento finanziario e contabile (il quale, come noto, è – sarebbe - limitato alla definizione dei principi). Si tratterebbe, tuttavia, di obiezione non condivisibile, in quanto insuscettibile di resistere al rilievo che la richiamata delega legislativa è conferita non per disciplinare ma per «armonizzare i sistemi contabili» (e, quindi, l'ordinamento contabile) degli enti territoriali; e troverebbe, comunque, ostacolo insormontabile nella considerazione che lo spazio di operatività della delega legislativa rimane definito dai principi e dai criteri di attuazione, i quali (definiti all'art. 2, comma secondo, lett. h, legge n. 42/2009), nel caso in esame, escludono che la “materia” delegata («armonizzare i sistemi contabili») possa essere intesa come estesa alla disciplina dell'ordinamento contabile e, addirittura, di ogni minuzioso aspetto della contabilità delle regioni e degli enti locali.

¹⁵⁵⁷ Sotto altro profilo di dubbio, deve essere rilevato che l'aggiunta, in sede di integrazione e correzione, di una disciplina che non era prevista nel d.lgs. n. 118/2011, autorizza perplessità in ordine alla possibilità di ricondurre il decreto delegato correttivo nell'ambito delle previsioni di cui all'art. 2, comma settimo, legge n. 42/2009, dovendosi ritenere che anche lo spazio integrativo sia circoscritto al completamento di disposizioni (ovvero discipline) contenute nel provvedimento legislativo oggetto di revisione (“decreto principale”). Nel caso in esame, la disciplina recata nel titolo III (come introdotto dal d.lgs. n. 126/2014) è del tutto nuova rispetto al d.lgs. n. 118/2011 (ma anche rispetto al sistema giuridico complessivo: mai, infatti, come detto, il legislatore statale si era spinto fino alla disciplina dell'ordinamento finanziario e contabile delle regioni): è come se si trattasse, in sostanza, di una prima attuazione della delega di cui all'art. 2 legge n. 42/2009, la quale, quindi, anche ove si volesse ritenere compresa nell'oggetto della delegazione legislativa, avrebbe trovato attuazione in ritardo rispetto al termine di trenta mesi stabilito all'art. 2, comma primo. In termini generali sulla questione, vedi M. RUOTOLO, *I limiti della delegazione legislativa integrativa e correttiva*, in AA.VV., *La delega legislativa*, Milano, 2009, p. 41, il quale, rilevato lo strettissimo legame tra decreto principale e decreti integrativi e correttivi, ha osservato che correzione e integrazione non possono che riferirsi a ciò che è stato disciplinato nel decreto principale: on la conseguenza che «il termine per la prima attuazione della delega dovrebbe ritenersi invalicabile da un decreto che, pur espressamente qualificato come integrativo e/o correttivo, non si limiti ad apportare modifiche di dettaglio». In tal senso, anche Corte cost. 2001, n. 206, la quale ha precisato, tra l'altro, che la delega correttiva e integrativa attribuisce la «possibilità di apportare modifiche di dettaglio al corpo delle norme delegate. Ciò che conta è che si intervenga solo in funzione di correzione o integrazione delle norme delegate già emanate».

In relazione ad altro profilo, deve essere rilevato che l'espansione normativa posta in essere con il d.lgs. n. 126/2014 non può trovare giustificazione neppure nella eventuale intenzione del legislatore delegato di recepire, in sede di decreto correttivo, gli esiti della sperimentazione prevista all'art. 36 d.lgs. n. 118/2011, la quale, comunque, avrebbe dovuto attenersi ai principi ed ai criteri attuativi e, in ogni caso, non avrebbe potuto determinare un ampliamento della delega legislativa.

disciplina minuziosa, “ultra regolamentare”, dell’intero sistema contabile delle regioni (e di quello degli enti locali¹⁵⁵⁸).

Un ulteriore profilo di dubbia costituzionalità (della normazione introdotta dal d.lgs. n. 126/2014) deve essere rilevato in relazione all’art. 117 Cost., potendosi ritenere che la disciplina, da parte del legislatore statale, dell’intero ordinamento finanziario e contabile delle regioni (e, addirittura, di ogni aspetto regolamentare della contabilità delle regioni e degli enti locali) costituisca violazione del sistema di riparto delle competenze legislative come definito nella disposizione costituzionale ultima citata¹⁵⁵⁹. Né l’espansione del potere

¹⁵⁵⁸ Le obiezioni rilevate in relazione alle disposizioni introdotte dal d.lgs. n. 126/2014 sono riferibili in molta parte anche a quelle (recate dallo stesso legislatore delegato ultimo citato) riguardanti l’ordinamento contabile degli enti locali, le quali (per effetto della correzione) si trovano riportate all’art. 74 d.lgs. n. 118/2011. Anche in questo caso, infatti, il legislatore attuativo della delega non si limita a modifiche riferite ai principi della contabilità locale, ma introduce correzioni a carattere pervasivo all’intera parte seconda del d.lgs. n. 267/2000. Le perplessità derivano dalla considerazione che una revisione tanto profonda dell’ordinamento contabile degli enti locali avrebbe richiesto una specifica delega legislativa: una delega che non vi è stata e che, peraltro, il legislatore statale non poteva conferire, in quanto, come detto, il potere legislativo statale è limitato alla armonizzazione dei bilanci pubblici (e, all’epoca della legge delega, addirittura alla definizione dei principi fondamentali della suddetta materia). Deve anche essere rilevato che il d.lgs. n. 126/2014 – per il carattere minuzioso delle disposizioni che introduce – riesce ad essere invasivo anche del potere normativo degli enti locali in materia di contabilità, risultante dalla combinazione delle disposizioni di cui agli artt. 150 e 152 d.lgs. n. 267/2000, ove si riserva (art. 150) al legislatore statale la definizione dei principi della contabilità locale (l’ordinamento contabile, appunto) ed agli stessi enti locali la disciplina regolamentare (art. 152). Dovendosi pur rilevare che le disposizioni di cui ai citati artt. 150 e 152 d.lgs. n. 267/2000 – in considerazione di quanto detto in ordine alla “delimitazione” della portata della materia «armonizzazione dei bilanci pubblici» - appaiono difficilmente compatibili con il sistema definito all’art. 117 Cost., potendosi dubitare che ile degli enti locali e che il potere normativo degli enti locali in materia di contabilità sia limitato ai profili strettamente regolamentari (sul punto, vedi *sub* nota 53) e dovendosi ritenere che il potere legislativo statale sia “limitato” alla definizione dei principi più generali dell’ordinamento finanziario e contabile degli enti locali, e ciò solo in considerazione della combinazione delle disposizioni di armonizzazione dei bilanci pubblici e dei principi del coordinamento finanziario, che, nella sua concezione “statica” (ed estensiva), può riguardare i profili relativi alla gestione finanziaria, alle procedure contabili, ai controlli, alla responsabilità, ai procedimenti di rendicontazione.

¹⁵⁵⁹ Sulla base della impostazione prospettata, il legislatore statale sarebbe “competente” (oltre che a disciplinare il sistema contabile dello Stato), con effetti sulla contabilità degli enti territoriali, a stabilire disposizioni in materia di «armonizzazione dei bilanci pubblici» (intesa nei sensi esposti) ed a definire principi fondamentali in materia di «coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario»; mentre il legislatore regionale, in applicazione del principio di residualità di cui all’art. 117, comma quarto, Cost., sarebbe “competente” a disciplinare il proprio sistema contabile, in osservanza dei “limiti” fissati dallo Stato nell’esercizio del potere legislativo in materia di armonizzazione dei bilanci pubblici e di coordinamento della finanza pubblica. Si tratta di impostazione che, peraltro, permette di soprassedere sulla questione riguardante la possibilità di individuare le distinte materie «sistema contabile delle regioni» (o contabilità regionale) e «sistema contabile degli enti locali» (o contabilità locale), essendo acquisito il dato relativo al fatto che il potere legislativo dello Stato può estendersi “solo” a quelle parti della contabilità delle regioni e degli enti locali suscettibili di rientrare nella armonizzazione dei bilanci pubblici e nei principi del coordinamento della finanza pubblica: tutto il resto, per quanto attiene alla contabilità degli enti territoriali, rientra, limitatamente ai rispettivi ambiti, nella potestà legislativa regionale e nel potere normativo degli enti locali (e, quindi, nell’autonomia contabile degli enti territoriali). Per completezza, a tal proposito, deve essere rilevato che A. BRANCASI, *L’autonomia finanziaria degli enti territoriali*, cit., p. 76, ha osservato che «l’art. 117 non parla del sistema contabile delle regioni né di quello degli enti locali, per cui, trattandosi anche in questo caso di due distinte e specifiche materie, è necessario ritenere che la relativa potestà legislativa è da ascrivere alla competenza residuale di tipo esclusivo delle regioni (comma 4) e, eventualmente, alla potestà regolamentare degli enti locali».

legislativo dello Stato (esteso, come visto, alla disciplina della contabilità degli enti territoriali, e, più in generale, della contabilità pubblica) riesce a trovare giustificazione nello "spostamento" - disposto dall'art. 3, lett. a), legge cost. 20 aprile 2012, n. 1 (e, quindi, successivamente alla legge n. 42/2009 e allo stesso d.lgs. n. 118/2011 - della «armonizzazione dei bilanci pubblici» tra le materie a legislazione esclusiva dello Stato¹⁵⁶⁰: come pure prova a sostenere il legislatore delegato in esame, il quale, infatti, all'art. 1, comma primo, d.lgs. n. 118/2011 (come sostituito dall'art. 1, comma primo, lett. a, d.lgs. n. 126/2014), richiama ora espressamente l'art. 117, comma secondo, lett. e), Cost., quale riferimento costituzionale per la disciplina della «armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle regioni» e degli enti locali (e dei loro enti ed organismi strumentali)¹⁵⁶¹. In sostanza, il richiamato "spostamento" della «armonizzazione dei bilanci

Sotto altro aspetto, deve essere osservato che, se è indiscutibile che il legislatore regionale sia pienamente competente (con i limiti visti) a disciplinare il sistema contabile della regione, più complesso è stabilire in che misura il suddetto legislatore possa intervenire sulla contabilità degli enti locali. Per arrivare ad una prima conclusione sul punto, si rende necessario individuare quale sia il fondamento ordinamentale del potere normativo in materia di contabilità. Risolto (nei termini visti) il nodo problematico relativo alla delimitazione dello spazio di intervento del legislatore statale, il quale è circoscritto entro i confini della (materia a legislazione esclusiva) armonizzazione dei bilanci pubblici e del (della materia a legislazione concorrente) coordinamento della finanza pubblica, e, quindi (ovvero, comunque), deve ritenersi circoscritto agli aspetti generali del sistema finanziario e contabile degli enti locali; per una corretta ricostruzione della questione è necessario partire dall'indiscutibile riconoscimento (anche) agli enti locali dell'autonomia contabile. In tal senso, acquista rilevanza la considerazione che l'autonomia contabile costituisce una delle esplicazioni essenziali del più generale principio di autonomia degli enti territoriali stabilito in Costituzione, il quale implica il riconoscimento di autonomia politica, di autonomia normativa, di autonomia finanziaria, di autonomia contabile, di autonomia amministrativa (profili di autonomia che, peraltro, sono funzionali l'uno all'altro). Ne deriva che l'autonomia contabile degli enti locali trova fondamento nel principio autonomistico stabilito all'art. 114 Cost., e declinato nelle disposizioni costituzionali successive. Ora, se a ciò si aggiunge che quello definito in Costituzione è un sistema autonomistico paritario - ovvero, come rilevato in dottrina, un sistema ispirato al pluralismo istituzionale paritario: M. CAMMELLI, *Amministrazione (ed interpreti) davanti al nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001, p. 1274 - appare più coerente con siffatto sistema l'impostazione di ritenere estremamente limitato lo spazio di intervento del legislatore regionale negli aspetti della contabilità degli enti locali (e, comunque, "solo" in quelli suscettibili di rientrare nella materia coordinamento della finanza pubblica: come visto, infatti, la «armonizzazione dei bilanci pubblici» rientra nella potestà legislativa dello Stato). Quindi, appare preferibile ritenere che siano gli stessi enti locali a disciplinare il proprio sistema contabile, tenendo conto, ovviamente: dei principi costituzionali; delle disposizioni di armonizzazione stabilite dal legislatore statale; dalle disposizioni di coordinamento della finanza pubblica stabilite dal legislatore statale (limitatamente ai principi fondamentali) e dal legislatore regionale, escludendo che quest'ultimo possa risultare compressivo degli spazi di autonomia degli enti locali ovvero caratterizzare in senso quasi gerarchico, in materia di assetti contabili, il rapporto con gli enti locali.

¹⁵⁶⁰ Per effetto del citato art. 3, lett. a), legge cost. n. 1/2012, la materia «armonizzazione dei bilanci pubblici» si trova ora prevista (come detto) all'art. 117, comma secondo, lett. e), Cost., secondo cui sono attribuite alla legislazione esclusiva dello Stato, tra le altre, le seguenti materie: «moneta, tutela del risparmio e mercati finanziari; tutela della concorrenza; sistema valutario; sistema tributario e contabile dello Stato; armonizzazione dei bilanci pubblici; perequazione delle risorse finanziarie».

¹⁵⁶¹ Non può farsi a meno di rilevare, sul punto specifico, un elemento di forte incongruenza, a carattere generale, tra il d.lgs. n. 118/2011 ed il d.lgs. n. 126/2014, significativo perché dimostrativo delle incertezze (della confusione) del legislatore statale in ordine alla distinzione tra le materie «armonizzazione dei bilanci pubblici» e «coordinamento della finanza pubblica»: infatti, mentre nel decreto correttivo il fondamento della disciplina delegata è indicato nella «armonizzazione dei bilanci pubblici», con il richiamo espresso all'art. 117, comma secondo, lett. e), Cost.; all'art. 1, comma primo, del "decreto principale" (nella sua originaria formulazione), invece, si richiamava espressamente il «coordinamento della finanza pubblica», nel senso che

pubblici» è stato inteso (è stato dichiarato) dal legislatore come attributivo allo Stato di legislazione esclusiva in relazione alla disciplina ordinamentale di ogni aspetto della contabilità delle regioni e degli enti locali – ma, in verità, è stato posto a fondamento di una normativa regolativa (come visto) di ogni dettaglio della contabilità degli enti territoriali¹⁵⁶².

Si tratta, tuttavia, di una impostazione che non riesce a resistere ad una corretta ricostruzione dei dati costituzionali. Intanto, deve essere rilevato che il riferito spostamento della armonizzazione dei bilanci pubblici (tra le materie a legislazione esclusiva statale) è del tutto insuscettibile di incidere sullo spazio di intervento della suddetta materia, il quale è rimasto inalterato¹⁵⁶³; la richiamata modificazione ha “unicamente” determinato una

si stabiliva espressamente: «Le disposizioni recate dal presente decreto costituiscono principi fondamentali del coordinamento della finanza pubblica ai sensi dell'art. 117, comma terzo, Cost., e sono finalizzate alla tutela dell'unità economica della Repubblica italiana, ai sensi dell'art. 120, comma secondo, Cost.»; e solo al successivo terzo comma (del citato art. 1) si faceva riferimento ai «principi della armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio» (delle regioni, degli enti locali e dei loro enti ed organismi strumentali). Un ulteriore profilo di incongruenza è facilmente ravvisabile nella circostanza che mentre all'art. 1 del d.lgs. n. 118/2011 (come corretto) si richiama l'art. 117, comma secondo, lett. e), Cost. a fondamento della disciplina (stabilita nel titolo I e nel titolo III dello stesso decreto) della «armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio degli enti territoriali; al successivo art. 36 d.lgs. n. 118/2011 la citata disposizione costituzionale viene richiamata a fondamento della disciplina dei «bilanci delle regioni» (recata dal titolo III, il quale, come detto, si intitola: «ordinamento finanziario e contabile delle regioni»), senza più alcun espresso richiamo alla «armonizzazione». Può essere utile rilevare anche che, in seguito alle modificazioni introdotte dal decreto correttivo, nel d.lgs. n. 118/2011 non vi è più alcun riferimento al «coordinamento della finanza pubblica», che nella formulazione originaria del “decreto principale” (rimasta vigente fino all'intervento del legislatore correttivo) costituiva il fondamento dell'intera disciplina delegata.

¹⁵⁶² Lo “spostamento” della «armonizzazione dei bilanci pubblici» (nella accezione esplicitata dal legislatore) tra le materie a legislazione esclusiva statale risponde ad una duplice esigenza: da un lato, quella di provare a porre rimedio alla circostanza che il legislatore delegato, con il d.lgs. n. 118/2011, recando «disposizioni in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio», non si è limitato, neppure nel titolo, alla determinazione dei principi fondamentali di armonizzazione dei bilanci pubblici (come doveva essere secondo quanto previsto all'art. 117, comma terzo, Cost.); e, peraltro, già nella formulazione originaria, stabiliva disposizioni che esorbitavano rispetto alla (corretta delimitazione della) materia «armonizzazione dei bilanci pubblici»: ad esempio, le disposizioni relative alla «flessibilità degli stanziamenti di bilancio» (ma anche altre) – evidentemente riguardanti profili di ordine gestionale - se sono coerenti con il titolo del decreto delegato («armonizzazione dei sistemi contabili»), esulano, tuttavia, dalla «armonizzazione dei bilanci pubblici». Si tratta di profili problematici che, riguardando l'estensione della materia (e non solo l'esercizio del potere legislativo nell'ambito della stessa materia), sono insuscettibili di essere risolti con lo spostamento della «armonizzazione dei bilanci pubblici» tra le materie a legislazione esclusiva statale (spostamento che, come detto, non può determinare un ampliamento della materia ma “solo” un ampliamento del potere del legislatore statale nell'ambito della stessa materia). Da altro lato, il riferito “spostamento” risponde all'esigenza dello Stato di estendere le proprie prerogative e di “accentrare” (in proprio favore) i poteri in tutti gli ambiti riguardanti le decisioni finanziarie, al fine (pur comprensibile) di agevolare – a fronte dei gravi impatti della crisi economica e finanziaria e dei rigori dei vincoli economici e finanziaria provenienti dall'ordinamento dell'Unione europea – i controlli sul complesso della finanza pubblica, il contenimento della spesa, il consolidamento dei conti. In proposito, deve pur essere rilevato che la tendenza dell'ordinamento è nel senso dell'ulteriore ampliamento delle competenze legislative statali in materia finanziaria: deve essere ricordato, ad esempio, che la legge costituzionale (approvata dal Parlamento e) respinta dal referendum costituzionale del 4 dicembre 2016 prevedeva (tra l'altro) lo “spostamento” della materia «coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario» tra quelle a legislazione esclusiva dello Stato di cui al secondo comma dell'art. 117 (ora, come detto, si trova annoverata tra le materie a legislazione concorrente di cui all'art. 117, comma terzo, Cost.).

¹⁵⁶³ Al contrario, proprio il suddetto spostamento esclude l'impostazione del legislatore statale: infatti, una interpretazione “ampia” della «armonizzazione dei bilanci pubblici» - come estesa a tutti i profili della

estensione del potere legislativo dello Stato nell'ambito della stessa materia, la cui disciplina è ora attribuita al legislatore statale nella sua interezza (e non più limitatamente alla fissazione dei principi fondamentali)¹⁵⁶⁴. Ciò chiarito; in ordine alla definizione degli spazi di operatività della materia, si è già avuto modo di escludere, per ragioni di ordine sistematico e di ordine testuale (oltre che sulla base di elementi ricavati dall'ordinamento)¹⁵⁶⁵, che l'armonizzazione dei bilanci pubblici possa ritenersi estesa alla disciplina di ogni aspetto della contabilità degli enti territoriali¹⁵⁶⁶. Sul punto, si è rilevato che, più correttamente, il suo ambito di operatività deve ritenersi circoscritto ai profili che riguardano i documenti di bilancio (previsionali e consuntivi)¹⁵⁶⁷, al fine di dare omogeneità ai loro contenuti ed uniformazione alle modalità di rappresentazione contabile dei dati finanziari, in funzione della migliore leggibilità dei documenti stessi e confrontabilità delle decisioni finanziarie e delle informazioni in essi riportate¹⁵⁶⁸: e ciò in ragione del necessario presidio di altri valori che il legislatore costituzionale ritiene meritevoli di protezione.

contabilità degli enti territoriali (e, in generale, della contabilità pubblica) - avrebbe potuto trovare spazio se la materia fosse rimasta a legislazione concorrente: in tale impostazione, infatti, l'autonomia contabile regionale sarebbe rimasta assicurata dalla circostanza che, comunque, il legislatore statale avrebbe potuto stabilire i principi fondamentali della contabilità regionale ed avrebbe lasciato alle regioni la disciplina della materia. Peraltro, la circostanza che, con la modifica introdotta con legge cost. n. 1/2012, il legislatore costituzionale si sia limitato a "spostare" la materia senza modificarne la denominazione riesce ad essere dimostrativa della circostanza che l'intenzione non era quella "trasformare" la materia, ampliandone la sfera di operatività (nel qual caso, sarebbe stata modificata la denominazione), ma "solo" quella di ampliare il potere legislativo statale nell'ambito della stessa materia.

¹⁵⁶⁴ Vedi anche A. BRANCASI, *L'autonomia finanziaria degli enti territoriali di fronte ai vincoli europei ed alla riforma costituzionale sul "pareggio di bilancio"*, cit., p. 77, secondo cui «la trasformazione dell'armonizzazione in materia di potestà esclusiva non dovrebbe, quindi, comportare alcun cambiamento, se non quello di ricomporre la corrispondenza del tipo di potestà esercitata all'inevitabile contenuto delle disposizioni da adottare con l'esercizio della medesima»; osservando, tra l'altro, che «precedentemente il legislatore statale non poteva intervenire con disposizioni di dettaglio e poteva emanare soltanto principi fondamentali, non per disciplinare il sistema contabile e di bilancio, ma esclusivamente per armonizzare appunto i bilanci». Sulla questione, vedi anche *sub* nota 57.

¹⁵⁶⁵ Sul punto, vedi, in particolare, *sub* 2.2, ove si evidenziano gli elementi di ordine legislativo e sistematico dimostrativi di come il termine «armonizzazione» definisca uno spazio di operatività circoscritto e specifico, non solo limitato, ma difficilmente compatibile con una interpretazione estensiva delle disposizioni di legge.

¹⁵⁶⁶ In tal senso è, peraltro, il parere espresso dalle regioni, recepito nell'intesa in sede di Conferenza unificata (approvata nella riunione del 3 aprile 2014, le quali hanno ribadito di ritenere irrinunciabile la potestà legislativa regionale in materia di contabilità, «al fine di conservare la propria autonomia contabile»; ed hanno chiesto, tra l'altro, «di considerare la competenza esclusiva dello Stato in materia di "armonizzazione dei bilanci pubblici" non estensibile alla "materia contabile"».

¹⁵⁶⁷ Si ribadisce: diversamente, il legislatore costituzionale avrebbe utilizzato espressioni diverse e più coerenti rispetto alla finalità perseguita: come, ad esempio, «armonizzazione dei sistemi contabili pubblici» oppure «degli ordinamenti contabili pubblici».

¹⁵⁶⁸ Anzi, si è rilevato che una impostazione corretta, e più coerente con il sistema costituzionale delle autonomie, della questione indurrebbe a ritenere, in considerazione delle finalità (armonizzative) della materia, che la sfera di operatività della «armonizzazione dei bilanci pubblici» non si estenda alla disciplina di dettaglio dei documenti di bilancio, ma sia circoscritta alla definizione della disciplina di principio: la qual cosa escluderebbe la possibilità di vulnerazione dell'autonomia contabile delle regioni, la quale, anche sui richiamati aspetti specifici della contabilità (i documenti di bilancio, previsionali e consuntivi), troverebbe espressione nella disciplina dei profili di dettaglio. A. BRANCASI, *L'autonomia finanziaria degli enti territoriali*, cit., p. 79, osserva che «l'armonizzazione dei bilanci pubblici pone vincoli al modo d'essere della disciplina contabile, ma può farlo soltanto limitatamente ai profili rilevanti per le esigenze conoscitive che i bilanci e

Sulla base di tale ricostruzione, l'attribuzione, in via esclusiva, al legislatore statale della competenza in materia di «armonizzazione dei bilanci pubblici» è insuscettibile di estendere all'intero ordinamento contabile delle regioni il potere legislativo dello Stato¹⁵⁶⁹, il quale rimane circoscritto ai profili riguardanti i documenti di bilancio (in ordine ai quali, come detto, il potere legislativo statale non è più limitato alla definizione dei principi fondamentali). Infatti, l'impostazione proposta esclude che la «armonizzazione dei bilanci pubblici» possa ritenersi estesa, ad esempio (e rimanendo agli aspetti generali), ai profili relativi alla gestione finanziaria ed ai controlli: la qual cosa comporta che tali profili rimangano sottratti al legislatore statale (della armonizzazione dei bilanci) sia che si tratti di materia a legislazione concorrente sia che si tratti di materia a legislazione esclusiva dello Stato¹⁵⁷⁰; tuttavia, come detto, il d.lgs. n. 126/2014 (correttivo del d.lgs. n. 118/2011) introduce una disciplina dettagliata dell'intero ordinamento contabile delle regioni (e modifica significativamente l'ordinamento contabile degli enti locali: come noto, già disciplinato nella parte seconda del d.lgs. n. 267/2000), estesa ad ogni aspetto della contabilità degli enti territoriali: così esponendo a vulnerazione non solo i principi di riparto del potere legislativo tra Stato e regioni come definiti all'art. 117 Cost., ma anche il sistema costituzionale delle autonomie¹⁵⁷¹.

la contabilità pubblica devono soddisfare; al di fuori di tali profili vi sarebbe una invasione della potestà, altrettanto esclusiva, delle regioni di disciplinare il loro ordinamento contabile». In sostanza, secondo la dottrina ultima citata, la potestà di armonizzazione dei bilanci pubblici dello Stato «dovrebbe servire soltanto a prescrivere uniformità nelle rilevazioni e unicità di linguaggio strumentali alla predisposizione mediante riclassificazione dei dati e con finalità esclusivamente conoscitive».

¹⁵⁶⁹ Ma, come detto, è insuscettibile anche di determinare il superamento dei dubbi sollevati in relazione alla compatibilità con la materia (armonizzazione dei bilanci pubblici) dello stesso oggetto della delega legislativa. Come rilevato, l'espressione «armonizzazione dei sistemi contabili», di cui al d.lgs. n. 118/2011 (secondo la delega di cui all'art. 2 legge n. 42/2009), ha una portata più ampia rispetto allo spazio di operatività che può essere riconosciuto alla materia «armonizzazione dei bilanci pubblici» (di cui all'art. 117, comma secondo, lett. e, Cost.). Un aspetto problematico (che, come detto, può essere rimosso solo con una interpretazione costituzionalmente orientata della locuzione «sistemi contabili», e, comunque, della richiamata delega legislativa) che non riesce ad essere risolto dall'attribuzione della materia alla legislazione esclusiva dello Stato.

¹⁵⁷⁰ Si potrebbe rilevare che gli aspetti riguardanti la gestione finanziaria e i controlli potrebbero rientrare nella materia «coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario»; e l'osservazione avrebbe una sua pertinenza. Tuttavia, rilevato che la richiamata materia rientra (ancora oggi) tra quelle a legislazione concorrente, e, quindi, la competenza del legislatore statale è «limitata» alla definizione dei principi fondamentali; deve anche essere rilevato che la suddetta osservazione, da un lato, costituirebbe il riconoscimento che i richiamati profili non rientrano nella «armonizzazione dei bilanci pubblici»; e che, da altro lato, avrebbe un impatto nella individuazione delle disposizioni introdotte dal d.lgs. n. 126/2014 che possano farsi rientrare nella competenza del legislatore statale. Qui, invece, si vuole primariamente dare un contributo alla individuazione del significato della locuzione costituzionale «armonizzazione dei bilanci pubblici» ed alla definizione dello spazio di operatività della suddetta materia.

¹⁵⁷¹ Esorbitando rispetto agli spazi di competenza esclusiva stabiliti all'art. 117, comma secondo, lett. e), Cost., il legislatore statale ha inevitabilmente invaso sfere di competenza del legislatore regionale e di autonomia delle regioni e degli enti locali. Deve pure essere rilevato, per completezza, che, in dottrina, ha espresso una valutazione lusinghiera della nuova disciplina della contabilità degli enti territoriali introdotta dal d.lgs. n. 126/2014, L. ANTONINI, *Armonizzazione contabile e autonomia finanziaria degli enti territoriali*, in *www.rivistaaic.it*, 2017, p. 4, il quale ha ritenuto che «quello dell'armonizzazione dei sistemi contabili rappresenta oggi il più indovinato risultato della riforma attuata con la legge n. 42 del 2009», osservando, tra l'altro, che «la riforma dell'armonizzazione contabile ha, invece, prodotto effetti consistenti: ha inciso sui

In ogni caso, deve ritenersi difficilmente confutabile la circostanza che le disposizioni recate dal d.lgs. n. 126/2014 siano esorbitanti rispetto alla «armonizzazione dei bilanci pubblici»¹⁵⁷² (ma anche rispetto all'ordinamento finanziario e contabile, il quale, come noto, si esaurisce nella determinazione dei principi generali). Come accennato, l'impatto alterativo degli equilibri (tra i diversi valori) costituzionali che gli eccessi normativi del legislatore statale citato è suscettibile di produrre, può essere attenuato¹⁵⁷³ rilevando che il d.lgs. n. 126/2014 ha introdotto anche disposizioni (in parte) riconducibili al «coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario» (estensivamente intesa¹⁵⁷⁴): materia (a legislazione concorrente) nella quale, come detto, il potere legislativo dello Stato è “limitato” alla determinazione dei principi fondamentali. Il rilievo, tuttavia, non riesce ad essere risolutivo in quanto, come già evidenziato, avendo – con il decreto delegato ultimo citato - introdotto una disciplina molto minuziosa dell'intera contabilità delle regioni (quindi, neppure limitandosi all'ordinamento contabile), il legislatore statale ha ecceduto (le proprie

bilanci di circa 9700 enti, e ha aperto la prospettiva di disporre di bilanci omogenei, aggregabili e confrontabili, in quanto elaborati con le stesse metodologie e criteri contabili, in grado quindi di soddisfare le esigenze informative connesse al coordinamento della finanza pubblica, alla gestione del federalismo fiscale e alle verifiche del rispetto dei vincoli di finanza pubblica». Si tratta, tuttavia, di un giudizio di merito (peraltro, espresso solo in via assertiva) che non considera i profili problematici sopra rilevati, riguardanti la coerenza della disciplina introdotta dal legislatore statale con il sistema di distribuzione del potere legislativo definito all'art. 117 Cost. ed il suo impatto sull'autonomia contabile degli enti territoriali e, più in generale, sul sistema costituzionale delle autonomie.

¹⁵⁷² Deve pur essere rilevato, in senso diverso, che, in ordine la disciplina ordinamentale introdotta dal richiamato decreto correttivo, nessuna obiezione è venuta dalla Corte dei conti, la quale, anzi, in sede di audizione avanti la Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale, ha ritenuto «del tutto corretta l'introduzione nel d.lgs. n. 118 del titolo III di una compiuta disciplina dell'ordinamento finanziario e contabile delle regioni coerentemente con la cessazione della loro competenza normativa di rango primario», rilevando criticamente come, «in virtù di una malintesa autonomia», ogni regione si fosse dato un proprio ordinamento contabile ed avesse adottato un proprio modello di bilancio» (Corte conti, sezione autonomie, 29 maggio 2014, *Audizione sullo schema di d.lgs. recante “disposizioni integrative e correttive del d.lgs. 23 giugno 2011, n. 118”*, in www.cortedeiconti.it, 10). Deve pur essere ricordato che, se è vero che ciascuna regione si è dotata di un proprio ordinamento contabile (come, peraltro, era necessario), è altrettanto vero che ciò è avvenuto nel rispetto dei principi costituzionali e della disciplina di principio stabilita dal legislatore statale (d.lgs. n. 76/2000, e, prima, legge n. 335/1976) e nell'esercizio dell'autonomia contabile di cui le regioni erano (e sono) titolari: né lo Stato ha (aveva) mai contestato (fino ad oggi: vedi, in particolare, i ricorsi che hanno dato suolo ai giudizi di legittimità costituzionale definiti da Corte cost. n. 184/2016 e da Corte cost. n. 80/2017: sul punto specifico, vedi ampiamente *infra sub 3*) la titolarità in capo alle regioni di autonomia contabile, di cui l'adozione dell'ordinamento contabile costituisce naturale esplicazione.

¹⁵⁷³ Nel senso che la tracimazione della produzione normativa del legislatore statale rispetto ai principi stabiliti nel sistema di cui all'art. 117 Cost., riesce ad essere contenuta entro limiti meno invasivi, con l'effetto di sottrarre ai dubbi di costituzionalità non poche delle disposizioni introdotte dal d.lgs. n. 126/2014.

¹⁵⁷⁴ Era già avvenuto, infatti, che lo Stato interpretasse in senso ampio la materia «coordinamento della finanza pubblica»: ad esempio, tra l'altro, all'art. 1 d.l. n. 174/2012, convertito, con modificazioni, in legge 7 dicembre 2012, n. 213, il legislatore statale era intervenuto nel senso dell'ampliamento (anche se il citato legislatore si esprime in termini di adeguamento) delle funzioni di controllo della Corte dei conti sui bilanci delle regioni, proprio richiamando l'esigenza di rafforzamento del coordinamento della finanza pubblica. Ma vedi anche l'art. 20 legge n. 243/2012, ove si stabilisce che la Corte dei conti svolge il controllo successivo sulla gestione dei bilanci delle regioni, degli enti locali e degli enti pubblici non territoriali, «ai fini del coordinamento della finanza pubblica e dell'equilibrio del bilancio di cui all'art. 97 Cost.».

competenze) sia rispetto alla materia «armonizzazione dei bilanci pubblici» sia rispetto alla materia «coordinamento della finanza pubblica»¹⁵⁷⁵.

A fronte di siffatto quadro di diritto positivo, è già stato rilevato¹⁵⁷⁶ come soluzione ragionevole in ordine ai profili di dubbio prospettati, coerente con il riparto delle competenze legislative di cui all'art. 117 Cost. ed il sistema costituzionale delle autonomie, sembra essere quella di ritenere cedevoli rispetto, al potere legislativo regionale, le disposizioni del d.lgs. n. 118/2011 (come integrato e corretto dal d.lgs. n. 126/2014) che riguardino i profili relativi alla gestione finanziaria ed ai controlli (e, comunque, quelle inquadrabili nel «coordinamento della finanza pubblica»), senza limitarsi alla fissazione dei principi fondamentali¹⁵⁷⁷; ed anche le disposizioni riguardanti i documenti di bilancio (e, quindi, quelle rientranti nella armonizzazione dei bilanci pubblici) che non abbiano carattere generale ovvero che, comunque, risultino eccessivamente minuziose¹⁵⁷⁸. Mentre – sempre

¹⁵⁷⁵ Peraltro, deve essere ricordato, sul punto specifico, che non solo il legislatore statale non si è limitato alla determinazione dei principi fondamentali (la qual cosa avrebbe impedito che il potere legislativo potesse estendersi alla disciplina dettagliata della contabilità delle regioni), ma anche che la delega legislativa conferita dall'art. 2 legge 42/2009 non ha riguardato il (la definizione dei principi fondamentali del) «coordinamento della finanza pubblica» e che, per effetto delle integrazioni e delle correzioni apportate dal d.lgs. n. 126/2014, è stato espunto (dal d.lgs. n. 118/2011) ogni riferimento al «coordinamento della finanza pubblica»: e, quindi, comunque, rimarrebbe non sanato il vizio di eccesso di delega.

¹⁵⁷⁶ Vedi L. SAMBUCCI, *La contabilità degli enti territoriali*, cit., p. 305 (nella edizione 2013 del citato manuale; ma vedi anche L. SAMBUCCI *Autonomia contabile delle regioni e armonizzazione dei bilanci*, cit., 42), ove si rileva, tra l'altro, che gli «unici» limiti che possono venire all'autonomia contabile delle regioni - e, quindi, al potere del legislatore regionale di disciplinare la contabilità della regione - devono essere ravvisati, oltre che nei principi costituzionali stabiliti all'art. 81 Cost. (ma anche agli artt. 41, 97 e 119 Cost.), nelle disposizioni legislative statali riguardanti la disciplina di principio dei documenti di bilancio (rientranti nella «armonizzazione dei bilanci pubblici») ed in quelle (ad esempio, riguardanti la gestione finanziaria ed i controlli) alle quali può essere riconosciuta valenza di principi fondamentali del «coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario» (sul punto, vedi anche *sub* nota 56). In tal senso, anche A. BRANCASI, *L'autonomia finanziaria degli enti territoriali*, cit., p. 77, il quale osserva che, con riguardo al sistema contabile delle regioni ed a quello degli enti locali, «la relativa potestà legislativa è da ascrivere alla competenza esclusiva di tipo residuale delle regioni e, eventualmente, alla potestà regolamentare degli enti locali». Secondo la dottrina ultima citata, gli unici limiti che le regioni incontrano nella disciplina del loro sistema contabile discendono «dalle disposizioni di “armonizzazione dei bilanci pubblici”. Inoltre, non dovrebbe competere allo Stato, ma semmai alle regioni, adottare, relativamente alla contabilità degli enti locali, disposizioni del tipo di quelle a suo tempo emanate dal legislatore statale con il d.lgs. n. 77/1995».

¹⁵⁷⁷ Nel senso che le suddette norme (“cedevoli”) non sono vincolanti per il legislatore regionale, il quale può stabilire (sugli aspetti regolati dalle disposizioni cedevoli) una disciplina diversa, che prevarrebbe su quella “cedevole”. Come accennato, la soluzione più corretta imporrebbe di ritenere cedevoli rispetto al potere legislativo regionale anche le disposizioni del d.lgs. n. 118/2011 (come integrato e corretto) che disciplinano aspetti di dettaglio riguardanti i documenti di bilancio. Deve pur essere osservato che quella della “cedevolezza” è una soluzione di ripiego, in quanto se è vero che rende possibile l'esercizio del potere legislativo da parte del legislatore competente (quello regionale), non impedisce al legislatore incompetente (quello statale) di svolgere una funzione dissuasiva o anche orientativa. È già accaduto, ad esempio, con l'ordinamento finanziario e contabile degli enti locali: il d.lgs. n. 77/1995 (oggi recepito nella parte seconda del d.lgs. n. 267/2000), infatti, conteneva molte disposizioni non di principio, di dettaglio (e, quindi, cedevoli rispetto al potere normativo degli enti locali in materia di regolamento di contabilità): quella disciplina, tuttavia, ha dissuasato gli enti locali dall'esercizio dell'autonomo potere normativo (le norme c'erano già) ovvero, l'ha orientato (gli enti locali si sono limitati da riprodurre, nei rispettivi regolamenti di contabilità, le norme stabilite dal legislatore statale, il quale, però, aveva ecceduto rispetto alla delega).

¹⁵⁷⁸ Un primo riscontro a tale impostazione – secondo cui il potere legislativo di armonizzazione dei bilanci pubblici deve ritenersi limitato alla disciplina generale degli istituti della contabilità degli enti territoriali

con riferimento al d.lgs. n. 118/2011 - devono ritenersi vincolanti per il legislatore regionale, nell'esercizio dell'autonomia contabile, le disposizioni di principio riguardanti la disciplina dei documenti di bilancio (a carattere previsionale e consuntivo) e le disposizioni alle quali può essere riconosciuta valenza di principi fondamentali del «coordinamento della finanza pubblica»¹⁵⁷⁹. Potendosi ritenere che ogni diversa soluzione, estensiva della competenza legislativa statale in materia di contabilità pubblica (oltre i limiti di cui alla ricostruzione prospettata), finirebbe con l'essere compressiva dell'autonomia contabile delle regioni¹⁵⁸⁰,

(senza potersi estendere alla loro regolazione minuziosa) – può essere rinvenuto, come accennato, nelle posizioni della giurisprudenza costituzionale: in particolare, laddove Corte cost. n. 184/2016 riconosce al legislatore regionale la potestà di disciplinare anche la struttura del bilancio di previsione e degli altri documenti contabili a carattere decisionale; rilevando: da un lato, che «le sofisticate tecniche di standardizzazione, indispensabili per i controlli della finanza pubblica ma caratterizzate dalla difficile accessibilità informativa per il cittadino di media diligenza, devono essere pertanto integrate da esposizioni incisive e divulgative circa il rapporto tra il mandato»; e, da altro lato, che «una tipizzazione della struttura del bilancio regionale, che sia conciliabile e rispettosa dei limiti esterni e non sia in contrasto con gli standard provenienti dall'armonizzazione, dal coordinamento, dal rispetto dei vincoli europei e degli equilibri di bilancio è funzionale dunque alla valorizzazione della democrazia rappresentativa, nell'ambito della quale deve essere assicurata ai membri della collettività la cognizione delle modalità con le quali le risorse vengono prelevate, chieste in prestito, destinate, autorizzate in bilancio ed infine spese». (Ma sul punto specifico ci si soffermerà avanti). Un ulteriore, importante riscontro alla impostazione sostenuta si trova positivizzato all'art. 150, comma primo, d.lgs., n. 267/2000, ove è risulta stabilito (in seguito alle modificazioni introdotte dal d.lgs. n. 126/2014) che «l'ordinamento finanziario e contabile degli enti locali è riservato alla legge dello Stato e stabilito dalle disposizioni di principio del presente testo unico e del decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118»: appare evidente, quindi, come il dato testuale riportato faccia riferimento alle disposizioni di principio del d.lgs. n. 118/2011 (e non a tutte le disposizioni di tale decreto).

¹⁵⁷⁹ Deve essere rilevato che l'eventuale “spostamento” del «coordinamento della finanza pubblica» tra le materie a legislazione esclusiva statale (come già provava a fare l'ultima riforma costituzionale che è stata bocciata in sede referendaria) potrebbe rendere compatibile, in via generale, l'ordinamento finanziario e contabile delle regioni (il quale, come detto, attiene alla disciplina dei principi) introdotto e disciplinato dal d.lgs. n. 126/2014, ma solo limitatamente alle disposizioni di principio con il sistema di riparto delle competenze legislative definito all'art. 117 Cost.; rimarrebbero, comunque, fermi i dubbi relativi all'eccesso di delega. Dovendosi ritenere, in un'impostazione coerente con il (ovvero minimamente vulnerativa del) sistema costituzionale delle autonomie, che (come per quanto detto con riguardo alla «armonizzazione dei bilanci pubblici») anche in relazione alla materia «coordinamento della finanza pubblica» il potere legislativo statale debba ritenersi limitato alla disciplina di principio dei profili che riguardano la contabilità pubblica (tra l'altro, gestione finanziaria e controlli). Pertanto, lo “spostamento” del «coordinamento della finanza pubblica» tra le materie di cui all'art. 117, comma secondo, Cost., da un lato, avrebbe sicuramente il pregio (con riguardo alle questioni qui esaminate) di stabilizzare il quadro di diritto positivo; mentre, da altro lato, estenderebbe grandemente il potere legislativo statale con riferimento agli aspetti riguardanti la finanza e la contabilità pubbliche: con l'inevitabile conseguenza di comprimere, di uguale misura inversa, l'autonomia finanziaria e contabile (e, più in generale, l'autonomia) delle regioni e degli enti locali: la qual cosa, ovviamente, non è vietata in termini di scelte politico-istituzionali – e neppure è escluso che possa produrre effetti positivi (non è di questo che qui si discute: ma vedi *subb* note 6 e 95): di certo, nell'attuale contesto economico-finanziario pubblico, è la cosa più semplice (se poi sia anche la cosa migliore e se abbia portato effetti utili, è un altro discorso, che esula dal presente lavoro (ma vedi sempre le note sopra citate); tuttavia, come detto, appare difficilmente conciliabile con l'attuale assetto costituzionale delle autonomie (introdotto una quindicina di anni fa), il quale, quindi, (nel caso dovesse essere disposto il richiamato “spostamento”) richiederebbe una revisione complessiva (in tal senso, in effetti, la richiamata – sfortunata, nell'esito referendario - riforma costituzionale rivedeva significativamente il sistema delle autonomie).

¹⁵⁸⁰ La qual cosa, peraltro, determinerebbe una situazione di contraddittorietà del sistema, in quanto quegli stessi enti che (per effetto della riforma recata da legge cost. n. 3/2001) avevano conosciuto rinforzo costituzionale della propria autonomia, conoscerebbero una compressione delle proprie prerogative

con inevitabile vulnerazione del (ovvero dubbia compatibilità con il) sistema costituzionale delle autonomie e dei principi costituzionali di riparto del potere legislativo tra Stato e regioni (di cui all'art. 117 Cost.).

3. L'elaborazione della giurisprudenza costituzionale

3.1. Armonizzazione dei bilanci pubblici e impostazione statale - Come accennato, il tema problematico relativo alla individuazione del significato da attribuire alla locuzione «armonizzazione dei bilanci pubblici» (di cui all'art. 117, comma secondo, lett. e, Cost.), e, quindi, alla delimitazione del potere legislativo statale negli ambiti materiali riferibili alla contabilità delle regioni e degli enti locali, è giunta all'attenzione della Corte costituzionale.

In particolare, il Presidente del Consiglio dei ministri, con due distinti ricorsi, ha sollevato questioni di legittimità costituzionale in relazione ad alcune disposizioni stabilite, rispettivamente: da legge reg. Toscana 7 gennaio 2015, n. 1, recante «disposizioni in materia di programmazione economica e finanziaria regionale e relative procedure contabili. Modifiche alla L.R. n. 20/2008»; e da legge prov. aut. Bolzano 22 dicembre 2015, n. 17, recante «ordinamento finanziario e contabile dei comuni e delle comunità comprensoriali»¹⁵⁸¹. Le questioni sono state definite da Corte cost. 20 luglio 2016, n. 184 e da Corte cost. 13 aprile 2017, n. 80¹⁵⁸².

autonomistiche anche rispetto a quelle di cui potevano disporre prima del richiamato rinforzo. Come detto, mai prima del d.lgs. n. 126/2014 il legislatore statale aveva ritenuto di dover disciplinare l'ordinamento finanziario e contabile delle regioni, limitandosi a fissare principi fondamentali e di coordinamento dei bilanci.

¹⁵⁸¹ È utile rilevare che la legge prov. aut. Bolzano n. 17/2015 è stata abrogata dalla legge prov. aut. Bolzano 12 dicembre 2016, n. 25; tuttavia, la difesa erariale ha esteso l'impugnativa di costituzionalità (già formulata) alle disposizioni recate dalla nuova legge che avessero contenuto analogo alle disposizioni della precedente legge fatte oggetto di impugnazione. La Corte, in accoglimento delle osservazioni dello Stato, ha esteso la declaratoria di illegittimità costituzionale alle disposizioni della legge prov. aut. Bolzano n. 25/2016 ritenute riprodottrici delle disposizioni della legge prov. aut. Bolzano n. 17/2015 impuginate.

¹⁵⁸² Come accennato, si tratta di due sentenze che vanno ad ingrossare l'ampio filone giurisprudenziale che si è sviluppato in relazione a temi specifici della contabilità pubblica, dei principi di bilancio, degli istituti contabili. Vedi, *ex multis*, Corte cost. 20 dicembre 2012, n. 311, che, tra l'altro, si sofferma sul sistema di tesoreria unica; Corte cost. 25 ottobre 2013, n. 250 e Corte cost. 13 novembre 2013, n. 266, sull'avanzo di amministrazione; Corte cost. 6 marzo 2014, n. 39 e Corte cost. 10 marzo 2014, n. 40, in tema di nuovi controlli attribuiti alla Corte dei conti; Corte cost. 10 aprile 2014, n. 88, che risolve alcune questioni di legittimità costituzionale sollevate da due regioni in relazione ad alcune disposizioni della legge n. 243/2012 (come detto attuativa del principio costituzionale del pareggio di bilancio); Corte cost. 2 luglio 2014, n. 188, che si sofferma sull'istituto delle anticipazioni di cassa; Corte cost. 16 dicembre 2016, n. 279; Corte cost. 11 gennaio 2017, n. 6, sul «disavanzo tecnico». Ci si è limitati a citare solo alcune delle sentenze nelle quali la Corte costituzionale si è soffermata su istituti tipici della contabilità pubblica (dello Stato e degli enti territoriali), che raramente in passato avevano conosciuto il vaglio del giudice costituzionale (e mai in relazione al principio di buon andamento della pubblica amministrazione); alle quali si aggiungono i numerosi altri pronunciamenti che, sempre negli ultimi anni, hanno riguardato principi generali della contabilità pubblica: quali, ad esempio, quello tradizionale della copertura delle legge di spesa; e quello – di più recente ingresso costituzionale (ma anche su questo sarebbe interessante approfondire) – di equilibrio di bilancio. Pronunciamenti che, in alcuni casi, hanno condotto alla declaratoria di illegittimità costituzionale di disposizioni di leggi regionali di bilancio approvative di previsioni finanziarie: vedi, in particolare Corte

Secondo l'impostazione della Presidenza del Consiglio dei ministri, le denunciate disposizioni stabilite dal citato legislatore toscano sarebbero costituzionalmente illegittime, in relazione ai parametri di cui agli artt. 81, 97 e 117, comma secondo, lett. e), Cost., perché violative ovvero derogatorie rispetto a quelle definite dal d.lgs. n. 118/2011 (ovviamente, come corretto e modificato dal d.lgs. n. 126/2014); così come anche quelle disposte dal citato legislatore provinciale di Bolzano: in questo caso, i parametri costituzionali invocati sono, oltre al citato art. 117, comma secondo, lett. e), Cost., l'art. 79, comma quarto *octies*, d.p.r. 31 agosto 1972, n. 670¹⁵⁸³ e «l'allegato 4/1 del d.lgs. 23 giugno 2011, n. 118»¹⁵⁸⁴. I postulati generali posti a fondamento della ricostruzione proposta dalla difesa erariale sono sintetizzati nel (nel primo punto del) «ritenuto in fatto» riportato dalla giurisprudenza costituzionale citata: il d.lgs. n. 118/2011 disciplina l'armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle regioni; la suddetta normazione è stabilita «a garanzia dell'unitarietà e dell'omogeneità della disciplina contabile dei bilanci pubblici, ed in particolare di quelli delle regioni, e per evitare situazioni patologiche determinate dall'uso di regole contabili non adeguate che potrebbero avere ripercussioni sul sistema economico nazionale», ed al fine di «consentire il consolidamento dei conti pubblici»¹⁵⁸⁵; la richiamata

cost. 29 gennaio 2016, n. 10 e Corte cost. 24 luglio 2015, n. 188: sulla giurisprudenza ultima citata (e sulla recente elaborazione giurisprudenziale costituzionale in relazione ai bilanci e alla contabilità pubblica), vedi ampiamente L. SAMBUCCI, *La triste parabola dell'autonomia contabile degli enti territoriali: se la Corte costituzionale decide sugli stanziamenti di bilancio*, in www.federalismi.it, 2016.

¹⁵⁸³ Deve essere rilevato che il citato comma quarto *octies* (introdotto dall'art. 1, comma 407, lett. e, legge 23 dicembre 2014, n. 190) dell'art. 79 d.p.r. n. 670/1972 (recante «approvazione del testo unico delle leggi costituzionali concernenti lo statuto speciale per il Trentino-Alto Adige») stabilisce che la regione Trentino Alto Adige e le province autonome di Trento e di Bolzano «si obbligano a recepire con propria legge da emanare entro il 31 dicembre 2014, mediante rinvio formale recettizio, le disposizioni in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle regioni, degli enti locali e dei loro organismi, previste dal decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118, nonché gli eventuali atti successivi e presupposti, in modo da consentire l'operatività e l'applicazione delle predette disposizioni nei termini indicati dal citato decreto legislativo n. 118 del 2011 per le regioni a statuto ordinario, posticipati di un anno, subordinatamente all'emanazione di un provvedimento statale volto a disciplinare gli accertamenti di entrata relativi a devoluzioni di tributi erariali e la possibilità di dare copertura agli investimenti con l'utilizzo del saldo positivo di competenza tra le entrate correnti e le spese correnti». Ci si è già soffermati (in altra sede) sui profili problematici riguardanti l'applicabilità alle (ovvero gli obblighi di recepimento o di adeguamento da parte) regioni a statuto speciale delle disposizioni di «armonizzazione dei bilanci pubblici», rilevando come le suddette disposizioni, in considerazione dei profili teleologici della materia (in estrema sintesi: omogeneità dei documenti, in funzione della lettura sistema dei dati e della loro confrontabilità), dovessero ritenersi impegnative anche per gli enti ad autonomia differenziata, e che, diversamente, diveniva concreto il rischio di neutralizzazione delle stesse finalità dei valori costituzionali considerati: sul punto, vedi L. SAMBUCCI, *La contabilità degli enti territoriali ed istituzionali*, cit., p. 347.

¹⁵⁸⁴ L'allegato 4/1 del d.lgs. n. 118/2011 è una sorta di manuale operativo della contabilità degli enti territoriali, nel quale sono riportati (descrittivamente) elementi di ordine generale dei singoli istituti contabili e minuziose regole applicative: al quale allegato può essere riconosciuta una valenza prescrittiva solo limitatamente ai dati strettamente riferiti alle disposizioni di principio contenute nel testo dell'articolo (del d.lgs. n. 118/2011); mentre per il resto, può avere solo valenza orientativa (ma, più correttamente, di studio e di approfondimento).

¹⁵⁸⁵ Inoltre, nella ricostruzione della difesa erariale (per come riportata dalla Corte in esame), l'esigenza di un linguaggio comune «sarebbe connessa all'attuazione del principio dell'equilibrio del bilancio ed alla sostenibilità del debito pubblico, che trova espressione nell'art. 97, primo comma, Cost., in relazione agli obblighi derivanti dalla partecipazione dell'Italia all'Unione europea»; e sarebbe reso necessario dalla «legge

disciplina rientra «nella materia “armonizzazione dei bilanci pubblici” di potestà legislativa esclusiva dello Stato ai sensi dell’art. 117, secondo comma, lettera e), Cost.»¹⁵⁸⁶; la materia contabile non rientra «nella disponibilità legislativa delle regioni», alle quali è «riservata la facoltà di emanare regolamenti contabili meramente applicativi del d.lgs. n. 118 del 2011¹⁵⁸⁷». Risulta di tutta evidenza, pertanto, come la Presidenza del Consiglio dei ministri

n. 243 del 2012, che detta disposizioni per l’attuazione del principio del pareggio del bilancio ai sensi dell’art. 81, sesto comma, Cost.), la quale, appunto, «richiederebbe un linguaggio comune per gli enti territoriali» (*recte*: un comune linguaggio contabile). Si tratta, tuttavia, come accennato, di deduzioni rimaste allo stato assertivo, senza alcuno sviluppo motivativo. Sul punto, è utile rilevare che il principio di equilibrio di bilancio trova espressione anche: in via generale, all’art. 81, comma primo, Cost. (come sostituito dall’art. 1 legge cost. n. 1/2012); con riferimento alla pubblica amministrazione nel suo complesso, all’art. 97, comma primo, Cost. (come modificato dall’art. 2 legge cost. n. 1/2012); e, con specifico riferimento agli enti territoriali, all’art. 119, comma primo, Cost. (come modificato dall’art. 4 legge cost. n. 1/2012). Inoltre, è necessario evidenziare che il principio di equilibrio di bilancio espresso in Costituzione esprime un valore soprattutto politico-finanziario e non tanto tecnico-contabile (un dato, quest’ultimo, peraltro, ampiamente acquisito all’ordinamento): a quel valore (limite) devono attenersi le scelte di politica finanziaria dell’ente, le quali (già espresse nei documenti programmatici di “apertura” della manovra di bilancio) troveranno poi traduzione contabile e cristallizzazione giuridica nel (nella legge di approvazione del) bilancio di previsione. Pertanto, l’osservanza del suddetto principio non dipende certo dalla uniformazione capillare della disciplina della contabilità e dei documenti di bilancio degli enti territoriali.

¹⁵⁸⁶ La qual cosa – posto che, come più volte detto, il d.lgs. n. 118/2011 (come modificato dal d.lgs. n. 126/2014) disciplina minuziosamente la contabilità delle regioni e modifica pervasivamente la contabilità degli enti locali – significa che, secondo l’impostazione della difesa erariale, il potere legislativo statale in materia di armonizzazione dei bilanci pubblici si estende ad ogni aspetto della contabilità degli enti territoriali. Ma, come si vedrà, è la stessa posizione ricorrente a precisare che «la materia contabile non è nella disponibilità legislativa delle regioni»: e ciò «in ossequio all’art. 117, secondo comma, lett. e), Cost. – in relazione al d.lgs. n. 118 del 2011 – che riserva la materia “armonizzazione dei bilanci pubblici” alla potestà legislativa esclusiva allo Stato».

¹⁵⁸⁷ Si tratta di posizioni espressive di un radicalismo centralistico lontano non solo dal sistema costituzionale, ma anche dalle tendenze invasive manifestate dal legislatore statale; le quali (posizioni) si spingono fino a negare alle regioni il potere legislativo in materia di contabilità, se non meramente riproduttivo delle disposizioni statali, e limitando la capacità normativa regionale ai profili regolamentari, «meramente applicativi del d.lgs. n. 118 del 2011». A sostegno di siffatte impostazioni (obiettivamente fuori dal contesto costituzionale) viene rilevato (secondo quanto riportato dalla Corte in esame, nel punto 1.1 del «considerato in diritto») che, in passato, le regioni, «in applicazione del d.lgs. n. 76 del 2000, avrebbero normato la materia contabile ciascuna con propria legge regionale, creando la disomogeneità dei sistemi contabili che avrebbe avuto pesanti ricadute anche sul sistema economico nazionale provocate dall’uso di regole contabili non adeguate». Si tratta di una deduzione, non solo generica e a-giuridica (in mancanza di ogni indicazione concreta, effettivamente valutabile, in ordine alla relazione tra la «disomogeneità dei sistemi contabili» e le «pesanti ricadute sul sistema economico nazionale»), ma anche proprio erronea. Deve essere ribadito (perché è già stato sopra precisato) che il d.lgs. 28 marzo 2000, n. 76 si intitolava «principi fondamentali e norme di coordinamento in materia di bilancio e di contabilità delle regioni». E, quindi, contrariamente a quanto dedotto nei ricorsi della Presidenza del Consiglio dei ministri, il legislatore delegato citato si preoccupava proprio (aveva avuto proprio il compito) di assicurare omogeneità dei sistemi contabili regionali; e se si avesse la pazienza di andare a rivedere le disposizioni stabilite dal quel decreto delegato, si potrebbe verificare che a livello regionale sono ribaditi principi ed istituti propri del sistema contabile dello Stato: così, ad esempio, il bilancio delle regioni viene ad avere la stessa struttura del bilancio dello Stato, con le spese articolate per funzioni obiettivo e unità previsionali di base (art. 10) e le entrate suddivise in titoli ed unità previsionali di base (art. 9); la struttura del rendiconto delle regioni viene uniformata a quella del rendiconto generale dello Stato (artt. 25 ss.); vengono stabiliti principi generali (art. 21) per la gestione dei residui. Ne deriva che se vi possono essere state “ricadute” (ma se “pesanti” e quanto, è difficile che qualcuno possa saperlo con sufficiente grado di affidabilità) sul funzionamento del sistema finanziario (e non certo direttamente sul sistema economico), queste sono dipese e dipendono dalle modalità di attuazione

degli istituti e delle norme, e, quindi, dal grado di osservanza delle regole da parte degli organi onorari e tecnici (ciascuno per le rispettive competenze): un problema, questo, che non dipende dalla fonte della disposizione (una norma può rimanere inosservata sia se viene stabilita dallo Stato sia se viene stabilita dalla regione o dall'ente locale), ma dal grado di evoluzione culturale e di maturità del sistema, della comunità, del contesto; dovendosi aggiungere che ogni impianto ordinamentale conosce un minimo grado di deviazione, ed è lo stesso ordinamento che individua gli strumenti necessari per neutralizzare l'impatto negativo delle deviazioni nel loro livello fisiologico.

Deve anche essere fatto rilevare, sempre in relazione all'erroneità dell'assunto ricorrente, che il sistema criticato dalla difesa erariale – e, quindi, la titolarità di potere legislativo da parte delle regioni in materia di contabilità, e, quindi, l'autonomia contabile delle regioni – era radicato già prima della riforma costituzionale del 2001 (come detto, legge cost. n. 3/2001), e, quindi, quando il sistema costituzionale delle autonomie era meno “forte”; dovendo aggiungere: da un lato, che il citato d.lgs. n. 76/2000 era stato adottato in attuazione della delega (ad «adeguare il sistema contabile delle regioni a quello dello Stato») conferita dal (da quello che potrebbe essere definito il) legislatore generale della contabilità pubblica, e, precisamente, dall'art. 1, comma quarto, legge 25 giugno 1999, n. 208, la quale legge apportava modificazioni alla legge 5 agosto 1978, n. 468, e, cioè, (come anche detto) alla legge recante disposizioni «di contabilità generale dello Stato in materia di bilanci» e che è stato il parametro legislativo principale di riferimento della contabilità dello Stato e, più in generale, della contabilità pubblica; e, da altro lato, che prima d.lgs. n. 76/2000 c'era già stata la legge 19 maggio 1976, n. 335, che recava «principi fondamentali e norme di coordinamento in materia di bilancio e di contabilità delle regioni», a dimostrazione che il riconoscimento di autonomia contabile alle regioni costituiva un dato ampiamente acquisito all'ordinamento. E ciò, peraltro, in un contesto istituzionale in cui il potere legislativo era concentrato (praticamente nella sua interezza) nello Stato (e, quindi, sicuramente meno caratterizzato in senso autonomistico rispetto a quello attuale): deve essere ricordato, infatti, che, prima della riforma costituzionale del 2001, l'art. 117 Cost. attribuiva potere legislativo alle regioni limitatamente alle materie indicate espressamente al primo comma (tra le quali non ve ne era alcuna riferibile al sistema finanziario e contabile) e solo «nei limiti dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato». Pertanto, per sostenere la tesi secondo cui la titolarità (in via esclusiva) da parte dello Stato del potere legislativo in materia di armonizzazione dei bilanci pubblici avrebbe sottratto alle regioni ogni potere legislativo (se non a carattere meramente regolamentare) in materia di contabilità, (non solo sono del tutto insufficienti le generiche deduzioni sopra riportate, ma) sarebbe stato necessario spiegare come sia possibile che le regioni, proprio nel momento istituzionale in cui hanno visto positivizzato in Costituzione (con la richiamata riforma del 2001) il rafforzamento della propria autonomia, abbiano del tutto perso l'autonomia contabile, e, cioè, il potere legislativo in materia di contabilità, di cui, invece, erano indiscutibilmente titolari quando erano “meno autonome”; e sarebbe stato necessario spiegare come la perdita di autonomia contabile da parte delle regioni (e degli enti locali) sia compatibile con il sistema delle autonomie che risulta definito in Costituzione. I termini della questione non risultano scalfiti dalla evidenziazione del rinnovato rilievo dei valori costituzionali del coordinamento della finanza pubblica e della armonizzazione dei bilanci pubblici, già solo se si considera che il primo aveva già trovato riconoscimento nella Costituzione repubblicana, all'art. 119, comma primo, Cost., ove si stabiliva che le regioni avevano autonomia finanziaria nelle forme e nei limiti stabiliti da leggi della Repubblica, che la coordinano con la finanza dello Stato, delle province e dei comuni; e che la armonizzazione dei bilanci pubblici – in funzione della omogeneità dei sistemi contabili (per le finalità già ampiamente viste) – era, come anche visto, valore ampiamente acquisito all'ordinamento contabile, previsto dal legislatore generale della contabilità pubblica e disciplinato dallo stesso legislatore statale (oltre a legge n. 335/1976 e d.lgs. n. 76/2000, vedi d.p.r. 19 giugno 1979, n. 421, recante «coordinamento delle disposizioni regolanti la contabilità delle province e dei comuni con le disposizioni di cui alla legge 5 agosto 1978, n. 468 e di cui alla legge 19 maggio 1976, n. 335»). Quindi, i suddetti valori erano ben “presenti” nell'ordinamento già prima della riforma costituzionale del 2001 e di quella del 2012. Allo stesso modo, rimane ininfluente rispetto al ragionamento qui sviluppato la costituzionalizzazione (in esito a legge cost. n. 1/2012) del principio di equilibrio di bilancio, il quale, pur riconducibile – nei suoi profili di ordine generale – nella competenza legislativa dello Stato ai sensi delle disposizioni di cui all'art. 81, comma sesto, Cost. ed all'art. 5 legge cost. n. 1/2012, non implica particolari ricadute (se non di carattere molto generale) in termini di armonizzazione dei bilanci pubblici: l'osservanza, da parte delle singole amministrazioni, del suddetto principio non dipende dalla uniformazione dei documenti e dalla omogeneità del linguaggio espressivo dei dati finanziari, la quale ultima è suscettibile di produrre impatto nel controllo relativo alla corretta attuazione del principio sopra richiamato.

dia per assunti, omettendo ogni valutazione critica (e, cioè, problematica), proprio i profili di dubbio della questione: che il d.lgs. n. 118/2011 rechi «disposizioni in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio» delle regioni e degli enti locali (e dei loro organismi), è scritto nel titolo del richiamato decreto delegato¹⁵⁸⁸: a fronte di ciò, gli interrogativi che andavano risolti riguardavano (e riguardano) proprio la possibilità di intendere la potestà legislativa statale in materia di «armonizzazione dei bilanci pubblici» come estesa all'intera disciplina della contabilità delle regioni e degli enti locali¹⁵⁸⁹. Invece, nella impostazione proposta (con entrambi i ricorsi), è omesso ogni elemento dubitativo ed è posto ad unico¹⁵⁹⁰ fondamento delle denunce di illegittimità costituzionale proprio il dato

¹⁵⁸⁸ E sul punto specifico è già stato rilevato (vedi *sub* 2) come l'intitolazione del decreto delegato fosse coerente con l'oggetto generale della delega legislativa prevista all'art. 2, comma primo, legge n. 42/2009, ove (con tutte le contraddizioni evidenziate, e solo successivamente alle modificazioni introdotte dalla legge n. 196/2009) si precisava che i decreti delegati erano finalizzati (anche) ad «armonizzare i sistemi contabili e gli schemi di bilancio» delle regioni e degli enti locali («e i relativi termini di presentazione e approvazione, in funzione delle esigenze di programmazione, gestione e rendicontazione della finanza pubblica»). Il nodo problematico da sciogliere riguardava la lettura costituzionalmente orientata – che tenesse conto, cioè, e ponesse in combinazione i diversi valori costituzionali coinvolti – anche della delega legislativa conferita dal citato art. 2 legge n. 42/2009 (ma anche, per una impostazione più complessiva, dall'art. 2 legge n. 196/2009).

¹⁵⁸⁹ Rispetto a tale profilo – che è la questione – la ricostruzione della difesa erariale non solo, come detto, omette ogni valutazione, ma pone come fondamentale assunto ricostruttivo proprio il dato problematico. Allo stesso modo, è espresso solo in via assertiva il dato assuntivo che attribuisce al legislatore regionale unicamente «la facoltà di emanare regolamenti contabili meramente applicativi del d.lgs. n. 118 del 2011»: un postulato che, in disparte la sua incompatibilità con il dato costituzionale (ma questo è il profilo problematico, sul quale ci si è ampiamente soffermati), contrasta con il contenuto dello stesso d.lgs. n. 118/2011, il quale, come visto (e si tratta di elemento a carattere constatativo), all'esito alla nuova disciplina introdotta dal d.lgs. n. 126/2014, presenta un contenuto normativo estremamente dettagliato, minuzioso, ultra regolamentare. In verità, il suddetto enunciato (proveniente dalla stessa parte ricorrente) costituisce riconoscimento della circostanza che il citato legislatore delegato abbia invaso gli spazi di autonomia contabile (a carattere regolamentare) delle regioni e degli enti locali.

¹⁵⁹⁰ Infatti, i parametri costituzionali di cui agli artt. 81 e 97 Cost., come accennato, sono solo citati in via assertiva (vedi *sub* nota 86), senza alcuno sviluppo motivativo: non sono spiegate, cioè, le ragioni per le quali le disposizioni censurate avrebbero determinato la violazione del principio di equilibrio di bilancio (peraltro, è del tutto omesso ogni richiamo all'art. 119 Cost., ove, come noto, per effetto delle disposizioni modificative introdotte da legge cost. n. 1/2012, l'autonomia finanziaria di regioni ed enti locali trova limite nel principio di equilibrio di bilancio). Non risulta neppure chiaro (almeno stando a quanto riportato dalla Corte esaminata) se l'art. 97 Cost. è citato in relazione al principio di equilibrio di bilancio (comma primo) o al principio di buon andamento della pubblica amministrazione (comma secondo): infatti, in un passaggio del «ritenuto in fatto» si fa riferimento al «principio dell'equilibrio del bilancio ed alla sostenibilità del debito pubblico, che trova espressione nell'art. 97, primo comma, Cost., in relazione agli obblighi derivanti dalla partecipazione dell'Italia all'Unione europea»; mentre in un passaggio del «considerato in diritto» si fa riferimento al «principio del buon andamento finanziario e della programmazione di cui all'art. 97 Cost.». Si tratta di (elementi di contraddizione generativi di) lacune - che avrebbero dovuto indurre nel senso della inammissibilità dei ricorsi – rilevate dalla stessa Corte, la quale, tuttavia, ha ritenuto di poter evitare la sanzione di inammissibilità, rilevando, con riferimento ai suddetti parametri costituzionali, che «l'interdipendenza delle materie coinvolte ed il carattere espansivo del d.lgs. n. 118 del 2011» pongono in luce «la loro obiettiva rilevanza attraverso l'intreccio polidirezionale delle competenze statali e regionali in una sequenza dinamica e mutevole della legislazione. Quest'ultima trova il suo epilogo nel suddetto decreto, il quale non contiene disposizioni ispirate soltanto all'armonizzazione dei bilanci ma anche agli altri parametri richiamati nel ricorso nonché al coordinamento della finanza pubblica». Ma quella riportata è la ricostruzione della Corte costituzionale, della quale, tuttavia, non vi è traccia nei ricorsi dello Stato. Una ricostruzione che se merita di essere accolta con favore nella parte in cui ribadisce (finalmente, è il caso di

che, per la sua evidente natura controversa, avrebbe richiesto una ricostruzione (ed una soluzione) problematica¹⁵⁹¹: lo Stato, in sostanza, mostra di considerare come incontrovertito ed acquisito all'ordinamento il postulato, enunciato in via solo assertiva, secondo cui la «armonizzazione dei bilanci pubblici» comprende(rebbe) la disciplina di ogni aspetto della contabilità degli enti territoriali. Con la conseguenza di dover ritenere costituzionalmente illegittime le disposizioni censurate perché violative ovvero derogatorie rispetto a quelle stabilite nel d.lgs. n. 118/2011, con invasione, quindi, da parte degli impugnati legislatori territoriali (come detto, della regione Toscana e della Provincia autonoma di Bolzano), degli spazi di competenza legislativa riservati in via esclusiva allo Stato (ai sensi dell'art. 117, comma secondo, lett. e, Cost.).

3.2. Le posizioni della giurisprudenza costituzionale: limitazione del potere legislativo statale di armonizzazione dei bilanci pubblici – Le questioni di costituzionalità sollevate dallo Stato hanno trovato parziale accoglimento ed hanno condotto alla declaratoria di illegittimità costituzionale di alcune delle disposizioni legislative censurate, pur mostrando, la giurisprudenza costituzionale, una ragionevole misura nella interpretazione della locuzione «armonizzazione dei bilanci pubblici» e nella delimitazione degli spazi di operatività della suddetta materia, e, quindi, del potere legislativo statale, a carattere riservato, negli ambiti materiali della contabilità delle regioni e degli enti locali; ed individuando percorsi argomentativi e principi solo parzialmente condivisibili – peraltro, in parte già acquisiti alla elaborazione scientifica, e, in altra parte, inevitabili a fronte delle rinnovate formule costituzionali¹⁵⁹² – sia negli aspetti ricostruttivi che nelle conclusioni, ma, comunque, rivelando (soprattutto Corte cost. 20 luglio 2016, n. 184) una apprezzabile sensibilità rispetto alla rilevanza del tema controverso ed all'impatto che (la sua soluzione) è suscettibile di produrre sulla tenuta stessa del sistema costituzionale delle autonomie (una impostazione che, tuttavia, appare ridimensionata in Corte cost. 13 aprile 2017, n. 80¹⁵⁹³): il

dire) lo stretto collegamento tra i principi della contabilità pubblica ed il principio del buon andamento della pubblica amministrazione di cui all'art. 97 Cost. (un collegamento che già da tempo era stato evidenziato in dottrina: vedi L. SAMBUCCI, *La programmazione finanziaria negli enti locali*, cit., p. 31); rimane poco convincente nella parte in cui rende possibile l'ammissibilità di ricorsi scarsamente motivati ed autorizza un ruolo di "supplenza" processuale della Corte stessa.

¹⁵⁹¹ La difesa erariale, cioè, avrebbe dovuto spiegare le ragioni per le quali la suddetta materia armonizzativa debba intendersi come estesa all'intera contabilità degli enti territoriali; avrebbe dovuto interrogarsi sull'impatto della impostazione sostenuta sull'autonomia contabile delle regioni e degli enti locali, e, più in generale, sul sistema delle autonomie; avrebbe dovuto giustificare la scarsa coerenza del riconoscimento del potere normativo in materia di contabilità ai suddetti enti autonomi con il carattere ultra regolamentare della disciplina introdotta dal d.lgs. n. 126/2014.

¹⁵⁹² Per fare un esempio: che «armonizzazione dei bilanci pubblici» e «coordinamento della finanza pubblica» siano due materie distinte è un dato ora definitivamente acquisito all'ordinamento, sancito dal legislatore costituzionale, che ha collocato la prima tra le materie a legislazione esclusiva statale ed ha lasciato la seconda tra le materie a legislazione concorrente. Un dato che non poteva essere ignorato, e che, tuttavia, la Corte citata prova a depotenziare (nei sensi che saranno esposti), evidenziando le interrelazioni tra le due materie, nel tentativo di allargare gli spazi di intervento del legislatore statale.

¹⁵⁹³ La quale prova a comprimere gli spazi di evoluzione manifestati da Corte cost. n. 184/2016, partendo dalla enfaticizzazione della rilevanza della «armonizzazione dei bilanci pubblici», e, quindi, del potere legislativo statale: «l'indefettibilità del principio di armonizzazione dei bilanci pubblici è ontologicamente

quale (sistema), già solo per la sua natura primaria, non può essere esposto a compromissione in funzione di garanzia di altri valori costituzionali ritenuti preferibili o prevalenti – quali la stabilità della finanza pubblica, la razionalizzazione della spesa, il contenimento dei costi – il cui presidio, peraltro, risiede non certo nel sacrificio di alcuni valori rispetto ad altri (di uguale rango) né, tantomeno, nella centralizzazione del sistema finanziario e delle istituzioni¹⁵⁹⁴, ma nella combinazione virtuosa di tutti gli interessi costituzionali coinvolti¹⁵⁹⁵.

È negli aspetti generali che Corte cost. n. 184/2016 presenta gli spunti ricostruttivi di maggiore interesse. Quanto al profilo teleologico, la Corte in esame ricorda che l'armonizzazione dei bilanci pubblici è «finalizzata a rendere i documenti contabili delle amministrazioni pubbliche omogenei e confrontabili», e, più precisamente, «a realizzare l'omogeneità dei sistemi contabili per rendere i bilanci delle amministrazioni aggregabili e confrontabili, in modo da soddisfare le esigenze informative connesse a vari obiettivi quali la programmazione economico-finanziaria, il coordinamento della finanza pubblica, la gestione del federalismo fiscale, le verifiche del rispetto delle regole comunitarie, la prevenzione di gravi irregolarità idonee a pregiudicare gli equilibri dei bilanci». Si tratta, tuttavia, come detto, di un dato ampiamente acquisito all'ordinamento: il nodo problematico da sciogliere rimane quello di stabilire quale sia il grado di omogeneità dei flussi informativi (e, quindi, di uniformità dei documenti di bilancio)¹⁵⁹⁶ che riesca ad assicurare i profili finalistici protetti: aggregabilità e confrontabilità, ma anche intellegibilità e trasparenza dei dati contabili e delle scelte (di politica finanziaria) ad essi sottesi, in funzione del coordinamento della finanza pubblica, della stabilità finanziaria, della

collegata alla necessità di leggere, secondo il medesimo linguaggio, le informazioni contenute nei bilanci pubblici». Senonché il punto controverso non è costituito dalla importanza della richiamata materia armonizzativa (che è un dato ampiamente acquisito all'ordinamento), ma, come più volte detto, la corretta traduzione della locuzione «armonizzazione dei bilanci pubblici» in funzione della corretta individuazione dello spazio di estensione della potere legislativo dello Stato negli ambiti materiali riconducibili alla contabilità degli enti territoriali.

¹⁵⁹⁴ In verità, come già rilevato, la riferita precipitazione centralistica non solo non ha portato a soluzione i gravi e “secolari” problemi finanziari dell'Italia – l'indebitamento pubblico continua a progredire (anche se meno significativamente rispetto al passato), la spesa pubblica continua ad essere molto elevata e, soprattutto, ad essere spesa male – ma, ad esempio, le imponenti limitazioni alla spesa (concentrate soprattutto ai livelli territoriali) hanno messo in crisi il sistema dei servizi, e, quindi, il sistema di amministrazione: da un lato, esponendo a compromissione i valori autonomistici presidiati agli artt. 114 ss. Cost., l'impianto amministrativo (su base comunale, ispirato ai criteri di sussidiarietà, differenziazione, adeguatezza) definito all'art. 118 Cost., l'autonomia finanziaria di cui all'art. 119 Cost., lo stesso principio di buon andamento della pubblica amministrazione di cui all'art. 97, comma secondo Cost.; da altro lato, aggravando la crisi percepita e, finanche, dando impulso ad iniziative rivendicative di autonomie speciali (come, ad esempio, i referendum consultivi indetti in Lombardia ed in Veneto).

¹⁵⁹⁵ Che, poi, era la strada intrapresa con i primi decreti delegati attuativi del sistema di “federalismo fiscale” delineato (pur con qualche incertezza, come, in parte, rilevato) dalla legge n. 42/2009: in particolare, quelli in materia di disciplina dei fabbisogni standard (che deve rimanere l'obiettivo primario se si vuole realizzare un sistema finanziario efficiente, che non può prescindere dal rispetto – e, anzi, dalla valorizzazione – dei principi autonomistici); ma anche quelli in materia di contabilità (dovendosi ricordare che la formulazione originaria del d.lgs. n. 118/2011 riusciva ad essere rispettoso dell'autonomia contabile degli enti territoriali).

¹⁵⁹⁶ E, quindi, in sostanza, il grado di espansione del potere legislativo statale negli ambiti materiali della contabilità degli enti territoriali.

razionalizzazione della spesa, del contenimento dei costi, del consolidamento dei conti, e, quindi, più in generale, del buon funzionamento del sistema finanziario e del buon andamento della pubblica amministrazione; senza, tuttavia, risultare compressivo dei livelli qualitativi dell'autonomia riconosciuta in Costituzione agli enti territoriali¹⁵⁹⁷. In funzione della suddetta esigenza, gli obiettivi generali indicati dalla Corte esaminata inducono a ritenere che sia sufficiente esigere un livello minimo di omogeneità, con riduzione alla misura fisiologica delle potenzialità invasive della materia armonizzativa: infatti, ai fini della programmazione economico-finanziaria generale¹⁵⁹⁸ e del coordinamento della finanza pubblica, ciò che rileva non è la conoscenza capillare dei dati finanziari quanto la affidabilità dei dati stessi, la quale è insuscettibile di essere assicurata dalla uniformazione contabile dei documenti di bilancio o, più in generale (come ha preteso di fare il legislatore statale, allontanandosi dal dato costituzionale), dei sistemi contabili degli enti territoriali, ma richiede la corretta osservanza ed applicazione dei principi di bilancio, in sede di programmazione finanziaria, di gestione e di rendicontazione¹⁵⁹⁹.

¹⁵⁹⁷ La cui compromissione (del sistema costituzionale delle autonomie), a sua volta, è ben suscettibile di risultare vulnerativa del principio di buon andamento della pubblica amministrazione (di cui all'art. 97, comma secondo, Cost.).

¹⁵⁹⁸ Deve ritenersi, infatti, che il richiamo della Corte sia riferito alla programmazione economico-finanziaria dello Stato, la cui corretta definizione richiede la conoscenza (e deve tener conto) dei dati macro finanziari riguardanti gli (e provenienti dagli) enti territoriali: una esigenza che impone estremo rigore nella osservanza della scansione temporale delle decisioni di bilancio a tutti i livelli territoriali: una esigenza che è stata gravemente trascurata negli ultimi anni (e solo da un paio di anni la situazione è stata riportata entro i confini della fisiologia finanziaria), se si considera che mentre il bilancio di previsione dello Stato (e, in parte, anche il bilancio di previsione delle regioni) è stato approvato entro il 31 dicembre (per l'anno successivo), il bilancio di "previsione" degli enti locali (comuni, province, città metropolitane) è stato approvato a metà esercizio e, addirittura, in tre occasioni, anche a fine esercizio. È giusto rilevare che ciò è potuto avvenire (non per autonoma iniziativa degli stessi enti locali, ma) perché lo Stato, avvalendosi della disposizione di cui all'art. 151, comma primo, d.lgs. n. 267/2000, ogni anno ha differito il termine di approvazione del bilancio degli enti locali (nel 2012, il termine è stato differito fino al 30 ottobre; nel 2013, il termine è stato differito fino al 30 novembre; nel 2014, il termine è stato differito fino al 30 settembre; nel 2015, il termine è stato differito fino al 30 luglio). Si tratta di una disfunzione grave, non solo per le conseguenze negative che è suscettibile di produrre in termini di buon andamento della pubblica amministrazione (con la cancellazione di fatto della funzione di programmazione finanziaria), ma anche per il manifesto contrasto con le esigenze armonizzative e di coordinamento in nome delle quali lo Stato ha esposto a sacrificio l'autonomia degli enti territoriali. Criticamente sul (e sulla possibilità stessa di) differimento del termine di approvazione del bilancio degli enti locali e sulla sua dubbia legittimità costituzionale, vedi ampiamente L. SAMBUCCI, *Il differimento del termine di approvazione del bilancio degli enti locali: una soluzione sbagliata e sospetta di incostituzionalità*, in *www.contabilita-pubblica*, 2014; ma anche L. SAMBUCCI, *La programmazione finanziaria negli enti locali*, cit., p. 258).

Permette di ricondurre in capo alla regione una funzione di coordinamento finanziario territoriale – più che di programmazione - la disposizione (aggiunta da legge cost. n. 1/2012) di cui all'art. 119, comma sesto, Cost., che condiziona la capacità di ricorso all'indebitamento degli enti territoriali all'equilibrio di bilancio per il complesso degli enti appartenenti alla stessa regione. In tal senso militano le disposizioni legislative (di cui all'art. 10 legge n. 243/2012) attuative del richiamato principio costituzionale, le quali precisano che (comma terzo) le operazioni di indebitamento sono effettuate sulla base di apposite intese concluse in ambito regionale che garantiscano, per l'anno di riferimento, l'equilibrio di bilancio per il complesso degli enti territoriali della regione interessata, compresa la medesima regione.

¹⁵⁹⁹ Allo stesso modo, non dipende certo (se non in minima parte) dalla uniformazione minuziosa dei documenti di bilancio la «prevenzione di gravi irregolarità idonee a pregiudicare gli equilibri dei bilanci»: un ambito materiale che deve ritenersi attratta nella competenza esclusiva del legislatore statale ai sensi del

Un secondo dato rilevante in termini ricostruttivi ricavabile dalla giurisprudenza costituzionale in esame è costituito dalla presa d'atto del fatto che «armonizzazione dei bilanci pubblici» e «coordinamento della finanza pubblica» sono due materie distinte. Si tratta, in verità, di un dato ora definitivamente acquisito all'ordinamento, nel senso che è sancito dal legislatore costituzionale, il quale, come visto, ha collocato la prima tra le materie a legislazione esclusiva statale ed ha lasciato la seconda tra le materie a legislazione concorrente. Un dato che non poteva essere ignorato, e che, tuttavia, la Corte citata prova a depotenziare, enfatizzando «il nesso di interdipendenza che lega l'armonizzazione alle altre materie, e la conseguente profonda e reciproca compenetrazione». La finalità del riportato rilievo giurisprudenziale risulta chiara quando la stessa Corte precisa che le suddette caratteristiche «hanno comportato che proprio in sede di legislazione attuativa si sia verificata un'espansione della stessa armonizzazione ad ambiti di regolazione che si pongono nell'alveo di altri titoli di competenza, nominati ed innominati. In sostanza, la stretta compenetrazione degli ambiti materiali ha reso inseparabili alcuni profili di regolazione». Significa che il giudice costituzionale è ben consapevole che, con il d.lgs. n. 118/2011 (e, più precisamente, con il d.lgs. n. 118/2011 come modificato dal d.lgs. n. 126/2014), il legislatore statale sia andato ben oltre lo spazio di competenza della

combinato disposto dell'art. 81, comma sesto, Cost. e dell'art. 5 legge cost. n. 1/2012. In proposito, è utile ricordare che, ai sensi dell'art. 81, comma sesto, Cost., il contenuto della legge di bilancio, le norme fondamentali e i criteri volti ad assicurare l'equilibrio tra le entrate e le spese dei bilanci e la sostenibilità del debito del complesso delle pubbliche amministrazioni sono stabiliti con legge approvata a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera, nel rispetto dei principi definiti con legge costituzionale». All'art. 5 legge cost. n. 1/2011 è stabilito che la legge di cui all'art. 81, comma sesto, Cost. disciplina, per il complesso delle pubbliche amministrazioni, tra l'altro, per quanto qui rileva: le verifiche, preventive e consuntive, sugli andamenti di finanza pubblica; l'introduzione di regole sulla spesa che consentano di salvaguardare gli equilibri di bilancio e la riduzione del rapporto tra debito pubblico e prodotto interno lordo nel lungo periodo, in coerenza con gli obiettivi di finanza pubblica.

Mentre è riconducibile al coordinamento della finanza pubblica la disciplina delle «verifiche del rispetto delle regole comunitarie». Può essere riconosciuta una valenza solo suggestiva, invece, alla espressione «gestione del federalismo fiscale», il cui significato, in mancanza di indicazioni specifiche rimane di incerta definizione. Se si voleva intendere “attuazione del federalismo fiscale”, deve essere rilevato che la «armonizzazione dei bilanci pubblici» è uno degli strumenti attraverso i quali il legislatore costituzionale ha inteso temperare le differenze (anche profonde) che un sistema spiccatamente autonomistico (come quello che ancora oggi risulta definito in Costituzione) è suscettibile di produrre: così come anche il «coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario» (art. 117, comma terzo, Cost.); come la «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» (art. 117, comma secondo, lett. m, Cost.); come gli strumenti di perequazione finanziaria di cui all'art. 119, commi terzo e quinto, Cost.). Quindi, come detto, la armonizzazione dei bilanci pubblici costituisce una limitazione all'autonomia degli enti territoriali, e al federalismo fiscale, che è l'espressione attuativa del sistema finanziario, a forte impatto evolutivo, stabilito all'art. 119 Cost.: a tal proposito, è utile ricordare che la legge n. 42/2009 si intitola «delega al Governo in materia di federalismo fiscale, in attuazione dell'art. 119 della Costituzione», e che, come visto, da nessuna parte della suddetta legge si può leggere che il legislatore statale è competente ovvero deve disciplinare tutta la contabilità degli enti territoriali. E, proprio in quanto tale, l'armonizzazione dei bilanci presuppone l'autonomia e non può cancellarla, ma solo limitarne le fisiologiche conseguenze differenziali, ponendole in combinazione con (ovvero impedendo che potessero risultare compromissive di) altri valori di interesse costituzionale: ne consegue che l'eccessiva estensione (ma anche l'incerta definizione) della materia è suscettibile di determinare la disapplicazione del sistema costituzionale delle autonomie.

(autorizzato dalla) materia «armonizzazione dei bilanci pubblici»¹⁶⁰⁰, e prova a giustificare la trascinazione normativa, evocando la «profonda e reciproca compenetrazione» tra le diverse «competenze legislative dello Stato in materia finanziaria». L'impostazione giurisprudenziale riportata, tuttavia, non riesce ad essere convincente nel suo approdo conclusivo: è ben noto, infatti, che il sistema contabile pubblico considera, oltre ai profili più strettamente contabili e di bilancio, profili di ordine finanziario¹⁶⁰¹, profili che riguardano il sistema dei controlli e le responsabilità (ma anche profili che si estendono alla contrattualista pubblica¹⁶⁰²): e, quindi, per rimanere al dato costituzionale, aspetti riconducibili sia alla armonizzazione dei bilanci pubblici sia al coordinamento finanziario¹⁶⁰³. Ma tale caratteristica non può giustificare il superamento degli spazi di competenza legislativa definiti in Costituzione, e, anzi, la sua evocazione se permette di isolare un contributo per la soluzione della questione controversa esaminata¹⁶⁰⁴, questo è nel senso di escludere che la armonizzazione dei bilanci pubblici coincida ovvero esaurisca tutti gli ambiti di disciplina della contabilità degli enti territoriali. Si tratta di un primo dato di sicura rilevanza (che, tuttavia, rimane trascurato nella ricostruzione della Corte), pur se non riesce ad assicurare l'assolvimento del compito assegnato dallo stesso legislatore costituzionale, il quale, non a caso, parla di armonizzazione dei bilanci pubblici (e non di

¹⁶⁰⁰ E lo dice anche espressamente, quando rileva che il d.lgs. n. 118/2011, come modificato dal d.lgs. n. 126/2014, «non contiene disposizioni ispirate soltanto all'armonizzazione dei bilanci ma anche agli altri parametri richiamati nel ricorso nonché al coordinamento della finanza pubblica». E questo è coerente con il rilievo secondo cui il sistema contabile pubblico (dello Stato, delle regioni, degli enti locali) comprende ambiti disciplinari riconducibili a «materie» diverse: ciò, tuttavia, non poteva (e non può) autorizzare il legislatore ad affrancarsi dai limiti (alla estensione delle competenze) stabiliti in Costituzione.

¹⁶⁰¹ Non a caso la legge n. 196/2009 si intitola «legge di contabilità e finanza pubblica»; non a caso il d.lgs. n. 77/1995 si intitolava - e la parte seconda del d.lgs. n. 267/2000 si intitola - «ordinamento finanziario e contabile degli enti locali».

¹⁶⁰² Vedi il titolo I del r.d. 18 novembre 1923, n. 2440, recante, come noto, «nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato»; vedi il titolo II del r.d. 23 maggio 1924, n. 827, recante «regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato».

¹⁶⁰³ E, quindi, la definizione del sistema contabile degli enti territoriali coinvolge il legislatore statale sia nell'esercizio di potere legislativo esclusivo (armonizzazione dei bilanci pubblici) sia nell'esercizio di potere legislativo concorrente (limitato alla determinazione dei principi fondamentali: coordinamento della finanza pubblica). Ora, la combinazione della duplice competenza legislativa (nella contabilità degli enti territoriali) non determina un ampliamento del potere legislativo dello Stato, il quale rimane delimitato dalle formule di cui all'art. 117 Cost.: per cui, ad esempio, la gestione della procedura di spesa è profilo di disciplina che rimane riconducibile (eventualmente) al coordinamento della finanza pubblica, e la sua previsione nell'ambito di un titolo legislativo riferito al sistema contabile degli enti territoriali pubblico non ne determina l'attrazione nella armonizzazione dei bilanci pubblici, con emancipazione rispetto al «limite» della determinazione dei principi fondamentali. Ciò rilevato, il contributo che ci si aspettava venisse dalla giurisprudenza costituzionale doveva riguardare la definizione di criteri generali di definizione degli spazi di operatività delle due materie: la qual cosa avrebbe orientato, nei limiti stabiliti, la produzione legislativa dello Stato.

¹⁶⁰⁴ Eventualmente, può essere una premessa per sostenere lo stretto collegamento tra la materia armonizzativa e quella di coordinamento finanziario; tuttavia, come visto, il punto problematico non è questo, ma riguarda l'individuazione dell'ambito di estensione delle suddette materie, in funzione della corretta osservanza dei principi costituzionali (e del sistema delle istituzioni che definiscono, che sono volti a definire).

contabilità pubblica o di contabilità degli enti territoriali o di sistema contabile pubblico) e di coordinamento della finanza pubblica (e non di finanza pubblica): e, quindi, pretende che si stabilisca cosa rientri nell'una e cosa rientri nell'altra materia. La circostanza che disposizioni ed istituti delle (riconducibili alle) due materie si ritrovino comprese ovvero vadano a costituire il sistema contabile pubblico (dello Stato, delle regioni, degli enti locali, degli altri enti pubblici non territoriali), da un lato, è insuscettibile di determinare ovvero di autorizzare (ovvero di giustificare) l'estensione del potere legislativo statale di armonizzazione dei bilanci pubblici (ma anche di coordinamento della finanza pubblica), a scapito di altri valori costituzionalmente protetti; da altro lato, esclude che le suddette competenze legislative dello Stato possano riguardare tutti gli aspetti della contabilità degli enti territoriali.

Proseguendo lungo il percorso ricostruttivo delineato, la giurisprudenza costituzionale cita evidenza, inoltre, che «l'armonizzazione si colloca contemporaneamente in posizione autonoma e strumentale rispetto al coordinamento della finanza pubblica: infatti, la finanza pubblica non può essere coordinata se i bilanci delle amministrazioni non hanno la stessa struttura e se il percorso di programmazione e previsione non è temporalmente armonizzato con quello dello Stato (peraltro di mutevole configurazione a causa della cronologia degli adempimenti imposti in sede europea)»¹⁶⁰⁵.

Sotto altro profilo ricostruttivo, la Corte esaminata valorizza tre elementi di sicura rilevanza. Un primo dato riguarda la necessaria considerazione, ai fini della soluzione della questione controversa, delle competenze legislative regionali rilevanti nei temi finanziari, e riconducibili alla potestà legislativa concorrente di cui al terzo comma dell'art. 117 Cost., in quella residuale di cui al successivo quarto comma (del citato art. 117) e nell'autonomia finanziaria stabilita all'art. 119 Cost.¹⁶⁰⁶. Un secondo elemento attiene alla necessaria considerazione degli spazi di autonomia assicurati in Costituzione, che coinvolgono, «sul versante regionale, una pluralità di prerogative che vanno dall'esercizio dell'autonomia organizzativa e finanziaria, alla salvaguardia dei propri equilibri finanziari e della programmazione, alle modalità di declinazione delle regole di volta in volta emanate a livello statale in tema di coordinamento della finanza pubblica». Infine, secondo la Corte, non

¹⁶⁰⁵ Osserva, inoltre, la Corte esaminata, che, «analogamente, per quel che riguarda la tutela degli equilibri finanziari, il divieto di utilizzare fondi vincolati prima del loro accertamento risponde alla finalità di evitare che ciò crei pregiudizio alla finanza pubblica individuale ed allargata». Sul punto, deve essere rilevato che la disciplina della utilizzazione dei fondi vincolati se è riconducibile nell'ambito materiale della contabilità pubblica (e, segnatamente, della contabilità degli enti territoriali), non rientra nella armonizzazione dei bilanci pubblici; può essere annoverata tra le disposizioni di coordinamento finanziario (di natura "statica"), ed è condivisibile la posizione espressa dalla Corte, che evidenzia (valorizza) la relazione funzionale tra il suddetto coordinamento e la «tutela degli equilibri finanziari». Sulla rilevanza della scansione temporale (e della osservanza dei termini) della decisione di bilancio, vedi *sub* nota 99.

¹⁶⁰⁶ In particolare, la Corte evidenzia la necessità di dover tenere conto «del fatto che la programmazione economica e finanziaria regionale, le relative procedure contabili e l'attuazione in sede locale dei principi di coordinamento della finanza pubblica si inseriscono in un ambito normativo particolarmente complesso, il quale – sul versante della Regione – impinge nella potestà legislativa concorrente di cui al terzo comma dell'art. 117 Cost., in quella residuale del successivo quarto comma del medesimo articolo e nell'autonomia finanziaria garantita dall'art. 119 Cost.».

possono essere trascurate le prerogative funzionali dei documenti di bilancio quali strumenti espressivi dell'autonomia: «i bilanci e la contabilità pubblica sono anche strumenti di governo e di indirizzo dell'attività dell'amministrazione: in particolare per le Regioni, che godono di una autonomia costituzionalmente protetta. Ciò comporta la necessità di consentire a queste ultime la possibilità di soddisfare tali esigenze, pur senza travalicare i limiti esterni costituiti dalla legislazione statale ed europea in tema di vincoli finanziari».

Sulla base degli elementi ricostruttivi rilevati, la Corte citata giunge ad una prima (inevitabile) conclusione, lontana dalla impostazione praticata (e predicata in via giudiziale) dallo Stato, osservando che, indipendentemente dalla configurabilità – «in simmetria con la funzione “sistema contabile dello Stato” prevista dall'art. 117, secondo comma, lett. e), Cost.» – di «una potestà legislativa residuale della Regione definibile come “sistema contabile regionale”¹⁶⁰⁷ riconducibile al quarto comma del medesimo art. 117 Cost.», «quel che è certo è che non può essere disconosciuta la potestà di esprimere nella contabilità regionale, pur nel rispetto dei vincoli statali, le peculiarità connesse e conseguenti all'autonomia costituzionalmente garantita alla Regione»¹⁶⁰⁸. Si tratta di una conclusione

¹⁶⁰⁷ In termini speculativi, la posizione espressa dalla esaminata giurisprudenza costituzionale è equilibrata (ma non convincente): in funzione della specifica decisione, secondo la Corte non è necessario accertare se sia configurabile (oppure no) la materia “sistema contabile regionale”; è sufficiente ritenere che non tutti gli ambiti materiali rientranti nella contabilità delle regioni siano attribuiti allo Stato ovvero che le regioni conservino, in una certa misura, potestà legislativa nella disciplina dei rispettivi sistemi di contabilità. Tuttavia, la suddetta impostazione non è casuale: nel senso che il mancato approfondimento della questione specifica produce, da un lato, l'effetto di lasciare più larghe le maglie (della contabilità delle regioni, e, più in generale, degli enti territoriali) attraverso le quali riesce più agevolmente ad insinuarsi il potere legislativo statale: accertare l'esistenza della materia “sistema contabile regionale” avrebbe certo reso più difficile giustificare l'erosione (in favore dello Stato) di spazi di competenza naturalmente (per definizione, e per sistematica costituzionale: si tratterebbe di materia rientrante nella previsione di cui al quarto comma dell'art. 117 Cost.) a carattere regionale. Rimane, però, sostanzialmente irrisolto il nodo problematico, il quale, come detto, riguardava (e continua a riguardare) la definizione dello spazio di accesso reso possibile al legislatore statale nella contabilità degli enti territoriali. E, da altro lato, lascia intendere che i diversi profili riguardanti la contabilità delle regioni e degli enti locali, per la rilevanza generale delle “ricadute” che producono, devono ritenersi attratti nella competenza legislativa dello Stato, e solo per una parte (minima: vedi *sub* nota 107) riescono a rimanere nella disponibilità legislativa delle regioni. Una impostazione che, tuttavia, trova ostacolo non solo nel sistema costituzionale delle autonomie, ma anche: nella espressa previsione costituzionale del potere legislativo delle regioni in materia di coordinamento della finanza pubblica (art. 119, comma terzo, Cost.); e nella circostanza che le materie riservate alla competenza legislativa esclusiva dello Stato non riescono a “coprire” tutti gli (ovvero riescono a “coprire” una parte limitata degli) ambiti materiali della contabilità delle regioni e degli enti locali, con conseguente titolarità di potere legislativo regionale ai sensi dell'art. 117, comma quarto, Cost.: «Spetta alle Regioni la potestà legislativa in riferimento ad ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato».

¹⁶⁰⁸ La giurisprudenza costituzionale in esame ritiene che, «in definitiva, può concludersi che il sistema contabile regionale – indipendentemente dalla sua possibile configurazione come autonoma materia ascrivibile alla potestà residuale dell'ente – non è stato totalmente sottratto ad un'autonoma regolazione, ma che questa è, tuttavia, intrinsecamente soggetta a limitazioni necessarie “a consentire il soddisfacimento contestuale di una pluralità di interessi costituzionalmente rilevanti” (sentenza n. 279 del 2006). In particolare, l'autonomia della Regione in questo settore normativo trova il suo limite esterno nelle disposizioni poste dallo Stato nell'ambito della salvaguardia degli interessi finanziari riconducibili ai parametri precedentemente richiamati». È già stato ampiamente evidenziato (*sub* 2) come l'autonomia contabile delle regioni (il potere legislativo regionale negli ambiti materiali della contabilità) incontri limite, oltre che nei principi costituzionali, nelle disposizioni legislative statali di armonizzazione dei bilanci pubblici

(come detto) inevitabile, ove si intendesse considerare in concreto i diversi interessi costituzionali coinvolti e tenere conto delle premesse ricostruttive rilevate; e, comunque, importante, in quanto positivizza - e, in ogni caso, consolida - sia pure “solo” in via giurisprudenziale e con una certa timidezza “estensiva”¹⁶⁰⁹), un dato che, pure acquisito all’ordinamento, era messo in dubbio dalle citate iniziative legislative statali (in particolare, come detto, il d.lgs. n. 126/2014): l’autonomia contabile delle regioni (limitata nei sensi ampiamente esposti *sub* 2), la quale, anzi, conosce importante valorizzazione nelle parole della Corte¹⁶¹⁰, che ne enfatizza il profilo teleologico, ricordando che «il bilancio è un “bene pubblico” nel senso che è funzionale a sintetizzare e rendere certe le scelte dell’ente territoriale, sia in ordine all’acquisizione delle entrate, sia alla individuazione degli interventi attuativi delle politiche pubbliche, onere inderogabile per chi è chiamato ad amministrare una determinata collettività ed a sottoporsi al giudizio finale afferente al confronto tra il programmato ed il realizzato»¹⁶¹¹; e riconoscendo al legislatore regionale competenza anche

e nei principi fondamentali (stabiliti dallo Stato) di coordinamento della finanza pubblica, e, quindi (per rimanere al dato positivizzato), nelle disposizioni del d.lgs. n. 118/2011 (come modificato dal d.lgs. n. 126/2014) che presentino le suddette caratteristiche. Con riferimento al principio di equilibrio di bilancio (vedi *subb* note 82 e 87), deve essere rilevato che, se è vero che il legislatore costituzionale riserva allo Stato la legge di disciplina del suddetto principio, è altrettanto vero che sono riconducibili al «coordinamento della finanza pubblica» gli aspetti riferibili (alla applicazione del principio di equilibrio di bilancio) alle autonomie territoriali, e, quindi, in particolare, l’attuazione dell’art. 119 Cost., ove, come noto, il suddetto valore costituzionale viene richiamato al primo comma, quale limite all’autonomia finanziaria degli enti territoriali, ed al sesto comma, quale condizione per il ricorso all’indebitamento. Un riscontro in tal senso può essere rinvenuto nelle disposizioni di cui agli artt. 9 e 10 legge n. 243/2012, ove, effettivamente, il legislatore statale si limita a stabilire alcuni principi di ordine generale con riferimento, appunto, all’equilibrio dei bilanci ed al ricorso all’indebitamento delle regioni e degli enti locali: i quali (principi) dovranno trovare disciplina attuativa a cura dei legislatori regionali.

¹⁶⁰⁹ È necessario ricordare, infatti, che (come appena visto) la Corte in esame rileva che «il sistema contabile regionale non è stato totalmente sottratto ad un’autonoma regolazione»; laddove l’utilizzazione dell’avverbio «totalmente» induce a ritenere che per molta parte la disciplina della contabilità delle regioni (e, a maggior ragione, la contabilità degli enti locali) deve essere ricondotta alla competenza legislativa statale, la quale, ad ogni buon conto, deve trovare esplicitazione con le limitazioni derivanti dalla “posizione” costituzionale della materia di riferimento. È opportuno rilevare che già Corte cost. 10 aprile 2014, n. 88 aveva osservato che la materia armonizzazione dei bilanci pubblici «non può essere interpretata così estensivamente da coprire l’intero ambito materiale regolato dalla legge n. 243 del 2012»: dovendosi evidenziare che il suddetto “ambito materiale” (di cui alla legge n. 243/2012) è molto più circoscritto – nel senso che coinvolge meno istituti e più ristretti spazi materiali - del sistema contabile degli enti territoriali.

¹⁶¹⁰ La rilevanza della posizione della giurisprudenza costituzionale non deriva tanto dal fatto che la Corte in esame, da un lato, dichiara infondata - con parole categoriche - l’impostazione statale secondo cui, «dopo l’entrata in vigore del decreto sull’armonizzazione dei conti, non vi sarebbe più spazio per il legislatore regionale in materia di disciplina delle procedure contabili, se non per adempimenti meramente attuativi della legislazione statale»; e, da altro lato, dalla rilevazione che «le indefettibili esigenze di armonizzazione dei conti pubblici, di custodia della finanza pubblica allargata e della sana gestione finanziaria non precludono peculiari articolazioni del bilancio regionale fondate sull’esigenza di scandire la programmazione economico-finanziaria nelle procedure contabili e le modalità analitiche di illustrazione di progetti e di interventi»; quanto nelle ragioni poste a fondamento delle suddette statuizioni, le quali fanno stato di una suggestiva valorizzazione – ed è il passaggio più bello ed importante della sentenza - dell’autonomia contabile degli enti territoriali (nel caso specifico, della regione).

¹⁶¹¹ Rileva la Corte in esame che «i moduli standardizzati dell’armonizzazione dei bilanci, i quali devono innanzitutto servire a rendere omogenee, ai fini del consolidamento dei conti e della loro reciproca confrontabilità, le contabilità dell’universo delle pubbliche amministrazioni, così articolato e variegato in

a disciplinare la struttura del bilancio e degli altri documenti di decisione finanziaria (e, quindi, un ambito materiale riconducibile alla armonizzazione dei bilanci pubblici»¹⁶¹².

3.3. Luci e ombre della elaborazione della giurisprudenza costituzionale – La posizione espressa dalla Corte in esame rimane insoddisfacente per il mancato sviluppo problematico di alcuni temi rilevanti, quali, in particolare la definizione del livello di omogeneità (che, ovviamente, non è uniformazione) nella rappresentazione delle informazioni e dei dati finanziari, l'individuazione degli istituti contabili interessati, i principi di regolazione delle diverse competenze legislative¹⁶¹³: e, quindi, in definitiva, l'estensione del potere legislativo statale nella contabilità degli enti territoriali, la cui definizione, in sostanza, rimane "riservata" alla (prudente) valutazione discrezionale della Corte stessa¹⁶¹⁴.

relazione alle missioni perseguite, non sono idonei, di per sé, ad illustrare le peculiarità dei programmi, delle loro procedure attuative, dell'organizzazione con cui vengono perseguiti, della rendicontazione di quanto realizzato. Le sofisticate tecniche di standardizzazione, indispensabili per i controlli della finanza pubblica ma caratterizzate dalla difficile accessibilità informativa per il cittadino di media diligenza, devono essere pertanto integrate da esposizioni incisive e divulgative circa il rapporto tra il mandato elettorale e la gestione delle risorse destinate alle pubbliche finalità». Si tratta di un passaggio motivativo non condivisibile, perché trascura la circostanza che il legislatore delegato della armonizzazione dei bilanci pubblici (d.lgs. n. 118/2011, come modificato dal d.lgs. n. 126/2014) non si è limitato alla definizione di modelli e schemi standardizzati (nei quali riportare i dati finanziari), ma ha disciplinato (come detto) con minuziosa ultra regolamentare - e non solo nelle centinaia di pagine di allegati, ma anche nel testo dell'articolo - tutti i documenti della decisione di bilancio e le modalità di rappresentazione e descrizione dettagliata non solo dei dati contabili ma di tutte le scelte finanziarie e delle ragioni che le hanno determinate, degli obiettivi da conseguire, dei risultati attesi (finanche degli indicatori di efficacia, efficienza ed economicità, sulla base dei quali valutare i risultati della gestione). Così, nei richiamati decreti delegati trovano disciplina non solo il bilancio di previsione finanziaria (programmatorio, autorizzativo, gestionale), che diviene triennale; ma anche il documento unico di programmazione (DUP), quale momento iniziale di discussione e definizione della decisione di bilancio; ma anche del piano esecutivo di gestione, del rendiconto, dei diversi documenti da allegare ai fini (della valutazione) della programmazione finanziaria e della rendicontazione. Quindi, la questione controversa non sta nel fatto che agli enti locali deve essere riconosciuto un potere normativo di definizione e di disciplina di strumenti ulteriori (rispetto a quelli già disciplinati dal legislatore statale) per la rappresentazione e descrizione dei programmi e dei progetti da realizzare; ma nella circostanza che lo Stato ha stabilito una normazione tanto dettagliata da esaurire ogni possibile spazio di autonomia contabile degli enti territoriali: così esponendo a compromissione, come detto, sia i principi di cui all'art. 118 Cost. sia gli spazi autonomistici previsti in Costituzione.

¹⁶¹² Sul punto specifico, non è condivisibile il passaggio motivativo in cui la Corte, al fine di giustificare il riconoscimento alla regione di potestà legislativa con riferimento alla disciplina della struttura del bilancio di previsione e degli altri documenti contabili in cui trovano espressione le decisioni finanziarie, osserva che «la specificazione delle procedure e dei progetti in cui prende corpo l'attuazione del programma, che ha concorso a far ottenere l'investitura democratica, e le modalità di rendicontazione di quanto realizzato costituiscono competenza legislativa di contenuto diverso dall'armonizzazione dei bilanci. Quest'ultima, semmai, rappresenta il limite esterno – quando è in gioco la tutela di interessi finanziari generali – alla potestà regionale di esprimere le richiamate particolarità». In proposito, si è già detto (vedi ampiamente *sub* 2) come l'armonizzazione dei bilanci pubblici riguardi proprio la struttura dei documenti di bilancio (a carattere programmatico e rendicontativo), sia pure limitatamente agli aspetti generali di disciplina.

¹⁶¹³ R. TOSI, *Il neocentralismo della Corte costituzionale*, cit., p. 620, rileva che «indispensabile base di partenza» del sindacato della Corte costituzionale è costituita dalla «definizione del fondamento della competenza statale e della sua misura»; osservando, tra l'altro, che «un buon sindacato avrebbe dovuto tipizzare e corredare di adeguati test di giudizio» la «pluralità delle competenze nominate dello Stato».

¹⁶¹⁴ È la stessa Corte a rilevare come «le censure mosse alla legge regionale in esame debbano essere valutate non in astratto, ma in riferimento ad una concreta collisione con i precetti ricavabili direttamente dalle norme

E, tuttavia, la riportata elaborazione giurisprudenziale riesce a presentare sicura rilevanza – considerato il contesto ordinamentale che si andava consolidando (come detto, a forte ispirazione centralistica) – nella parte in cui riconosce che la «armonizzazione dei bilanci pubblici» non assorbe l'intera disciplina del sistema contabile delle regioni, il quale, pur interessato dalla combinazione di disposizioni riferibili a materie e valori costituzionali diversi¹⁶¹⁵, riconducibili al potere legislativo statale (ma non solo), non può ritenersi «totalmente sottratto ad un'autonoma regolazione» da parte del legislatore regionale». Una conclusione che, in verità, è un elemento ricostruttivo per la valutazione (e la soluzione) delle questioni controverse.

Può sembrare poco (e, in effetti, lo è); sta di fatto che anche le timide aperture riportate hanno trovato ridimensionamento (nelle prospettive evolutive) nella stessa giurisprudenza costituzionale, sia nei profili generali sia nella verifica concreta delle specifiche fattispecie di disciplina venute in rilievo.

Con riferimento agli aspetti di ordine generale, Corte cost. n. 80/2017¹⁶¹⁶, dopo aver rilevato che «senza l'uniformità dei linguaggi assicurata dall'armonizzazione dei conti pubblici a livello nazionale non sarebbe possibile alcun consolidamento della finanza pubblica allargata, il quale – essendo una sommatoria dei singoli bilanci delle amministrazioni pubbliche – non può che avvenire in un contesto espressivo assolutamente omogeneo», ha precisato che «l'omogeneità dell'espressione finanziaria e contabile deve ricomprendere non solo gli schemi ed i modelli aggreganti ma anche la rappresentazione

costituzionali in materia finanziaria o da specifiche norme interposte come quelle contenute nel d.lgs. n. 118 del 2011».

¹⁶¹⁵ Come detto, oltre alla armonizzazione dei bilanci pubblici, il coordinamento della finanza pubblica, il concorso degli enti territoriali alla osservanza dei vincoli economici e finanziari derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea, e, più in generale, l'equilibrio di bilancio e il buon andamento della pubblica amministrazione, e, più in generale ancora, la tutela dell'unità economica.

¹⁶¹⁶ La giurisprudenza citata è chiamata a pronunciarsi (come detto) sulla dubbia legittimità costituzionale delle disposizioni stabilite dal legislatore della Provincia autonoma di Bolzano, il quale – con legge prov. aut. Bolzano 22 dicembre 2015, n. 17 – aveva disciplinato l'ordinamento finanziario e contabile dei comuni e degli enti comprensoriali (a differenza di Corte cost. n. 184/2016, che era stata adita in relazione alla dubbia costituzionalità delle disposizioni stabilite dal legislatore regionale toscano in materia di contabilità). Deve pur essere rilevato che la richiamata legge prov. aut. Bolzano n. 17/2015, successivamente alla proposizione del ricorso (e prima della sentenza), è stata abrogata da legge prov. aut. Bolzano 12 dicembre 2016, n. 25. Ai fini del presente lavoro riveste sicuramente carattere recessivo la questione relativa alla valenza giuridica delle intese intercorse tra Stato e autonomie speciali, le quali, secondo la Corte, «servono a determinare nel loro complesso punti controversi o indefiniti delle relazioni finanziarie tra Stato e Regioni, sia ai fini del raggiungimento degli obiettivi di finanza pubblica nel rispetto dei vincoli europei, sia al fine di evitare che il necessario concorso delle Regioni comprima oltre i limiti consentiti l'autonomia finanziaria ad esse spettante. Ciò anche modulando le regole di evoluzione dei flussi finanziari dei singoli enti, in relazione alla diversità delle situazioni esistenti nelle varie realtà territoriali». Allo stesso modo, non può trovare lo sviluppo che meriterebbe la posizione conclusiva – del tutto condivisibile – della Corte che ritiene applicabili le disposizioni di armonizzazione dei bilanci pubblici (di cui al d.lgs. n. 118/2011) anche alle autonomie speciali: sul punto specifico, vedi L. Sambucci, *Contabilità degli enti territoriali ed istituzionali*, cit., già nella edizione del 2011 (meno convincenti sono gli elementi ricostruttivi richiamati dalla stessa Corte esaminata (quali, ad esempio, l'elaborazione della giurisprudenza costituzionale in relazione alla questione dei nuovi controlli attribuiti alla Corte dei conti ai sensi degli artt. 1 e 3 d.l. 10 ottobre 2012, n. 174, convertito, con modificazioni, in legge 7 dicembre 2012, n. 213; vedi, in particolare, Corte cost. 10 marzo 2014, n. 40).

uniforme dei fenomeni giuridici ed economici sottesi alla struttura matematica dei bilanci. Così, ad esempio, deve essere uniforme la disciplina dei residui attivi e passivi perché i crediti e i debiti delle amministrazioni pubbliche devono possedere lo stesso comun denominatore a prescindere dal livello di autonomia di cui sono dotate le amministrazioni stesse. Analogamente va detto per il riconoscimento dei debiti fuori bilancio, la cui “tipicità” è connotato essenziale per l’inclusione nelle scritture contabili degli enti territoriali». Dalle posizioni della la giurisprudenza costituzionale vengono in rilievo due dati: da un lato, risulta evidente lo sforzo di ampliare lo spazio di necessità della omogeneità, e, quindi, l’ambito di operatività della armonizzazione dei bilanci pubblici, e, quindi, l’estensione del potere legislativo nell’ambito della contabilità degli enti territoriali. Il secondo elemento (che è funzionale al primo) riguarda il richiamo di due istituti tipici del sistema contabile degli enti territoriali: la gestione (la «disciplina») dei residui (attivi e passivi); ed il riconoscimento dei debiti fuori bilancio. I quali (istituti), tuttavia, riescono a presentare una pertinenza solo marginale rispetto alla armonizzazione dei bilanci pubblici: infatti, ad esempio, le problematiche connesse ai residui non attengono alla loro traduzione finanziaria, e, cioè, alla (alle modalità della) loro rappresentazione nei documenti contabili, ma alla corretta valutazione della loro consistenza, e, quindi, del loro effettivo impatto finanziario¹⁶¹⁷. E lo stesso deve dirsi con riferimento al riconoscimento dei debiti fuori bilancio, i quali, per definizione, sono tali proprio perché determinati da obbligazioni assunte al di fuori delle previsioni e dei limiti di bilancio, e potranno essere poste a carico dell’ente solo in seguito al riconoscimento della loro legittimità (sussistendone i presupposti di legge): in ogni caso, si tratta di istituto che attiene ad aspetti di ordine gestionale¹⁶¹⁸. In entrambi i casi vengono

¹⁶¹⁷ L’esigenza è quella di stabilire disposizioni generali di disciplina che impediscano, ad esempio, la sopravvalutazione dei residui attivi (e, quindi, dei crediti dell’amministrazione) ovvero anche la loro prolungata considerazione ai fini della definizione della programmazione finanziaria e della decisione di bilancio; e la sottovalutazione dei residui attivi (e, quindi, dei debiti). Si tratta, peraltro, di elementi finanziari molto rilevanti ai fini dell’equilibrio di bilancio. Tuttavia, le suddette esigenze – ovviamente del tutto condivisibili – non riguardano l’omogeneità dei linguaggi contabili (e, quindi, non attengono alla armonizzazione dei bilanci pubblici), ma l’applicazione distorta dei principi contabili e della relativa disciplina normativa da parte delle diverse amministrazioni pubbliche: i disfunzionamenti non dipendono dalla diversità delle norme (dalla “diversità dei linguaggi contabili”) ma dalle modalità di applicazione delle norme stesse. Proprio in funzione della corretta valutazione dei residui attivi e passivi, il d.lgs. n. 126/2014 ha introdotto una disciplina estremamente rigorosa, la quale si è spinta fino a disporre (all’art. 60, comma terzo, d.lgs. n. 118/2011) il superamento, solo con riferimento alle regioni, del tradizionale istituto della perenzione contabile, che, come noto, comporta la cancellazione (contabile) dei residui passivi.

¹⁶¹⁸ Nel corso dell’esercizio finanziario possono presentarsi esigenze indifferibili, alle quali l’amministrazione pubblica deve necessariamente fare fronte, indipendentemente dalle previsioni di bilancio: in tali casi, l’ente deve assumere obbligazioni al di fuori delle previsioni di bilancio, con conseguente determinazione dei cosiddetti debiti fuori bilancio, i quali, in via di principio, non potrebbero essere assolti (pagati) a carico dell’ente interessato. L’ordinamento contabile si è fatto carico di disciplinare tali situazioni negli enti locali (vedi art. 194 d.lgs. n. 267/2000), con lo scopo di ricondurre le singole situazioni nell’ambito della fisiologia finanziaria, individuando, quale principio di ordine generale, la possibilità che i suddetti debiti possano essere riconosciuti – sussistendo le condizioni stabilite dal legislatore - dallo stesso ente che ha beneficiato della prestazione (sempre che ne abbia effettivamente beneficiato), ed alla condizione imprescindibile che sussista la copertura finanziaria: con la conseguenza, peraltro, che l’istituto che è insuscettibile di impattare negativamente sull’equilibrio di bilancio. Più in generale, l’esigenza di cui l’ordinamento contabile vuole (deve) farsi carico è quella di limitare tali situazioni ai soli casi di effettiva necessità per l’ente (in via generale,

in rilievo profili di disciplina riconducibili (non alla armonizzazione dei bilanci, ma) al coordinamento della finanza pubblica: l'esigenza di omogeneità manifestata dall'ordinamento contabile riguarda le modalità di determinazione, di valutazione, di gestione dei residui e dei debiti fuori bilancio. Ora, per quanto detto (anche dalla giurisprudenza costituzionale), la circostanza che un istituto contabile sia riconducibile alla «armonizzazione dei bilanci pubblici» o al «coordinamento della finanza pubblica» non è certo indifferente ai fini che qui rilevano: infatti, come noto, nel secondo caso, il potere legislativo dello Stato è limitato alla determinazione dei principi fondamentali. Ne consegue che, nella fattispecie esaminata, ai fini della verifica di legittimità costituzionale, rimangono insufficienti i rilievi secondo cui armonizzazione dei bilanci pubblici e coordinamento finanziario siano volti (la prima) a rendere omogenei (in funzione delle diverse finalità già evidenziate) le informazioni ed i dati finanziari riportati nei documenti contabili e (il secondo) i diversi istituti del sistema contabile degli enti territoriali, e che il sistema contabile comprende disposizioni riconducibili ad entrambe le suddette materie; è necessario, invece, che sia accertato l'ambito materiale cui la singola disposizione interposta faccia riferimento, e, ove si tratti di coordinamento della finanza pubblica, è necessario anche verificare che la norma di riferimento riesca ad avere valenza di principio fondamentale ovvero portata generale¹⁶¹⁹, perché solo in tale ultimo caso la sua violazione, da parte del legislatore regionale (con la deliberazione di una prescrizione contrastante ovvero derogatoria) potrà essere suscettibile di determinare la violazione del parametro costituzionale (di cui all'art. 117, comma secondo, lett. e, Cost.) evocato dallo Stato, con invasione da parte della regione di spazi di competenza legislativa riservati alla legiferazione dello Stato.

Si tratta di profili che non vengono approfonditi dalla Corte esaminata: l'equivoco di fondo in cui incorre la giurisprudenza costituzionale è quello di collegare il carattere polifunzionale della armonizzazione dei bilanci pubblici alla estensione del potere legislativo statale¹⁶²⁰, in tal modo trasformando il coordinamento della finanza pubblica in materia a

quando l'intervento si rende inevitabile al fine di evitare che l'ente ovvero anche la comunità rappresentata subisca un pregiudizio). Il d.lgs. n. 126/2014 ha introdotto una specifica disciplina per il riconoscimento di legittimità dei debiti fuori bilancio anche per le regioni (vedi art. 73 d.lgs. n. 118/2011); in precedenza il legislatore statale, come accennato, aveva regolato unicamente il riconoscimento dei debiti fuori bilancio degli enti locali. Ora, è ben chiaro come evidenti esigenze di coordinamento della finanza pubblica rendano necessaria una disciplina omogenea a tutti i diversi livelli istituzionali dei debiti fuori bilancio, che rende più rigoroso e stringente il riconoscimento di legittimità dei debiti fuori bilancio, anche in funzione (non solo delle esigenze di coordinamento finanziario) del rinforzo degli strumenti di programmazione finanziaria e della trasparenza della gestione. È altrettanto evidente come, sul punto specifico, la competenza del legislatore statale sia "limitata" alla definizione dei principi fondamentali.

¹⁶¹⁹ La suddetta verifica è importante perché, come visto, con riferimento alla armonizzazione dei bilanci pubblici, il potere legislativo statale è più ampio, in quanto si tratta di materia attribuita alla legislazione esclusiva dello Stato. Sul punto specifico, è stato pur rilevato (vedi *sub* 2) che la competenza esclusiva dello Stato nella suddetta materia non autorizza il legislatore statale a stabilire discipline minuziose e di dettaglio dei diversi ambiti materiali e dei diversi istituti della contabilità degli enti territoriali (i quali devono ritenersi dotati di autonomia contabile).

¹⁶²⁰ Rileva la giurisprudenza in esame che «il carattere polifunzionale dell'armonizzazione dei conti pubblici è stato messo in luce da questa Corte: l'armonizzazione, in "un ambito finanziario astrattamente riferibile a più interessi costituzionali protetti, trova la sua ragione nella disciplina di specifiche prerogative dell'ente territoriale e nella "omogeneizzazione" di dette prerogative attraverso modalità di "espressione contabile"»

legislazione esclusiva dello Stato ovvero, comunque, trasformando la materia «armonizzazione dei bilanci pubblici» in “armonizzazione dei sistemi contabili”: una impostazione che, per quanto detto *sub* 2, rimane esclusa dal dato costituzionale (la cui formula letterale ha resistito anche alla “manomissione” disposta dall’art. 4 legge cost. n. 1/2012)¹⁶²¹, e che, in definitiva, differisce da quella dello Stato solo per il fatto di ritenere che «il sistema contabile regionale non è stato totalmente sottratto ad un’autonoma regolazione», così rivelando una potenzialità compressiva degli spazi delle autonomie solo apparentemente più moderata dell’approccio statale¹⁶²².

le quali devono essere compatibili con le regole indefettibili poste a tutela della finanza pubblica, in attuazione di una pluralità di precetti costituzionali». L’impostazione “estensiva” della giurisprudenza costituzionale trova riscontro nelle formule testuali utilizzate, le quali non coincidono con quelle formulate dal legislatore costituzionale: la Corte, ad esempio, come visto, si esprime in termini di «armonizzazione dei conti pubblici», che è una formula che non si rinviene in Costituzione (e neppure nella legge cost. n. 1/2012), che indica uno spazio di operatività non solo non coincidente ma estraneo a quello riconducibile alla «armonizzazione dei bilanci pubblici», la quale, come precisato dalla stessa giurisprudenza, riguarda il linguaggio con cui viene espresso il dato finanziario, mentre la locuzione «conti pubblici» indica proprio il parametro strettamente finanziario, che attiene alla stabilità della finanza pubblica e al contenimento delle spese: elementi che non dipendono (ovvero non sono determinati) dalle formule contabili (dal linguaggio contabile) ma dalla disciplina degli istituti finanziari e contabili, e, quindi, in quanto tali, riconducibili al coordinamento della finanza pubblica.

¹⁶²¹ È facile rilevare (ribadire), infatti, da un lato, che il citato legislatore costituzionale ha reso (più) netta ed incontrovertibile la distinzione tra armonizzazione dei bilanci pubblici e coordinamento della finanza pubblica, annoverando solo la prima tra le materie a legislazione esclusiva statale; e, da altro lato, che, ove il suddetto legislatore, avesse inteso ampliare lo spazio di operatività della materia armonizzativa – estendendolo all’intera contabilità degli enti territoriali – non ne avrebbe “solo” spostato la “posizione” ma (ovvero, soprattutto) ne avrebbe anche modificato la formula testuale (in una meno esposta ad incertezze interpretative).

¹⁶²² Mentre lo Stato ritiene che la armonizzazione dei bilanci pubblici riguarda (ed esaurisce) la disciplina dell’intera contabilità degli enti territoriali, e, pertanto, regioni ed enti locali devono attenersi rigorosamente alle prescrizioni legislative statali; la giurisprudenza costituzionale, dall’esame combinato delle riportate statuizioni, mostra di ritenere che la competenza legislativa dello Stato (nella suddetta materia), pur essendo estesa al sistema contabile delle regioni, non esaurirebbe del tutto la disciplina della contabilità, residuando marginali spazi di intervento normativo al legislatore regionale: ciò, tuttavia, senza indicare neppure i criteri per la delimitazione di siffatti spazi (sono già stati rilevati elementi di criticità in ordine alle osservazioni giurisprudenziali riferite ai profili funzionali del bilancio). Una impostazione che non è condivisibile, non solo perché scarsamente coerente con la sensibilità manifestata (dalla stessa citata giurisprudenza) per le “ragioni” delle autonomie e con la valorizzazione dei profili funzionali del bilancio, della decisione di bilancio, quale momento alto (di garanzia) della democrazia rappresentativa (“nell’ambito della quale deve essere assicurata ai membri della collettività la cognizione delle modalità con le quali le risorse vengono prelevate, chieste in prestito, destinate, autorizzate in bilancio ed infine spese”), e, quindi, delle ragioni che giustificano (che rendono imprescindibile) il riconoscimento di autonomia contabile agli enti territoriali. Ma, soprattutto, perché viene rovesciato il sistema che si ricava dalla corretta combinazione dei diversi interessi costituzionali coinvolti: si passa da una situazione in cui le regioni sono titolari di autonomia contabile (quale profilo autonomistico imprescindibile al fine di dare sostanza all’autonomia finanziaria, all’autonomia organizzativa, e, più in generale, alla stessa autonomia politica, degli enti territoriali), e, quindi, di potere legislativo negli ambiti di disciplina della contabilità, che incontra limite (in estrema sintesi) nei principi costituzionali, nelle disposizioni di armonizzazione e nei principi generali del coordinamento finanziario (una impostazione, peraltro, enunciata dalla stessa Corte costituzionale: l’autonomia della regione in questo settore normativo trova il suo limite esterno nelle disposizioni poste dallo Stato nell’ambito della salvaguardia degli interessi finanziari riconducibili ai parametri precedentemente richiamati) ed «è, tuttavia, intrinsecamente soggetta a limitazioni necessarie a consentire il soddisfacimento contestuale di una pluralità di interessi costituzionalmente rilevanti»); ad una situazione (prefigurata dalla stessa giurisprudenza

Ovviamente, la riportata impostazione ha influenzato la decisione della Corte in relazione alle singole disposizioni (ed ai singoli istituti contabili) denunciate dallo Stato, le quali, in massima parte¹⁶²³, sono rimaste travolte dalla declaratoria di illegittimità costituzionale perché violative del principio di cui all'art. 117, comma secondo, lett. e), Cost. – che, come visto, riserva alla legislazione statale la armonizzazione dei bilanci pubblici – in quanto contrastanti con le norme di cui al d.lgs. n. 118/2011.

3.4. Le statuizioni additive della Corte costituzionale – Così, tra l'altro, Corte cost. n. 80/2017 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2 legge prov. aut. Bolzano n. 17/2015, «nella parte in cui non prevede che il sistema contabile e lo schema di bilancio degli enti locali provinciali e dei loro enti ed organismi strumentali sono disciplinati dal d.lgs. n. 118 del 2011 e nella parte in cui non prevede che al legislatore provinciale rimane attribuita una competenza normativa che non sia in contrasto con le disposizioni della

costituzionale) in cui le esigenze di armonizzazione dei bilanci pubblici e di coordinamento della finanza pubblica (e altri valori costituzionali, quali l'equilibrio di bilancio, il buon andamento della pubblica amministrazione, l'unità economica) concentrano nello Stato il potere legislativo in tutti gli ambiti materiali della contabilità pubblica, e, per quanto qui rileva, della contabilità degli enti territoriali, con riconoscimento di uno spazio di disciplina minimo – e, comunque, incerto, indefinito – in favore delle regioni e degli enti locali.

¹⁶²³ Quasi tutte le disposizioni denunciate sono state dichiarate costituzionalmente illegittime (soprattutto da Corte cost. n. 80/2017), ad eccezione di poche delle fattispecie rilevate la cui infondatezza (e, in alcuni casi, l'inconferenza) non lasciavano spazi alla “supplenza” giurisprudenziale. Addirittura, ad esempio, lo Stato si è spinto fino a dubitare della legittimità costituzionale di una norma del legislatore toscano che (rinviando ad una disposizione statutaria) fissa a tre mesi la durata massima dell'esercizio provvisorio del bilancio, in (preteso) contrasto con analoga disposizione del d.lgs. n. 118/2011 (art. 43, comma secondo) che stabilisce in quattro mesi la suddetta durata massima. Ora, forse, si (la Presidenza del Consiglio dei ministri) poteva evitare di adire la Corte costituzionale per farsi spiegare come «la disposizione regionale richiamata sia addirittura più rigorosa di quella statale. Essendo l'autorizzazione all'esercizio provvisorio un'ipotesi eccezionale collegata ad eventi straordinari e comunque non fisiologici, è chiaro che il maggior rigore dello statuto regionale rende la disposizione impugnata conforme al canone costituzionale». E, comunque, vista l'obiezione, la Corte avrebbe potuto esplicitare (ciò che è implicito nel *dictum* giurisprudenziale) che il richiamato parametro interposto e la disposizione regionale denunciata andavano valutati alla luce dello specifico principio espresso in Costituzione fin dalla formulazione originaria dell'art. 81 (comma secondo; oggi, in esito alla riforma del 2012, art. 81, comma quinto, Cost.), i cui postulati, come anche noto – pur se, nello specifico, sono riferiti allo Stato – valgono a tutti i livelli istituzionali. Ciò posto, deve anche essere rilevato che, ad esempio, proprio con riguardo all'esercizio provvisorio del bilancio – che è istituto di natura gestionale (e, quindi, non è riconducibile alla armonizzazione dei bilanci pubblici): nel senso che, come noto, precisa che cosa accade quando non viene approvato nei termini il bilancio di previsione e quali sono i limiti entro i quali deve avvenire la gestione nella suddetta ipotesi - si rilevano elementi di significativa disomogeneità tra la disciplina prevista per lo Stato e le regioni e quella stabilita per gli enti locali, rispetto ai quali ultimi il legislatore statale (art. 163 d.lgs. n. 267/2000) fissa una normazione molto dettagliata, che (tacendo il resto) sembrerebbe escludere che l'ente locale – ente autonomo per definizione costituzionale – possa autonomamente deliberare l'esercizio provvisorio del bilancio: dalla qual cosa deriverebbe che il principio richiamato (di cui all'art. 81, comma quinto, Cost.) varrebbe per tutti tranne che per gli enti locali. La questione richiede separato approfondimento, pur ritenendo di dover rilevare già adesso come, nel caso in cui non fosse esercitata dallo Stato la possibilità (prevista all'art. 152 d.lgs. n. 267/2000) di differimento del termine di approvazione del bilancio degli enti locali, a questi ultimi non possa essere negata (ai sensi del citato art. 81, comma quinto) la facoltà di deliberare (di decidere autonomamente, ricorrendone i presupposti di legge e con le necessarie limitazioni gestionali) l'esercizio provvisorio del bilancio.

armonizzazione, del coordinamento nazionale della finanza pubblica, del rispetto dei vincoli europei e della salvaguardia degli equilibri di bilancio»¹⁶²⁴. È la stessa Corte citata a precisare che la suddetta declaratoria di incostituzionalità è fondata «in relazione all'art. 1 d.lgs. n. 118/2011, come modificato dal d.lgs. n. 126/2014», in accoglimento di quanto rilevato impugnativamente dallo Stato¹⁶²⁵. La statuizione e l'impostazione sopra riportate non sono condivisibili, soprattutto in relazione alla individuazione del parametro normativo interposto. In effetti, se si considera che il richiamato art. 2 della legge territoriale impugnata dispone testualmente che «l'ordinamento finanziario e contabile degli enti locali è disciplinato dalle disposizioni della presente legge»¹⁶²⁶, rimane difficilmente confutabile la constatazione della erroneità del norma interposta (indicata dallo Stato e richiamata dalla Corte). Infatti, all'art. 1, comma primo, d.lgs. n. 118/2011 si stabilisce (come, peraltro, riportato dalla stessa Corte) che «ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione, il presente titolo e il titolo III disciplinano l'armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle regioni, ad eccezione dei casi in cui il titolo II disponga diversamente, con particolare riferimento alla fattispecie di cui all'art. 19, comma 2, lettera b), degli enti locali di cui all'art. 2 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e dei loro enti e organismi strumentali, esclusi gli enti di cui al titolo II del presente decreto»¹⁶²⁷. Risulta evidente come la disposizione legislativa ora riportata riguardi esclusivamente la contabilità delle regioni ed escluda espressamente gli enti locali («ad eccezione ... degli enti locali di cui all'art. 2 d.lgs. n. 267/2000»); così come è incontestabile che la norma impugnata (art. 2 legge prov. aut. Bolzano n. 17/2015) disciplini l'ordinamento finanziario e contabile proprio degli enti locali (della provincia di Bolzano). Ne deriva che la disposizione di cui all'art. 1 d.lgs. n. 118/2011 non poteva essere ritenuta norma

¹⁶²⁴ Nella parte dispositiva (della sentenza richiamata), l'illegittimità costituzionale del citato art. 2 della legge impugnata viene espressa in termini testuali parzialmente diversi: «nella parte in cui non prevede che l'ordinamento finanziario e contabile degli enti locali provinciali e dei loro enti ed organismi strumentali è disciplinato dal d.lgs. 23 giugno 2011, n. 118 (Disposizioni in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle Regioni, degli enti locali e dei loro organismi, a norma degli artt. 1 e 2 legge 5 maggio 2009, n. 42) e nella parte in cui non prevede che al legislatore provinciale rimane attribuita una competenza normativa che non sia in contrasto con le disposizioni della armonizzazione, del coordinamento nazionale della finanza pubblica, del rispetto dei vincoli europei e della salvaguardia degli equilibri di bilancio».

¹⁶²⁵ La difesa erariale, infatti, aveva rilevato impugnativamente che la disposizione denunciata (secondo quanto riportato da Corte cost. n. 80/2017 nel «ritenuto in fatto») «individuerebbe un perimetro "normativo" non coincidente con quello indicato dall'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 118 del 2011, atteso che la disciplina statale si applica anche agli organismi ed agli enti strumentali individuati dal successivo comma 2; essa, inoltre non contempla, quale disciplina prevalente su quella regionale, quella recata dal d.lgs. n. 118 del 2011 e le norme presupposte e successive, necessarie per assicurare unitarietà e uniformità».

¹⁶²⁶ E se si considera: che la legge territoriale denunciata si intitolava «ordinamento finanziario e contabile dei comuni e delle comunità comprensoriali»; e che, all'art. 1, comma secondo, si stabiliva che «le disposizioni della presente legge riformano il sistema della contabilità degli enti locali mediante interventi volti a perseguire l'armonizzazione dei principi stabiliti dal decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118, e successive modifiche». Quindi, si tratta di provvedimento legislativo che disciplina l'ordinamento finanziario e contabile degli enti locali della provincia di Bolzano, e non riguarda la contabilità della regione; e nel quale, comunque, trovano recepimento le disposizioni introdotte dal d.lgs. n. 118/2011.

¹⁶²⁷ All'ultimo periodo della richiamata disposizione di legge, è precisato che «a decorrere dal 1° gennaio 2015 cessano di avere efficacia le disposizioni legislative regionali incompatibili con il presente decreto».

interposta, in relazione al parametro di cui all'art. 117, comma secondo, lett. e), Cost., con riferimento alla denunciata prescrizione del legislatore territoriale: la quale, quindi, non poteva essere ritenuta contrastante con una disposizione regolativa di profili di disciplina diversi, con conseguente impossibilità di essere violativa del parametro costituzionale evocato¹⁶²⁸.

Ciò posto, che avrebbe dovuto indurre nel senso della inammissibilità del ricorso per erronea individuazione del parametro normativo interposto¹⁶²⁹; si tratta, ora, di valutare, per le finalità che ci si propone con il presente lavoro, se la disposizione denunciata fosse effettivamente violativa dell'art. 117, comma secondo, lett. e), Cost. ovvero se fosse invasiva della competenza legislativa riservata in via esclusiva allo Stato in materia di «armonizzazione dei bilanci pubblici», in relazione ai profili omissivi indicati dalla Corte in esame (anche) nelle statuizioni dispositive conclusive. A tal proposito, vengono in rilievo le osservazioni (già ampiamente sviluppate) rilevative del fatto che il dato costituzionale evocato circoscrive il potere legislativo esclusivo statale alla «armonizzazione dei bilanci», la quale (per le ragioni dette) è insuscettibile di essere estesa alla disciplina dei «sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle regioni e degli enti locali e dei loro organismi». Peraltro, se questo vale in generale, nel caso specifico sopravvivono ulteriori elementi di considerazione, riconducibili alla speciale autonomia riconosciuta alla Provincia di Bolzano, la quale si traduce in specifiche disposizioni legislative che hanno rilevanza diretta sulle questioni qui rilevanti. In particolare, deve essere rilevato che all'art. 56, comma primo, legge reg. Trentino Alto Adige 22 dicembre 2004, n. 7 si stabilisce che «l'armonizzazione dei bilanci e il coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario, in coerenza con la finanza locale e con le politiche di finanza provinciale, sono disciplinati con leggi provinciali». Inoltre, all'art. 10 legge reg. Trentino Alto Adige 3 agosto 2015, n. 22 si dispone che «per le finalità di coordinamento della finanza pubblica del sistema territoriale regionale previste dall'art. 79 dello Statuto di autonomia e per coordinare l'ordinamento contabile con l'ordinamento finanziario provinciale, con particolare riferimento alla finanza locale e ai tributi locali, le province provvedono a disciplinare l'armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio degli enti locali, dei loro enti ed organismi strumentali, nel rispetto

¹⁶²⁸ Eventualmente, il parametro interposto andava ricercato nelle disposizioni di cui al d.lgs. n. 267/2000, il quale, come detto, disciplina (nella parte seconda) l'ordinamento finanziario e contabile degli enti locali, sempre che quelle disposizioni fossero riconducibili, ai fini dell'evocazione del principio di cui all'art. 117, comma secondo, lett. e), Cost., alla materia «armonizzazione dei bilanci pubblici» (o anche ai principi fondamentali del coordinamento della finanza pubblica). A tal proposito, è utile ricordare che all'art. 150 d.lgs. n. 267/2000 è disposto che «l'ordinamento finanziario e contabile degli enti locali è riservato alla legge dello Stato e stabilito dalle disposizioni di principio del presente testo unico e del decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118». Ma si sarebbe trattato di un percorso non semplice perché si sarebbe dovuto fare i conti anche con il principio di cui all'art. 1, comma secondo, d.lgs. n. 267/2000, ove si stabilisce che «le disposizioni del presente testo unico non si applicano alle regioni a statuto speciale e alle province autonome di Trento e di Bolzano se incompatibili con le attribuzioni previste dagli statuti e dalle relative norme di attuazione».

¹⁶²⁹ Anche in considerazione della circostanza che – dal «ritenuto in fatto» di Corte cost. n. 80/2017 – non risultano essere stati sviluppati dallo Stato ulteriori profili impugnativi (oltre quello già riportato: vedi, in particolare, *sub* 3.1).

di quanto previsto dal comma 4-*octies* del medesimo art. 79¹⁶³⁰. Dal quadro di diritto positivo così definito (peraltro, rafforzativo del postulato indicato), si possono ricavare alcuni elementi conclusivi: intanto, risulta evidente come, nel caso in esame, debba essere la Provincia di Bolzano a disciplinare, con propria legge, l'armonizzazione dei bilanci degli enti locali esistenti sul territorio provinciale, ovviamente con recepimento delle disposizioni di armonizzazione e dei principi generali di coordinamento finanziario contenuti nel d.lgs. n. 118/2011 (e introdotti dal d.lgs. n. 126/2014)¹⁶³¹. Inoltre, e in conseguenza, può ritenersi che correttamente il legislatore territoriale denunciato ha ommesso di prevedere che «il sistema contabile e lo schema di bilancio degli enti locali provinciali e dei loro enti ed organismi strumentali sono disciplinati dal d.lgs. n. 118 del 2011»: non solo perché, come visto, il dato costituzionale non autorizza a ritenere che il legislatore statale sia competente a disciplinare il sistema contabile degli enti territoriali; ma (anche) perché il d.lgs. n. 118/2011 – come ha avuto modo di constatare la stessa giurisprudenza costituzionale esaminata – contiene disposizioni esorbitanti (anche) rispetto alla armonizzazione dei bilanci pubblici ed al (ai principi fondamentali di) coordinamento della finanza pubblica: e, quindi, disposizioni che l'ente territoriale non è tenuto a recepire. Infine, perché l'addizione indicata dalla Corte risulta incompatibile con il disposto normativo denunciato (che resiste allo scrutinio di costituzionalità¹⁶³²): infatti, la locuzione «sistema contabile»¹⁶³³ indica uno

¹⁶³⁰ Inoltre, all'ultimo periodo del citato art. 10 legge reg. Trentino Alto Adige n. 22/2015 si stabilisce anche che «a decorrere dal 1° gennaio 2016, cessano comunque di avere efficacia le disposizioni legislative e regolamentari della Regione incompatibili con le disposizioni di cui al decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118».

¹⁶³¹ E nel rispetto di quanto stabilito nell'art. 79, comma quarto *octies* dello Statuto di autonomia della Regione Trentino Alto Adige, ove si stabilisce, tra l'altro, che «la regione e le province si obbligano a recepire con propria legge da emanare entro il 31 dicembre 2014, mediante rinvio formale recettizio, le disposizioni in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle regioni, degli enti locali e dei loro organismi, previste dal decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118». Deve, inoltre, essere rilevato che all'art. 79 dello Stato di autonomia della Regione Trentino Alto Adige sono contenute, tra l'altro, disposizioni che stabiliscono le modalità con cui la regione e le province autonome concorrono, «nel rispetto dell'equilibrio dei relativi bilanci ai sensi della legge 24 dicembre 2012, n. 243, al conseguimento degli obiettivi di finanza pubblica, di perequazione e di solidarietà e all'esercizio dei diritti e dei doveri dagli stessi derivanti, nonché all'osservanza dei vincoli economici e finanziari derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea»; e stabiliscono (ai commi quarto *bis* ss.) l'entità del concorso finanziario dei suddetti enti: «nei confronti della regione e delle province e degli enti appartenenti al sistema territoriale regionale integrato non sono applicabili disposizioni statali che prevedono obblighi, oneri, accantonamenti, riserve all'erario o concorsi comunque denominati, ivi inclusi quelli afferenti il patto di stabilità interno, diversi da quelli previsti dal presente titolo».

¹⁶³² È utile ricordare che l'art. 2 legge prov. aut. Bolzano n. 17/2015 (fatta oggetto dei rilievi di incostituzionalità) disponeva che «l'ordinamento finanziario e contabile degli enti locali è disciplinato dalle disposizioni della presente legge». Ora, tale disposizione non è stata dichiarata incostituzionale tout court, ma “solo” nella parte in cui non contiene le addizioni indicate da Corte cost. n. 80/2017 nel punto 1 del dispositivo. Ne consegue che la richiamata disposizione vede integrato il suo tenore testuale dalle addizioni prescritte dalla Corte.

¹⁶³³ Come visto, è stata la stessa giurisprudenza costituzionale ad evidenziare come il «sistema contabile» comprenda disposizioni che sono riferibili a diversi ambiti materiali, riconducibili alla armonizzazione dei bilanci, al coordinamento della finanza pubblica, alla tutela del principio di equilibrio dei bilanci e del principio di buon andamento della pubblica amministrazione (oltre che ad assicurare la protezione di altri interessi costituzionali di matrice finanziaria).

spazio di operatività più ampio rispetto a quello riferibile all'ordinamento finanziario e contabile, il quale, come noto, è limitato alla disciplina di principio¹⁶³⁴.

¹⁶³⁴ Il «sistema contabile», invece, indica il complesso della disciplina della contabilità (nel caso in esame, degli enti locali), e, quindi, descrive un «perimetro normativo» (per utilizzare le parole della Corte) comprensivo anche dei principi (e, quindi, delle disposizioni a carattere ordinamentale). Ne consegue che se il disposto della norma denunciata resiste (nella formula testuale) alla valutazione di costituzionalità (e, quindi, conserva la sua integrità linguistica), non può tollerare l'addizione indicata da Corte cost. n. 80/2017: infatti, una norma che disponga che l'ordinamento finanziario e contabile degli enti locali è disciplinato (nel caso in esame) dalla legge provinciale è incompatibile con una norma che richiami la legislazione statale per la disciplina del sistema contabile degli enti locali. Nel caso specifico, neppure vi può essere spazio per una disposizione secondo cui «l'ordinamento finanziario e contabile degli enti locali è disciplinato dalla presente legge, nel rispetto delle disposizioni di cui al d.lgs. n. 118/2011» (che sarebbe la migliore traduzione possibile della indicazione additiva espressa dalla Corte), perché, come ormai noto, il d.lgs. n. 118/2011 stabilisce una disciplina minuziosa della contabilità degli enti territoriali: con la conseguenza che la prima proposizione normativa rimarrebbe svuotata di ogni valenza. Peraltro, deve essere rilevato che, come detto, l'ordinamento degli enti locali è disciplinato dal (dalle disposizioni di principio del) d.lgs. n. 267/2000, al quale il d.lgs. n. 118/2011 (ma, in verità, il d.lgs. n. 126/2014) apporta una mole imponente di modificazioni (riportate in via prescrittiva nel titolo IV e descritte analiticamente nelle decine di allegati. Forse l'unica formula linguistica in grado di tenere conto delle diverse esigenze (tutte di rango costituzionale) poteva essere la seguente: «l'ordinamento finanziario e contabile degli enti locali è disciplinato dalla presente legge, nel rispetto delle disposizioni generali di armonizzazione dei bilanci pubblici e di coordinamento della finanza pubblica di cui al d.lgs. n. 118/2011». Ma la Corte costituzionale non dice questo (almeno nella prima indicazione additiva; mentre, come si dirà, un concetto di analoga portata normativa riesce ad essere rinvenuto nella seconda addizione disposta); anche a voler ritenere che la statuizione additiva in esame voglia limitare il rinvio per la disciplina dell'ordinamento finanziario e contabile degli enti locali (della Provincia di Bolzano) alle disposizioni di principio del d.lgs. n. 118/2011 (una lettura che, tuttavia, sembra essere esclusa dal fatto che il rinvio al suddetto decreto delegato viene formulato senza alcuna specificazione limitativa: «... è disciplinato dal d.lgs. 23 giugno 2011, n. 118»).

In verità, sembra di poter rilevare un ulteriore profilo di contraddizione. In effetti, all'esito della prescrizione additiva, risulterebbe una disposizione irragionevole: nella quale si dice una cosa – che «l'ordinamento finanziario e contabile degli enti locali è disciplinato dalle disposizioni della presente legge» - e contestualmente (nella stessa disposizione) si dice un'altra cosa - che «l'ordinamento finanziario e contabile degli enti locali ... è disciplinato dal d.lgs. 23 giugno 2011, n. 118» - incompatibile con la prima ovvero che svuota di ogni valenza la precedente proposizione normativa. Nel migliore adattamento possibile - che tenga conto del portato normativo della disposizione denunciata (che pure la Corte ha inteso «salvare») e del principio che la Corte ha inteso assicurare con l'addizione prescritta (l'osservanza delle disposizioni di cui al d.lgs. n. 118/2011, a tutela delle finalità ampiamente evidenziate) - la norma andrebbe tradotta nel senso che segue: l'ordinamento finanziario e contabile degli enti locali è disciplinato dalla presente legge in coerenza con le disposizioni di principio (o anche, meno bene, con le disposizioni) di cui al d.lgs. n. 118/2011 (ma, in verità, sarebbe, come detto, il d.lgs. n. 267/2000). Ma il tenore testuale della statuizione additiva in esame non sembra autorizzare tale lettura.

Nel caso in esame, rimane preclusa anche l'unica possibilità suscettibile di depurare le prescrizioni additive di Corte cost. n. 80/2017 dai rilevati profili di incompatibilità (e, comunque, di contraddittorietà), e, cioè, quella di ritenere che, nella sostanza, quella disposta dalla Corte possa essere qualificata come addizione a carattere sostitutivo: in sostanza, (rileggendo nel complesso le prescrizioni additive) la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 2 legge prov. aut. Bolzano n. 17/2015 nella parte in cui prevede che «l'ordinamento finanziario e contabile degli enti locali è disciplinato dalle disposizioni della presente legge» anziché prevedere che «l'ordinamento finanziario e contabile degli enti locali provinciali e dei loro enti ed organismi strumentali è disciplinato dal decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118 (Disposizioni in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle Regioni, degli enti locali e dei loro organismi, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 5 maggio 2009, n. 42)» e che «al legislatore provinciale rimane attribuita una competenza normativa che non sia in contrasto con le disposizioni della armonizzazione, del coordinamento nazionale della finanza pubblica, del rispetto dei vincoli europei e della salvaguardia degli equilibri di bilancio». Tuttavia, come detto, tale «lettura» (che pure sembra l'unica

Rimane da considerare l'altro profilo omissivo di cui all'addizione indicata dalla riportata statuizione della giurisprudenza costituzionale¹⁶³⁵, la quale, come visto, ha dichiarato l'incostituzionalità della disposizione impugnata «nella parte in cui non prevede che al legislatore provinciale rimane attribuita una competenza normativa che non sia in contrasto con le disposizioni della armonizzazione, del coordinamento nazionale della finanza pubblica, del rispetto dei vincoli europei e della salvaguardia degli equilibri di bilancio». In tal caso, l'intervento additivo, pur se riesce ad essere coerente (con qualche sistemazione linguistica¹⁶³⁶) con il dato costituzionale e funzionale alla protezione del complesso degli interessi costituzionali coinvolti, si espone a perplessità in quanto, da un lato, risulta difficilmente compatibile con la prima prescrizione additiva¹⁶³⁷; e, da altro lato, esprime un concetto giuridico¹⁶³⁸ più che una prescrizione normativa, insuscettibile di aggiungere utilità alla disciplina positivizzata nell'articolato del provvedimento legislativo impugnato, nella quale sono recepite le disposizioni armonizzative recate dal d.lgs. n. 118/2011¹⁶³⁹, più volte espressamente richiamato nei singoli articoli della legge prov. aut. Bolzano n. 17/2015; e, comunque, inidonea ad assicurare un maggior livello di protezione degli interessi costituzionali coinvolti¹⁶⁴⁰.

suscettibile di rendere armonica l'addizione giurisprudenziale) rimane del tutto esclusa dal tenore testuale delle prescrizioni additive enunciate dalla Corte e dalla circostanza che (sulla base della soluzione proposta) l'addizione non sostituirebbe un frammento della disposizione denunciata ma l'intera disposizione.

¹⁶³⁵ Vedi il punto 1) del dispositivo di Corte cost. n. 80/2017.

¹⁶³⁶ La formula linguistica a carattere onnicomprensivo (“disciplina dell’ordinamento”) disposta dal legislatore territoriale impugnato appare scarsamente coerente con il carattere residuale della competenza normativa riconosciuta allo stesso legislatore territoriale nella statuizione additiva («... al legislatore provinciale rimane attribuita una competenza normativa ...»).

¹⁶³⁷ In sostanza, la disposizione denunciata, all’esito della seconda addizione (indicata dalla Corte), stabilisce che il legislatore provinciale disciplina l’ordinamento finanziario e contabile nel rispetto delle disposizioni riconducibili ai valori richiamati nella stessa prescrizione additiva; e, tuttavia, la prima addizione (già intrinsecamente contraddittoria nei sensi visti) dispone che il legislatore territoriale deve attenersi alla disciplina dei sistemi contabili (e, quindi, anche dell’ordinamento finanziario e contabile) stabilita dal d.lgs. n. 118/2011.

¹⁶³⁸ In verità, esprime quasi un’opzione “politica” (politico-giuridica, ovviamente). Dovendosi aggiungere che la disposizione impugnata, all’esito della addizione prescritta dalla Corte, corrisponde, in sostanza, all’impostazione proposta con il presente lavoro: gli enti locali conservano l’autonomia contabile, la quale conosce limite nelle disposizioni di armonizzazione dei bilanci pubblici (riguardanti gli aspetti generali dei documenti di bilancio) e nei principi generali di coordinamento della finanza pubblica. Tuttavia, la suddetta impostazione, sintetizzata in termini di “residualità” nella riportata prescrizione additiva, ha trovato neutralizzazione ovvero, comunque, ridimensionamento nelle esaminate ricostruzioni motivative.

¹⁶³⁹ In osservanza delle (sopra riportate) prescrizioni di cui all’art. 56 legge reg. Trentino Alto Adige n. 22/2015, richiamato nel preambolo della legge denunciata, unitamente all’art. 10 legge reg. Trentino Alto Adige n. 7/2004. Si tratta di elementi a carattere constatativo – il ripetuto richiamo (nel testo dell’articolato) del d.lgs. n. 118/2011 e il richiamo (nel preambolo), delle disposizioni sopra citate (in particolare, dell’art. 56 legge reg. Trentino Alto Adige n. 22/2015) – che, da un lato, escludono di poter riconoscere all’art. 2 legge prov. aut. Bolzano n. 17/2015 valenza disapplicativa delle disposizioni dello stesso d.lgs. n. 118/2011; e, da altro lato, attestano come il provvedimento legislativo fosse ispirato alle esigenze di armonizzazione dei bilanci pubblici e di coordinamento della finanza pubblica.

¹⁶⁴⁰ Infatti, indipendentemente dalla riportata addizione giurisprudenziale, i valori costituzionali eventualmente esposti a compromissione potranno essere tutelati mediante denuncia, per illegittimità costituzionale, della singola disposizione ritenuta contrastante con altra disposizione del d.lgs. n. 118/2011,

L'impressione è che (soprattutto) sul punto specifico - visto che si parlava del potere di disciplina, da parte del legislatore territoriale, dell'ordinamento finanziario e contabile degli enti locali¹⁶⁴¹ - si sia persa un'occasione propizia per stabilire dei punti fermi, più nitidamente percepibili, nella definizione dei rapporti tra i diversi legislatori nella disciplina della contabilità degli enti territoriali, se si considera la difficile possibilità di coesistenza delle diverse posizioni espresse dalla giurisprudenza costituzionale: d'altra parte, come accennato, la stessa (seconda) addizione indicata da Corte cost. n. 80/2017 – condivisibile nel suo contenuto sostanziale – rimane neutralizzata ovvero fortemente ridimensionata nelle sue potenzialità di indirizzo dalle ricostruzioni e dai principi espressi in motivazione dalla Corte esaminata (volte, come visto, ad estendere il potere legislativo dello Stato alla disciplina del sistema contabile degli enti territoriali, pur facendo salvi spazi di competenza – rimasti indefiniti – in favore del legislatore regionale).

3.5. La Corte costituzionale e gli istituti della contabilità degli enti territoriali: scansione temporale e tempestività della decisione di bilancio - Elementi di sicuro interesse si rinvencono, inoltre, nelle posizioni espresse dalla Corte nella valutazione (di costituzionalità) dei diversi istituti contabili venuti in rilievo. In particolare, merita attenzione l'elaborazione di giurisprudenza costituzionale in relazione ai termini di approvazione del bilancio di previsione degli enti locali, e, quindi, in sostanza, alla tempestività della decisione di bilancio¹⁶⁴². La questione si manifesta in relazione a quattro diversi profili: il termine di approvazione del bilancio di previsione, con riferimento al quale il legislatore territoriale prevede la possibilità di derogare alla data del 31 dicembre stabilita (ribadita) in via generale dal legislatore statale¹⁶⁴³; il termine di presentazione del bilancio (e

e, quindi violativa del parametro di cui all'art. 117, comma secondo, lett. e), Cost. (senza che sul profilo specifico riesca a produrre alcuna utilità l'addizione enunciata dalla Corte esaminata).

¹⁶⁴¹ La Corte formalmente era chiamata ad accertare la legittimità costituzionale della norma del legislatore territoriale che attribuiva alla legge provinciale la competenza a disciplinare l'ordinamento finanziario e contabile degli enti territoriali; e, sostanzialmente, a stabilire se il legislatore territoriale fosse oppure no competente a disporre siffatta disciplina.

¹⁶⁴² La questione relativa al termine di approvazione del bilancio va posta in relazione alla tempestività della decisione di bilancio in quanto, come noto, costituisce principio generale della contabilità pubblica e del sistema di finanza pubblica quello che stabilisce che l'anno finanziario – e, cioè, l'arco temporale da considerare ai fini della programmazione (di breve periodo) e della gestione (in relazione alle funzioni del bilancio di previsione) – va dal 1° gennaio al 31 dicembre. Con la conseguenza inevitabile che un bilancio a carattere programmatico e gestionale (autorizzativo della gestione) deve necessariamente essere approvato prima che abbia inizio l'esercizio finanziario considerato. Si tratta, peraltro, di impostazione che rimane sostanzialmente inalterata in esito alle disposizioni modificative introdotte dal d.lgs. n. 126/2014, le quali, sul punto specifico, hanno eliminato la distinzione documentale esistente tra bilancio annuale e bilancio pluriennale, stabilendo che il bilancio di previsione deve avere carattere triennale: la gestione, tuttavia, avviene sulla base delle previsioni relative al primo degli anni considerati, e la programmazione di medio periodo (almeno triennale) comprende e presuppone quella di breve periodo (annuale).

¹⁶⁴³ Più precisamente, all'art. 3, comma primo, legge prov. aut. Bolzano n. 17/2015 è stabilito che gli enti locali (della provincia di Bolzano) devono approvare «il bilancio di previsione finanziario entro il 31 dicembre o entro altro termine stabilito con accordo previsto dall'articolo 81 del decreto del Presidente della Repubblica 31 agosto 1972, n. 670, e successive modifiche, e dall'articolo 18 del decreto legislativo 16 marzo 1992, n. 268, riferiti a un orizzonte temporale almeno triennale» (la suddetta disposizione è ribadita al successivo art. 15, comma terzo, legge prov. aut. Bolzano n. 17/2015).

del documento unico di programmazione: *recte*, della nota di aggiornamento del DUP) all'organo consiliare ai fini dell'approvazione: termine che la norma provinciale rimette alla determinazione regolamentare dell'ente locale (mentre la disciplina armonizzativa fissa la data del 15 novembre); il termine di presentazione all'organo consiliare del documento unico di programmazione, fissato dalla disposizione impugnata al 31 ottobre (mentre la norma interposta prevede la data del 31 luglio¹⁶⁴⁴); il termine di presentazione, da parte della giunta regionale, della proposta di legge di bilancio¹⁶⁴⁵. La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di tutte le disposizioni denunciate (in relazione ai suddetti profili), ritenute contrastanti con le disposizioni recate dal d.lgs. n. 118/2011. Tuttavia, mentre con riferimento al termine di approvazione definitiva del bilancio di previsione (31 dicembre) non si può che concordare con le statuizioni della giurisprudenza costituzionale, trattandosi di profilo di disciplina riconducibile alla armonizzazione dei bilanci pubblici e funzionale non solo al coordinamento della finanza pubblica, ma anche al buon andamento della pubblica amministrazione¹⁶⁴⁶: la tempestività della decisione di bilancio (a carattere previsionale) e la "perentorietà" dei termini di approvazione – e la loro indisponibilità da parte degli organi di governo¹⁶⁴⁷ – costituiscono principio generale del sistema di finanza

¹⁶⁴⁴ Deve pur essere rilevato che il citato legislatore territoriale fissava al 30 novembre il termine per l'approvazione, da parte dell'organo consiliare, del DUP: tale disposizione, tuttavia, non è stata fatta oggetto di rilievi.

¹⁶⁴⁵ Per la precisione, deve essere rilevato che il legislatore toscano, in conformità alle prescrizioni legislative statali, ha fissato al 31 ottobre il termine per la presentazione della proposta di legge di bilancio, e, tuttavia, ha ommesso di riportare l'indicazione (di cui al punto 9.2 dell'allegato 4/1 al d.lgs. n. 118/2011) secondo cui la Giunta regionale è tenuta a presentare la suddetta proposta di legge «comunque non oltre 30 giorni dalla presentazione del disegno di bilancio dello Stato». È giusto evidenziare, sul punto specifico, che mentre al punto 9.2 dell'allegato 4/1 (richiamato nella sentenza) il suddetto termine è riferito alla approvazione dello schema di bilancio da parte della giunta regionale («da sottoporre all'approvazione del Consiglio»); al punto 4.1, lett. d), del medesimo allegato 4/1, lo stesso termine è riferito alla presentazione dello schema di bilancio al Consiglio regionale (e, peraltro, si fa riferimento non alla «presentazione del disegno di bilancio dello Stato», ma alla «approvazione del disegno di legge di stabilità dello Stato». Evidenziato che le suddette indicazioni sono riportate in uno degli innumerevoli allegati (34; ma, in realtà, 65, se si considera che alcuni allegati sono suddivisi in più parti) al d.lgs. n. 118/2011, e non nel testo dell'articolato, ove non si fa alcun riferimento ai termini di approvazione dello schema di bilancio da parte della giunta e di presentazione al consiglio, ma solo al termine di approvazione del bilancio di previsione (in via generale, art. 18 d.lgs. n. 118/2011); si ritiene utile rilevare che le contraddizioni e le imprecisioni delle formule testuali utilizzate sono ampiamente dimostrative della scarsa valenza prescrittiva delle richiamate indicazioni.

¹⁶⁴⁶ È stato evidenziato come il corretto funzionamento dei documenti di bilancio e delle procedure contabili, e, quindi, della programmazione finanziaria e dell'azione gestionale (che presuppongono la tempestività della decisione di bilancio), costituiscano elemento imprescindibile per la effettiva osservanza del principio di buon andamento della pubblica amministrazione di cui all'art. 97, comma secondo, Cost.: sul punto, vedi ampiamente L. SAMBUCCI, *La programmazione finanziaria negli enti locali*, cit., 31.

¹⁶⁴⁷ Il carattere programmatico e gestionale del bilancio di previsione e la riferita coincidenza tra anno finanziario e anno solare (vedi *sub* nota 124) sottraggono il suddetto termine approvativo del bilancio (31 dicembre) alla disponibilità degli organi di governo e degli stessi legislatori, i quali, infatti, possono "solo" disciplinare la situazione eccezionale che si verifica nel caso in cui l'ente non dovesse riuscire ad approvare il bilancio entro il 31 dicembre (ovvero, comunque, prima dell'inizio dell'esercizio finanziario di riferimento). Deve essere aggiunto, tuttavia, che la perentorietà (e la indisponibilità) del suddetto termine approvativo del bilancio degli enti locali è resa blanda dalla previsione, da parte del legislatore statale (art. 151, comma primo, d.lgs. n. 267/2000), della possibilità di differire il richiamato termine, «con decreto del Ministro dell'interno, d'intesa con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Conferenza Stato-città ed autonomie locali,

pubblica ed elemento fondamentale, irrinunciabile, per l'effettività, per la concreta utilità, della programmazione finanziaria, la quale, come noto, è funzionale alla migliore utilizzazione delle risorse disponibili¹⁶⁴⁸; e per la corretta gestione delle risorse stesse, secondo le destinazioni ed i limiti stabiliti nel bilancio di previsione. Per cui l'inosservanza dei termini approvativi produce una grave vulnerazione nel funzionamento del sistema finanziario pubblico non tanto (non solo) perché è suscettibile di alterare criticamente la sincronia ovvero l'omogeneità temporale dei flussi informativi, quanto (soprattutto) perché svuota il bilancio finanziario di ogni utilità funzionale, a carattere programmatico ed a carattere gestionale, determinando un pregiudizio irreparabile per il principio di buon andamento¹⁶⁴⁹.

Rimangono meno convincenti, invece, le posizioni espresse dalla giurisprudenza costituzionale in relazione agli altri profili incidenti sulla scansione temporale della decisione di bilancio, e, più segnatamente, sulla tempistica "interna" di approvazione (da parte

in presenza di motivate esigenze». Una disposizione, quella richiamata - già fatta oggetto di critica scientifica (vedi L. SAMBUCCI, *Il differimento del termine di approvazione del bilancio degli enti locali: una soluzione sbagliata e sospetta di incostituzionalità*, cit.: vedi *sub* nota 99) - che, negli ultimi anni, ha concorso a neutralizzare ogni utilità funzionale concreta del bilancio di previsione degli enti locali. L'impressione che si ricava è che, con la norma specifica qui oggetto di esame, il legislatore territoriale impugnato abbia, in sostanza, inteso riprodurre (con una certa approssimazione) - su base provinciale - la possibilità di cui alla norma sopra richiamata, con la differenza che nella fattispecie prevista dal citato legislatore statale il diverso termine di approvazione del bilancio è stabilito dallo Stato con validità per tutti gli enti locali (ed è accompagnato dalla disciplina minuziosa delle modalità gestionali), mentre nel caso previsto dal legislatore denunciato il nuovo termine approvativo era rimesso alla determinazione mediante «accordo» ai sensi dell'art. 81 d.p.r. n. 670/1972 e dell'art. 18 d.lgs. n. 268/1992 e (ovviamente) riguardava solo gli enti locali esistenti sul territorio della provincia di Bolzano. L'illegittimità costituzionale della disposizione denunciata è riconducibile, soprattutto, alla mancata previsione del carattere eccezionale della possibile deroga (e della sua massima durata e delle modalità di gestione nel periodo di "deroga") al termine "naturale" di approvazione del bilancio - in relazione ai parametri di cui agli artt. 97, comma secondo, e 81, commi quarto e quinto, oltre che di quello di cui all'art. 117, comma secondo, lett. e), Cost. - potendosi rilevare che proprio il federalismo fiscale richiamato anche dalla giurisprudenza costituzionale esaminata, in quanto naturalmente produttivo di "differenze" (e, quindi, esigenze) territoriali (che non possono essere ignorate dall'ordinamento), può determinare la necessità (e giustificare) la previsione di situazioni eccezionali, le quali vanno, tuttavia, specificatamente disciplinate: profili che mancano del tutto nella disposizione legislativa impugnata (ma mancano anche, come in altra sede evidenziato, nella richiamata disposizione di cui all'art. 151, comma primo, d.lgs. n. 267/2000, rispetto alla quale anche sono stati rilevati dubbi di costituzionalità).

¹⁶⁴⁸ È la tempestività, l'osservanza dei termini approvativi, che trasforma la programmazione finanziaria da postulato generale ed astratto, in strumento operativo che concorre in concreto al migliore funzionamento del sistema finanziario, e, più in generale, della pubblica amministrazione; che trasforma il bilancio di previsione - che è il documento nel quale la programmazione finanziaria trova la sua definizione giuridica e prescrittiva - da mezzo informativo in strumento imprescindibile per la corretta e ottimale utilizzazione delle risorse disponibili, per l'attuazione della gestione ispirata ai criteri di efficacia, efficienza ed economicità.

¹⁶⁴⁹ Un bilancio previsionale approvato ad aprile o a metà esercizio (per rimanere alle ipotesi più frequenti) determina, in relazione al coordinamento della finanza pubblica, un ritardo dei flussi informativi del singolo ente interessato ed una disarmonia rispetto al complesso dei dati finanziari provenienti dalle amministrazioni pubbliche; mentre, con riguardo ai profili funzionali, significa: che non è stata fatta la programmazione finanziaria (la quale, per essere tale, deve essere preventiva o tempestiva, altrimenti non è), e, quindi, l'utilizzazione delle risorse disponibili non è stata ottimizzata; e che, per quattro mesi (o per metà esercizio), la gestione è avvenuta (nei limiti di provvisorietà stabiliti dal legislatore) senza il necessario strumento di ottimizzazione, di organizzazione e di limitazione; in entrambi i casi, con compromissione irreparabile del principio di buon andamento della pubblica amministrazione.

dell'organo di governo a carattere esecutivo: la giunta) dei documenti a carattere programmatico in funzione della loro presentazione all'organo consiliare competente per la loro approvazione con effetti "esterni". Si tratta, con tutta evidenza, di profili a carattere regolamentare, i quali, infatti, sono tradizionalmente rimasti riservati alla regolazione normativa dell'ente locale, e che già solo per questo escludono la possibilità di essere ricondotti al potere legislativo statale (e sono insuscettibili di essere concretamente funzionali ad esigenze) di coordinamento della finanza pubblica, limitato, come più volte detto, alla determinazione (neppure dei principi, ma, addirittura) dei principi fondamentali; ma anche alla armonizzazione dei bilanci pubblici, e ciò non solo perché può escludersi, per le ragioni già esposte, che la suddetta materia estenda la competenza legislativa dello Stato anche agli aspetti regolamentari della contabilità degli enti territoriali, ma, soprattutto, perché si tratta di profili che, comunque, non riescono ad offrire contributi percepibili (utili) in termini di omogeneità dei linguaggi contabili e dei flussi informativi, i quali ultimi acquistano rilevanza "esterna" (e possono essere presi in considerazione) – in funzione delle esigenze di coordinamento finanziario – non certo quando il (lo schema di) bilancio viene presentato all'organo consiliare, ma nel momento in cui il documento di programmazione viene approvato in via definitiva¹⁶⁵⁰.

Più complessa la questione relativa al termine di presentazione del documento unico di programmazione, che, come visto, il legislatore territoriale impugnato fissa al 31 ottobre, così spostando in avanti di tre mesi – rispetto alla prescrizione disposta dal legislatore statale

¹⁶⁵⁰ Per il sistema finanziario il dato rilevante, in funzione del buon andamento della pubblica amministrazione e del coordinamento finanziario, è che gli enti locali (e gli enti pubblici nel loro complesso) approvino il bilancio di previsione entro il 31 dicembre. Ovviamente, anche il termine di presentazione della proposta di bilancio all'organo competente per la sua approvazione ha una sua rilevanza – in termini di sensibilizzazione (sulla importanza della tempestività della programmazione finanziaria) più che di sollecitazione – ma, in tutta obiettività, non riesce ad essere funzionale alle riferite esigenze protette dal legislatore costituzionale. E lo stesso deve dirsi (a maggior ragione) con riferimento alla indicazione (di cui al richiamato allegato) secondo cui proposta di legge di approvazione del bilancio della regione deve avvenire «comunque non oltre 30 giorni dalla presentazione del disegno di bilancio dello Stato» (*recte*: del "disegno di legge di approvazione del bilancio dello Stato"). La suddetta indicazione, infatti, deve ritenersi formulata nell'interesse della regione stessa, la quale viene posta nelle condizioni di disporre di qualche giorno più al fine di considerare più attentamente - in funzione della migliore definizione della propria programmazione finanziaria - i dati riportati nella (nei documenti della) decisione di bilancio sottoposta dal Governo alla valutazione del Parlamento: dovendosi ricordare che il termine per la presentazione del disegno di legge di approvazione del bilancio dello Stato è fissato al 20 ottobre (art. 7, comma secondo, lett. d, legge n. 196/2009). Ne consegue che la disposizione impugnata (nella parte in cui ometteva di riprodurre l'inciso sopra riportato) stabiliva una disciplina più rigorosa per la regione, e più "favorevole" per lo Stato, le cui esigenze sono considerate dalla giurisprudenza costituzionale esaminata: «da norma interposta – pur contenuta nel decreto di armonizzazione dei bilanci – per effetto delle strette interrelazioni tra i principi costituzionali coinvolti è servente al coordinamento della finanza pubblica, dal momento che la sincronia delle procedure di bilancio è collegata alla programmazione finanziaria statale e alla redazione della manovra di stabilità, operazioni che presuppongono da parte dello Stato la previa conoscenza di tutti i fattori che incidono sugli equilibri complessivi e sul rispetto dei vincoli nazionali ed europei». In ogni caso, deve anche essere rilevato che si tratta di termini (quelli riferiti all'approvazione da parte della giunta, in funzione della presentazione in consiglio) non perentori, nel senso che l'ordinamento non collega alcuna conseguenza alla mancata presentazione nel termine della proposta di bilancio; mentre prevede una conseguenza molto grave – lo scioglimento dell'organo consiliare – in caso di mancata approvazione nei termini del bilancio di previsione (art. 141, comma primo, lett. c, d.lgs. n. 267/2000).

(31 luglio: art. 170 d.lgs. n. 267/2000) - l'inizio della decisione di bilancio¹⁶⁵¹. Sul punto, deve essere registrata una incoerenza nella impostazione della giurisprudenza costituzionale, la quale assume una posizione più elastica con riguardo alla struttura dei documenti di bilancio, riconoscendo alle autonomie territoriali – come anche visto¹⁶⁵² – un ampio potere normativo in ordine alle modalità di rappresentazione nei documenti contabili dei programmi e dei progetti da realizzare, degli obiettivi da conseguire, dei risultati attesi: che, poi, è profilo più direttamente riferibile alla armonizzazione dei bilanci pubblici. Mentre la posizione giurisprudenziale si irrigidisce con riferimento agli aspetti che riguardano la scansione temporale della complessa decisione di bilancio, e, segnatamente, con riguardo al termine di presentazione (non del bilancio di previsione, ma) del documento unico di programmazione: che è profilo che attiene al coordinamento finanziario (più che alla armonizzazione: la qual cosa, peraltro, come oramai si è capito, non è certo secondaria). Ora, se si considera che le esigenze armonizzative possono considerarsi soddisfatte con la prescrizione, in via generale, da parte del legislatore statale, dei diversi documenti (e della loro funzionalità, più che della loro denominazione) che compongono la decisione di

¹⁶⁵¹ Deve essere rilevato che la “deconcentrazione” temporale della decisione di bilancio degli enti locali e l'introduzione del documento unico di programmazione (in luogo della relazione previsionale e programmatica, dal contenuto sostanzialmente analogo – meno tipizzato dal legislatore statale – e dal coincidente profilo finalistico) sono novità introdotte dal d.lgs. n. 126/2014. In precedenza, negli enti locali, la decisione di bilancio era concentrata in un unico “momento”: come noto, la giunta presentava all'organo consiliare il bilancio di previsione annuale, il bilancio pluriennale e la relazione previsionale e programmatica, i quali (documenti) insieme (nel loro complesso) costituivano il bilancio di previsione – come, poi, è stato precisato anche dal legislatore (vedi, in particolare, l'art. 13, comma quarto, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 170, recante, come detto, «ricognizione dei principi fondamentali in materia di armonizzazione dei bilanci pubblici»: e di quello sforzo legislativo forse si poteva fare migliore uso, anziché cedere alla furia uniformatrice che ha trovato espressione, da ultimo, nel d.lgs. n. 126/2014). Il legislatore delegato (ultimo citato) della uniformazione dei bilanci degli enti territoriali ha voluto riprodurre anche a livello locale la scansione temporale complessa della decisione di bilancio prevista a livello statale (a livello regionale vi era già tale coincidenza), introducendo così elementi di ulteriore complicazione nella già molto sofferta attività di programmazione finanziaria degli enti locali, con la prescrizione di momenti distinti per la presentazione del DUP (come visto, 31 luglio) e del bilancio di previsione (ma anche della nota di aggiornamento del DUP: 15 novembre), che, peraltro, è divenuto triennale (con eliminazione della tradizione distinzione documentale tra bilancio annuale e bilancio pluriennale).

¹⁶⁵² Vedi, in particolare, la parte finale del paragrafo 3.2 (e le relative note). Come già evidenziato, Corte cost. n. 184/2016 rileva, tra l'altro: che «le sofisticate tecniche di standardizzazione, indispensabili per i controlli della finanza pubblica ma caratterizzate dalla difficile accessibilità informativa per il cittadino di media diligenza, devono essere pertanto integrate da esposizioni incisive e divulgative circa il rapporto tra il mandato elettorale e la gestione delle risorse destinate alle pubbliche finalità»; e che «una tipizzazione della struttura del bilancio regionale, che sia conciliabile e rispettosa dei limiti esterni e non sia in contrasto con gli standard provenienti dall'armonizzazione, dal coordinamento, dal rispetto dei vincoli europei e degli equilibri di bilancio è funzionale dunque alla valorizzazione della democrazia rappresentativa, nell'ambito della quale deve essere assicurata ai membri della collettività la cognizione delle modalità con le quali le risorse vengono prelevate, chieste in prestito, destinate, autorizzate in bilancio ed infine spese». Ora, se è vero che le statuizioni della Corte citata si riferiscono alla posizione della regione, è altrettanto vero che i profili considerati riguardano la “qualità” dell'autonomia (e, segnatamente dell'autonomia contabile): e sul punto specifico, i principi costituzionali non ammettono differenze qualitative tra autonomia delle regioni e autonomia degli enti locali; e riguardano i profili teleologici (le prerogative funzionali) del bilancio e dei documenti di bilancio, che coincidono a tutti i livelli istituzionali. Ne consegue che le riportate posizioni giurisprudenziali, nella loro portata generale, non possono che riguardare tutti gli enti territoriali.

bilancio degli enti locali¹⁶⁵³ e della loro struttura (ovvero delle modalità di rappresentazione dei contenuti e di espressione contabile)¹⁶⁵⁴; è più che ragionevole ritenere che i profili riguardanti i termini di presentazione dei diversi documenti siano riconducibili, come detto, al coordinamento della finanza pubblica.

Si tratterà, quindi, di valutare se alle suddette prescrizioni possa essere riconosciuta valenza di principi fondamentali della materia. A tal proposito, posto che il documento, nelle sue finalità descrittive, esplicative, informative, già era previsto dalla legislazione ordinamentale (anche se con diversa denominazione¹⁶⁵⁵), merita di essere valorizzato l'elemento di novità introdotto dal d.lgs. n. 126/2014, riguardante, come detto, la diversa collocazione temporale del documento stesso - la quale risulta ampiamente anticipata (come visto, 31 luglio) rispetto al momento di presentazione del bilancio di previsione (15 novembre) – dimostrativo della emancipazione del DUP rispetto alle originarie finalità unicamente conoscitive e della accentuazione del profilo funzionale in senso più spiccatamente decisionale¹⁶⁵⁶. In sostanza, l'ordinamento ritiene fondamentale (anche a livello di enti locali) non solo che la manovra di bilancio (a carattere programmatico) sia articolata nei diversi documenti indicati, ma anche che siano distinti due momenti decisionali, uno – la presentazione e l'approvazione

¹⁶⁵³ È il legislatore statale, cioè, ad individuare, in via generale, i diversi documenti a carattere decisionale che obbligatoriamente devono essere approvati, in relazione ai diversi profili finalistici collegati a ciascun documento: ciò che conta per l'ordinamento – e che costituisce principio fondamentale - è l'adempimento degli obblighi funzionali (e, quindi, l'adozione dei diversi documenti con i contenuti definiti, in via generale, dallo stesso ordinamento) in relazione alla tutela degli interessi costituzionali protetti.

¹⁶⁵⁴ In funzione, in estrema sintesi (trattandosi di spetti ampliamenti sviluppati nel presente lavoro), della intellegibilità (e, quindi, della trasparenza) e della confrontabilità dei bilanci e dei documenti decisionali delle amministrazioni pubbliche, dovendosi ricordare, con le parole della giurisprudenza costituzionale esaminata, che «l'armonizzazione dei bilanci pubblici è finalizzata a realizzare l'omogeneità dei sistemi contabili per rendere i bilanci delle amministrazioni aggregabili e confrontabili, in modo da soddisfare le esigenze informative connesse a vari obiettivi».

¹⁶⁵⁵ Come accennato, già l'art. 12 d.lgs. n. 77/1995 (poi trasfuso nell'art. 170 d.lgs. n. 267/2000, nella formulazione precedente alle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 126/2014) prevedeva l'approvazione, unitamente al bilancio di previsione annuale ed al bilancio pluriennale, della relazione previsionale e programmatica, quale documento in cui i dati finanziari e le scelte ad essi sottese espressi nel bilancio di previsione, trovavano descrizione dettagliata (con riguardo alle specifiche caratteristiche, anche finalistiche, ed ai tempi di realizzazione) in riferimento ad ogni programma, ad ogni progetto ed ai relativi obiettivi e risultati, con indicazione dei responsabili (di ciascun programma e progetto), con formulazione degli indicatori di risultato (necessari per i controlli gestionali). Se è indiscutibile che il contenuto del documento unico di programmazione è definito, ora, con maggiore ampiezza e dettaglio, è altrettanto indiscutibile che il DUP trova la sua origine proprio nella relazione previsionale e programmatica.

¹⁶⁵⁶ Ed è questa la vera differenza rispetto alla relazione previsionale e programmatica: mentre quest'ultima, come detto, dava descrizione dettagliata alle scelte finanziarie, ai programmi, ai progetti, agli obiettivi, che avevano trovato traduzione finanziaria – in partite attive e passive – nel documento di bilancio (con finalità, pertanto, essenzialmente informative e conoscitive, ovvero anche integrative dei dati di bilancio); il DUP costituisce soprattutto un momento di prima elaborazione e decisione della programmazione finanziaria e della complessa manovra di bilancio. L'obiettivo primario del legislatore statale in esame sembra essere quello di valorizzare l'attività di programmazione finanziaria, e di farne, anche al livello degli enti locali, strumento fondamentale per la migliore utilizzazione delle risorse disponibili, con definitivo superamento dell'approccio meramente adempimentale (purtroppo) ancora prevalente nelle amministrazioni locali: un obiettivo che, tuttavia, presuppone la valorizzazione (e non la compressione) degli spazi autonomistici.

del DUP – a carattere “politico”, orientativo e propedeutico¹⁶⁵⁷ al secondo – la deliberazione del bilancio di previsione - di natura prettamente giuridica e prescrittiva: deve essere ricordato, infatti, che è solo con l’approvazione del bilancio che la previsione (la programmazione) finanziaria diviene norma vincolante per le procedure contabili e che solo sulla base di un bilancio approvato si può dare luogo alla gestione (con le eccezioni, negli enti locali, dell’esercizio e della gestione provvisori¹⁶⁵⁸), la quale, come noto, nel suddetto documento, trova autorizzazione e limite. La rilevanza tradizionalmente¹⁶⁵⁹ riconosciuta dall’ordinamento alla complessa scansione temporale della decisione di bilancio e la sua articolazione in documenti e “momenti” diversi (ora, come visto, trasfusa anche a livello di enti locali), induce a (ritenere preferibile l’opzione interpretativa di) riconoscere valenza di principio fondamentale di coordinamento finanziario non tanto alla data quanto alla circostanza che la definizione del bilancio di previsione (e delle scelte di politica finanziaria ad esso sottese) debba essere preceduta da un momento di ricognizione generale della situazione finanziaria dell’ente (anche in relazione al contesto nazionale) e di individuazione

¹⁶⁵⁷ In tal senso, risulta di particolare rilevanza della disposizione di cui all’art. 170, comma quinto, d.lgs. n. 267/2000, ove si stabilisce che «il Documento unico di programmazione costituisce atto presupposto indispensabile per l’approvazione del bilancio di previsione». Al fine rinforzare una valenza anche prescrittiva, sia pure in termini generali, del documento, al successivo settimo comma del citato art. 170 è disposto che «nel regolamento di contabilità sono previsti i casi di inammissibilità e di improcedibilità per le deliberazioni del Consiglio e della Giunta che non sono coerenti con le previsioni del Documento unico di programmazione».

¹⁶⁵⁸ Il d.lgs. n. 126/2014 ha integrato in modo molto dettagliato la disciplina – già prevista all’art. 163 d.lgs. n. 267/2000 – dell’esercizio provvisorio e della gestione provvisoria negli enti locali (per le regioni, vedi art. 43 d.lgs. n. 118/2011). Come noto, a livello statale l’unica temporanea eccezione (alla gestione sulla base di un bilancio approvato) è costituita dall’esercizio provvisorio del bilancio (previsto – oltre che all’art. 81, comma quinto, Cost. - all’art. 32 legge n. 196/2009).

¹⁶⁵⁹ Si tratta, infatti, di un modello tradizionalmente attuato a livello regionale ed a livello statale, ove, fin dalla riforma del 1988 (legge 23 agosto 1988, n. 362, modificativa della legge 5 agosto 1978, n. 468), è individuato un momento di avvio della decisione di bilancio, con la presentazione di quello che (oggi) si chiama documento di economia e finanza (e che fino al 2009 si è chiamato documento di programmazione economico finanziaria), e che deve avvenire (oggi) entro il 10 maggio (ma prima il termine era il 30 giugno, e prima ancora il 15 maggio: quindi, in sostanza, si è tornati alle origini); ed un secondo momento, che consiste nella presentazione del disegno di legge di approvazione del bilancio di previsione (e fino a ieri anche del disegno di legge stabilità, che fino al 2009 si chiamava legge finanziaria: la quale, come noto, è stata soppressa dalla riforma del 2016: vedi, in particolare, la citata legge n. 163/2016), che deve avvenire (oggi) entro il 20 ottobre (e che, in origine, era il 30 settembre). Se, poi, l’estensione agli enti locali del suddetto modello riesca ad essere anche produttivo di effetti positivi è questione diversa, tutta da verificare, che deve fare i conti con le ataviche difficoltà dei suddetti enti con la programmazione finanziaria e con i documenti di bilancio: (difficoltà) conseguenza della secolare deresponsabilizzazione degli enti locali in materia finanziaria: (deresponsabilizzazione) a sua volta, naturale derivazione di un sistema di finanza locale (ancora oggi, a causa della “problematica” attuazione dei principi di cui all’art. 119 Cost.) scarsamente valorizzativo dell’esercizio autonomistico e sostanzialmente commissariato dalla “centralizzazione” delle scelte. Difficoltà che avevano indotto l’ordinamento a prevedere per gli enti locali – in via di eccezione rispetto al modello individuato in via generale – una struttura “semplificata” dalla manovra di bilancio, con concentrazione in un unico “momento” della decisione finanziaria a carattere programmatico. Difficoltà (e relativi disfunzionamenti) che, ovviamente, si sono aggravate – dal punto di vista organizzativo ed operativo - a fronte delle nuove complicazioni introdotte dal d.lgs. n. 126/2014, (non solo con riferimento alla estensione minuziosa del contenuto del documento, ma) anche in relazione allo sviluppo (come visto) di due momenti decisionali nella manovra di bilancio.

delle (e, quindi, di decisione in ordine alle) scelte generali e dei progetti più specifici dello stesso ente¹⁶⁶⁰, che trovino espressione in un apposito documento¹⁶⁶¹, chiamato, peraltro, a svolgere funzioni orientative nella elaborazione dei successivi documenti a carattere finanziario. Ne deriva che la dubbia costituzionalità della disposizione denunciata¹⁶⁶² debba

¹⁶⁶⁰ In tal senso milita anche la circostanza che il legislatore statale, pur disponendo - all'art. 151, comma primo, d.lgs. n. 267/2000 - che (anche) il termine di approvazione del documento unico di programmazione (e non solo del bilancio di previsione) può essere differito con decreto del Ministro dell'interno (così confermando la rilevanza attribuita alla nuova articolazione temporale della decisione di bilancio), non prevede alcuna conseguenza specifica nell'eventualità di mancata osservanza del termine stabilito. Dovendo escludere la possibilità che l'inosservanza del termine di approvazione del DUP possa comportare lo scioglimento dell'organo consiliare, in considerazione del carattere tassativo delle fattispecie previste all'art. 141 d.lgs. n. 267/2000 (e, comunque, della necessità di espressa previsione: vedi artt. 193, comma quarto, e 227, comma secondo *bis*, d.lgs. n. 267/2000); deve essere rilevato la prescrizione temporale in esame rischia di rimanere neutralizzata nei suoi propositi finalistici, anche in considerazione del fatto che il suddetto termine è stabilito con riferimento alla "presentazione" (all'organo consiliare) del documento: una circostanza che, a differenza di quanto avviene a livello statale (dove i regolamenti parlamentari stabiliscono termini certi per l'approvazione del documento di "apertura" della decisione di bilancio), rende incerto il (ovvero priva di prescrittività la disposizione in ordine al) momento di effettiva approvazione del DUP. Sul punto specifico, l'unico elemento a carattere effettivamente prescrittivo che si ricava dal complesso delle disposizioni ordinamentali, riguarda la circostanza che il DUP deve essere approvato prima dell'approvazione del bilancio di previsione, rispetto al quale, come visto, costituisce atto presupposto (come si evince dall'art. 151, comma primo, d.lgs. n. 267/2000; e come risulta specificato all'art. 170, comma quinto, d.lgs. n. 267/2000). La riportata ricostruzione del sistema normativo, da un lato, impedisce di individuare conseguenze effettive a carico dell'ente locale anche in caso di ritardata presentazione del DUP (come visto, sull'effettivo momento di approvazione nulla è prescritto; e, da altro lato, induce a ritenere che, indipendentemente dall'adozione (da parte dell'ente locale) delle norme regolamentari prescritte all'art. 170, comma settimo, d.lgs. n. 267/2000, la mancata preventiva approvazione del DUP (e della nota di aggiornamento del DUP) impedisce la (costituisce profilo di improcedibilità della) approvazione del bilancio di previsione, con le conseguenze previste dalla legge (vedi art. 141, comma primo, lett. c, d.lgs. n. 267/2000). In caso di ritardo nella presentazione del DUP, deve escludersi l'applicabilità della disposizione di cui all'art. 136 d.lgs. n. 267/2000, ove si prevede, in caso di ritardato (o omesso) compimento di atti obbligatori per legge, l'adempimento mediante nomina commissariale: e ciò non tanto per evidenti ragioni di ordine temporale (la procedura commissariale, nella migliore delle ipotesi, comunque si concluderebbe a ridosso del momento di presentazione del bilancio di previsione) quanto per la valenza essenzialmente politica del documento, che suggerisce di ritenerlo sottratto alla determinazione di un organo emergenziale privo di rappresentatività della comunità territoriale. (Diverso è il caso del bilancio di previsione, il quale, pur conservando valenza politica, costituisce, come detto, documento necessario per provvedere alle gestione materiale delle risorse).

¹⁶⁶¹ Che, come visto, a livello di enti locali è il documento unico di programmazione; che a livello statale è il documento di economia e finanza; che a livello regionale è il DEF regionale (DEFR).

¹⁶⁶² La formula dubitativa trova giustificazione, da un lato, nella (riferita) mancata previsione di conseguenze concrete in relazione alla eventualità di mancata presentazione, nel termine indicato, del documento unico di programmazione; e, da altro lato, nella circostanza che il legislatore abbia stabilito il termine di presentazione del DUP, e non il termine di approvazione: la qual cosa non può escludere che il suddetto documento possa essere approvato a ridosso del momento di (e, comunque, prima della) presentazione del bilancio di previsione. Si tratta di una impostazione che autorizza a ritenere che il legislatore statale, pur avendo espresso una chiara preferenza per la complessa articolazione (anche) temporale della decisione di bilancio, abbia inteso non escludere del tutto la possibilità (pure da ritenere a carattere eccezionale) di "concentrazione" della suddetta decisione; e in tal senso sembra militare anche la circostanza che il citato legislatore statale prevede la presentazione contestualmente al bilancio di previsione della (eventuale) nota di aggiornamento del DUP. Ferma restando la riferita opzione di preferenza, ciò che conta davvero è che la programmazione finanziaria (articolata nei documenti prescritti: ora, DUP e bilancio di previsione) sia

essere rinvenuta non tanto nella prescrizione di un termine diverso rispetto a quello disposto dal legislatore statale, quanto nel fatto che l'eccessivo "avvicinamento" tra i due "momenti" decisionali è suscettibile di neutralizzare la scelta fondamentale espressa dall'ordinamento (tornando a "concentrare" la decisione di bilancio degli enti locali).

4. Alcune conclusioni

La giurisprudenza costituzionale esaminata offre anche altri spunti di interesse, soffermandosi su istituti tipici della contabilità pubblica, e della contabilità degli enti territoriali in particolare¹⁶⁶³. Si rende necessario, tuttavia, in conclusione del presente lavoro,

approvata tempestivamente, e, cioè, entro il 31 dicembre (ovvero nel diverso termine stabilito dallo Stato, in caso di differimento ai sensi dell'art. 151, comma primo, d.lgs. n. 267/2000).

¹⁶⁶³ Si già fatto qualche cenno all'istituto del riconoscimento dei debiti fuori bilancio, la cui disciplina, secondo Corte cost. n. 80/2017, «attiene certamente a finalità connesse all'armonizzazione, al coordinamento della finanza pubblica e all'ordinamento civile». La Corte citata rileva criticamente che: «per quel che riguarda l'armonizzazione dei bilanci pubblici, non può essere consentito che l'eccezionale immissione in bilancio di spese irrivalentemente ordinate sia disciplinata in modo differenziato dagli altri enti locali; per quanto riguarda il coordinamento della finanza pubblica, è evidente come una disposizione di più ampia applicazione, come quella provinciale, consenta di espandere indebitamente la spesa dei comuni insistenti sul territorio provinciale secondo moduli diversi da quelli degli altri enti locali; infine, per quanto concerne l'ordinamento civile, la disposizione in questione comporta una vera e propria invasione della competenza esclusiva del legislatore statale perché introduce, nelle fattispecie costitutive di obbligazioni passive degli enti provinciali, ipotesi negoziali non previste dal legislatore statale».

Particolarmente significative sono anche le osservazioni della giurisprudenza costituzionale citata in ordine al piano esecutivo di gestione, interessato da rilievi di incostituzionalità in quanto il legislatore territoriale ha reso meno rigida l'applicazione demografica dell'istituto (la redazione del documento, infatti, è resa obbligatoria solo per i comuni con almeno diecimila abitanti, mentre la disciplina statale di riferimento – art. 169 d.lgs. n. 267/2000 – impone il suddetto obbligo a tutti i comuni che hanno più di cinquemila abitanti). Con riferimento alle proprietà funzionali del piano esecutivo di gestione, la Corte rileva che «esso consente la programmazione analitica dei flussi finanziari, l'attribuzione delle risorse ai responsabili, la possibilità di correlare l'utilizzo di tali risorse agli obiettivi assegnati, fornendo nel contempo gli strumenti adatti a creare, in capo ai funzionari competenti, attribuzioni specifiche e coerenti responsabilità attuative»; e per il resto ne riporta la funzione essenzialmente esplicativa del bilancio di previsione. Si tratta di profili funzionali che rendono evidente l'esorbitanza dell'istituto rispetto alle esigenze di omogeneità assicurate attraverso le disposizioni armonizzative (riguardanti la struttura del bilancio di previsione), e la sua riconducibilità al coordinamento della finanza pubblica (trattandosi profili riguardanti la gestione finanziaria, ma anche i controlli e le responsabilità). Bisogna capire se la redazione del PEG costituisca un principio generale (di coordinamento finanziario, e, quindi) del sistema contabile o se, invece, ammetta spazi di disponibilità da parte degli enti territoriali. Sono ravvisabili elementi a sostegno dell'una e dell'altra posizione; sembra, tuttavia, preferibile ritenere – anche in considerazione del carattere essenzialmente strumentale del documento e dell'insufficienza del criterio demografico – che gli elementi di federalismo ricavabili dai principi che hanno ispirato la riforma del sistema costituzionale delle autonomie del 2001 (e che sono stati tradotti nel titolo quinto della parte seconda della Costituzione) riescano ad autorizzare la regione (nel caso in esame, l'ente territoriale dotato di speciale autonomia) a discostarsi dal limite demografico indicato dal citato legislatore statale (al quale può essere riconosciuta una valenza orientativa), al fine di considerare le caratteristiche e le esigenze degli enti stanziati sul territorio. Dovendosi rilevare, peraltro – a riscontro dell'impostazione interpretativa proposta – che non solo nulla impedisce agli enti rientranti nella indicata categoria demografica di adottare il piano esecutivo di gestione, ma che all'art. 15, comma nono, legge prov. aut. Bolzano n. 17/2015 prevedeva espressamente che «negli enti locali con meno di 10.000 abitanti, in mancanza del piano esecutivo di gestione, la giunta emana atti programmatici di indirizzo, attuativi del

provare ad isolare ovvero a valorizzare il contributo della Corte sul tema controverso. Ora, un primo dato, del tutto incontestabile, che si ricava dalla elaborazione giurisprudenziale riguarda, come visto, il forte ridimensionamento (diciamo così) della ricostruzione imposta dallo Stato, secondo cui il (la disciplina del) sistema contabile degli enti territoriali sarebbe da ritenere interamente attratto nella competenza esclusiva del legislatore statale ai sensi dell'art. 117, comma secondo, lett. e), Cost., e ciò soprattutto in considerazione (e all'esito) dello spostamento della «armonizzazione dei bilanci pubblici» tra le materie attribuite alla legislazione esclusiva dello Stato. Sul punto specifico, la giurisprudenza costituzionale ha detto parole inequivocabili nel senso di escludere che il potere legislativo statale (nella suddetta materia armonizzativa) possa ritenersi esteso alla disciplina dell'intera contabilità degli enti territoriali: un precetto (di fonte giurisprudenziale) compendiato nella statuizione additiva di cui al punto 1 del dispositivo di Corte cost. n. 80/2017, la quale (come anche visto) riconosce che, in “materia” di contabilità, al legislatore territoriale «rimane attribuita una competenza normativa che non sia in contrasto con le disposizioni della armonizzazione, del coordinamento nazionale della finanza pubblica, del rispetto dei vincoli europei e della salvaguardia degli equilibri di bilancio». Un principio sostanzialmente coincidente – e, tuttavia, espresso in termini letterali che sembrano dare l'idea di un “rovesciamento” del percorso deduttivo (ovvero anche della “residualità” della competenza)¹⁶⁶⁴ - con quello anticipato nei passaggi ricostruttivi del presente lavoro, secondo cui, rilevata l'impossibilità di rinvenire nel dato costituzionale una generale ed

bilancio e/o della relativa relazione previsionale e programmatica, a cui conseguono le determinazioni di impegno di spesa da parte dei responsabili dei servizi»: quindi, indipendentemente dalla denominazione del documento, il citato legislatore territoriale, comunque, faceva salvo il principio stabilito dal legislatore statale (e, anzi, lo irrigidiva, in quanto il suddetto obbligo riguardava anche i comuni con meno di cinquemila abitanti. Un ulteriore riscontro (alla impostazione sostenuta) può essere rinvenuto nella circostanza che la stessa disciplina statale prevede la facoltatività della redazione del piano esecutivo di gestione (come detto, per i comuni che hanno meno di cinquemila abitanti).

Molto interessanti sono anche le osservazioni sviluppate dalla Corte citata in relazione ai controlli sui revisori contabili e sull'attività di revisione economico-finanziaria. Si tratta, tuttavia, di un tema che merita separato approfondimento; potendo qui essere utile rilevare – a dimostrazione della radicalità dell'approccio dello Stato - che l'impugnativa era fondata sulla (e, quindi, la pretesa illegittimità costituzionale sarebbe derivata dalla) circostanza che la disciplina disposta dal legislatore non si era limitata a riprodurre quella stabilita dal legislatore statale (in particolare, artt. 239 ss. d.lgs. n. 267/2000), prevedendo che il suddetto controllo fosse eseguito anche con riferimento a documenti non espressamente richiamati dalla citata disciplina statale. Allo stesso modo, meritano separate considerazioni le osservazioni della (ribadite dalla) Corte esaminata in ordine ai controlli – e, segnatamente, ai controlli sugli equilibri economico-finanziari delle amministrazioni pubbliche – attribuiti alla Corte dei conti (sul punto, vedi Corte cost. 5 aprile 2013, n. 60; Corte cost. 10 marzo 2014, n. 40).

¹⁶⁶⁴ Una impressione che trova ragione nella utilizzazione (da parte della Corte) del verbo “rimanere”, ma che riesce ad essere escluso nella circostanza che l'unico vero limite che la riportata statuizione additiva impone al legislatore territoriale è quello che gli impedisce di stabilire norme «in contrasto con le disposizioni della armonizzazione, del coordinamento nazionale della finanza pubblica, del rispetto dei vincoli europei e della salvaguardia degli equilibri di bilancio». E la sostanza del concetto non cambia se anche si volesse tradurre il suddetto principio giurisprudenziale in termini di “residualità”: nel senso, cioè, che il legislatore regionale può essere ritenuto competente a stabilire disposizioni riguardanti il sistema contabile della regione, con esclusione degli ambiti materiali che attengano alla «armonizzazione», al «coordinamento nazionale della finanza pubblica», al «rispetto dei vincoli europei», alla «salvaguardia degli equilibri di bilancio».

esclusiva competenza del legislatore statale sulla contabilità degli enti territoriali, deve ritenersi preferibile, e più coerente con il sistema costituzionale delle autonomie (che, peraltro, come più volte detto, aveva trovato rinforzo), la soluzione che – circoscrivendo le presenti considerazioni alla regione – riconduce al potere del legislatore regionale la disciplina del proprio sistema contabile, pur rilevando che l'autonomia contabile della regione trova limite, oltre che nei principi costituzionali di cui artt. 81, 97 e 119 Cost., nelle disposizioni di armonizzazione dei bilanci pubblici e nei principi fondamentali del coordinamento della finanza pubblica stabiliti dal legislatore statale ai sensi dell'art. 117, comma secondo, lett. e), e comma terzo, della Costituzione. La giurisprudenza costituzionale – con la riportata statuizione additiva - giunge sostanzialmente alla stessa conclusione, seguendo, tuttavia, (soprattutto nella ricostruzione motivativa¹⁶⁶⁵) un percorso inverso: la Corte, cioè, riconduce al potere del legislatore statale la disciplina del sistema contabile degli enti territoriali, muovendo dall'assunto del carattere «polifunzionale» della armonizzazione dei bilanci pubblici¹⁶⁶⁶, e riconosce al legislatore territoriale «una competenza normativa che non sia in contrasto» con gli enunciati principi di natura finanziaria. Tuttavia, in entrambe le soluzioni indicate (fermi restando i profili di obiezione rilevati rispetto alle ricostruzioni giurisprudenziali), la sostanza del principio non cambia, e non cambia il dato “macro” che rimane cristallizzato (ora anche) nel richiamato prescritto giurisprudenziale, che riguarda il cedimento della impostazione statale attribuita alla legislazione esclusiva dello Stato della disciplina di ogni aspetto (anche a carattere “ultra regolamentare”, come visto) del sistema contabile degli enti territoriali. Ora lo dice con chiarezza anche la Corte costituzionale: lo spostamento della «armonizzazione dei bilanci pubblici tra le materie a legislazione esclusiva statale di cui all'art. 117, comma secondo, lett. e), Cost., non autorizza il legislatore statale a disciplinare l'intera contabilità delle regioni e degli enti locali¹⁶⁶⁷.

La diretta conseguenza del principio sopra richiamato sarebbe stata quella di ritenere conclamata l'esuberanza della disciplina recata dal d.lgs. n. 126/2014 rispetto ai principi di ripartizione delle competenze legislative stabiliti all'art. 117 Cost., la quale, come visto, regola in modo minuzioso ogni profilo della contabilità delle regioni. Tuttavia, pur

¹⁶⁶⁵ Come visto, la giurisprudenza costituzionale rileva, tra l'altro, che «il sistema contabile regionale – indipendentemente dalla sua possibile configurazione come autonoma materia ascrivibile alla potestà residuale dell'ente – non è stato totalmente sottratto ad un'autonoma regolazione, ma che questa è, tuttavia, intrinsecamente soggetta a limitazioni necessarie a consentire il soddisfacimento contestuale di una pluralità di interessi costituzionalmente rilevanti»: in tal senso, testualmente, Corte cost. n. 184/2016 (ma vedi anche Corte cost. n. 80/2017).

¹⁶⁶⁶ Come anche visto, Corte cost. n. 80/2017 rileva che «il nesso di interdipendenza che lega l'armonizzazione alle altre materie, e la conseguente profonda e reciproca compenetrazione, hanno comportato che proprio in sede di legislazione attuativa si sia verificata un'espansione della stessa armonizzazione ad ambiti di regolazione che si pongono nell'alveo di altri titoli di competenza, nominati ed innominati. In sostanza, la stretta compenetrazione degli ambiti materiali ha reso inseparabili alcuni profili di regolazione».

¹⁶⁶⁷ Deve essere ricordato che la giurisprudenza costituzionale esaminata osserva, tra l'altro, che «l'autonomia degli enti territoriali nella materia dell'espressione finanziaria e contabile viene circoscritta, ma non certo eliminata» (Corte cost. n. 80/2017).

potendosi rinvenire traccia concreta (anche se in forma implicita) anche di tale dato conclusivo nelle elaborazioni giurisprudenziali, la Corte lascia prevalere una risoluzione interpretativa estensiva del potere legislativo statale, che rimane viziata dalle finalità evidenti di scongiurare il rischio di vanificazione dell'imponente lavoro normativo (comunque eccessivo rispetto alla delimitazione degli spazi legislativi stabiliti all'art. 117 Cost.)¹⁶⁶⁸, e, soprattutto, di porre al riparo da ogni pericolo di compromissione l'omogeneità dei linguaggi contabili e delle procedure finanziarie quale opzione finalistica direttamente riconducibile ovvero connaturata ai valori costituzionali dell'armonizzazione dei bilanci pubblici e del coordinamento finanziario, in funzione della effettività dei principi di buon andamento della pubblica amministrazione, di equilibrio dei bilanci, di coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea (a dimostrazione del carattere strumentale dei suddetti valori). Propositi finalistici, quelli valorizzati dalla giurisprudenza costituzionale esaminata, più che ragionevoli; i quali, tuttavia, devono incontrare limite non meno rigoroso nella protezione di altri valori costituzionali, con divieto di letture interpretative espansive tali da esporre, per converso, al pericolo di neutralizzazione l'opzione autonomistica che ha trovato espressione nella Costituzione repubblicana e inforzo nella riforma costituzionale del 2001. Un pericolo quest'ultimo che rischia di trovare alimento nella ricostruzione giurisprudenziale nella parte in cui, forzando (per le dette finalità) il dato costituzionale, mostra di autorizzare una impostazione estensiva, attributiva allo Stato del potere di disciplina dell'intero sistema contabile degli enti territoriali¹⁶⁶⁹: e ciò sulla base della considerazione che il suddetto «sistema contabile» è comprensivo di profili di disciplina riguardanti i documenti di bilancio e i documenti contabili in generale (armonizzazione dei bilanci pubblici), le procedure finanziarie e di gestione e i controlli (coordinamento della finanza pubblica). Una posizione conclusiva che, oltre ad essere scarsamente coerente con i profili limitativi (del potere legislativo statale) individuati dalla stessa Corte e anche con la

¹⁶⁶⁸ In effetti, indipendentemente da ogni valutazione relativa alla compatibilità della normativa in esame con i principi costituzionali che governano la ripartizione del potere legislativo (art. 117 Cost.), deve prendersi atto della imponenza del lavoro di elaborazione normativa che, poi, ha trovato traduzione non solo nell'articolato del d.lgs. n. 126/2014 (come più volte detto, correttivo e integrativo del d.lgs. n. 118/2011), ma anche negli allegati (uniti allo stesso decreto, e, quindi, al d.lgs. n. 118/2011) esplicativi della disciplina «ultra regolamentare» e determinativi dei modelli cui gli enti territoriali devono attenersi nella redazione dei documenti contabili, con la conseguenza di trasformare (di ridurre) il compimento degli adempimenti di bilancio e contabili in attività a carattere quasi meramente compilativo. In verità, l'impressione che si ricava è che sia stata proprio la suddetta attività di elaborazione normativa a «condizionare» il legislatore delegato (in sede di correzione e integrazione del d.lgs. n. 118/2011), il quale ha ritenuto preferibile recepirla integralmente al fine di conferirvi prescrittività nei confronti degli enti territoriali.

¹⁶⁶⁹ Una impostazione che trova espressione, oltre che in alcuni passaggi motivativi della giurisprudenza costituzionale esaminata, nella prima prescrizione additiva di cui al n. 1 del dispositivo di Corte cost. n. 80/2017, ove, come visto, si dichiara l'illegittimità costituzionale della disposizione denunciata «nella parte in cui in cui non prevede che l'ordinamento finanziario e contabile degli enti locali provinciali e dei loro enti ed organismi strumentali è disciplinato dal decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118 (Disposizioni in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle Regioni, degli enti locali e dei loro organismi, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 5 maggio 2009, n. 42)».

riportata statuizione additiva¹⁶⁷⁰, trascura il fatto che il legislatore costituzionale non si esprime mai in termini di “sistema contabile degli enti territoriali” (né in termini di “sistema contabile delle regioni” e neppure in termini di “sistema contabile pubblico”), ma si “limita” ad individuare le seguenti materie: «sistema contabile dello Stato»; «armonizzazione dei bilanci pubblici»; «coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario»¹⁶⁷¹; utilizzando formule linguistiche insuscettibili di letture “onnicomprensive”, e, comunque, implicanti l’esistenza di poteri normativi in capo ad altri enti (diversi dallo Stato) negli ambiti materiali della contabilità: poteri normativi e relative normazioni che richiedono interventi legislativi a carattere armonizzativo e di coordinamento al fine di assicurare la necessaria omogeneità. E trascura la circostanza che, comunque, le competenze legislative statali in materia di armonizzazione dei bilanci pubblici e in materia di coordinamento della finanza pubblica sono diverse, limitate, nel secondo ambito disciplinare, alla determinazione dei principi fondamentali: una distinzione che, già solo per il suo fondamento costituzionale, è insuscettibile di essere neutralizzata dal carattere “multidisciplinare” del “sistema contabile”, il quale non autorizza l’estensione ai profili del coordinamento finanziario delle prerogative legislative statali stabilite all’art. 117, comma secondo, Cost. né ammette la “confusione” tra disposizioni (ambiti di disciplina) riconducibili alle due distinte materie¹⁶⁷².

Un secondo elemento, ricavabile dall’elaborazione giurisprudenziale, che merita attenzione riguarda proprio la valorizzazione del (riferito) carattere “multidisciplinare” del “sistema contabile”: un dato che, pur senza autorizzare (come detto) la lettura estensiva avvalorata dalla Corte, rende possibile un approccio valutativo complessivo, di largo spettro, che deve guidare lo sforzo volto alla definizione degli spazi di intervento del legislatore statale nella (negli ambiti materiali della) contabilità degli enti territoriali, e alla individuazione delle disposizioni recate dal d.lgs. n. 118/2011 (come modificato dal d.lgs. n. 126/2014) suscettibili di trovare fondamento costituzionale. In sostanza, il punto non è di valutare se la richiamata legislazione statale sia esorbitante rispetto ai principi di cui all’art. 117 Cost., trattandosi di un dato che può essere ritenuto ampiamente acquisito e finanche di elementare percezione (ad un approccio laico alla questione dibattuta); e neppure quello di esprimere una critica degli eccessi legislativi dello Stato e del radicalismo centralistico che

¹⁶⁷⁰ La quale, in effetti, come visto, dice una cosa molto diversa: dice, in sostanza, che il legislatore territoriale è competente a disciplinare il sistema contabile nel rispetto delle («una competenza normativa che non sia in contrasto con le») «disposizioni della armonizzazione, del coordinamento nazionale della finanza pubblica, del rispetto dei vincoli europei e della salvaguardia degli equilibri di bilancio», stabilite dal legislatore statale. Una prescrizione additiva che, come visto, contrasta (in verità, è incompatibile) con l’altra addizione enunciata da Corte cost. n. 80/2017 al n. 1 del dispositivo (la quale, a sua volta, è anche intrinsecamente contraddittoria: ma, sul punto specifico, vedi ampiamente *sub* 3.4).

¹⁶⁷¹ Come noto, le prime due materie sono annoverate tra quelle a legislazione esclusivo dello Stato di cui all’art. 117, comma secondo, lett. e), Cost., e separate tra loro da un punto e virgola; il «coordinamento della finanza pubblica» è compresa tra le materie a legislazione concorrente (di cui al terzo comma del citato art. 117). Si tratta di dati – peraltro, di facile constatazione – che, in disparte ogni altra considerazione, impediscono di poter ritenere riconducibile alla legislazione esclusiva statale la disciplina del sistema contabile degli enti territoriali.

¹⁶⁷² La qual cosa comporterebbe, in sostanza, come detto, la trasformazione del «coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario» in materia a legislazione esclusiva dello Stato.

li ispira, se non per segnalare l'impatto negativo non solo sul sistema costituzionale delle autonomie, ma anche (e in conseguenza) sul principio di buon andamento della pubblica amministrazione e sugli stessi valori costituzionali di natura finanziaria evocati a giustificazione del neocentralismo. Il tema, piuttosto, è quello, in via generale, di stabilire punti fermi che possano orientare non solo l'interprete, ma lo stesso legislatore (i diversi legislatori) nella disciplina della contabilità degli enti territoriali, e, quindi, dei profili di decisione finanziaria, di amministrazione concreta (di gestione e di tenuta dei conti), di controllo, di responsabilità; e, nello specifico, di comprendere quanta parte del d.lgs. n. 118/2011 (e, quindi, quanta parte della legislazione statale) riesce a resistere alla corretta applicazione dei principi di ripartizione delle competenze legislative disposti all'art. 117 Cost., e quale sia il destino delle disposizioni che ne rimangono travolte.

In relazione ai profili di ordine generale, e con riferimento agli aspetti riguardanti le regioni, continua a rimanere preferibile la soluzione proposta, secondo cui il potere del legislatore regionale, con riguardo alla disciplina della contabilità della regione stessa, incontra limite, oltre che nei principi costituzionali di cui agli artt. 81, 97 e 119 Cost., "solo" nelle disposizioni di armonizzazione dei bilanci pubblici e nei principi fondamentali di coordinamento della finanza pubblica. Una impostazione che, come evidenziato, trova importante riscontro nelle posizioni della giurisprudenza costituzionale esaminata¹⁶⁷³, la quale, come anche visto, non solo esclude che lo spostamento della «armonizzazione dei bilanci pubblici» tra le materie di cui all'art. 117, comma secondo, lett. e), Cost. determini l'attrazione nella competenza legislativa esclusiva dello Stato della disciplina del sistema contabile regionale, ma riconosce espressamente la permanenza, in capo al legislatore regionale, di autonomo potere legislativo negli ambiti materiali della contabilità¹⁶⁷⁴, pur se con le (ovvie) limitazioni riconducibili agli evocati valori costituzionali di natura finanziaria; e finanche valorizza (enfattizza) i profili funzionali dei documenti di bilancio, e, quindi, la rilevanza dell'autonomia contabile.

È in relazione alla specificazione considerazione degli aspetti concreti riferiti alla disciplina pervasiva introdotta dal d.lgs. n. 126/2014 (a modifica e integrazione del d.lgs. n. 118/2011) che rimangono marcati scostamenti visibili rispetto alle posizioni della giurisprudenza costituzionale. Ed è tal proposito che viene in rilievo il carattere "multidisciplinare" del "sistema contabile"¹⁶⁷⁵, il quale, evocato dalla Corte a giustificazione della estensione del

¹⁶⁷³ Anche, in sostanza (fermi restando i profili di perplessità evidenziati), nella (sopra riportata) seconda statuizione additiva di cui al n. 1 del dispositivo di Corte cost. n. 80/2017.

¹⁶⁷⁴ Una conclusione, in verità, del tutto inevitabile se si considera la stretta funzionalità dell'autonomia contabile (nell'accezione esplicativa della capacità dell'ente di dotarsi e di stabilire la disciplina dei documenti contabili e di bilancio, quali strumenti di decisione finanziaria, e delle procedure finanziarie) rispetto all'autonomia finanziaria, e, più in generale, all'autonomia politica riconosciuta in Costituzione agli enti territoriali.

¹⁶⁷⁵ Dovendosi evidenziare che il carattere "multidisciplinare" riguarda (appunto) il "sistema contabile" e non la «armonizzazione dei bilanci pubblici», la quale, pur presentando valenza «polifunzionale» - nel senso che, come visto, è funzionale al coordinamento della finanza pubblica e (anche congiuntamente al coordinamento finanziario) ad altri valori costituzionali di natura finanziaria - costituisce un unico ambito disciplinare, che pure va ad incidere sul "sistema contabile" (degli enti territoriali).

potere legislativo statale, manifesta valenza, invece, nel senso che impone di valutare la circostanza che il legislatore statale, indipendentemente dal richiamo espresso (contenuto nel titolo stesso del decreto delegato) alla materia armonizzativa, è tenuto a disciplinare altri aspetti del sistema contabile degli enti territoriali, riguardanti, come detto, i profili gestionali, le procedure finanziarie, i controlli, i procedimenti rendicontativi, riconducibili al coordinamento della finanza pubblica. Ne deriva che la “tenuta” della normazione introdotta dal d.lgs. n. 126/2014 – e, quindi, l’azione normativa del legislatore statale - deve essere misurata (non solo con riferimento alla materia armonizzativa, ma) in relazione al complesso delle competenze legislative attribuite allo Stato negli ambiti materiali riferibili alla finanza e alla contabilità pubbliche, e, segnatamente, al sistema contabile degli enti territoriali, comunque riconducibili alla «armonizzazione dei bilanci pubblici» ed al «coordinamento della finanza pubblica»¹⁶⁷⁶. La qual cosa, tuttavia, non significa che le disposizioni delle due materie rimangano confuse ovvero concentrate in un unico ambito materiale né che la seconda sia attratta nella legislazione esclusiva dello Stato; ma suggerisce di considerare il quadro delle fonti di produzione legislativa nel suo insieme, al fine di provare ad individuare il punto di equilibrio tra i diversi interessi costituzionali coinvolti, la migliore combinazione dei valori generali che vengono in rilievo, isolando, ove possibile, punti fermi in grado di orientare legislatori e interpreti. E così, a tal fine – e in sintesi conclusiva - acquisita certezza in ordine alla permanenza di autonomia contabile in capo agli enti territoriali ed escluso che lo Stato possa estendere la propria competenza legislativa alla disciplina di ogni aspetto della contabilità ovvero del sistema contabile delle regioni (e, più in generale, degli enti territoriali); rimane da chiedersi se le esigenze di armonizzazione e di coordinamento, in combinazione con gli altri interessi costituzionali, riescano ad autorizzare il legislatore statale alla disciplina dell’ordinamento finanziario e contabile delle regioni, e, quindi, a stabilire i principi del sistema contabile regionale (come viene fatto nel titolo terzo del d.lgs. n. 118/2011, come introdotto dal d.lgs. n. 126/2014). A tal proposito, vengono in rilievo le osservazioni sviluppate in ordine alla delimitazione degli spazi di estensione delle materie «armonizzazione dei bilanci pubblici» e «coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario», ritenute attributive allo Stato della competenza a stabilire, rispettivamente: disposizioni riguardanti il bilancio e gli altri documenti contabili (essenzialmente riferite alla loro struttura), al fine di assicurare – in estrema sintesi

¹⁶⁷⁶ Alle competenze legislative riconducibili alla «armonizzazione dei bilanci pubblici» ed al «coordinamento della finanza pubblica» devono aggiungersi quelle espressamente previste – in funzione del principio di equilibrio del bilancio - dall’art. 81, comma sesto, Cost, ed all’art. 5 legge cost. n. 1/2012, le quali, pur essendo riferite in massima parte allo Stato, riguardano, comunque, il sistema contabile pubblico nel suo complesso, e, per alcuni aspetti specifici, richiamano espressamente profili specificatamente relativi agli enti territoriali: ad esempio, le disposizioni di cui all’art. 5, comma secondo, lett. b) e c), legge cost. n. 1/2012. Deve, peraltro, essere ribadito che armonizzazione dei bilanci e coordinamento finanziario concorrono ad assicurare l’osservanza (l’effettività) del suddetto principio di equilibrio dei bilanci e, più in generale, del principio di buon andamento della pubblica amministrazione, e degli altri valori costituzionali di natura finanziaria, quali la stabilità della finanza pubblica (direttamente riconducibile all’obbligo di garanzia della «sostenibilità del debito pubblico» di cui all’art. 97, comma primo, Cost.), la coerenza con l’ordinamento dell’Unione europea, il concorso degli enti territoriali ad assicurare l’osservanza dei vincoli economici e finanziari provenienti dall’Unione europea.

(trattandosi di profili ampiamente sviluppati) - la necessaria omogeneità dei linguaggi contabili e delle modalità di espressione finanziaria, in funzione della leggibilità (e, quindi, anche della trasparenza) e della confrontabilità delle informazioni e dei dati finanziari; e disposizioni fissative dei principi fondamentali del coordinamento finanziario, comprensivo – nella sua accezione “statica” – dei profili riguardanti (come detto) la programmazione finanziaria, la gestione dei bilanci e delle risorse, i controlli, la tenuta dei conti, le responsabilità. Ne consegue che la risposta alla questione rilevata può essere affermativa ove si intenda con ordinamento finanziario e contabile la fissazione dei principi generali del sistema contabile delle regioni (e, più in generale, degli enti territoriali)¹⁶⁷⁷, che costituisce anche – la definizione delle disposizioni di carattere generale¹⁶⁷⁸ – il limite di estensione delle competenze legislative dello Stato con riferimento agli ambiti disciplinari riconducibili alla contabilità regionale¹⁶⁷⁹.

Rimane da considerare il “destino” delle disposizioni introdotte dal legislatore statale (con il d.lgs. n. 126/2014) esorbitanti rispetto ai limiti di competenza riconducibili ai principi di cui all’art. 117 Cost., e, comunque, a carattere regolamentare. Sul punto, rimane preferibile la soluzione già proposta, con cui si evidenzia la cedevolezza delle disposizioni a carattere regolamentare stabilite dal legislatore statale, le quali, pur mantenendo valenza prescrittiva

¹⁶⁷⁷ Per intenderci, a titolo di esempio, possono essere ritenute principi generali le disposizioni di cui all’art. 55 legge 8 giugno 1990, n. 142, la quale, infatti, si intitolava «ordinamento delle autonomie locali» (e le cui disposizioni, come noto, in molta parte sono confluite nel d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, recante il testo unico delle leggi sull’ordinamento degli enti locali); pur potendosi ammettere, in relazione alla disciplina dei documenti di bilancio (e, in generale, dei documenti contabili) – e, quindi, con riferimento a profili riconducibili, come detto, alla armonizzazione dei bilanci pubblici – ulteriori spazi di competenza del legislatore statale, suscettibili di estensione fino al “livello” delle disposizioni di cui al citato d.lgs. 28 marzo 2000, n. 76 (ora abrogato dal d.lgs. n. 118/2011, come modificato dal d.lgs. n. 126/2014), il quale, come detto, stabiliva «principi fondamentali e norme di coordinamento in materia di bilancio e di contabilità delle regioni»: principi e norme (in molta parte ribaditi nel citato d.lgs. 12 aprile 2006, n. 170, recante, come detto, «ricognizione dei principi fondamentali in materia di armonizzazione dei bilanci»: pure abrogato dal d.lgs. n. 126/2014) - cui, ovviamente, il legislatore regionale doveva attenersi nel disciplinare la contabilità della propria regione.

¹⁶⁷⁸ Si è già rilevato come la circostanza che l’armonizzazione dei bilanci pubblici sia stata attribuita alla competenza legislativa esclusiva dello Stato non possa autorizzare a ritenere che il legislatore statale sia abilitato a stabilire discipline minuziose dei profili rientranti nella suddetta materia (e, quindi, limitati agli aspetti riguardanti il bilancio e gli altri documenti contabili): e in tal senso riesce ad indurre la denominazione stessa della materia, che, come visto, è «armonizzazione pure dei bilanci pubblici» e non “disciplina dei bilanci pubblici”. Ne consegue che appare (continua a rimanere) preferibile una lettura della suddetta materia come attribuita al legislatore statale di competenza a stabilire disposizioni di carattere generale (comunque, con esclusione di norme a carattere minuzioso), sufficienti ad assicurare l’omogeneità dei linguaggi contabili ritenuta necessaria dall’ordinamento finanziario (in funzione dei principi costituzionali più volte richiamati).

¹⁶⁷⁹ La soluzione proposta – di ritenere che la definizione dell’ordinamento finanziario e contabile delle regioni (inteso nei sensi evidenziati, e, cioè, limitato alla fissazione, organica e complessiva, dei principi generali della contabilità degli enti territoriali), e, a maggior ragione, di quello degli enti locali, rimane attratta nella competenza del legislatore statale – induce a non condividere la decisione di Corte cost. n. 80/2017 nella parte in cui ha ritenuto la legittimità costituzionale, sia pure solo con le addizioni prescritte, della disposizione di cui all’art. 2 legge prov. aut. Bolzano n. 17/2015, ove, come visto, si stabiliva che l’ordinamento finanziario e contabile degli enti locali era disciplinato dal legislatore territoriale («... dalle disposizioni della presente legge»); e ciò, con specifico riferimento alla fattispecie in esame, anche in considerazione del fatto che armonizzazione dei bilanci pubblici e coordinamento finanziario (proprio per le esigenze generali cui sono funzionali) devono ritenersi estesi anche agli enti ad autonomia differenziata.

(al fine di evitare vuoti normativi, peraltro in ambiti materiali particolarmente “sensibili” rispetto alle tematiche finanziarie)¹⁶⁸⁰, devono ritenersi (appunto) cedevoli a fronte di eventuali disposizioni (della stessa natura) di segno diverso stabilite dalle regioni o dagli enti locali nell’esercizio del rispettivo potere normativo¹⁶⁸¹.

Vi è, infine, un ulteriore profilo di particolare interesse che emerge nitidamente dalla elaborazione della giurisprudenza costituzionale, e riguarda la valorizzazione da parte della Corte del bilancio pubblico quale strumento (complesso) fondamentale di decisione finanziaria, di programmazione e di gestione delle risorse, ma anche di informazione e di trasparenza, di controllo: profili funzionali – peraltro, tutti direttamente collegati a valori costituzionalmente protetti¹⁶⁸² – che la Corte ha voluto marcare, enfatizzare, unitamente

¹⁶⁸⁰ L. SAMBUCCI, *Autonomia contabile delle regioni e armonizzazione dei bilanci pubblici*, cit., p. 42; ma vedi anche L. SAMBUCCI, *La contabilità degli enti territoriali ed istituzionali*, cit., p. 346. In sostanza, le disposizioni del d.lgs. n. 118/2011 (come modificato dal d.lgs. n. 126/2014) esorbitanti rispetto alle competenze legislative dello Stato, rimangono valide e produttive di effetti fino a quando non dovesse intervenire una disposizione, di segno diverso, stabilita dal legislatore regionale (ovvero dall’ente locale, nell’esercizio del potere normativo).

¹⁶⁸¹ Nel senso che la disposizione statale non fissativa di un principio rimarrà disapplicata a fronte di una disposizione del legislatore regionale di segno diverso (che, cioè, stabilisca, in relazione a quello stesso istituto, una cosa diversa). Una soluzione (quella della cedevolezza) peraltro, già avvalorata dall’ordinamento con riferimento al d.lgs. 25 febbraio 1995, n. 77, con il quale il legislatore, pur delegato all’adozione dell’ordinamento finanziario e contabile degli enti locali, adottò una disciplina (poi, come detto, in molta parte trasfusa nel d.lgs. n. 267/2000) che andò molto oltre la definizione dei principi. In quel caso, tuttavia, almeno era stata conferita una specifica delega (per la disciplina dell’ordinamento finanziario e contabile degli enti locali) ed erano stati enunciati principi e criteri direttivi per l’attuazione della delega legislativa; nel caso del d.lgs. n. 126/2014, invece, come visto, è stata disposta la disciplina dell’ordinamento finanziario e contabile delle regioni senza che vi fosse una specifica delega in tal senso, e, addirittura, ciò è avvenuto (la suddetta disciplina è stata adottata) in sede di correzione e integrazione del d.lgs. n. 118/2011 che nulla stabiliva in relazione all’ordinamento finanziario e contabile delle regioni. Una soluzione (quella della cedevolezza) che continua a rimanere una soluzione di “ripiego”, in quanto, a fronte di un sicuro “distacco” rispetto al sistema di principio definito all’art. 117 Cost. (si ripete: deve ritenersi acclarato il dato della “esorbitanza” del potere legislativo statale rispetto ai criteri stabiliti dal citato legislatore costituzionale), ritiene preferibile tutelare la “stabilità” del sistema normativo ed evitare, come detto, che si determinino vuoti normativi con riferimento ad aspetti che riguardano (infine) gli assetti del sistema finanziario, cui attualmente (ma non da oggi) l’ordinamento generale riconosce valenza centrale. La suddetta soluzione, tuttavia, non riesce ad eliminare le criticità che l’esubranza legislativa dello Stato è suscettibile di determinare sulla effettività dell’autonomia contabile degli enti territoriali, la quale, comunque, anche ove dovesse essere esercitata (una delle conseguenze negative, infatti, è ravvisabile nell’impulso di dissuasione degli enti territoriali dall’esercizio del potere normativo, i quali rimangono indotti ad adeguarsi alla disciplina stabilita dallo Stato), rimarrebbe inevitabilmente orientata dal legislatore statale: molto difficilmente, infatti, una regione – e men che meno un ente locale – si spingerebbe a stabilire norme di segno diverso da quelle disposte dallo Stato (i casi esaminati dalla giurisprudenza citata ne riescono ad essere riprova, se si considera che la Regione Toscana, nonostante l’impugnativa dello Stato, aveva sostanzialmente riprodotto la disciplina disposta dal legislatore statale; e che la Provincia autonoma di Bolzano si è affrettata ad abrogare la legge fatta oggetto di denuncia di costituzionalità).

¹⁶⁸² Si tratta, peraltro, di aspetti tradizionalmente evidenziati dalla dottrina che tanta attenzione ha dedicato all’approfondimento delle tematiche giuscontabilistiche, e ripetutamente segnalati, anche di recente: A. BRANCASI, *L’autonomia finanziaria degli enti territoriali*, cit., p. 78, ricorda che «i bilanci e la contabilità pubblica sono anche strumenti di governo e di indirizzo dell’attività dell’amministrazione». Sui diversi profili funzionali del bilancio (e dei documenti della decisione di bilancio) e sulla loro rilevanza rispetto alla piena osservanza del principio di buon andamento della pubblica amministrazione di cui all’art. 97 Cost., vedi ampiamente L. SAMBUCCI, *La programmazione finanziaria negli enti locali*, cit., p. 148.

alla altissima valenza istituzionale dei documenti di bilancio e della contabilità pubblica: «i bilanci e la contabilità pubblica sono anche strumenti di governo e di indirizzo dell'attività dell'amministrazione»¹⁶⁸³. Parole importanti (soprattutto per l'autorevolezza della fonte), attestative di una confortante sensibilità per le tematiche giuscontabilistiche e dimostrative (unitamente alla imponente produzione legislativa che negli ultimi anni ha riguardato la disciplina contabile¹⁶⁸⁴) della rinnovata centralità degli istituti della «contabilità pubblica»¹⁶⁸⁵, i quali hanno trovato (anziché riduzione) nuovo alimento funzionale nell'irrigidimento dei vincoli economici e finanziari e nell'aumento dei principi contabili provenienti dall'Unione europea¹⁶⁸⁶: istituti che si articolano e si sviluppano ora in un contesto ispirato

¹⁶⁸³ Deve essere rilevato che, sul punto specifico (la valorizzazione dei profili funzionali dei documenti di bilancio e dell'autonomia contabile degli enti territoriali) Corte cost. n. 80/2017 ha espresso una forte, e inaspettata (se si considera che si tratta di aspetti non interessati dai motivi di denuncia), critica nei confronti del legislatore territoriale, il quale, secondo la Corte in esame, avrebbe stabilito disposizioni che «non appaiono, nel loro complesso, idonee ad integrare – sotto il profilo della trasparenza, della chiarezza, della significatività e della specificazione degli interventi attuativi delle politiche pubbliche – la forte connotazione tecnica dei principi di armonizzazione»; precisando che «la disciplina dell'esposizione divulgativa (riservata al legislatore provinciale) dei termini numerici che caratterizzano il bilancio di previsione costituisce elemento di razionalizzazione e di trasparenza del processo decisionale dell'ente territoriale, fornendo alla collettività amministrata il senso delle priorità politiche e della loro proiezione finanziaria, così da individuare, rispettivamente *ex ante* (bilancio di previsione) ed *ex post* (rendiconto), la reale traiettoria delle gestioni pubbliche e dei loro risultati effettivi».

¹⁶⁸⁴ Può essere utile ricordare che solo nel 2016 sono stati adottati quattro diversi provvedimenti legislativi che hanno riguardato direttamente la disciplina della contabilità pubblica: d.lgs. 12 maggio 2016, n. 93; d.lgs. 12 maggio 2016, n. 90; legge 4 agosto 2016, n. 163; legge 12 agosto 2016, n. 164; e che nel 2012, con legge cost. 20 aprile 2012, n. 1, è stato riformato l'art. 81 Cost. (ma, come visto, sono state modificate anche altre disposizioni costituzionali), ed è stata approvata la legge 24 dicembre 2012, n. 243 (recanti disposizioni attuative del principio di equilibrio del bilancio).

¹⁶⁸⁵ La locuzione, come visto, è della giurisprudenza costituzionale; tuttavia, se si vuole, si può dire anche diritto finanziario o diritto dell'amministrazione finanziaria o diritto della contabilità pubblica: non è una questione di denominazione.

¹⁶⁸⁶ Sul punto, deve essere rilevato che l'istituzione europea si preoccupa principalmente (quasi esclusivamente): di stabilire principi, parametri, limiti, procedure, che attengono e che incidono direttamente sulle politiche economiche, finanziarie e di bilancio degli Stati nazionali; e di fissare meccanismi di sorveglianza e monitoraggio, di «allerta», di valutazione, di controllo, di correzione, di sanzione, volti a prevenire e rimuovere gli scostamenti rispetto ai limiti stabiliti: si tratta di elementi che trovano traduzione prescrittiva, oltre che nel regolamento CE del Consiglio 7 luglio 1997, n. 1466 «per il rafforzamento della sorveglianza delle posizioni di bilancio nonché della sorveglianza e del coordinamento delle politiche economiche» e nel regolamento CE del Consiglio 7 luglio 1997, n. 1467 («per l'accelerazione e il chiarimento delle modalità di attuazione della procedura per i disavanzi eccessivi»), in diversi regolamenti UE: reg. 16 novembre 2011, n. 173, sulla «effettiva esecuzione della sorveglianza di bilancio nella zona euro»; reg. 16 novembre 2011, n. 174, «sulle misure esecutive per la correzione degli squilibri macroeconomici eccessivi nella zona euro»; reg. 16 novembre 2011, n. 175, di modifica del «regolamento CE n. 1466/1997 del Consiglio per il rafforzamento della sorveglianza delle posizioni di bilancio nonché della sorveglianza e del coordinamento delle politiche economiche»; reg. 16 novembre 2011, n. 176, «sulla prevenzione e la correzione degli squilibri macroeconomici»; reg. 16 novembre 2011, n. 177, di modifica del «regolamento CE n. 1467/1997 per l'accelerazione e il chiarimento delle modalità di attuazione della procedura per i disavanzi eccessivi» (regolamenti che, unitamente alla direttiva UE 8 novembre 2011, n. 85, costituiscono il cosiddetto «*six pack*»); e, inoltre: nel regolamento UE 10 maggio 2013, n. 472, «sul rafforzamento della sorveglianza economica e di bilancio degli Stati membri nella zona euro che si trovano o rischiano di trovarsi in gravi difficoltà per quanto riguarda la loro stabilità finanziaria»; e nel regolamento UE 21 maggio 2013, n. 473 («sulle disposizioni comuni per il monitoraggio e la valutazione dei documenti programmatici di bilancio e

a leale e virtuosa collaborazione (anche a carattere preventivo: e, cioè, prima – e in funzione – dell’approvazione del bilancio di previsione finanziario), che trova sostanza essenziale nella regolarità, nella chiarezza, nella affidabilità dello scambio informativo, nella tempestiva conoscenza delle decisioni finanziarie, nella osservanza delle regole e nella salvaguardia dell’opzione politica¹⁶⁸⁷. E gli stessi criteri – di virtuosa e leale collaborazione - devono ispirare i rapporti finanziari tra lo Stato e gli enti territoriali¹⁶⁸⁸, senza che sia possibile (ovvero che sia necessaria) la compromissione dell’autonomia contabile delle regioni e degli enti locali e (in nome) dell’osservanza dei principi costituzionali di natura finanziaria.

per la correzione dei disavanzi eccessivi negli Stati membri della zona euro): regolamenti che costituiscono il cosiddetto “*two pack*”.

Mentre, con riferimento agli aspetti più prettamente contabili, l’Unione europea si “limita” a ribadire principi di ordine generale sostanzialmente impositivi agli Stati membri di dotarsi di sistemi di contabilità pubblica in grado di assicurare completezza, trasparenza, chiarezza, tempestività, regolarità delle informazioni finanziarie e di bilancio. Principi che trovano espressione normativa, in particolare, nella citata direttiva UE del Consiglio 8 novembre 2011, n. 85, «relativa ai requisiti per i quadri di bilancio degli Stati membri»; mentre prescrizioni importanti sulla scansione temporale della procedura di bilancio (degli Stati membri) sono contenute del citato reg. UE n. 473/2013.

¹⁶⁸⁷ Collaborazione che, sul piano nazionale, ha trovato espressa prescrizione all’art. 9 legge n. 196/2009, ove, tra l’altro, si stabilisce: che il programma di stabilità e il programma nazionale di riforma (i quali, come noto, sono contenuti nel documento di economia e finanza) sono presentati al Consiglio dell’Unione europea e alla Commissione europea entro il 30 aprile (e comunque nei termini e con le modalità previsti dal codice di condotta sull’attuazione del patto di stabilità e crescita); e che il progetto di documento programmatico di bilancio per l’anno successivo, di cui all’art. 6 reg. UE n. 473/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio è presentato alla Commissione europea e all’Eurogruppo entro il 15 ottobre (ed è trasmesso alle Camere entro il medesimo termine). E che ha condotto il legislatore statale ultimo citato a prevedere espressamente che, nella Nota di aggiornamento del Documento di economia e finanza (da presentare alle Camere entro il 27 settembre), siano contenuti, tra l’altro: eventuali aggiornamenti degli obiettivi programmatici al fine di recepire raccomandazioni approvate dal Consiglio dell’Unione europea; e le osservazioni e le eventuali modifiche e integrazioni del DEF in relazione alle raccomandazioni del Consiglio dell’Unione europea relative al Programma di stabilità e al Programma nazionale di riforma (come noto, contenuti nel DEF)

¹⁶⁸⁸ Potendosi rilevare che, anche sul punto specifico, espressi principi sono codificati all’art. 8 legge n. 196/2009, ove si stabilisce: che «le regioni, le province autonome di Trento e di Bolzano e gli enti locali determinano gli obiettivi dei propri bilanci annuali e pluriennali in coerenza con gli obiettivi programmatici risultanti dal DEF»; e che, anche ai fini dell’attuazione dell’art. 21, comma primo ter, lettera g), nella nota di aggiornamento del DEF (di cui all’art. 10 *bis*), viene definito il quadro di riferimento normativo per il concorso agli obiettivi di finanza pubblica da parte degli enti territoriali, caratterizzato da stabilità, coerenza, conformità ai parametri europei e rispetto dell’autonomia gestionale degli enti; e che, in coerenza con gli obiettivi nazionali, articolati per sottosectori (stabiliti ai sensi dell’art. 10, comma secondo, lettera e), sono definiti gli interventi necessari per il loro conseguimento distintamente per regioni, province e comuni. Ecco, forse il legislatore statale avrebbe fatto meglio a concentrarsi maggiormente sulla individuazione di un sistema prescrittivo che riuscisse a rendere effettivo la suddetta collaborazione istituzionale (anziché nella definizione della disciplina regolamentare della contabilità degli enti territoriali). Sul punto specifico, S. BARTOLE, *Alla ricerca di un nuovo regionalismo dopo il referendum costituzionale*, in *Le Regioni*, 2016, p. 787, rileva che il terreno nel quale maggiormente andrebbe valorizzato il principio di leale collaborazione «è senza dubbio quello delle politiche finanziarie e di bilancio. Troppo spesso oggi l’insoddisfazione per i riparti finanziari delle regioni si scarica nei giudizi costituzionali, in cui difficilmente vi è la possibilità di verificare l’adeguatezza finanziaria delle soluzioni che vengono portate ad esecuzione»; aggiungendo che «risuona nell’atteggiamento dello Stato la disattenzione indotta dall’antica idea che Stato e regioni siano destinati ad operare su due linee parallele destinate ad incontrarsi solo nella sede del contenzioso costituzionale».

IL GRAN CONSIGLIO DEL FASCISMO E LA MONARCHIA RAPPRESENTATIVA*

di Fulco Lanchester**

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Uno sguardo dal fondo – 3. La Monarchia e lo Statuto – 4. Lo Stato di massa tra liberal democrazia e opzione autoritaria a tendenza totalitaria – 5. La legge sul Gran Consiglio del fascismo e la natura dell'organo supremo – 5.1. Che cos'era – 5.2. Competenze – 5.3. Chi ne faceva parte? – 5.4. Commento – 6. La forma di governo nell'ordinamento fascista – 7. L'ordinamento fascista e l'elasticità dello Statuto

1. Premessa

Emilio Gentile mi aveva proposto come titolo di questo intervento *Il Gran Consiglio del fascismo nello Stato monarchico*; ho preferito, invece, il più classico *Il Gran Consiglio e il governo monarchico rappresentativo*, con un esplicito riferimento al dettato statutario dell'articolo 2, al fine di poter analizzare il tema delle riforme istituzionali incrementali del regime e le conseguenze per la classificazione della forma di governo allora vigente (ovviamente con le avvertenze fornite a suo tempo da Leopoldo Elia sullo schiacciamento delle forma di governo sulla forma di Stato negli ordinamenti non democratici)¹⁶⁸⁹.

In questo modo mi sarà possibile:

da un lato, analizzare il ruolo del Gran Consiglio tra gli *organi supremi* del regime nell'ambito di quella trasformazione progressiva dell'impianto statutario, la cui natura flessibile permetteva modificazioni anche incisive, ma vincolate alla elasticità della struttura complessiva soggetta a fenomeni di modificazione plastica e di snervamento con pericolo di rottura;

dall'altro, valutare la correttezza delle procedure di passaggio dal Governo Mussolini al Governo Badoglio, formalmente provocata dal voto sull'o.d.g. del Gran Consiglio.

Il tema sullo sfondo è quello dell'avvento dello Stato di massa non democratico in Italia, caratterizzato dal compromesso diarchico tra monarchia e fascismo. In questa prospettiva l'affermazione di Marcel Gauchet che “il fascismo italiano rappresenta il caso unico di una dittatura totalitaria coesistente con la sopravvivenza di istituzioni tradizionali che rappresentano, malgrado il loro indebolimento, un freno considerevole alle sue pretese”¹⁶⁹⁰ evidenzia la posizione di cerniera dell'ordinamento costituzionale italiano durante il ventennio fascista. In esso si evidenzia la tensione fra un ordinamento autoritario nella

* Relazione presentata al Convegno *Le carte ritrovate*, Direzione Generale degli Archivi, dall'Archivio Centrale dello Stato e dalla Soprintendenza Archivistica e Bibliografica del Lazio (Roma, 30 maggio 2017).

** Professore ordinario di Diritto costituzionale italiano e comparato presso il Dipartimento di Scienze politiche dell'Università “La Sapienza” di Roma.

¹⁶⁸⁹ L. Elia, *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIX, pp.634 ss.

¹⁶⁹⁰ M. Gauchet, *L'avènement de la démocratie. III. A' l'épreuve des totalitarismes, 1914-1974*, Paris, Gallimard, 2007, pos.5211.

struttura ed uno totalitario nell'ideologia, che tende ad applicarsi in modo incrementale¹⁶⁹¹ con tensioni sempre più forti.

L'ordinamento costituzionale fascista fu, indubbiamente, caratterizzato fino alle soglie del secondo conflitto mondiale da una forte dinamicità. Si è parlato di innovazioni *incrementali* o, addirittura, di rivoluzione *permanente*. In un simile quadro dopo il 1925, la *legge sul Governo del Re*, la *Carta del lavoro*, la *legge sul Gran Consiglio del Fascismo*, quella sul *maresciallo dell'Impero*, l'*istituzionalizzazione del Pnf*, la *trasformazione della Camera dei deputati in Camera dei fasci e delle corporazioni* evidenziarono come lo Statuto albertino fosse divenuto un baccello capace di contenere molte cose differenti sulla base della sua flessibilità, ma come la stessa potesse raggiungere (e per alcuni avesse raggiunto) un punto di "rottura".

2. Uno sguardo dal fondo

Partiamo dal fondo. In questo Convegno si parla di Gran Consiglio perché le Carte Federzoni, depositate all'ACS, hanno come oggetto principale (ma non solo) la seduta del 25 luglio 1943, che determinò non soltanto la fine del regime fascista, ma anche preparò il crollo dello Stato monarchico dell'8 settembre di quello stesso anno.

Ma perché partire dal fondo? Perché il giudizio sull'o.d.g. del Gran Consiglio e sugli avvenimenti successivi risulta emblematico della natura della forma di Stato e di governo allora vigente e della rappresentazione che gli interpreti possedevano della situazione.

Nel corso di queste pagine parlerò dell'*organo supremo* del regime fascista ed evidenzierò come gli stessi *giuristi* radicali (Panunzio¹⁶⁹² e Costamagna¹⁶⁹³ ad es.) lo considerassero *organo complesso*, da cui desumere la stessa forma di governo vigente. Mortati, che – a detta del suo allievo Mario Galizia¹⁶⁹⁴ avrebbe pianto nel luglio 1943 alla notizia del crollo del regime – nelle sue *Istituzioni di diritto pubblico*¹⁶⁹⁵ sembra aderire all'interpretazione di Ernesto Lodolini sull'illegittimità del Governo Badoglio¹⁶⁹⁶. Mortati sostiene infatti la tesi del *colpo di Stato*, categoria dottrinale approfondita durante il fascismo da Curzio Malaparte¹⁶⁹⁷, ma studiata a fondo anche in ambito accademico dopo il secondo conflitto mondiale da Silvano Tosi su *Pagine libere* di Vito Panunzio (1949) e poi pubblicato come monografia nel 1951¹⁶⁹⁸ con prefazione di Widar Cesarini Sforza, intellettuale e filosofo del diritto e non sconosciuto alle discussioni del regime¹⁶⁹⁹.

¹⁶⁹¹ *Ibidem*, pos.5255

¹⁶⁹² Su S. Panunzio rinvio a F. Lanchester, *Sergio Panunzio*, in «Dizionario biografico degli italiani» (da ora: DBI), vol.81 (2014).

¹⁶⁹³ M. Cupellaro, *Carlo Costamagna*, *Ibidem*, vol.30 (1984).

¹⁶⁹⁴ Emerito di Diritto costituzionale italiano e comparato nell'Università di Roma "La Sapienza", su cui si v. F. Lanchester, *Introduzione a Per Mario Galizia*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2014, n.3, pp.1 ss.

¹⁶⁹⁵ C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, vol. I, 1975, p.87.

¹⁶⁹⁶ E. Lodolini, *La illegittimità del governo Badoglio: storia costituzionale del quinquennio rivoluzionario*, Milano, Gastaldi, 1953.

¹⁶⁹⁷ C. Malaparte, *Technique du coup d'état*, Paris, Grasset, 1931 (ed. it. Milano, Bompiani, 1948).

¹⁶⁹⁸ S. Tosi, *Il colpo di Stato*, Roma, Gismondi, 1951. Su S. Tosi v. F. Lanchester, *Politica e diritto* in *Silvano Tosi*, in "federalismi.it", 2009, n.10, pp.1 ss e L. Ciaurro, *Per una cattedra di diritto parlamentare*, in "Nomos. Le attualità nel diritto", 2017, n.1, pp.1 ss.

¹⁶⁹⁹ Su W. Cesarini Sforza la voce di G. Tarello, *Walter Cesarini Sforza*, DBI, vol.24 (1980), che – pur riconoscendo il suo ruolo di "teorico - uno dei più acuti - del movimento fascista" - tace sullo stesso. Possono trovarsi accenni invece

Nel caso in oggetto la tesi del colpo di Stato viene giustificata icasticamente da Mortati con il fatto che Re Vittorio Emanuele III non avrebbe consultato il Gran Consiglio in merito ai nominativi del successore del Duce, che ai sensi dell'art. 13 della L.9 dicembre 1928, n. 2693, lo stesso Mussolini avrebbe dovuto proporre allo stesso Gran Consiglio. Si tratta di una interessante segnalazione di formalismo giuridico da parte di un cultore del realismo, connesso ad una solida ispirazione antimonarchica (rilevabile anche dal suo primo scritto del 1910 su *La giovane Calabria*)¹⁷⁰⁰, ma che per vero si estende a tutto il procedimento di nomina di Badoglio e poi ai provvedimenti di smantellamento degli organi del regime fascista, che tentano di riportare – in ambito di dittatura militare – le lancette al periodo precedente al 1922¹⁷⁰¹.

Per un cultore del decisionismo schmittiano come Mortati risulta significativa la sottovalutazione sia del ruolo del Capo dello Stato nella crisi del luglio 1943, sia dell'o.d.g. del Gran Consiglio. Non viene tenuta in alcun conto né la situazione di emergenza nazionale e l'auspicata invocazione di unità per la salvezza dell'ordinamento; né la richiesta del ripristino di tutte le funzioni statali sulla base delle leggi statutarie e costituzionali, che comportano il significativo invito al Sovrano ad assumere con l'effettivo comando delle FFAA “quella suprema iniziativa di decisione che le nostre istituzioni Lui attribuiscono”.

L'o.d.g. Grandi si situa dunque formalmente all'interno del Regime (e tuttavia non cita – a differenza di quello Farinacci – in alcun modo il Capo del Governo), ma forma e sostanza evidenziano il crollo dello stesso, per cui si può considerare l'azione del Sovrano e del Governo Badoglio come una conseguenza “a rime baciata”. L'eccezionalità della situazione, caratterizzata dall'invasione di parte del territorio nazionale e dal bombardamento della capitale, giustificavano infatti anche ai sensi dello Statuto l'intervento del Capo dello Stato, mentre l'arresto di Mussolini e la normativa volta alla cancellazione delle strutture istituzionali del fascismo da parte del Governo Badoglio ne costituiva una conseguenza¹⁷⁰².

Non appare dunque un problema l'azione del monarca e del suo Governo dal punto di vista costituzionale, mentre più difficile è ammettere la razionalità di ritorno al “*heri dicebamus*” prefascista, convenientemente ibernato dall'eccezionalità della situazione bellica.

Vorrei mettere in evidenza che il tema delle cesure istituzionali non è rilevante solo per Mortati, ma anche per la maggior parte dei giuristi dell'epoca e per le stesse istituzioni. Vincenzo Gueli lo dimostra in modo plastico con l'opera sul *Diritto costituzionale provvisorio e transitorio*¹⁷⁰³, che raccoglie le sue osservazioni tra il 1943-48 sulle modificazioni istituzionali

accenni sulla sua attività nell'introduzione di A. Vittoria nel volume *Lettere a Luigi Federzoni per la "Nuova Antologia" (1931-1942)*: in appendice lettere di Luigi Federzoni; a cura di Marta Bruscia e Albertina Vittoria; Pesaro, Metauro, 2017.

¹⁷⁰⁰F. Lanchester, *Mortati e la "legislatura costituente, in Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale*, Padova, Cedam, 2017, pp.15-17.

¹⁷⁰¹ v. su questo in senso conforme G. Volpe, *Storia degli italiani: II-Il popolo delle scimmie (1915-1945)*, Torino, Giappichelli, 2015, p.381, mentre in precedenza G. Maranini, *Storia del potere in Italia 1848-1967*, Firenze, Vallecchi, 1967, sostiene che la sopravvivenza della prerogativa regia “sia pure stremata e mortificata” avesse fornito una via d'uscita legale “alla liquidazione del regime”.

¹⁷⁰² Mi riferisco a: RDL 2 agosto 1943, n. 704 (*Soppressione del Partito Nazionale Fascista*); RDL 2 agosto 1943, n.705 (*Scioglimento della Camera dei Fasci e delle Corporazioni*); RDL 2 agosto 1943, n.706 (*Soppressione del Gran Consiglio del Fascismo*). Tutti e tre i RDL sono stati pubblicati nella G.U. n. 180 del 5 agosto 1943.

¹⁷⁰³ V. Gueli, *Diritto costituzionale provvisorio e transitorio*, Roma, Soc. “Foro italiano”, 1950.

italiane. L'importanza dell'argomento è anche dimostrata in maniera esplicita e significativa anche dal D.L.Lgt. n.159 del 27 luglio 1944 sull'epurazione, che prende in considerazione la storia italiana dei circa vent'anni precedenti, individuando precise fattispecie istituzionali e di reato.

In particolare all'art.3 del suddetto decreto vengono da un lato individuati i responsabili delle squadre fasciste, "le quali [avevano] compiuto atti di violenza o di devastazione", e coloro che avevano invece promosso e diretto il *colpo di Stato del 3 gennaio 1925* e coloro che in seguito avevano contribuito con atti rilevanti a mantenere in vigore il regime fascista. Mentre i delitti di cui all'art. 3 venivano puniti rispettivamente facendo riferimento all'art.120 e 118 del c.p. del 1889 (Codice Zanardelli, cap. II, *Dei delitti contro i poteri dello Stato*), lo stesso decreto disponeva che "chiunque, posteriormente all'8 settembre 1943 avesse commesso delitti contro la fedeltà e la difesa militare dello Stato" sarebbe stato punito a norma delle disposizioni del Codice penale militare di guerra¹⁷⁰⁴.

Ho riportato in maniera specifica questi dati normativi perché gli stessi combinati fra loro costituiscono un *unicum*, che periodizza la storia italiana dal 1922 in poi sulla base di categorie giuridico-politiche, segno della liminarietà della situazione.

3. *La Monarchia e lo Statuto*

Tutto questo costituisce una premessa per arrivare ad esaminare in maniera sintetica il Gran Consiglio come "*l'organo supremo, che coordina e integra tutte le attività del Regime sorto dalla Rivoluzione dell'ottobre 1922*" (l. n.2693,9 dicembre 1928), sulla base di una analisi della statica e della dinamica costituzionale statutaria. A questo fine è necessario evidenziare la natura peculiare della Carta del 1848, concessa da Carlo Alberto. Com'è noto, lo Statuto in origine instaurava una forma di Stato monarchico costituzionale, rapidamente transitata – sotto la copertura della dizione "monarchia rappresentativa" – ad una forma di Stato liberale oligarchica, caratterizzata dalla dipendenza del Governo dalla fiducia parlamentare della Camera elettiva.

Se si esaminano i rapporti tra Monarchia e Parlamento sulla base del parco combinato di vari articoli dello Statuto (3, 5, 65, 67) con il Preambolo, si era delineata, in origine, una forma di governo monarchico costituzionale pura¹⁷⁰⁵. Con grande celerità la situazione si modificò in un ordinamento caratterizzato dal legame interorganico e naturalistico tra Governo e Parlamento¹⁷⁰⁶. Tutto ciò fu attuato sulla base di consuetudini costituzionali, sfruttando la cosiddetta flessibilità dello Statuto.¹⁷⁰⁷ Durante il primo cinquantennio di

¹⁷⁰⁴ L' art. 118 prevedeva tre fattispecie di reato: 1-impedire al Re o al Reggente in tutto o in parte, anche temporaneamente, l'esercizio della sovranità; 2-Impedire al Senato o alla Camera l'esercizio delle loro funzioni; 3- mutare violentemente la costituzione dello Stato, la forma di governo o l'ordine di successione al trono. L'art. 120 puniva, invece, chiunque avesse commesso "un fatto diretto a far sorgere in armi gli abitanti del Regno contro i Poteri dello Stato".

¹⁷⁰⁵ Su cui si rinvia a F. Lanchester, *Alle origini di Weimar*, Milano, Giuffrè,1985, *passim*.

¹⁷⁰⁶ M. Galizia, *Studi sui rapporti tra Parlamento e Governo*, Milano, Giuffrè,1972.

¹⁷⁰⁷ Sulla categoria da Bryce in poi v. A. Pace, *Costituzioni rigide costituzioni flessibili*, Padova, Cedam,2000. Per il tema della elasticità v. par.7 di queste pagine.

vigenza dello stesso si evidenziò, tuttavia, una tensione tra varie interpretazioni della Carta e in particolare tra quella monarchico-costituzionale e quella monarchico-parlamentare.

È opportuno dire che, mentre i costituzionalisti del primo periodo di vigenza dello Statuto (in particolare dopo la proclamazione del Regno fino alla prima estensione del suffragio nel 1881), per la stessa natura del loro impegno, non poterono che battere la strada dell'applicazione della Carta in senso evolutivo e consuetudinario, sulla base dell'esempio britannico o *francese*, gli autori del periodo successivo o risolsero i problemi attraverso la finzione della personalità statale, o abbracciarono vari tipi di impostazione derivanti da criteri collegati alla funzione dell'istituto monarchico all'interno dello Stato moderno e contemporaneo.

L'instabilità governativa, la critica al cosiddetto *parlamentarismo* e la crescita dello *Stato amministrativo* fecero riapparire il modello costituzionale puro sotto le vesti di proposte di rafforzamento del potere esecutivo sulla base di suggestioni tedesche¹⁷⁰⁸.

Al di là di ogni ricostruzione dottrinale, risulta però opportuno riconoscere che il potere della Corona fino al termine del primo conflitto mondiale si sviluppò nel tempo in correlazione inversa a quello del Parlamento e delle forze politiche che stavano al suo interno, dando vita a gabinetti più o meno stabili. Dopo il repentino passaggio dalla originaria forma costituzionale pura a quella parlamentare, il cosiddetto potere di prerogativa del monarca (ricordato significativamente dallo stesso o.d.g. del Gran Consiglio) non soltanto rimase presente nell'ambito del tradizionale settore federativo (politica estera e politica della difesa), ma si pose come vero e proprio potere di riserva all'interno dell'ordinamento¹⁷⁰⁹.

Alcuni autori hanno, per questo, individuato nel ruolo della Corona e in particolare in quello del monarca l'elemento di riserva, che spiega lo svolgersi non costituzionale della forma di governo parlamentare italiana (ad es. Martucci)¹⁷¹⁰.

Da Moncalieri fino al 1898, per arrivare al radiosomaggismo e al 1922, la critica al comportamento della Corona si è sprecata, ma forse nell'analisi non si sono tenuti in debito conto il dato tecnico-costituzionale e le derive che si presentarono nelle scelte.

4. *Lo Stato di massa tra liberal democrazia e opzione autoritaria a tendenza totalitaria*

Con il 1919 - 1922 si aprì la breve fase liberale e democratica dell'ordinamento italiano. In quel quadriennio lo Stato di massa, fondato sul suffragio universale (maschile), ebbe la possibilità di svolgersi sul binario liberale e democratico, ma finì per imboccare la via dell'opzione autoritaria a tendenza totalitaria. Alla fine del conflitto mondiale corrispose, infatti, l'adozione della legge Nitti, che aveva introdotto – in connessione con l'applicazione del suffragio universale maschile approvato nel 1912 – lo scrutinio di lista con formula non

¹⁷⁰⁸ Su cui si v. F. Lanchester, *Alfredo Rocco e le origini dello Stato totale*, in “*Alfredo Rocco: dalla crisi del parlamentarismo alla costruzione dello Stato nuovo*”, a cura di E. Gentile, F. Lanchester e A. Tarquini, Roma, Carocci, 2010, pp.15 ss.

¹⁷⁰⁹ Sul termine prerogativa F. Racioppi – I. Brunelli, *Commento allo Statuto del Regno*, Torino, Unione Tipografico Torinese, 1909, vo. I, pp.214 ss; sulla prerogativa nelle situazioni belliche e di disordine interno v. p.281.

¹⁷¹⁰ R. Martucci, *Storia costituzionale italiana: dallo Statuto albertino alla Repubblica (1848-2001)*, Roma, Carocci, 2011.

maggioritaria¹⁷¹¹. L'assetto dello Stato liberale-oligarchico venne, definitivamente ed in maniera intensa, investito dalla novità del regime di massa, fondato sui partiti, coinvolgendo le istituzioni a tutti i livelli e aprendo una nuova fase del dibattito sulle riforme istituzionali e costituzionali.¹⁷¹²

Già in questo breve lasso di tempo gli scricchiolii evidenziati in precedenza dal “vecchio metodo” si appalesarono in maniera manifesta. In altra occasione ho fatto notare come l'opera di Ambrosini si fosse posizionata nella ricerca di strade alternative alla crisi della rappresentanza evidenziata dalla discussione sulle riforme istituzionali, mentre nello stesso periodo Giuseppe Capograssi cercò di risolverla in modo più chiaro prefigurando una teoria dell'azione che riconosceva le novità della società di massa¹⁷¹³. In questa prospettiva il diritto costituzionale non poteva non appalesare l'incertezza derivante dalle tensioni della struttura sociale. Alcuni riconobbero i mutamenti avvenuti nella linea di un adeguamento alle trasformazioni derivanti dall'inserzione dei partiti di massa dopo il 1919 (ad es. Emilio Crosa¹⁷¹⁴), altri invece riproposero (stante il blocco della situazione politica e delle auspiccate riforme istituzionali su cui avevano dibattuto ad es. Ruffini e Tittoni) paradigmi del passato e si illudevano di poter ritornare allo Statuto.

La situazione era, però, profondamente mutata e mostrerà come interpretazioni monarchico-costituzionali, che recuperavano il dibattito dell'ultimo ventennio del secolo XIX, non avessero concreto fondamento nella nuova temperie. Le discussioni all'interno della cosiddetta Commissione dei Soloni (istituita dal Governo nel 1925), e prima ancora all'interno del Pnf nel 1924, evidenziarono – tuttavia – posizioni profondamente differenti, indice di quel dibattito collegato alla trasformazione incrementale dello Stato che caratterizzerà l'intero periodo fascista. Il dualismo monarco-fascista prospettava, infatti, elementi di continuità nella polemica antiparlamentocratica della seconda metà dell'Ottocento di tipo bonghiano e sonniniiano, ma soprattutto l'inserzione nello stato di massa di elementi nuovi (ad esempio il Gran Consiglio del fascismo e il ruolo del partito), che non potevano essere coperti con lo stanco recupero di ipotesi istituzionali tradizionali.

Sul lato della tradizione si pose sostanzialmente la relazione *Sui rapporti tra potere esecutivo e potere legislativo*, redatta nell'ambito della Commissione dei diciotto da Domenico Barone¹⁷¹⁵. In essa si sottolineò, in primo luogo, come le assemblee politiche non dovessero partecipare al potere esecutivo «né collaborando direttamente con esso né concorrendo alla scelta di coloro cui esso è affidato». Si proseguiva sostenendo che «i rapporti tra il Governo e le Camere devono essere dominati dal principio che quello è organo della Corona e non del Parlamento», cosicché «il Governo stesso si debba presumere legittimamente investito

¹⁷¹¹M. S. Piretti, *Le elezioni politiche in Italia dal 1848 a oggi*, Roma-Bari, Laterza,1995; P.L. Ballini, *Le elezioni nella storia d'Italia dall'unità al fascismo: profilo storico-statistico*, Bologna, Il Mulino,1988.

¹⁷¹² Per un giudizio F. Lanchester, *Pensare lo Stato*, Roma-Bari, Laterza,2004

¹⁷¹³ F. Lanchester, *Pensare lo Stato*, cit.

¹⁷¹⁴ E. Crosa, *La monarchia nel diritto pubblico*, Torino, Bocca,1922.

¹⁷¹⁵ D. Barone, *Sui rapporti tra potere esecutivo e potere legislativo*, in *Presidenza del Consiglio dei ministri, Relazioni e proposte della commissione presidenziale per lo studio delle riforme costituzionali*, Roma, Provveditorato Generale dello Stato, 1925, pp.17 ss. Per un panorama più completo v. Commissione per lo studio delle riforme costituzionali, *Relazione e proposte della Commissione per lo studio delle riforme costituzionali*, Firenze, Le Monnier,1932.

del potere finché non privato della fiducia del Re». In questa dimensione «arbitra della situazione [doveva essere] sempre in ogni caso la Corona cui solo, anche di fatto, [doveva] competere la revoca come la nomina dei Ministri»¹⁷¹⁶.

In realtà – come osservò il costituzionalista Gaetano Mosca nel corso della discussione parlamentare sul disegno di legge sulle attribuzioni del Capo del governo alla fine del 1925 – il silenzio sulla permanenza del rapporto fiduciario non istituiva una forma di governo monarchico-costituzionale di tipo tedesco, come dimostrava la relazione accompagnatoria al disegno stesso. In essa si dichiarava esplicitamente che il Capo dello Stato avrebbe mantenuto in carica il Capo dell'Esecutivo finché avesse conservato il sostegno del «complesso di forze economiche politiche e morali» che lo avevano portato al governo¹⁷¹⁷. Parole indubbiamente profetiche anche ai nostri fini.

Una simile ambiguità è alla base dell'intenso dibattito sulla riforma dello Stato che impegnò – anche se in modo differenziato – gli attori politicamente rilevanti e la dottrina giuspubblicistica italiana per i tre lustri successivi, accompagnando le riforme incrementali del regime a partire dalle cosiddette leggi *fascistissime*. La legge sul capo del governo (legge 24 dicembre 1925, n. 2263) e quella sulla facoltà del potere esecutivo di emanare norme giuridiche (legge 31 gennaio 1926, n. 100) costituirono i due primi pilastri costituzionali della nuova entità. Seguirà – escludendo dall'analisi il tema corporativo (considerato essenziale sia da Panunzio¹⁷¹⁸ che da Costamagna¹⁷¹⁹) – il provvedimento sull'ordinamento e le attribuzioni del Gran Consiglio del fascismo (legge 9 dicembre 1928, n. 2693), che certificherà come la situazione fosse completamente altra rispetto a un ritorno alla monarchia costituzionale pura.

5. *La legge sul Gran Consiglio del fascismo e la natura dell'organo supremo*

Com'è noto, il Gran Consiglio nasce tra il dicembre 1922 e il gennaio 1923 subito dopo l'avvento al potere di Mussolini con intenti di controllo del partito e coordinamento dello stesso con le strutture statuali. Per circa cinque anni il Gran Consiglio agisce come struttura extrastatale, ma collegata con le istituzioni pubbliche, in una situazione che risulta peculiare soprattutto per la Milizia Volontaria per la Sicurezza Nazionale. Solo con la legge 9 dicembre 1928, n. 2693 (*Ordinamento e attribuzioni del Gran Consiglio del Fascismo*) vi è il riconoscimento pubblicistico.

5.1 *Che cos'era*

¹⁷¹⁶ D. Barone, *Ibid.*, p.

¹⁷¹⁷ G. Mosca, *Discorsi parlamentari*, Bologna, Il Mulino, 2003, pp.359 ss.

¹⁷¹⁸ S. Panunzio, *Teoria generale dello Stato fascista: appunti di lezioni*, Padova, Cedam, 1937.

¹⁷¹⁹ C. Costamagna, *elementi di diritto pubblico generale*, Torino, Utet, 1943.

L'art. 1 della legge recitava che esso era “*l'organo supremo, che coordina(va) ed integra(va) tutte le attività del Regime sorto dalla Rivoluzione dell'ottobre 1922*”, con una esclusività che viene dall'uso significativo del singolare. Dal punto di vista simbolico si tratta(va) di un riconoscimento apparentemente eversivo rispetto alla logica precedente e soprattutto rispetto al ruolo della Corona. Tuttavia a ben vedere è nella connessione con il termine Regime che questa attività si esplica e quindi giustifica l'interpretazione meno drastica dei contemporanei che vede coordinamento e integrazione esplicitarsi nell'ambito della struttura di partito e corporativa. La legge costituisce il riconoscimento formale dello *status* costituzionale del PNF e rappresenta anche il primo momento di tensione sostanziale del compromesso diarchico¹⁷²⁰. Non è un caso infatti che proprio Luigi Federzoni, ministro prima dell'Interno dal 1924 al 1926 e poi delle Colonie sino al dicembre 1928, rappresentante dell'indirizzo nazionalista all'interno del Regime, avesse evidenziato viva preoccupazione in merito, pagando con l'emarginazione (relativa) da posti di potere sostanziale questa sua posizione (nominato senatore nel novembre 1928 e Presidente del Senato del Regno dall'aprile del 1929 sino al marzo 1939). Gli atti della “discussione” sul ddl al Senato, presieduto in quel periodo da Tittoni, lo certificano. Non a caso il primo dei due interventi sul ddl fu di Filippo Crispolti¹⁷²¹, cattolico-nazionale di peso che aveva definito Mussolini “il protetto della Divina Provvidenza”. Egli scelse infatti la via della rassicurazione contro i timori che il Gran Consiglio potesse “sovrapporsi ai grandi poteri dello Stato”¹⁷²². Crispolti sottolineava, inoltre, come le competenze dell'organo fossero specifiche e non si sovrapponevano a quelle degli organi legislativi (ovvero le Camere e il Sovrano), mentre per quanto riguardava le competenze costituzionali il Gran Consiglio, scambiato da alcuni “per una Costituente, non [sarebbe] che una semplice Consulta”, priva dello stesso diritto di riunirsi¹⁷²³. Non mi attardo ad analizzare le ulteriori posizioni di Crispolti, ad es. quella relativa all'art.13 del ddl che con la lista dei nomi di candidabili alla carica di Capo del Governo si sarebbero razionalizzate le tradizionali consultazioni parlamentari. L'importanza dell'intervento sta – da un lato – nell'evidenziazione di forti remore sotterranee¹⁷²⁴ all'istituzionalizzazione del Gran Consiglio, come rottura dell'equilibrio diarchico¹⁷²⁵; dall'altro, nella evidenziazione che proprio questa istituzionalizzazione avrebbe favorito il controllo del Partito e delle istituzioni collaterali

¹⁷²⁰ Il PdL, presentato significativamente al Senato con relazione del Capo del Governo e del ministro della Giustizia Rocco il 6 novembre ed approvato il successivo 15 novembre 1928(v. Leg.XXVII-A.S. n.1638, con lettera di trasmissione del Capo del Governo al Presidente della Camera), venne trasmesso alla Camera dei deputati il 21 novembre (annuncio trasmissione Atti parlamentari, CAMERA DEI DEPUTATI, Leg. XXVII, I Sessione (21 nov.p.9214) ed approvato l'8 dicembre 1928.

¹⁷²¹ A. Albertazzi, *Filippo Crispolti*, in “DBI”, vol.30 (1984).

¹⁷²² AP, Senato del Regno, Leg.XXVII, 1^a – Discussioni-Tornata del 15 nov.1928, p.11148 ss.

¹⁷²³ F. Crispolti, cit.,p.11149

¹⁷²⁴ Al di là di ogni altro intervento sottolineo che il verbale della seduta è l'unico atto parlamentare recuperabile nell'Archivio Federzoni depositato presso l'Archivio centrale dello Stato.

¹⁷²⁵ E' opportuno evidenziare anche l'intervento militante, ma pieno di assicurazioni del senatore e Procuratore generale presso la Corte di cassazione del Regno Giovanni Appiani: “E tutto questo mentre permane, anzi si rafforza nella Persona Augusta del Re, Capo Supremo, la sintesi personale dello Stato, sotto fa cui egida il Gran Consiglio assolve i suoi compiti costituzionali, che, lungi dall'invadere, dal menomare, dal turbare in qualsiasi modo altri poteri, aggiungono invece un'altra e ben più valida garanzia, quella cioè di rappresentare l'avviso della Nazione organizzata nelle leggi più importanti e delicate, quelle che si attengono alla costituzione”, in *Atti*, cit, p.11152

dello stesso¹⁷²⁶. Il relatore Adolfo Berio (consigliere di Stato) provvede, invece, a sottolineare come la “legge [fosse] il coordinamento della imponente legislazione fascista, già esaminata e approvata dal Senato; [connettendosi] con le più notevoli leggi dello Stato, con la legge sul Primo ministro, con la legge sulla rappresentanza politica, con quella sulle Corporazioni”. A suo avviso essa “offr[iva] il vantaggio di garantire, in qualunque momento, la continuità del Governo, e quindi la sicurezza della Nazione”¹⁷²⁷.

Le conclusioni di Mussolini, prima del voto secondo le procedure di cui all’art. 63 dello Statuto, confermano le tensioni con l’evidenziazione delle “esitazioni comprensibili e rispettabili, ma anche ad oblique manovre e ad insulse vociferazioni” sul ddl. Egli provvede infatti a ribadire l’equilibrio diarchico sottolineando come “sei anni di lealissimo Governo fascista mettono al disopra di ogni sospetto il Regime in tutti i suoi uomini ed in tutte le sue espressioni politiche, militari, sindacali”. E sottolineò “(a) coloro che scambiano le nebbie dei loro impossibili desideri o le illusioni delle loro inutili attese solitarie, e creano con la loro fantasia una inesistente realtà e favoleggiano di dissidi, ...[che] accanto al lealismo perfetto monarchico e dinastico della nostra fede e della nostra opera,” lo stesso Sovrano si era recato a Bologna ed aveva acceso la lampada votiva ai caduti del fascio bolognese¹⁷²⁸.

La discussione alla Camera fu sicuramente meno “problematica e vide l’*ispirato* intervento di Angelo Manaresi, deputato bolognese nonché presidente dell’Opera nazionale combattenti e commissario straordinario dell’Associazione nazionale alpini¹⁷²⁹, che definì il Gran Consiglio come “il solido architrave di un supremo consesso destinato a collegare dall’alto tutte le parti di questo mirabile ordinamento”. Una assise, che a suo avviso “garanti[va] da un lato al Re e dall’altro al popolo che tutte le questioni che si attengano al patrimonio più alto dello spirito, agli interessi più vivi della nazione avranno in ogni occasione i confessori austeri e devoti, i realizzatori audaci, i giudici severi”¹⁷³⁰. Che la discussione fosse considerata un *pro forma* lo conferma la proposta di Achille Starace¹⁷³¹ di chiudere la discussione e approvare la proposta per acclamazione¹⁷³². Si vedrà in seguito che una simile proposta verrà fatta dallo stesso Starace nel marzo del 1938 anche in occasione dell’approvazione del ddl sul primo maresciallo dell’Impero, ma il Presidente di Assemblea Antonio Casertano¹⁷³³ ricorderà con successo che avrebbe dovuto concludere il relatore Paolo Orano, che nel suo intervento interpretò senza remore ed in modo esplicito i sentimenti di quella che è stata chiamata la religione politica fascista¹⁷³⁴.

Dopo l’acclamazione, seguita dalla votazione segreta¹⁷³⁵, l’apoteosi finale si ebbe con discorso conclusivo della legislatura di Mussolini, che provvede a ringraziare i deputati per

¹⁷²⁶ v. Crispoldi, in *Atti*, cit., p.11150.

¹⁷²⁷ v. Berio, in *Atti*, cit., p.1153

¹⁷²⁸ V. Mussolini, in *Atti*, cit., p.11154.

¹⁷²⁹ Su Manaresi v.G. Martelli, *perché la sezione ANA Bolognese Romagnola è intitolata ad Angelo Manaresi?* In http://www.noialpini.it/manaresi_angelo.htm

¹⁷³⁰ v. A. Manaresi, *Camera dei deputati, Atti Camera Leg. XXVII, I sess., Discussioni, 8 dicembre*, p.9761 ss.

¹⁷³¹ Su cui v. S. Setta, A.S., *Uomini e volti del fascismo*, a cura di F. Cordova, Roma, Bulzoni, 1980, pp.443 ss.

¹⁷³² v. A. Starace, in *idem*, p.9762.

¹⁷³³ Su cui v. F. Malgeri, F.C., in “DBI”, vol.21 (1978).

¹⁷³⁴ v. P. Orano, *Camera dei deputati, Atti Camera Leg. XXVII, I sess., Discussioni, 8 dicembre*, pp.9762 ss.

¹⁷³⁵ *Idem*, p.9764.

l'attività di una legislatura Costituente della rivoluzione fascista¹⁷³⁶, evidenziando il doppio binario continuità-trasformazione incrementale della politica del Regime.

5.2 *Competenze*

Ai sensi dell'art. 11, il Gran Consiglio possedeva competenze deliberative per la selezione della lista dei deputati di cui al listone nazionale (v. art.2 comma 2 della legge 17 maggio 1928, n. 1019, Riforma della rappresentanza politica), sugli Statuti, ordinamenti e direttive del PNF, sulla nomina e revoca dei principali dirigenti del partito.

Si noti che la principale competenza deliberativa sfuma con la recessione del principio elettivo e la trasformazione della Camera dei deputati in Camera dei fasci e delle corporazioni.

Per quanto riguarda le funzioni consultive è noto che il Gran Consiglio del Fascismo dovesse essere udito “su tutte le questioni aventi carattere costituzionale (v. art.12), la cui specificazione parrebbe penetrare anche nell'ambito della prerogativa regia, se non fosse che i pareri sono pareri.

È infine l'art. 13 che attribuisce al collegio la formazione, su proposta del Capo del Governo, di una lista di nomi da presentare alla Corona per la nomina alla posizione di Capo del Governo (ed anche dei ministri).

Tutte le suddette competenze sono stimulate dal ruolo del Capo del Governo che – ai sensi dell'art. 2 – ne è il Presidente, lo convoca e ne fissa l'ordine del giorno. Segretario del collegio è il Segretario del PNF, che può essere delegato a presiederlo, tanto da suggerire a Giuseppe Volpe che esso sia solo una copertura del potere personale del Duce¹⁷³⁷.

5.3 *Chi ne faceva parte?*

Nella formulazione originaria il collegio era un organo pletorico, perché si componeva di un ampio numero di persone. L'anno successivo la legge 14 dicembre 1929, n.2099, restringe drasticamente il numero dei componenti, escludendo coloro che fossero stati ministri per almeno tre anni, i Ministri e segretari di Stato (se si esclude quelli con dicasteri rilevanti come Interni, esteri, giustizia, finanze, educazione nazionale, agricoltura e foreste e corporazioni), i segretari del PNF e i membri del direttorio nazionale dello stesso, il sottosegretario alla presidenza del Consiglio, il presidente della Opera nazionale Balilla, il presidente dell'Istituto fascista di cultura e dell'Ente nazionale per la cooperazione. L'art. 4 lasciava amplissima discrezionalità di invito all' albero motore del collegio, ovvero il duce del fascismo.

5.4 *Commento*

¹⁷³⁶ v. Mussolini, *ibidem*, p.9766.

¹⁷³⁷ v. G. Volpe, *Storia degli italiani: II-Il popolo delle scimmie (1915-1945)*, cit., p.117, tesi che richiama quella di J. Barthélemy, *La crise de la démocratie représentative*, Paris, Giard,1928, pp.5 ss.

Le leggi sul Gran Consiglio del Fascismo si inseriscono nell'ambito della trasformazione incrementale dell'ordinamento costituzionale italiano e costituiscono il punto di svolta tra la prima e la seconda fase della stessa.

La prima fase (1924-29) è rappresentata dalla cosiddetta legislatura costituente; la seconda (1930-39) la definitiva inserzione sindacale e del partito nello Stato.

In questi due momenti il Gran Consiglio del Fascismo si trasforma appunto nel 1928 da organo di partito a organo dello Stato, accompagnando la istituzionalizzazione del PNF e delle corporazioni nella trasformazione corporativa. Come si è visto, l'art. 1 della legge 2693 del 1928 definiva il Gran Consiglio come organo supremo. La prassi e la dottrina, anche più radicale, del periodo evidenziarono invece come l'organo supremo non potesse concretizzarsi che dal confluire di più organi semplici ovvero il Capo dello Stato, il Capo del Governo e il Gran Consiglio. Questo per la statica istituzionale. Per la realtà della dinamica istituzionale Sergio Panunzio definiva la forma di governo italiana allora invalente come “il regime del Capo del Governo per l'estensione e l'energia delle funzioni attribuite e prerogative di esso, nonché per l'esercizio effettivo, nell'ambito e nei limiti della fiducia del Sovrano, della stessa prerogativa regia o del potere totale di governo che si accentra costituzionalmente nel Re e di cui il Re è l'unico titolare; e per il determinarsi nel nostro sistema di una competenza 'propria' del Capo del Governo”, che dal punto di vista giuridico “è del Re e solo del Re”¹⁷³⁸. In questo quadro il Gran Consiglio possedeva un ruolo solo nel “periodo critico della vacanza del Capo del Governo”.

Nell'ultima edizione degli Elementi di diritto pubblico generale Carlo Costamagna¹⁷³⁹, dopo aver accantonato la teoria della divisione dei poteri (p.415) e analizzato gli organi direttivi del Regime, sosteneva invece che, pur non disponendo “nel suo assetto positivo di potestà di iniziativa e di decisione”, il Gran Consiglio era “un organo integrativo della competenza della Corona e del Capo del Governo nell'esercizio della funzione direttiva del governo stesso”(p.433).

6. *La forma di governo nell'ordinamento fascista*

In questo quadro, durante gli anni Trenta il fascismo, dopo aver ancor più marginalizzato tutte le assemblee parlamentari, trasforma la Camera dei deputati in Camera dei fasci delle corporazioni, mentre lo stesso Sovrano vedeva implicitamente discusso il suo ruolo.

Lo Statuto aveva, in origine, instaurato una *monarchia rappresentativa*, in cui – durante il periodo liberale oligarchico e poi durante la breve esperienza liberale democratica – l'elemento elettivo era divenuto sempre più prevalente. Con il fascismo proprio l'elemento rappresentativo-elettivo venne, com'è noto, eliminato in favore di quello gerarchico basato sulla nomina, mentre la funzione di indirizzo, formalmente convergente, risulta nella sostanza accentrata a livello personale. La *rappresentanza politica* o *fiduciaria* era, dunque,

¹⁷³⁸ S. Panunzio, *Teoria generale dello Stato fascista*, Padova, Cedam, 1939, p.131.

¹⁷³⁹ C. Costamagna *Elementi di diritto pubblico generale*, Torino, Utet, 1943.

scomparsa per far posto a quella istituzionale o, meglio, nella ideologia prevalente alla cosiddetta rappresentanza *integrale*.

Il costituzionalista Emilio Crosa, nella voce *rappresentanza* sul *Dizionario di politica*¹⁷⁴⁰, salva il concetto connettendolo al problema “di adeguare la rappresentanza alla natura degli organi”¹⁷⁴¹. Egli afferma che, per il fascismo, “la tendenza associativa si realizza ... nel partito unico... [da cui] procede la rappresentanza“ e che “attua ..., nel supremo organo dello stato, il governo del Re, una rappresentanza integrale”¹⁷⁴².

In questo contesto Crosa evidenzia che la funzione del parlamento nel sistema non è altro che quello di organo di integrazione, evidenziando un chiaro riferimento alle concezioni smendiane, mentre il compromesso diarchico appare nella dicotomia Stato-Popolo. Per Crosa, “è la tradizione monarchica e quindi l’eternità dello Stato che si realizza nel Re, è la rappresentanza del Partito, infisso nelle più intime pieghe del popolo, che si realizza nel DUCE”¹⁷⁴³. La rappresentanza corporativa porta, dunque, “la rappresentanza, svincolata da ogni modalità elettorale, degli interessi politici individuati dai fasci nelle molteplici istituzioni create dal Partito e di quelli individuati dai nuclei corporativi, cioè dal popolo schierato ed ordinato secondo le affinità determinate dalla attività personale”¹⁷⁴⁴.

Una simile posizione costituiva il riconoscimento ufficiale della *Inkorporierung* del partito all’interno delle istituzioni, riconoscimento non facile da parte della dottrina, che come alcuni sostiene arriva sempre con la sussistenza (ma che con Ambrosini e Zangara aveva intuito per tempo la trasformazione in atto).

Invero la l. 14 dicembre 1929, n.2029, che stabiliva che lo Statuto del partito doveva essere approvato con decreto reale su proposta del Capo del Governo (udito il Gran Consiglio ed il Consiglio dei ministri), era stata considerata come il primo passo ufficiale di un processo che si era perfezionato in almeno tre fasi:

- con il decreto legge 11 gennaio 1937, n.4, con cui si attribuivano al Segretario del Pnf titolo e funzioni di ministro;
- con il regio decreto 28 aprile 1938, n.513, che approvava lo Statuto del partito e la sua personalità giuridica;

con la legge 19 gennaio 1939, n. 129 relativa alla Camera dei fasci e delle corporazioni, che attribuiva al Consiglio nazionale del partito la

- con il regio decreto 28 aprile 1938, n.513, che approvava lo Statuto del partito e la sua personalità giuridica;
- con la legge 19 gennaio 1939, n. 129 relativa alla Camera dei fasci e delle corporazioni, che attribuiva al Consiglio nazionale del partito la competenza di essere uno dei due organismi formativi della Camera in questione.

¹⁷⁴⁰ E. Crosa, voce *Rappresentanza*, in *Dizionario di politica, a cura del Partito nazionale fascista*, Roma, Istituto dell’Enciclopedia italiana, 1940, vol.4, pp.18 ss.

¹⁷⁴¹ Idem, p.21.

¹⁷⁴² Ibidem.

¹⁷⁴³ Ibidem

¹⁷⁴⁴ Ibidem, p.22.

Il partito costituiva dunque il motore del sistema (anche se era controverso il rapporto *politico* con lo Stato) e penetrava e controllava in modo diretto ed indiretto le istituzioni.

La concezione di Sergio Panunzio nella sua *Dottrina dello Stato* (pp.486 ss) ruota ovviamente sul partito che crea lo Stato, e, a sua volta, lo Stato, creato dal partito, si basa sul partito” (p.486). Si tratta in realtà della costituzione in senso materiale mortatiana sulla base della “duplice natura dinamica e statica delle relazioni fra Partito e Stato, cosicché “l’idea si fa partito; il partito si fa regime; il regime si fa Stato” (p.547). Nella differenziazione tra URSS e situazione italiana in sostanza si parte dal Partito Stato (il partito rivoluzionario) per arrivare, quindi, al Partito organo dello Stato (ossia allo Stato - Partito” (p.487). Analizzando il tema della dittatura (costituzionale e rivoluzionaria) con esplicito riferimento all’opera schmittiana, cui aggiunge quella carismatica o eroica (pp. 503, 507 e 517 ss), Panunzio riprende affermazioni di Orlando e De Francesco operando la contrapposizione tra classe e nazione. In Russia il partito è padrone dello Stato, cosicché non vi sarebbe dittatura del proletariato ma sul proletariato.

In un simile quadro, dove la realtà è quella della personalizzazione più estrema del regime, le classificazioni *in progress* della forma di governo esistente si articolano sul ritorno alla forma costituzionale pura (Ranelletti), all’idea di Romano di una forma di governo parlamentare rettificata, alla evidenziazione delle analogie con la forma presidenziale statunitense Donati fino ad arrivare a quella del governo del Capo del Governo (Panunzio). Nonostante i tentativi di alcuni di sottolineare le analogie con la situazione tedesca del *Führerstaat*, la caratteristica peculiare del bicefalismo italiano Re-Capo del Governo evidenzia la distanza dalla sovrapposizione tedesca dei ruoli, successiva alla scomparsa di Hindenburg. La riflessione sul ruolo di Franco nel neo-nato regime monarchico spagnolo del Caudillo evidenzia però la tensione che una simile situazione può comportare e il limite di analogie con la situazione britannica operate dallo stesso Panunzio. La prospettiva che il regime di Primo ministro inglese basato sui partiti sia sostituito in Italia da uno fondato sul partito unico evidenzia l’obiettiva debolezza delle ricostruzioni dottrinali del periodo, ancora collegate con i canoni del costituzionalismo liberale (al di là del loro esplicito rifiuto).

7. *L’ordinamento fascista e l’elasticità dello Statuto*

Siamo oramai al cuore del problema. Osservo che il compromesso diarchico venne seriamente vulnerato nel 1938. Lo dice lo stesso Mussolini nel memoriale *Storia di un anno (Il tempo del bastone e della carota)*¹⁷⁴⁵, osservando che, se la legge sul Gran Consiglio era stato il primo incisivo urto tra le parallele diarchiche, “la più grave delle crisi” fu quella relativa alla creazione dei due primi Marescialli dell’Impero (Legge 2 aprile 1938-XVI, n. 240). Il testo dell’atto legislativo, presentato al di fuori delle regole parlamentari dallo stesso Presidente Costanzo Ciano e approvato per acclamazione alla Camera (senza votazione

¹⁷⁴⁵ B. Mussolini, *Storia di un anno (Il tempo del bastone e della carota)*, in *Opera Omnia*, a cura di E. e D. Susmel, Firenze, La Fenice, 1961, Vol. XXXIV, pp.408 ss., ma in particolare pp.411 ss.

segreta come prescritto dallo Statuto)¹⁷⁴⁶ per essere trasferito immediatamente al Senato forzando la volontà dello stesso Presidente Federzoni¹⁷⁴⁷, provocò l'esplicita ed inusitata resistenza del Sovrano, cosicché Mussolini dovette provvedere, in data successiva, a presentare anche un parere a supporto redatto dal Presidente del Consiglio di Stato Santi Romano, che venne giudicato in modo sferzante da Vittorio Emanuele¹⁷⁴⁸.

Due sono i punti da mettere in rilievo. Il primo è quello relativo alla mancata immediata sanzione del Sovrano, dall'altra quella relativa al contenuto del parere.

Per quanto riguarda il primo, ai sensi dell'art. 3 dello Statuto il potere legislativo era “collettivamente esercitato” dal Re e dalle due Camere, mentre il Re “solo” sanzionava le leggi e

¹⁷⁴⁶AP, CAMERA DEI DEPUTATI, Legislatura XXIX, 18 Sessione, *Discussioni*, V, tornata straordinaria del 30 marzo 1938, Approvazione per acclamazione della proposta di legge Istituzione del grado di Primo Maresciallo dell'impero, p.4949. E' in proposito significativo che il Presidente della Camera Ciano, contravvenendo la posizione che aveva tenuto nel quadriennio precedente proponga “che l'approvazione di questa proposta che legge abbia luogo esclusivamente per acclamazione”, rompendo con la disposizione statutaria dell'art. 63. Si tratta di una argomento trascurato sia dalla dottrina che dalla storiografia giuridica, ma di estrema importanza per verificare il derapamento del sistema autoritario verso il totalitarismo durante il decennio 1928-1938, avendo come parametro la decostruzione delle procedure di votazione ed in particolare il metodo elettivo e di deliberazione sia a livello di Corpo elettorale che di assemblea. Per quanto riguarda il primo profilo, la legge sulla rappresentanza politica del 1928 introdusse il principio plebiscitario, costituendo il primo passo per il superamento del metodo elettivo consolidatosi con la scomparsa della Camera dei deputati e la sua sostituzione con la Camera dei fasci e delle corporazioni. Essa introdusse nell'ambito della normativa positiva la nozione *mistica* di “Corpo elettorale” che superava la concezione individualistica, ma anche quella giuridica di collegio proprio nel momento in cui il principio elettivo veniva sostituito da quello plebiscitario (v. su questo F. Lanchester, *Il Corpo elettorale tra recessione del principio elettivo e ruolo delle corti*, in «Nomos. Le attualità nel diritto» 2017, n.3, *passim*). Per quanto riguarda il secondo profilo, è significativo che nella prima seduta della legislatura XXIX (30 aprile 1934) venisse introdotto in via di prassi il principio dell'acclamazione per la elezione del presidente (Ciano) e degli altri organi della Camera (elettività sostituita con la nomina dall'art.11 della L.19 gennaio 1934, n.129 che istituì la Camera dei fasci e delle corporazioni.). Il Presidente provvisorio Buttafocchi osservò che “molti deputati [avevano] proposto che si abbandon[asse] il sistema delle elezioni delle cariche della Presidenza per votazione segreta, ripudiando forme tradizionali, ormai estranee alle concezioni e al costume fascista [...] e che si inaugur[asse] così il nostro lavoro con un atto di indubbio significato Rivoluzionario [...] procedendo alla nomina del Presidente della Camera e degli altri componenti della Presidenza per acclamazione. Il Buttafocchi proseguì sostenendo che un simile “sistema di votazione [era] perfettamente conforme al nostro spirito e alla nostra disciplina”, concludendo che “gli stessi deputati [avevano] proposto che a Presidente della Camera dei Deputati [fosse] eletto Costanzo Ciano (AP, CAMERA DEI DEPUTATI, Legislatura XXIX, I Sessione, *Discussioni*, I, tornata del 30 aprile 1934, p.8). La questione della recessione del principio elettivo e la preferenza per l'acclamazione consunstanziale ad un movimento di milizia non conflisse palesemente con la regola statutaria che venne formalmente mantenuta, anche se con tensioni significative proprio in merito a problemi relativi al PNF. Proprio il 26 maggio Costanzo Ciano ammise che un disegno di legge [Conversione in legge del Regio decreto legge 8 marzo 1934, n. 550, con il quale vennero dichiarati di pubblica utilità i lavori di costruzione della « Casa Littoria » in Roma] fosse approvato per acclamazione, ma ribadì che sarebbe stato rispettato l'art. 63 dello Statuto (“L'acclamazione con la quale avete approvato il disegno di legge della Casa Littoria, e della quale si dà atto, non esclude che, per l'articolo 63 dello Statuto, si debba fare la votazione a scrutinio segreto”, AP, CAMERA DEI DEPUTATI, Legislatura XXIX, La Sessione, *Discussioni*, I, 1° Tornata del 26 Maggio 1934, p.339] . Un punto di svolta si ebbe, però, nella discussione tra Ciano e Iti Bacci nella seduta del 18 marzo 1937, in cui quest'ultimo chiese di non procedere con il voto segreto e alla risposta di Ciano che era previsto dall'art. 63 dello Statuto Bacci replicò che era ora di innovare. Ma è sul provvedimento relativo all'attribuzione al segretario PNF del rango di Ministro che viene a snervarsi il predetto art. 63 (AP, CAMERA DEI DEPUTATI, legislatura XXIX, IV, I Sessione, 20 maggio 1937, p. 3927 ss.) Ciano, mettendo in approvazione per acclamazione il Ddl di conversione del dl lo disse esplicitamente: Non essendovi oratori iscritti, e nessuno chiedendo di parlare, propongo che, indipendentemente dalla votazione a scrutinio segreto, prescritta dallo Statuto, il disegno di legge sia approvato per acclamazione. (*La Camera sorge in piedi prorompendo in una vibrante acclamazione*). Dichiaro approvato per acclamazione il disegno di legge.” p. 3929) (*Nuovi generali applausi*). È quindi sul partito e sul Duce che viene a porsi il punto di rottura. La previsione dell'acclamazione entra nel regolamento Camera fasci del 1939.

¹⁷⁴⁷ AP, SENATO DEL REGNO, Legislatura XXIX, I Sessione (1934-38), *Discussioni*, Seduta. del 30 marzo 1938, pp.3817-3818.

¹⁷⁴⁸ *Idem*, p.414

le promulgava (art.7). Al Sovrano solo apparteneva il potere esecutivo (art.5), ma partecipava al potere legislativo proprio con la sanzione. La dottrina liberale aveva cercato di attenuare il significato letterale della disposizione e l'aveva addirittura considerata desueta¹⁷⁴⁹, ma in questo momento tipico per la monarchia essa rinasce. Il periodo e l'occasione venne esaminato non a caso da giuristi realisti come tempo di snervamento e di possibile rottura¹⁷⁵⁰, perché era tutto l'impianto che rischiava di non essere più.

Il parere di Santi Romano, basato sugli *interna corporis* delle Camere, ignorava i precedenti camerati, coprendo implicitamente l'inosservanza dell'art.63 dello Statuto¹⁷⁵¹.

¹⁷⁴⁹ T. Marchi, *Sul concetto di legislazione formale: sanzione regia e rapporti tra Capo dello Stato e Camere*, Milano, Società Editrice Libreria, 1911.

¹⁷⁵⁰ T. Marchi, *Sul carattere rigido o flessibile della Costituzione italiana*, in «Raccolta di scritti di diritto pubblico in onore di Giovanni Vacchelli», Milano, Vita e pensiero, 1937; L. Rossi, *La "elasticità" dello Statuto italiano*, in «Scritti giuridici in onore di Santi Romano», Padova, Cedam, 1940 (ma estr.1939).

¹⁷⁵¹ È interessante notare come la vicenda costituzionale italiana e il suo transitare tra differenti forme di Stato possa essere verificata su questo piano nel tempo sin dagli albori statutari. Alle origini ci fu il tentativo di adottare il metodo dell'acclamazione per alcune decisioni sia a livello di Corpo elettorale che dell'assemblea parlamentare, ma il richiamo alla lettera Statuto lo impedì. All'inizio non tutto è chiaro, tant'è vero che nella seduta del 10 maggio 1848 Pier Luigi Pinelli in relazione alla verifica dei poteri per il Collegio di Borgosesia in cui l'ufficio si era costituito per acclamazione aveva proposto, anche sulla base di una osservazione di Filippo Galvagno, che " se vuolsi che la Camera decida sulla materia, ammetta anche formalmente il mezzo dell'acclamazione"(v.p.6). La questione verrà chiarita progressivamente, ma con relativa velocità. Significativo della progressiva istituzionalizzazione delle regole all'interno della Camera elettiva è in primo luogo l'elezione per acclamazione come presidente dell'assemblea di Vincenzo Gioberti il 16 maggio 1848 sulla base della proposta del deputato Riccardo Sineo, che afferma non trovare "nella legge" alcun impedimento all'elezione per acclamazione dello stesso, mentre lo stesso Sineo propose in seguito la votazione per l'elezione dei due vice-presidenti.(v. p.41-42 ;nella seduta del 2 giugno venne comunicato il diniego di Gioberti ad accettare la carica). Nella seduta del 22 maggio in relazione alla approvazione della *legge d'Unione per Piacenza* alla proposta del deputato Galvagno di approvarla per acclamazione, Cadorna si oppone facendo riferimento all'art. 32 del Regolamento (p. 51; meglio sarebbe stato il riferimento all'art.29 sul voto relativo al complesso della legge). La posizione garantista di Pinelli si evidenziò nel caso discusso nella citata seduta del 27 luglio relativo alla proposta del deputato Domenico Buffa (v. doc. p. 120) per *l'adozione delle famiglie indigenti dei militari e marinai morti o resi inabili al lavoro combattendo per la patria* su cui il deputato Lorenzo Valerio aveva chiesto la votazione per acclamazione. Pinelli dichiarò che "La proposizione del signor deputato Valerio non può essere accettata; osta alla medesima la disposizione dello Statuto, che vieta le votazioni per acclamazione". Tuttavia è nella seduta del 27 ottobre 1849 che nel corso della discussione del progetto Baralis[st stranamente il deputato non è presente nel data base del portale storico della Camera dei deputati] per l'attribuzione ai cittadini di Oporto, luogo che aveva accolto Carlo Alberto in esilio, della cittadinanza del Regno Sardo. Poiché il proponente aveva chiesto l'approvazione per acclamazione e vi erano state incertezze in Assemblea l'on. Mellana espresse una posizione significativa per l'istituzionalizzazione delle regole statutarie. Egli dichiarò infatti: "Qui tutti, senza distinzione di opinioni, applaudiscono ai nobili sensi espressi dall'onorevole deputato Baralis, e tutti desidererebbero di annuire alla sua giusta domanda, di occuparsi cioè immantinenti della legge da lui proposta, onde compiere ad un atto così doveroso inverso ai cittadini di Oporto, che tanti titoli hanno acquistati alla nostra gratitudine. Ma siccome il nostro Statuto non acconsente che si possa di slancio passare alla votazione di qualsiasi legge senza che il progetto sia prima passato negli uffici, e che sia la pubblica discussione preceduta dal preavviso di una Giunta, per ciò, fra lo slancio del cuore e l'imperio della legge quello dovette cedere; perciò molti deputati si sono astenuti dal prendere parte alla votazione. Comunque però possa essere il risultato di esso, certo è che noi dobbiamo avanti ad ogni altra considerazione, per quanto generosa possa essere, conservare inviolato lo Statuto"(AP, CAMERA DEI DEPUTATI, Seconda sessione 1849, 27 ottobre, p.1029).

Una simile posizione certifica che in periodo liberale l'art. 63 sia sempre stato osservato [Brunialti sostiene che si sia votato solo nel 1871 per dichiarare Firenze benemerita], mentre l'acclamazione-pur non contemplata dal regolamento - veniva adottata per attività non legislative(ad es. l'affissione di discorsi particolarmente rilevanti, per cui la Camera deliberò già altre volte l'affissione di discorsi di ministri, AP, CAMERA DEI DEPUTATI, Legislatura XXIV, 1 Sessione, *Discussioni*, tornata del 24 ottobre 1917, p.1479).

Non si osserva soluzione di continuità in materia nel primo periodo fascista, dove si adotta l'acclamazione per mozioni indiscusse, ma mai per i ddl. Durante le legislature fasciste l'acclamazione viene utilizzata in maniera eccezionale ed anche nelle legislature XXVII e XXVIII essa si ferma davanti al voto segreto sul complesso della legge di cui all'art. 63 dello Statuto. Si noti che nel caso, ad es., della L. stessa sul Gran Consiglio (1928) e di quella sulle Corporazioni (cui

Sorvolava, inoltre, sull'art.5 dello stesso Statuto, prospettando l'implicita precedenza di grado del Sovrano per anzianità di carica nello stesso. Esso era sostanzialmente inaccettabile soprattutto in previsione di una successione al trono¹⁷⁵². Ma ancor più risultava indicativa della svolta la intenzionalità della manovra, operata alle spalle del discorso di Mussolini sul bilancio delle FFAA al Senato; il disprezzo esplicito per le regole parlamentari, anche attraverso l'intervento del segretario del PNF Achille Starace e del vicesegretario dello stesso Adelchi Serena, con la vulnerazione del rispetto dell'o.d.g. e con l'utilizzazione del modo di votazione per acclamazione, non previsto nei regolamenti delle camere e introdotto solo l'anno successivo. Il livello della crisi si evidenziò dunque con il diniego implicito della sanzione regia da parte di Vittorio Emanuele III ai sensi dell'art. 56 dello Statuto per la vulnerazione sia dell'art.5 che dell'art.55 dello stesso nel colloquio con Mussolini del giorno 31 marzo. Il parere richiesto dal Primo ministro e segretario di Stato al Presidente del Consiglio di Stato, al di là del suo contenuto discusso circa otto anni dopo anche da Vittorio Emanuele Orlando in uno scambio epistolare con Romano¹⁷⁵³, segnala l'intensità di uno scontro che parve incrinare in modo clamoroso il regime diarchico sul piano fondamentale della costituzione militare.

Simili tensioni vennero a ripetersi in maniera meno, sempre a detta di Mussolini, in occasione della delega del comando supremo delle Forze armate il 10 giugno del 1940¹⁷⁵⁴ sulla base dell'art.5 dello Statuto, e non è un caso che l'o.d.g. del 25 luglio richiami la prerogativa regia proprio in questo campo.

In un siffatto quadro la stessa dottrina costituzionalistica italiana si soffermò con attenzione sul tema dei limiti della modificabilità dello Statuto. Non si trattava tanto delle conseguenze della legge sul Gran Consiglio del fascismo che aveva introdotto la categoria delle leggi costituzionali all'interno del sistema, ovvero di strumenti la cui modifica necessitava un procedimento aggravato. Si trattava invece del problema relativo ai limiti impliciti alla riforma incrementale che il regime, soprattutto nelle sue frange più impegnate, sosteneva.

Il compromesso diarchico tra Fascismo e Monarchia con il consolidamento del Regime si era venuto modificando. E' per questo che la discussione della seconda metà degli anni Trenta sul tema dell'elasticità dello Statuto (Rossi)¹⁷⁵⁵ e sul concetto di costituzione materiale (Mortati)¹⁷⁵⁶ costituisce un indice empirico della rilevanza del salto di qualità che il regime stava per compiere alle soglie della guerra.

si aggiunge l'attribuzione del grado di maresciallo dell'aria a Italo Balbo) non si viola la regola statutaria, che invece viene infranta proprio nella Legislatura XXIX.

¹⁷⁵² Per il testo del parere v. R. De Felice, *Mussolini il duce - Lo Stato totalitario*, Torino, Einaudi, 1996, pp.23 ss. e 847 ss.; v. anche G. Melis, *Il Consiglio di Stato ai tempi di Santi Romano* (https://www.giustiziaamministrativa.it/cdsintra/wcm/idc/groups/public/documents/document/mdax/nzez/~e disp/intra_064246.htm#_ftn29); A. Romano, *Santi Romano, la giuspubblicistica italiana: temi e tendenze*, in «**I giuristi e la crisi dello stato liberale (1918-1925)**», a cura di P.L.Ballini, Venezia, Istituto Veneto di Scienze Lettere ed Arti, 2005, pp.103 ss.

¹⁷⁵³ G. Melis, *Il Consiglio di Stato...* cit.

¹⁷⁵⁴ *Ibidem*, 426-427.

¹⁷⁵⁵ L. Rossi, *La "elasticità" dello statuto italiano*, in «Scritti giuridici in onore di Santi Romano», cit.

¹⁷⁵⁶ C. Mortati, *La Costituzione in senso materiale*, Milano, Giuffrè, 1940.

In questa prospettiva, alle soglie degli anni Quaranta, Luigi Rossi, preceduto invero in maniera meno esplicita da Teodosio Marchi nel 1925, sostenne infatti che oltre alle categorie relative alla rigidità ed alla flessibilità dello Statuto bisognava introdurre quella della *elasticità*, che costituiva l'interfaccia della cosiddetta costituzione in senso materiale del suo allievo Mortati¹⁷⁵⁷.

Com'è noto, in senso generico elasticità significa la proprietà dei corpi di deformarsi per azione di forze esterne e di riprendere la forma primitiva al cessare di queste. Un corpo si definisce perfettamente elastico quando, sottoposto ad una forza di intensità crescente, si deforma ma, cessata l'azione della forza, riacquista la sua configurazione originaria. Una simile prospettiva verrà proposta da alcuni interpreti, in maniera disperata, dopo il 25 luglio 1943, nel tentativo di riportare *all'heri dicebamus* prefascista la struttura dello Statuto albertino.

Questo è però solo un piano dell'analisi perché bisogna differenziare tra limite di elasticità e snervatura, da un lato, e carico di rottura, dall'altro. Il problema di alcuni giuristi del periodo nel rapporto tra Statuto albertino ed innovazioni incrementalistiche del regime fu dunque questo. Lo Statuto albertino, per sua natura flessibile, possedeva un limite di elasticità molto alto, superato il quale la deformazione operata rispetto al disegno originario nel periodo liberale e poi in quella fascista poteva essere considerata permanente. Ma lo Statuto, come ogni testo costituzionale, possedeva anche un limite di rottura che superava ogni possibile deformazione.

Luigi Rossi, esponente politico del liberalismo conservatore che con Mosca e Marchi aveva firmato il Manifesto di Croce nel 1925, di fronte alle riforme incrementalistiche fasciste paventava in maniera indistinta sia il limite di elasticità che quello di rottura unificandoli, mentre Mortati con la concezione della costituzione in senso materiale identificava anche il punto di rottura, ma faceva riferimento alle forze o al gruppo di forze che si ponevano alla base delle strutture di autorità in relazione a una determinata formula politica.

Il limite di elasticità, ovvero la permanente deformazione del sistema statutario, può essere, dunque, già rilevata con la legge sul Gran consiglio del fascismo, che sottoponeva al suo vaglio la stessa successione regia, ma altri scricchiolii più gravi relativi al carico di rottura possono essere individuati per quanto riguarda la struttura formale (non sostanziale già vulnerata dello Statuto) con la legge sul maresciallo dell'impero e con la riforma della Camera dei fasci e delle corporazioni.

Dal punto di vista sostanziale lo Statuto era già stato vulnerato nella parte relativa alla forma di Stato ovvero per quanto riguardava i rapporti individuo - autorità durante gli anni Venti (mentre verrà lacerato dalle leggi razziali nel 1938), ma negli anni Trenta è l'equilibrio diarchico del regime che rischia di essere modificato, con la eliminazione della monarchia come soggetto non tanto attuale, ma anche potenziale di potere.

Il conflitto e la sconfitta militare misero in luce gli elementi liminari del sistema e ricondussero – attraverso una prerogativa regia “sia pure stremata e mortificata”¹⁷⁵⁸ – alle

¹⁷⁵⁷F. Lanchester, *La Costituzione tra elasticità e rottura*, Milano, Giuffrè, 2011.

¹⁷⁵⁸G. Maranini, *Storia del potere in Italia 1848-1967*, Firenze, Vallecchi, 1967.

forme che il flusso personalistico del Duce aveva esercitato sulle istituzioni anche grazie alle innovazioni istituzionali incrementali di cui si è detto. L'o.d.g. del Gran Consiglio costituì in questo un documento significativo del crollo di un regime, ma evidenziò anche l'onda lunga delle istituzioni e della cultura giuridico-politica.

Fulco Lanchester

**IL PROBLEMA DEL PARTITO POLITICO TRA SCIENZA
POLITICA E DIRITTO***

INDICE

- **Oreste Massari, *Partiti e parlamenti negli ordinamenti di democrazia pluralista***
- **Giuseppe Vecchio, *Crisi dei partiti e crisi del pluralismo***

* Si pubblica la *Lectio magistralis* del prof. Oreste Massari, tenutasi il 31 ottobre 2017 e uno dei contributi a suo commento.

Partiti e parlamenti negli ordinamenti di democrazia pluralista*

Di Oreste Massari**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La formazione iniziale. – 3. Le ricerche empiriche sui partiti italiani. – 4. Una ricerca empirica non fatta. – 5. L'incontro con Costantino Mortati. – 6. Partiti, istituzioni, labour party e modello Westminster. – 7. Conclusioni.

1. Introduzione

Il bel titolo – scelto da Fulco Lanchester – per questa *lectio magistralis* contiene già in sé gli elementi essenziali per inquadrare – da una ben precisa prospettiva, che è quella, per così dire, istituzionale - la problematica del partito politico. Tratterò questa prospettiva, però, anche in relazione al mio percorso nello studio dei partiti politici, intrecciando al tema generale elementi biografico-scientifici personali, in modo da rispondere in maniera appropriata all'occasione – il mio pensionamento da domani – che ha originato questo incontro.

Anche se c'è da dire che il pensionamento di un professore universitario – uno dei più bei lavori al mondo, specie se svolto alla Sapienza e alla Facoltà di Scienze politiche - non significa, per chi lo voglia, il pensionamento dalla professione intellettuale.

Ma prima di passare al mio percorso, permettetemi uno schizzo storico e teorico d'inquadramento.

Parlamento e democrazia pluralista definiscono, il concetto stesso di partito politico moderno, ne segnano gli spazi d'azione e le modalità di funzionamento, così come l'avvento dei partiti ha trasformato la democrazia in democrazia dei partiti. Giacché i partiti, nella società moderna, riempiono il vuoto che si è creato tra il vertice della sfera decisionale, fondata sulla rappresentanza politica (composta di pochi), e una società sempre più composta d'individui sempre più titolari di diritti (i molti e i moltissimi). C'è, dunque, una ragione sistemica per l'avvento e la presenza dei partiti politici, e la loro ragione sta nella loro funzione indefettibile di strutture di collegamento, d'intermediazione tra la sfera della

* *Lectio magistralis* presentata in occasione dell'incontro Partiti e Parlamenti negli ordinamenti di democrazia pluralista, Aula Organi collegiali del Palazzo del rettorato, martedì 31 ottobre 2017, Università degli Studi di Roma "La Sapienza", nell'ambito delle attività del Master in Istituzioni parlamentari "Mario Galizia" per consulenti d'Assemblea.

** Professore ordinario di Scienza Politica presso l'Università degli studi di Roma "La Sapienza"

politica e quella della società (se poi svolgono adeguatamente questa funzione è un altro discorso)¹⁷⁵⁹.

C'è una straordinaria frase di Costantino Mortati, pensatore che ho incontrato e studiato nel mio percorso e cui più avanti, che esprime questa ragione sistemica. I partiti assumono per il grande giurista << *un compito analogo a quello adempiuto in passato dagli enti politici territoriali, dai ceti oligarchici, dagli ordini e simili*>>.¹⁷⁶⁰ [corsivo nostro]. Vale a dire che i partiti devono esprimere le élites (come in fondo erano le aristocrazie e la nobiltà in generale, oltre agli altri corpi sociali) che innervano, articolano e governano la società e lo devono fare in un contesto democratico aperto e pluralistico.

Posta questa premessa sul perché dei partiti, vale sempre la pena di citare due frasi di due pensatori classici che fissano il ruolo dei partiti nelle democrazie.

La prima di Bryce afferma che <<i>partiti sono inevitabili. Nessuno ha dimostrato come il governo rappresentativo potrebbe funzionare senza di loro>> [*Modern Democracies*, vol. 1, 1921].

La seconda è di Schattschneider, un importante politologo americano, che lapidariamente afferma: <<i>la democrazia moderna è impensabile salvo che in termini di partiti politici>> [*Party Government*, 1942].

Nonostante le profonde trasformazioni che stanno investendo sia i partiti politici, tanto da far sollevare l'interrogativo se in realtà non stiamo assistendo alla loro fine, sia la stessa democrazia, tanto che si è parlato di post-democrazia, io credo che siamo ancora nell'orizzonte storico contrassegnato dalla democrazia rappresentativa e pluralistica, pur con tutti gli innesti di democrazia diretta sempre più numerosi.

I partiti sono e continuano a essere, dunque, legati strettamente alle istituzioni della democrazia rappresentativa. Anzi, si può ben dire che è la comparsa stessa della rappresentanza politica moderna a causare la nascita del partito politico moderno. Non a caso i primi partiti, anche se composti di notabili, furono i partiti di origine parlamentare. Non credo che questa circostanza possa essere considerata puramente un fatto storiografico, ininfluenza sugli sviluppi futuri, e non invece la comparsa di una logica di funzionamento che legherà indissolubilmente partiti e istituzioni democratiche anche quando la comparsa dei partiti di massa, di origine extraparlamentare, sorti cioè nella società, sposterà inevitabilmente il *focus* delle analisi dalle istituzioni alle fratture sociali, e dal ruolo dei partiti nella democrazia alla loro dimensione organizzativa. La prospettiva

¹⁷⁵⁹ Fondamentale e quanto mai opportuno per un inquadramento storico sistematico appare il recente P. Ignazi, *Party and Democracy. The uneven road to party legitimacy*. Oxford, Oxford University press, 2017.

¹⁷⁶⁰ La citazione è tratta da Costantino Mortati, *Note introduttive ad uno studio sui partiti politici nell'ordinamento italiano*, in *Scritti giuridici in onore di Vittorio Emanuele Orlando*, Padova, Cedam, 1957, p.127, ora in *Raccolta di Scritti*, III, Milano, Giuffrè, 1972, p. 355.

istituzionale nello studio dei partiti non può essere, insomma, confinata alla loro origine. Non a caso le prime opere classiche (da Hume a Burke, da Ostrogorski a Michels) non distaccavano l'analisi dei partiti dal contesto istituzionale. In seguito – come ha notato Pierre Avril - si è perso questo collegamento fecondo, salvo a riproporsi in questi ultimi anni in coincidenza con la perdita della legittimità – per usare una paradigma di Piero Ignazi - dei partiti politici presso ampi strati dell'opinione pubblica, con l'instabilità della governabilità indotta dalla destrutturazione dei sistemi partitici tradizionali, dalla comparsa di nuovi partiti che in qualche modo potremmo definire antisistema (siano essi partiti indipendentisti, o partiti populistici anti-establishment o partiti anti democrazia rappresentativa, e così via).

Naturalmente, il rapporto tra partiti e istituzioni dello stato oligarchico liberale prima e dello stato liberaldemocratico poi non è stato mai pacifico, facile, scontato. C'è una lunga storia di questo rapporto, che ha attraversato varie fasi, anche conflittuali, ben descritte ad esempio dal costituzionalista tedesco Triepel che già nel 1927, in una sua famosa prolusione all'indomani dell'avvento dei partiti di massa aveva periodizzato tale rapporto in 4 fasi: quella dell'aperta ostilità dello stato verso i partiti, quella dell'indifferenza, quella del riconoscimento giuridico e infine quella dell'incorporazione e della legittimazione (che è la fase in cui si colloca il nostro art.49 della Costituzione). Non dissimile, al di là della diversa terminologia, è la periodizzazione fatta dal politologo norvegese Stein Rokkan [1970], che in una prospettiva disciplinare diversa, arrivava a distinguere 4 soglie istituzionali: quella della legittimazione (per es. riconoscimento del diritto all'opposizione), dell'incorporazione (per es. il diritto di voto esteso), della rappresentanza (quando i nuovi movimenti sociali entrano in parlamento), e infine del potere esecutivo (quando c'è l'istituzionalizzazione della responsabilità dell'esecutivo nei confronti del parlamento e quando i partiti legittimati, incorporati, rappresentati riescono ad accedere al governo).

Per completare le fasi e le soglie occorre però due presupposti: dal lato dello Stato che si superasse il secolare pregiudizio – tuttora vivo - che aveva visto il partito come fazione, come elemento di divisione e di perturbazione dell'armonia del corpo sociale; dal lato dei partiti che fossero funzionali al liberalismo prima e alla democrazia poi, evitando posizioni antagoniste e anti sistema.

Lasciando stare il lato dello stato, soffermiamoci ora sui partiti. Le due citazioni rispettivamente di Bryce e di Schattschneider hanno affermato in maniera perentoria l'importanza dei partiti per la democrazia. E spesso ascoltiamo politici e dirigenti di partito che si coprono con tali affermazioni per giustificarsi aprioristicamente. In realtà, dopo le affermazioni sull'importanza dei partiti i due pensatori continuavano il loro ragionamento indicando quali partiti fossero adatti alla democrazia. Per Bryce il partito della democrazia doveva essere non un partito settario o ideologico, ma una "broad church", un partito largamente rappresentativo delle opinioni e degli interessi della più grande parte dell'elettorato, ossia un partito maggioritario. Per Schattschneider i partiti della democrazia dovevano essere, oltre che maggioritari, anche *responsible parties*, proprio per avere quello che

veniva definito *responsible party government* (e che fu indicato come modello da un famoso convegno dell'APSA nel 1950; la formula richiamava quella di *governo rappresentativo e responsabile* con cui s'indicava nell'Ottocento il sistema di governo inglese). E' evidente che si riferissero ai partiti dell'area anglosassone ed è evidente che per loro natura, in quanto partiti maggioritari non ideologici, implicassero sistemi bipartitici.

Ma il punto è che nei paesi dell'area anglosassone, di tradizione parlamentare (come l'UK) o costituzionale (come gli USA) i partiti e i sistemi di partito si sviluppano *dopo* – con l'eccezione del partito laburista, di cui parlerò dopo - che gli assetti istituzionali si sono formati e *all'interno* del contesto strutturato da questi posto, laddove nei paesi dal passato autoritario o autocratico (come nell'Europa continentale) lo sviluppo prende un'altra direzione, ossia quella del multipartitismo, frutto delle fratture sociali di Rokkan nel corso della formazione dello stato e delle nazioni moderne. Naturalmente poi, la diversità delle rispettive forme di governo influenzerà diversamente la natura dei partiti politici, consoni al parlamentarismo nel caso inglese e al presidenzialismo in quello americano.

Dunque, l'Europa continentale segue uno sviluppo storico diverso. Vengono fuori, nel lungo passaggio dai regimi autocratici prima e oligarchici poi, partiti extraparlamentari espressione di movimenti sociali che trovavano nei conflitti e nelle ingiustizie sociali la loro identità primaria, e che dunque dovranno affrontare una lunga fase di integrazione positiva nelle strutture istituzionali e normative dello stato che via via diventava, anche dietro le spinte di questi partiti extraparlamentari, uno stato di massa. Sono i partiti di massa ideologici e di classe (socialisti prima, comunisti poi), all'inizio antagonisti dello stato. Senza contare poi che appaiono i partiti totalitari di stampo fascista, che fagocitano lo stato e che divengono partiti unici, uccidendo il pluralismo, il diritto di opposizione e tutte le libertà che ne derivano. Le fratture istituzionali e socio-economiche nella formazione dello stato moderno in Europa daranno vita a sistemi multipartitici, alcuni dei quali, come aveva ben compreso Sartori, incompatibili con o insostenibili per la democrazia, in quanto sistemi multipartitici estremi polarizzati. Così si spiega il crollo delle democrazie in regimi democratici già instaurati in Europa, basti pensare a Weimar, alla Francia della IV Repubblica. E quando non c'è il crollo della democrazia (cosa che non è mai avvenuta nelle democrazie anglosassoni), c'è comunque o l'ingovernabilità o una democrazia dimezzata (com'è il caso dell'Italia della cosiddetta Prima Repubblica, che non ha mai avuto l'alternanza).

Naturalmente, molte di queste fratture storiche sono scomparse o riassorbite proprio dalla capacità delle democrazie di integrare anche partiti che erano nati come antagonisti, antisistema, con ideologia illiberale e comunque non democratica.

Ma non c'è chi non veda come nuove e inedite fratture si stiano creando, le quali danno luogo a nuovi movimenti e partiti che ripropongono un rapporto difficile, problematico e a volte persino pericoloso per le nostre democrazie occidentali. Tali fratture si stanno formando attorno alle grandi questioni del nostro tempo che si possono riassumere nei

titoli della globalizzazione liberista, del processo d'integrazione europea, delle immigrazioni di massa verso l'Occidente provenienti dal continente africano soprattutto e da quello asiatico, la recrudescenza del conflitto centro-periferia all'interno degli stati nazionali europei. Vediamo così dappertutto, e non solo in Europa, il formarsi e l'affermazione di partiti anti-globalizzazione, anti-establishment, anti-europei (nel senso di anti-integrazione europea), anti-immigrazione, separatisti. Non tutti – di solito etichettati come partiti populistici – e non sempre sono necessariamente antidemocratici, razzisti, xenofobi. Tuttavia, sono evidenti i segni e le manifestazioni di pulsioni che possono portare a questi esiti. Il fatto è che cova nelle nostre società malessere, risentimento, rabbia, rancore e anche una semplificazione/banalizzazione del dibattito pubblico - e penso qui alle amare preoccupazioni di Giovanni Sartori circa la mutazione antropologica insita nel passaggio dall'Homo Sapiens all'Homo Videns, indotto dai mass-media, con la conseguente perdita delle capacità intellettive critiche e di astrazione. C'è, insomma, nelle viscere delle nostre società un qualcosa che cova e ribolle che può sfociare in nuove pericolose avventure o sconvolgimenti istituzionali, soprattutto quando tale malessere e tale risentimento e rancore viene cavalcato da improvvisati e spregiudicati demagoghi (e questi, come la storia e le cronache insegnano, non mancano mai) che si arrogano il diritto di parlare in nome del popolo.

Non c'è dubbio, tuttavia, che molti di questi partiti – come in nostro M5S – contestano frontalmente la cultura, le norme anche comportamentali, le procedure, le regole della democrazia rappresentativa, alla quale si contrappone ancora una volta – la storia si ripete! – il mito della democrazia diretta (anche qui mi sovviene in mente Sartori quando denunciava i pericoli di ciò che chiamava “direttismo”). E questo quando indubbiamente cresce la pressione dal basso – anche se tale pressione può talvolta essere innescata da iniziative dall'alto, dagli stessi vertici dei partiti - per una partecipazione diretta alle decisioni, come nel caso della selezione dei candidati e nella scelta dei leader di partito e dei candidati premier o presidenti.

Ma per completare tale schizzo, occorre dire anche qualcosa sui partiti tradizionali, giacché le sfide alla democrazia non vengono solo dai nuovi partiti antisistema o potenzialmente tali, e cioè dall'esterno, ma anche dall'interno degli stessi partiti che pure si sono e sono stati integrati nella democrazia. Alludo alle trasformazioni organizzative degli stessi partiti di massa, intendendo per partiti di massa non solo quelli socialisti, secondo lo schema di Duverger, ma tutti quelli con un seguito elettorale di massa e una struttura organizzativa e associativa capillare, radicata ed estesa in tutto il territorio nazionale, e quindi anche i partiti americani, i partiti inglesi oltre quello laburista, e partiti come la DC o la CDU tedesca. Già Michels, con la sua famosa opera *La sociologia del partito politico* del 1911, aveva individuato la cosiddetta legge ferrea dell'oligarchia non solo in tutte le organizzazioni complesse (“chi dice organizzazione dice oligarchia”), ma persino in quelle organizzazioni partitiche, come quelle dei partiti socialdemocratici, che pure avevano nelle loro bandiere e programma l'egualitarismo democratico e la fine della divisione tra dirigenti e diretti, tra capi e

sottoposti. Al di là della discussione sulla validità dappertutto e sempre di tale legge ferrea dell'oligarchia, non c'è dubbio che la tendenza dei vertici dei partiti all'oligarchia, all'autoreferenzialità e al trasformarsi in "casta" potremmo dire con linguaggio contemporaneo (il che la dice lunga sulla persistenza del fenomeno individuato da Michels), alla conquista del potere di per sé, è una tendenza che possiamo riscontrare, con intensità diversa, in ogni tempo e in ogni luogo. Basti pensare alla campagna portata avanti dal movimento progressista americano – è qui che nasce quello che si definirà populismo, con la costituzione del *People's Party* – contro i partiti tradizionali, soprattutto quello democratico, accusati di esseri trasformati in *machines* di potere dominate da boss spregiudicati e senza scrupoli. Il che, peraltro, era largamente vero. Com'è noto la campagna portò all'affermazione del principio delle primarie aperte a tutti gli elettori, sottraendo la selezione dei candidati alle burocrazie di partito, che furono poi regolamentate in modo differente stato per stato. O basti pensare ai fenomeni degenerativi dei partiti, sovente legati alla corruzione politica e alla famelica sete di conquista di posti e di potere sia nello stato sia nella società, etichettati con la formula di Maranini di "partitocrazia", formula ripresa poi, in altra chiave, da Gianfranco Pasquino.

Ma senza arrivare alle degenerazioni vere e proprie dei partiti (come abbiamo sperimentato in Italia), le stesse trasformazioni organizzative dei partiti - e che la scienza politica ha tipicizzato in varie formule, dai partiti di notabili a quelli di massa, dai partiti burocratici di massa a quelli pigliatutti a quelli elettoralistici, da quelli del *cartel-party* a quelli in *franchising* e a quelli neo-notabiliari e infine a quelli personali – pongono seri problemi circa l'adeguatezza di queste figure nuove di partito a svolgere decentemente i compiti di intermediazione richiesti dalla democrazia rappresentativa.

Tirando le fila di tutto questo ragionamento, per forza di cose a grandi linee, personalmente sono arrivato, attraverso i miei studi sui partiti, ma non solo, alle seguenti conclusioni:

- a) i partiti non sono solo una **risorsa** della democrazia, essi sono al contempo e sia che si tratti di partiti nuovi o di partiti tradizionali, un **problema** per la democrazia;
- b) che il rapporto con le **istituzioni** è la chiave esplicativa per comprendere le dinamiche sottese al ruolo e alle funzioni dei partiti e dei sistemi di partito nelle democrazie;
- c) che per i problemi che i partiti pongono alla democrazia, non è più sufficiente trattarli, come abbiamo fatto per lungo tempo in Italia come **associazioni di fatto** non riconosciute, ma occorre considerarli nella loro veste di partiti che svolgono **funzioni pubbliche**

(Epstein li definiva “*public utilities*”), e se questo è vero bisogna allora regolamentarli (ma su questo può parlare molto più sul merito Pippo Vecchio)¹⁷⁶¹;

d) che se è riconosciuto il loro rapporto imprescindibile con le istituzioni, le norme e le regole della democrazia, allora qualsiasi disegno di riforma costituzionale e istituzionale teso a fronteggiare i problemi di legittimità, di rappresentatività e di governabilità, non può che tenere assieme le principali variabili di ogni sistema politico-istituzionale, ossia i partiti e i sistemi di partito, i sistemi elettorali, la forma di governo (e questo anche nello spirito della vocazione di scienza applicata che Sartori assegnava alla scienza politica).

E ora veniamo rapidamente e sinteticamente ai problemi più significativi che ho incontrato nel mio percorso nello studio sui partiti.

2. La formazione iniziale

Sono arrivato alla scienza politica non da subito, non facilmente e non direttamente, essendomi laureato nell’Università degli Studi di Lecce nel 1971 in Filosofia con una tesi di laurea in Storia delle Dottrine Politiche su “Kant e lo Stato di diritto”, relatore e mio primo “maestro” Umberto Cerroni, protagonista di spicco del marxismo italiano particolarmente negli anni Sessanta e Settanta. La mia iniziale formazione fu, perciò, culturalmente di tipo filosofico, sia pure con un’attenzione alla politica, e contrassegnata marcatamente sia dalla cultura marxista sia dalla partecipazione diretta alla vita di un partito politico (il PCI) e al movimento studentesco di quegli anni. Però devo dire che già all’interno di questa cultura esistevano i germi che mi avrebbero successivamente portato alla scelta della scienza politica. Il marxismo italiano di quegli anni era un po’ come il cristianesimo o la Chiesa cattolica, con tutto un pullulare di ortodossie ed eresie. Paradossalmente anche all’interno del marxismo italiano si fronteggiavano un approccio idealistico (hegeliano-gentiliano-crociano) e un approccio realistico e più empirico (derivante da una certa interpretazione di Marx e dall’avversione al cosiddetto materialismo dialettico di Engels), un approccio fortemente ideologico e un approccio che aspirava ad essere “scientifico”. Personalmente mi collocavo all’interno del secondo approccio, di cui appunto Cerroni era uno dei massimi esponenti in Italia, assieme a Lucio Colletti (fino almeno all’abiura del marxismo). Entrambi questi intellettuali marxisti alimentavano un filone interpretativo che si rifaceva a Galvano della Volpe, un filosofo poi divenuto marxista i cui riferimenti intellettuali andavano dalla logica di Aristotele al metodo induttivo-deduttivo di Galileo Galilei e all’empirismo inglese. Insomma, una tradizione anti-platonica e anti-idealista e specificamente anti-hegeliana. In più Umberto Cerroni aveva dedicato particolare attenzione al diritto e alle istituzioni

¹⁷⁶¹ Veramente completa ed esauriente è la trattazione del tema in Giuseppe Vecchio, *I PARTITI. Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016

politiche, non più considerati sovrastruttura dell'economia. E' sua la frase contenuta nel discorso di Enrico Berlinguer al XV Congresso del PCI del 1977 (Roma, 3 aprile) in cui si affermava per la prima volta che "la democrazia è un valore storicamente universale", anche se all'interno di una prospettiva che ribadiva l'obiettivo di costruire una società socialista. E inoltre Cerroni fu negli anni Settanta punto di riferimento intellettuale di uno stuolo di giuristi di sinistra che cercavano una via d'uscita all'approccio tradizionale del diritto che non fosse né formalista né riduttivo (ricordo anzitutto tutto il gruppo che ruotava attorno alla rivista "Democrazia e Diritto", Magistratura democratica, figure come Salvatore D'Albergo, Antonio Baldassarre, Cesare Salvi, Pietro Barcellona, Aldo Schiavone, ecc.), anche se va detto che una parte dei suoi allievi/interlocutori andò ad alimentare la sbagliatissima prospettiva dell'"uso alternativo del diritto", prospettiva che, per fortuna, presto si esaurì.

Mi occupai in questa fase del partito politico solo in relazione alla riflessione di Antonio Gramsci in una prospettiva rigorosamente cerroniana.

3. Le ricerche empiriche sui partiti italiani

Trasferitomi dall'Università di Lecce all'Università di Roma La Sapienza nel 1976, al seguito di Umberto Cerroni, nome che, per chi ricorda, in quegli anni significava qualcosa nella cultura marxista italiana, cominciai a svolgere le mie prime ricerche empiriche sui partiti. Il trasferimento a Roma mi diede l'occasione di inserirmi in network politici e intellettuali, direttamente o indirettamente gravitanti attorno al PCI e alle sue riviste e centri di ricerca, e quindi di partecipare a gruppi di ricerca di sociologi della politica e di politologi. I primi due saggi empirici pubblicati furono dedicati rispettivamente alla *Sezione* e alla *Federazione* del PCI in A. Accornero e M. Ilardi (a cura di), *Il Partito Comunista Italiano: Struttura e Storia dell'organizzazione 1921-1979*, Annali della Fondazione Giangiacomo Feltrinelli, Milano, Feltrinelli 1981. Allora il PCI era un *topos* classico delle indagini empiriche dei politologi. E non solo italiani. Del resto, allora dominava l'approccio organizzativo di Duverger basata sull'analisi dei partiti come organizzazioni.¹⁷⁶² L'opera era una delle più

¹⁷⁶² Per lunghi decenni la scienza politica è stata dominata dall'approccio di Duverger, ossia dall'approccio del modello organizzativo, ossia l'approccio di un'analisi tutta interna al fenomeno partitico visto esclusivamente come organizzazione. Il testo pionieristico di Duverger su *I partiti politici* del 1951 (tradotto e pubblicato in Italia nel 1961) ha avuto grandissimi e innegabili meriti, ma ha anche comportato il limite di indirizzare le future linee di ricerca entro confini interpretativi ed esplicativi eccessivamente rigidi e in molti suoi aspetti discutibili.

Duverger, infatti, pur presentando il suo lavoro pionieristico come un contributo "a una prima generale teoria dei partiti", mancava proprio quest'obiettivo. All'origine dei partiti sono dedicate pochissime pagine introduttive, il rapporto con la democrazia è solamente evocato e considerato, riduttivamente, in rapporto solo all'estensione del suffragio. Il rapporto con il liberalismo – ossia il rapporto con la rappresentanza politica e il pluralismo – è del tutto ignorato, e soprattutto non viene offerta una spiegazione storico-concettuale ed esplicativa della comparsa dei partiti. L'analisi è tutta sulle strutture organizzative, certamente meritevole e necessaria, ma non soddisfacente ed esauriente. La spiegazione dei classici, a cominciare da Ostrogorski, sul perché dei partiti era molto più ricca sia storicamente sia teoricamente, e soprattutto collegata all'affermazione della società individualistica moderna e alla conseguente

complete ed esaurienti sull'argomento. Molti anni più avanti, dopo il crollo del Muro di Berlino, seppi che in vari paesi dell'Est europeo (particolarmente in Ungheria) si pensava a una traduzione. Questa mia propensione empirica, con il netto spostamento nella scienza politica, fu all'origine del mio distacco, in seguito definitivo, da Cerroni, che non condivideva tale scelta.

I due saggi, invece, ebbero l'apprezzamento in particolare di Luigi Graziano, allora direttore della Fondazione Feltrinelli, e di molti altri politologi.

Quanto ai risultati della ricerca, entrambi i saggi analizzavano l'articolazione territoriale del PCI, quello che poi sarebbe stato definito il *party on the ground*, esaminando in particolare la difficile e faticosa trasformazione del partito da un'organizzazione basata sulla cellula a quella basata sulla sezione, adottando quindi il modello dei partiti socialisti e in generale dei partiti di massa non comunisti (come la DC). La partecipazione degli iscritti alla vita politica del partito, così come la diffusione capillare delle strutture di base, era imponente e si svolgeva dalla base al vertice, dal basso in alto, secondo il modello della democrazia delegata. Ma questa democrazia interna, basata sulla delega, era dominata da una particolare accezione del centralismo democratico, secondo cui una volta deliberate e adottate le decisioni nelle varie tappe congressuali, da quelle di sezione a quelle di federazione e infine a quella del congresso nazionale, tutti vi si dovevano attenere, senza più mettere in discussione la linea e senza ammettere correnti organizzate. Ma il punto era che nella fase ascensionale e deliberativa dei congressi non era permesso agli iscritti di riunirsi orizzontalmente, cioè agli iscritti di sezioni e di territori differenti, per proporre dal basso posizioni comuni. Il pluralismo interno nella fase precedente la deliberazione era così vietato. Il PCI, dunque, continuava a rimanere, nonostante il suo carattere di massa, un partito totalmente centralizzato e dominato dalla burocrazia interna (da qui il tipo di partito burocratico di massa individuato da Panebianco).

Una seconda importante ricerca empirica fu quella sul sistema politico umbro, diretta da Marcello Fedele e alla quale parteciparono Antonio Baldassarre, Sidney Tarrow, Carlo Trigilia, Carlo Donolo, Franco Cazzola, Yasmine Ergas [M. Fedele (a cura di), *Il sistema politico locale. Istituzioni e società in una regione rossa: l'Umbria*, Bari, De Donato 1983]. Fu la mia prima vera esperienza in un gruppo di ricerca estremamente qualificato e stimolante.

L'esito della ricerca per la parte che mi riguardava – il partito comunista umbro - fu l'individuazione di un partito regionale che si discostava dal modello del partito nazionale e che io definii "partito mediano". Il partito umbro aveva, infatti, pochi iscritti ma tantissimi voti (elettoralmente l'Umbria faceva parte della zona rossa), dimostrando così la possibilità di avere successo elettorale anche senza un rapporto corrispondente nel numero d'iscritti,

democrazia rappresentativa (anche Weber si muove in questa direzione). Con lo sviluppo della scienza politica nel secondo dopoguerra, in questo come in altri campi, si arricchisce – sotto l'impulso della cosiddetta rivoluzione comportamentistica - la ricerca con dati empirici e quantitativi, ma si perde il collegamento con la storia, la teoria e le istituzioni. La descrizione sostituisce spesso la spiegazione.

rapporto o *ratio* elettori/iscritti che era considerato un requisito *sine qua non* per lo stesso successo elettorale del partito. Il partito comunista umbro si poneva così a metà strada tra il partito di massa fondato sugli iscritti e il partito elettorale, anticipando così gli sviluppi futuri.

Oggetto di ricerche empiriche furono in quegli anni anche gli altri partiti italiani, in particolare la DC e il PSI. Tra i vari articoli e saggi dedicati a quest'ultimo, va segnalato un saggio dedicato alla sua leadership collettiva nell'epoca craxiana [*Le trasformazioni nella leadership del PSI: la Direzione e i suoi membri 1976-1986*, pubblicato prima nella "Rivista Italiana di Scienza Politica", 3, 1987, pp. 399-432, poi, aggiornato, in inglese con il titolo *Changes in the PSI's leadership: The National Executive Committee and its Membership 1976-1987* nel prestigioso "European Journal of Political Research", 3, 1989, pp. 563-582]. Il saggio coglieva e documentava le trasformazioni nelle strutture organizzative del partito, sia centrali che periferiche, e in particolare nella composizione dei suoi gruppi dirigenti centrali, sotto la nuova e dirompente leadership personale, forse anche carismatica, di Craxi. La struttura del partito risultava essere "una sorta di feudalesimo alla base (dove contavano i vari feudatari locali) temperato da un'assoluta monarchia al centro". Il saggio ebbe molti riconoscimenti tra i politologi italiani e stranieri. Molti anni dopo mi fu raccontato da un collaboratore del figlio di Craxi, che lo andò a trovare a Hammamet, che Craxi stesso aveva letto l'articolo e che si era dichiarato pienamente d'accordo.

Sempre in quegli anni – la seconda metà degli anni Ottanta – cominciai a occuparmi del *Labour Party* inglese con una serie di articoli e saggi, sempre con un taglio empirico, ma con ambizioni più teoriche (il partito laburista come partito di opposizione e come partito dell'alternanza nel contesto di Westminster).

Tutte queste ricerche empiriche mi accreditarono nel mondo della scienza politica italiana, e fu questo un passaggio necessario per chi veniva da una diversa tradizione, quella rappresentata da Umberto Cerroni e da una certa cultura marxista italiana, aliena alle scienze sociali contemporanee e alla sua propensione empirica. Ma non fu un passaggio obbligato ma strumentale, fu un impegno autenticamente sentito che si è protratto sempre negli anni successivi, fino alle ricerche, finanziate dai PRIN nazionali, condotte assieme a Piero Ignazi e Luciano Bardi - con cui condivido non solo l'interesse per i partiti, ma anche una stessa esperienza generazionale, oltre che rapporti amichevoli -, e attorno alle quali avevamo raccolto un buon numero di giovani valenti e volenterosi. Queste ricerche impegnative, dedicate ai partiti italiani, diedero vita a diverse iniziative editoriali, sia sotto forma di volumi che di saggi in riviste italiane e straniere (cito solo i volumi L. Bardi, P. Ignazi, O. Massari (a cura di), *I partiti italiani. Iscritti, dirigenti, eletti*, Milano, Egea 2007 e *Non solo Roma. Partiti e classi dirigenti nelle regioni italiane*, Università Bocconi Editore, 2013) e culturali, con convegni e seminari vari. Posso dire che questo gruppo si è accreditato accademicamente e scientificamente nella scienza politica italiana, e non solo, come punto di riferimento per la conoscenza dei partiti italiani.

Nella mia svolta dalla filosofia o dalla pura teoria alla scienza politica fu importante il mio rapporto continuativo con Gianfranco Pasquino, iniziato sin dai primi anni Ottanta, che mi diede sempre ottimi consigli di metodo e di merito e con il quale collaborai a varie ricerche, sia di taglio empirico che via via di taglio istituzionale (era il periodo in cui cominciò la lunga fase delle riforme istituzionali in Italia). Ho raccontato questo rapporto e il ruolo avuto da Gianfranco Pasquino nella mia formazione politologica in *Gianfranco Pasquino come mio <<tutor>> tra politica e scienza*, in *Una certa idea di scienza politica. Saggi in onore di Gianfranco Pasquino*, a cura di Angelo Panebianco, il Mulino, 2016.

In questa mia formazione da scienziato della politica ha contato, inoltre, in modo decisivo l'essere stato socio attivo, sin dalla sua fondazione nel 1980 della Società Italiana di Scienza Politica (SISP), che era organizzata come una vera e propria comunità scientifica, sempre stimolante e ricca, e composta di studiosi di primissimo ordine. Per il modo in cui si funzionava, con panel e workshop in occasione dei convegni annuali, e per la qualità dei suoi soci e soprattutto dei suoi presidenti e membri dei comitati direttivi (di cui ho avuto l'onore di far parte negli anni Novanta sotto presidenza di Giorgio Freddi), la SISP è stato un luogo di socializzazione scientifica, e anche umana, di una ricchezza inestimabile. Valutando questa esperienza, non posso che riconoscere che il lavoro scientifico non può essere svolto individualmente e isolatamente – per lo meno nel campo delle scienze sociali. Esso ha bisogno di una comunità scientifica di riferimento, all'interno della quale crescere e confrontarsi.

4. Una ricerca empirica non fatta

A metà degli anni Ottanta (1985?) Franco Cazzola mi commissionò per conto del CNR una ricerca empirica sui funzionari e sull'apparato amministrativo di partito dei tre principali partiti italiani (DC, PCI, PSI). Era una ricerca che richiedeva ai partiti la trasmissione di dati sul numero dei funzionari, sui loro dati anagrafici e biografici, sulla loro collocazione, sul loro trattamento economico, sui contributi versati all'INPS, ecc. Cominciai a muovermi alla ricerca di contatti utili all'interno dei partiti, fiducioso di potercela fare, perché con la Direzione del PCI collaboravo all'ufficio elettorale, e comunque avevo numerosi collegamenti, e perché conoscevo molto bene il responsabile organizzativo del PSI dell'epoca (Biagio Marzo). Cominciai con la DC. Andai a parlare con un funzionario della sede DC dell'EUR. Fu molto gentile e disponibile, dicendomi che la DC era disposta a fornire tutti i dati purché li fornisse anche il PCI. Andai poi nella sede di via del Corso, ben indirizzato dal responsabile organizzativo. Il funzionario responsabile dell'archivio – un giovane in giacca e cravatta, che sembrava più un rampante funzionario di banca che un militante di partito, e che mi accorsi che non sapeva assolutamente niente della storia del

partito e dei suoi congressi (eravamo nel pieno dell'era craxiana) – era disponibilissimo, ma mi confessò che non sapeva dove mettere le mani, perché l'archivio era praticamente nel totale caos.

Con il PCI la questione fu più lunga e complessa. Il funzionario responsabile dell'organizzazione mi disse che si trattava di dati sensibili e delicati e che quindi occorreva una speciale autorizzazione di una speciale commissione (non ricordo quale, forse la stessa segreteria di partito). Si noti che allora avevo libero accesso alla sede della Direzione di Botteghe Oscure, ero conosciuto come “uno di loro” (scrivevo su tutte le riviste del PCI, facevo parte di alcuni centri studi del partito, partecipavo a riunioni politiche, avevo la tessera...), avevo rapporti e contatti con molti autorevoli dirigenti. Nondimeno passarono mesi e alla fine il funzionario mi disse che l'organo competente non poteva accedere alla richiesta per motivi di segretezza dei dati.

Fu così che, sconsigliato, dovette rinunciare all'incarico assegnatomi. Ma l'episodio getta luce su che cosa erano allora i partiti italiani.

5. L'incontro con Costantino Mortati

L'incontro con l'opera di Costantino Mortati, indubbiamente il più grande costituzionalista italiano dell'Italia repubblicana, è stato assai importante ed estremamente formativo nella mia riflessione sui partiti politici, ma non solo, giacché mi aprì l'orizzonte sui problemi legati alle questioni istituzionali della democrazia, italiana in particolare.

L'occasione mi fu data nei primi mesi del 1988 da Fulco Lanchester che mi commissionò un contributo sui partiti in Mortati in vista del convegno in onore del costituzionalista calabrese, a quattro anni dalla sua scomparsa, da tenersi a Catanzaro (ricoprivo allora un incarico d'insegnamento in Scienza dell'amministrazione presso la Facoltà di Giurisprudenza, dove lo stesso Fulco trascorse gli anni di straordinariato dal 1987) il 21/22 ottobre del 1988. Presi l'occasione seriamente e anche con forte preoccupazione, perché dovevo intervenire in un convegno di costituzionalisti, patrocinato dal Presidente della Repubblica Francesco Cossiga e con la presenza del Presidente della Camera Nilde Iotti, cioè su un terreno non mio. Ma mi gettai a capofitto per mesi non solo sugli scritti di Mortati concernenti i partiti politici, ma anche sui suoi lavori costituzionali e sugli studi di altri costituzionalisti. Fu l'occasione per innestare nella mia formazione di scienziato politico un'attenzione costante verso la dimensione giuridico-costituzionale. Attenzione che poi si è stata sempre presente negli anni del mio insegnamento presso la Facoltà di scienze Politiche della Sapienza, partecipando alle numerose e stimolanti iniziative di Fulco

Lanchester, attornò al dottorato e al master da lui diretti. Il saggio dal titolo *Mortati e i partiti politici: una chiave di lettura politologica* fu poi pubblicata nel volume che raccoglieva gli atti del convegno [*Costantino Mortati Costituzionalista Calabrese*, a cura di F. Lanchester, ESI, 1989].¹⁷⁶³

Confesso che il più bell'apprezzamento per questo lavoro lo ricevetti dalla madre di Fulco, Gianna, che mi disse che, con sua grande sorpresa, il lavoro sembrava fatto da un costituzionalista o comunque da uno che padroneggiava bene le questioni giuridiche. E chi ha conosciuto Gianna Lanchester sa che aveva sufficiente intelligenza, cultura e antenne per potere esprimere valutazioni in campo scientifico e accademico.

Riassumerei così l'esito di questo mio lavoro. Il problema del partito politico è stato costantemente presente nella riflessione di Costantino Mortati, dal periodo fascista a quello dell'Assemblea Costituente, dal nuovo regime repubblicano fondato sulla Costituzione all'ultimo periodo della sua vita. Il pensiero di Mortati sul tema, in tutto l'arco della sua vita, si è svolto sia all'insegna della continuità, fino ad almeno tutti gli anni Cinquanta, sia all'approdo a una visione più realistica e di disillusione negli anni Settanta. Il nucleo centrale del suo pensiero è l'idea del partito come "popolo che si fa Stato", ossia una visione del partito che è tanto fattore d'integrazione sociale, di sintesi, la cui natura è extrastatuale, quanto elemento partecipe direttamente del costituirsi dell'indirizzo politico dello Stato. Il suo sforzo iniziale è, difatti di mediare le alternative di fondo della cultura giuridica weimariana sui partiti politici, divisa nell'accentuazione del partito o come fenomeno tutto interno alla sfera societaria o all'opposto come organo dello Stato. Non sempre questa mediazione/superamento dell'alternativa riuscì a Mortati, in quanto anche negli anni della Costituente riemergeva, sotto traccia, la concezione del partito- organo sotto le vesti del ruolo pubblicistico del partito. Solo negli anni finali, Mortati revisionerà abbastanza nettamente la sua precedente elaborazione, abbandonando la concezione statualistica del partito e accedendo alla piena accettazione del partito come associazione di fatto.

Ma al di là della configurazione giuridica del fenomeno partitico, resta di grande attualità e pregnanza l'esigenza, sempre presente in Mortati, di regolare la vita interna dei partiti in senso pienamente democratico¹⁷⁶⁴, di prevedere procedure altrettanto democratiche per la selezione dei candidati, riferendosi al modello delle primarie americane, di rendere i partiti trasparenti per quanto riguarda i finanziamenti e il bilancio interno, di fondare una democrazia maggioritaria basata su partiti di tipo inglese. Il saggio pressoché inedito del 1949 (*Concetto e funzione dei partiti politici*), che "Nomos" ha avuto il merito di riscoprire e ripubblicare, conferma questa pregnanza e attualità.

¹⁷⁶³ Ho ripreso e aggiornato il tema del *Il problema del partito politico* in Mortati in occasione del convegno a Roma su "Costantino Mortati. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale" del 14 dicembre 2015. Gli atti del convegno furono poi pubblicati, con lo stesso titolo e a cura di Fulco Lanchester, Wolters Kluwe e Cedam, 2017.

¹⁷⁶⁴ Ha risollevato e riproblematizzato in un contesto più ampio il tema, tra i primi, F. Lanchester, *Il problema del partito politico: regolare gli sregolati*, in Quaderni costituzionali, 1988, n. 3, pp. 487 ss.

Anche se l'universo politico odierno entro cui si muove il partito politico oggi è anni-luce lontano dall'universo culturale e istituzionale di Mortati, molti dei problemi da questi analizzati e indicati sono ancora ben presenti nella società italiana. Se è vero che il partito come “popolo che si fa Stato” ha ceduto il passo nel caso migliore agli “eletti che si fanno Stato” e nel peggiore o alle “oligarchie” o ai “demagoghi che si fanno Stato”, allora vuol dire che il problema del partito è ancora ben vivo e ben lungi dall'essere superato. E forse bisognerebbe ritornare al popolo, ma senza le scorciatoie populistiche o leaderistiche.

6. Partiti, istituzioni, Labour Party e modello Westminster

Dopo anni di lavoro sulle ricerche empiriche e dopo l'incontro con la dimensione costituzionale, seguirono dai primi anni Novanta lavori imperniati sull'analisi dei partiti in chiave istituzionale, analizzati cioè nel contesto dei diversi modelli di democrazia (proporzionale/maggioritaria) e delle diverse forme di governo parlamentare (caso inglese/caso italiano). Già nella seconda metà degli anni Ottanta, come già detto, avevo cominciato a occuparmi del partito laburista inizialmente in quanto partito di opposizione e di sinistra, poi sempre più in quanto uno dei due partiti del bipartitismo nel contesto del sistema di governo inglese. Il *Labour* negli anni Ottanta costituiva un caso paradigmatico della dinamica dei partiti socialisti, prima un partito considerato in irreversibile declino (e in quanto tale non più in grado di puntare all'alternanza di governo), poi un partito che fece un radicale, profondo, serio e sistematico rinnovamento che sfociò alla fine al successo della seconda metà degli anni Novanta con la leadership di partito e di governo di Tony Blair (che vinse tre elezioni consecutive). La chiave del passaggio dal declino al successo per quasi un decennio fu il rilancio del “partito a vocazione maggioritaria”, passaggio che avevo documentato, spiegato e diffuso attraverso numerosi scritti in merito. La formula fu ripresa nel 2007 da Valter Veltroni per il lancio del partito democratico, una volta convintosi che l'esperienza del bipolarismo coalizionale (disastrosa fu l'esperienza del governo Prodi del 2006-2008) era una strada da non percorrere più (e Berlusconi, peraltro, seguì poco dopo la stessa linea con il discorso “del predellino” a Milano il 18 novembre 2007 e il lancio del partito unico di centro-destra Il Popolo della Libertà). Ma come ben sa Stefano Ceccanti l'ispirazione di Veltroni veniva dall'esperienza del partito laburista, oltre che dall'esperienza del PS francese di Mitterrand. Dunque, i nessi tra l'esperienza inglese e quella italiana erano stringenti, sia per quanto riguardava i partiti, sia per quanto riguardava la democrazia maggioritaria. Si tenga conto che l'Italia sin dai primi anni Novanta¹⁷⁶⁵ cercava di passare dalla democrazia della cosiddetta Prima Repubblica (proporzionale) a una democrazia

¹⁷⁶⁵ Per la crisi del sistema partitico italiano negli anni Novanta e le nuove forme organizzative dei nuovi partiti, cfr. L. Morlino (a cura di), *Partiti e sistemi di partito in Italia: le trasformazioni organizzative*, il Mulino, e L. Morlino e M. Tarchi (a cura di), *Partiti e caso italiano*, il Mulino 2006.

maggioritaria¹⁷⁶⁶. Ma questa non era solo un'agenda politica, era soprattutto un'agenda intellettuale e scientifica, cui parteciparono, e continuano a partecipare, costituzionalisti e politologi, anche nel ruolo di parlamentari e ministri. La comparazione tra Regno Unito e Italia, per capire sia il funzionamento del modello Westminster sia l'applicabilità in Italia di questo modello e comunque il modo di far divenire l'Italia una democrazia maggioritaria, fu il filo conduttore che mi trovai a seguire in vari lavori.

Un primo lavoro, propedeutico in un certo modo a quanto detto sopra, fu lo studio dell'opposizione politica¹⁷⁶⁷, tema preceduto da diversi seminari nel CRS, che sfociò in una pubblicazione comune assieme ad Antonio Missiroli, dal titolo *Opposizione, governo ombra, alternativa* [Laterza 1990], in seguito tradotto nel 1997 in spagnolo e pubblicato in Argentina nel 1997. Il titolo rendeva bene l'agenda di ricerca che c'eravamo dati, in stretta connessione con l'agenda politico-istituzionale del paese. Questo collegamento tra gli oggetti di ricerca e i problemi del presente, specie italiano, era una costante della mia collaborazione e di quella di Stefano Ceccanti, in questa fase, con Gianfranco Pasquino (insieme pubblicammo Stefano Ceccanti, Oreste Massari, Gianfranco Pasquino, *Semipresidenzialismo. Analisi delle esperienze europee*, Laterza 1996, volumetto che ebbe una certa influenza nel dibattito pubblico sulle riforme) e in qualche modo richiamava l'idea di Sartori di una scienza politica applicata. Non c'era estranea, infatti, l'ambizione di contribuire, con i nostri studi, a determinare l'agenda politica delle riforme e a rafforzare in questo modo l'attrezzatura scientifica e culturale di tale agenda.

In questo contesto, la ricerca più importante credo che sia stata quella poi pubblicata per Il Mulino dal titolo *Modello Westminster e partito laburista. Come le istituzioni regolano i partiti politici* [Il Mulino, 1994]. La ricerca nata inizialmente in vista di un volume sul *Labour*, divenne poi qualcosa di diverso, inserendovi il modello Westminster. Per comprender e spiegare quel partito m'imbattei, infatti, nella necessità di tenere conto in chiave esplicativa del peculiare assetto istituzionale entro cui agiva. Il punto essenziale, sia di metodo che di merito, del volume era che le istituzioni contano per i partiti politici. Era un'indicazione di metodo che si applicava pienamente al modo di trattare le riforme istituzionali in Italia, in cui il problema delle correlazioni tra forma di governo-sistema dei partiti- sistema elettorale era un nodo intricato che andava sciolto tenendone appunto il massimo conto.

In questa ricerca era confluito sia l'interesse per l'opposizione politica, che avevo trattato con Pasquino, sia per il partito laburista, su cui anche Leonardo Morlino mi aveva incoraggiato, sia per il funzionamento della peculiare democrazia parlamentare inglese, il modello Westminster appunto. Quest'ultimo punto mi premeva particolarmente per chiarirmi i concetti relativi alle <<democrazie maggioritarie>>, anche in relazione al

¹⁷⁶⁶ Per i problemi di questa transizione, cfr. S. Ceccanti e S. Vassallo (a cura di), *Come chiudere la transizione: cambiamento, apprendimento e adattamento nel sistema politico italiano*, il Mulino 2004.

¹⁷⁶⁷ Per i partiti tra ruolo di maggioranza e ruolo di opposizione, cfr. V. Lippolis, *Partiti maggioranza, opposizione*, Jovene, 2007.

contesto italiano, che proprio in quegli anni vedeva il passaggio tormentato da una democrazia proporzionale a una presunta democrazia maggioritaria. Un processo tuttora non concluso. Com'è noto circola in Italia un'interpretazione trasversale del modello Westminster e in generale delle democrazie maggioritarie- interpretazione che ha sostenuto l'idea del premierato forte (elettivo di fatto e con potere di scioglimento) – che non trova corrispondenza nella realtà dei vari paesi. E' un'interpretazione che si può far risalire alla discutibile distinzione duvergeriana tra democrazie immediate e democrazie mediate (e in generale nelle idee del club Jean Moulin). Su questo punto Sartori ha sacrosante ragioni nella sua appassionata quanto lucida polemica contro queste posizioni. Molti anni dopo, Pasquino ha avuto il merito di dirigere una ricerca comparata sui capi di governo [G. Pasquino (a cura di), *Capi di governo*, Bologna, il Mulino 2005] che ha chiarito molto bene i vari punti in questione. Nel mio saggio in questo volume credo di aver sfatato il mito dell'attribuzione al primo ministro inglese di un personale potere di scioglimento (*Gran Bretagna: verso la presidenzializzazione?*). Sul piano più propriamente scientifico, il volume seguiva un'ipotesi forte, ovvero che le istituzioni contano (laddove ovviamente sono forti) nel regolare e nel conformare la vita dei partiti. Storicamente la vicenda del *Labour Party* costituiva un paradigma straordinario: persino la sua struttura di potere interno era stata condizionata profondamente dalle istituzioni parlamentari inglesi, tanto potersi definire, come tutti gli altri partiti inglesi, come “un partito di massa a direzione parlamentare”. Questo è un punto del tutto sfuggito ai politologi italiani che si sono occupati di questo partito (mi sono occupato di quest' aspetto in *I partiti politici in Gran Bretagna tra organizzazione interna e <<modello Westminster>>*, in “Quaderni Costituzionali”, 1, 1992).

Inoltre, la vicenda del *Labour* era interessante anche per altre ragioni. Essa smentiva anzitutto la lettura sociologica e deterministica del futuro dei partiti socialisti (su questo punto Sartori mi ha insegnato molto quando ha contestato l'interpretazione di classe della politica inglese). Poi mostrava concretamente come un partito in declino possa avviare una profonda innovazione politica e organizzativa, ritornando a essere, come si dice in Italia, un partito a vocazione maggioritaria. Insomma, la ricerca sull'Inghilterra – svolta per anni e grazie anche a frequenti periodi di studio in loco e grazie anche all'aiuto datomi da Geoffrey Pridham dell'Università di Bristol – è stata estremamente formativa per me (e da questa ricerca ho tratto spunti per numerosi saggi, come quelli sul sistema elettorale o sul sistema partitico inglesi (su quest'ultimo cfr. *Gran Bretagna: ancora il bipartismo?*, in *Partiti e sistemi di partito nelle democrazie europee*, a cura di Pietro Grilli di Cortona e Gianfranco Pasquino, il Mulino, 2007). Ho scritto nel volume curato da Pasquino e da Grilli sui sistemi politici dell'Europa occidentale.) La lente inglese mi ha portato a considerare criticamente il modello di democrazia maggioritaria che si è tentato di affermare in Italia, mi ha portato a non illudermi sulle virtù semplificatrici dell'uninomiale, sul modo leggero di costruire un partito a vocazione maggioritaria, ecc.

Un'altra ricerca importante, un decennio dopo, è stata quella su *I partiti politici nelle democrazie occidentali*, Roma-Bari, Laterza 2004 (la sollecitazione a scrivere un volume di

questo genere mi venne da Sergio Fabbrini in qualità di direttore di una collana di Laterza, e di questo gli sono sempre grato). Ma questa, anche se condotta per qualche anno, è più una sistemazione critica della letteratura sull'argomento, anche se con vari spunti originali o nuovi (come nel caso del capitolo sulla selezione dei candidati, sulla discussione critica delle tesi di Kirchheimer sul declino dell'opposizione e dell'omologazione dei partiti di massa di sinistra, sulle tesi del cartel-party, sui criteri puramente quantitativi per la comprensione dei sistemi di partiti, ecc.). Ma lascio a Sartori, che mi aveva fatto l'onore di una sua prefazione al volume, la valutazione di quest'ultimo:

Nei miei studi io mi sono occupato dei sistemi. Massari si occupa invece dei partiti. Non lo invidio. Il suo campo d'indagine è molto più arruffato, variopinto e sfuggente dall'altro. Indagare su un partito specifico...è facile, relativamente facile. Ma le ricerche partito-per-partito perderebbero senso se ogni tanto qualche valoroso non si impegnasse nel lavoro di rimetterle assieme e di ricomporle in un discorso ordinato. Massari è uno di questi rari valorosi...Quando il materiale è pressoché sterminato, il problema è saperlo organizzare, saperlo inquadrare. Massari lo ha saputo fare. Il suo libro parte – come deve – dalla teoria dei partiti, discute poi della loro tipologia e di come classificarli, e diventa man mano sempre più empirico, sempre più vicino ai fatti, per approdare a due temi e quesiti concretissimi: Primo, se i partiti sopravvivranno rinnovandosi e anche innovando, e cioè con partiti di tipo nuovo: Secondo, chi controlla la selezione dei candidati che si presentano alle elezioni, e i modi di democratizzare, riusciti manche controproducenti, questa selezione. ...i partiti sono più che mai sotto attacco; eppure nessuno riesce a dimostrare in maniera seria e convincente come la democrazia rappresentativa potrebbe funzionare senza le cinghie di trasmissione poste in essere dai partiti e dal sistema dei partiti. Questa è anche la persuasione che ha indotto Massari a inoltrarsi in una <<selva oscura>> nella quale anch'io, dopo aver letto il suo libro, mi oriento meglio.

7. Conclusioni

Com'è evidente da quanto detto finora, il mio percorso intellettuale e scientifico nello studio dei partiti politici è stato sempre rivolto non alla pura descrizione dell'oggetto di studio, né al confinamento entro uno specialistico settore disciplinare (quello della scienza politica, che pure ha oramai una solidità e una ricchezza scientifiche indiscutibili). Sono

andato sempre alla ricerca delle correlazioni tra i fenomeni (nel linguaggio delle scienze sociali si parla di correlazioni tra variabili indipendenti e variabili dipendenti), alla ricerca della spiegazione e per quanto possibile alla ricerca delle cause e delle conseguenze. Di qui il bisogno di aprirmi ad altre dimensioni culturali e disciplinari, come la storia, la sociologia, l'economia, il diritto costituzionale (con questo in maniera più stringente), la teoria politica. Nella convinzione che la divisione disciplinare del sapere è uno strumento utilissimo e indispensabile del sapere per la sua progressione, ma che gli oggetti reali non sono divisi per discipline e sottodiscipline¹⁷⁶⁸ e che, perciò, occorra recuperare una circolarità del sapere che rifletta in qualche modo l'unitarietà degli oggetti o fenomeni reali (anche se individualmente è un compito pressoché impossibile, ma un granellino di quest'attitudine può essere un seme o accendere una scintilla).

In questo percorso e in varie fasi ho avuto la fortuna di incontrare dei veri "maestri": principalmente Umberto Cerroni, Gianfranco Pasquino, Giovanni Sartori. In particolare sui suoi libri di quest'ultimo mi sono formato in modo decisivo e continuativo. La sua idea di scienza politica era sì empirica e applicativa, ma non puramente basata sulla misurazione quantitativa, come purtroppo oggi è la tendenza prevalente, soprattutto negli USA. La sua logica – ed ho ritenuto Sartori sempre un grande logico - del metodo scientifico comprendeva i concetti (e quindi anche una dimensione qualitativa, lo si è visto nella sua tipologia dei sistemi di partito) e la comparazione (ma ben guidata da criteri adeguati del metodo, si ricordi la sua polemica contro "lo stiracchiamento dei concetti"). E ovviamente non era uno studioso settoriale o specialistico (in senso strettamente disciplinare). La democrazia, la teoria politica, le istituzioni, i sistemi di partito, i grandi problemi del presente (dalla mutazione antropologica indotta dalla televisione alle immigrazioni, dall'Islam all'ambiente, ecc.). Insomma, oramai uno studioso e un grande intellettuale che possiamo benissimo riconoscere come un "classico". Sono sempre stato attratto dalla sua biografia intellettuale e dai suoi libri, con i quali mi sono sentito sempre in piena sintonia. Naturalmente non mi sono formato solo sui suoi libri. Dall'inizio degli anni Novanta (nel 1994 tradussi in italiano *Comparative Constitutional Engineering*) fino alla sua morte il 4 aprile 2017 l'ho sempre frequentato e interloquito con lui soprattutto sui temi delle riforme costituzionali in Italia.¹⁷⁶⁹

E ho avuto la fortuna di incontrare e di confrontarmi con diversi interlocutori, alcuni per periodi limitati altri rimasti costanti e duraturi: Luigi Graziano, Marcello Fedele, Leonardo Morlino, Adriano Pappalardo, Sergio Fabbrini, Stefano Ceccanti, Piero Ignazi, Luciano

¹⁷⁶⁸ E' singolare come questa impostazione la si ritrovi nei criteri formulati dall'ANVUR per la prima tornata dell'Abititazione Scientifica Nazionale (ASN): vengono considerati solo gli scritti comparsi nelle riviste accreditate del settore disciplinare concorsuale. Per cui se un candidato di scienza politica, poniamo, presenta un articolo comparso su "Quaderni Costituzionali", questo non viene considerato e valutato. La qualità intrinseca non conta niente!

¹⁷⁶⁹ Ho dedicato a Sartori i seguenti scritti: *Quanto contano i partiti*, in *La Repubblica di Sartori*, a cura di Gianfranco Pasquino, "Paradoxa", 1, 2014; *Giovanni Sartori e la democrazia della Seconda Repubblica*, in *La politica come scienza. Scritti in onore di Giovanni Sartori*, a cura di Stefano Passigli, Passigli Editori 2015; *I sistemi bipartitici da Sartori a oggi*, in "Quaderni di Scienza Politica", 3, 2016; *Giovanni Sartori and the institutional reforms in the Italian "Second Republic"*, in "Contemporary Italian Politics", 2017.

Bardi (con questi ultimi due con una più stretta collaborazione scientifica oramai quasi ventennale) e più di tutti, per varie ragioni, Fulco Lanchester.

Ma veniamo ora a qualche considerazione conclusiva sui partiti.

Siamo tutti convinti che i partiti sono essenziali alla democrazia. Ma cosa succede se quelli e questa si trasformano in maniera radicale, tanto da metterne in discussione il rapporto? La democrazia rappresentativa è sempre più sfidata e contestata, molti partiti nuovi sorgono su posizioni in diversa misura antisistema, molti vecchi partiti arrancano e annaspiano. Però una cautela: non giudichiamo la situazione delle democrazie occidentali con lenti italiane. In Italia lo stato dei partiti e delle loro leadership è particolarmente allarmante, per ragioni che affondano le loro radici nella storia della repubblica italiana, e in qualche modo segnala una vera e propria patologia del sistema. Anche altri paesi presentano segnali allarmanti e l'ondata populistica ha investito quasi tutte le principali democrazie. Ma attenzione alle generalizzazioni e alla trasformazione delle tendenze in sentenze definitive di morte o decesso. In molte democrazie la sfida dei partiti populistici o l'indebolimento di quelli tradizionali a fare da riparo e da difesa è fronteggiata e neutralizzata grazie alla forza e alla solidità degli assetti istituzionali, e cioè agli anticorpi istituzionali e culturali (e penso agli USA di Trump, al Regno Unito, alla Germania, alla Francia). E comunque, forse è vero quello che afferma Piero Ignazi, e cioè che i partiti perdono sì sempre più legittimità, ma conservano e talvolta accrescono la loro forza (perdono iscritti, ma acquistano potere nelle istituzioni)¹⁷⁷⁰.

E poi non è da mettere in secondo piano la capacità delle democrazie di integrare. L'hanno fatto con successo nel passato con i partiti ideologici di massa extraparlamentari, nelle loro varie versioni. Persino i tradizionali partiti antisistema (penso ai partiti comunisti) sono stati o fatti convivere nella democrazia, magari emarginandoli o non ammettendoli alla soglia del potere esecutivo, o indotti a cambiare nome e ideologia. Altri partiti nati come movimenti antisistema si sono poi istituzionalizzati e in qualche modo omologati (Corbetta dice che ciò sta accadendo con il M5S). Insomma, non c'è ragione per non pensare che la capacità d'integrazione sia improvvisamente terminata.

Non tutte le trasformazioni dei partiti sono, poi, di per sé incompatibili con le funzioni che loro si richiedono per lo svolgimento dei loro compiti nelle democrazie. Sapendo che alcune funzioni sono oramai non più attuali (come quella di socializzazione e dell'educazione politiche, legate com'erano a una particolare fase dei partiti di massa e della stessa società), e che altre continuano a rimanere tuttora vive (la mobilitazione dell'elettorato, la formulazione dei programmi, la selezione dei candidati, la nomina del personale governativo, la direzione del governo, ecc.). E non tutti i tipi di partito, che si sono via succeduti e che sono presenti attualmente, sono di per sé incompatibili con la democrazia, anche se possono non piacere o possono risultare largamente inadeguati. Il

¹⁷⁷⁰

fatto è che non possiamo continuare ad avere come criterio di giudizio e di paragone il modello del partito di massa di stampo duvergeriano (che era quello ideologico e burocratico). I partiti di massa di stampo duvergeriano hanno costituito solo una fase storica, per quanto grandiosa e si potrebbe dire epica, della variegata storia dei partiti politici. Il partito neo-notabiliare, o quello patrimoniale o quello in *franchising* possono non piacere, ma è questo quello che passa il convento, e con questo fatto dobbiamo convivere.

C'è però un tipo di partito che mi pare del tutto in antitesi con i requisiti funzionali che la logica di funzionamento della democrazia richiede ai partiti politici, ed è il cosiddetto partito personale.

Le funzioni dei partiti sono molteplici e complesse, non sono riducibili e non sono esprimibili dalla singola personalità. Per tutti i teorici e gli studiosi dei partiti politici - da Edmond Burke ad Antonio Gramsci, a Costantino Mortati a Giovanni Sartori - il partito è un organismo collettivo e collegiale che non si esaurisce né nei funzionari, né nelle oligarchie interne, né nel singolo leader.

Oggi si teorizza non solo “il partito del leader”, ma anche “il governo del leader”, sulla base dell'impossibilità di ricreare il vecchio partito di massa. Ma il partito del leader o il partito personale è un ossimoro. O c'è il partito che esprime anche un leader forte (sia pure tanto da controllare il partito per un certo tempo) o c'è un leader personale che ha fagocitato e annullato il partito. Il punto di discriminazione è comunque la sorte del partito dopo la fine (politica o altro) del leader, se sopravvive o no. Se sopravvive allora, il partito è comunque istituzionalizzato e come tale non significa la fine del partito. A chi scrive pare esagerata l'enfasi che oggi si pone sul leader o sulla singola personalità (a parte il fatto che nella storia passata è sempre stato fortissimo il ruolo giocato dalle singole personalità, come ci insegnava il buon vecchio Plechanov). Ma ammettiamo pure che oggi è preminente la fase del partito del leader e dei partiti personali. Ma allora dobbiamo pensare ad altri strumenti e modalità di reggimento della comunità politica, compresa la regolamentazione legislativa dei partiti politici. Questi non possono più essere considerati puramente associazioni private di fatto, estranee al diritto pubblico. Essi svolgono funzioni pubbliche rilevanti, d'importanza pubblica, e come tali vanno riconosciuti, superando, per quanto ci riguarda, i limiti dell'art.49 della Costituzione¹⁷⁷¹. Ma soprattutto, se si è affermato il partito (e il governo) del leader, allora dobbiamo ripensare la forma di governo parlamentare, e soprattutto di quella maggioritaria - e qui sta il collegamento tra partito politico e assetti istituzionali. Soprattutto, occorrerebbe sincronizzare la riforma della forma di governo - intesa sia direttamente con la modifica di norme costituzionale, con la regolamentazione legislativa dei partiti e con l'adeguamento dei regolamenti parlamentari, sia indirettamente attraverso la riforma elettorale - ai partiti di fatto.

¹⁷⁷¹ Ho trattato il tema in *I partiti e le regole*, “Democrazia e Diritto”, 3, 2016, riprendendo e sviluppando le considerazioni svolte in un'audizione nella Commissione Affari Costituzionali della Camera dei Deputati nel 2015.

In più, ad aggravare i problemi che il partito personale pone, occorre considerare un'altra tendenza in atto, quella della democrazia diretta e al ricorso a forme di partecipazione sempre più dirette, come le primarie, i referendum, l'elezione diretta di alcune cariche monocratiche, ecc. Nell'ambito dei partiti, quando queste modalità di democrazia diretta e immediata si saldano con il partito personale e del leader può sprigionarsi un cortocircuito che può tramutare i caratteri stessi della democrazia interna, facendo prevalere l'elemento plebiscitario su quello rappresentativo-deliberativo della democrazia, come aveva ben visto Fraenkel. Il partito come organismo collegiale e collettivo implica l'esistenza di uno spazio per la democrazia deliberativa, che non può essere surrogata dalla democrazia diretta (per esempio delle primarie). Le primarie, come quelle per la scelta del leader, sono eventi puntuali e *una tantum*, possono essere utilissime ma non possono chiudere definitivamente il processo decisionale all'interno di un partito politico, processo che si deve alimentare di momenti e spazi deliberativi a tutti i livelli, dalla periferia al centro. L'impresa di un partito, tanto più quando si prefigge di cambiare le cose, non può essere l'impresa di una singola personalità, per quanto legittimata e capace (a volte può essere persino carismatica). Essa è sempre un'impresa collettiva e collegiale, per quanto la leadership personale sia importante e persino indispensabile.

Infine un'ultima considerazione (che non può che essere solo accennata). Ad alimentare queste tendenze "plebiscitarie" e queste tendenze anti-partito, occorre tenere presente un'altra tendenza potentissima, perché affonda nelle radici stesse dell'economia: la tendenza alla – com'è stata definita - **disintermediazione**. Com'è oramai abbastanza riconosciuto, tutti i corpi sociali intermedi e le strutture d'intermediazione sono minacciati dalla globalizzazione neo-liberista, e con essi i partiti politici. Ed è una lotta per certi versi impari. Da una parte la democrazia politica richiede che i partiti esistano e funzionino, dall'altra le tendenze liberiste dell'economia congiurano a limitare, se non a spazzare via, le strutture della politica democratica (stati nazionali, parlamenti, sindacati, ordini professionali e ovviamente i partiti politici). Ancora una volta la democrazia è alle prese con il problema di governare l'economia, senza farsi travolgere. E dentro questo problema è chiaro che i partiti nazionali (come gli stati nazionali) non ce la fanno a reggere la sfida. Per una dimensione di scala, solo partiti transnazionali possono reggere la sfida, ossia per quanto ci riguarda partiti politici europei che crescano e si sviluppino assieme al rafforzamento dell'integrazione europea nelle forme possibili.

Il futuro dei partiti è tutto dentro questa lotta o questo confronto. Ma bisogna essere fiduciosi sulle risorse della democrazia.

Crisi dei partiti e crisi del pluralismo

di Giuseppe Vecchio*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Crisi della democrazia pluralista, crisi del Parlamento, crisi dei partiti – 3. Le radici profonde della crisi dei partiti e le molteplici letture del pluralismo democratico – 4. La fine del ‘principe’ e la riscoperta del pluralismo delle istituzioni sociali – 5. Alla ricerca di nuovi protagonisti nel concorso alla formazione dell’indirizzo politico – 6. Decisione, regola, diritto. Le ‘supplenze’ istituzionali alla crisi delle istituzioni elettive – 7. Rappresentazione della complessità e necessità di decisione – 8. Hanno ancora un ruolo i partiti?

1. Premessa.

Oreste Massari ha dedicato una parte importante della propria vita di Studioso alla riflessione sui partiti e continua ancora a farlo con impegno e dedizione. Egli ha avuto occasione di vivere in prima persona esperienze importanti della storia repubblicana degli ultimi decenni e di partecipare con intensità al dibattito sulla fine della ‘prima Repubblica’ e sui tentativi di costruzione di un nuovo modello di relazioni politiche e istituzionali.

Il rapporto intenso con Maestri di grande prestigio Gli ha consentito di sviluppare ricerche e approfondimenti sulla crisi dei partiti e sulla necessità di individuare percorsi che consentano di recuperare la sostanza dello Stato costituzionale e del messaggio dei Costituenti alla luce delle trasformazioni sociali in atto.

Mi sembra che si possa trovare una significativa sintesi del pensiero di Oreste Massari nelle (prime) *Conclusioni* di una sua Lezione a Perugia del novembre 2013, prima delle vicende del tentativo di revisione costituzionale del 2016 e nel corso dei primi esperimenti di anticipazione della revisione con la legge elettorale (varie versioni di *Italicum*, poi rivisto e riadattato agli esiti del referendum del dicembre 2016).

Dal 1994 a oggi assistiamo a una straordinaria continuità nell'impostazione della questione elettorale, dovuta alla cultura, condivisa trasversalmente tra i leader politici dei due maggiori partiti e tra gli intellettuali addetti ai lavori, del bipolarismo (più in generale della democrazia maggioritaria) imposto per legge. Si pretende di costruire e fabbricare una democrazia maggioritaria con lo strumento del sistema elettorale, e in particolare con una strumentazione tecnica del sistema elettorale estremamente fragile e debole, controvertibile e irrazionale. Oggi lo strumento privilegiato per l'imposizione di una democrazia maggioritaria è il premio di maggioranza. Il premio dovrebbe fare eleggere direttamente il governo la sera stessa delle elezioni. Ma all'interno della forma di governo parlamentare non esistono elezioni dirette, o come se dirette, dell'esecutivo. O meglio: esistono come se dirette, ma solo finché lo consente il sistema dei partiti. La democrazia immediata di Duverger è possibile solo se, come nel caso inglese, esistono due partiti maggioritari che si alternano al

* Professore ordinario di Diritto privato presso il Dipartimento di Scienze Politiche e Sociali dell'Università degli Studi di Catania.

potere. Solo in questo caso sarà possibile affermare che l'elettore ha scelto il governo, perché ha dato la maggioranza di seggi a un solo partito. Solo finché esiste una mediazione partitica questo è possibile. Nel momento in cui i partiti vengono meno, il sistema dell'elezione diretta dell'esecutivo salta. L'esempio di ciò è riscontrabile in Inghilterra, dove questo sistema è stato in grado di mantenersi solo fino al 2010. Dopo questa data anche lì abbiamo un governo di coalizione post-elettorale non deciso dagli elettori, ma deciso dai parlamentari dopo le elezioni.

In Italia sembra ormai esserci una fissazione nel voler costruire strumenti e attrezzature elettoralistiche, attraverso operazioni molto discutibili, soprattutto dal punto di vista dell'architettura costituzionale, la quale richiede necessariamente procedure molto più complesse rispetto alla scelta di intervenire solo sul sistema elettorale. Queste procedure o sono il frutto della storia, come nel caso inglese, e per questo non sono imitabili o riproducibili, o sono frutto d'ingegnerie istituzionali riuscite come il caso tedesco prima, e il caso francese dopo. È necessario muoversi tra queste due soluzioni. Il voler ignorare tutta questa complessità o comunque voler operare forzature solo con lo strumento elettorale ci ha portato invece alla situazione in cui siamo caduti oggi. Il bipolarismo e la democrazia maggioritaria non si ottengono solo con la riforma della legge elettorale.

Le indicazioni di quella lezione del 2013, così come tutta l'analisi in essa contenuta del rapporto fra *Istituzioni e sistema politico in Italia*, mi sembra estremamente utili per affrontare il tema *Partiti e Parlamento nei sistemi di democrazia pluralista*.

Le ricorrenti considerazioni sulla crisi dei partiti inducono, sempre più spesso, la preoccupazione che si stia assistendo ad una fase di rapido declino della democrazia parlamentare e, per certi versi, dello Stato democratico costituzionale (almeno di quello che abbiamo sperimentato nella concreta esperienza storica).

Il collegamento fra partiti e parlamento nei sistemi di democrazia pluralista impone una riflessione sullo stesso nesso che lega insieme i tre termini e, ovviamente, sui possibili effetti delle patologie che affliggono uno dei protagonisti della rappresentazione istituzionale sugli altri.

Ovviamente, i miei limiti disciplinari non mi consentono di avventurarmi sul terreno delle discipline parlamentari e sui concetti propri del diritto costituzionale relativi alla forma di Stato e alla complessa nozione di indirizzo politico.

Mi devo limitare a proporre alcune semplici considerazioni sulla disciplina delle libere associazioni partitiche (ai sensi dell'art. 49 Cost.) e, segnatamente, sulla rilevanza della qualificazione e regolazione di quelle associazioni nel sistema istituzionale pluralistico.

2. Crisi della democrazia pluralista, crisi del Parlamento, crisi dei partiti

Le riflessioni sulla 'patologia' dei partiti (e sulla possibile prognosi infausta) sono ormai sempre più frequenti e impongono una lettura e, soprattutto, richiedono espressamente un

allargamento della prospettiva ai problemi più ampi della rappresentanza e della legittimazione delle scelte e delle decisioni¹⁷⁷².

Molti giuristi e molti politologi affrontano il problema evidenziandone due aspetti e articolando proposte per tentare di trovare una soluzione.

Dopo una lunga stagione di tentativi di costruire sistemi elettorali e politici che garantissero certezza di maggioranze parlamentari e, tendenzialmente, stabilità di indirizzo e capacità decisionale, ci si ritrova a chiedersi come mai dal referendum elettorale del 1993 non si sia ancora trovata la soluzione.

Non possiamo dimenticare che dalle dimissioni del Governo Amato I (49° della Repubblica) del 22 aprile 1993 ad oggi sono passate sette legislature quindici governi (mediamente più di due per legislatura). In alcuni casi si sono registrati radicali cambiamenti di maggioranza parlamentare e, nell'ultima legislatura, ben 546 cambi di gruppo, in parte all'interno delle coalizioni di elezione, più spesso per cambio di coalizione. Nella XVI Legislatura il totale dei cambi di gruppo aveva raggiunto il numero di 180. Nella XV legislatura il totale dei cambi di gruppo aveva raggiunto il numero di circa 110, soprattutto per scioglimento dei partiti e conseguente scioglimento dei gruppi corrispondenti.

Nonostante questi dati, il dibattito sulla riforma elettorale ha registrato numerose prese di posizione a sostegno di soluzioni 'maggioritarie' e critiche nei confronti della legge approvata per la (presumibile) difficoltà di costruire (preventivamente) maggioranze parlamentari.

Le più recenti tornate di voto, d'altra parte, hanno fatto registrare significative manifestazioni di disaffezione da parte degli elettori.

Proprio per questo si propone di adottare sistemi elettorali che stimolino all'esercizio del voto per contrastare l'astensionismo e suoi effetti delegittimanti.

Gli osservatori più attenti segnalano opportunamente che l'origine della carenza di forza legittimante dei sistemi elettorali sta, anche, forse soprattutto, nella grave crisi di democraticità interna ai partiti.

La drammaticità dell'attuale fase dei processi decisionali e di formazione dell'indirizzo politico emerge anche dalla sostanziale debolezza dei tentativi di consolidare la legittimazione (solo) con riforme dei sistemi elettorali o dei regolamenti parlamentari.

Certamente, non può essere sottovalutata la rilevanza dei tentativi di rilegittimazione del Parlamento e del Governo con il ricorso a sistemi di selezione delle rappresentanze

¹⁷⁷² Mentre era in corso la revisione del testo di questo contributo è stato pubblicato un Editoriale di A. Ruggeri su federalismi.it dal significativo titolo ... Sempre nel corso del mese di dicembre è stata approvata una significativa modifica al Regolamento del Senato che incide, in particolare, sul rapporto fra partiti presentatori delle liste elettorali e gruppi parlamentari costituiti dagli eletti in quelle liste (per una utile valutazione dello stesso Regolamento del Senato si veda, in questa Rivista, Marco Podetta *La proposta di riforma regolamentare all'esame del Senato. Gli inadeguati colpi di acceleratore di fine legislatura*).

parlamentari che siano in grado di costruire ‘rappresentazioni’ realistiche della nazione (per restare nel lessico dell’art. 49 Cost.).

Va osservato, tuttavia, che il sostanziale fallimento della disciplina dei partiti e, soprattutto, di quella parte che avrebbe dovuto (auto)regolare la legittimazione democratica del sistema di individuazione delle candidature (cd. consultazioni primarie) indica, ancora una volta, l’insufficienza della regolazione formale di processi immaginati in astratto e privi di radicamento storico e sociale.

Troppo spesso si assiste a esercitazioni di ingegneria costituzionale che perdono di vista la struttura e la consistenza del terreno sociale sul quale dovrebbero operare.

Allo stesso modo, suscita qualche preoccupazione la riforma del Regolamento del Senato, adottata alla fine della legislatura e chiaramente orientata a condizionare i processi decisionali e l’iter di formazione delle leggi secondo criteri di irrigidimento formale dell’organizzazione e del funzionamento delle rappresentanze elette.

Anche in questo caso, sembra che l’orientamento espresso da questo Senato, che ha superato ogni record di cambiamento individuale di appartenenza di gruppo e di mutazione dei gruppi, sia quello di restringere la possibilità di formazione dell’indirizzo politico solo alla fase elettorale.

Il sistema di vincoli fra regime di formazione dei gruppi e regime elettorale istituisce un legame fra partiti e rappresentanze che dovrebbe essere fondato su ben altra legittimazione e autorevolezza dei partiti. Il risultato paradossale che si potrebbe conseguire, ove il Regolamento appena approvato non fosse rapidamente modificato dal prossimo Senato, sarebbe quello di introdurre un ulteriore elemento di delegittimazione della rappresentanza parlamentare e dell’intero procedimento deliberativo.

Si deve osservare che un regime stringente di appartenenza e di scoraggiamento della libertà di associarsi in gruppi parlamentari non avrebbe avuto senso quando i partiti avevano un ruolo reale nella società. L’introduzione di un sistema di vincoli (pericolosamente vicino al ‘vincolo di mandato’) tra gruppi e partiti scarsamente legittimati sul piano sociale indebolisce ulteriormente il rapporto fra rappresentanze e società e nega la funzione dinamica dei partiti e delle rappresentanze sottesa al modello costituzionale.

Non si può negare, ovviamente, che è ormai diffusa la preoccupazione per la capacità di tenuta dell’intero sistema politico-costituzionale e che la diagnosi sullo stato dei partiti potrebbe preludere ad analoghi diagnosi sullo Stato costituzionale.

La diagnosi che muove dalla constatazione di una palese sofferenza non lascia intravedere evoluzioni positive.

La preoccupazione deriva dalla rilevazione di due gravissimi sintomi: la progressiva diffusione di tendenze e opinioni riconducibili al populismo e la crescita dell’assenteismo elettorale.

Gli aspetti di maggiore evidenza dei populismi, che sempre più spesso condizionano le politiche di tutti i partiti, sono quelli che si manifestano come opposizione ai processi di globalizzazione, sia a quelli che si manifestano come integrazione sovranazionale ed infiltrarsi dei vincoli discendenti dalla Comunità internazionale sia a quelli che si manifestano come grandi movimenti sociali e migratori.

Sotto questo profilo, ovviamente, ci dovremmo chiedere fino a che punto le culture della globalizzazione non stiano mostrando i limiti delle concezioni ‘occidentali’ dell’identità nazionale e del benessere. Potremmo forse pensare che questo aspetto della crisi dei partiti sia la manifestazione (spesso sregolata e anche violenta) dell’incapacità di leggere i processi storici e di fornire alternative all’unica ‘ideologia’ sopravvissuta alla fine del Novecento, cioè l’ideologia mercatista e individualista.

Anche la caduta della partecipazione al voto è forse più di una crisi (per quanto grave e profonda) dei partiti. Di consultazione in consultazione (a prescindere dalla tipologia di voto, elettorale politico, amministrativo, referendario abrogativo, referendario confermativo) il messaggio espresso dal ‘popolo’ è quello della progressiva disaffezione ai sistemi e alle liturgie della partecipazione formalizzata ai processi istituzionali (e forse, in maniera ancor più preoccupante, allo stesso modello di democrazia).

Una cosa, infatti, è immaginare l’esercizio del voto come momento formalizzato di un processo di partecipazione attiva e molto vissuta (secondo l’ormai irripetibile esperienza della prima età repubblicana), ben altra cosa è il rito della votazione svuotato dei suoi valori simbolici e della sua carica emotiva di conclusione di confronti vissuti in sede sociale.

La lealtà costituzionale, ovviamente, impone di sperimentare tutte le strade che possono rivitalizzare il sistema. Non è preclusa, tuttavia, l’opportunità e la possibilità di tentare altri percorsi.

Le proposte di contrasto all’astensionismo che vengono avanzate da più parti costituiscono significativi tentativi di rianimazione delle funzioni vitali del paziente, forse una terapia che potrebbe accompagnare il superamento di una fase critica. Ma si tratta di un tentativo estremo. Dobbiamo aggiungere, anche sulla base delle esperienze di riforma degli ultimi venticinque anni, di difficile attuazione da parte di un Parlamento di problematica legittimazione rappresentativa (come testimoniano due pesanti interventi della Corte in materia elettorale nel corso di pochi anni).

3. Le radici profonde della crisi dei partiti e le molteplici letture del pluralismo democratico

Come in tutte le patologie, non ci può essere terapia senza acquisizione di un accurato quadro eziologico.

Nel nostro caso, sembra di poter affermare che la crisi dei partiti è ben più profonda di quanto non possa apparire dal solo punto di osservazione dei sistemi elettorali.

La vicenda dei partiti non è estranea a quel fermento e si snoda lungo le tappe di una storia

- politica (chi non ricorda la lezione di Enrico Berlinguer sul ‘compromesso storico’),
- istituzionale (l’attuazione della riforma regionale, la sperimentazione del sistema referendario e l’affermazione della democrazia elettiva nel sistema amministrativo),
- economica (dalla legge 300 del 1970, alle tensioni sul regime proprietario urbano e agrario, alle prime manifestazioni di cedimento del modello di crescita permanente, segnalate nelle Considerazioni conclusive del Governatore Calvi del 1977),
- sociale (divorzio e riforma del diritto di famiglia).

Nel 1974 veniva introdotto il sistema di finanziamento pubblico dei partiti. Le letture diffuse dei decenni successivi ne hanno dato una rappresentazione negativa e ne hanno fatto oggetto di riprovazione.

Con tutta la prudenza necessaria, ma anche con la dovuta attenzione mi permetto avanzare l’ipotesi che la legge del 2 maggio 1974 n. 195 (‘legge Piccoli’) costituisca un indicatore significativo della fine di una fase e dell’avvio delle profonde trasformazioni che avrebbero caratterizzato (e ancora segnano) l’evoluzione del sistema di rappresentazione politica della realtà sociale e, se mi è consentito, della costituzione materiale.

Leggo quel passaggio normativo come la manifestazione (più correttamente, l’epifania) di un travaglio profondo nella storia della Repubblica.

Il rapporto fra lo Stato, ancora centralistico e sostanzialmente post-liberale riemerso nella prima esperienza costituzionale, e la complessità degli interessi istituzionalizzati era stato democratizzato e socializzato dalla mediazione partiti di massa e di élite.

Dall’inizio degli anni Settanta (e per tutto il decennio), la concezione di democrazia repubblicana si sarebbe trasformata e sarebbe stata segnata dalla progressiva sostituzione della mediazione di partiti radicati nella società (non solo quelli di massa, ma anche quelli di élite) con meccanismi di elettività diffusa e di autoamministrazione degli interessi.

Dopo quarant’anni è possibile rileggere le vicende drammatiche della rappresentanza negli anni ’70 con minor passione e tentare di cogliere l’evoluzione del modello di Repubblica.

Si delineava un sistema nel quale la rappresentazione degli interessi veniva riarticolata in maniera formale in una rete di istituzioni pubbliche.

Le osservazioni di Massari sull’*incontro* con Mortati e sulla travagliata esperienza del suo rapporto con il concetto istituzionalizzato di partito sono assolutamente espressive del problema istituzionale del Novecento.

Mi sembra di poter dire (e credo di poterne trarre conferma dalle tue riflessioni sul ‘modello umbro’) che il rapporto fra popolo e istituzioni si sia trasformato in continuazione nella permanente ricerca della legittimazione della funzione di governo. L’Umbria degli anni Settanta, che Massari ha studiato alla metà degli anni Ottanta, era uno degli esperimenti più riusciti della trasformazione del sistema istituzionale successivo alla riforma regionalista del 1970/72.

Lungo tutto il corso degli anni Settanta lo Stato si era risolto (sciolto) nel sistema partecipativo delle Regioni, dei sistemi di rappresentanza istituzionale (consigli scolastici, universitari, sanitari, ecc.), della riappropriazione delle funzioni amministrative da parte

degli EELL (pensa solo al DPR 616/77). Parallelamente, si era scoperta la democrazia referendaria (forse meglio chiamarla così, piuttosto che diretta). Un processo così intenso e profondo non poteva restare senza conseguenze sui sistemi di costruzione dell'identità e della rappresentazione degli interessi.

Se potessi azzardare un'ipotesi, mi sentirei di dire che è possibile individuare:

a) una fase statocentrica della Repubblica, caratterizzata dal centralismo statale e dalla ricerca partitica della partecipazione, della rappresentazione degli interessi, della sintesi sociale;

b) una fase di riarticolazione istituzionale della Repubblica, caratterizzata dall'avvio di una serie di istanze di governo degli interessi che i partiti tradizionali tentarono di governare e che sfuggì loro di mano come un esperimento da apprendista stregone.

I partiti che avevano cercato di governare il processo di trasformazione della democrazia pubblica degli interessi subirono, invece, l'effetto di ritorno della formazione di un ceto politico-amministrativo sempre meno attento alla 'visione' (che era la grande risorsa messa a disposizione dalle ideologie) e sempre più autolegittimato dal rapporto di rappresentanza specifica.

La rottura del processo di formazione del personale politico che aveva caratterizzato i primi trent'anni della Repubblica era l'effetto di profondi rivolgimenti istituzionali ed esprimeva la fine di un modello di 'militanza' (in senso stretto per la formazione 'combattente' e resistenziale di larga parte dei quadri dirigenti) dei partiti.

Il terreno di sperimentazione delle capacità individuale dei dirigenti non era più lo scontro diretto (sindacale, sociale, di piazza) e si trasformava progressivamente nelle sedi dei consigli (di tutti i tipi). Dal conflitto si passava al confronto e, spesso, alla consociazione.

4. La fine del 'principe' e la riscoperta del pluralismo delle istituzioni sociali

Il sistema di finanziamento pubblico costituì l'ossigeno terapia di un apparato di organizzazione della rappresentazione degli interessi che si alimentava con sempre maggiore difficoltà dal volontariato politico-sociale ed esigeva sempre maggiori risorse di comunicazione 'costosa'.

Lo stesso finanziamento pubblico, ovviamente, segnò la rottura della legittimazione diffusa nel duplice senso dell'autonomizzazione dei gruppi dirigenti dal sostegno (economico e di risorse umane) che veniva dal popolo e della (speculare) disaffezione del popolo.

Il partito tendeva a presentarsi come 'una istituzione fra le altre', forse sempre meno legittimata per la decrescente capacità di raccogliere consenso in autonomia.

Si affermava l'ossimoro di una istituzione che continuava a pretendere un trattamento di regime privatistico della propria vita interna a fronte di un sistema sempre più pubblicizzato di finanziamento e di legittimazione della dirigenza.

Dalla seconda metà degli anni Ottanta, il fallimento dei partiti tradizionali rispetto alla capacità di governo dei processi istituzionali è risultato esplicito ed evidente.

Il più grande interprete della crisi e della necessità di cambiamento fu certamente Craxi (sostenuto da un gruppo di intellettuali che avevano capacità di visione).

La fine dell'esperimento di Craxi (sintetizzata nei discorsi del 1993 di Amato e di Craxi) fu la fine del tentativo di riforma dei partiti tradizionali in presenza di un nuovo rapporto fra individuo, società e Stato.

In quei tre discorsi parlamentari (uno di Giuliano Amato e due di Bettino Craxi) ho sempre letto la lucida visione del processo di trasformazione (di metamorfosi) del sistema della rappresentazione politica della realtà sociale e della fine del 'principe contemporaneo' rappresentato dal partito.

Il nuovo processo, indubbiamente segnato dalla fine dell'esperienza sovietica, si tradusse nella fine del sistema di 'immunità' (formale-parlamentare, ma anche sostanziale-giudiziaria) che aveva sostenuto la 'ragion partitica' (perché forma di concretizzazione della 'ragion di Stato').

La nuova età repubblicana (che non so se definire 'seconda' o 'terza') si è caratterizzata per:

a) una fase di autonomizzazione piena del sistema del policentrismo della rappresentazione pubblica degli interessi, nella quale i partiti che conoscemmo da giovani sono scomparsi e che è stata contrassegnata dalla disperata (in tutti i sensi) ricerca di forme (a volte forzose, come nei molteplici tentativi espressi dalle riforme elettorali dal 1993 ad oggi) di governabilità. I partiti 'personali' sono forse i tentativi del politeismo degli interessi di trovare una divinità principale (uno Zeus) che coordini la liquidità del conflitto, senza capacità di produrre una sintesi di livello superiore (ideologica, di visione). Se si vedono le liste delle elezioni regionali siciliane di questi giorni, si trovano solo rappresentanti di percorsi istituzionali pubblici (consiglieri regionali, comunali, di quartiere, ecc.) e soggetti espressivi di funzioni di supporto al sistema pubblico (titolari di CAF o CAAF). Si è perfino arrivati al paradosso di candidati che hanno avviato la campagna elettorale con manifesti che facevano riferimento ad una coalizione e che al momento della formalizzazione delle candidature hanno cambiato coalizione, lista e contrassegni sui manifesti.

b) una fase di nuova ricerca di livelli di aggregazione e di ricerca di senso. In questa fase, la ricerca muove su canali diversi (in alcuni casi incrociati): la dimensione territoriale, la dimensione 'comunicativa' (nel senso delle tecniche di comunicazione che consentono la 'bidirezionalità'), il ricorso a tutte le forme di democrazia referendaria (non solo abrogativa, ma anche confermativa, consultiva) e propositiva (iniziativa legislativa popolare).

5. Alla ricerca di nuovi protagonisti nel concorso alla formazione dell'indirizzo politico

La sensazione immediata è quella della crisi dei sistemi di formazione dell'indirizzo politico e, segnatamente, della crisi interna dei partiti e della conseguente caduta di legittimazione.

In realtà, la diagnosi è molto più grave e profonda.

Le considerazioni ormai diffuse sulla crisi dei partiti, ovviamente, devono essere lette come riflessioni sulla crisi di 'questi' partiti: l'esplicitazione dell'obiettivo, infatti, consente di coglierne con esattezza la portata.

Il nodo centrale del ragionamento è costituito dall'allarme lanciato sui rischi per la democrazia e per la sopravvivenza dello Stato costituzionale. La specificità del punto di crisi è nella insufficienza del modello partiti - sistema elettorale - democrazia costituzionale che si è tentato di affermare negli ultimi decenni.

È ormai diffusa una significativa preoccupazione per l'incapacità di trasferire (ancor prima di rappresentare) la ricchezza e l'articolazione delle espressioni della società nell'esperienza istituzionale e, segnatamente, nell'esperienza parlamentare e nel procedimento legislativo.

Il segnale che si presenta con immediata evidenza è quello del progressivo impoverimento della funzione legislativa. Sotto un primo profilo i contenuti normativi sono troppo spesso occasionali, emergenziali e, comunque, privi di un disegno di riferimento coerente. Sotto il profilo procedimentale, d'altra parte, si registra la crescita progressiva ed esponenziale, di legislatura in legislatura, senza distinzione di maggioranze della decretazione d'urgenza sostenuta dai voti di fiducia: 45 per il Governo Berlusconi (1,07 al mese), 51 per il Governo Monti (3 al mese), 10 per il Governo Letta (1,11 al mese), 66 per il Governo Renzi (2 al mese), 31 per il Governo Gentiloni (2,58 al mese), con un record per il Governo Gentiloni costituito dal 15,49% delle leggi approvate con almeno 2 voti di fiducia. XVI Legislatura 96 voti di fiducia, XVII Legislatura 107 voti di fiducia (Dati OpenPolis).

La debolezza della produzione legislativa è il risultato di una carenza di legittimazione del potere legislativo (e potremmo aggiungere dello stesso potere esecutivo) che deriva dalla perdita di comunicazione sostanziale con il popolo.

È in questo passaggio che emerge in tutta la sua portata la preoccupazione per la tenuta del modello costituzionale. È su questo passaggio che si potrebbe incentrare la curiosità di un privatista.

È necessario chiedersi, infatti, se i sistemi di consultazione pubblica (elettorali o referendari) sono in grado di svolgere da soli la delicata funzione di esprimere la sovranità popolare e di garantire la legittimazione di organismi pubblici delegati alla formalizzazione dell'indirizzo politico.

Al cospetto di una (altamente) possibile risposta negativa al quesito, è necessario chiedersi, ovviamente, quale possa essere la forma più adeguata per esprimere la libertà, la dinamicità, la rilevanza, l'efficacia dell'indirizzo politico che sostanzia l'esercizio della sovranità. Con una certa ansia, ma anche con molto interesse, si deve registrare l'ampliamento di procedimenti di legittimazione caratterizzati dalla ricerca del consenso diretto, specifico e particolare da parte di 'agenzie' (Autorità) dagli incerti poteri formali, comunque dotate di reali poteri di regolazione, esecuzione e sanzione.

In questa prospettiva si può immaginare che la questione della rappresentanza stia andando oltre la crisi di ‘questi’ partiti e stia investendo la stessa concezione della capacità di esprimere e conciliare la complessità degli interessi reali.

Siamo in presenza di una crisi delle istituzioni elettive per incapacità di rappresentazione della realtà.

Quella difficoltà deriva dalla scarsa rappresentatività di coloro che sono eletti come rappresentanti.

Non è un gioco di parole.

È una considerazione sintetica della complessità dei meccanismi che reggono una democrazia elettiva ed è un tentativo di cogliere la sofferenza del sistema e le ragioni della corsa verso forme più o meno fondate ed efficaci di democrazia diretta.

I populismi che si manifestano come insofferenza per i processi di internazionalizzazione e di unione sovranazionale potrebbero essere letti (anche) come tentativi di riappropriazione della funzione di decisione da parte di un ‘popolo’ che si sente sempre più distaccato dalle sedi del potere reale.

Non ha importanza se l’ostacolo da superare è la tecnocrazia europea (che potrebbe somigliare sempre più ad una corte di Versailles, distaccata e autoreferenziale) o parlamenti nazionali che si sono autotrabiuti capacità di decisione che prescindono da effettivi e sostanziali mandati popolari.

Assenteismo agli appuntamenti di voto e tendenze populistiche potrebbero essere, dunque, due aspetti della medesima patologia degenerativa del sistema di formazione dell’indirizzo politico: migrazione del potere verso sedi diverse da quelle più vicine al ‘popolo’ (secondo un parametro di prossimità fisica e nazionale) e indebolimento delle sedi elettive per adozione di sistemi di legittimazione sempre meno ‘popolari’.

6. Decisione, regola, diritto. Le ‘supplenze’ istituzionali alla crisi delle istituzioni elettive.

Uno degli aspetti più significativi della possibile crisi dello Stato costituzionale che viene segnalata da più fonti autorevoli è quello dell’ampliamento della funzione supplente dei poteri giudiziari nei confronti della debolezza del potere legislativo. Non è tanto l’esercizio, alcune volte improprio, delle funzioni inquirenti in ambito penale a preoccupare. È piuttosto lo sviluppo di letture e qualificazioni giuridiche delle relazioni economiche e sociali in assenza di scelte legislative che impone interrogativi sull’appropriatezza dell’esercizio del potere giudiziario come manifestazione di indirizzo politico.

Sempre più spesso si assiste alla definizione, specificazione, revisione di fattispecie da parte dei giudici che costituiscono esercizio di un potere ‘creativo’ di diritto. Parafrasando i biologi potremmo dire che ciò avviene quando dalla precisazione tipologica si passa alla differenziazione di genere e, quindi, alla costruzione di ‘rappresentazioni’ e ‘qualificazioni’ della realtà che esigerebbero scelte e decisioni di tipo legislativo.

Si potrebbero produrre molti esempi, in materia di diritti della persona, di biodiritto, di diritti economici, di responsabilità civile, di qualificazione dei reati associativi. Sempre più spesso e, soprattutto, in nome della Costituzione, si afferma un potere di qualificazione del fatto che presuppone scelte di valorizzazione di principi la cui applicazione esigerebbe l'esercizio di un bilanciamento politico-legislativo.

Parallelamente e, forse, in concorrenza rispetto all'esercizio della funzione supplente del potere giudiziario, si profila lo sviluppo di altri poteri. Le Autorità indipendenti, istituite dal legislatore ordinario, tendono, per espressa delega di legge o sempre più frequentemente per necessità istituzionale, a trasformare i poteri propri di intervento nei casi singoli in principi generali consolidati e, per questa via, a svolgere un ruolo sostanzialmente regolativo.

Se si considera che le Autorità indipendenti adottano un sistema di comunicazione istituzionale (le cosiddette consultazioni dei portatori di interesse) che tende a legittimare preventivamente le scelte e le decisioni non ci vuole molto ad immaginare che si sta sviluppando un sistema regolatorio alternativo e concorrente rispetto a quello parlamentare.

In molti casi, le stesse Autorità indipendenti contribuiscono, in qualche modo, alla costruzione e gestione di procedure di risoluzione del conflitto alternative rispetto al percorso giudiziale ordinario e tendono a sostituire la magistratura professionale con organismi giustiziali a legittimazione partecipativa.

Tra indebolimento delle assemblee elettive e rafforzamento del ruolo supplente della giustizia e dei nuovi poteri del sistema delle Autorità, diviene ogni giorno più attuale il rischio di aggravamento della crisi dello Stato costituzionale che abbiamo conosciuto e che abbiamo studiato.

Al cuore dei processi di crisi sembra trovarsi lo smarrimento del principio di rappresentanza che ha fondato il costituzionalismo democratico.

A fronte di letture che prefigurano scenari dai quali scompare la democrazia, è possibile tentare la strada della valorizzazione di risorse proprie della modernità, come quelli scaturiti dal ricco mondo dell'autonomia e della libertà, della solidarietà e della sussidiarietà. Forse sta entrando in crisi quella lettura della democrazia costituzionale che si è fondata sull'enfaticizzazione dell'eredità liberale del parlamentarismo ed ha messo in ombra per lungo tempo il ruolo del pluralismo istituzionale e sociale a favore del mero pluralismo delle rappresentanze parlamentari.

7. Rappresentazione della complessità e necessità di decisione

Probabilmente, le dimensioni della crisi sono riconducibili alla riduzione e all'impoverimento del ruolo dei partiti che residuano dall'esperimento delle riforme elettorali e, ancor più in fondo, dall'appiattimento elettoralistico di ogni pluralismo istituzionale.

Il problema era stato ben presente ai Costituenti se, con grande lungimiranza e capacità innovativa (e forse con intelligente revisione delle esperienze, non solo nazionali, dei decenni precedenti) avevano legato la determinazione della ‘politica nazionale’ con la funzione dei ‘partiti’.

Il complesso dei tentativi di riforma che sono stati sperimentati nell’ultimo quarto di secolo segnala, in realtà, una preoccupante difficoltà di lettura dei processi sociali e politici che sono stati avviati dalla fine degli anni Ottanta del Novecento. Giuristi e politologi, forse, sono ancora troppo condizionati dalle categorie elaborate nella prima età costituzionale, anche quando immaginano di liberarsene ricorrendo a ingenui tentativi di importazione di modelli tipici di altre esperienze culturali.

Sarebbe opportuno, probabilmente, tornare a leggere le elaborazioni in materia di partiti di giuristi molto sensibili alla politica che hanno segnato la storia costituzionale.

Coglie perfettamente nel segno Oreste Massari quando richiama il suo ‘incontro’ con Mortati, su suggerimento di Fulco Lanchester.

Il pensiero di Mortati sul tema, in tutto l’arco della sua vita, si è svolto sia all’insegna della continuità, fino ad almeno tutti gli anni Cinquanta, sia all’approdo a una visione più realistica e di disillusione negli anni Settanta. Il nucleo centrale del suo pensiero è l’idea del partito come “popolo che si fa Stato”, ossia una visione del partito che è tanto fattore d’integrazione sociale, di sintesi, la cui natura è extrastatuale, quanto elemento partecipe direttamente del costituirsi dell’indirizzo politico dello Stato. Il suo sforzo iniziale è, difatti di mediare le alternative di fondo della cultura giuridica weimariana sui partiti politici, divisa nell’accentuazione del partito o come fenomeno tutto interno alla sfera societaria o all’opposto come organo dello Stato.

Non fu certamente per caso che Mortati abbandonò il proprio testo di modifica dell’art. 47 del progetto di Costituzione (poi art. 49). Non è stato neppure un caso se il regime giuridico reale dei partiti è stato ricostruito, per almeno cinquant’anni, con le categorie privatistiche dell’autonomia (pervenendo persino alla formulazione in termini di immunità).

Il rischio che si corre quando si elaborano progetti è quello di perdere di vista i processi reali.

Nel caso dei partiti, il rischio maggiore è quello di immaginare che ‘questi partiti’ siano in qualche modo riconducibili ai partiti dell’art. 49 Cost. e che non si possano immaginare evoluzioni (in senso darwiniano) della specie.

In verità, sembra che il legislatore abbia già avvertito i segni del cambiamento, anche se non dimostra di averne preso piena consapevolezza. L’accostamento sempre più frequente nel lessico normativo (oltre alle leggi, anche i regolamenti parlamentari) del termine ‘movimento’ al termine ‘partito’ è qualcosa di più di una semplice concessione a specifiche formazioni politiche (oggi il M5S, ma prima già la Lega, l’MPA e altre formazioni che non intendevano presentarsi come ‘partiti’).

La confusione lessicale fra denominazioni di formazioni che, all’occhio del giudice, appaiono comunque come ‘partiti’ è segno di una metamorfosi. Non ha importanza se il M5S ha bisogno di comunicarsi come ‘non-partito’, con un ‘non-statuto’, per segnare i

cambiamenti. Ha molta più importanza l'introduzione di logiche organizzative, associative, comunicative completamente diverse da quelle di 'questi partiti' e, in realtà, molto più vicine a quelle dei partiti di prima età repubblicana di quanto non appaia a prima vista.

L'aspetto più significativo dei processi in corso è quello di una ricerca delle forme della politica adeguata alle trasformazioni delle comunicazioni. In un mondo nel quale la relazione di prossimità (si pensi alle assemblee del '68 e ancor prima alla vita di sezione) è sempre più frequentemente sostituita dalla contestualità virtuale (si pensi anche alle nostre relazioni familiari, nelle quali le distanze fisiche sono eliminate dalla videofonia) anche le relazioni politiche, il senso e le dimensioni della partecipazione, le tecniche di formazione delle opinioni e delle decisioni risultano condizionate e modificate.

Il richiamo alla necessità di rivitalizzare il rapporto fra partiti e organizzazioni di rappresentazione degli interessi è certamente giustificato. Il problema di difficile soluzione, tuttavia, è quello di individuare le forme nelle quali quel rapporto si può realizzare. Anzi, si potrebbe dire che, ancor prima delle forme del rapporto, si dovrebbe valutare come sono strutturate (se esistono realmente) le organizzazioni di rappresentazione degli interessi.

Non possiamo nasconderci che il modello elettorale che consentiva nella prima esperienza repubblicana di legittimare i partiti come luoghi di sintesi della complessità sociale e delle molteplici tensioni che attraversavano la nazione (i cleavages dei politologi) era quello dell'incrocio fra proporzionalismo e multipreferenzialità. Buona parte delle giustificazioni alla mancanza di controllo formale sulla democraticità interna dei partiti era fondata sulla possibilità di verifica in sede elettorale della legittimazione delle proposte complesse che si formavano con il concorso delle scelte

- sulle abilità e competenze dei candidati,
- sulla loro capacità di essere espressivi di interessi sociali ed economici (preferibilmente organizzati),
- sulla capacità di sintesi degli organi di partito che assumevano la responsabilità delle scelte di formazione di candidature nella composizione di interessi settoriali con visioni politiche generali.

Il carattere proporzionale del sistema, molto probabilmente, non aveva una funzione meramente numerica di espressione di gruppi e gruppuscoli. Era, forse, un meccanismo che consentiva a gruppi di interesse, numericamente assai limitati ma socialmente ed economicamente significativi, di partecipare al processo di formazione dell'indirizzo politico. Fuor di metafora, nessuno può ritenere che i repubblicani di La Malfa e Spadolini o i liberali di Malagodi fossero espressioni di gruppuscoli di interesse dello stesso peso politico di gruppi parlamentari attuali delle stesse dimensioni. I leaders di quei partiti erano in grado di incidere sulla realtà sociale in misura ben più rilevante del loro peso elettorale. I leaders di partiti (meglio gruppi parlamentari) attuali, di dimensioni analoghe a quelle dei repubblicani o dei liberali, potrebbero non essere in grado di incidere minimamente nel dibattito sociale e politico.

Il problema drammatico è quello dell'insufficienza dei metodi elettorali basati sulla semplice ragione aritmetica (sia proporzionale sia, ancor peggio, maggioritaria) nella

funzione di garanzia della rappresentazione della complessità della nazione. Potrebbe essere utile un'analogia con quanto avviene in Catalogna. Un sistema referendario (peraltro estremamente semplificatorio) ha indicato una direzione nei rapporti con la Spagna (e con la complessità di una nazione 'unificata'). Ha dovuto subito misurarsi con la reazione di un sistema imprenditoriale (certamente minoritario sul piano elettorale) che ha deciso il trasloco in Spagna (con effetti sociali ed economici 'sproporzionati' rispetto all'ipotetico 'peso' elettorale delle persone che esprimono gli stessi gruppi imprenditoriali).

La prima considerazione che si deve fare (e che sembra ormai autorevolmente condivisa a partire dalla Corte Costituzionale) è dunque quella che i sistemi non proporzionali non sono in grado di legittimare le scelte di formazione dell'indirizzo politico (con tutto quel che ne segue).

L'ulteriore considerazione che sembra necessario aggiungere è che gli stessi sistemi proporzionali non sono in grado di legittimare il processo di formazione dell'indirizzo politico se, alla base, non c'è un sistema di rappresentazione degli interessi reali idoneo ad esprimere rappresentanze legittimate e qualificate. È questa la lezione che ci viene dai successi e dai fallimenti della funzione di governo prima dell'introduzione dei sistemi non proporzionali (uninominali, maggioritari, leaderistici).

Le considerazioni sulle difficoltà di funzionamento dei sistemi elettorali (proporzionali e non proporzionali) aprono, ovviamente, la strada alla riflessione, più difficile e complessa, ma assolutamente necessari, sulla legittimazione sostanziale delle sedi che partecipano alle (e formano le) scelte dei candidati e delle rappresentanze parlamentari.

La preoccupazione (condivisa) sulla carenza di democraticità interna ai partiti è solo un aspetto della più ampia e complessa problematica della legittimazione democratica dei processi di decisione.

Con la necessaria prudenza e con l'ovvia avvertenza che si tratta di un argomento troppo grande, si deve osservare che la preoccupazione ormai diffusa va ben oltre la crisi dei partiti. Per restare nella metafora 'sanitaria', si dovrebbe forse pensare che i partiti sono malati, incurabili e in attesa di successione.

Fuor di metafora, si deve osservare che i partiti che abbiamo in questa fase della storia repubblicana poco hanno a che fare con i partiti immaginati dal costituente e inseriti in un quadro costituzionale post-liberale (e post-fascista, con tutto quello che deriva a questa opzione dalle vicende culturali di uomini come Mortati, Esposito, Crisafulli, Calamandrei). Questi partiti sono un ibrido fra i partiti del (morente) stato liberale del 1919 e i partiti che svolgono funzioni esclusivamente elettorali in contesti a forte strutturazione sociale (come la democrazia in America, da Tocqueville in poi).

Molto probabilmente la drammaticità della situazione sta proprio in questo: siamo alla crisi di uno Stato che abbiamo reinventato come 'liberale' negli anni Novanta e che deve essere rifondato come 'democratico e sociale' (secondo l'ispirazione costituzionale).

Il discorso potrebbe diventare molto lungo, ma non è chi non veda che il Parlamento perde continuamente spazi di decisione a fronte di poteri (non solo governativo e

giudiziario) che gli si sostituiscono nell'esercizio di funzioni regolative, amministrative, giustiziali.

Al di là delle necessarie, ma difficili, valutazioni che si devono fare sui processi di metamorfosi costituzionale in corso (nonostante il fallimento di tentativi di riforma tra l'ingenuo e il non legittimato) si deve osservare che i percorsi di legittimazione dei 'nuovi poteri' si snodano sempre più spesso attraverso forme di partecipazione non elettorale.

Il Parlamento si limita a indicare linee generalissime, a istituire 'poteri' (di incerta qualificazione secondo i canoni tradizionali), a convalidare scelte e decisioni delle quali è, sempre più spesso, solo 'informato'.

Di contro, i 'nuovi poteri' cercano (e spesso trovano) legittimazione in procedimenti di consultazione fondati sull'effettività della condivisione, comprensione e capacità di rappresentazione dell'interesse specifico.

Sarà forse sulla capacità di riorganizzare la sintesi degli interessi che lo stesso legislatore ha 'esploso' in una pluralità di forme istituzionali e che, a loro volta, si esprimono con forme di autorganizzazione sociale, che si rifonderà la legittimazione (degli eredi) dei partiti a concorrere alla determinazione della politica nazionale?

8. Hanno ancora un ruolo i partiti?

A seguire il legislatore e la sua produzione sembrerebbe proprio di sì. Due leggi nel corso di cinque anni e un disegno di legge già approvato dalla Camera dei Deputati e incardinato alla Commissione affari costituzionali del Senato.

Si tratta di ossigenoterapia, macchina cuore-polmoni o accanimento terapeutico?

O si tratta del tentativo di trovare una risposta istituzionale e formale ad un bisogno di rappresentazione organica e sintetica del complesso e conflittuale sistema degli interessi?

Il problema, ovviamente, non può essere affrontato osservando i processi solo dal punto di vista del regime giuridico dei partiti.

È necessario l'apporto di tutte le competenze scientifiche per tentare di capire cosa sta succedendo. Il giurista può solo cogliere alcuni elementi sintomatici, tentare una diagnosi sulla base dei dati di cui dispone, provare a immaginare cosa potrebbe succedere in un complesso rapporto sistemico al variare di ciascun elemento istituzionale.

Spetta ai politologi e agli studiosi di scienze sociali cogliere gli elementi di prospettiva e riproporli all'analisi e al filtro delle categorie giuridiche (in quanto riferimenti di sistema) per capire dove porta l'esercizio autonomo della sovranità sociale.

Mi limito ad alcune considerazioni che servono solo a chiudere il ragionamento in questa sede con il progetto di continuare la ricerca con Oreste Massari (magari a Catania, nel corso

interdisciplinare sui Partiti promosso dal Dipartimento di SPS per sfruttare a meglio i prossimi decenni della sua attività).

Le domande che ci siamo posti esigono risposta a più livelli:

a) Nella ricerca del valore semantico del termine 'partito' nell'evoluzione dei rapporti fra individui, società e istituzioni (come è stato perfettamente individuato dall'introduzione alla *Lectio*). Come fa con straordinario impegno Fulco Lanchester con *Nomos*, è necessario riprendere il senso dei termini nei vari contesti nei quali sono stati utilizzati, tornare alle fonti, cogliere la pienezza del senso istituzionale di ciascuna 'istituzione' (nel senso sociologico, direbbero i sociologi) nel senso romaniano (sono settant'anni dalla sua scomparsa fra tre giorni) mi sia concesso precisare.

b) Nella ricerca dei molteplici ambiti di manifestazione degli interessi che si sono affermati in sede 'sociale' oltre che 'pubblica', con la capacità di produrre nuova istituzionalizzazione. Si pensi solo alla complessa problematica della disciplina dell'intervento delle organizzazioni di rappresentanza (e non rappresentazione) diretta degli interessi nel procedimento legislativo.

c) Nella ricerca sulle forme di istituzionalizzazione degli interessi specifici e sulle possibilità di individuazione di livelli di mediazione, conciliazione, temperamento degli stessi interessi. Si pensi solo alla crescita esponenziale delle funzioni di tutti i tipi di associazionismo di tutela di interessi diffusi e di autogestione di interessi specifici che sta progressivamente esprimendo una capacità di regolazione (azzarderei la formazione di un sistema parallelo e/o integrativo di nomopoiesi sociale), come nei casi delle linee guida sanitarie della 'legge Gelli', dell'autoregolazione IASB dei criteri contabili, dell'autoregolazione della rappresentatività sindacale dell'(inattuato) accordo interconfederale.

Da questo punto di vista, l'analisi comparata dei modelli e dei sistemi di partito nei rapporti con i modelli istituzionali offre possibilità inedite e impone riflessioni ricche di suggestioni.

A proposito di sensibilità istituzionale, è necessario chiedersi quanta importanza abbia avuto la differenziazione concettuale tra sistemi di common law e sistemi civil law nella determinazione del ruolo dei partiti nei confronti di apparati istituzionali omogenei nel fine (democrazie di mercato) e profondamente diversi nel metodo di regolazione.

Ci dobbiamo chiedere se ha senso utilizzare il termine partito con lo stesso valore semantico in contesti di 'democrazia in America' e in contesti post-ideologici europei.

Anche sotto questo profilo, la ricerca di Oreste Massari (specie quella sul Labour Party e sulla sua incidenza 'anomala' sul tradizionale bipartitismo britannico) può essere illuminante.

ALLE ORIGINI DELLE ISTITUZIONI PARLAMENTARI EUROPEE. A PROPOSITO DEL VOLUME DI SANDRO GUERRIERI*

di Maria Sofia Corciulo*

Sono molto lieta di presentare il libro di Sandro Guerrieri, che mi ha molto interessato per quanto concerne sia l'oggetto dello studio, sia la metodologia adottata. Come giustamente scrive nell'introduzione del suo volume, le dinamiche istituzionali e costituzionali dell'Europa sono state trattate con riferimento principalmente alle politiche governative, che sono quelle più si evidenziano anche agli occhi dell'opinione pubblica¹⁷⁷³. Invece, molto intelligentemente, e a mio parere anche acutamente, Sandro Guerrieri ha preferito privilegiare le dinamiche inerenti alla storia delle istituzioni parlamentari europee. In particolare ha usato una metodologia che ha consentito di mettere in luce come, nella storia del vecchio continente, le istituzioni parlamentari abbiano sempre cercato di emergere e di farsi ascoltare dall'esecutivo, fin dalle loro origini medievali che abbiamo studiato grazie all'eredità lasciataci da Antonio Marongiu¹⁷⁷⁴.

Il volume di Sandro Guerrieri fa riferimento al periodo 1952-1958 e mette in risalto l'attività, anche continua e coraggiosa, di taluni componenti di quella che fu la prima Assemblea comunitaria, l'Assemblea Comune della CECA. Le limitate funzioni di tale Assemblea non impedirono ad alcune di queste personalità (più avanti citerò qualche nome) di promuovere il più possibile le sue competenze di controllo e la sua capacità di iniziativa, dialogando ma a volte anche scontrandosi a questo riguardo con l'esecutivo comunitario, che allora prendeva il nome di Alta Autorità. In tal modo, come spesso è avvenuto nella vita delle istituzioni parlamentari, l'Assemblea Comune è riuscita ad allargare l'ambito delle sue competenze sia reclamando modifiche *de iure*, sia - ed è questo l'aspetto più interessante per chi studia le istituzioni - introducendo *de facto* modalità e formalità a favore dell'Assemblea stessa, che successivamente non sono state più passibili di essere cancellate e pertanto sono state recepite e istituzionalizzate. L'indagine di Sandro Guerrieri si fonda su una conoscenza delle dinamiche istituzionali europee approfondita e maturata sin dai

* Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

* Professore emerito di Storia delle istituzioni politiche presso l'Università degli Studi di Roma 'La Sapienza'

¹⁷⁷³ S. Guerrieri, *Un Parlamento oltre le nazioni. L'Assemblea Comune della CECA e le sfide dell'integrazione europea (1952-1958)*, Bologna, il Mulino, 2016, pp. 13-18.

¹⁷⁷⁴ A. Marongiu, *Il Parlamento in Italia nel Medioevo e nell'età moderna. Contributo alla Storia delle Istituzioni parlamentari dell'Europa occidentale*, Milano, Giuffrè, 1962; M.S. Corciulo, *Percorsi di storia istituzionale europea (secc. XIII-XIX)*, Roma, La Sapienza, 2008; Ead. (a cura di), *Ricordo di Antonio Marongiu. Giornata di studio. Roma, 16 giugno 2009*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2012.

suoi primi studi degli anni Novanta¹⁷⁷⁵. Del resto, per comprendere come si tratti di uno studio completo ed originale, basta dare uno sguardo all'apparato di note che arricchiscono il volume e all'elenco di tutti gli archivi consultati, che includono gli Archivi storici del Parlamento Europeo a Lussemburgo, le Archives Nationales di Parigi, l'Archivio storico della Camera dei Deputati, gli Archivi storici dell'Unione Europea a Firenze, gli Archivi della Fondation Jean Monnet a Losanna, la Konrad Adenauer Stiftung a Bonn.

Ma entriamo in *medias res*. Come ha detto giustamente Fulco Lanchester, siamo nel dopoguerra, in un periodo in cui si progetta, per evitare il ripetersi dei disastrosi conflitti europei, la formazione di un'assemblea rappresentativa sovranazionale da cui doveva iniziare il processo di integrazione europea. Nel 1948 il Congresso dell'Aia si conclude con questa richiesta. Ma abbiamo subito il primo colpo di arresto, causato dalla Gran Bretagna, contraria, come purtroppo lo è ancora oggi, a forme di rappresentanza di tipo sovranazionale. Nel Consiglio d'Europa fondato nel 1949¹⁷⁷⁶, l'Assemblea prevista è quindi meramente consultiva. Si trattò indubbiamente di una sconfitta della via parlamentare all'integrazione europea. Tale processo si sarebbe caratterizzato a partire da questo momento, e per tutta la sua storia, per una dinamica di *stop and go*, di avanzamenti ed arretramenti.

L'iter della costruzione europea si concretizzò poi nel 1950 con la Dichiarazione Schuman del 9 maggio, redatta da Jean Monnet¹⁷⁷⁷, nella quale si istituzionalizzò un'integrazione limitata ai settori del carbone e dell'acciaio, la CECA, il cui trattato fu firmato nel 1951. Ne derivò un'integrazione europea di carattere funzionalistico¹⁷⁷⁸, in cui gli aspetti tecnici e pragmatici predominavano su quelli che potevano essere gli ideali più ampi di una federazione europea. Nel Trattato istitutivo della CECA fu creato un organo rappresentativo, l'Assemblea Comune, composta da 78 membri designati dai Parlamenti nazionali con mandato annuale e con competenze limitate, visto che il vero motore della Comunità era l'Alta Autorità, formata da nove membri con ampi poteri, che non si limitavano soltanto alla liberalizzazione degli scambi tra i sei paesi aderenti, ma erano indirizzati a promuovere lo sviluppo della produzione e tutto ciò che ad essa si collegava. Attiro l'attenzione su questo punto perché voglio fare riferimento a tutti quegli importanti aspetti di carattere sociale relativi ai lavoratori che operavano all'interno della CECA, fra cui di grande rilievo erano quelli attinenti all'emigrazione, in cui l'Italia ha avuto sempre una parte notevole. L'Assemblea Comune si batté affinché l'Alta Autorità - presieduta dal 1952 al 1955 da Jean Monnet¹⁷⁷⁹ -, che era un'istituzione con un raggio d'azione più limitato rispetto agli ideali iniziali di un'Europa federata, intervenisse con energia sui temi che riguardavano le condizioni dei lavoratori. Fu questo uno dei campi in cui l'Assemblea

¹⁷⁷⁵ *La politica europea di Mitterrand tra l'orizzonte federale e la difesa dell'identità nazionale*, in M. Telò (a cura di), *Tra nazione ed Europa. Tendenze delle socialdemocrazie europee*, Milano, Angeli, 1993; *Osservatorio istituzionale*, in "Europa Europe", 1993-2001. .

¹⁷⁷⁶ B. Wassenberg, *Histoire du Conseil de l'Europe (1949-2009)*, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, 2012.

¹⁷⁷⁷ H. Rieben *et al.*, *Un changement d'espérance. La déclaration du 9 mai 1950. Jean Monnet, Robert Schuman*, Lausanne, Fondation Jean Monnet pour l'Europe, 2000.

¹⁷⁷⁸ E.B. Haas, *The Uniting of Europe: Political, Social and Economical Forces, 1950-1957*, London, Stevens & Sons, 1958.

¹⁷⁷⁹ J. Monnet, *Mémoires*, Paris, Fayard, 1976.

Comune cominciò ad estendere le sue competenze di controllo e la sua funzione di impulso politico, anche tramite l'istituzione di sessioni parlamentari straordinarie. Inoltre, in connessione con il Trattato del 1952 che avrebbe dovuto dar vita alla Comunità europea di difesa (CED)¹⁷⁸⁰, l'Assemblea Comune assunse anche la funzione, ribattezzandosi a questo scopo Assemblea *ad hoc*, di preparare un progetto di comunità politica che fornisse una cornice alle Comunità settoriali. A questo proposito dobbiamo sottolineare sia l'impegno fondamentale di De Gasperi a favore dell'Europa politica, sia l'operato importante di alcuni membri italiani dell'Assemblea, in particolare del democristiano Lodovico Benvenuti, vicepresidente della commissione costituzionale, il quale era in continuo e stretto contatto con Altiero Spinelli. Assieme al socialista belga Fernand Dehousse, Benvenuti si prodigò moltissimo per un allargamento degli aspetti rappresentativi della comunità politica *in fieri*. Un ruolo di rilievo all'interno di questa Assemblea ad hoc fu quello svolto anche dal socialdemocratico Giovanni Persico. Sempre per quanto concerne i rappresentanti italiani, bisogna anche aggiungere che nel 1954 furono eletti all'Assemblea Comune importanti uomini politici come lo stesso Alcide De Gasperi (eletto alla presidenza dell'Assemblea), Giuseppe Pella (successore di De Gasperi alla presidenza dopo la morte di questi il 19 agosto 1954), Amintore Fanfani, Ugo La Malfa, Giovanni Malagodi.

Tornando all'Assemblea *ad hoc*, essa presentò un progetto molto interessante, che prevedeva una comunità politica europea di carattere "sopranazionale", fondata sull'Unione dei popoli e degli Stati. Tale progetto fu però affossato a seguito della bocciatura del Trattato CED nell'agosto 1954 da parte dell'Assemblea nazionale francese. Si evidenzia pertanto questo modo di procedere: come abbiamo visto, un passo avanti e uno indietro, *stop and go*.

Tuttavia ciò non impedì all'Assemblea di andare avanti. Infatti, nella sua attività di controllo e supervisione nell'ambito del funzionamento della CECA, l'Assemblea istituì delle commissioni specializzate che incrementarono nel tempo la loro attività, e grazie alle quali si intensificò il dialogo con l'Alta Autorità, in particolar modo - e torno su questo aspetto - sui problemi sociali. A tale riguardo dobbiamo ricordare il ruolo del socialista olandese Gerard Nederhorst, presidente della commissione per gli affari sociali, il quale operò affinché questi venissero maggiormente considerati all'interno della costruzione europea che aveva caratteri soprattutto funzionalistici. Un punto chiave era quello dei nostri emigranti¹⁷⁸¹: come è noto l'8 agosto 1956 si verificò la tragedia nella miniera di Marcinelle (che provocò 262 morti di cui 136 italiani). L'Assemblea Comune richiese l'adozione di più efficaci sistemi di sicurezza nelle miniere e un miglioramento delle condizioni di alloggio dei minatori, a volte sistemati in luoghi che somigliavano, dalle descrizioni che ne furono fatte, a dei campi di concentramento. Proprio grazie all'intervento dell'Assemblea, la dimensione sociale del lavoro cominciò a diventare sempre più evidente.

¹⁷⁸⁰ P.L. Ballini (a cura di), *La Comunità Europea di Difesa (CED)*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2009.

¹⁷⁸¹ M. Colucci, *Lavoro in movimento. L'emigrazione italiana in Europa, 1945-57*, Roma, Donzelli, 2008; A. De Clementi, *Il prezzo della ricostruzione. L'emigrazione italiana nel secondo dopoguerra*, Roma-Bari, Laterza, 2010.

Un ulteriore passo nello sviluppo della dimensione parlamentare fu la nascita dei primi raggruppamenti politici, nati fra molte difficoltà, che Guerrieri significativamente esemplifica nel fatto che i rappresentanti sedevano in ordine alfabetico, e non per raggruppamento omogeneo dal punto di vista partitico. Soltanto in seguito si arrivò a una suddivisione dei posti tra i partiti, e in questa occasione nessun gruppo voleva però sedersi a destra. Ci furono grandi problemi per convincere i liberali, e alla fine con una sorta di *escamotage* questi accettarono di sedersi al lato destro dell'Assemblea. Iniziò e continuò una dialettica sempre maggiore fra l'opposizione, rappresentata soprattutto dai socialisti, e la maggioranza. L'interpretazione estensiva delle norme dei trattati relative alle attribuzioni parlamentari è esemplificata soprattutto, così come avviene nei Parlamenti a pieno titolo, dai contrasti tra l'Alta Autorità e l'Assemblea, dalla volontà da parte di quest'ultima di controllare l'operato dell'Alta Autorità, anche in materia di bilancio, per il quale non ci si accontenta di un controllo a posteriori. All'interno della cornice del funzionalismo si introducono così importanti elementi politici. I socialisti svolsero un ruolo chiave in questo processo, un ruolo, come sottolinea giustamente Guerrieri, finora piuttosto trascurato dalla storiografia.

A questo punto dobbiamo ricordare anche il ruolo importante svolto dall'unica donna dell'Assemblea, l'olandese Margaretha Klompé, molto attiva all'interno della commissione politica.

Alla fine della presidenza Monnet dell'Alta Autorità, nel 1955, l'Assemblea ha perciò acquisito uno spazio più ampio di quello previsto dalle norme del Trattato, fra inevitabili contrasti e difficoltà politico-istituzionali. La successiva presidenza Mayer, dal 1955 al 1957, acuisce lo scontro tra l'Assemblea e l'esecutivo, anche perché il gruppo socialista assume sempre di più un ruolo di opposizione. Lo scontro avviene soprattutto sulla politica sociale e sulle politiche di regolazione del mercato, considerate dai socialisti troppo favorevoli agli industriali, specialmente a quelli della Ruhr. Qui si trattava in effetti di interessi relevantissimi. Vedo in Sala Antonio Pedone che ha avuto la gentilezza di essere presente a questa iniziativa e che certamente conosce tale aspetto. Inoltre l'Alta Autorità fu accusata di essere troppo condiscendente nei confronti di un'istituzione che era stata creata per tranquillizzare i singoli Stati nazionali, e cioè il Consiglio dei ministri. Proprio per avere un rapporto positivo con esso, l'Assemblea Comune si riunì con il Consiglio a Roma, a Palazzo Montecitorio, esattamente 60 anni fa. Questo incontro con il Consiglio dei ministri ebbe luogo nel corso della sessione straordinaria che l'Assemblea Comune tenne nella capitale italiana; e potrebbe forse essere ricordato visto che avvenne nell'anno dei Trattati di Roma, 1957. Nel marzo 1958, a seguito dell'entrata in vigore dei Trattati di Roma, l'Assemblea Comune diverrà l'Assemblea delle tre Comunità: CECA, CEE ed Euratom.

Quali sono le criticità dell'esperienza dell'Assemblea Comune che possiamo brevemente mettere in evidenza? Troppi tecnicismi, che non favorivano l'interesse dei cittadini; scarsa attenzione da parte dei media, problema che persiste tuttora per il Parlamento europeo nonostante l'elezione diretta. Del resto vediamo che durante la crisi scoppiata nel 2008 il Parlamento europeo ha avuto un ruolo molto marginale. Purtroppo, viene confermata la

debolezza dei partiti politici europei in quanto la politica, in generale, guarda ai problemi dell'Europa da un'angolazione eccessivamente nazionale.

In conclusione, gli esordi ottimistici e positivi della costruzione europea si sono scontrati con le posizioni di alcuni governi nazionali; in particolare, lo voglio dire apertamente, la Gran Bretagna ma soprattutto la Francia, per cui se Macron si assume ora la responsabilità di sanare alcune di queste situazioni, ripara i danni che la Francia ha fatto in alcuni momenti chiave dell'integrazione europea. Dopo la sconfitta della CED, l'impegno costante di taluni membri dell'Assemblea Comune è stato fondamentale per far sì che la costruzione europea non crollasse e si sviluppasse su basi sempre più democratiche. In questa lotta - e questo è l'aspetto particolarmente interessante del libro di Guerrieri - si sono serviti dell'istituto parlamentare sia come mezzo che come fine, ampliandone le competenze previste e riuscendo a introdurne di nuove. In effetti, in tutti i successivi Trattati, fino ai giorni nostri, i poteri del Parlamento sono stati continuamente rafforzati¹⁷⁸², proprio perché la prima base su cui esso si è fondato è stato questo lavoro costante e importante dell'Assemblea Comune.

¹⁷⁸² Y. Mény (sous la direction de), *Building Parliament: 50 years of European Parliament History (1958-2008)*, Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, 2009.

RIFLESSIONI SULLA CERTEZZA DEI DIRITTI*

di Luca Longhi**

Sommario: 1. Le diverse dimensioni della certezza (un'avvertenza). – 2. La certezza del diritto come sicurezza e stabilità dei rapporti giuridici. – 3. La certezza del diritto come legalità. – 4. La certezza del diritto di fronte alla sovranità popolare. – 5. La certezza del diritto come prevedibilità delle decisioni. – 6. Considerazioni conclusive (uno scenario): dalla certezza del diritto alla certezza *dei* diritti.

1. Le diverse dimensioni della certezza (un'avvertenza).

Nello strumentario del giurista spesso ricorre un elemento, talora qualificato principio¹⁷⁸³, che non riceve espressa consacrazione in norme costituzionali, ma può essere enucleato in via interpretativa a partire, ad esempio, da disposizioni codicistiche (l'art. 324 c.p.c. o l'art. 2909 c.c., ad es.) in collegamento, come si vedrà, con altri principi contenuti nella nostra Carta: la certezza del diritto.

Al di là della questione del rango da attribuire a tale concetto (che può essere temporaneamente messa da parte e sulla quale si tornerà *infra*), si tratta pur sempre di un elemento fondamentale della nostra architettura¹⁷⁸⁴ e, sia detto senza retorica, della nostra civiltà giuridica¹⁷⁸⁵, fosse solo da un punto di vista logico¹⁷⁸⁶, non potendosi immaginare il diritto in assenza dei requisiti di stabilità come previsti dal capo II delle disposizioni sulla legge in generale (artt. 10 ss., in ordine a profili quali obbligatorietà, efficacia della legge nel tempo, criteri di interpretazione, divieto di analogia di leggi penali ed eccezionali, abrogazione delle leggi).

Si tratta di un fattore unificante della trama di valori riconosciuti in un ordinamento pluralistico, destinato comunque a rivestire un certo peso negli equilibri che esso comporta¹⁷⁸⁷.

** Ricercatore a.t.d. di Istituzioni di diritto pubblico presso Università telematica PEGASO.

¹⁷⁸³ Sul punto, si veda M. LONGO, *Certezza del diritto* (voce), in *Noviss. Dig. It.*, vol. III, Torino, 1974, pp. 124 ss.

¹⁷⁸⁴ Addirittura coesistente al diritto stesso, il che renderebbe, in qualche misura, tautologico dedicarsi al problema («da certezza è diritto»). Sul punto, si veda M. CORSALE, *La certezza del diritto*, Milano, 1970, p. 2; A. RUGGERI, *La certezza del diritto al crocevia tra dinamiche della normazione ed esperienze di giustizia costituzionale*, in *Le fonti del diritto, oggi. Giornate di studio in onore di Alessandro Pizzorusso*, Pisa, 2006, p. 129.

¹⁷⁸⁵ R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, 1911, p. 63, affermava testualmente: «*C'est un des intérêts dont la législation moderne se préoccupe le plus. Donner de la sécurité aux individus, cette idée (...) est à la base de principes très importants concernant soit les sources du droit, soit le droit public, soit le droit privé.*»

¹⁷⁸⁶ Per un inquadramento dogmatico della questione, si parta, tra gli altri, dai fondamentali contributi di F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Roma, 1942; F. CARNELUTTI, *La certezza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1943, pp. 81 ss.; N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1951, pp. 146 ss.; M. CORSALE, cit.

¹⁷⁸⁷ Sul ruolo dei valori nell'ordinamento giuridico in relazione al ruolo dei giudici nella tutela dei diritti costituzionali e agli altri aspetti, si veda P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in R. NANIA, P. RIDOLA, *I diritti costituzionali*, vol. I, Torino, 2006, pp. 95 ss.

Si può, anzi, affermare che la certezza del diritto costituisca un valore connesso all'idea stessa di statualità¹⁷⁸⁸ e, in quanto tale, reclami una certa centralità sulla scena giuridica, avendo attinenza con le funzioni fondamentali dello Stato (quella giurisdizionale, *in primis*, come si vedrà). Ed anzi, riguardata da altra prospettiva, a ribadire l'assoluta rilevanza del tema, la certezza del diritto dà luogo ad una vera e propria funzione pubblica a sé stante (si pensi alla certezza legale dei registri di stato civile in ordine allo *status familiae* dei soggetti), il cd. potere certativo¹⁷⁸⁹.

L'ordinamento esige certezza in primo luogo per garantire la pacifica convivenza tra i consociati (come efficacemente sintetizzato dalla trilogia *honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere*), che, viceversa, in condizioni di instabilità dei rapporti giuridici, rischierebbero di sopraffarsi continuamente gli uni gli altri (*homo homini lupus*).

Tale considerazione, apparentemente banale, vale ad inquadrare il significato primigenio del valore della certezza del diritto e a porre quest'ultimo in un corretto angolo visuale.

Nel presente contributo, ben lungi dal proposito di fornire una trattazione esaustiva di un tema amplissimo, che investe evidentemente problemi di teoria generale¹⁷⁹⁰, si cercherà di osservare la certezza del diritto nell'ottica della funzione giurisdizionale, quella forse maggiormente deputata a preservare tale valore (perlomeno ai fini prescelti per il presente lavoro), evidenziando aspetti virtuosi e aspetti controversi richiamati dal concetto.

Il ragionamento che segue non mira certo a consegnare al lettore risposte definitive né meno che mai soluzioni, quanto piuttosto a stimolare, se possibile, ulteriori riflessioni intorno ad un concetto ricorrente nell'esperienza giuridica, eppure non sempre messo a fuoco in modo soddisfacente. Tale concetto affiora in modo intermittente nella pratica dell'operatore giuridico sin dai suoi primi passi e di recente ha meritato nuovamente l'attenzione della dottrina grazie al prezioso apporto di alcuni eminenti Autori¹⁷⁹¹, i quali, muovendo da premesse diverse, hanno saputo efficacemente interpretare le illusioni e le ambiguità¹⁷⁹² che esso comporta, offrendogli la giusta prospettiva di analisi.

Non è casuale che proprio in un'epoca di inquietudini e di (irreversibile?) «crisi del diritto¹⁷⁹³» come quella che ci troviamo a vivere, alcuni dei massimi interpreti del pensiero giuridico contemporaneo abbiano voluto riproporre il tema della certezza, nei termini che in queste pagine si proverà sommariamente ad illustrare.

2. La certezza del diritto come sicurezza e stabilità dei rapporti giuridici.

¹⁷⁸⁸ M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in www.rivistaaiic.it, n. 4, 2014, p. 27. A. RUGGERI, cit., p. 142, ne parla come di «un bene-valore che sta, ad un tempo, prima e fuori ma anche dentro la Carta, dal momento che senza la certezza, nessun altro valore è neppure pensabile, pur ponendosi la certezza stessa quale uno dei valori su cui regge l'intero ordinamento».

¹⁷⁸⁹ Sul punto, cfr. M.S. GIANNINI, *Certezza pubblica* (voce), in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 773.

¹⁷⁹⁰ Non è casuale, difatti, atteso il carattere fondativo del tema, che alcuni dei più lucidi contributi in materia siano giunti, come si avrà modo di constatare anche dalla bibliografia del presente scritto, da eminenti privatisti, benché tale etichetta sia da considerarsi assolutamente riduttiva per la gran parte di essi.

¹⁷⁹¹ Soprattutto, N. IRTI (2016) e M. LUCIANI (2014 e 2015), cit. nel presente contributo.

¹⁷⁹² Cfr. G. CAPOGRASSI, *L'ambiguità del diritto contemporaneo*, in AA.VV., *La crisi del diritto*, Padova, 1953, pp. 13 ss.

¹⁷⁹³ Il problema era, invero, avvertito già nel 1953 come evidenzia il titolo del volume citato nella nota precedente.

Come accennato nel paragrafo precedente, la certezza del diritto esprime la propria rilevanza in relazione al bene supremo della pace tra i consociati (*lato sensu* intesa) che essa è idonea a perseguire: in tale argomento, vi sarebbe una traccia del rilievo costituzionale di tale concetto (cfr., ad es., art. 11 Cost.), quale elemento fondativo della società giuridicamente organizzata sin dal primo affermarsi del diritto¹⁷⁹⁴.

Ma vi è di più. La certezza del diritto trova il proprio ambito di elezione nell'esercizio della funzione giurisdizionale.

Si può sostenere che la funzione giurisdizionale consista proprio nell'affermare *con certezza* il diritto nei casi controversi o, se si preferisce, nel ripristinare il valore della certezza allorché sia insorta una controversia¹⁷⁹⁵. Del resto, è solo in caso di una *disobbedienza* (intesa come rottura di un equilibrio giuridico) che il diritto cessa di essere "invisibile" ed irrompe, in un certo senso, al centro della scena¹⁷⁹⁶, dispiegando nel momento dell'intervento giudiziale la pienezza della propria funzione¹⁷⁹⁷.

Ed anzi, proprio nell'ambito della giurisdizione si è andata affermando, tra le altre, la categoria dell'azione di accertamento, quella, cioè, che ha la funzione di dare certezza, della quale si registrano numerosi esempi nell'ordinamento (artt. 949; 1079; 2690, n. 2 c.c.)¹⁷⁹⁸.

Va da sé che, trattandosi di attività umana, la funzione giurisdizionale non è esente da errori (come contemplato, del resto, dal quarto comma dell'art. 24 Cost.); pertanto, la certezza non postula certo l'infallibilità nell'esercizio della funzione, ma semplicemente la stabilità¹⁷⁹⁹ delle decisioni rese, affinché le stesse, esperiti i mezzi di impugnazione previsti dall'ordinamento, non abbiano ad essere eternamente messe in discussione.

Vengono qui in rilievo le nozioni di cosa giudicata (*res iudicata*) rispettivamente dettate dagli artt. 324 c.p.c. («si intende passata in giudicato la sentenza che non è più soggetta né a regolamento di competenza, né ad appello, né a ricorso per cassazione, né a revocazione per i motivi di cui ai numeri 4) e 5) dell'articolo 395») e 2909 c.c. («l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa»).

Il collegamento del valore della certezza del diritto con la nozione di cosa giudicata (formale o sostanziale)¹⁸⁰⁰, che del primo costituisce la manifestazione più visibile

¹⁷⁹⁴ Sul tema si veda N. IRTI, *Nichilismo e concetti giuridici intorno all'aforisma 459 di "Umano, troppo umano"*, Napoli, 2005, p. 16.

¹⁷⁹⁵ M. LUCIANI, cit., p. 34.

¹⁷⁹⁶ Cfr. P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Firenze, ed. 1989, p. 11.

¹⁷⁹⁷ Così, G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Milano, 1984, p. 101.

¹⁷⁹⁸ Sulla categoria delle azioni di accertamento e sui problemi teorici ad essa sottesi, si rinvia a A. PROTO PISANI, *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982, pp. 75 ss.

¹⁷⁹⁹ Viene qui in rilievo la dimensione della continuità o, se si preferisce, della *durata* del diritto, che attiene, evidentemente, non solo alla funzione giurisdizionale (tema dei *revirement*), ma anche, se non soprattutto, alla funzione legislativa (tema del riformismo permanente, *ius condendum*). Sull'argomento, si vedano N. IRTI, *Diritto senza verità*, Roma-Bari, 2011, pp. 107 ss.; M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, Napoli, 2007, *passim*. Sulla *mortalità* del diritto *ab hominibus constitutum*, si veda F. CARNELUTTI, *La morte del diritto*, in AA.VV., *La crisi del diritto*, cit., pp. 182 ss.

¹⁸⁰⁰ Tale collegamento veniva già stabilito in una risalente sentenza della Corte costituzionale (la n. 55/1971), nella quale si affermava che la certezza del diritto «ove se ne voglia ammettere la rilevanza costituzionale, trova la sua garanzia, ma anche i suoi limiti, nell'istituto della cosa giudicata».

nell'ambito dell'ordinamento¹⁸⁰¹, fa sì, tuttavia, che di tale valore venga in rilievo soprattutto un certo carattere di *ipocrisia* o, quantomeno, di ambiguità, in relazione alla dicotomia tra certezza e verità connaturata al mondo del diritto (*veritas facit legem* oppure *lex facit veritatem?*)¹⁸⁰².

In altri termini, il giudicato sarebbe solo una finzione giuridica (*res iudicata pro veritate habetur*) per porre fine alle controversie, senza avere cura (e non potrebbe essere altrimenti) che la decisione, munita del carattere della stabilità, risponda necessariamente alla verità dei fatti¹⁸⁰³, al punto che il passaggio in giudicato della sentenza «importa che essa si distacchi dai suoi motivi (...) e diventi da quel momento idonea ad essere qualificata giusta o ingiusta¹⁸⁰⁴».

Del resto, al mondo del diritto (sia che si tratti di decisioni normative sia che si tratti di decisioni giudiziali) non si confanno valutazioni di verità, quanto piuttosto valutazioni di validità-legittimità¹⁸⁰⁵.

Al tempo stesso, l'intera impalcatura del nostro sistema processuale, con il suo apparato di termini, decadenze, presunzioni e preclusioni (e finanche con le dimenticanze e le reticenze dei testimoni), si configura come un'articolata *rappresentazione* della verità, nella quale le parti, nel rispetto delle regole del gioco (*fair play*) previste dai codici di rito, sono chiamate a fare valere le rispettive ragioni¹⁸⁰⁶: d'altronde, questo è l'unico schema possibile entro il quale affermare, in una dimensione di effettività, i diritti di azione e di difesa¹⁸⁰⁷, benché ciò comporti inevitabilmente, come osservato, un parziale sacrificio del valore della verità.

L'obiettivo del processo non è tanto, dunque, la ricerca della verità, quanto più semplicemente «la fissazione procedurale dei fatti» secondo una *metodologia legale*¹⁸⁰⁸, il che potrebbe far dubitare dell'autonomia del concetto di «giusto processo» dai singoli principi che trovano spazio nell'art. 111 Cost. (contraddittorio, ragionevole durata, obbligo della motivazione, ricorribilità dei provvedimenti), non essendo il processo altro che una costruzione artificiale dell'uomo e non potendosi ammettere *in rerum natura* un processo “giusto” (a meno di non leggere in tale formula il riconoscimento esplicito del principio di effettività della tutela giurisdizionale¹⁸⁰⁹).

¹⁸⁰¹ Già F. CARNELUTTI, *La morte del diritto*, cit., p. 177, definiva il paradigma dell'*authoritas iudicati* come una sintesi di certezza e giustizia, intese come le due funzioni fondamentali del diritto.

¹⁸⁰² Sul punto, si vedano le considerazioni di N. IRTI, *Diritto senza verità*, cit., pp. 5 ss. e ID., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, pp. 144 ss.

¹⁸⁰³ Sul punto, cfr. G.M. CHIODI, *Equità. La regola costitutiva del diritto*, Torino, 2000, p. 110. F. CARNELUTTI, *La certezza del diritto*, cit., pp. 81 ss. ammoniva sui costi della certezza e della *res iudicata*, che in quanto *pro veritate habetur, facit de albo nigrum* o *aequat quadrata rotundis*.

¹⁸⁰⁴ Così, P. CALAMANDREI, cit., p. 10.

¹⁸⁰⁵ Cfr. N. IRTI, *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, 2007, p. 111.

¹⁸⁰⁶ Sull'argomento si veda S. SATTA, *Il mistero del processo*, Milano, ed. 1994, *passim*.

¹⁸⁰⁷ Sulle preclusioni come espediente giuridico, si veda G. CHIOVENDA, *Cosa giudicata e preclusione* (1933), in *Saggi di diritto processuale civile*, III, Milano, 1993, p. 236, cit. in N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit., p. 102.

¹⁸⁰⁸ N. IRTI, *Il salvagente della forma*, cit., p. 112.

¹⁸⁰⁹ Sul punto, si veda G. BALENA, *Processo civile e Costituzione*, Napoli, 2014, pp. 38 ss., il quale, tuttavia, opportunamente evidenzia la contraddittorietà col principio del giusto processo di «un sistema di preclusioni eccessivamente precoci, definitive ed insuperabili, tale da rendere eccessivamente elevato il rischio di un considerevole scarto tra la verità formale prodotta dal processo e quella sostanziale».

Ciò evidenzia l'illusorietà di tale costruzione (dal momento che il processo costituisce uno strumento artificiale «di costituzione di certezze»¹⁸¹⁰), non potendosi evidentemente ridurre, come si avrà modo di osservare, la certezza solo ad un'idea di *probatorietà*¹⁸¹¹.

Tali considerazioni valgono ad attribuire il giusto significato al valore della certezza del diritto e, in un certo senso, ad evidenziarne anche gli aspetti contraddittori.

3. La certezza del diritto come legalità.

Detto che il valore della certezza non può farsi coincidere con la verità e che può, tutt'al più, inserirsi più modestamente nel solco della stabilità o della sicurezza delle relazioni giuridiche (*pacta sunt servanda*, cfr. art. 1372 c.c.), è opportuno domandarsi, nella prospettiva della regolarità (*rectius*, calcolabilità¹⁸¹²) delle decisioni, quali siano oggi i margini di azione del giudice (non più mera *vox legis*) chiamato a dirimere le singole controversie.

Il tema dell'ampiezza della funzione giurisdizionale è stato ampiamente dibattuto nei decenni scorsi ed ha tradizionalmente spaziato tra gli estremi del magistrato burocrate al servizio della legge (*bouche de la loi*¹⁸¹³) e del magistrato professionista munito di ampi margini di discrezionalità¹⁸¹⁴.

Negli ultimi tempi, la questione non possiede più i contorni che aveva assunto nella prima fase della storia repubblicana, inerenti soprattutto a rivendicazioni di autonomia di carattere (anche) corporativo da parte della categoria¹⁸¹⁵, ma acquista nuovi significati di natura esogena, che, per certi versi, contribuiscono a minare ulteriormente il valore della certezza.

È il caso, ad esempio, della crisi del legislativo, a partire dalla cd. decodificazione¹⁸¹⁶, cagionata dalla crisi della sovranità statale, ma anche dalla crisi del Parlamento¹⁸¹⁷ (anche in termini di chiarezza e qualità della normazione), che ha fatto sì che si accrescessero sempre più gli spazi di cd. supplenza da parte del giudice (*in claris non fit interpretatio*).

Proprio in relazione al tema della supplenza giudiziaria, in dottrina¹⁸¹⁸ si è avuto modo di ammonire dei rischi di un neogiusnaturalismo (o, alternativamente, sociologismo, relativismo, soggettivismo, intuizionismo) messo al servizio di un uso dell'azione

¹⁸¹⁰ M.S. GIANNINI, cit., p. 774.

¹⁸¹¹ Ivi, p. 773.

¹⁸¹² N. IRTI, cit., *passim*.

¹⁸¹³ «Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur» (C.L. MONTESQUIEU, *L'Esprit des Lois*, XI, cap. VI, 1748).

¹⁸¹⁴ M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione* (voce), in *Enc. dir.*, Ann. IX, Milano, 2015, p. 409, esclude che si possa parlare «di una “discrezionalità” del giudice nel senso tipico di apprezzamento di opportunità per rapporto a un pubblico interesse».

¹⁸¹⁵ Sull'idea che i magistrati siano portatori di un indirizzo politico e sulla cd. giurisprudenza alternativa, orientata alla promozione di valori costituzionali in sede di applicazione del diritto (interpretazione evolutiva), si veda G. MARANINI, *Funzione giurisdizionale ed indirizzo politico nella Costituzione*, in *Atti XII Congresso nazionale magistrati italiani* (Gardone Riviera, 25-28 settembre 1965), Roma, 1966, pp. 7 ss.

¹⁸¹⁶ N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979.

¹⁸¹⁷ Accanto alla crisi del Parlamento, M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione* (voce), cit., p. 396, evidenzia anche un certo «autolesionismo» del legislatore, allorché quest'ultimo ha previsto il dovere di conformazione di atti normativi (decreti legislativi, ad es.) agli indirizzi giurisprudenziali se non a singole sentenze (come nel caso dell'art. 1, co. 181, lett. a, n. 4 l. n. 107/2015 che impone ai decreti legislativi di codificazione delle norme in materia di istruzione «l'adeguamento della normativa inclusa nella codificazione alla giurisprudenza costituzionale e dell'Unione europea»).

¹⁸¹⁸ Cfr. N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit., *passim*.

giurisdizionale teleologicamente orientata, potenzialmente funzionale, nei suoi approdi più esasperati, persino a derive autoritarie¹⁸¹⁹ (come era avvenuto nella Germania degli anni trenta, allorché si affermò la teoria del *Freirechtsbewegung*, pronunciato da un giudice ispirato unicamente dalla propria coscienza¹⁸²⁰).

In tale contesto, il sistema delle fonti così come delineato nello Stato costituzionale di diritto, con principi di natura programmatica che sovrintendono ad una legislazione talora frammentaria e disorganica¹⁸²¹, sembra offrire al giudice ulteriori margini di libertà, con un conseguente *deficit* in termini di certezza e di legalità (*legum omnes servi sumus ut liberi esse possimus* oppure, in termini più estremi, *quod principi placuit, legis habet vigorem*), avendo la legge ordinaria – a voler tacere qui della naturale *open texture* che caratterizza sempre il linguaggio giuridico¹⁸²² – perduto la propria centralità con il sopraggiungere di altre fonti¹⁸²³, tanto più se si considera la non vincolatività del precedente giudiziale (*stare decisis*¹⁸²⁴) che limita in radice la prevedibilità delle decisioni¹⁸²⁵.

4. La certezza del diritto di fronte alla sovranità popolare

I fattori di crisi brevemente illustrati nel paragrafo precedente e, segnatamente, la crescente inclinazione del giudice a farsi in prima persona interprete di principi e valori costituzionali, vanno messi in correlazione con la marginalità cui sono state progressivamente condannate le preleggi nello strumentario del giurista contemporaneo.

Basti pensare, a tal proposito, alla soppressione del riferimento all'art. 12 disp. prel. c.c. quale criterio di interpretazione cui attenersi nell'esercizio della funzione giurisdizionale originariamente contenuto nel secondo comma dell'art. 2 d.lgs. n. 109/2006 per effetto della l. n. 269/2006¹⁸²⁶.

La creatività interpretativa spesso manifestata dai giudici evidenzia una netta disarmonia con i criteri schematici dettati dall'art. 12 disp. prel. c.c. (interpretazione letterale, *analogia*

¹⁸¹⁹ P. CALAMANDREI, *La crisi della giustizia*, in AA.VV., *La crisi del diritto*, cit., p. 164, parlava di «fattori sentimentali di ispirazione collettiva e sociale» e di «coscienza di classe» del giudice.

¹⁸²⁰ Sulla teoria del diritto libero, si veda K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano, 1966, pp. 82 ss.

¹⁸²¹ Per un approfondimento del problema che qui viene affrontato in termini semplificati e in funzione del tema del presente contributo, si fa rinvio a M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, cit., pp. 23 ss.

¹⁸²² G. ZAGREBELSKY, *Il giudice delle leggi artefice del diritto*, Napoli, 2007, p. 17. Sull'argomento, si veda H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, trad. it., Torino, 1965.

¹⁸²³ Sul punto, si veda P. GROSSI, *Absolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998, *passim*.

¹⁸²⁴ Sull'effettivo significato dello *stare decisis* nel modello angloamericano si rinvia a U. MATTEI, *Il modello di common law*, Torino, 1996, pp. 105 ss.

¹⁸²⁵ Sull'argomento, si veda M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, cit., pp. 23 ss. ID., *Interpretazione conforme a Costituzione* (voce), cit., p. 407, molto opportunamente rileva che, nel nostro sistema, «il mutamento di giurisprudenza è sempre possibile, al contrario di quanto ha opinato di recente la Corte costituzionale» (cfr. sent. n. 49/2015 in un controverso passaggio sul cd. «diritto consolidato»).

¹⁸²⁶ Tale disposizione sostituisce la possibilità, emersa in sede di lavori preparatori della normativa in tema di responsabilità disciplinare dei giudici (disegno di legge n. 1296 della XIV Legislatura), di qualificare illecito disciplinare «l'attività di interpretazione di norme di diritto che palesemente e inequivocabilmente sia contro la lettera e la volontà della legge o abbia contenuto creativo» (cd. emendamento Bobbio). Si sarebbe trattato, in quel caso, di una forte limitazione dell'attività interpretativa dei giudici e di una sostanziale compressione della relativa indipendenza. Quanto alla soppressione del richiamo all'art. 12 disp. prel. c.c., la stessa è stata consigliata dalla volontà di evitare che l'attività giurisdizionale fosse ancorata ad un parametro normativo che non tenesse conto della cd. interpretazione costituzionalmente orientata. Sul punto, si veda E. ROSI, *Gli illeciti disciplinari*, in *Dir. pen. processo*, 2005, p. 1506.

legis, analogia iuris)¹⁸²⁷, nonché, nelle sue espressioni più esasperate, con gli stessi orizzonti tracciati dall'art. 101 Cost. (cd. creazionismo giudiziario¹⁸²⁸). Ci si riferisce, in particolare, alla soggezione del giudice alla legge di cui al secondo comma, ma anche al collegamento con la sovranità popolare di cui al primo comma¹⁸²⁹.

Una manifestazione di tale tendenza può essere rinvenuta anche nella costruzione della giurisprudenza, tradizionalmente invalsa nel nostro sistema, attraverso massime concepite come regole giuridiche maggiormente dettagliate rispetto ai codici veri e propri, del tutto slegate dai fatti e, in quanto tali, inidonee a fondare dei *precedenti* in senso tecnico¹⁸³⁰.

In altri termini, certi slanci creativi della giurisprudenza rischiano di porsi in contrasto con il principio stesso della sovranità popolare, che nell'art. 101 Cost. trova un duplice collegamento, in via diretta nel primo comma («La giustizia è amministrata in nome del popolo») e in via indiretta nel secondo comma (giudice *subditus*), costituendo la legge un'espressione privilegiata della sovranità popolare (cfr. art. 70 Cost.).

Per motivi diversi, pertanto, si registra una crisi delle due massime espressioni della sovranità popolare previste dall'ordinamento: la legge e la sentenza o, se si preferisce, la decisione normativa e la decisione giudiziale¹⁸³¹.

Queste ultime definizioni enfatizzano l'elemento volontaristico (dal latino *decidere*, tagliar via) pur sempre presente in entrambe: tuttavia, nella sentenza è opportuno, proprio per il principio della soggezione del giudice alla legge, che la *voluntas* ceda il passo alla *auctoritas* che la decisione giudiziale per sua stessa natura esprime (anche perché emanata, giova ricordarlo, dall'autorità giurisdizionale “in nome del popolo italiano”, così come un tempo era “in nome di Dio”), da intendersi come sintesi di autorità e autorevolezza (credibilità).

Del resto, l'esercizio di un potere diffuso, qual è per definizione il potere giurisdizionale (cfr. artt. 101, co. 2; 102, co. 1; 107, co. 3 Cost.), che si esprime spesso in una dimensione monocratica, non può certo ammettere che la discrezionalità connaturata alla funzione giudicante si traduca in *arbitrio* in danno del cittadino e del valore della certezza su cui il giudice è, comunque, chiamato a vigilare (si pensi anche solo alla vocazione all'uniformità perseguita dalla Cassazione)¹⁸³². Molto sottile, difatti, è il confine tra libertà interpretativa e creatività giudiziale, tanto più nei sistemi di *civil law*.

¹⁸²⁷ Occorre evidenziare, comunque, che l'art. 12 disp. prel. c.c. offre pur sempre all'interprete una pluralità di soluzioni interpretative, sia pure entro schemi piuttosto rigidi, il che costituisce un parziale allontanamento dalla visione positivista dell'interpretazione “unica” dei testi normativi. Per una compiuta ricostruzione storica dei rapporti tra giurisdizione e legislazione, si veda M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione* (voce), cit., pp. 392 ss.

¹⁸²⁸ Cfr. L. FERRAJOLI, *La democrazia costituzionale*, Bologna, 2016, p. 57.

¹⁸²⁹ R. GUASTINI, art. 101, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1994, pp. 179 ss.; N. ZANON, L. PANZERI, art. 101, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, III, Torino, 2006, pp. 1961 ss.

¹⁸³⁰ M. TARUFFO, cit., p. 15.

¹⁸³¹ N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit., pp. 188 ss. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1. L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative), Padova, ed. 1993, p. 208, parla sul punto di «attuazione giurisdizionale».

¹⁸³² Ricostruendo l'evoluzione dei rapporti tra giurisdizione e legislazione, M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione* (voce), cit., p. 393, sottolinea che consegnare la norma al giudice ha significato, in un dato momento storico, «sostituire a un processo nomopoietico democratico un processo aristocratico» (poiché affidato ad una “casta” di sapienti). Sul punto, si veda G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 213, ove si legge: «C'è oggi certamente una grande responsabilità dei giudici nella vita del diritto, sconosciuta negli ordinamenti dello Stato di diritto legislativo. Ma i giudici non sono i padroni del diritto nello stesso senso in cui il legislatore lo era nel secolo scorso. Essi sono più

In tale prospettiva, un'interpretazione troppo libera della funzione costituirebbe un tradimento della sovranità popolare, piegando la giurisdizione, ad esempio, al consenso dell'*arena* (si pensi ai processi mediatici) o facendo del giudicante (*sine spe ac metu* nella definizione dei Padri) un *salvatore* della patria¹⁸³³ non richiesto dall'ordinamento e di certo estraneo allo spirito dell'art. 101 Cost.¹⁸³⁴ La crisi della sovranità statale, pertanto, si riverbera negativamente sull'esercizio della funzione legislativa, abbandonato al *nichilismo*¹⁸³⁵ indotto dal nuovo diritto globale¹⁸³⁶ e, di riflesso, sull'esercizio della funzione giurisdizionale, che ha progressivamente perduto il contatto (leggi: vincolo di soggezione¹⁸³⁷) con la legge affermato dall'art. 101 Cost., in danno del popolo, titolare della sovranità stessa (art. 1, co. 2 Cost.).

Tale preoccupazione non è da ritenersi peregrina se si considera, peraltro, il fenomeno diffuso dell'impegno politico da parte di (ex-)magistrati nella cd. "seconda Repubblica" e la mancanza ad oggi di una compiuta disciplina delle incompatibilità anche in attuazione dell'art. 98, co. 3 Cost.¹⁸³⁸ In tal modo, in presenza di questa osmosi di ruoli e di poteri (da giudicante o inquirente ad amministratore o legislatore), la figura del giudice rischia di smarrire la propria cifra tecnica per ascendere ad un primato etico assoluto che non potrebbe trovare riscontro nella nostra assiologia ordinamentale¹⁸³⁹.

5. La certezza del diritto come prevedibilità delle decisioni

propriamente i garanti della complessità strutturale del diritto nello Stato costituzionale, cioè della necessaria mite coesistenza di legge, diritti e giustizia. Potremmo anzi dire tra Stato costituzionale e qualunque "padrone del diritto" c'è una radicale incompatibilità. Il diritto non è oggetto in proprietà di uno ma deve essere oggetto delle cure di tanti».

¹⁸³³ E. FORSTHOFF, *Stato di diritto in trasformazione*, trad. it., Milano, 1973, p. 243, parlava di «profeta del diritto».

¹⁸³⁴ N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit., pp. 80 ss.

¹⁸³⁵ ID., *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2005; ID., *Nichilismo e concetti giuridici*, cit.

¹⁸³⁶ Su l tema si veda K. BENYEKHELF (a cura di), *Vers un droit global?*, Montreal, 2016, *passim*. Sull'argomento, sia consentito di rinviare, altresì, a L. LONGHI, *Il nuovo diritto globale: lex mercatoria o ius gentium?*, in *Rass. dir. pubbl. europeo*, n. 2/2016, pp. 137 ss.

¹⁸³⁷ Su natura e limiti di tale vincolo, si vedano C. MEZZANOTTE, *Sulla nozione di indipendenza del giudice*, in B. CARAVITA (a cura di), *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, Roma-Bari, 1994, pp. 5 ss.; M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione* (voce), cit., p. 403.

¹⁸³⁸ Sul punto, si veda R. MANFRELLOTTI, *La moglie di Cesare e l'Uomo Ragno. Brevi note sulla partecipazione dei magistrati alla competizione politica*, in M. DELLA MORTE (a cura di), *La dis-eguaglianza nello Stato costituzionale*, Napoli, 2016, p. 307, che evidenzia, peraltro, la previsione del divieto di iscrizione a partiti politici per i magistrati ai sensi dell'art. 1 d.l. n. 141/1991, mai convertito in legge, e l'unica marginale restrizione posta *de iure condito* dalla l. n. 276/1997, che prevede quale causa di incompatibilità per l'ufficio di magistrato onorario aggregato l'aver ricoperto per il triennio precedente alla nomina incarichi di vertice in un partito politico. Mentre si scrive, la Camera ha approvato un testo recante "Disposizioni in materia di candidabilità, eleggibilità e ricollocamento dei magistrati in occasione di elezioni politiche e amministrative nonché di assunzione di incarichi di governo nazionale e negli enti territoriali" (C. 2188-A). Sull'argomento, si veda, da ultimo, F. BIONDI, *Può un magistrato essere legittimamente eletto con il simbolo di un partito e, nel contempo, essere processato disciplinarmente per essersi iscritto a quel partito? Note a margine del caso Emiliano*, in www.forumcostituzionale.it, 10 luglio 2017.

¹⁸³⁹ Sul rapporto tra funzione giudicante e morale, anche con richiami evangelici e letterari, si vedano le illuminanti pagine di E. BETTI, *Diritto Metodo Ermeneutica*, a cura di G. CRIFÒ, Milano, 1991, pp. 565 ss.

A ciò si aggiunga che, come è stato acutamente osservato in dottrina¹⁸⁴⁰, l'imprevedibilità delle decisioni giudiziali scaturente da tale scenario nuoce a sua volta alle esigenze di certezza reclamate dalla società capitalistica¹⁸⁴¹.

In particolare, l'operatore economico vedrebbe aggiungersi al proverbiale rischio di impresa insito nella natura dell'attività esercitata (cfr. artt. 2082 ss. c.c.) un'alea ulteriore alla quale non era *culturalmente* preparato, quella di decisioni giudiziali del tutto imponderabili e *incontrollabili* (al netto dell'esperimento dei mezzi di impugnazione), perché slegate da criteri interpretativi *certi*, necessari al corretto funzionamento dell'economia di mercato e dei meccanismi di creazione e (re-)distribuzione della ricchezza ad essa correlati (cfr., tra gli altri, artt. 41, 53, 2, 3, 4 Cost.). Va da sé che il disorientamento provato dall'attore economico di fronte alla giustizia risulta viepiù acuito e aggravato nel caso del comune cittadino (*quivis de populo*, nelle vesti, a seconda dei casi, di consumatore, utente, contribuente, contraente debole, ecc.¹⁸⁴²), spesso sprovvisto degli strumenti economici e culturali necessari per poter avere un accesso pieno ed effettivo alla tutela dei propri diritti.

In tal senso, rileva anche l'introduzione della mediazione obbligatoria in ordine alle controversie civili e commerciali (a partire dal d.lgs. n. 28/2010), che ha contribuito a diffondere nell'ordinamento un'idea di giustizia tendenzialmente conciliativa e deflattiva¹⁸⁴³ e non più sostanziale, in ossequio alla quale rileva la *terzietà* del giudicante piuttosto che l'antica vocazione di questi ad essere custode della legge¹⁸⁴⁴ (quella che Irti definisce «impersonalità normativa¹⁸⁴⁵»).

Il tema della calcolabilità e della celerità delle decisioni, del resto, rivela la propria armonia con lo spirito dell'art. 111 Cost., in tema di giusto processo e di ragionevole durata dello stesso (co. 2), ma anche con riferimento all'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali (co. 6), che astrattamente vincola il giudicante a decidere (essendogli preclusa una pronuncia di *non liquet*¹⁸⁴⁶) e a farlo in modo *razionale*, secondo, cioè, una certa coerenza argomentativa¹⁸⁴⁷ (anche e soprattutto in relazione al rapporto tra motivazione e dispositivo e alla fondatezza della motivazione stessa¹⁸⁴⁸).

La questione della celerità delle decisioni, solo apparentemente eccentrica rispetto al cuore del problema, rappresenta una preoccupazione crescente nel mondo giuridico, soprattutto alla luce della crisi economica che attanaglia il Paese da diversi anni ormai. Basti pensare, ad

¹⁸⁴⁰ N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit., pp. 39 ss.

¹⁸⁴¹ Sul tema si veda G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2006, pp. 67 ss.

¹⁸⁴² Sulla molteplicità degli *status* della persona in relazione al potere di autodeterminazione del soggetto con riguardo alla sfera degli interessi di cui l'ordinamento gli assicura la disponibilità, si rinvia a P. RESCIGNO, *Persone e gruppi sociali*, Napoli, 2006, pp. 11 ss.

¹⁸⁴³ Non giovando un elevato tasso di litigiosità (come, del resto, una legislazione ipertrofica, caotica e oscura) al bene della certezza.

¹⁸⁴⁴ N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit., p. 168.

¹⁸⁴⁵ ID., *Diritto senza verità*, cit., p. 124.

¹⁸⁴⁶ A proposito di tale divieto, N. IRTI, *Il salvagente della forma*, cit., p. 114, parla di certezza della decisione.

¹⁸⁴⁷ Sulla prevalenza dell'elemento della *ratio* nei confronti dell'elemento della *voluntas* in relazione al valore della certezza nell'edificazione dello Stato di diritto, si veda M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, cit., p. 33.

¹⁸⁴⁸ Sul punto, si veda ancora M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione* (voce), cit., pp. 404 ss. P. CALAMANDREI, cit., p. 173, parlava di «crisi della motivazione», in conseguenza dell'ingresso di valutazioni politiche nell'operato del giudice.

altro livello, alla centralità che il tema della *velocità* (in relazione alla funzione legislativa) si era ritagliato nella campagna referendaria del 2016 (sul disegno di legge costituzionale S. 1429/2014, cd. riforma Renzi-Boschi), costituendo questa, del resto, un'altra possibile dimensione della certezza del diritto.

6. *Considerazioni conclusive (uno scenario): dalla certezza del diritto alla certezza dei diritti.*

Nel presente breve contributo si è avuto modo di osservare le diverse accezioni che il valore della certezza può avere nel mondo del diritto.

Si è, in particolare, avuto modo di evidenziare che la certezza, emersa nello strumentario giuridico quale declinazione delle esigenze di sicurezza e stabilità connaturate all'ordinamento, trova nell'esercizio della funzione giurisdizionale (*iuris-dictio*¹⁸⁴⁹) il proprio ambito di applicazione privilegiato, pur nel mutato scenario di un sistema multilivello.

Proprio in quest'ambito, tale valore rivela la propria distanza dal bene della verità, avendo il nostro sistema processuale la preoccupazione precipua di perseguire la stabilità delle relazioni giuridiche attraverso il consolidamento del giudicato (cfr. artt. 324 c.p.c. e 2909 c.c.) piuttosto che una (invero, impossibile) ricostruzione della verità dei fatti¹⁸⁵⁰. *Incidenter tantum*, in relazione a quest'ultimo punto, occorre registrare un ulteriore fattore di criticità: detto che una delle principali vocazioni dell'ordinamento risiede nel preservare la stabilità delle decisioni e delle relazioni giuridiche, si rileva che, nel perseguire tale obiettivo, al giudice si richiede la soggezione ad un elemento (la *lex*) che, nel complessivo impianto dello Stato costituzionale, si rivela mutevole per definizione, in quanto rimesso alla precarietà e alla «volatilità delle manifestazioni occasionali del potere», a seconda soprattutto della *forza* e dell'intima coerenza della propria *ratio*¹⁸⁵¹, a differenza della Costituzione che rappresenta la «norma della durata»¹⁸⁵².

Il paradosso consisterebbe, pertanto, nell'invocare la stabilità in forza di strumenti inidonei, per loro natura, a resistere al tempo e alle continue evoluzioni della legislazione. Si tratta di un esito sì paradossale, ma pur sempre maggiormente accettabile, secondo il modesto avviso di chi scrive, rispetto al rischio, sopra paventato, di un giudice interprete diretto di valori metagiuridici in nome della società¹⁸⁵³, missione che può riconoscersi, entro certi limiti, solo alla giurisprudenza costituzionale¹⁸⁵⁴.

Ulteriore paradosso risiede nella circostanza che alle radici del costituzionalismo vi era stata un'esigenza di certezza (la certezza dei diritti costituzionali¹⁸⁵⁵) in risposta a precise

¹⁸⁴⁹ Sull'idea che compito effettivo dei giudici sia *ius dicere* e non *ius dare* (con riferimento ai Paesi di *common law*), si veda J. BAKER, *An introduction to English Legal History*, 2^a ed., London, 1979, p. 169, cit. in U. MATTEI, cit., p. 107.

¹⁸⁵⁰ Desta, tuttavia, sempre emozione in chi scrive (forse proprio per le ragioni esposte nel testo) la monumentale scritta in marmo ἀλήθεια (verità) collocata all'ingresso del Tribunale di Vallo della Lucania (Salerno) a suggellare il fine supremo cui deve mirare la giustizia. Sulla rottura del rapporto tra diritto e verità a partire da una pagina di Nietzsche, si veda N. IRTI, *Nichilismo e concetti giuridici*, cit., pp. 12 ss.

¹⁸⁵¹ ID., *Il salvagente della forma*, cit., p. 18.

¹⁸⁵² Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il giudice delle leggi artefice del diritto*, cit., p. 50.

¹⁸⁵³ G. ZACCARIA, cit., p. 123, parla di «condizionamento sociale e psicologico delle corti».

¹⁸⁵⁴ G. ZAGREBELSKY, *Il giudice delle leggi artefice del diritto*, cit., p. 53.

¹⁸⁵⁵ Cfr. L. PEGORARO, *Linguaggio e certezza della legge nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 1988, pp. 4 ss.

rivendicazioni sociali; eppure, proprio dall'instaurazione dello Stato costituzionale di diritto possono scaturire oggi, come osservato, degli effetti *strutturali* di incertezza originati dalla dicotomia tra legge fondamentale e regole¹⁸⁵⁶.

È il caso, ad esempio, dell'introduzione del principio di eguaglianza sostanziale (art. 3, co. 2 Cost.), che ha determinato una vera e propria "rivoluzione" della previgente nozione di eguaglianza in senso formale (in quanto tale, più idonea a presidiare una certa idea meramente *esteriore* di certezza giuridica, cfr. art. 24 st. alb.), ma anche dei diritti inviolabili della persona che emergono dall'art. 2 Cost., sul cui metro (di *ragionevolezza*, si potrebbe dire¹⁸⁵⁷) vanno ricalibrate oggi le esigenze di certezza reclamate dall'ordinamento, coniugando, in tal modo, legalità e giustizia¹⁸⁵⁸.

A ciò si aggiunga che l'esercizio della funzione giurisdizionale per la molteplicità dei fattori osservati nei paragrafi precedenti sempre più di frequente rischia di dare luogo a decisioni lontane dal soddisfare le esigenze di certezza (in termini di razionalità, calcolabilità, prevedibilità, pronosticabilità, ma anche di «continuità dei verdetti¹⁸⁵⁹») che sarebbe astrattamente lecito attendersi. Tra tali fattori, vanno annoverati, a vario titolo, la natura stessa del modello a costituzione rigida che impone costantemente al giudice di operare delicati bilanciamenti tra principi e valori¹⁸⁶⁰; il crescente protagonismo giudiziario, sovente tradotto in una vera e propria supplenza legislativa da parte del giudice¹⁸⁶¹ e, *last but not least*, la crisi della sovranità statale indotta dal progressivo affermarsi del diritto globale, che ha finito con l'ampliare ulteriormente i margini di operatività del giudice.

Tali elementi fanno sì che la certezza del diritto più che un principio giuridico *stricto sensu* inteso sia da considerarsi, allo stato attuale, un obiettivo dell'ordinamento in larga misura ancora incompiuto, con grave danno per il cittadino, destinatario della tutela giurisdizionale ai sensi dell'art. 24 Cost., eppure lasciato in balia di una giustizia talora imperscrutabile (*habent sua sidera lites*¹⁸⁶²).

Un obiettivo, in certa misura, desumibile dall'itinerario di principi e regole (art. 101 Cost.; art. 324 c.p.c.; art. 2909 c.c.; artt. 10 ss. disp. prel. c.c.; divieto del *non liquet*, ecc.) che in questa sede si è cercato di delineare, dal quale si evince l'assoluta priorità (sul piano logico-giuridico prima ancora che gerarchico) del concetto, utile a puntellare l'intera architettura ordinamentale e, in quanto tale, meritevole della massima considerazione da parte del giurista, indipendentemente dalla sua estrazione. Va da sé che l'inquadramento assiologico di un concetto astrattamente congeniale forse più ad un modello improntato all'assolutismo giuridico non può non tener conto, tuttavia, delle mutate condizioni indotte dalla

¹⁸⁵⁶ Sul punto, cfr. A. RUGGERI, *Costituzione scritta e diritto costituzionale non scritto*, Napoli, 2012, p. 11.

¹⁸⁵⁷ Sul collegamento tra certezza e ragionevolezza, cfr. A. RUGGERI, *La certezza del diritto al crocevia tra dinamiche della normazione ed esperienze di giustizia costituzionale*, cit., p. 138.

¹⁸⁵⁸ Sul punto, cfr. L. PEGORARO, cit., p. 42.

¹⁸⁵⁹ Cfr. G. ZACCARIA, cit., p. 108.

¹⁸⁶⁰ Per altri versi, è l'incompiutezza stessa di larga parte della Costituzione a determinare ulteriore incertezza. Sulla questione si interrogava già P. CALAMANDREI, cit., p. 167, in un tempo in cui tale incompiutezza era ancor più evidente.

¹⁸⁶¹ G. AZZARITI, in AA.VV., *Giudici e legislatori* (dibattiti), in *Dir. Pubbl.*, 2016, pp. 563 ss., parla di «esuberanza» del potere giudiziario e sembra propendere maggiormente per la tesi della debolezza della legislazione quale elemento alla base della cd. supplenza giudiziaria.

¹⁸⁶² P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, cit., p. 3.

fondazione dello Stato costituzionale e dalla stessa integrazione comunitaria, non potendosi ammettere che tali processi determinino *ex se* un abbandono dell'aspirazione alla certezza naturalmente perseguita dall'ordinamento.

Per tali motivi e per le contraddizioni insite in un concetto largamente invalso nel dizionario del giurista, si ritiene che la certezza del diritto, pur rivestendo dal punto di vista simbolico una rilevanza assoluta, non possa elevarsi al rango di principio in senso tecnico, ma possa assumere semmai la natura di «prospettiva dalla quale il giuoco dei valori costituzionali dovrebbe essere riguardato¹⁸⁶³».

Va da sé che la trama di principi, valori e regole espressi dall'ordinamento offre dei margini per un recupero di tale concetto, in risposta alle tentazioni di un ritorno alle teorie del *diritto libero* (magari riproposte in altre vesti rispetto al passato): basti considerare che potrebbero essere proprio i mezzi e i motivi di impugnazione previsti dall'ordinamento (si pensi alla violazione di legge, cfr. art. 360 c.p.c.) e la stessa funzione nomofilattica della Cassazione¹⁸⁶⁴ rivolta a garantire l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge (cfr. art. 65 r.d. n. 12/1941) a costituire degli innegabili pilastri di certezza del diritto e, al contempo, degli argini alla creatività giudiziale, in collegamento proprio con il vincolo di soggezione alla legge affermato dal secondo comma dell'art. 101 Cost.

Del resto, anche volendosi rassegnare a considerare la certezza quale aspirazione incompiuta¹⁸⁶⁵, non si può assolutamente, per i motivi illustrati nei paragrafi precedenti, accettare il paradosso che il diritto non sia per definizione *certo* e, anzi, che addirittura sia il regno dell'incerto.

Se è vero che l'aspirazione ad un diritto razionale e geometrico, specialmente in relazione all'esercizio di una giurisdizione capace di produrre decisioni *calcolabili*, era giustificata soprattutto nel quadro dell'età della cd. codificazione¹⁸⁶⁶, oggi, pur preso atto del tramonto dei codici e della sovranità statale, non si può comunque abdicare alla missione della certezza, che equivarrebbe ad una resa al *caos* e all'anarchia giuridica.

Pertanto, lungi dal voler brandire tale concetto a mo' di vessillo ideologico (il che apparirebbe quantomeno anacronistico per i motivi sommariamente descritti nei paragrafi precedenti¹⁸⁶⁷), occorre rivalutare la certezza del diritto, collocata nella giusta prospettiva, quale aspirazione cui l'ordinamento nelle sue diverse espressioni (principio di legalità, semplificazione normativa, forme di pubblicità, ragionevole durata del processo, certezza della pena, separazione dei poteri, irretroattività della legge, diritti quesiti, tutela

¹⁸⁶³ M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, cit., p. 33.

¹⁸⁶⁴ Cfr. F. LOPEZ DE ONATE, cit., p. 84.

¹⁸⁶⁵ A. RUGGERI, *La certezza del diritto al crocevia tra dinamiche della normazione ed esperienze di giustizia costituzionale*, cit., p. 132, paragona la certezza all'orizzonte che non può dirsi mai pienamente raggiunto ma che si sposta di continuo in avanti. Sulle aspirazioni irrealizzate di matrice razionalista all'edificazione di una giurisprudenza «meccanica» funzionale ad un'esigenza di certezza, si veda G. ZAGREBELSKY, *Il giudice delle leggi artefice del diritto*, cit., pp. 11 ss.

¹⁸⁶⁶ Cfr. N. IRTI, *Il salvagente della forma*, cit., p. 22.

¹⁸⁶⁷ In questi termini, F. ELEFANTE, *La responsabilità civile dei magistrati: recenti novità*, in www.nomos-leattualitaneldiritto.it, 2016, p. 7, che ammonisce sui rischi di una decisione definitiva «ingiusta» in nome del valore della certezza del diritto e dell'affidamento riposto nel giudicato dagli interessati.

dell'affidamento, *tempus regit actum*, *ignorantia legis non excusat*, ecc.¹⁸⁶⁸) deve cercare di tendere¹⁸⁶⁹.

Certamente, alla luce degli strumenti di certezza messi a disposizione dall'ordinamento brevemente descritti in queste pagine, occorre valorizzare quella naturale propensione del diritto a guardare *avanti* (attraverso la previsione di regole generali e astratte), salvaguardando, in tal modo, i diritti della generazione presente e delle generazioni future¹⁸⁷⁰.

A seguito delle trasformazioni giuridico-istituzionali descritte nei paragrafi che precedono, occorre rivalutare la certezza del diritto in una nuova luce, non già quale mero elemento di conservazione dello *status quo*, bensì quale strumento di promozione e diffusione di giustizia sostanziale, in coerenza con il pluralismo espresso dal nostro modello di Stato costituzionale.

Quale sia la giusta prospettiva non è facile stabilirlo; sicuramente è opportuno che quest'aspirazione alla certezza espressa in molteplici forme sia posta, quanto più possibile, al servizio del godimento diffuso delle garanzie e delle opportunità offerte dall'ordinamento, di modo che si possa arrivare a parlare, in una dimensione di effettività¹⁸⁷¹, di *certezza dei diritti*.

¹⁸⁶⁸ Sulle diverse accezioni e sfumature che nel corso dei secoli ha avuto l'espressione certezza del diritto, si veda S. BERTEA, *La certezza del diritto nel dibattito teorico-giuridico contemporaneo*, in *Mat. stor. cultura giur.*, 2001, p. 131.

¹⁸⁶⁹ Aspirazione affermata, da ultimo, dal Presidente Mattarella, che, in occasione dell'incontro in Quirinale con i magistrati in tirocinio il 6 febbraio 2017, ha parlato dell'«alto valore di civiltà rivestito dalla certezza del diritto». Per un'interessante analisi del discorso si veda M.G. NACCI, *Brevi note a margine del discorso tenuto dal Presidente Mattarella all'incontro con i Magistrati ordinari in tirocinio: interpretazione e responsabilità nell'esercizio della funzione giurisdizionale*, in www.osservatorioaic.it, n. 1/2017.

¹⁸⁷⁰ A. RUGGERI, *La certezza del diritto al crocevia tra dinamiche della normazione ed esperienze di giustizia costituzionale*, cit., p. 130.

¹⁸⁷¹ Il collegamento tra primato della legge ed esigenze di certezza delle regole, di effettività della tutela giurisdizionale e di efficienza della Pubblica Amministrazione, soprattutto a fronte della crisi economica, è acutamente osservato, da altra prospettiva, in M.A. SANDULLI, *Poteri dei giudici e poteri delle parti nei processi sull'attività amministrativa. Dall'unificazione al codice*, in www.federalismi.it, 2015, pp. 3 ss. e, più diffusamente, in ID., *Crisi economica e giustizia amministrativa*, in L. ANTONINI (a cura di), *La domanda inevasa: la verifica delle teorie economiche che condizionano la Costituzione europea e quella italiana*, Bologna, 2016, pp. 289 ss.

PROVE DI SOVRANITÀ POPOLARE AI TEMPI DELLA DEMOCRAZIA

RECITATIVA*

di Maria Rita Magnotta **

SOMMARIO: 1. La portata globale degli effetti del referendum costituzionale turco; 2. La Carta fondamentale turca, una Costituzione senza costituzionalismo; 3. L'ascesa del partito Akp e del suo progetto riformatore turco; 4. La torsione del modello presidenziale nella riforma costituzionale turca; 5. Il potere del Capo a colpi di maggioranza; 6. L'art.119 della riforma costituzionale turca e la deliberazione dello stato di emergenza; 7. Conclusioni;

1. La portata globale degli effetti del referendum costituzionale turco

Con 'presidenzializzazione della politica' Leopoldo Elia definiva, rifacendosi allo studio condotto dai politologi T. Poguntke e P. Webb, la tendenza delle democrazie contemporanee 'a divenire' più presidenziali (secondo il senso statunitense) nella loro prassi di questi anni senza che, nella maggior parte dei casi, cambiasse la struttura tradizionale delle regole caratteristiche del loro tipo di regime⁵⁶⁵³, cioè di presidenzializzarsi a struttura governativa invariata. Prima di addentrarci nell'analisi, va premesso che, secondo la dottrina sia giurispubblicistica che politologica, la tendenza alla presidenzializzazione, ovvero la verticalizzazione del potere degli esecutivi⁵⁶⁵⁴, si sostanzia in un processo di metamorfosi che prescinde da formali revisioni delle norme costituzionali inerenti alla forma di governo⁵⁶⁵⁵, incentrato sulla concentrazione dei poteri nelle mani del Capo e dell'Esecutivo. Pur potendo caratterizzare ogni forma di governo e non esclusivamente la forma di governo presidenziale⁵⁶⁵⁶, si parlerà di presidenzializzazione in riferimento alla specifica esperienza turca, quale esempio di forte concentrazione del potere in senso monista. La contestuale presenza di una serie di variabili, quali la riforma costituzionale della forma di governo e la personalizzazione della dialettica politico-istituzionale, di dinamiche presidenziali, fa assumere loro un preciso significato se inserite nella particolare passaggio congiunturale dalla forma di governo parlamentare a quella presidenziale. Né del resto sembra possibile parlare di effetti automatici e prevedibili determinati dalla combinazione di dette variabili, perché qualsiasi sia il grado di presidenzializzazione, letto

* Contributo sottoposto a *double blind peer review*

** Dottore di ricerca in Diritto Pubblico Interno e Comunitario – Facoltà di Giurisprudenza, Seconda Università degli Studi di Napoli.

⁵⁶⁵³ L. Elia, *La presidenzializzazione della politica*, in *Teoria politica*, n.1/2006, p.5;

⁵⁶⁵⁴ A. Lucarelli, *Teorie del presidenzialismo. Fondamento e modelli*, Padova, 2000, p.37 e ss.; A. Di Giovine, A. Mastromarino (a cura di), *La presidenzializzazione degli esecutivi nelle democrazie contemporanee*, Torino, 2007, p.2 e ss.;

⁵⁶⁵⁵ A. Torre, J. Frosini, *The Queen and her President, Una presidenzializzazione della forma di governo parlamentare britannica?* in A. Di Giovine, A. Mastromarino (a cura di), *La presidenzializzazione*, cit. p.56;

⁵⁶⁵⁶ T. Poguntke, P. Webb, *The Presidentialization of Politics in Democratic Societies: A Framework for Analysis*, cit., p. 6; F. Musella, *Governi monocratici*, Bologna, 2009, p. 36 e ss.;

alla luce della forma di governo, non si può dare per scontato il risultato accrescitivo o limitativo del regime democratico⁵⁶⁵⁷.

Cio' rende interessante lo studio del caso turco, che presenta una serie di variabili politico-costituzionali, dalla cui combinazione potrebbero aversi esiti, molto incisivi sui tratti strutturali e identificativi della democrazia, a partire proprio dalla recente riforma costituzionale⁵⁶⁵⁸. Basti pensare al decreto del 7 febbraio 2017 con cui il Governo sta proseguendo, dopo il tentato colpo di Stato del luglio 2016, la durissima repressione delle libertà di espressione e di insegnamento⁵⁶⁵⁹. Si contano già oltre 4000 docenti universitari licenziati, oltre ai giornalisti, ai giudici, quali principali obiettivi della linea dura adottata per combattere i 'presunti' seguaci di Fetullah Gulen⁵⁶⁶⁰. In questo clima autoritario ed emergenziale, di certo, la campagna referendaria sulla riforma costituzionale non sembra essersi svolta in modo libero, corretto e trasparente, considerando che gli accademici contrari alla riforma di Erdogan sono stati costretti al silenzio in ogni modo⁵⁶⁶¹. Preoccupa che simili provvedimenti accadano in un Paese inquadrato nell'area europea, che aspira a far parte integrante dell'Unione politica e monetaria, ma che di fatto, poco condivide sul piano dei principi fondamentali e dei diritti inviolabili⁵⁶⁶². Del resto, la reazione degli Stati membri all'indomani della campagna referendaria per i turchi residenti all'estero è emblematica. Olanda e Germania hanno infatti decisamente vietato che i ministri di Erdogan tenessero comizi referendari pro riforma costituzionale turca⁵⁶⁶³. Del resto i 5 milioni di turchi disseminati in Europa rappresentano una forte fetta di elettorato, quasi tutti di etnia curda, la stessa parte di popolazione oggetto di continue repressioni da parte del governo targato AKP. Il timore dei Paesi europei resta legato alla rottura degli equilibri diplomatici con il governo di Ankara, a causa di una eventuale esportazione dei conflitti politici interni sulle sponde europee. Intanto, crescono in Germania le contestazioni alla riforma costituzionale turca da parte di 30 mila dimostranti filo-curdi, esplicitamente formalizzate in Parlamento da Cem Ozdemir, esponente dei Verdi, che ha messo in guardia i turchi-tedeschi dal sostenere una riforma che renderebbe la Turchia molto lontana dagli standard democratici dell'Europa. La stessa Merkel, nel rispondere all'accusa di 'nazismo' di Erdogan, risponde sottolineando di dover mantenere, al fine di non perdere l'asse diplomatico, la linea rossa tracciata ufficialmente con il riconoscimento del genocidio armeno nel 2016⁵⁶⁶⁴. Parole che rivelano il tasso di preoccupazione che cala sul risultato del referendum costituzionale turco per la portata internazionale degli effetti

⁵⁶⁵⁷ T. Poguntke, P. Webb, *The Presidentialization of Politics: a comparative study of modern democracies*, Oxford Scholarship Online, 2005, p. 18;

⁵⁶⁵⁸ A. Di Giovine, *Un modello di democrazia in linea con i tempi*, in A. Di Giovine, A. Mastromarino, a cura di, *La presidenzializzazione degli Esecutivi nelle democrazie contemporanee*, Torino, 2007, p.7;

⁵⁶⁵⁹ R. Bin, *Turchia verso il referendum costituzionale: 330 professori universitari cacciati senza processo*, in <http://www.lacostituzione.info/index.php/2017/02/14/turchia-verso-il-referendum-costituzionale-330-professori-di-diritto-costituzionale-cacciati-senza-processo/>; T. GROPPI, *Turchia che fare?*, n.4/2017, in www.federalismi.it

⁵⁶⁶⁰ <https://cesi-italia.org/articoli/242/glen-e-erdogan-le-ragioni-di-uno-scontro>

⁵⁶⁶¹ T. Groppi, *Turchia, che fare?*, *op.cit.*, p. 3 e ss.; V. Scotti, *Il golpe in Turchia e la Corte europea dei diritti umani: brevi note critiche sulle decisioni di irricevibilità per il mancato previo esperimento dei ricorsi interni*, in Osservatorio Costituzionale AIC, fasc.n-1/2017, p.3 ss.

⁵⁶⁶² *Dichiarazione dei leader dei 27 Stati membri e del Consiglio europeo, del Parlamento europeo e della Commissione europea*, 25 marzo 2017, in

⁵⁶⁶³ http://www.ilsole24ore.com/art/mondo/2017-03-09/sale-contrarieta-comizi-pro-erdogan-ministri-turchi-europa--200619.shtml?uuid=AEA1GEI&refresh_ce=1

⁵⁶⁶⁴ <http://www.asianews.it/notizie-it/il-parlamento-tedesco-riconosce-il-genocidio-armeno.-L%E2%80%99ira-di-Ankara-37669.html>

conseguenti alla possibile deriva autoritaria, riportando, secondo molti, indietro la condizione politica europea addirittura prima della seconda guerra mondiale⁵⁶⁶⁵.

2. La Carta fondamentale turca, una Costituzione senza costituzionalismo

Il rilievo internazionale del referendum sulla riforma costituzionale turca ci conduce a definire le linee del presente studio nell'ottica del modello di presidenzialismo⁵⁶⁶⁶, secondo l'analisi del testo di riforma costituzionale sottoposto a referendum, e rispetto alle effettive condizioni del rapporto tra forze politiche e la forte caratterizzazione personale del potere del Capo del Governo.

Si tenterà, pur con i limiti della presente analisi, una lettura orientata dai principi del costituzionalismo⁵⁶⁶⁷, tenendo conto del suo particolare sviluppo nei Paesi arabo-musulmani, soprattutto alla luce della prospettiva che li inquadra quali Paesi con “costituzioni senza costituzionalismo”⁵⁶⁶⁸. Preoccupa infatti che tale intervento riformatore si possa iscrivere in quella che è stata definita “democrazia recitativa”⁵⁶⁶⁹, alla luce del proliferare delle democrazie illiberali. Con tale espressione Eisenstand definisce quei Paesi, in cui le elezioni sono solo un processo con cui il popolo consegna del potere al Capo, che lo eserciterà non riconoscendo i diritti fondamentali, l'eguaglianza dei cittadini, oppure imponendo quale fonte di legittimazione del diritto o della politica i propri testi sacri oppure Stati in cui i governanti diventano autoritari modificando le Costituzioni per consolidare il proprio potere⁵⁶⁷⁰. La Repubblica turca si inserisce tra questi, ben sottolineando che quando si parla di democrazia rispetto ai Paesi arabi bisogna fare delle premesse in merito a ciò che s'intende per democrazia, non cadendo nell'errore di voler idealizzare il modello occidentale da esportare nelle sponde arabe del mediterraneo, e considerando la difficile fase che anche nei Paesi occidentali sta attraversando il modello democratico⁵⁶⁷¹.

Si deve a due lungimiranti studiosi, l'aver tracciato la crisi della sovranità popolare e l'erosione della democrazia proprio nel momento di maggior partecipazione dei cittadini ai processi decisionali. Entrambe, sul piano sociologico Eisenstand e sul piano politologico Crouch, avevano delineato una rapida destrutturazione del modello democratico con l'avvento di quella che Crouch aveva già definito “postdemocrazia”, i cui sintomi erano già presenti nelle democrazie occidentali trionfanti⁵⁶⁷², sintomi sinergicamente connessi dalla personalizzazione della politica

⁵⁶⁶⁵M.Volpi, *Una nuova Costituzione che mira all'instaurazione di un regime autoritario*, in <http://www.dpce.it/forum-dpce-online-turchia-una-nuova-costituzione-che-mira-all-instaurazione-di-un-regime-autoritario.html>

⁵⁶⁶⁶A. Lucarelli, *Teorie del presidenzialismo. Fondamento e modelli*, Padova, 2000, p.2 e ss., laddove l'Autore prende in considerazione l'idea che il governo presidenziale non in senso monodefinito ma sfaccettato in diverse tipologie, secondo il modello teorico elaborato da G.U. Rescigno, *Forme di Stato e forme di Governo*, in *Enc.giur.*,XIV,Roma,1989,p.17, contra L.ELIA, *Governo (forme di)*, in *Enc.dir.*,XIX, Milano,1970, pp.662 e ss.;

⁵⁶⁶⁷ A. Pace, *I limiti del potere*, Napoli, 2008, p.10 e ss.;

⁵⁶⁶⁸ G. Gozzi, *Il costituzionalismo in Europa e nell'Islam*, in F. Cassano, D. Zolo,(a cura di), *L'alternativa mediterranea*, Milano, 2007, p.476; M.OLIVIERO, *I Paesi del mondo islamico*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G. Ferrari(a cura di) *Diritto costituzionale comparato*, vol.I, 2009, p.597 e 622;

⁵⁶⁶⁹ E. Gentile, “*In democrazia il popolo è sempre sovrano*”(Falso!), Bari-Roma, 2016, p.48 e ss.

⁵⁶⁷⁰ E. Gentile, *In democrazia il popolo è sempre sovrano*, op.cit., p.51-52

⁵⁶⁷¹ D.Zolo, *La questione mediterranea*, in F. Cassano, D. Zolo,(a cura di), *L'alternativa mediterranea*, Milano, 2007, p. 47 e ss.;

⁵⁶⁷² S.N. Eisenstadt, *Paradossi della democrazia. Verso democrazie illiberali?* Bologna, 2002, cit. in E. GENTILE, “*In democrazia il popolo è sempre sovrano*”(Falso!), Bari-Roma, 2016, p.48 e ss.

elettorale⁵⁶⁷³. Non ultimo, il peso delle lobbies economiche e degli accordi internazionali di partenariato, la particolare attuale congiuntura storico-economica rende ancora più significativo il peso del referendum costituzionale che potrebbe dare vita ad una rinnovata primavera araba, chiedendoci se il ricorso alla presidenzializzazione del potere potrebbe rivelarsi una strada utile o, piuttosto, un limite al lungo processo di democratizzazione del Paese⁵⁶⁷⁴.

3.L'ascesa del partito Akp (Partito per la Giustizia e lo Sviluppo) e del suo progetto riformatore turco

Prima di affrontare il discorso relativo alla modifica costituzionale, si tratteggerà sommariamente il contesto in cui si inserisce il passaggio dalla forma di governo parlamentare a quella presidenziale, fortemente voluta da Erdogan, iniziata nel 2007 con l'introduzione dell'elezione diretta del Capo dello Stato, confermata con voto referendario del 12 settembre 2010. Il dato incontestabile è la solidità del consenso del partito Akp.

Fin dalla vittoria alle elezioni politiche del 2002, guidato da Recep Tayyip Erdogan, grazie anche alla significativa svolta alla politica interna e sovranazionale della Turchia, rendendolo un Paese dalla politica economica forte, con un Pil dalla rapida crescita, che ha diminuito le soglie di disoccupazione⁵⁶⁷⁵. Un potere consolidato negli ultimi dieci anni, in cui il partito AKP, da partito antisistema rispetto al partito kemalista e alle fazioni conservatrici che avevano predominato la scena politica turca, diventa la forza politica capace di interpretare, cogliendo l'importanza del processo di secolarizzazione in atto, le esigenze della società civile dando un forte impulso alla crescita economica. Sul versante delle riforme, quindi, l'introduzione di un sistema presidenziale ha origini già nella revisione costituzionale del 2001, hanno rivelato il largo consenso politico, assicurato anche dalla legge elettorale, ad intervenire sul testo costituzionale, considerato non in linea con una Turchia moderna. Tuttavia, la strada intrapresa, della modifica della Repubblica turca a colpi di maggioranza ha trovato nel corpo elettorale un primo freno, laddove rispetto alle contraddizioni interne ai rapporti tra partiti politici e magistratura, è stata richiesta una riforma condivisa con il popolo⁵⁶⁷⁶. Del resto, per l'approvazione del processo riformatore, il partito di Erdogan non godeva dei numeri della maggioranza qualificata richiesta, dovendo coalizzarsi con almeno un partito di opposizione, come di fatto è avvenuto con il Movimento nazionalista.

A questo proposito, interessante rilevare che la riforma costituzionale ha ottenuto il consenso dal partito Akp con 315 voti a favore, dal partito Mhp, (Partito del Movimento Nazionalista) con 33 voti a favore e 6 voti contrari. L'*iter* parlamentare si è concluso il 20 gennaio, con

⁵⁶⁷³ C.Crouch, *Postdemocrazia*, Roma-Bari, 2003, p. 148

⁵⁶⁷⁴ M.Mazza, *Le incertezze della (eventuale) transizione costituzionale in Turchia*, in <http://www.dpce.it/forum-dpce-online-turchia-le-incertezze-della-eventuale-transizione-costituzionale-in-turchia.html>

⁵⁶⁷⁵ A.Vannucci, *Turchia: Erdogan trionfa, ma manca il plebiscito. La riscrittura della Costituzione passerà attraverso una mediazione*, in www.federalismi.it, n.3/2011

⁵⁶⁷⁶ V. Talbot, *La Turchia e la primavera araba*, in ISPI Analysis, n.73/2011, in www.ispionline.it; F.Donelli, *Le radici ottomane della Turchia di Erdogan*, in www.diacronie.revues.org

l'approvazione di tutti gli emendamenti alla proposta di modifica costituzionale⁵⁶⁷⁷.

4. La torsione del modello presidenziale nella riforma costituzionale turca

L'indubbio profilo di interesse della revisione costituzionale turca è rappresentato dal passaggio dalla forma di governo parlamentare alla forma di governo presidenziale, secondo il progetto politico di Erdogan modificata in un presidenzialismo inedito. In effetti, il modello presidenziale sembra subire una notevole torsione rispetto al modello classico di presidenzialismo nord americano. Il sistema presidenziale deciso con il referendum costituzionale può essere inquadrato, secondo la distinzione fatta dalla dottrina, nell'ambito del governo presidenziale con sistema monista-autoritario caratterizzato dal predominio assoluto del Capo dello Stato⁵⁶⁷⁸. La forma di governo dei Paesi islamici è caratterizzata da istituzioni politiche omogenee, che gestiscono il potere secondo il principio della concentrazione delle funzioni nelle mani di un Esecutivo forte (sia esso Capo dello Stato o Capo del Governo). Difficile rintracciare, nonostante la legittimazione popolare del potere governante, nel Parlamento o nel corpo elettorale o nella magistratura forme effettive di controllo e di limite all' Esecutivo, potendo in linea di massima, esercitare un limite meramente formale al potere monocratico⁵⁶⁷⁹.

A supportare tale idea, il passaggio del baricentro del rapporto fiduciario dall'asse Consiglio dei Ministri – Grande Assemblea Nazionale Turca (*ex* articoli 109 Cost. e seguenti) all'asse Capo dello Stato e dell'Esecutivo - Grande Assemblea Nazionale Turca, anche se nella legge di revisione non si fa nessun cenno al rapporto di fiducia. Tuttavia, il rapporto Parlamento - Capo potrebbe evincersi dagli articoli 77, 87, 89, 98, 104,105,106,116,119,125,161 della Costituzione turca, potendo leggerne l'interpretazione secondo due aspetti, il primo legato ai rapporti politici in senso stretto, il secondo legato ai rapporti tra fonti normative, che riflettono sul piano effettivo, il reale meccanismo di funzionamento dei rapporti tra Capo dello Stato e del Governo e Parlamento. *Prima facie*, la natura giuridica del presidenzialismo turco va colta sia rispetto alle modifiche già intervenute sul piano legislativo, e ora sul piano costituzionale. Il cuore della riforma viene sinteticamente e chiaramente delineato nell'articolo 104 della riforma costituzionale turca, laddove viene affermato che “il Presidente diventa sia Capo di Stato sia Capo del Governo”. A fronte del testo previgente, dove veniva definito il ‘Capo dello Stato’ quale rappresentante e garante dell'unità nazionale. Rispetto al regime parlamentare turco vigente, infatti, il Capo eserciterà il potere di nominare direttamente i ministri, emanare decreti per sicurezza nazionale e motivi di ordine pubblico, fortemente incisivi sui diritti civili e politici dei cittadini, di scioglimento del Parlamento, di dichiarare lo Stato di emergenza.

⁵⁶⁷⁷ Interessante notare non solo la composizione del voto in aula parlamentare a seconda dei gruppi politici, ma soprattutto la spaccatura esistente all'interno dei partiti sulla riforma costituzionale, come ad esempio il partito MHP https://en.wikipedia.org/wiki/Turkish_constitutional_referendum,_2017

⁵⁶⁷⁸A. Lucarelli, *Teorie del presidenzialismo*, *op.cit.*, p.23 e ss., laddove l'Autore distingue tre sistemi di presidenzialismo, a seconda che siano caratterizzati dalla prevalenza del Capo dello Stato, oppure dell'Esecutivo oppure da una netta prevalenza del Capo dello Stato.

⁵⁶⁷⁹M. Oliviero, *I Paesi del mondo islamico*, *op.cit.*, p.624

La concentrazione dei poteri nelle mani del Capo garantisce omogeneità politica e istituzionale⁵⁶⁸⁰, un'identità che espone tutto il senso della riforma costituzionale a svariate critiche soprattutto sotto il profilo della gestione autoritaria dello stato, come definita dal partito di opposizione Chp (Partito repubblicano) un passaggio “dalla democrazia parlamentare ad un regime totalitario”, rispetto al ruolo più debole del Presidente della Repubblica così come tratteggiato nel testo costituzionale precedente. Si tratterebbe, secondo molti, di un vero e proprio cesarismo che giunge al suo compimento, con la creazione di una forte cabina di regia politica decisa a strutturare una cittadinanza turca omogenea ⁵⁶⁸¹. Del resto, dubbi sorgono proprio in relazione alla effettiva omogeneità prodotta dalla convergenza dei poteri nella sola figura del Presidente, considerando la frammentazione politica del partito di maggioranza e la persistenza, quindi, di un indirizzo politico che si muove su un doppio binario, di certo, meno stabile di quanto si possa immaginare *prima facie*.

La costruzione di una nazione unita e omogenea, con un peso rilevante sullo scacchiere geopolitico: il sogno di Erdogan giunge a compimento. A quale prezzo?

5. Il potere del Capo a colpi di maggioranza

Aspetto simbolico molto importante è la definizione del potere del Presidente, inserita a pieno titolo nelle tradizioni presidenziali, che l'articolo 104 sintetizza nella nomina e revoca dei Ministri e dei Vice Presidenti⁵⁶⁸². La norma va letta in combinato con l'annullamento della norma che prevedeva la perdita, da parte del presidente eletto, dell'appartenenza ad proprio partito politico⁵⁶⁸³. Il successivo articolo 106 della riforma costituzionale turca parla della nomina dei vice presidenti da parte del Presidente, ma anche delle elezioni politiche contestuali all'elezione del Capo dello Stato. In particolare, se la presidenza si rende vacante, le successive elezioni dovranno essere indette entro 45 giorni. Se le elezioni politiche sono decise entro un anno, allora anche le elezioni presidenziali possono svolgersi contestualmente alle elezioni del Parlamento. Se

⁵⁶⁸⁰A. Lucarelli, *Teorie del presidenzialismo*, op.cit., p. 91 e ss.;

⁵⁶⁸¹ M. Tacconi, *Turchia, verso il presidenzialismo? Ecco chi sfida il disegno di Erdogan*, in Reset <http://www.reset.it/reset-doc/turchia-verso-il-presidenzialismo-ecco-chi-sfida-il-disegno-di-erdogan> ; A.Meringolo, *Intervista a Cengiz Aktar, Smettete di chiamarla democrazia*, *Turchia sempre più lontana dall'Europa*, in <http://www.reset.it/reset-doc/aktar-democrazia-turca-lontana>

⁵⁶⁸²L'articolo 104 della riforma costituzionale turca così recita “The President becomes both the head of state and head of government, with the power to appoint and sack ministers and [VP](#). The president can issue decrees about executive. If legislation makes a law about the same topic that President issued an executive order, decree will become invalid and parliamentary law become valid” letto in combinato col successivo art.106 “The President can appoint one or more Vice Presidents. If the Presidency falls vacant, then fresh presidential elections must be held within 45 days. If parliamentary elections are due within less than a year, then they too are held on the same day as early presidential elections. If the parliament has over a year left before its term expires, then the newly elected president serves until the end of the parliamentary term, after which both presidential and parliamentary elections are held. This does not count towards the President's two-term limit. Parliamentary investigations into possible crimes committed by Vice Presidents and ministers can begin in Parliament with a three-fifths vote in favor. Following the completion of investigations, the parliament can vote to indict Vice Presidents or ministers with a two-thirds vote in favor. If found guilty, the Vice President or minister in question is only removed from office if their crime is one that bars them from running for election. If a sitting MP is appointed as a minister or Vice President, their parliamentary membership will be terminated” , in https://en.wikipedia.org/wiki/Turkish_constitutional_referendum,_2017

⁵⁶⁸³Al momento in cui si scrive sul referendum turco, l'unica fonte reperibile in rete è https://en.wikipedia.org/wiki/Turkish_constitutional_referendum,_2017 , da cui si traggono i dati ufficiali sulla composizione del consenso sulla riforma e sul testo stesso della riforma costituzionale.

invece resta più di un anno dalla scadenza, allora il Presidente eletto resterà fino alla scadenza della legislatura, dopo di che saranno indette sia le elezioni parlamentari che presidenziali. Questo non conta al fine del limite di due termini (mandati) del Presidente⁵⁶⁸⁴.

Interessante notare che la stessa norma preveda anche l'inchiesta parlamentare su reati commessi da Vice Presidenti e Ministri, potendo essere avviata con 3/5 di voti favorevoli. Alla fine dell'inchiesta, il Parlamento può votare per muovere l'accusa con 2/4 dei voti favorevoli. Se riconosciuti come colpevoli, i Vice-Presidenti o Ministri in questione sono solo rimossi dall'ufficio se il loro reato è tale da escluderli dalla competizione elettorale. Se si tratta di un Ministro o Vice Presidente già parlamentare, la carica parlamentare cessa con la rimozione dall'incarico affidato dal Presidente.

L'articolo 116 prevede che il Presidente con 5/4 del Parlamento può decidere di indire le elezioni, e in questo caso il Presidente non più legittimato, scade, fino alle successive elezioni.

Ulteriore prerogativa del Presidente è la decisione sulla spesa pubblica, atto politico per eccellenza considerato che lo stesso articolo 161 novellato vieta ai parlamentari di cambiare le proposte presidenziali.

6. L'art. 119 della riforma costituzionale turca e la deliberazione dello stato di emergenza

Nella revisione costituzionale turca oltre alla costruzione di un modello presidenziale a colpi di maggioranza, trova la propria definizione conclusiva il riconoscimento del potere di dichiarare lo stato di emergenza al Presidente, consolidando legalmente il superamento della distinzione tra 'diritto normale e diritto eccezionale'⁵⁶⁸⁵. Nell'ambito della riforma, l'articolo 119 prevede che sia il Presidente a dichiarare la decisione politica di apertura dello 'stato di emergenza', ma la titolarità del potere deliberativo resta formalmente in capo al Parlamento. La norma testualmente afferma :

“The President's ability to declare “state of emergency” is now subject to parliamentary approval to take effect. The Parliament can extend, remove or shorten it. States of emergency can be extended for up to four months at a time except during war, where no such limitation will be required. Every presidential decree issues during a “state of emergency” will need an approval of Parliament”

⁵⁶⁸⁴ L'articolo 106 così afferma :“The President can appoint one or more Vice Presidents. If the Presidency falls vacant, then fresh presidential elections must be held within 45 days. If parliamentary elections are due within less than a year, then they too are held on the same day as early presidential elections. If the parliament has over a year left before its term expires, then the newly elected president serves until the end of the parliamentary term, after which both presidential and parliamentary elections are held. This does not count towards the President's two-term limit. Parliamentary investigations into possible crimes committed by Vice Presidents and ministers can begin in Parliament with a three-fifths vote in favor. Following the completion of investigations, the parliament can vote to indict Vice Presidents or ministers with a two-thirds vote in favor. If found guilty, the Vice President or minister in question is only removed from office if their crime is one that bars them from running for election. If a sitting MP is appointed as a minister or Vice President, their parliamentary membership will be terminated.”

⁵⁶⁸⁵G.De Vergottini, *Guerra e Costituzione*, Bologna, 2004, p.199 e ss., spec.201; B.ackermann, *La Costituzione di emergenza*, Roma, 2004, p.32 e ss.;

La deliberazione parlamentare, come in altre modifiche del testo costituzionale turco, resta l'atto politico che abilita le decisioni più decisive sull'assetto dei poteri. Questa la *ratio* che sottende la chiusura dell'articolo 119 Cost. Turca, laddove durante lo stato di emergenza, ogni atto del Presidente deve essere approvato dal Parlamento. In effetti spetta sempre alla delibera parlamentare l'estensione della durata dello stato di emergenza, tranne che nei casi di stato di guerra, in cui il periodo di emergenza è indefinito. Anche sul piano delle fonti normative presidenziali, relativamente all'attuazione dell'indirizzo politico, bisogna fare riferimento all'ultimo comma dell'articolo 104 della riforma costituzionale turca. L'ultima parte dell'articolo 104 parla infatti dell'intreccio tra potere presidenziale e fonti normative, laddove si ipotizza il caso in cui sia le delibere parlamentari che i decreti presidenziali disciplinano contestualmente lo stesso argomento. La stessa norma afferma in modo chiaro la regola per risolvere le possibili antinomie tra fonti normative, affermando che la sovrapposizione tra queste decisioni politiche si risolve con la prevalenza della legge parlamentare, e la conseguente invalidità dei decreti presidenziali. Sempre dal punto di vista delle fonti, le modifiche che riguardano le prossime elezioni entreranno in vigore dopo le nuove elezioni, mentre gli altri emendamenti, eccezion fatta per la norma temporanea, entreranno in vigore dopo il giuramento del Presidente. Manca invece nel testo riformato, un adattamento tra gli atti normativi del Capo dello Stato e gli atti del Capo dell'Esecutivo, con forti perplessità per quanto riguarda la stessa responsabilità politica. Nel testo attuale, infatti, il Capo dello Stato è irresponsabile per gli atti adottati, *ex* articolo 105, essendo la responsabilità nelle mani del Governo, visto che il Presidente del Consiglio dei Ministri o i Ministri stessi devono controfirmare gli atti presidenziali. Basti pensare che il novellato articolo 105 disciplina le inchieste parlamentari. Tuttavia gli atti del presidente possono essere oggetto di ricorso al Tribunale costituzionale, *ex* art.126.

7. Conclusioni

Traendo una conclusione a prima lettura, anche alla luce del parere adottato dalla Commissione di Venezia il 13 marzo 2017¹, di certo è che il progetto politico di Erdogan sta generando una vera e propria faglia tra le sponde turche e i confini dei Paesi europei. Le immagini, da un lato dei 27 Stati membri che hanno appena celebrato i sessant'anni dell'Unione europea e, dall'altro, delle ripetute violazioni dei diritti umani degli appartenenti all'etnia curda e della mortificazione delle libertà costituzionali del popolo turco dissidente, sono difficilmente conciliabili con il sogno della Turchia in Europa ². La chiave di volta, va rintracciata, quindi, nella lettura costituzionalmente orientata della forma di governo presidenziale rispetto agli effettivi sviluppi degli indirizzi politici plurimi sottesi ai rapporti

¹Commissione di Venezia, parere sugli emendamenti alla Costituzione turca, consultabile in <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&id=2454687&Site=DC&BackColorInternet=F5CA75&BackColorIntranet=F5CA75&BackColorLogged=A9BACE&direct=true>

²T. Groppi, *Turchia, op.cit.*, p. 4

di forza tra società civile, partiti politici e Capo dello Stato³.

Sul piano formale, le modifiche costituzionali turche presentano molti spunti critici non solo rispetto alla legittimità costituzionale, ma anche sul piano dell'operatività in concreto delle norme costituzionali novellate, unite alla schiacciante maggioranza parlamentare guidata da Erdogan. In effetti, sul piano formale nulla *quaestio*, la modifica costituzionale se da un lato accentra i poteri nelle mani del Capo, conserva formalmente la prevalenza del Parlamento nelle decisioni politiche determinanti l'indirizzo politico. Quanto poi questo sia realmente efficace sul piano dell'effettività, difficile dirlo, soprattutto considerando che i meccanismi sostanziali che incidono sugli aspetti formali sono determinanti. Tra questi, l'omogeneità dell'indirizzo politico che supporta il partito di maggioranza, gli accordi sul piano materiale costituzionale che sono in grado di coprire le maggioranze parlamentari, pur se previste a tutela della dialettica maggioranza-minoranze. Siamo di fronte ad un caso di Costituzione senza costituzionalismo⁴, di legalità costituzionale che non recupera terreno sul piano della legittimità⁵. In definitiva, non sembra essere ancora avvenuto storicamente il passaggio da *potere* (libero nel fine) a *funzioni pubbliche vincolate e orientate dai principi costituzionali*⁶, nell'ambito di una democrazia matura e della separazione dei poteri⁷. Nessuna traccia dell'idea normativa della Costituzione⁸, in assenza del principio dei pesi e dei contrappesi e di un effettivo sistema di limiti al potere, concentrato monoliticamente nelle mani del Capo. Se si riflette sul fatto che da sfondo a tutta la vicenda politica resta la durissima costrizione delle libertà fondamentali, il referendum del 16 aprile assume i connotati di una celebrazione formale e non di un vero e proprio momento di democrazia partecipativa. Non resta che attendere che nelle fessure dell'impianto conservatore, trovi posto un potere del corpo elettorale, nel tentativo di trasformare la Costituzione da *lex a ius*⁹, da impianto legale a forza culturale, da decisione politica che divide a cultura politica diffusa, potendo rappresentare l'unica occasione per il popolo di diventare potere

³ Due i possibili scenari: l'uno che rinsalda le dinamiche della democrazia recitativa, l'altro che inserisce il 16 aprile tra le tappe di un auspicabile processo di democratizzazione della Turchia. La riforma viene, inoltre, contestata non solo dai partiti tradizionalmente all'opposizione, CHP e HDP, ma anche all'interno del blocco che la sostiene. Lo stesso AKP è un partito meno omogeneo di quanto si pensi: secondo alcuni sondaggi, infatti, il 20% del suo elettorato si dichiara contrario alla riforma.

⁴ G. Gozzi, *Il costituzionalismo in Europa e nell'Islam*, in F. Cassano, D. Zolo, (a cura di), *L'alternativa mediterranea*, Milano, 2007, p.476; M. Oliviero, *I Paesi del mondo islamico*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari (a cura di) *Diritto costituzionale comparato*, vol. I, 2009, p.597 e 622;

⁵ C. Schmitt, *Legalità e legittimità*, in C. Schmitt, *Le categorie del politico*, Bologna, 1972, p.211, spec.218;

⁶ G. Cugurra, *Considerazioni sull'attuale sistema degli atti pubblici*, in Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 1972, p. 66 e ss.; F. Benvenuti, *Funzione. I) Teoria generale*, in Enciclopedia giuridica, Istituto dell'Enciclopedia italiana, Roma, 1989, vol. XIV, p.3; F.M. Odugno, *Poteri (divisione dei)*, in Novissimo digesto italiano, Torino, 1966, vol. XIII, p.474 e ss.; G. Di Gaspare, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992, 170 ss.; S. Romano, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, p. 202; G. Guarino, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in Rassegna di diritto pubblico, 1949, p. 249 ss.;

⁷ G. Bognetti, *Poteri (divisione dei)*, in Digesto delle Discipline Pubblicistiche, Torino, 1996, vol. XI, p.373; G. Silvestri, *La separazione dei poteri*, cit., Volume II, Milano, 1984, p. 230; E. DE MARCO, *Valore attuale del principio della divisione dei poteri*, in Studi in onore di Leopoldo Elia, Milano, 1999, vol. I, p.409 ss.

⁸ G. Ferrara, *Costituzione e revisione costituzionale nell'età della mondializzazione*, in Scritti in onore di Giuseppe Guarino, II, Padova, 1998, p.245; G. Azzariti, *Per un diritto costituzionale normativo*, fasc.n.1/2004, www.costituzionalismo.it ;

⁹ G. Zagrebelsky, *Antigone e la legge che smarrisce*, http://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/2003/06/25/antigone-la-legge-che-smarrisce.html?refresh_ce

costituente, superando il mito della democrazia recitativa¹⁰.

¹⁰E. Gentile, *Democrazia in folle*, in *www.* http://www.ilsole24ore.com/art/cultura/2016-04-22/democrazia-folle-182929.shtml?refresh_ce=1

LE PRIME COSTITUZIONI SOVIETICHE NEL COMMENTO DI BORIS MIRKINE-GUETZÉVITCH*

di Jacopo Bernardini**

SOMMARIO: 1. Boris Mirkine-Guetzévitch: un giurista, un esule. – 2. La costruzione del socialismo. – 3. La Costituzione della R.S.F.S.R. – 4. la Repubblica di Choresme e la Repubblica di Boukhara. – 5. La Costituzione federale.

1. Boris Mirkine-Guetzévitch: un giurista, un esule

Nato nel 1892 a Kiev, Boris Mirkine-Guetzévitch si laureò in Scienze giuridiche all'università di Pietrogrado. Nel 1917 riuscì ad ottenere la licenza per l'insegnamento e fu chiamato, durante il governo Kerenskij, a ricoprire la cattedra di Diritto Internazionale presso la Facoltà di Diritto di Pietrogrado¹.

La fine del regime zarista aveva esaltato l'animo di molti e in particolare di chi, come Guetzévitch, aveva fatto propria l'ideologia liberale: per qualche tempo egli fu infatti fermamente convinto che il governo provvisorio Kerenskij potesse dare al Paese quella stabilità da lui tanto desiderata. La vittoria bolscevica nell'ottobre minò ogni sua certezza: il suo orientamento politico ed i suoi scritti ostili al nuovo regime resero inevitabile la scelta dell'esilio. Boris Mirkine-Guetzévitch fu dunque costretto a rifugiarsi ad Odessa nel 1919 e, dopo l'occupazione di quest'ultima ad opera dell'Armata Rossa, dovette fuggire nuovamente, questa volta a Parigi, che lo accolse nel 1920.

Il regime bolscevico, causa principale del suo esilio, fu analizzato da Guetzévitch dal punto di vista giuridico-istituzionale in diversi saggi e articoli², dando origine, secondo le parole di Georges Langrod, a un'opera "pionieristica e precorritrice"³ a causa del vuoto che regnava in Occidente circa la conoscenza anche teorica del regime comunista in quel particolare periodo. Tuttavia, non accontentandosi di un'analisi a suo dire ristretta, Guetzévitch inserì

* Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

** Dottore di ricerca in Teoria e ricerca sociale e politica presso la Facoltà di Scienze Politiche dell'Università degli Studi di Perugia.

¹ G. LANGLORD *In memoriam Boris Mirkine-Guetzévitch (1892-1955)*, in *Hommage à Boris Mirkine-Guetzévitch 1892-1955*, New York, École libre des Hautes Études, [s.d.], 78.

² In particolare *Constitution de l'U.R.S.S.* (1925), *La doctrine soviétique du Droit international* (1926), *Les Droits de l'Homme en Russie soviétique* (1927), *Théorie générale de l'État soviétique* (1928).

³ G. LANGLORD, *In memoriam*, cit., 79.

i suoi studi sul regime sovietico all'interno di una cornice più ampia, confrontando ed analizzando i diversi cambiamenti costituzionali avvenuti all'interno del più ampio contesto europeo a partire dagli anni Venti del Novecento. Sotto questa nuova luce nacque una delle più grandi opere di Diritto comparato del Novecento, ovvero *Les Constitutions de l'Europe nouvelle*, pubblicata nel 1928.

È in questa opera celebre che il giurista di origine ucraina individuò, nel pensiero e nelle opere dei più importanti teorici del diritto della sua epoca⁴, una tendenza generale, definita come *razionalizzazione del potere* e percepita come l'elemento centrale per lo sviluppo del diritto costituzionale a lui contemporaneo⁵. Il nuovo termine tecnico, coniato dallo stesso Guetzévitch⁶, fu definito da quest'ultimo come “la tendenza a sottomettere al diritto tutto l'insieme della vita collettiva”⁷: ai suoi occhi, il principio di razionalizzazione del potere finiva per identificarsi al principio della democrazia, al principio dello Stato di diritto⁸.

“Man mano che la vita dello Stato è inglobata dal diritto e vi si allontana ogni elemento estraneo ad esso (questioni razziali, dinastiche, di nazionalità ecc.), questo Stato si avvicina all'ideale di Stato di diritto”⁹.

Nessuna forma di Stato, al di fuori della democrazia, poteva realizzare la supremazia del diritto. Per quanto riguarda lo Stato socialista, la lettura di Boris Mirkine-Guetzévitch – che sperimentò sulla sua pelle l'inconsistenza del principio di razionalizzazione del potere sia nella fondazione dell'Unione delle Repubbliche Socialiste Sovietiche sia nel suo procedere sul piano costituzionale – fu subito ferma e convinta: nessuna supremazia del diritto vigeva in esso perché nel nuovo regime, al contrario, netta era la negazione del carattere giuridico dello Stato¹⁰.

2. La costruzione del socialismo

Grazie alla pace stipulata a Brest-Litovsk, nella primavera del 1918, la giovane Repubblica sovietica ebbe la concreta possibilità di concentrare gran parte dei suoi sforzi

⁴ Alcuni esempi citati dallo stesso Guetzévitch sono Hugo Preuss per la Germania e Hans Kelsen per l'Austria.

⁵ B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Les Constitutions de l'Europe nouvelle*, Paris, Delagrave, 1928, 5.

⁶ G. LANGLORD, *In memoriam*, cit.

⁷ B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Les Constitutions de l'Europe nouvelle*, cit., 11.

⁸ Stéphane Pinon, «Boris Mirkine-Guetzévitch et la diffusion du droit constitutionnel», *Droits* 2007/2 (n° 46)

⁹ *Ivi*, 55 ss.

¹⁰ B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *La théorie générale de l'Etat soviétique*, Paris, Giard, 1928, 521.

nell'edificazione del socialismo. Lenin, nell'opera *I compiti immediati del potere sovietico*¹¹, dichiarò solennemente:

“Noi, partito dei bolscevichi, abbiamo convinto la Russia. Abbiamo conquistato la Russia, l'abbiamo presa ai ricchi per darla ai poveri, l'abbiamo presa agli sfruttatori per darla agli sfruttati. Dobbiamo ora amministrarla.”¹²

Dunque, per Lenin, il primo problema da risolvere nell'immediato era quello di creare una cornice amministrativa adeguata per il nuovo Stato. Il più grande ostacolo che i bolscevichi dovettero affrontare fu la creazione del socialismo in campo economico; di fatto cercarono di applicare l'insegnamento di Marx riguardo il difficile periodo di transizione dal capitalismo al socialismo¹³. L'operazione non fu delle più semplici, e non a caso fu anche all'origine di diversi cambiamenti radicali di rotta nell'azione del regime, soprattutto nei primi anni della sua lunga esistenza.

Nel bolscevismo primitivo si affermò il predominio della sfera economica su quella politica. Come scrisse Lenin, lo Stato comunista si sarebbe dovuto distinguere per una considerevole semplificazione delle funzioni governative, spogliandosi di tutti i suoi elementi politici e creando un'organizzazione puramente economica, governata da “operai, sorveglianti e contabili”. Egli era fortemente convinto che la strada per la costruzione del socialismo fosse stata spianata dallo sviluppo dell'apparato bancario e industriale dell'economia capitalista: tali strumenti avrebbero dovuto essere riutilizzati dal nuovo Stato sovietico per la trasformazione socialista dell'economia, eliminando le deformazioni capitalistiche e la “macchina repressiva borghese”¹⁴ dell'imponente apparato preso “in prestito” dall'ex impero zarista¹⁵.

Il grande passo da compiere all'interno del caos e della disorganizzazione più completi causati dalla guerra e dal dominio della borghesia sarebbe stato l'approdo ad un'organizzazione pianificata dell'intera economia: “il governo degli individui - secondo Engels- sarebbe stato rimpiazzato dalla gestione delle cose e dall'organizzazione dei mezzi di produzione”. Se nella sua analisi delle lotte sociali in corso Lenin tendeva a esaltare e a

¹¹ Pubblicato il 28 aprile 1918 sulla *Pravda*, n. 83.

¹² V.I. LENIN, *Opere scelte*, Mosca, Edizioni in lingue estere, 1948, II, 360.

¹³ *Storia del Partito comunista dell'Unione sovietica*, a cura di B.N. Ponomariov, Roma, Editori Riuniti, 1960, 288.

¹⁴ Composta da esercito permanente, polizia e funzionari statali.

¹⁵ E. CINNELLA, *1917 La Russia verso l'abisso*, Pisa-Cagliari, Della Porta Editori, 2012, 189 ss.

incoraggiare le iniziative spontanee delle masse¹⁶, nei progetti di riassetto generale dell'economia privilegiava piuttosto il momento della centralizzazione e della pianificazione.

Chiaramente il culto del centralismo statale non poté andare a braccetto con la cieca fede nella spontaneità proletaria molto a lungo¹⁷. La legislazione pratica bolscevica diede così vita a un organismo politico che, essendosi sviluppato esageratamente, inglobò lo stesso organismo economico, dando luogo a una profonda divergenza tra la teoria e la pratica. Nei fatti, venne sancito un primato del potere politico sugli organi economici e costituzionali segnatamente contrario a tutta la teoria marxista. Insieme all'incoraggiamento delle iniziative dal basso dei lavoratori contro "i padroni", Lenin agì dall'alto attraverso provvedimenti netti, atti ad ammansire definitivamente i detentori della ricchezza capitalistica. Gli interventi più importanti furono la smobilitazione dell'industria russa, riconvertita interamente verso usi civili, la nazionalizzazione delle banche e l'annullamento di tutti i prestiti statali concessi dagli zar. Parallelamente allo sviluppo del centralismo in campo economico, il Partito Comunista assunse ben presto il controllo completo dell'apparato statale. Si arrivò, per giustificare la dittatura comunista, a concepire lo stesso proletariato come un concetto astratto: il Partito Comunista, ormai identificatosi completamente con il proletariato, era, per sua stessa natura, "il popolo", e poteva agire in suo nome indipendentemente da quali fossero gli umori e le idee della popolazione in carne ed ossa.

Seguendo il medesimo percorso attuato per la politica e l'economia, il diritto, all'interno del nuovo regime, dovette necessariamente essere posto al servizio degli interessi di classe, cioè della classe proletaria, e, di conseguenza, al servizio degli interessi del Pcus¹⁸. Nelle opere di Marx e di Engels si trovano numerosi riferimenti che negano il valore intrinseco del diritto e che considerano il potere dello Stato come un mezzo di costrizione inerente alla forma capitalista della produzione. Nel marxismo classico, l'idea della negazione del carattere giuridico dello Stato è legata a quella del suo carattere temporale, essendo esso

¹⁶ Nel primo periodo della rivoluzione l'intera Russia fu interessata dalla nascita di diverse Repubbliche, come nella regione Siberiana, a Kaluga, a Kazan ecc. Lenin, analizzando queste esigenze separatiste, le definì come "sane, buone in senso creativo", nate a causa "del grandissimo odio e della sfiducia delle masse in tutto ciò che è statale" lasciato in eredità dal vecchio regime.

¹⁷ Trockij fu molto chiaro a proposito, ricordando che "il controllo è possibile solo a livello statale".

¹⁸ B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *La théorie générale de l'Etat soviétique*, cit., 511.

destinato a scomparire. Tuttavia il bolscevismo, una volta giunto al potere, fu obbligato a riconoscere la necessità di un'organizzazione statale.

Per rafforzare giuridicamente le conquiste della rivoluzione socialista, il 10 luglio 1918 il congresso dei soviet decise di adottare una nuova carta costituzionale per la R.S.F.S.R. [Repubblica Socialista Federativa Sovietica Russa]¹⁹. Lenin non esitò a sottolineare che, grazie alla vittoria bolscevica e all'instaurazione della dittatura del proletariato, per la prima volta nella storia era nato un nuovo tipo di democrazia, ovvero la “democrazia proletaria sovietica”.

“La democrazia proletaria è un milione di volte più democratica di qualunque democrazia borghese; il potere sovietico è un milione di volte più democratico della più democratica repubblica borghese.”²⁰

Per Boris Mirkine-Guétzevitch la regolamentazione minuziosa e rigorosa di tutti gli aspetti della vita e lo statalismo eccessivo del governo sovietico diedero vita, in realtà, a un regime assolutista degno del XVIII secolo: uno Stato che aveva definitivamente rinunciato all'iniziativa privata, la cui difesa era nelle mani di un esercito e di una forza di polizia politica con enormi poteri discrezionali, divenne il fulgido esempio del primato assoluto degli elementi politici su quelli economici²¹. Già nel 1925 il critico russo Alexéieff annotava, relativamente al regime sovietico:

“la pratica della violenza si rivela in tutta la sua nudità, senza alcun velo ideologico.”²²

3. La Costituzione della R.S.F.S.R.

Come Guetzévitch fece notare nel saggio *La théorie générale de l'Etat soviétique*, lo Stato sovietico era stato capace di esistere a lungo senza alcuna costituzione: la prima carta costituzionale fu emanata solo nel luglio del 1918, a quasi un anno di distanza dal colpo di stato di ottobre. Secondo Guetzévitch ciò era potuto accadere poiché lo Stato sovietico era frutto di una sorta di “processo vitale”, non accompagnato da alcuna costruzione teorica²³. I fatti lo avrebbero provato: nel tentativo di dividere le diverse competenze tra i vari organi governativi, la Costituzione sovietica, a causa della sua mancanza di tecnica giuridica, si

¹⁹ <http://www.dircost.unito.it/cs/paesi/urss.shtml>.

²⁰ V.I. LENIN, *Opere. XXVIII: luglio 1918 - marzo 1919*, Roma, Editori Riuniti, 1967, p. 227.

²¹ MIRKINE-GUETZÉVITCH, *La théorie générale*, cit.

²² N.N. ALEXÉIEFF, *Il diritto della Russia Sovietica*, Praga, 1925, 35.

²³ B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *La théorie générale*, cit., 511

dimostrò per molti aspetti totalmente confusionaria, incapace di creare una vera e propria divisione dei compiti. Pur attribuendo al Congresso panrusso dei soviet l'autorità suprema attraverso l'articolo 24 e al VCIK - cioè il Comitato esecutivo centrale panrusso - pieni poteri legislativi e di controllo, la carta costituzionale concedeva allo stesso tempo al governo la facoltà di emanare decreti, ordinanze, istruzioni e di “prendere tutti i provvedimenti necessari per il regolare e rapido svolgimento della vita dello Stato”²⁴. Al VCIK era data la possibilità di sospendere le decisioni del Consiglio dei Commissari del Popolo tramite l'articolo 40, ma l'articolo 41 lo contraddiceva, affermando che “i provvedimenti che esigono un'esecuzione immediata possono essere applicati direttamente dal Consiglio dei Commissari del Popolo”²⁵. Dunque la Costituzione sovietica non stabilì, nei fatti, alcuna distinzione tra le funzioni legislative e le funzioni esecutive, e si accontentò di conferire ad alcuni organi una differente dimensione del potere esecutivo e legislativo²⁶. Secondo Boris Mirkine-Guetzévitch la nozione di separazione dei poteri fu così rimpiazzata da “un'idea giuridica viziata”, ovvero quella di “dimensione del potere”²⁷. La separazione dei poteri, tanto cara al costituzionalismo di Montesquieu, non fu dunque ritenuta compatibile con gli interessi della classe operaia²⁸.

Una delle caratteristiche più sorprendenti della costituzione sovietica del 1918 rimane il caso del tutto eccezionale di una carta che conferiva diritti unicamente allo Stato e non ai cittadini. All'interno della “Dichiarazione dei Diritti del Popolo Lavoratore e Sfruttato”, pubblicata nella prima parte della Costituzione della RSFSR del 10 luglio 1918, non si trova alcuna citazione delle garanzie dei diritti individuali. Tale dichiarazione, ha scritto Edward H. Carr,

“non fu una dichiarazione dei diritti in senso tradizionale, ma fu un programma d'azione sociale ed economico.”²⁹

Nel testo si proclamava il principio dell'espropriazione forzata e furono negati diritti politici ad una serie di gruppi di individui nonché a tutta una “classe”, mentre anche il “popolo lavoratore e sfruttato”, ovvero contadini e operai, non beneficiava, secondo questa

²⁴ Articolo 38.

²⁵ E. CINNELLA, *La rivoluzione russa*, in *Storia Universale* n.22, Milano, Corriere della Sera, 2005, 151.

²⁶ Le regole formali sancite dalla carta costituzionale vennero immediatamente accantonate: già nel primo anno di vita del nuovo Stato sovietico, solo 68 decreti vennero adottati dal VCIK, contro i 480 del Sovnarkom.

²⁷ B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *La théorie générale*, cit., 513.

²⁸ G. BOFFA, *Storia dell'Unione Sovietica*, vol. I (1917-1927), Milano, Mondadori, 1990, 83.

²⁹ E.H. CARR, *La rivoluzione bolscevica, 1917-23*, tr. it., Torino, 1964, 141.

dichiarazione, di alcun diritto individuale. La Costituzione, dunque, confermò il potere di una classe, non dei cittadini, e fece coincidere il diritto di classe con quello dello Stato. Al posto di un'enumerazione dei diritti individuali, la Costituzione Sovietica proclamava, nell'articolo 32, che “[n]ell’interesse della classe operaia considerata nel suo insieme, R.S.F.S.R. priva dei loro diritti gli individui e i gruppi separati”. Invece di limitare il potere dello Stato a vantaggio degli individui, si fece spazio per un'estensione illimitata della tutela dello Stato sull'individuo. L'intento classista si manifestò palesemente con l'articolo 65: con esso si escludeva dal diritto elettorale attivo e passivo non solo le persone incapaci di intendere e di volere, chi si era macchiato di crimini gravi, i membri dell'ex casa regnante e gli impiegati nei vecchi corpi di polizia, ma anche chi ricorreva al lavoro salariato a scopo di profitto, le persone che vivevano di redditi non prodotti dal proprio lavoro, i negozianti privati, i monaci e altri religiosi³⁰.

La “Dichiarazione dei Diritti del Popolo Lavoratore e Sfruttato” non si occupava affatto dei diritti del popolo, ma piuttosto dei doveri del popolo verso lo Stato, come si evince dal celebre articolo 18:

“La Repubblica Socialista Federativa Sovietica Russa considera il lavoro come un obbligo di tutti i cittadini della Repubblica e proclama il motto: *Chi non lavora non mangia.*”

L'articolo 14, riguardante la libertà di stampa, stabilì che tutto il materiale stampato fosse consegnato, obbligatoriamente, nelle mani “della classe operaia e dei contadini poveri” con lo scopo di assicurare ai lavoratori “un'effettiva libertà di esprimere le proprie opinioni”³¹. Neppure la libertà di associazione e di riunione trovò posto all'interno della costituzione sovietica, venendo ugualmente rimpiazzata dal diritto, appartenente allo Stato, di iscrivere i cittadini sui registri delle organizzazioni professionali³². Il primo periodo del regime sovietico fu caratterizzato dalla completa negazione della libertà di lavoro e di circolazione. Le perquisizioni, gli arresti e le esecuzioni effettuate dalla tristemente celebre Čeka avevano un carattere assolutamente arbitrario. La rinnovata Čeka del 1922, cioè la “G.P.U.” (Dipartimento Politico di Stato), ottenne il diritto di infliggere punizioni extra-giudiziarie: gli organi della polizia politica avevano cioè il diritto di condannare gli imputati

³⁰ E. CINNELLA, *La rivoluzione russa*, cit., 150 ss.

³¹ Di seguito il testo completo dell'art. 14: “Al fine di garantire ai lavoratori un'effettiva libertà di esprimere le proprie opinioni, la Repubblica Socialista Federativa Sovietica Russa sopprime la dipendenza della stampa dal capitale, trasferisce nelle mani della classe operaia e dei contadini poveri tutti i mezzi tecnici e materiali [necessari] per la pubblicazione di giornali, opuscoli, libri ed altre opere a stampa, ed assicura la loro libera diffusione in tutto il paese.”

³² Cfr. articoli 15, 16 e 17.

all'incarceramento. A questo si aggiunse, con l'art. 1 del decreto del 16 ottobre 1922, il diritto di fucilare in loco i banditi e i ladri. La pena di morte fu così applicata direttamente da un organo di polizia.

4. La Repubblica di Choresme e la Repubblica di Boukhara

La Costituzione della R.S.F.S.R fu la prima ad essere redatta in ordine cronologico: le Costituzioni dell'Ucraina, della Russia Bianca e degli altri Stati federali dell'U.R.S.S. in pratica non hanno apportato nulla di nuovo, e non hanno fatto che ripetere le dichiarazioni e i principi enunciati in questa Costituzione 'primitiva'. Tuttavia Guetzévitch, al fine di cogliere al meglio il carattere dello Stato sovietico e la sua negazione di una base giuridica delle istituzioni, nel saggio *La théorie générale de l'Etat soviétique* analizza il regime politico vigente in due repubbliche sovietiche inizialmente legate all'U.R.S.S. solo in virtù di trattati, ovvero la Repubblica di Choresma e di Bukhara³³.

Il regime costituzionale di questi due Stati presentava alcune particolarità: un tentativo piuttosto artificiale di fusione tra il principio sovietico ed alcuni principi riconducibili ad uno Stato democratico. Un commentatore ufficiale sovietico, Maguerovsky, scrisse a questo proposito:

“Bukhara non è ancora una repubblica socialista, ma non è più una repubblica borghese [...] è la transizione verso la transizione; è un regime che caratterizza tutta una serie di Stati che sono ancora delle colonie”³⁴.

La Costituzione della Repubblica Sovietica di Bukhara, promulgata il 18 agosto 1922, si avvicinava al tipo abituale delle Costituzioni democratiche sorte negli anni Venti del Novecento. L'art. 4 proclamava la sovranità del popolo, l'art. 6 garantiva “il diritto illimitato di tutti i cittadini di disporre di tutti i beni mobili o immobili, acquisiti o ereditati”, l'art. 8 assicurava loro l'intangibilità della propria persona, la libertà di parola, di stampa, di riunione, di associazione. la Costituzione istituiva, inoltre, il suffragio universale, senza alcun criterio classista. Dall'articolazione dei poteri della R.S.F.S.R. veniva ripreso il Congresso dei Soviet dei Delegati del Popolo come organo su cui si accentravano la maggior parte del potere e delle competenze. Il Congresso dei Soviet di Bukhara deteneva il potere

³³ B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *La théorie générale*, cit., 515 ss.

³⁴ D. MAGUEROVSKY, *L'unione delle Repubbliche Sovietiche Socialiste*, Mosca, 1923, 60.

costituente, legislativo ed esecutivo; durante i periodi intermedi tra le sessioni del Congresso, il potere supremo passava al Comitato Esecutivo Centrale (art. 24). Questo Comitato aveva il compito di costituire un consiglio di ministri, responsabile dinanzi al Congresso e al Comitato Esecutivo Centrale stesso; l'art. 34 esigeva che tutti i regolamenti e i decreti del consiglio dei ministri dovevano essere compatibili con la legge. Si è di fronte, dunque, a una singolare organizzazione governativa, capace di riunire, almeno apparentemente, i principi democratici ed i principi derivanti dal regime sovietico.

Al contrario, la Costituzione della Repubblica di Choresma del 1922 si avvicinava molto di più al sistema sovietico, allontanandosi considerevolmente da un regime di stampo democratico. Innanzitutto il principio di sovranità popolare fu rimpiazzato da un non meglio precisato “potere del lavoratore” (art. 5). L'articolo 10, riprendendo la “Dichiarazione dei Diritti del Popolo Lavoratore e Sfruttato”, proclamava la confisca di tutta l'attrezzatura di stampa con lo scopo di trasmetterla ai lavoratori. Il diritto di godere e di disporre liberamente dei beni fu mantenuto, ma limitato dall'articolo 15 che stabiliva certi limiti al possesso. Nella parte dedicata alla tutela dei diritti individuali, così come negli articoli 18 e 19, fu operata una distinzione tra “tutti i cittadini” e “i lavoratori”. Per esempio, tutti i cittadini beneficiavano del diritto di riunione, ma ai lavoratori erano conferiti privilegi eccezionali, dato che si assicurava loro “un locale con mobilio, riscaldamento e illuminazione” (art. 18) per le riunioni dei proletari. Per quanto riguarda gli organi del potere, la Costituzione di Choresma istituì il Congresso o il Kurultay dei Soviet: negli intervalli tra le sue sessioni, il potere era assegnato al Comitato Centrale Esecutivo il quale, a sua volta, doveva costituire un Soviet del Popolo. Il diritto elettorale della Repubblica di Choresma era più restrittivo di quello in vigore a Boukhara, e prendeva ispirazione da considerazioni prettamente classiste; in particolare, l'art. 164 enumerava i casi secondo i quali i cittadini sarebbero stati privati del diritto elettorale potendo ritrovare, in questa enumerazione, “i grandi capitalisti” e “i grandi proprietari”. Le differenze sostanziali tra le due Costituzioni furono notate da Guetzévitch fin da subito: se Boukhara si presentava sotto forma di uno Stato democratico, in quanto i diritti individuali e il diritto elettorale erano salvaguardati, Choresma, sebbene si differenziasse per certi aspetti dal regime sovietico, era, di fatto, una Repubblica classista. Né la costituzione di Choresma, né la costituzione di Boukhara avevano proclamato la dittatura del proletariato o quella dei lavoratori; tuttavia, senza alcun dubbio, i due regimi erano stati

creati con un identico scopo, ovvero quello di assicurare il potere dei lavoratori. Un critico russo del diritto sovietico, Alexeieff, annotò:

“La forma politica della repubblica sovietica è estremamente elastica, soprattutto per quanto riguarda la questione del comunismo e della dittatura del proletariato. Questa forma può ammettere alcune garanzie costituzionali, in favore degli interessi economici, e della libertà politica, senza destituirsi dalle prerogative dittatoriali esercitate a spese della borghesia. Questo è quanto si osserva precisamente nel caso della Repubblica di Choresma. Capita infine che il legislatore sovietico accetti le forme borghesi e democratiche, e trasformi il programma comunista in una dottrina tanto lontana quanto astratta; è il caso della repubblica di Boukhara”³⁵.

Per Guetzévitch, al contrario, un’analisi puramente giuridica delle due Repubbliche metteva in risalto le lacune di questi regimi nel panorama del diritto contemporaneo. La salvaguardia e la realizzazione dei diritti individuali all’interno delle due Repubbliche gli sembrarono del tutto insufficienti, poiché coesistevano con un sistema legislativo e governativo totalmente confusionario come quello sovietico.

Secondo il giurista ucraino, il principio giuridico e regolatore che presiede alla formazione dello Stato contemporaneo non poteva essere contenuto in una sola norma del diritto costituzionale: il regime del diritto si presentava come un insieme armonioso di più principi legati tra di loro da una norma giuridica suprema. Di conseguenza, non era sufficiente che lo Stato contemporaneo garantisse soltanto i diritti individuali, elettorali, e via dicendo. Il regime del diritto si distingueva precisamente da altre forme politiche poiché esso presentava nel loro insieme tutti questi principi: garanzie dei diritti individuali, suffragio universale, separazione dei poteri, ecc. Inoltre, tutti questi principi conservavano la loro importanza e mostravano un particolare valore proprio nel loro stare insieme. Dunque, secondo la concezione di Guetzévitch relativamente al regime del diritto, non solo la Costituzione di Choresma (basata su un principio di classe), ma la stessa Costituzione pseudo-democratica di Boukhara non avrebbe potuto essere classificata come un regime di diritto. In particolare fu l’assenza di delimitazioni formali e materiali tra la legislazione e il potere esecutivo che permise a Guetzévitch di affermare che “lo scopo della costituzione [...] è la salvaguardia del potere di fatto dei lavoratori”³⁶.

³⁵ N.N. ALEXÉIEFF, *Il diritto della Russia Sovietica*, cit.

³⁶ B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *La théorie générale*, cit., 518.

5. La Costituzione federale

Nella seconda metà dell'aprile 1923 si tenne il XII Congresso del partito: il tema più discusso fu senza dubbio la questione nazionale e predominanti, nell'occasione, furono la figura e le idee di Stalin. L'assenza forzata di Lenin³⁷ permise infatti a Stalin di avanzare le sue concezioni con notevole facilità. Le proposte di "autonomizzazione", duramente criticate da Lenin, furono portate avanti con grande vigore: il desiderio di Stalin era mettere definitivamente fine ai nuclei social-indipendentisti all'interno delle diverse repubbliche socialiste, in modo da impedire loro di "giocare all'indipendenza". Il partito si trovò dunque di fronte ad un'importante decisione: o si accettava un'indipendenza reale per tutti, con negoziati permanenti con le singole repubbliche, o si prendeva la strada per approdare a un'unificazione reale all'interno di un'unica entità economica. Ciò che Stalin metteva in primo piano era la necessità di stimolare una crescita economica e culturale delle nazioni più arretrate attraverso gli aiuti del centro alla periferia³⁸: tale ambiguità nelle sue posizioni, vale a dire questo strano miscuglio di maggiori autonomie e centralismo, gli permise di ottenere l'appoggio sia di una parte dei centralisti e nazionalisti russi, a cui Stalin appariva come rappresentante di interessi nazionali superiori, sia di molti esponenti delle nazionalità non russe, delle quali appariva il massimo rappresentante. Nonostante il netto dominio di Stalin all'interno del partito, la formazione dell'U.R.S.S. fu comunque il risultato di uno scontro tra diverse tendenze in una fase in cui era ancora possibile confrontarsi in un dibattito aperto all'interno del PCUS³⁹.

La Costituzione dell'Unione delle Repubbliche Socialiste Sovietiche (U.R.S.S.), approvata nella seconda sessione del VCIK il 6 luglio 1923 e ratificata dal II Congresso dei soviet dell'Unione il 31 gennaio 1924⁴⁰, definì i diversi organi di potere all'interno della federazione. Nonostante le pressioni esercitate da alcuni rappresentati delle nazionalità non russe, come gli ucraini e i georgiani, a sostegno di una più ampia sovranità per le singole repubbliche, la Costituzione riservò al centro molti più poteri di quanto Lenin avesse

³⁷ Ormai messo fuori gioco dalla malattia, l'unico che effettivamente prese le sue difese fu Bucharin, senza tuttavia riscuotere grande successo

³⁸ G. BOFFA, *Storia dell'Unione Sovietica*, cit., 221.

³⁹ *Ivi*, 224.

⁴⁰ <http://www.dircost.unito.it/cs/paesi/urss.shtml>

immaginato. Il Partito, inoltre, rimase una struttura unitaria e non federale, e in esso si concentrò, malgrado la carta costituzionale, il potere di ultima istanza.

Il potere supremo fu affidato, sulla carta, al Congresso dei Soviet dell'U.R.S.S., organo di rappresentanza di classe. Durante i periodi di intermezzo tra le sessioni del Congresso, il potere supremo passava al Comitato Esecutivo Centrale, il cui aspetto esteriore era quello di un Parlamento composto da due Camere: il Soviet dell'Unione, organo di rappresentanza di classe, e il Soviet delle Nazioni, al quale partecipavano cinque delegati di ogni repubblica. Tra le sessioni del Comitato Esecutivo Centrale, il potere supremo apparteneva al Presidium del Comitato Esecutivo Centrale: il Comitato si occupava anche di creare il Consiglio dei Commissari del Popolo (art. 37).

Il Congresso dei Soviet era incaricato della funzione costituente (revisione della Costituzione), della funzione d'informazione ("informa le masse operaie della situazione internazionale e politica dell'U.R.S.S.") e della funzione di fare dichiarazioni sulla politica generale. Il Comitato Esecutivo Centrale invece legiferava, pubblicava decreti e ordinanze che determinavano "le norme generali della vita politica ed economica dell'U.R.S.S." (art. 18), pubblicava anche "codici e decreti" (art. 17). Il Presidium del Comitato Centrale Esecutivo legiferava ugualmente (art. 29). Il Consiglio dei Commissari del Popolo pubblicava, anche lui, "dei decreti e delle ordinanze obbligatorie su tutto il territorio dell'U.R.S.S." (art. 38).

In ogni repubblica dell'U.R.S.S. l'organizzazione del potere era quasi sempre la stessa, ovvero ogni Repubblica federale aveva il suo Congresso dei Soviet, il suo Comitato Centrale Esecutivo e il suo Consiglio dei Commissari del Popolo.

Guetzévitch non esitò nel far notare il carattere estremamente caotico del processo legislativo messo a punto dai bolscevichi: risultava per lui impossibile stabilire un ordine gerarchico netto ed esatto all'interno di una tale moltitudine di organi legislativi. Nel diritto sovietico si potevano contare fino a undici forme differenti di attività legislativa gestita da undici organi differenti dello Stato. La considerazione finale di Guetzévitch è che

"Lo Stato sovietico nega il principio stesso della limitazione, qualunque essa sia, del potere dello Stato. L'assolutismo sovietico rappresenta non solo un fatto materiale, ma anche un tentativo di giustificazione teorica del potere dello Stato."⁴¹

⁴¹ B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Les Constitutions de l'Europe nouvelle*, cit., 50.

Si può trarre per questo una conclusione di ordine prevalentemente giuridico sullo Stato sovietico: nonostante esso possedesse un diritto scritto, le norme di questo diritto non ebbero mai il carattere di leggi. Oltre alla totale assenza di separazione dei poteri vigente nel regime, questo diritto era estraneo alla nozione di diritto oggettivo, alla nozione di una regola generale alla quale le autorità pubbliche sono tenute a conformarsi nelle loro decisioni particolari. La negazione della “sovranità del diritto”⁴² portò, inevitabilmente, a una parallela negazione delle libertà individuali, un prezzo che Guetzévitch non era disposto a pagare: la libertà del cittadino, per lui, era la condizione minima per garantire la dignità della persona. Solo un’adeguata cornice costituzionale avrebbe potuto garantire quei diritti umani proclamati dai rivoluzionari francesi e a cui l’autore di origine russa rimase fedele per il resto della vita: il rifiuto della dittatura classista sovietica era scontato tanto quanto la denuncia della pericolosità della dottrina nazista durante il suo soggiorno francese⁴³. Mentre Boris Mirkine-Guetzévitch abbandonava la sua terra natale per rimanere fedele ai propri ideali, il diritto sovietico portava efficacemente a termine l’obiettivo auspicato dal Partito fin dal principio: il consolidamento del potere ottenuto con la rivoluzione.

⁴² B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *La théorie générale*, cit, 85

⁴³ J. LAFERRIÈRE, *In memoriam amici mei*, in *Hommage à Boris Mirkine-Guetzévitch 1892-1955*, New York, École libre des Hautes Études, 75

LEGGE ELETTORALE E CONFLITTO DI ATTRIBUZIONE TRA I POTERI DELLO STATO

- Fulco Lanchester, [L'ipercinetismo e la giurisdizione](#)
- Paolo Maddalena, [Sovranità popolare e legge elettorale “rosatellum”](#)
- Giampiero Buonomo, [La zona franca e la legge elettorale: perché il conflitto endorganico chiude il cerchio](#)
- Stefano Ceccanti, [Legge elettorale: i rischi di “benaltrismo costituzionale” nei ricorsi](#)
- Lorenzo Spadacini, [Sull'ammissibilità dei recenti conflitti di attribuzione sollevati con riguardo alla legislazione elettorale](#)
- Massimo Villone, [Legge elettorale dal conflitto politico al conflitto tra poteri](#)
- Giovanni Serges, [Notazioni minime a margine del conflitto tra parlamentari e Camera](#)

Allegato 1, [Legge n. 165 del 2017, “Modifiche al sistema di elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica. Delega al Governo per la determinazione dei collegi elettorali uninominali e plurinominali”](#)

Allegato 2, [Ricorso per conflitto di attribuzione nei confronti della legge n. 52 del 2015, recante “Disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati”](#)

Allegato 3, [Avviso di camera di consiglio della Corte costituzionale per l'ammissibilità di conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato relativo alla legge n. 165 del 2017](#)

Allegato 4, [Ricorso per conflitto di attribuzione nei confronti della legge n. 165 del 2017, “Modifiche al sistema di elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica. Delega al Governo per la determinazione dei collegi elettorali uninominali e plurinominali](#)

Allegato 5, [Schema di decreto legislativo recante determinazione dei collegi elettorali della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica](#)

L'ipercinetismo e la giurisdizione

di Fulco Lanchester*

Il nuovo sistema elettorale approvato dalle Camere il 26 ottobre ultimo scorso, promulgato dal Capo dello Stato il 3 novembre e pubblicato sulla G.U. dell'11 novembre (l. 165/2017; v. [All.1](#)) conferma l'ipercinetismo peculiare che caratterizza da 25 anni l'ordinamento politico-costituzionale italiano in materia, ma ormai anche la sua giurisdizionalizzazione. Si tratta di una situazione eccezionale che ha visto il passaggio dopo quarantacinque anni caratterizzati da un meccanismo mediamente speculare per entrambe le camere ad un sistema misto prevalentemente maggioritario (l. 276) nel 1993, per poi passare nel 2005 ad un sistema basato su formula non maggioritaria e premio di maggioranza (l. 270/2005).

I fortissimi dubbi di costituzionalità della l. 270 del 2005 si sono scontrati per molti anni di fronte alla apparente impossibilità di penetrare in quella che costituiva una vera e propria *zona franca* del diritto costituzionale. La sent. n. 1/2014, adottata in un particolare momento della vita politico-costituzionale, ha facilitato lo sciogliersi di un vecchio tabù, dichiarando l'incostituzionalità di parti essenziali della l.270 e favorendo nel gennaio 2014 un apparente patto costituente, detto del Nazareno. L'approvazione prima della l. 52/2015 per la Camera dei deputati e poi del progetto di revisione costituzionale della parte II della Costituzione doveva costituire, infatti, i due piloni di una strategia volta *a concludere la transizione*. Entrambi sono stati demoliti nell'arco di circa diciotto mesi. Alla reiezione della legge di revisione della Costituzione da parte del Corpo elettorale nel referendum confermativo del 4 dicembre 2016 ha corrisposto la sent. n. 35 del 2017, che ha dichiarato incostituzionale parti del nuovo sistema elettorale per la Camera dei deputati. In un quadro di emergenza istituzionale per le marcate differenze tra due leggi rimodellate dalla Consulta si è dipanata la trattativa per la redazione della citata nuova legge elettorale, che naufragata in giugno, tra settembre e ottobre è riuscita ad essere approvata.

Il nuovo testo, frutto di una rinnovata e faticosa convergenza fra i due maggiori schieramenti parlamentari, presenta nuovamente problemi formali e sostanziali, che prospettano nuovi interventi della Consulta.

In questo momento sono al centro dell'attenzione supposti vizi procedurali nel procedimento di approvazione, mentre vengono avanzati dubbi di violazione di principi costituzionali relativi al principio di eguaglianza e di libertà del voto sia per quanto riguarda

* Professore ordinario di Diritto costituzionale italiano e comparato presso il Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università "La Sapienza" di Roma.

il tema della distribuzione dei seggi tra i collegi (non ancora delimitati dalla Commissione *ad hoc* istituita il 24 ottobre u.s.: v. [All.2](#)), sia per quanto riguarda il voto congiunto.

La Rivista Nomos intende seguire, come ha già fatto in precedenza, l'argomento su entrambi i piani. In particolare, sul primo argomento è stato presentato un ricorso per conflitto di attribuzione sulla legge 52/2015, che verrà esaminato dalla Corte costituzionale il 12 dicembre p.v. (v. [All.3](#)); mentre arriverà a breve quello relativo alla l. n.165/2017.

Anche se il ricorso pare francamente “periglioso”, innanzitutto per la sopravvenuta abrogazione della l. 52/2015 da parte della nuova legge elettorale, il tema della sindacabilità del procedimento legislativo da parte della Corte costituzionale è del più vivo interesse. Nomos organizza, quindi, una prima tavola rotonda virtuale sul ricorso per conflitto di attribuzione presentato da un deputato ed un senatore del M5S. Accanto al ricorso vengono per ora pubblicati i primi pareri ricevuti dalla rivista (Paolo Maddalena, Giampiero Buonomo, Stefano Ceccanti, Lorenzo Spadacini). Ne seguiranno altri, mentre nella settimana precedente alla discussione del ricorso è indetto un incontro tra esponenti politici sul tema.

Sovranità popolare e legge elettorale “rosatellum”

di Paolo Maddalena*

SOMMARIO: 1. “Appartenenza” e “esercizio” della sovranità popolare in Costituzione – 2. Violazioni formali e sostanziali della Costituzione da parte della legge elettorale detta “rosatellum” – 3. Inquadramento del problema nell’ordinamento dello Stato comunità e dei suoi Organi. Il rapporto della “parte” e del “tutto” – 4. Necessaria configurazione del “conflitto di attribuzione” tra “Parlamento” e “Corpo elettorale”

1. *“Appartenenza” e “esercizio” della sovranità popolare in Costituzione.*

E’ noto che la nostra Costituzione repubblicana e democratica affida essenzialmente alla rappresentanza parlamentare il compito fondamentale della funzione legislativa, cioè della massima espressione della sovranità. Il lapidario art. 70 Cost. afferma, infatti, con estrema chiarezza che “la funzione legislativa è esercitata collettivamente dalle due Camere”.

Ma non si deve dimenticare che “titolare” della sovranità è il Popolo, al quale la Costituzione riconosce e garantisce anche “l’esercizio” della sovranità stessa. Il secondo comma dell’art. 1 della Costituzione recita, infatti, che la sovranità “appartiene” al Popolo, che la “esercita” nelle forme e nei limiti della Costituzione”, mentre il secondo comma dell’art. 71 Cost. precisa che “il Popolo esercita l’iniziativa delle leggi, mediante la proposta, da parte di almeno cinquantamila elettori, di un progetto redatto in articoli” e il ben noto primo comma dell’art. 75 prescrive che “è indetto referendum popolare per deliberare l’abrogazione, totale o parziale, di una legge o di un atto avente valore di legge, quando lo richiedono cinquecentomila elettori o cinque Consigli regionali”. Dunque, la “sovranità”, non ostante qualche parere contrario (che parla di una distribuzione di sovranità tra il Popolo e il Parlamento), “è unica e indivisibile”, mentre nel diritto positivo dell’Europa continentale vale sicuramente il principio secondo il quale i “Parlamentari” sono “rappresentanti dell’intero popolo o nazione” e proibisce ogni forma di mandato imperativo. In sostanza, il Popolo “esercita” la sua sovranità soprattutto attraverso la “rappresentanza politica”, ma anche attraverso “istituti di democrazia diretta” (si pensi alle leggi di iniziativa popolare, o ai referendum); o mediante la “partecipazione” di tutti i cittadini “all’organizzazione politica economica e sociale del Paese” (art. 3, comma secondo, della Costituzione). Partecipazione che è rafforzata dal quarto comma dell’art. 118 Cost., il quale precisa ulteriormente che è “favorita” “l’autonoma iniziativa dei cittadini, singoli o associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà” (Alberto Lucarelli, Beni comuni. Dalla teoria all’azione politica, Roma, 2011). Insomma “l’appartenenza” della sovranità e il suo “esercizio” spettano soltanto al Popolo,

* Vicepresidente emerito della Corte costituzionale

il quale si avvale, a tal fine, di diverse modalità, primo fra le quali, il ricorso all'istituto della rappresentanza parlamentare.

Se ne deve trarre la conseguenza che "l'appartenenza" della sovranità al popolo, e il suo "esercizio" nell'interesse del Popolo, sono valori fondamentali e inviolabili, da difendere con tutti i mezzi posti a disposizione dalla stessa Costituzione.

Una precisa "tutela" dell'appartenenza della "sovranità al Popolo", si nota agevolmente nell'art. 72 Cost., il quale, dopo aver disciplinato procedure, per così dire, abbreviate, per la emanazione delle leggi, puntualizza, al quarto comma, che "la procedura normale di esame e di approvazione diretta da parte della Camera è sempre adottata per i disegni di legge "in materia costituzionale ed elettorale" e per quelli di delegazione legislativa, di autorizzazione a ratificare trattati internazionali, di approvazione di bilanci e consuntivi". Come si nota, si tratta di precisi limiti posti alla rappresentanza parlamentare, al fine di assicurare una maggiore tutela della "sovranità popolare", nelle materie in cui quest'ultima, viene, per così dire, in maggiore esposizione. Ma molte altre, come presto si vedrà, sono le disposizioni che difendono "l'appartenenza" al Popolo della sovranità e, si ripete, il suo "esercizio", nell'interesse del popolo sovrano.

2. *Violazioni formali e sostanziali della Costituzione da parte della legge elettorale detta "rosatellum".*

Ciò detto, l'approvazione della legge elettorale "rosatellum", avvenuta con tre colpi di "fiducia" alla Camera e cinque colpi di "fiducia" al Senato, appare come qualcosa di assolutamente fuori del prevedibile, in quanto, anziché tutelare la "appartenenza" della sovranità al popolo e il suo corretto "esercizio" nell'interesse di questi, molto visibilmente calpesta e si impadronisce dei "poteri sovrani" del Popolo stesso, platealmente violando norme imperative della nostra Costituzione.

La prima plateale violazione costituzionale, con contemporanea invasione dei poteri sovrani del Popolo, è quella dell'art. 72 Cost. Infatti, come si è accennato, il Parlamento (e cioè l'Organo dello Stato comunità che dovrebbe rappresentare e tutelare gli interessi del Popolo) è stato costretto ad approvare una legge elettorale, a causa delle otto "mozioni di fiducia" poste dal governo, in palese contrasto con la tutela della sovranità popolare, considerata, sia sotto l'aspetto dell'appartenenza, sia sotto l'aspetto del suo esercizio. Con questo strumento, non previsto in Costituzione, ma dai Regolamenti parlamentari (generalmente, per consentire di convertire in legge i decreti legge entro sessanta giorni dalla loro emanazione), in realtà è stata coartata la volontà del Parlamento, poiché esso è stato costretto a scegliere tra la eventuale approvazione della legge senza altre conseguenze, o la sua non approvazione produttiva di una "crisi di governo". In altri termini, il Parlamento è stato posto nell'impossibilità di votare contro la legge elettorale in esame. Ed è da porre in evidenza che il Parlamento, obbedendo al Governo, si è assunto la responsabilità dell'operato, in quanto è stata la maggioranza parlamentare

che nella realtà, approvando la legge, ha platealmente violato il citato articolo 72, quarto comma, della Costituzione.

Non meno invasivo dei “poteri sovrani” del Popolo è poi il “contenuto” di questa legge.

In sostanza è stato tolto al Popolo italiano il potere, fondamentale in democrazia, di scegliere i propri rappresentanti, quei soggetti cioè cui affidare la “rappresentanza politica” degli interessi del Popolo. Infatti, non c’è traccia delle “preferenze” da esprimersi sui candidati da parte degli elettori. Si parla soltanto di una quota maggioritaria di due terzi e di una quota proporzionale di un terzo, per le quali saranno i partiti a proporre i loro “listini bloccati”. Come se ciò non bastasse, si prevede che il voto dato per la quota maggioritaria, votando nei collegi uninominali, vale anche per il voto da ripartire per la quota proporzionale. In altri termini, è vietato il cosiddetto “voto disgiunto”, nel senso di permettere all’elettore di votare un candidato del collegio uninominale facente parte di una certa lista e di poter scegliere per la quota proporzionale anche un candidato appartenente a una lista diversa. Il colmo si raggiunge poi nella previsione che consente di candidarsi in cinque collegi proporzionali diversi, oltre che nel collegio uninominale, con l’assurda conseguenza che i “partiti” potranno “blindare” alcuni nomi presentandoli fino a sei volte.

Insomma, con questa legge, il sommo “potere sovrano” del popolo, quello di eleggere liberamente i propri “rappresentanti”, è passato ai “partiti”, i quali sono posti in grado di strumentalizzare il voto popolare in vista delle loro spartizioni di potere.

E tutto questo avviene attraverso patenti violazioni delle disposizioni costituzionali. Violato è innanzitutto l’artico 3 della Costituzione, poiché è certamente “irragionevole” che una legge, la quale dovrebbe rendere libera e trasparente la scelta dei “rappresentanti politici”, chiamati a “esercitare” la sovranità del Popolo, nell’interesse di questi, fa sì che siano gli stessi “candidati” che si accordano tra loro, per consegnare la vittoria al personaggio loro stessi più gradito. Violato è altresì il’art. 48 Cost., il quale prevede, al secondo comma, che “il voto è personale ed eguale, libero è segreto. Il suo esercizio è dovere civico”. Infatti, a ben vedere, sono cancellati, sia l’eguaglianza, sia la libertà del voto. Se si pensa che con questa legge i partiti hanno il potere di favorire un candidato sugli altri, è evidente che chi vota secondo la volontà dei partiti riesce a dare al suo voto un peso maggiore di quello espresso da chi non si associa alla volontà partitica. Inoltre, manca anche la “libertà” del voto: basti pensare che non ci sono “preferenze” e che l’elettore è costretto a scegliere nell’ambito di “listini bloccati. D’altro canto, e la cosa è davvero impressionante, il cittadino non può più esercitare il suo voto come “dovere civico”, poiché, come è evidente, il “dovere” è quello di esprimere una “volontà propria”, non una volontà contorta e soffocata dal sistema elettorale. Ma ciò che appare ancora più sorprendente è che viene praticamente cancellato anche l’art. 49 Cost., secondo il quale i cittadini hanno diritto di associarsi liberamente in partiti per concorrere con

metodo democratico a determinare la politica nazionale”. Quale “politica nazionale” esprimono questi partiti, che propongono programmi menzogneri, pensano a strane coalizioni con altri partiti e tutto sono disposti a fare, pur di entrare a far parte della maggioranza parlamentare? La verità è che, con questa legge, il Parlamento si è posto contro il principio sacro santo dell’”appartenenza” della sovranità a Popolo e si è appropriato dei “poteri sovrani” di un altro Organo dello Stato comunità, Il “Corpo elettorale”, ingabbiando le sue attribuzioni in una serie di norme che impediscono il libero svolgimento “dell’esercizio” della sovranità popolare.

3. Inquadramento del problema nell’ordinamento dello Stato comunità e dei suoi Organi. Il rapporto della “parte” e del “tutto”.

Infatti, la nostra Costituzione, come è noto, non considera più la “sovranità” un attributo dello Stato persona, ma dello “Stato comunità”. In altri termini, come chiaramente ha dimostrato il Sandulli (vedi il primo capitolo del suo Manuale di diritto amministrativo) allo “Stato persona”, o “apparato”, si è sostituito lo “Stato comunità”, con la conseguenza che il concetto di “Stato persona giuridica” è riferibile soltanto alla P.A., da considerare anch’essa un Organo dello Stato comunità.

In questo quadro, ovviamente, entrano in gioco i “rapporti” fra i vari Organi dello Stato comunità e, per quanto ci riguarda il rapporto tra “Popolo”, “Corpo elettorale” e “Parlamento”.

Non c’è dubbio che per la nostra Costituzione il “Popolo” è un “soggetto unitario”, i cui interessi trascendono quelli degli individui e dei gruppi che lo compongono. Come è stato notato (Nocilla, voce “Popolo”, in ED, Milano, 1985, p.359), il Popolo ha “una sua unità, una sua capacità di volere e, in definitiva, una sua soggettività”. Peraltro, questo “soggetto unitario”, quando agisce per eleggere i propri rappresentanti, fa ricorso a un proprio “Organo”, il “Corpo elettorale”, costituito da tutti i cittadini ai quali è riconosciuta la capacità elettorale. I “cittadini”, dal canto loro, quando esercitano il diritto di voto, che è anche un “munus”, una “funzione pubblica” e pertanto un “dovere civico”, agisce “come singolo” e “come parte del Popolo” (Damiano Nocilla, Luigi Ciaurro, voce “Rappresentanza politica”, in ED, Milano, 1987, vol. XXXVIII, p. 584). Dunque, non è dubbio che la “libertà di voto” riguarda, sia il singolo, sia la Collettività, e che la sua tutela ha un valore sia individuale, sia collettivo. Del resto, l’art. 2 della Costituzione è molto esplicito nell’affermare una concezione della persona umana che esalta i due aspetti: quello dell’individualità e quello della partecipazione alla Collettività, sancendo che “la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”.

Né può essere messo in dubbio che il “cittadino elettore” così come agisce, nel votare i suoi rappresentanti, non solo come singolo, ma anche e soprattutto come “parte” del Popolo, altrettanto può fare per difendere, sul piano giurisdizionale, la “appartenenza” al Popolo della sovranità popolare e gli stessi “poteri” del Corpo elettorale, che tale sovranità è tenuto in gran parte a “esercitare”, entrambe insidiate da una legge elettorale apertamente in contrasto con i principi fondamentali e le disposizioni della nostra Costituzione. Si tratta della tipica “*actio popularis*” dei Romani, per i quali era incontestabile che il “*civis*”, l’abitante della “*civitas*” (da cui il nome “civiltà”), potesse agire, nello stesso tempo, davanti al Pretore, sia nel proprio interesse che nell’interesse di tutto il Popolo (Settis, *Azione popolare*, Torino, 2012). E qui, evidentemente, il richiamo all’azione popolare va interpretato alla luce di tutti i rimedi che la Costituzione prevede, e non solo, quindi, in relazione al ricorso al giudice comune. Quando vengono in evidenza comportamenti anomali degli Organi sovrani (dei quali subito riparleremo), come, ad esempio, il Parlamento, è chiaro che non ci si può limitare alla giurisdizione ordinaria, la quale trova il limite “dell’atto politico non impugnabile”, ma è indispensabile guardare alla possibilità di un ricorso diretto alla Corte costituzionale, la cui giurisdizione, come è ben noto, investe proprio l’attività, e cioè le funzioni, dei Poteri sovrani (P. Maddalena, *Il territorio bene comune degli Italiani*, Roma, 2004; Idem *Gli inganni della finanza*, Roma, 2016).

È comunque da sottolineare, a questo punto, che “l’organo” “Corpo elettorale”, cui spetta la “funzione pubblica” di “eleggere i propri rappresentanti” è una entità ben distinta dall’altro Organo dello Stato comunità, il “Parlamento”, cui spetta in via principale la “funzione legislativa”. La distinzione tra i due Organi e l’inesistenza di alcun legame è provato dall’art. 67 Cost., secondo il quale “ogni membro del Parlamento rappresenta la Nazione ed esercita le sue funzioni senza vincolo di mandato”. Insomma, se è vero che ogni elettore vota anche come membro della Collettività, è altrettanto vero che il Parlamentare rappresenta l’intera Collettività, cioè la Nazione o Popolo che dir si voglia (i due termini in Costituzione sono equivalenti).

E’ da notare, comunque, che, proprio “l’autonomia del Parlamento ne implica una responsabilità, proprio perché non vi può essere un potere completamente sganciato dalla responsabilità del suo detentore e, all’inverso, perché la responsabilità stessa implica a monte una capacità di autonoma determinazione” (Nocilla, Ciaurro, o. c., p. 567). E non v’è dubbio che il Corpo elettorale è “giudice esterno” dell’operato dei Parlamentari. La temporaneità della carica di Parlamentare, assicura, infatti, al Corpo elettorale di non rieleggere i Parlamentari che hanno dato cattiva prova del loro operato.

4. *Necessaria configurazione del “conflitto di attribuzione” tra “Parlamento” e “Corpo elettorale”.*

Se è vero che “Popolo”, “Corpo elettorale” e “Parlamento” sono Organi dello Stato comunità, con diverse funzioni e distinti poteri, non può negarsi che possano verificarsi tra detti Organi anche dei “conflitti di attribuzione”, di cui all’art. 37 della legge costituzionale 11 marzo 1953, n. 87.

In particolare, per quanto concerne il caso in esame, tenuto per fermo che la legge elettorale in questione calpesta platealmente la “sovrànità del Popolo”, appare evidente che il “conflitto di attribuzione” riguarda l’aspetto “dell’esercizio” della sovranità e cioè il rapporto tra “Parlamento” e “Corpo elettorale”, e si “materializza”, per così dire, nel momento stesso dell’entrata in vigore della legge elettorale in questione, la quale “incide” direttamente sulle attribuzioni e sulle funzioni del Corpo elettorale, e cioè sulla libera scelta di tutti i cittadini aventi diritto di voto. In ultima analisi, gli elettori non sono più in grado di “esercitare” la “funzione fondamentale” che la Costituzione loro affida, quella di nominare i “rappresentanti” del Popolo. E’ da sottolineare, peraltro, a questo proposito, che nel nostro caso non viene in discussione l’operato dei parlamentari soggetti al “controllo elettorale” cui poco sopra si faceva riferimento. Qui si tratta di una questione assai diversa, si tratta del fatto che una legge elettorale, violando, come si è detto, precise disposizioni della Carta costituzionale “ha inciso” profondamente sulla “sovrànità popolare” e sulle “attribuzioni” del Corpo elettorale, il quale, in base a questa legge, non è più nella possibilità di esercitare liberamente le sue scelte e dar luogo a un Parlamento che sia effettivamente “rappresentativo”, un Parlamento cioè che “interpreti, esprima ed attui le tendenze spirituali e la volontà reale del Popolo” (Nocilla e Ciaurro, o. c., p.564 s.).

Quanto detto pone in evidenza che si tratta di una “invasione” del Potere del Corpo elettorale da parte del Parlamento effettivamente molto “grave”, condizione, questa, implicitamente prevista dall’art. 37 della citata legge costituzionale n. 87 del 1953, la quale non per niente divide il procedimento del conflitto di attribuzione in due fasi: la prima sull’ammissibilità del ricorso (si facilita così il superamento del conflitto anche con accordi diretti tra Poteri interessati), e l’altra dedicato al merito della questione. Il “giudizio di ammissibilità”, vale la pena di sottolinearlo, è insomma un giudizio ampiamente discrezionale, diretto ad accertare, non solo se sussistono effettivamente i presupposti del conflitto, sia sotto il profilo soggettivo, sia sotto il profilo oggettivo, ma anche e soprattutto l’entità della “invasione” di un Potere sulla sfera di attribuzioni di un altro Potere. E nel nostro caso certamente non si può negare che la ferita inferta dalla legge elettorale alla sovranità del Popolo e alle attribuzioni del Corpo elettorale è di tale entità che non è possibile non dichiarare l’ammissibilità del ricorso di cui si discute.

È la prima volta, nella storia della Repubblica Italiana che viene a delinearsi un “reale conflitto” tra Corpo elettorale e Parlamento. Infatti, i precedenti giurisprudenziali che parlano di “conflitti di attribuzione” non hanno mai riguardato la prospettazione che si è poco sopra delineata. Le ordinanze nn. 189 e 284 del 2008, hanno dichiarato l’inammissibilità del ricorso, in quanto questo “risulta rivolto non già a sollevare un conflitto di attribuzione, quanto piuttosto ad ottenere la dichiarazione di illegittimità costituzionale” (in detti ricorsi si invita, infatti, la Corte costituzionale a sollevare dinanzi se medesima il conflitto di attribuzione). L’ordinanza n. 57 del 1971 si limita a dichiarare il ricorso inammissibile, in quanto “sollevato da soggetti od organi estranei” ai “Poteri dello Stato” (e non è il caso nostro, poiché il conflitto viene sollevato da cittadini nella qualità di

“membri”, cioè di organi, del Popolo). L’ordinanza n. 296 dichiara inammissibile il ricorso “in quanto difetta, nella fattispecie in esame, la materia stessa del conflitto di attribuzione”. Dunque, è solo oggi che la Corte costituzionale, in un contesto del tutto anormale, nel quale il Parlamento fa prevalere gli interessi della classe politica sugli interessi del Popolo, è chiamata a pronunciarsi su una questione, che concerne lo stesso “esercizio” della “sovranità popolare” e le stesse “attribuzioni del Corpo elettorale”.

E’ principio fondamentale della giurisprudenza costituzionale che debba esserci comunque un “giudice” per le situazioni di contrasto con i principi fondamentali della nostra Costituzione. E questo è davvero un caso estremo. Se resta in piedi questa legge, avremo un Corpo elettorale mutilato della sua libertà di scelta, un Parlamento costituzionalmente e perennemente illegittimo e, forse, la fine dell’effettività delle norme costituzionali. Lo chiediamo, come “parte” del tutto, in nome dell’Italia repubblicana e democratica.

La zona franca e la legge elettorale: perché il conflitto endorganico chiude il cerchio

di Giampiero Buonomo*

I ricorsi per conflitto di attribuzioni nn. 5, 6 e 7 del 2017 delimitano rigorosamente l'impatto che si propongono di esercitare, sulla giurisprudenza della Corte: proprio nella consapevolezza dell'intervento evolutivo che sollecitano, circondano il *petitum* di cautele strettamente riferite alla materia cui si rivolgono, che è quella elettorale.

È noto che questa materia registra una scabrosa anomalia, quella del "cono d'ombra" conseguente alla disciplina della verifica dei poteri: dopo avervi alluso elegantemente ancora nella sentenza n. 1/2014, la sentenza della Corte costituzionale n. 110 del 2015 ha fatto chiarezza proprio sulla strettoia nell'accesso al vaglio di costituzionalità, che pure discende direttamente dall'articolo 66 della Costituzione. Quando ha dichiarato inammissibile la questione sollevata a seguito dell'azione di accertamento promossa contro la legge elettorale europea (soglia del 4%), la Corte ha spiegato che in quel caso il sistema di tutela giurisdizionale contro gli atti elettorali consente il ricorso ad un giudice terzo: per questo, l'anticipazione di tutela – cioè dell'azione di accertamento svolta in astratto, ad elezioni ancora non convocate – non si giustificerebbe, potendo sempre il giudice (adito sulla legittimità del decreto di convocazione dei comizi, ovvero delle operazioni di proclamazione degli eletti) sollevare in via incidentale la questione di legittimità costituzionale.

Non è così, invece, per le elezioni parlamentari: per la prima volta in modo esplicito, una Corte – la cui *mission* sarebbe quella di difendere la Costituzione – riconosceva che l'articolo 66 impedisce la controllabilità delle leggi elettorali, tanto più che le Giunte non si considerano giudici *a quo* neppure ai fini del controllo di costituzionalità¹: la sentenza n. 110/2015 riconosce un ostacolo – insormontabile per il giudizio di costituzionalità – nell'unica autodichia prevista in Costituzione (quella del giudizio sui titoli di ammissione dei parlamentari)². Questo giustificò la decisione di ammettere la questione di legittimità

* Consigliere del Senato della Repubblica

¹ Non pare che abbiano inciso le diverse posizioni espresse, sul punto, dalle Giunte delle elezioni delle due Camere nella legislatura 2008-2013: quando esaminarono ricorsi contro la legge elettorale che eccipevano la legittimità costituzionale di disposizioni, che furono dichiarate incostituzionali solo molto dopo con la sentenza n. 1/2014, arrivarono ad opposte conclusioni in ordine alla stessa loro natura di giudice *a quo* ed all'ammissibilità della votazione in ordine alla proposta si sollevare questione di legittimità costituzionale (cfr. Giunta delle Elezioni Camera dei deputati - Resoconto di mercoledì 17 giugno 2009; Senato, Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari - Resoconto sommario n. 44 del 3 novembre 2009). Comunque quando la Giunta del Senato, nella XVII Legislatura, si attestò sulla posizione della Camera, la discrasia fu superata (la Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari del Senato ha ribadito la "presa di posizione di questa Giunta nella riunione del 2 luglio 2013 ove si è perfezionata una opinione nel senso di escludere il rinvio di una legge alla Corte costituzionale": XVII legislatura, Senato della Repubblica, Doc. III, n. 1, § 3.2, pp. 17-18).

² Già la relazione dei dieci saggi al Capo dello Stato, nella primavera 2013, proponeva di modificare l'articolo 66 della Costituzione in modo da attribuire "ad un giudice indipendente e imparziale" (togliendola al Parlamento) la decisione su legittimità dell'elezione, ineleggibilità e incompatibilità degli eletti alle Camere. È una proposta che corrisponde ad una serie assai vasta di iniziative parlamentari, finora mai esaminate - tra le tante quella del senatore Manzione n. 1869

costituzionale sollevata nel 2013 dalla Cassazione contro la legge n. 270/2005 (portando alla censura di cui alla sentenza n. 1/2014), e questo rese ammissibile un secondo dubbio sollevato incidentalmente da cinque tribunali contro la legge n. 52/2015 (portando alla censura di cui alla sentenza n. 35/2017).

Il rimedio "in forma specifica" - apprestato dall'ordinamento costituzionale, dinanzi al corto circuito di una verifica dei poteri che è gestita da un giudice *a quo* - sarebbe quindi la dilatazione della strettoia dell'incidentalità, che se interpretata rigorosamente impedirebbe l'ammissibilità dei ricorsi contro la legge elettorale. Ma qui sorge un secondo problema, cui gli odierni ricorsi sollecitano una risposta.

Al di là del valore da annettere alla motivazione della sentenza n. 1/2014 (che nell'ultimo paragrafo ha delimitato l'effetto caducatorio "salvando" il Parlamento in essere)³, è un fatto che la legge n. 270/2005 - pur nelle parti oggetto di incostituzionalità, come il premio di maggioranza - abbia spiegato effetti ultrattivi. Non soltanto, infatti, la Giunta delle elezioni della Camera ha convalidato (anche) i deputati proclamati in base a quel premio⁴; essa ha anche surrogato 26 deputati cessati dalla carica successivamente alla data di pubblicazione della sentenza n. 1/2014 sulla Gazzetta Ufficiale, e lo ha fatto applicando nella più totale indifferenza le norme annullate, *tamquam non esset* la decisione della Corte costituzionale. A dire il vero, anche il Senato ha surrogato almeno 6 senatori, con lo stesso criterio⁵: ma il caso della Camera appare più odioso, considerato il fatto che, anche grazie a parte dei 148 seggi attribuiti col premio ed a molti subentrati, il voto finale della legge elettorale definita "Italicum" raggiunse le 399 presenze⁶, necessarie al rispetto del *quorum* costitutivo prescritto dall'articolo 64, terzo comma della Costituzione.

Se può apparire ultroneo applicare (anche alla luce del predetto ultimo paragrafo della motivazione della sentenza n.1/2014) il principio *ex nihilo nihil*, è innegabile però che scelte condivise, sulle modifiche alle regole del gioco, avrebbero "sterilizzato" l'effetto

della XV legislatura; nella XVI, quelle n. 1971 del senatore Sanna, n. 1179 del senatore Zanda, n. 893 del senatore D'Alia, n. 862 del deputato Pisicchio e n. 444 del deputato Zaccaria, oltre all'articolo 3 del disegno di legge n. 2818 del senatore Follini; nella presente legislatura, il disegno di legge n. 878 a firme Buemi Longo Nencini - e che proprio in riferimento al testo della revisione costituzionale proposta dal governo Renzi avanzò, senza successo, il senatore Buemi (emendamento 4.16 all'Atto Senato n. 1429).

³ V. Antonello Lo Calzo, *La convalida delle elezioni e gli effetti della sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014*, Forum di Quaderni costituzionali, 12 marzo 2015.

⁴ Nonostante fossero attinti da un esposto che argomentava l'incostituzionalità della legge: "Risultano agli atti della Giunta i seguenti ricorsi ed esposti: (...) 5) esposti volti a contestare la costituzionalità della legge elettorale vigente, in particolare con riferimento alle disposizioni dell'articolo 83 del decreto del Presidente della Repubblica n. 361 del 1957 che prevedono l'assegnazione di un premio di maggioranza alla coalizione di liste o alla singola lista che abbia riportato il maggior numero di voti validi in assenza di una soglia minima per l'attribuzione di tale premio" (v. Camera dei deputati, XVII legislatura, *Bollettino delle giunte e delle commissioni parlamentari*, Giunta delle elezioni, Comunicato, 21 maggio 2013, pag. 3).

⁵ L'elenco, nella sua interezza, è recato nell'istanza cautelare di cui è corredato il ricorso n. 7/2017, che, al momento del deposito, richiedeva alla Corte l'esercizio dei poteri di sospensione di cui agli artt. 22, 35 e 40 della legge 11 marzo 1953, n. 87, sul presupposto - positivamente riconosciuto dall'ordinanza n. 225/2017 della medesima Corte costituzionale - che tali poteri siano applicabili per analogia ai conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato.

⁶ Camera dei deputati, XVII legislatura, *Resoconto stenografico dell'Assemblea*, seduta n. 420 di lunedì 4 maggio 2015, p. 62.

determinante dei seggi "dubbi". Così non è stato: l'autodichia delle Camere, nel gestire convalide e subentri, ha proiettato i suoi effetti sui rapporti di forza tra maggioranza e minoranze, lungo tutto il corso della legislatura. Almeno una delle due Presidenze delle Camere ha vissuto quest'alterazione in termini di imposizione, da parte della maggioranza, di forzature procedurali: si tratta di *vitia in procedendo* che si collocano in rapporto di continuità meccanica con quel vizio primigenio, che ammonta a violazione del giudicato costituzionale⁷.

L'ultrattività della legge parzialmente dichiarata incostituzionale, quindi, si è riverberata sull'attività svolta dalle Camere: la maggioranza, su ben due leggi elettorali, è andata a testa bassa serrando le fila con ripetuti voti di fiducia (a seguito dei quali sono decaduti tutti gli emendamenti, compresi quelli dell'opposizione). Si tratta di due casi, per di più, che impattano sull'endiadi "leggi in materia costituzionale ed elettorale", con cui l'articolo 72 comma quarto della Costituzione designa le "norme sulle fonti" della forma di governo parlamentare.

Le procedure di approvazione dell'*Italicum* (e poi del *Rosatellum*) non consistono in meri *interna corporis*, ma ridondano in veri e propri atti in danno delle minoranze per violazioni di tono costituzionale. La lesione, stavolta, non può essere sanata dilatando le "strettezze dell'incidentalità": già in dottrina si era notato come, in questo ambito, la sede propria non può essere quella della questione di legittimità, incidentale o principale che sia, perché il potere di impugnazione (che la mancata Revisione costituzionale attribuiva alle minoranze) era suscettibile di valutazioni pan-politiche⁸, che guardano ai possibili vantaggi futuri del testo votato. Si tratta di valutazioni che, alla lunga, rischiano di mitridatizzare la menomazione giuridico-costituzionale.

La chiave, invece, è proprio nello spostamento su di un diverso strumento, che sanzioni non tanto e non solo il prodotto della forzatura, ma la forzatura in sé: questo è offerto dallo strumento del conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato.

La menomazione si è prodotta in Parlamento, sia pure sotto dettatura della maggioranza di Governo e mediante l'apposizione della questione di fiducia: ecco perché appare poco perspicuo il conflitto oggetto del ricorso n. 4/2017, che è sollevato dal Codacons contro la deliberazione del Consiglio dei ministri che autorizzava la posizione della questione di

⁷ Non è la prima, cui la "zona franca" al riparo dell'articolo 66 Cost. dà luogo: cfr. Senato della Repubblica, XVI legislatura, *Giunte e Commissioni*, Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari, resoconto sommario n. 102 del 7 dicembre 2011, in ordine all'esistenza di posizioni ulteriori, rispetto a quella dedotta nella causa decisa con la sentenza n. 277/2011 della Corte costituzionale.

⁸ Giacomo, D'Amico «*Adelante, Pedro, ... si puedes*». *L'Italicum all'esame della Corte costituzionale*, Forum di Quaderni costituzionali, 28 aprile 2016, pp. 2-3: "lo strumento del controllo preventivo su ricorso di una minoranza parlamentare, per sua natura più politico di quello successivo e incidentale, non è sufficiente ad assicurare una garanzia piena ed effettiva del diritto di voto, proprio perché è rimesso, in definitiva, alla logica della dialettica parlamentare e ai giochi delle forze politiche presenti in Parlamento (...), i quali, tra l'altro, pur muovendo da posizioni di minoranza, potrebbero rinunciare a impugnare una legge elettorale palesemente incostituzionale, confidando di beneficiarne alle successive consultazioni popolari".

fiducia nelle due Camere. Pur rientrando essa tra gli atti propedeutici di cui si chiede (con quelli derivati e conseguenti) l'annullamento, nel ricorso n. 7/2017 la richiesta, consequenziale alla declaratoria della menomazione, è più correttamente quella dell'annullamento delle deliberazioni assunte dall'Assemblea della Camera dei deputati il 29 e 30 aprile 2015, di nuovo dall'Assemblea della Camera dei deputati l'11 ed il 12 ottobre 2017 ed infine dall'Assemblea del Senato il 25 ottobre 2017, tutte assunte sulla scorta del voto di fiducia.

Da questa prospettazione, in ordine all'oggetto, deriva la necessaria natura endorganica del conflitto: è vero che questa forma di tutela delle minoranze parlamentari è sconosciuta al nostro ordinamento (a differenza di quello tedesco), ma è anche vero che il giudice Zanon l'ha teorizzata prima di vestire la toga e che nell'ordinanza sul ricorso Giovanardi del giugno 2016, per la prima volta, la Corte scelse di non affrontarla in termini di carenza di legittimazione attiva. Semmai, c'era la possibilità di utilizzare il ricorso conflittistico come condizione per provocare l'autorimessione della questione di legittimità costituzionale sulla legge della Corte dinanzi a sé stessa: è un artificio, ma già c'è un precedente in cui lo fece la Camera nel 2009 sul caso Matteoli e la Corte non lo censurò⁹. Ma è apprezzabile che il gruppo di avvocati anti-*Italicum*, coordinati dallo stesso onorevole Besostri che difende i ricorrenti per conflitto, se ne sia astenuto: come s'è detto, qui viene in questione la forma, più della sostanza della legge, in quanto la menomazione dei diritti di una minoranza parlamentare consiste essenzialmente in una forzatura procedurale.

Si tratta della lesione del potere di iniziativa e di emendamento, posto in capo al singolo parlamentare, che lo stesso Zanon riconduceva all'articolo 71 Cost.¹⁰: con la “questione di fiducia” infatti, la legge viene votata a blocchi, sia che si scelga di procedere articolo per articolo (art. 116 Reg. Camera), sia che si presenti invece uno o più maxi-emendamenti che raggruppino i testi sui quali viene chiesta la fiducia. Ne deriva, comunque, che decadono tutti gli emendamenti presentati dai singoli parlamentari, i tempi della discussione vengono limitati e ai parlamentari non resta che esprimersi, a scrutinio palese, sul testo “adottato” dal Governo. Già critica sotto il profilo dell'ermeneutica giuridica (le parole “procedura normale di esame” dovranno pure avere un senso), tale scelta confligge col trattamento che lo stesso regolamento parlamentare dedica alla materia elettorale, tant'è vero che nel 1980 la presidente Iotti ritenne di sancire un'apposita riserva (ignorata in questa legislatura).

Non resta che chiedersi se il modello conflittistico si presti ad ulteriori dilatazioni. Una tesi affacciata, sulla scorta dell'*actio popularis* romanistica, è che la menomazione inflitta alla

⁹ Il quesito se la Corte costituzionale in sede di conflitto tra poteri dello Stato sia giudice a quo e possa sollevare questione di legittimità costituzionale dinanzi a sé stessa fu risolto, sia pure soltanto in astratto, dall'ordinanza 14 gennaio 2008, n. 8, in cui la richiesta della Camera dei deputati - di dichiarare la non spettanza del potere di emanare gli atti giurisdizionali impugnati, previa autorimessione della questione di costituzionalità dell'articolo 2 della legge n. 219 del 1989 - non fu dichiarata inammissibile. È ben vero che poi in concreto quel percorso non si rese necessario (in quanto la Corte, con la sentenza n. 241 del 2009, ha dichiarato che quella disposizione era stata male interpretata); ma resta acclarato che quel percorso è agibile, sia pure sotto il vincolo della rilevanza e della non manifesta infondatezza.

¹⁰ Nicolò Zanon, *Il libero mandato parlamentare*, Milano 1991.

dialettica parlamentare dalla procedura imposta dalla maggioranza, sulle leggi elettorali, sia invocabile da soggetti diversi dal potere inciso, cioè dai parlamentari soccombenti. Una tesi da non escludere *a priori*, agitando lo spauracchio dell'accesso diretto alla Corte: semmai, va considerato che l'azione popolare è espressamente contemplata, nel TUEL, per le elezioni locali e che, nell'ordinamento nazionale, essa rientra unicamente nelle modalità con cui si attiva il giudizio di verifica dei poteri coperto dall'articolo 66 Cost.¹¹.

Più che fare capo ad un organo esponenziale del "popolo sovrano" - che sarebbe costituito dal "Corpo elettorale", costituito da tutti i cittadini ai quali è riconosciuta la capacità elettorale - sarebbe allora più congruo ricercare, nella menomazione delineata, un altro possibile soggetto esponenziale di un interesse qualificato, in rapporto al procedimento legislativo: un soggetto che, soccombente al vizio *in procedendo* inferto, esca dall'indistinto "Corpo elettorale" e possa autonomamente qualificarsi come potere dello Stato, ai fini dei "conflitti di attribuzione", di cui all'art. 37 della legge costituzionale 11 marzo 1953, n. 87.

Già è avvenuto che, ai limitati fini del procedimento referendario, il Comitato promotore fosse riconosciuto come potere dello Stato e si ergesse contro violazioni procedurali di altri poteri, volte ad ostacolare lo svolgimento¹² del *referendum* o ad alterare la parità delle sue parti¹³. Perché non potrebbe avvenire, per le limitate forme in cui il Popolo si esprime attraverso istanze di democrazia diretta?

Queste si intarsiano nell'ordinario procedimento legislativo, affidato alla preminente democrazia rappresentativa, mediante alcuni istituti particolari: per i disegni di legge di iniziativa popolare un profilo conflittistico è stato già affacciato in dottrina¹⁴ e non mancano, nelle vicende della XVII legislatura, possibili conculcamenti di diritti garantiti dal Regolamento¹⁵ ai proponenti¹⁶. Ma ciò vale anche per altre istanze popolari, come le petizioni di cui all'articolo 50 Cost.: anche per esse i regolamenti parlamentari contemplano apposite procedure di esame¹⁷ ed anche per esse le forzature imposte a colpi di fiducia

¹¹ Cfr. articolo 7 comma 1 del Regolamento per la verifica dei poteri del Senato della Repubblica: "I ricorsi elettorali debbono essere sottoscritti, con firma autenticata a termini di legge, da cittadini elettori nei collegi interessati o da candidati presentatisi nei collegi stessi".

¹² Corte costituzionale, sentenza n. 102/1997.

¹³ Anche in termini di minore comunicazione pubblica: v. Corte costituzionale, sentenza n. 49/1998.

¹⁴ Roberto Pinardi, *Iniziativa legislativa popolare e conflitto tra poteri*, in *Scritti in onore di Alessandro Pace*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012 (Vol. 1, p. 859-878).

¹⁵ Si rammenta, ad esempio, che l'articolo 74 comma 2 del Regolamento del Senato prevede che "per i disegni di legge di iniziativa popolare presentati nella precedente legislatura non è necessaria la ripresentazione. Essi, all'inizio della nuova legislatura, sono nuovamente assegnati alle Commissioni e seguono la procedura normale, salva l'applicabilità, nei primi sette mesi, delle disposizioni dell'articolo 81".

¹⁶ Ad esempio, il testo approvato dalla Camera dei deputati il 12 marzo 2014, che diede poi luogo alla legge n. 52/2015, risultava dall'unificazione di un disegno di legge d'iniziativa popolare (Atto Camera n. 3) e dei disegni di legge d'iniziativa dei deputati. La proposta di legge n. 3 ("Modifiche alle norme per l'elezione della Camera dei deputati e reintroduzione del voto di preferenza") era stata presentata alla Camera dei deputati nella XVI legislatura il 26 gennaio 2009 ed era stata mantenuta all'ordine del giorno ai sensi dell'articolo 107, comma 4, del Regolamento della Camera: la sua impropria unificazione (trattandosi, di fatto, di un testo per nulla recepito nella legge n. 52) ha pregiudicato anche la possibilità di valersi dell'articolo 107 Reg. Cam. nella prossima legislatura.

¹⁷ Alessandro Coccia, "Art. 50", in Commentario della Costituzione (a cura di Giuseppe Branca), *Rapporti politici* - Tomo 1 (artt. 48-52, p. 49-68), Bologna, Zanichelli; Roma, Società editrice del Foro italiano, 1992.

potrebbero aver rappresentato una lesione, quanto meno del diritto ad essere lette, discusse ed esaminate. Considerato che in ambedue le Camere era stata proposta una panoplia di petizioni e che esse sono state solo formalmente congiunte all'esame referente¹⁸ (nel caso del Senato, risultando anch'esse travolte dalla riassunzione in Assemblea del testo licenziato dalla Camera), ci sarebbe da valutare se anche i firmatari di questi atti non siano titolati a dolersi in sede conflittistica, uscendo dall'indifferenziata o adespota categoria del popolo (o del suo organo Corpo elettorale).

Se, insomma, in politica la moneta cattiva scaccia la buona, il conflitto che rivendica l'accertamento della violazione delle attribuzioni costituzionali può essere un buon modo per risalire la china delle *worst practices* di diritto parlamentare.

¹⁸ Si segnala, *ex multis*, la petizione n. 1599/XVII, con cui "il signor Massimo Villone, di Roma, e numerosissimi altri cittadini chiedono l'introduzione sistema elettorale in cui non siano previsti premi di maggioranza, capilista bloccati né candidature multiple": annunciata in questi termini nel resoconto della seduta d'Assemblea del Senato n. 848 del 28 giugno 2017, fu assegnata alla 1^a Commissione permanente (Affari Costituzionali) in pari data.

Legge elettorale: i rischi di “benaltrismo costituzionale” nei ricorsi

di Stefano Ceccanti*

Le due sentenze della Corte costituzionale sulle leggi elettorali politiche hanno determinato, nonostante il loro contenuto e le loro motivazioni prevalenti, un pericoloso slittamento del dibattito sulla legislazione elettorale in cui le legittime posizioni di merito vengono quasi sempre contrabbandate come obiezioni di costituzionalità nei confronti delle opinioni avverse, talora ricorrendo anche ad argomenti dogmatici o di teoria generale. Una sorta di “benaltrismo costituzionale” (nel senso che vengono evocate Costituzioni inesistenti e ben più decisamente costrittive di quella vigente, alquanto scarna sul punto) che forse potrebbe persino indurre la Corte, per reazione, a restringere le maglie dell’ammissibilità. Infatti un conto è allargarle (come teorizzato nella sentenza 1/2014) per evitare “zone grigie” del sindacato di costituzionalità e un altro è ritrovarsi costantemente esposti a ogni sorta di ricorso sempre più fantasioso nelle procedure e nei contenuti.

Dico nonostante contenuto e motivazioni perché, solo per fare due esempi, si sottovalutano alcuni dati fondamentali delle sentenze, riproponendo argomenti già bocciati. Il primo è quello che identifica la libertà del voto dell’elettore con lo strumento delle preferenze: già piuttosto debole in chiave comparativa, visto che nessuna democrazia medio-grande conosce questo sistema per quanto le Carte ovunque assicurino un voto libero, ma soprattutto esso è negato sia dalla 1/2014 (che ammette esplicitamente sia preferenze sia collegi uninominali sia liste bloccate purché corte) sia dalla 35/2017 (che ammette i capilista bloccati). Il secondo è la presa d’atto che dei molti argomenti di incostituzionalità, soprattutto dopo la 1/2014, che ha dato vari paletti al legislatore, con la seconda sentenza, la 35/2017, è pur vero che è saltato il meccanismo qualitativamente più importante (il ballottaggio nazionale, difficilmente sostenibile dopo il risultato del referendum e la persistenza di un doppio rapporto fiduciario), ma tutti gli altri, non pochi, sono comunque stati rigettati.

Devo poi dire che quando ho sentito parlare di un ricorso preventivo di parlamentari prima di capire che si trattasse di un estroso tentativo di conflitto di attribuzioni avevo pensato che essi si fossero scordati di aver vinto il referendum sulla riforma costituzionale che comprendeva per l’appunto un ricorso preventivo sulle sole leggi elettorali da parte di minoranze parlamentari.

* Professore ordinario di Diritto Costituzionale Italiano e Comparato presso il Dipartimento di Scienze Politiche dell’Università “La Sapienza” di Roma

Il conflitto trae alimento soprattutto dalla presunta limitazione delle prerogative del Parlamento che deriverebbe dal voto di fiducia. Ora l'argomento della lesione dell'ultimo comma dell'articolo 72 che si riferisce alla riserva di Assemblea è inconsistente. La questione è stata affrontata dalla Corte costituzionale nella sentenza 31/1995, punto 6 del considerato in diritto, a proposito di una legge di conversione, affermando che "l'art. 72 della Costituzione affianca al procedimento ordinario di approvazione della legge alcuni procedimenti speciali, la cui disciplina viene affidata ai regolamenti parlamentari" rilevando poi che l'approvazione si fosse "perfettamente adeguata al rispetto delle previsioni regolamentari". I Regolamenti da vari decenni, senza significative contestazioni, non hanno inteso l'ultimo comma dell'articolo 72 nel senso indicato dai ricorrenti, intendendolo esclusivamente come riserva di assemblea e invece proibendo la questione di fiducia sostanzialmente sulle decisioni della vita interna dell'Assemblea. Non sono certo mancate proposte di riforma del Regolamento con l'inserimento di una o più materie, compresa quella elettorale, nell'elenco di quelle su cui la fiducia dovesse essere preclusa, ma esse per un verso dimostrano che ci sarebbe appunto bisogno di una riforma, non sarebbe sufficiente la via interpretativa, e, in genere, sono state associate a una limitazione del voto segreto alla Camera e a forme di corsia preferenziale per abbreviare i tempi, le due motivazioni classicamente utilizzate per il ricorso alla fiducia.

Le questioni non diventano molto più convincenti se si passa al principale argomento di merito: le connessioni tra voto uninominale e di lista che lederebbero la libertà di voto, che poi si articola in due sotto-argomenti: il voto espresso nei confronti dei candidati nei collegi uninominali avrebbe effetti anche sulle liste collegate; il voto espresso nel collegio uninominale sarebbe indistinguibile da quello assegnato alla lista nel collegio plurinominale. Riconosco che qui, a prima vista, il vincolo potrebbe sembrare limitativo della libertà dell'elettore, che comunque non è mai assoluta, Trattandosi di candidati alla medesima Assemblea parlamentare, sia pure su due canali diversi, il legislatore può però legittimamente operare sia nel collegare i voti sia nel renderli parzialmente o totalmente indipendenti. Dalla libertà del voto non si può dedurre una sorta di diritto costituzionale al voto incoerente. Il ragionamento sui pro e sui contro deve svolgersi su un piano rigorosamente politico e non costituzionale: il principale argomento a favore appare comunque tutt'altro che infondato e meriterebbe un'attenzione seria da parte di tutti: siamo sicuri che in un contesto già segnato da forti spinte di trasformismo individuale occorra spingere gli elettori a separare il voto alla lista da quello individuale al candidato nel collegio?

Le analogie che si fanno sono coi sistemi sub-nazionali dove si elegge direttamente il vertice dell'esecutivo e dove peraltro, anche in quei casi, tale opposta scelta non è stata comunque presentata sin qui come costituzionalmente obbligata. In realtà la legge distingue i due voti e si limita appunto proibire il voto incoerente. Forme di collegamento, attraverso apparentamenti e scorpori, erano del resto presenti nelle leggi Mattarella Camera mentre quella Senato prevedeva un unico voto che valeva sia per il maggioritario sia per il proporzionale.

Torniamo a distinguere bene gli argomenti costituzionali da quelli politici: ne guadagneranno entrambe le sfere di discussione.

Sull'ammissibilità dei recenti conflitti di attribuzione sollevati con riguardo alla legislazione elettorale

di Lorenzo Spadacini*

Il 12 dicembre p.v. la Corte costituzionale deciderà sull'ammissibilità di un conflitto di attribuzione avente ad oggetto la legge 6 maggio 2015, n. 52, (il c.d. *Italicum*), mentre non risulta ancora fissata la data per l'ammissibilità di un analogo ricorso, avente però ad oggetto la legge 3 novembre 2017 n. 165 (il c.d. *Rosatellum-bis*). Si tratta di ricorsi promossi da alcuni deputati e dai Gruppi del Movimento 5 Stelle di Camera e Senato nei confronti delle Camere e, ove occorra, del Governo.

Con riguardo al conflitto relativo all'*Italicum*, non c'è molto da dire, dovendo esso – mi pare – ritenersi pacificamente inammissibile, dal momento che l'intervenuta abrogazione della legislazione elettorale oggetto di impugnazione¹ ha fatto infatti venir meno l'attualità dell'interesse ad agire nel ricorso stesso.

Conviene dunque appuntare l'attenzione sul secondo ricorso, che ha ad oggetto il c.d. *Rosatellum-bis*, rispetto al quale possono avanzarsi alcune osservazioni.

In primo luogo, non ha senso dubitare in astratto che i Gruppi o le minoranze o i singoli parlamentari possano costituire poteri dello stato all'interno di un conflitto di attribuzione. Da tempo, infatti, la dottrina² ha superato un'iniziale impostazione restrittiva che portava a escludere ricorsi di questo tipo³. D'altro canto, la stessa giurisprudenza costituzionale non chiude le porte a simili ricorsi⁴.

* Ricercatore di diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Brescia

¹ In proposito si deve precisare che, ancorché in effetti l'art. 1 della legge 6 maggio 2015, n. 52, frutto dell'approvazione dell'emendamento "premissivo" Esposito (a suo tempo presentato all'unico scopo di precludere la votazione di buona parte degli emendamenti durante l'esame parlamentare), non sia stato esplicitamente abrogato dalle recenti modifiche introdotte in materia elettorale, esso, contenendo riassuntivamente le caratteristiche principali dell'*Italicum*, risulta in ogni caso senz'altro abrogato implicitamente, essendo in contrasto con la legislazione sopravvenuta. In riferimento all'emendamento in questione, non solo rispetto alle vicende che hanno condotto alla sua presentazione e approvazione, ma anche con riguardo alla dubbia ammissibilità sul piano procedurale e legittimità sul piano costituzionale dello stesso, nonché ai grandi problemi interpretativi sul piano della sistematica delle fonti ad esso connessi, v. ampiamente M. PODETTA, *Il "fattore tempo" nel c.d. Italicum: applicabilità differita e sottoponibilità a referendum*, in www.forumcostituzionale.it, p. 2 ss., spec. p. 7 ss.

² M. MANETTI, *La legittimazione del diritto parlamentare*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 164; A. PISANESCHI, *I conflitti di attribuzione tra i poteri dello stato. Presupposti e processo*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 270 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Le immunità parlamentari. Natura e limiti di una garanzia costituzionale*, Einaudi, Torino, 1979, p. 98; N. ZANON, *I diritti del deputato «senza gruppo parlamentare» in una recente sentenza del Bundesverfassungsgericht*, in *Giur. Cost.*, 1990, p. 1179; N. ZANON, *Il libero mandato parlamentare*, Milano, Giuffrè, 1991 p. 311 ss.

³ M. MAZZIOTTI DI CELSO, *I conflitti di attribuzione fra i poteri dello Stato*, Giuffrè, Milano, 1972, p. 234.

⁴ Basti qui richiamare la recente ordinanza n. 149 del 2016 della Corte costituzionale, con la quale è stata esclusa l'ammissibilità di un ricorso presentato da alcuni parlamentari con riguardo all'*iter* di approvazione della legge sulle unioni civili, ma non negando la legittimazione attiva dei ricorrenti, che così sembra anzi essere stata implicitamente affermata dalla Consulta.

Il punto delicato, invece, è costituito dall'esatta individuazione, nel caso concreto dell'*iter* di approvazione della nuova legge elettorale, della sfera di attribuzioni costituzionalmente garantite in capo ai soggetti ricorrenti che sarebbe menomata dall'attività di un diverso potere dello Stato.

Da questo punto di vista, il ricorso presentato con riguardo al Rosatellum-*bis* si presta a una duplice lettura.

Secondo una prima lettura, esso sembra costruire il conflitto sul presupposto che una legge elettorale illegittima impedisce lo svolgersi della sovranità popolare attraverso la celebrazione di elezioni politiche regolate da una legge elettorale conforme alla Costituzione. In quest'ottica, i parlamentari *uti singuli* sarebbero menomati nella loro funzione di rappresentanti della nazione, funzione che non potrebbe svolgersi a causa dell'approvazione da parte del Parlamento di una legge elettorale costituzionalmente illegittima.

Quanto alla legittimità della riforma elettorale, la nuova normativa – a mio modo di vedere – è effettivamente costellata di elementi che suscitano dubbi di costituzionalità sia nel merito⁵ sia *in procedendo*⁶. Nonostante tali dubbi di costituzionalità, però, ricostruire il conflitto di attribuzione nel senso che l'approvazione di una legge elettorale illegittima impedisca lo svolgersi della sovranità popolare attraverso la celebrazione di elezioni politiche conformi a Costituzione non sembra altro che uno stratagemma per mascherare la presentazione di quelle che altro non sono che questioni di legittimità costituzionale. Ciò mi pare porti a concludere per l'inammissibilità del ricorso. Così concettualizzato, infatti, esso non sembra chiaramente individuare una sfera di attribuzioni costituzionalmente tutelate in capo ai singoli parlamentari (o ai gruppi o genericamente alle minoranze) che sia lesa da una legge elettorale illegittima. In quest'ottica, se si vuole cioè portare all'attenzione

⁵ In relazione al merito, questi mi paiono i profili critici più evidenti: mancanza dello scorporo o quanto meno della disgiunzione del voto, trasferimento espresso ai candidati nei collegi a favore delle liste, trasferimento del voto espresso per liste tra l'1 ed il 3% ad altre liste coalizzate, consistente slittamento dei seggi tra i collegi plurinominali; inconoscibilità dell'effetto del voto in termini di individuazione dell'eletto nelle liste che recano il medesimo contrassegno della lista votata, disciplina inutilmente speciale per il Trentino-*Südtirol* nonché gli sbarramenti nazionali per il Senato. Si tratta di elementi di probabile contrasto con i principi di uguaglianza, libertà e personalità del voto (artt. 3 e 48 Cost.). In proposito sia consentito rinviare a L. SPADACINI, *La proposta di riforma elettorale all'attenzione del Senato: alcuni dubbi di illegittimità costituzionale*, in *Nomos*, n. 3/2017. Si veda anche A. APOSTOLI, *Il c.d. Rosatellum-bis. Alcune prime considerazioni*, in *Osservatorio Aic*, n. 3/2017.

⁶ In relazione alla procedura, non c'è dubbio – sempre a parere mio – che l'approvazione del c.d. Rosatellum-*bis* sia avvenuta tramite un *iter* legislativo quantomeno non perfettamente confacente né con il Regolamento della Camera (in particolare) né con gli artt. 70 e 72 Cost. (ma quale procedimento legislativo ne è conforme, oggi giorno?): mi riferisco alla criticabile e incoerente prosecuzione dell'*iter* legislativo del c.d. Tedeschellum, all'approvazione indebita di un errore formale alla Camera, all'omissione di una reale istruttoria in Commissione al Senato, ed all'omessa discussione e votazione degli emendamenti sia alla Camera che al Senato a seguito delle otto fiducie. Già nel corso dell'*iter* di esame del provvedimento, questi profili critici sono stati sottolineati, fra gli altri, puntualmente da D. CASANOVA, M. PODETTA, *Si poteva (e si doveva) bloccare la fiducia sulla legge elettorale*, in www.libertaegustizia.it, 11 ottobre 2017, M. PODETTA, *La presidente della Camera si giustifica citando i precedenti: ecco perché sbaglia*, in *il Fatto Quotidiano*, 15 ottobre 2017, p. 4 s., ID., *Dopo le infinite forçature di Montecitorio, siamo all'ennesimo sfregio alla Costituzione*, in *il Fatto Quotidiano*, 24 ottobre 2017, p. 4 s.

della Corte quelle che sono questioni di legittimità costituzionale, la legge potrà essere dichiarata illegittima con le forme che l'ordinamento prevede (o di cui si è un po' avventurosamente dotato di recente⁷), ossia attraverso un incidente di costituzionalità sollevato da un giudice per cui la questione sia rilevante (in sede di accertamento della violazione del diritto di elettorato passivo⁸ ovvero da parte della Giunta delle elezioni in sede di contenzioso elettorale, se questa decidesse di superare una sua ormai antica – ma ugualmente scandalosa – prassi in senso contrario⁹). D'altro canto, ricostruire la posizione del parlamentare come titolare *pro quota* della sovranità nazionale attribuita al popolo dall'art. 1 Cost. o del potere di determinare la politica nazionale (richiamando dunque l'art. 49 Cost. in relazione ai partiti politici) o sulla base della sua funzione di rappresentante della nazione (art. 67 Cost.) non mi pare affatto decisivo al fine di individuare una sfera costituzionalmente assegnata al parlamentare e lesa dall'approvazione di una legge elettorale illegittima.

Tuttavia, il ricorso non si limita a citare, quali parametri costituzionali rilevanti al fine di individuare il potere dello stato leso nella sua attribuzione, gli artt. 1, 49 e 67 Cost. Esso si riferisce, ancorché non nell'*incipit*, anche all'art. 71 Cost., ossia all'iniziativa legislativa assegnata costituzionalmente ai singoli parlamentari¹⁰. A questo riguardo, non può dubitarsi che l'art. 71 – certo in connessione con gli artt. 70 e 67 Cost.¹¹ – ricomprenda, oltre all'iniziativa legislativa in senso stretto, anche il potere, che risulta dunque costituzionalmente riconosciuto al parlamentare, di emendare. Il potere di emendamento, infatti, dell'iniziativa legislativa in generale non è altro che una specificazione necessaria con riguardo ad un procedimento legislativo che sia già in corso¹². Tale potere, naturalmente, è sottoposto a limitazioni, che sono previste dai Regolamenti camerali. Essi, tuttavia, non

⁷ Il riferimento è ovviamente alle modalità con le quali si è addivenuti, di recente, alle sentenze n. 1/2014 e n. 35/2017 della Corte costituzionale, rispetto cui numerosi autori hanno denunciato la forzatura che la stessa Corte costituzionale avrebbe fatto nel giudizio di ammissibilità delle relative ordinanze di rimessione. Si vedano, tra gli altri, G. SERGES, *Spunti di giustizia costituzionale a margine della declaratoria di illegittimità della legge elettorale*, in *Rivista Aic*, n. 1/2014, p. 5, e P. CARNEVALE, *La Corte vince, ma non (sempre) convince*, in *Nomos*, n. 3/2013, 11, 3. Per le diverse posizioni dottrinali in tema di ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale che hanno dato vita alla 1/2014, con riguardo, tra l'altro, al tema della rilevanza, si rinvia a G. ZAGREBELSKY, *La sentenza n. 1 del 2014 e i suoi commentatori*, in *Giur.cost.*, n. 3/2014, p. 2959 ss., che distingue tra autori "normalizzanti", "razionalizzanti" e "contrarianti".

⁸ Si potrebbe dire *à la Besostri*, richiamando l'avvocato che ha firmato buone parte degli atti di citazione che hanno dato luogo alle cause all'interno delle quali sono state sollevate le questioni di costituzionalità poi risolte con le sentenze 1/2014 e 35/2017 della Corte costituzionale.

⁹ Essendo riconosciuta dalla dottrina maggioritaria la natura giurisdizionale dell'attività della Giunta delle elezioni, quantomeno nella fase del contenzioso elettorale vero e proprio, dovrebbe discenderne l'obbligo per la stessa di sollevare le questioni di costituzionalità relative alla legislazione elettorale che siano rilevanti e non manifestamente infondate. In proposito, si vedano: C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova 1975, I, p. 483; S. TOSI, A. MANNINO, *Diritto parlamentare*, Milano 1999, p. 68; T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, IX ed., Milano 1997, p. 305; P. VIRGA, *La verifica dei poteri*, Palermo s.d. (ma del 1949), p. 15 ss.

¹⁰ In questo senso, si veda A. PISANESCHI, *I conflitti di attribuzione tra i poteri dello stato*, cit., p. 273, per il quale «la costituzione conferisce al membro del Parlamento la titolarità della iniziativa legislativa, cosicché in relazione a tale funzione si potrebbe parlare di potere dello stato».

¹¹ N. ZANON, *Il libero mandato parlamentare*, cit., p. 315.

¹² In questo senso N. ZANON, *Il libero mandato parlamentare*, cit., p. 315, per il quale «corollario di tale diritto di iniziativa è il diritto di emendamento».

potranno spingersi al punto da annientare radicalmente tale potere assegnato dalla Costituzione ai singoli parlamentari. In particolare, occorre considerare che l'art. 72 Cost., laddove ammettendo procedimenti legislativi decentrati, implicitamente consente di paralizzare il potere emendativo del singolo parlamentare. In questi casi, infatti, non il singolo parlamentare ma una minoranza qualificata di essi è titolata a richiedere il procedimento legislativo normale, il che attesta che il potere di emendamento in tutti quei casi non è riconosciuto ad ogni singolo parlamentare. Nei casi in cui il procedimento legislativo decentrato è però vietato dal comma 4 dell'art. 72 e, dunque, tra l'altro, in materia elettorale, il potere di emendamento di ogni singolo parlamentare non dovrebbe poter essere integralmente paralizzato.

Se si ritenesse fondata questa ricostruzione, si potrebbe facilmente ritenere che l'attribuzione costituzionale garantita a ciascun parlamentare dall'art. 71, nel caso relativo all'approvazione del Rosatellum-*bis* (ma anche con riguardo all'*iter* di approvazione dell'Italicum), sia stata menomata, dal momento che, con riguardo alla legge elettorale vera e propria (contenuta negli artt. 1 e 2) nessun emendamento è stato né discusso né votato né dall'Assemblea della Camera né dall'Assemblea del Senato. A questo effetto si è giunti attraverso la già ricordata posizione da parte del Governo di otto questioni di fiducia tra Camera e Senato, che hanno precluso la discussione e la votazione di tutti gli emendamenti riferiti alle introducende previsioni elettorali in senso stretto.

Posto in questi termini, il problema non è, propriamente, se il Governo possa o non possa porre la questione di fiducia nelle materie tutelate dal comma 4 dell'art. 72 e dunque, in particolare, in materia elettorale. Più propriamente, infatti, il problema è se la questione di fiducia posta dal Governo possa avere – in quelle stesse materie – effetti procedurali tali da menomare il potere dei singoli parlamentari di presentare, discutere e deliberare quantomeno un numero minimo di emendamenti. Il punto decisivo, dunque, consiste nel mettere in discussione, con riguardo alle materie di cui al comma 4 dell'art. 72, i caratteri che tradizionalmente determinano gli effetti procedurali della questione di fiducia ed in particolare quelli relativi alla priorità della votazione fiduciaria, al prescritto utilizzo del voto palese (per appello nominale)¹³, nonché all'indivisibilità della stessa e – soprattutto – alla inemendabilità dei testi su cui viene posta¹⁴.

Dopotutto, sul piano sostanziale, non è nemmeno possibile vietare che il Governo annunci (o persino minacci) le sue dimissioni in tutti i casi in cui esso intenda far derivare tale conseguenza da una certa deliberazione parlamentare (persino laddove si voti su persone o anche in materia di revisione dei Regolamenti camerali)¹⁵. Viceversa, è possibile

¹³ In effetti è risaputo che il reiterato ricorso all'utilizzo della fiducia nell'*iter* di approvazione del Rosatellum-*bis* è stato utilizzato dalla maggioranza per il tramite del Governo proprio per evitare che si svolgessero votazioni a scrutinio segreto.

¹⁴ Sugli effetti procedurali della questione di fiducia, si veda, da ultimo, A. RAZZA, *Note sulla "normalizzazione" della questione di fiducia*, in *Rivista Aic*, n. 3/2016, p. 8 ss.

¹⁵ In merito si veda M. OLIVETTI, *La questione di fiducia nel sistema parlamentare italiano*, Giuffrè. Milano, 1996, p. 185 s.

disciplinare gli effetti sulle procedure parlamentari che la posizione della questione di fiducia produce. In particolare, sempre che la proposta ricostruzione degli artt. 71 e 72 comma 4 Cost. abbia un qualche fondamento, la questione di fiducia dovrebbe essere disciplinata dai Regolamenti camerali in modo tale da evitare che essa abbia affetti procedurali in contrasto con le disposizioni costituzionali menzionate ed in particolare, per quel che qui rileva, con la necessità di garantire, nelle materie di cui al comma 4 dell'art. 72 Cost., e dunque anche, nello specifico, in quella elettorale, l'esercizio del potere costituzionalmente garantito a ciascun parlamentare di presentare, discutere e veder votati emendamenti, quantomeno in un numero minimo.

Nel caso che ci occupa, in verità, che i Regolamenti – e, in particolare, il Regolamento della Camera – consentano la posizione della questione di fiducia in materia elettorale è una problematica di dubbia soluzione. Secondo taluni, infatti, la questione non avrebbe dovuto essere ammessa in particolare dalla Presidente della Camera, né i pochi precedenti in materia sembrano rivelarsi particolarmente conclusivi¹⁶. Tuttavia, la Corte costituzionale nella sua giurisprudenza si ferma, come è noto, di fronte all'autonomia applicativa dei propri Regolamenti assegnata alla Camere e per esse in particolare ai loro Presidenti¹⁷. Sicché, ai fini della valutazione dell'ammissibilità del ricorso per conflitto di attribuzioni in oggetto, è necessario arrestarsi alla constatazione che le Camere, nel cattivo esercizio della propria autonomia regolamentare (o, se si vuole, applicativa e interpretativa dei Regolamenti), hanno determinato una menomazione di fatto di una attribuzione costituzionalmente attribuita ai singoli parlamentari, e cioè il potere di emendamento in materia elettorale, tutelato dagli artt. 71 e 72 comma 4 Cost., in connessione con gli artt. 70 e 67 Cost.

Se si seguisse questa impostazione, ed entro i limiti indicati, il ricorso potrebbe essere in grado di superare il vaglio di ammissibilità di fronte alla Consulta.

¹⁶ D. CASANOVA, M. PODETTA, *Si poteva (e si doveva) bloccare la fiducia sulla legge elettorale*, cit.; M. PODETTA, *La presidente della Camera si giustifica citando i precedenti: ecco perché sbaglia*, cit.

¹⁷ Sul tema, cfr., per tutti, A. D'ANDREA, *Autonomia costituzionale delle Camere e principio di legalità*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 1 ss.

La legge elettorale dal conflitto politico al conflitto tra poteri

di Massimo Villone*

SOMMARIO. Premessa: l'oggetto del conflitto. 2. Il parlamentare come potere dello Stato. 3. La questione di fiducia e la riserva di assemblea. 4. Conflitto tra poteri e giudizio in via incidentale. 5. Conclusioni.

1. Premessa: l'oggetto del conflitto

Il 12 dicembre è fissata la camera di consiglio in cui la Corte costituzionale deciderà preliminarmente, ai sensi dell'art. 37 l. 87/1953, dell'ammissibilità di un conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato sollevato da alcuni parlamentari in ordine alla legge 52/2015 (Italicum). È oggi vigente la legge 165/2017 (Rosatellum). A prescindere dalle determinazioni che la Corte riterrà di assumere il 12 dicembre, il tema mantiene la sua rilevanza per l'applicabilità alla legge da ultimo approvata dei motivi di ricorso e delle argomentazioni già svolti per l'Italicum.

Preliminarmente, va precisato che oggetto del conflitto di attribuzione non è la eventuale incostituzionalità della legge approvata. Il punto focale si trova nella domanda se attribuzioni costituzionalmente garantite di uno o più parlamentari siano state lese nel formarsi della volontà collettiva. Si tratta di profili diversi e distinti: ben potrebbe accadere che una legge conclusivamente approvata sia immune da qualsiasi censura nel merito delle sue disposizioni, pur essendo stata comunque lesa quella sfera di attribuzioni. Ed è ovviamente possibile anche il contrario. Quindi gli argomenti attinenti alla incostituzionalità del testo nel merito non sono di per sé rilevanti ai fini del conflitto.

La questione deve essere affrontata da tre punti di vista. Il primo: può il singolo parlamentare e/o gruppo parlamentare essere potere dello stato ai fini del conflitto? Il secondo: è lesivo di una sfera di attribuzioni costituzionalmente garantita la posizione di una questione di fiducia nell'ambito della cd riserva di assemblea? Il terzo: potrebbe il conflitto tra poteri in ordine al procedimento di formazione di leggi o atti equiparati essere compatibile con il modello della giustizia costituzionale in via incidentale?

* Professore emerito di Diritto costituzionale, Università Federico II di Napoli.

2. Il parlamentare come potere dello Stato.

La Costituzione menziona in via esplicita o implicita alcuni diritti di cui il parlamentare è individualmente titolare. Così è per il diritto di accedere alla carica, che si desume dal dettato dell'art. 51 Cost., o per il diritto di iniziativa legislativa, o ancora per le norme che prevedono minoranze qualificate per l'esercizio di particolari funzioni (ad es., autoconvocazione, presentazione di mozioni, passaggio dalla commissione in aula). In principio, non si può quindi negare che esista una sfera di attribuzioni costituzionalmente garantita in capo al singolo parlamentare.

Correttamente, dunque, la dottrina ha da tempo messo a fuoco la possibilità di un contrasto tra il parlamentare e l'assemblea di appartenenza. Non è un caso che tale situazione abbia ricevuto maggiore attenzione in tempi relativamente recenti, in parallelo con l'indebolirsi del sistema dei partiti, e contestualmente delle regole, prassi e convenzioni del lavoro parlamentare che in esso trovavano un sostanziale fondamento. È chiaro che in presenza di partiti fortemente strutturati, la disciplina di partito e quella di gruppo regolavano con pochi margini di ambiguità il rapporto tra diritti del parlamentare e formazione della volontà collettiva, conferendo al tempo stesso chiarezza al rapporto tra maggioranza e opposizione. Ma è anche evidente che la situazione è diversa in un parlamento in cui centinaia di componenti cambiano casacca per personali convenienze, o i presidenti sono in modo più o meno univoca espressione della maggioranza. La possibilità di conflitti cresce.

Va comunque sottolineato che qui interessa specificamente l'ipotesi di un conflitto nel contesto di un procedimento di formazione di leggi o di atti equiparati secondo le regole vigenti. È ovviamente possibile ipotizzare in astratto abnormi casi di scuola, ad esempio l'adozione di norme regolamentari o decisioni che precludano in modo arbitrario e discriminatorio a parlamentari o gruppi determinati la presentazione di proposte di legge o emendamenti. Ma le conclusioni cui si potrebbe giungere in siffatto contesto non sarebbero qui di alcuna utilità. Altresì, sembra di dover porre attenzione al singolo parlamentare, piuttosto che al gruppo. È infatti ovvio che il gruppo è struttura essenziale nell'organizzazione della camera. Ma nel formarsi della legge rileva il parlamentare, titolare di "diritti" non suscettibili di vincoli insuperabili da parte del gruppo, rispetto al quale il dissenso è sempre possibile.

Dunque, nel caso in esame e per quanto qui interessa, la domanda è: esiste un diritto del parlamentare a partecipare alla formazione della volontà collettiva? La risposta è che tale diritto esiste, ma nei limiti e modi stabiliti dal regolamento. Non esiste, invece, come diritto assoluto e intangibile, in forme predeterminate.

Non c'è dubbio, ad esempio, che al parlamentare sia consentito presentare emendamenti a un testo in discussione. Ma è altrettanto certo che l'emendamento può essere precluso, senza che si giunga al voto, ad es. per l'approvazione di altri emendamenti o per limiti alla

emendabilità di determinati testi (legge finanziaria, di stabilità, oggi di bilancio). Può presentare proposte di legge o mozioni, ma senza alcuna pretesa che siano sottoposte al voto in commissione o aula. Ha diritto a prendere la parola, che però gli può essere concessa, negata, tolta.

Il diritto del parlamentare si risolve allora nel diritto a che sia osservata e correttamente applicata la disciplina del formarsi della volontà collettiva. Qualora ciò non accada, è viziato il procedimento di formazione di quella volontà, e questo potrà o meno tradursi in un vizio dell'atto sotto il profilo della costituzionalità. Ma la via appropriata da seguire non sarebbe in tal caso il conflitto tra poteri, ma il giudizio in via incidentale.

Le riflessioni qui svolte sono in linea con l'ordinanza 149/2016 della Corte costituzionale, che dichiara ai sensi dell'art. 37, commi 3 e 4, della legge 87/1953 l'inammissibilità di un conflitto sollevato da alcuni senatori per la violazione di norme regolamentari e prassi nel corso dell'esame di un disegno di legge. I ricorrenti assumevano che ne fosse menomato l'esercizio delle prerogative spettanti a ciascun parlamentare, con la conseguente violazione degli artt. 1, co. 2, 67, 71, 72, co 1 e 4, della Costituzione. La Corte ha invece ritenuto che le eventuali violazioni di norme regolamentari e di prassi "debbono trovare all'interno delle stesse Camere gli strumenti intesi a garantire il corretto svolgimento dei lavori, nonché il rispetto del diritto parlamentare, dei diritti delle minoranze e dei singoli componenti".

3. La questione di fiducia e la riserva di assemblea.

Per l'art. 72, ultimo comma, le leggi in materia elettorale – unitamente ad altre – vanno assoggettate al procedimento "normale" di approvazione da parte della commissione e dell'aula, che approva articolo per articolo e con votazione finale. Il doppio passaggio è stato formalmente rispettato sia per la legge 52/2015 che per la 165/2017, assegnate in sede referente alla commissione competente. Sono però sopravvenute tre questioni di fiducia per l'Italicum alla Camera, e ben cinque per il Rosatellum al Senato. Conseguentemente al voto sulla fiducia, sono decaduti tutti gli emendamenti, i cui presentatori non hanno avuto la possibilità di far valere di fronte all'assemblea le proprie proposte e argomentazioni.

La domanda è: la questione di fiducia determina per questa impossibilità una inosservanza del requisito dell'approvazione da parte dell'aula, e conseguentemente una violazione della riserva di assemblea? Va chiarito preliminarmente che, nella specie, il problema si pone non per l'approvazione articolo per articolo e votazione finale, che si riscontra sia per la legge 52 che per la legge 165, essendo state le questioni di fiducia poste sui singoli articoli. Il tema è piuttosto quello della impossibilità di discutere e votare emendamenti al testo approvato in commissione, per la decadenza di tutti gli emendamenti presentati in Aula conseguente al voto favorevole sulla fiducia.

In principio, l'art. 72 co. 4 trova la sua ragion d'essere nella volontà del costituente di assicurare l'approfondimento per alcune categorie di leggi, sottratte a procedimenti speciali o abbreviati. Il necessario passaggio in aula garantisce in specie che quelle leggi siano approvate con il massimo di visibilità e pubblicità tecnicamente possibile, come avviene appunto solo in aula, con la votazione dei singoli articoli e il voto finale. Questo non comporta automaticamente che siano presentati o approvati emendamenti. Potrebbe ben accadere che nessun emendamento sia presentato, o che tutti quelli presentati siano respinti. Ma non è dubbio che la *possibilità* che si porti l'aula alla votazione di emendamenti sia l'ipotesi più ampiamente soddisfattiva dell'intento del costituente.

Ma altra questione è se tale possibilità sia *necessaria*, al punto da configurare una lesione di attribuzioni costituzionalmente garantite per i parlamentari presentatori nel caso che emendamenti presentati non giungano in votazione.

Si può riconoscere al parlamentare – salvo casi particolari – un diritto di *presentare* emendamenti. Ma da questo non si giunge a un “diritto di emendare” che comporti la necessaria sottoposizione all'aula per un voto. Nel lavoro parlamentare è fisiologico che il voto sia precluso. Nel caso di specie, il voto è stato precluso dalla questione di fiducia posta dal governo. Ma un esito non dissimile sarebbe venuto, ad esempio, dalla presentazione di un emendamento *pre-emptive*, riassuntivo dei principi della legge e anteposto, come fu per il ben noto emendamento Esposito al Senato per l'Italicum, tradotto nell'art. 1 della legge 52/2015. In quel caso, la falciatura degli emendamenti fu conseguita con la presentazione di un emendamento contrapposto pensato *ad hoc*. Probabilmente, avrebbe potuto e dovuto essere dichiarato inammissibile, per carenza di contenuto normativo. Fu invece ammesso. Avrebbe potuto dar luogo a un conflitto tra poteri ad opera dei colleghi senatori presentatori degli emendamenti decaduti?

In occasione delle questioni di fiducia, si è molto discusso di precedenti. E non è dubbio che l'unico lontano precedente sia quello relativo alla legge-truffa del 1953. Ma qui vanno considerati due profili.

Il primo è che l'art. 72, 4 co., elenca insieme alle leggi in materia elettorale quelle di delegazione legislativa, di ratifica, di approvazione di bilanci e consuntivi. Le categorie sono elencate alla pari, senza alcuna distinzione o specificazione. E i precedenti di questioni di fiducia per quanto riguarda leggi di delegazione e leggi finanziarie o di stabilità sono numerosi. È ben nota e consolidata la prassi dei maxi-emendamenti, portati all'approvazione con questioni di fiducia, e risultanti in articoli di centinaia di commi.

Il secondo è che la mancanza di precedenti per la legge elettorale derivava prima ancora che dal dettato dell'art. 72 Cost. dalla convenzione costituzionale per cui tale legge non dovesse essere espressione della maggioranza *pro tempore*, ma dovesse riflettere un consenso più ampio per regole ampiamente condivise. In tale prospettiva era impensabile che la legge

elettorale fosse oggetto appropriato di un indirizzo politico di governo, e dunque potesse giustificare il porre una questione di fiducia. Del resto, lo stesso premier Gentiloni aveva esplicitamente escluso che lo fosse nel suo discorso programmatico.

Il venir meno della prassi riflette allora un diverso quadro di rapporti tra maggioranza e opposizione, e la deriva verso un contesto nel quale chi ha il potere e i numeri parlamentari scrive le leggi elettorali secondo la propria convenienza. Era già accaduto con il Porcellum nel 2005, è accaduto di nuovo con l'Italicum nel 2015, e poi con il Rosatellum nel 2017. Le questioni di fiducia ne sono soltanto un riflesso.

Trova ostacolo tutto questo nella giurisprudenza della Corte costituzionale? La risposta è negativa. L'ostacolo verrebbe solo se nelle pronunce emergesse una concezione sostanziale e non meramente formale della riserva di assemblea. Una concezione, quindi, che non fosse soddisfatta di per sé dal doppio passaggio commissione-aula, ma ritenesse costituzionalmente prescritto un approfondimento di merito in ciascuno dei due momenti. Al contrario, sembra corretto ritenere che la Corte, laddove ha guardato all'art. 72, co. 4, si sia fermata a prendere atto della assegnazione in sede referente in Commissione, senza ulteriori considerazioni. Questo si evince, ad esempio, dalla sent. 237/2013 (§ 9.5 del considerato in diritto).

Nella stessa pronuncia (e già nella sent. 391/1995) si esclude anche che la questione di fiducia posta secondo regolamento sull'articolo unico di conversione del decreto legge sia lesiva del principio costituzionale di approvazione articolo per articolo e votazione finale, venendo la discussione e la votazione a concentrarsi su quell'articolo. In specie, questo non significa "che le Camere non abbiano potuto decidere con piena cognizione di tutte le modificazioni apportate, nel corso della procedura, al disegno di legge di conversione" (sent. 391/1995, § 6 del considerato in diritto). Se la questione di fiducia non impedisce una "piena cognizione", non emerge una contraddizione insanabile tra la medesima questione e la riserva di assemblea.

4. Conflitto tra poteri e giudizio in via incidentale.

L'ammissibilità di un conflitto tra poteri che trova origine in un atto di rango legislativo può considerarsi acquisita nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Dopo un iniziale diniego in via di principio nella sent. 406/1989, la Corte corregge la sua linea nella sent. 161/1995, pur dichiarando una formale continuità con le motivazioni della precedente decisione. Pronuncia infatti, a seguito del ricorso presentato da un comitato promotore di referendum, l'annullamento parziale di una disposizione di un decreto legge, in quanto lesiva della campagna referendaria. La linea giurisprudenziale si precisa poi in specie con sentenze adottate su ricorsi presentati dalla Corte dei conti e dal CSM (tra altre, sent. 457/1999 e sent. 284/2005). Il principio desumibile è che il conflitto tra poteri nel caso di

atto di rango legislativo è inammissibile, se la lesione delle competenze può farsi valere in un giudizio in via incidentale. Perché il conflitto sia ammissibile è dunque necessario che: a) al ricorrente la Costituzione riconosca una sfera di attribuzioni; b) che la competenza sia direttamente lesa dalla legge o atto equiparato; c) che il ricorrente non possa far valere le proprie ragioni in un giudizio sollevando una eccezione di costituzionalità.

La domanda è: troviamo in questa giurisprudenza un valido precedente per il parlamentare che sollevi conflitto tra poteri avverso l'assemblea di appartenenza, perché assume di essere stato leso nel suo diritto di partecipare alla formazione della volontà collettiva nell'approvazione di quella stessa legge?

Una differenza risulta evidente. Per i conflitti fin qui giunti alla Corte si è trattato di leggi che avevano un collegamento materiale con la sfera di competenza del potere ricorrente e con le funzioni dallo stesso organo esercitate. L'ambito di applicazione del principio elaborato dalla Corte rimane dunque circoscritto e relativamente ben definito. Troviamo in questo il supporto essenziale alla ricostruzione del conflitto tra poteri come strumento di ordine eccezionale e necessitato, esperibile in quanto unico mezzo di tutela dell'ordine costituzionale delle competenze. Ma trasporre il principio in sede parlamentare avrebbe un significato e una portata ben diversi.

Potrebbe infatti in astratto comportare la legittimazione di uno o più parlamentari a sollevare conflitto per qualunque legge (o atto equiparato) e per qualsiasi decisione da chiunque assunta nel corso di formazione della stessa. Una questione di fiducia appare un caso eclatante, e politicamente lo è. Ma è diverso in principio un contingentamento dei tempi, la preclusione di emendamenti in chiave anti-ostruzionistica con il cd canguro, o il passaggio in aula senza che la commissione abbia concluso i lavori per decisione dei capigruppo?

La conseguenza sarebbe che il conflitto tra poteri non potrebbe essere più visto come lo strumento eccezionale e necessitato che la Corte ha inteso fin qui configurare. Diventerebbe, piuttosto, un ordinario strumento di lotta politica, trascinando il giudice delle leggi nel contesto per esso inappropriato del conflitto sottostante qualsiasi atto di rango legislativo. Contesto ancora aggravato dal dissolversi – già richiamato – della rete di protezione un tempo data dalla disciplina di partito e di gruppo. Possiamo forse escludere che un parlamentare volto all(a cura di) interessi particolari e fermato da una questione di fiducia veda il ricorso per conflitto tra poteri come strumento utile a convincere i propri *clientes* di aver fatto il possibile? Aprire una via verso la Corte non sarebbe allora un elemento di forza del sistema, ma al contrario di ulteriore debolezza.

Inoltre, si verrebbe sostanzialmente a creare un accesso alla Corte in via diretta e nei fatti *ex ante* – in quanto volto all'annullamento dell'atto prescindendo da qualsiasi esperienza applicativa - esperibile dalle opposizioni parlamentari. Modello noto e altrove adottato

(Francia), e forse anche non privo di pregi. Ma che certo non può essere introdotto nell'ordinamento italiano, ispirato a principi del tutto diversi, surrettiziamente e in via pretoria attraverso decisioni della stessa Corte costituzionale.

5. Conclusioni

Il conflitto tra poteri sollevato in ordine alla legge elettorale deve essere considerato inammissibile. Può ben essere che il procedimento di formazione della legge risulti viziato. Ma questo si traduce in una possibile incostituzionalità della legge, da far valere nei modi consentiti, e cioè attraverso un giudizio in cui sollevare la questione di costituzionalità.

È anche vero che seguire la via del giudizio in via incidentale comporterebbe probabilmente che si voti nel 2018 con una legge – secondo un'opinione – ancora incostituzionale, dopo le due (Porcellum e Italicum) già censurate dalla Corte. Ma questo è un fatto ascrivibile esclusivamente alla responsabilità delle forze politiche. La prima sentenza della Corte risale al gennaio 2014. Non sarebbe mancato il tempo di scrivere una buona legge, sicuramente conforme alla Costituzione e a quel che l'interesse del paese richiede.

Si è percorsa – ad avviso di chi scrive - una via diversa. Ma a ciò non si rimedia configurando la Corte come giudice dell'urgenza, né chiedendo alla Corte di aprire vie che non rinsalderebbero un sistema politico e istituzionale gravemente destrutturato, ma potrebbero al contrario – e paradossalmente – contribuire al suo ulteriore indebolimento.

Bibliografia essenziale

La bibliografia in tema di giustizia costituzionale è vastissima. Per un approfondimento sui profili trattati nel presente lavoro v. in specie: ANZON, CARAVITA, LUCIANI, VOLPI (a cura di) *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato* Torino 1993; BIN, BRUNELLI, PUGIOTTO, VERONESI (a cura di) *Il “caso Previti”. Funzione parlamentare e giurisdizionale in conflitto davanti alla Corte*, Torino, 2000; BIN, *L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano 1996; CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, VI ed., Milano, 2012; CERRI, *Poteri dello Stato (conflitto tra i)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXIII, Roma, 1991; CERVATI, *Commento all'art. 71*, in *Commentario della Costituzione*, (a cura di) G. Branca, Bologna, Roma, 1985; FABRIZZI, *Gli “esclusi” dai conflitti tra poteri dello Stato*, in *Federalismi.it*, 2011; GUZZETTA, MARINI, *Diritto pubblico italiano ed europeo*, III ed, Torino 2011; LUTHER, *Cenni di diritto comparato sui conflitti di attribuzioni tra i poteri dello Stato*, in *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, Torino 1993; MALFATTI, PANIZZA, ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, V ed., Torino, 2016; MANETTI, *La legittimazione del diritto parlamentare*, Milano 1990; MAZZIOTTI DI CELSO, voce *Parlamento*

(*principi generali e funzioni*), in *Enciclopedia del diritto*, XXXI, Milano, 1981; PISANESCHI, *Diritto costituzionale*, II ed., rist. agg., TORINO, 2017; PISANESCHI, *I conflitti di attribuzione fra poteri dello Stato. Presupposti e processo*, Milano, 1992; RODOMONTE, *I conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato*, in *Federalismi.it*, 2011; RUGGERI, SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, V ed., Torino, 2014; VERONESI, *Conflitto tra poteri e giudizio incidentale a confronto: interesse ad agire, rilevanza e concretezza*, in *Giust. Cost.*, 1995; VERONESI, *Il «caso Cito»: funzione parlamentare e giurisdizione (ancora) in conflitto*, in *Giur. cost.* 2002; VERONESI, *I poteri davanti alla Corte*, Milano, 1999; ZAGREBELSKY, *Le immunità parlamentari*, Torino 1979; ZAGREBELSKY, MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, 2012; ZANON, “*Sfere relazionali*” riservate a Parlamento e Magistratura e attribuzioni individuali del singolo parlamentare: una distinzione foriera di futuri sviluppi?, in *Giur. cost.*, 1998; ZANON, *I diritti del deputato “senza gruppo parlamentare” in una recente sentenza del BVfG*, in *Giur. Cost.*, 1989; ZANON, *Il libero mandato parlamentare. Saggio critico sull’art. 67 della Costituzione*, Milano, 1991; *adde le voci sul conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato* in ROMBOLI, (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*, Torino, 1993 e successive edizioni.

Notazioni minime a margine del conflitto tra parlamentari e Camera

di Giovanni Serges*

SOMMARIO: 1. Il conflitto tra parlamentare e Camera: il problema della legittimazione attiva. – 2. Le strette dell'inammissibilità con riguardo all'oggetto del giudizio. – 3. La menomazione del potere costituzionale di emendamento in relazione all'apposizione della questione di fiducia. – 4. Questione di fiducia e compatibilità con la riserva di assemblea. – 5. Una diversa prospettiva per la tutela della posizione costituzionale del parlamentare in sede di conflitto?

1. Il conflitto tra parlamentare e Camera: il problema della legittimazione attiva

Si è detto, acutamente, che al fondo della istituzione del rimedio dei conflitti di attribuzione fra i poteri dello Stato vi è la “*speranza (o l'illusione) di poter predeterminare con precisione giuridica i ruoli dei protagonisti della vita politica, attraverso la regolamentazione dei luoghi istituzionali ove essi operano*”¹⁸. Una speranza che diviene ancor più sbiadita (e che, forse, si tramuta, in autentica illusione) quando ad entrare in gioco siano i conflitti interni al luogo della determinazione politica per eccellenza – il Parlamento – e riguardino, addirittura, il rapporto tra le deliberazioni legislative dell'Assemblea parlamentare ed il singolo membro del Parlamento.

È noto come la Corte costituzionale abbia costantemente considerato inammissibili i ricorsi per conflitto di attribuzione proposti da singoli parlamentari in relazione alle prerogative discendenti dall'art. 68 Cost., ritenendo che spetti a ciascuna Assemblea parlamentare la difesa della posizione del singolo membro del Parlamento. Da qui conflitti che sorgono solo a seguito della delibera parlamentare di insindacabilità, anche se, ovviamente, dietro quella delibera vi è la considerazione circa la posizione di un singolo parlamentare.

Direi altrettanto nota è la circostanza che la legittimazione attiva del parlamentare a sollevare il conflitto di attribuzioni non ha trovato mai un esplicito riconoscimento nella giurisprudenza costituzionale. Proprio in una recente decisione¹⁹, in riferimento ad un conflitto prospettato da alcuni parlamentari nei confronti di una delibera legislativa che metteva capo ad un *iter legis* ritenuto idoneo a menomare le attribuzioni costituzionali dei

*Professore ordinario di diritto costituzionale nell'Università “Roma Tre”

¹⁸ Così, G. Zagrebelsky-V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2012, p. 422.

¹⁹ Mi riferisco all'ordinanza n. 149 del 2016. Sul punto si vedano le riflessioni di L. Ardizzone- R. Di Maria, *L'ordinanza 149 del 2016 della Corte costituzionale: un'occasione (mancata) per ripensare la struttura processuale – ed indi, la funzione – del giudizio per conflitto di attribuzioni fra poteri dello Stato*, in *Consultaonline*, 2017, fasc. 1

parlamentari ricorrenti, la Corte ha evitato di prendere una posizione esplicita sul tema sottolineando, perfino nel comunicato stampa anteriore alla pubblicazione della decisione, che il punto non era stato affrontato perché ritenuto assorbito dalla inammissibilità conseguente alla ritenuta assenza di un adeguato “tono” costituzionale del conflitto.

Tuttavia l'ipotesi che un singolo parlamentare instauri un giudizio per conflitto di attribuzioni nei confronti della stessa Assemblea di cui è componente ha trovato, in dottrina, numerose voci favorevoli, sia pure entro limiti circoscritti, correlate alla possibilità di individuare l'esistenza di uno *status* costituzionale del singolo membro del Parlamento dal quale far derivare lo spazio per una sua tutela in sede di conflitto di attribuzioni.

Si è sostenuto²⁰, ad esempio, che la legittimazione del parlamentare a sollevare il conflitto possa trovare un fondamento diretto nell'art. 67 Cost. nella “misura in cui la disposizione costituzionale gli attribuisce un ruolo infungibile nella dinamica del sistema democratico” e che la tutela della libertà del suo mandato “non possa essere affidata all'azione, o all'inerzia, della maggioranza presente in Parlamento in un dato momento”. Una tesi, questa, che muove dalla considerazione secondo cui l'art. 67 configura in positivo il ruolo del parlamentare mentre l'art. 68 – in virtù del quale la Corte ha escluso costantemente la legittimazione del singolo a ricorrere al conflitto – si limita a definire le garanzie dell'organo nel suo complesso.

D'altra parte, all'infungibilità del ruolo rappresentativo dell'intera nazione, si accoppia il potere di iniziativa legislativa, anch'esso espressamente attribuito dalla Costituzione, che serve ad individuare l'esistenza di un nucleo di attribuzioni di cui egli è singolarmente titolare e nel quale, prevalentemente, si sostanzia la funzione generale di rappresentanza.

Questo nucleo di attribuzioni si identifica, non solo nel potere di promuovere atti di iniziativa legislativa ma anche in quello, intimamente connesso al primo, che è rappresentato dal potere di emendamento²¹. Che l'*emendatio* di un testo rappresenti un potere implicito, ma decisivo per il ruolo del parlamentare, lo si può infatti desumere almeno con riferimento a due profili. In primo luogo, infatti, finirebbe per perdere di senso il dibattito nella sede parlamentare nel quale si forma, gradualmente, la volontà collettiva che è momento di sintesi e non già di sola approvazione di un testo iniziale e necessariamente immutabile; in secondo luogo è lo stesso art. 72 Cost. a presupporre che il testo della legge licenziato dalla Commissione possa essere diverso da quello iniziale e quindi frutto degli aggiustamenti prodotti mediante l'esercizio del potere di emendare²².

²⁰ V., al riguardo, A. Saitta, *L'oscillazione del pendolo*, Milano, 2004, p. 268

²¹ Cfr., sul punto, A. Placanica, *Le Assemblee parlamentari quali parti nei conflitti d'attribuzione tra i poteri dello Stato*, in *Il Parlamento della Repubblica: organi, procedure, apparati*, Roma, 2001, Vol. 2, p. 857-965.

²² Osserva esattamente N. Lupo, *Emendamenti, maxi emendamenti e questione di fiducia nelle legislature del maggioritario*, in E. Gianfrancesco - N. Lupo (a cura di), *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza ed opposizione*, Roma, 2007, p. 41 che “un'analisi attenta del testo costituzionale mostra che il potere

Iniziativa legislativa e possibilità di incidere sul procedimento legislativo per il tramite del potere di emendamento sono, dunque, due aspetti di una medesima attribuzione discendente direttamente dalla Costituzione rispetto alla quale il parlamentare deve ritenersi soggetto capace di esprimere una volontà definitiva nettamente distinta da quella - riferibile all'organo nel suo complesso - che emerge in seno all'Assemblea con l'approvazione di un atto legislativo.

Difficile quindi escludere che, quando entri in gioco una lesione o menomazione di quel potere, al parlamentare possa essere negata la possibilità di difendere direttamente l'attribuzione costituzionale utilizzando lo strumento del conflitto²³. La circostanza poi che la Corte costituzionale, pur non avendolo espressamente riconosciuto, ha però, nel tempo, e con diverse espressioni, lasciato intendere per implicito che esso possa trovare formale riconoscimento, dovrebbe condurre a considerare come ragionevole una soluzione positiva in ordine all'ammissibilità del conflitto dal punto di vista soggettivo.

Se, insomma, il profilo soggettivo del conflitto che alcuni parlamentari hanno proposto a difesa delle attribuzioni costituzionali che essi asseriscono essere state lese o menomate dalla delibera legislativa (e dal suo *iter* procedimentale) con la quale la Camera ha approvato la nuova legge elettorale, sembra fondato, assai più complessa appare sia la questione dell'oggetto del conflitto, sia quella degli effetti dell'eventuale decisione di accoglimento che potrebbe derivarne.

2. *Le strettoie dell'inammissibilità con riguardo all'oggetto del giudizio*

Per poter superare le strettoie dell'inammissibilità del conflitto, come risultano dalla richiamata ordinanza 149 del 2016, il ricorso non dovrebbe fondarsi sull'idea che la menomazione discenda dalle «*modalità di svolgimento dei lavori parlamentari come disciplinati da norme e prassi regolamentari, che scandiscono i "momenti" del procedimento di formazione delle leggi, quali sono sia l'abbinamento dei disegni di legge attinenti a materie identiche o strettamente connesse, sia la "calendarizzazione" dei lavori in assemblea, con conseguente discussione, esame, modifica e votazione dei disegni di legge in tale sede*». La Corte ha ricordato in quella sede, in virtù della riconosciuta e riservata potestà di disciplina del procedimento legislativo, nella parte ovviamente non direttamente disciplinata dalla Costituzione, che quelle stesse modalità sono coperte dall'autonomia delle Camere che «*si estrinseca non solo nella determinazione di cosa approvare, ma anche nella determinazione di quando approvare*».

Di conseguenza, conclude la Corte, «*eventuali mere violazioni di norme regolamentari e della prassi parlamentare lamentate dai ricorrenti debbono trovare all'interno delle stesse camere gli strumenti intesi a*

di emendamento, pur non essendo espressamente disciplinato né menzionato, risulta essere chiaramente presupposto dalla carta costituzionale»

²³ Sul punto v. N. Zanon, *Il libero mandato parlamentare*, Milano, 1991, p. 312

garantire il corretto svolgimento dei lavori, nonché il rispetto del diritto parlamentare, dei diritti delle minoranze e dei singoli componenti».

È questo, dunque, il rigido e rigoroso recinto che il Giudice delle leggi ancora una volta oppone, un recinto al centro del quale si colloca quello «*scricigno della sovranità dei partiti*»²⁴ entro il quale sono custoditi i regolamenti parlamentari coperti dal ferreo scudo della loro assoluta insindacabilità.

Ed è ai regolamenti che è affidata la tutela sia dei diritti delle minoranze che quello dei singoli componenti delle Camere, con la conseguenza che lesioni o menomazioni di sorta possono avviarsi verso la strada della loro possibile “*giurisdizionalizzazione*” mediante lo strumento del conflitto solo a condizione che esse siano riferibili ad attribuzioni direttamente discendenti dalla Costituzione.

Un ricorso per conflitto di attribuzioni a tutela di posizioni dei singoli componenti o di minoranze, dunque, per poter superare lo steccato di questo rigido recinto deve muoversi in altra direzione, deve cioè prospettare la lesione di una attribuzione che discenda direttamente da norme costituzionali.

Si tratta allora di verificare se il conflitto prospettato si muova in questa direzione e sia in grado di superare questa ardua preclusione.

3. La menomazione del potere costituzionale di emendamento in relazione all'apposizione della questione di fiducia

Il punto centrale e forse più qualificante delle questioni che si agitano nel ricorso è quello che concerne la prospettazione di una menomazione del potere costituzionale di emendamento del parlamentare discendente dal procedimento legislativo che ha condotto all'approvazione della nuova legge elettorale (legge n. 165 del 2017), un *iter legis* che, al pari di quello che lo aveva preceduto (sfociato poi nell'approvazione dell'ormai abrogata legge n. 52 del 2015), si è caratterizzato per il ricorso all'apposizione della questione di fiducia su tre articoli qualificanti nell'ambito di una materia – quella elettorale, per l'appunto – sulla quale la Costituzione impone la riserva di procedimento ordinario o riserva di assemblea.

È vero che nel ricorso si adombra anche una lesione discendente dall'approvazione di una legge elettorale incostituzionale che in quanto tale – si afferma – comporterebbe una menomazione della funzione del parlamentare quale rappresentante dell'intera nazione perché inciderebbe sul modo di esercizio della sovranità, ma si tratta di una censura che in realtà finisce per indebolire la costruzione delle ragioni del conflitto perché, fin troppo

²⁴ L'efficace espressione è di M. Manetti, *Procedimenti, controlli costituzionali e conflitti nella formazione degli atti legislativi*, in *Decisione conflitti controlli: procedure costituzionali e sistema politico*, Napoli, 2012. - p. 4

scopertamente, adombra uno scopo diverso (e certamente inammissibile del conflitto) ovvero la sua indiretta finalità di giungere per questa strada alla eliminazione della legge incostituzionale piuttosto che a tutelare la posizione dei singoli parlamentari. Uno scopo che diventa perfino esplicito quando, forse imprudentemente, si fa riferimento alle “strette dell’incidentalità” a sostegno delle ragioni del conflitto.

Non vi è dubbio, tuttavia, che il “cuore” del conflitto risieda nella invocata menomazione delle attribuzioni del singolo componente dell’Assemblea discendente dalla violazione degli artt. 67, 70 e 72 e, più in particolare, dalla circostanza che il diritto di emendamento riferibile al fascio di attribuzioni garantito al parlamentare quale rappresentante dell’intera nazione sia stato leso dal ricorso ad un procedimento legislativo diverso da quello ordinario imposto dalla Costituzione per le leggi elettorali. Al tempo stesso è proprio rispetto a questo profilo che si configura il più diretto confronto con gli ostacoli che la più recente giurisprudenza costituzionale, come si è poc’anzi rilevato, oppone all’ammissibilità del rimedio giurisdizionale.

Si è ripetutamente sottolineato in dottrina come la questione di fiducia – istituto non previsto dalla Costituzione, frutto di una prassi poi cristallizzata nei regolamenti parlamentari – si inserisca nell’ordinario procedimento legislativo comportando una significativa e irreversibile mutazione della dinamica e della dialettica parlamentare²⁵.

In primo luogo, l’apposizione della questione di fiducia impone che sull’oggetto su cui essa è posta si determini la priorità della votazione. In tal modo l’ordine delle votazioni degli emendamenti, anch’esso definito dai regolamenti (e, in parte, integrato dalla prassi), si piega all’esigenza voluta dal Governo e ne esce inesorabilmente alterato. Non solo gli emendamenti di fatto scompaiono (e con essi il rigoroso ordine prestabilito) ma muta lo stesso oggetto della votazione che viene diretta verso la conferma della fiducia per il tramite dell’approvazione del testo dell’articolo. La posizione dei singoli componenti dall’Assemblea si riduce entro gli angusti ambiti di un voto che somiglia molto ad una ratifica della posizione assunta dal Governo. Quest’ultimo, in larga misura, si appropria del procedimento parlamentare imponendo un ordine procedimentale del tutto diverso rispetto a quello ordinario. In altri termini, alla parità di posizione tra Governo e singoli parlamentari rispetto agli emendamenti, si sostituisce la posizione in qualche modo sovraordinata del Governo che, di fatto, annulla il potere di emendamento del singolo. Naturalmente, alla priorità che è richiesta dall’apposizione della questione non può che accoppiarsi la impossibilità di una sua divisione per parti che dunque richiede che essa sia sottoposta a scrutinio in blocco, secondo la configurazione che ad essa ha dato il Governo.

Conseguenza ovvia di siffatta situazione è che la proposta sulla quale verte la questione di fiducia venga votata senza alcuna possibilità di subire emendamenti né, tanto meno, di

²⁵ Sul punto si veda l’analisi di G. Piccirilli, *I paradossi della questione di fiducia ai tempi del maggioritario*, in *Quad. cost.*, 2008, 789 ss.

subire frazionamenti. Una volta, infatti, che il governo collega la sua permanenza in carica all'approvazione di un certo contenuto della deliberazione legislativa non si possono configurare alternative di sorta e l'Assemblea è messa di fronte alla sola possibilità di aderire o di negare la fiducia con tutte le conseguenze che, in quest'ultima ipotesi, possono derivare, ivi compresa quella della impossibilità politica di formare una nuova maggioranza e di avviarsi pertanto verso lo scioglimento anticipato.

La logica della questione di fiducia si inserisce dunque nel procedimento legislativo con un effetto dirompente che altera radicalmente la dinamica della formazione dell'atto legislativo ed attribuisce al Governo una posizione di forza nella formazione della volontà dell'Assemblea la quale è chiamata sì a pronunciarsi sulla scelta politica contenuta nell'atto legislativo ma, prima ancora, è chiamata in realtà ad esprimersi sulla permanenza del rapporto fiduciario che non può che condizionare, a sua volta, la decisione sul contenuto della deliberazione legislativa.

Non è questa, ovviamente, la sede per riflettere sul ruolo che la questione di fiducia ha assunto complessivamente nella evoluzione della forma di governo, specie nelle legislature improntate al sistema maggioritario, e sul suo crescente uso, sempre più somigliante ad un vero e proprio abuso, che si traduce in un allontanamento netto dalla sua iniziale ragione giustificatrice, ossia la verifica della perdurante esistenza del rapporto fiduciario²⁶.

4. *Questione di fiducia e compatibilità con la riserva di assemblea*

Dal circoscritto punto di vista delle presenti, sintetiche notazioni mi limito pertanto a soffermarmi su di un solo punto, ossia sulla compatibilità del ricorso alla questione di fiducia su proposte di legge dirette a disciplinare le materie sulle quali la Costituzione impone il procedimento ordinario e, in particolare, sulla materia elettorale.

Per le ragioni che si sono sopra esposte il ricorso alla questione di fiducia, per la sua capacità di incidere sul procedimento legislativo, alterandolo in una certa direzione, sembra distaccare l'*iter legis* dal modello "*normale di esame e approvazione*" cui fa esplicito riferimento l'ultimo comma dell'art. 72 Cost.

Si tratta di una questione certamente non nuova ma che forse può oggi essere riguardata da un'angolazione diversa – quella del conflitto di attribuzioni – rispetto a quella sinora affrontata, ossia quella del possibile vizio di illegittimità costituzionale di una legge per un vizio procedurale connesso ad una violazione costituzionale prodotta dal regolamento parlamentare.

²⁶ Una puntuale rassegna ed un'analisi critica dei profili problematici si trova, sul punto, nel recente lavoro di A. Razza, *Note sulla "normalizzazione" della questione di fiducia*, in *Riv. AIC*, n. 3, 2016

Su questo punto, come è noto, la giurisprudenza costituzionale ha costantemente mantenuto una posizione di estrema rigidità come testimonia, fra l'altro, la sentenza n. 391 del 1995 la quale merita di essere ricordata proprio perché affronta il tema del procedimento legislativo sul quale si innesta una questione di fiducia.

La posizione della Corte è netta e può così riassumersi: a) l'art. 72, 4° comma, nel disporre per quelle quattro materie la procedura normale di approvazione impedisce solo che in quelle materie si possa utilizzare il procedimento in sede redigente o quello in sede deliberante; b) il rinvio che l'art. 72 opera ai regolamenti parlamentari per la disciplina del procedimento legislativo lascia libere le Camere di configurare il procedimento e, una volta che quel procedimento sia rispettato, non può configurarsi alcun vizio di legittimità costituzionale; c) il procedimento nel quale si appone la questione di fiducia è da considerare un "procedimento speciale" (così lo definisce espressamente la richiamata decisione 391/95) e, pur modificando alcuni caratteri della procedura di approvazione, è comunque da ricondurre alla procedura normale, rientrando nella libera determinazione della potestà regolamentare delle Camere; d) la configurazione del procedimento (salvo il limite costituzionale del ricorso alle procedure in sede deliberante e in sede redigente) è rimessa alla discrezionale disciplina dettata dalle Camere con il regolamento che rimane atto insindacabile.

Non può che colpire in questa posizione, quale complessivamente emergente dalla giurisprudenza costituzionale, sia sul versante della sindacabilità dei regolamenti parlamentari che su quello della interpretazione della riserva di assemblea, la vistosa contraddizione tra il riconoscimento esplicito del carattere della "specialità" al procedimento nel quale si innesta la questione di fiducia e la sua pacifica (e, forse, disinvolta) riconduzione al procedimento "ordinario" ai fini del rispetto della riserva di assemblea imposta da Costituzione.

Muovendo dalla considerazione che la riserva di assemblea dovrebbe costituire un «limite alla discrezionalità dell'autonomia regolamentare della Camere»²⁷ molto più penetrante rispetto a quello, debolissimo, fatto proprio fino ad oggi dai regolamenti parlamentari la posizione della Corte è, di frequente, oggetto di serrata critica²⁸.

Si sottolinea soprattutto, con riferimento alla questione di fiducia, come l'esigenza di particolare cautela, cui avrebbe dovuto ispirarsi il suo innesto nel procedimento legislativo, non sia stata tenuta in alcuna considerazione e il suo uso nei procedimenti legislativi su

²⁷ L'espressione è di S. Traversa, *La riserva di legge d'Assemblea*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, p. 272, cui si deve uno dei pochi studi specifici sul tema della riserva d'Assemblea.

²⁸ Mi riferisco in particolare alle riflessioni critiche svolte di recente da T. Guarnier, *Legge di delega e questione di fiducia. Appunti su una convivenza sospetta*, in *Dir. e soc.*, 2015, spec. Pag. 94 ss, cui si rinvia anche per gli ampi richiami di dottrina in argomento.

materie coperte da riserva d'Assemblea abbia finito, in larga misura, per ignorare integralmente le ragioni giustificatrici di questo istituto.

Se si guarda, infatti, agli ambiti nei quali è prescritta la riserva di procedura “normale” ci si accorge che, in primo luogo, essi riguardano materie nelle quali le Camere sono chiamate a svolgere una funzione di controllo e di indirizzo sul Governo (bilancio e rendiconto, autorizzazioni alla ratifica di trattati internazionali, delega legislativa) e rispetto alle quali, dunque, non solo dovrebbe garantirsi la più ampia possibilità di dispiegare per intero le potenzialità della dialettica e del dibattito parlamentare, ma dovrebbero anche, per le medesime ragioni, essere limitati (se non addirittura preclusi) gli strumenti di prevalenza del Governo nel procedimento legislativo.

Ma a maggiore ragione questi argomenti dovrebbero essere considerati con riferimento alla materia elettorale, l'unica che il costituente, non a caso, ha voluto affiancare a materie nelle quali si esercita il controllo parlamentare, così in fondo sottolineando che proprio in quella materia, decisiva per la formazione del Parlamento e, più in generale, per la realizzazione del principio della rappresentanza e della sovranità popolare, l'opera delle Assemblee richiede la più ampia possibilità di ricorso ad un procedimento legislativo che si sviluppi con le più larghe garanzie di partecipazione.

5. *Una diversa prospettiva per la tutela della posizione costituzionale del parlamentare in sede di conflitto?*

Ora, se la giurisprudenza costituzionale appare granitica sul versante della insindacabilità dei regolamenti parlamentari in relazione al procedimento legislativo, è possibile che una diversa prospettiva possa aprirsi quando ad entrare in gioco siano le menomazioni della posizione del singolo parlamentare sacrificate da un procedimento nel quale, con evidenza, le esigenze di efficienza e rapidità del processo decisionale sembrano largamente prevalere sulle garanzie di partecipazione?

Invero la tesi di un possibile sindacato della Corte che investa, anche incidentalmente, il regolamento parlamentare era stata sostenuta da attenta dottrina²⁹ sulla base della considerazione che l'esclusione del sindacato in sede di conflitto pone la Corte in aperta contraddizione con se stessa.

Se, infatti, il fondamento dell'esclusione di ogni possibile sindacato di legittimità del regolamento si fonda sulla natura dell'organo (l'autonomia garantita delle Camere, sottolineata con particolare enfasi nella notissima decisione n. 154/85) e non già sui caratteri

²⁹ Mi riferisco allo studio di G. Floridia, voce *Regolamenti parlamentari*, in *Dig. Disc. Public.*, vol XIII, Torino, 1997, p. 101 ss. La tesi è stata poi ripresa da R. Cerreto, *La sindacabilità del diritto parlamentare non scritto*, in N. Lupo (a cura di), *Il precedente parlamentare tra diritto e politica*, Bologna, 2013, p. 238-239 e, più di recente da V. Casamassima, *L'opposizione in parlamento*, Torino, 2013, p. 474

propri del regolamento parlamentare, è allora di tutta evidenza che l'area della insindacabilità dovrebbe estendersi ad ogni determinazione parlamentare, anche quelle puntuali e concrete che, ad esempio, riguardano le prerogative di insindacabilità in ordine alle opinioni espresse da un parlamentare.

Al contrario, dal momento che la Corte esercita ampiamente il sindacato in sede di conflitto di attribuzioni proprio sulle determinazioni delle assemblee che intendono tutelare la prerogativa del singolo parlamentare, il rifiuto di sindacare il regolamento finirebbe per comportare l'assurda conclusione che quello della disciplina delle funzioni parlamentari nell'ambito del procedimento legislativo sia l'unico potere che la Corte ritiene debba essere sottratto, proprio nell'ambito dei conflitti, al suo sindacato.

Una conclusione grave e ampiamente contraddittoria alla quale, oggi, la Corte dovrebbe tentare di fornire una risposta convincente che sia in grado di stabilire un accettabile equilibrio tra le garanzie poste a presidio della funzione del parlamentare e quelle poste a presidio dell'autonomia del Parlamento nella configurazione del procedimento legislativo.

Se il ricorso per conflitto contro il procedimento che ha condotto all'approvazione della vigente legge elettorale, e contro l'atto finale, dovesse superare le difficili soglie della ammissibilità, potrebbe allora aprirsi uno scenario diverso e complesso, ancora difficile da immaginare.

LA VIA FRANCESE DELLE RIFORME TRA DEMOCRAZIA RAPPRESENTATIVA E DEMOCRAZIA PARTECIPATIVA³⁰

di Paola Piciacchia**

Coniugare rappresentanza e partecipazione. La stagione delle riforme istituzionali annunciate da Macron il 3 luglio al Congresso del Parlamento sembra essersi aperta con questa volontà di fondo, quella di giungere ad un processo di rinnovamento della democrazia francese - nel più ampio contesto di approfondimento del processo di integrazione europea - attraverso scelte condivise da tutte le forze politiche presenti in Parlamento con una apertura netta alla democrazia partecipativa, e dunque alla società civile.

Un disegno ambizioso, partito con l'approvazione delle due leggi (una organica e una ordinaria) sulla fiducia nella vita politica, promulgate il **15 settembre** - con le quali il legislatore, intervenendo su temi quali la trasparenza della vita pubblica, la lotta alla corruzione e il finanziamento dei partiti politici, ha voluto porre le basi per un recupero della fiducia dei cittadini nelle istituzioni - ma che nei mesi scorsi ha preso sostanzialmente forma con il processo di dibattito e proposta per riforme istituzionali più compiute, avviato a settembre e che, a distanza di qualche mese, ha già prodotto i primi risultati.

Se l'iniziativa - sulla scia del programma riforme lanciato da Macron il 3 luglio - era già stata presentata il 2 agosto 2017 dal Presidente dell'Assemblea Nazionale, François de Rugy con le linee guida e il metodo di lavoro per la riforma dell'Assemblea Nazionale, è stato a partire dal **20 settembre** con la costituzione effettiva di sette gruppi di lavoro - formati ciascuno da dieci deputati rappresentanti di tutti i gruppi al fine di garantire il pluralismo, e con l'attribuzione, significativamente, della presidenza di un gruppo di lavoro a ciascun gruppo politico - che il dibattito ha avuto inizio.

³⁰ Contributo sottoposto a *Peer Review*.

** Professore aggregato di Diritto pubblico comparato - "Sapienza" Università di Roma

I sette gruppi di lavoro, (precisamente sullo statuto dei deputati; sulle condizioni di lavoro all'Assemblea Nazionale e sullo statuto degli assistenti parlamentari; sulla procedura legislativa e sui diritti dell'opposizione; sui mezzi relativi al controllo e alla valutazione; sullo sviluppo sostenibile; sulla democrazia digitale e le nuove forme di partecipazione dei cittadini; sull'apertura dell'Assemblea Nazionale alla società e la sua influenza scientifica e culturale), attraverso una fitta agenda di incontri (67 riunioni per un totale di 120 ore) ed audizioni (ben 160) di esperti negli specifici campi, hanno condotto per circa tre mesi un ampio dibattito sulle singole tematiche. Questa prima fase si è conclusa con la presentazione, il **13 dicembre**, di un Rapporto sulla [Prima Conferenza delle Riforme](#), con la sintesi dei risultati del lavoro dei singoli gruppi.

Nella *Prefazione* del Rapporto il Presidente dell'Assemblea Nazionale ha voluto sottolineare l'importanza del metodo adottato e l'apertura ad un dibattito il più ampio possibile, definendo il lavoro portato avanti una risposta della democrazia parlamentare alla crisi di partecipazione dei cittadini, il cui esito più eclatante era stato l'altissimo tasso di astensionismo alle ultime elezioni legislative di giugno.

Pluralismo, trasparenza, apertura ed efficacia le parole chiave attraverso le quali è stata descritta l'iniziativa, che non solo ha posto al centro il Parlamento come “le lieu du debat politique” ma ha anche teso una mano e strizzato un occhio alla democrazia partecipativa aprendo le porte dell'istituzione parlamentare ai cittadini con l'attivazione di una piattaforma digitale attraverso la quale hanno avuto la possibilità di fare proposte di riforma.

Il Rapporto contiene 95 proposte elaborate dai sette gruppi di lavoro che hanno raccolto, in quasi tutti i casi, unanimità di consensi.

Riduzione del numero dei parlamentari; riduzione del numero di parlamentari richiesti per la *saisine* al Consiglio costituzionale e per il ricorso per la violazione del principio di sussidiarietà ai sensi dell'art. 88-6; introduzione in Costituzione della menzione relativa al tipo di scrutinio maggioritario, proporzionale o misto; periodicità dell'aggiornamento delle circoscrizioni elettorali con l'attribuzione alla

Commissione dell'art.25 Cost. di un potere di raccomandazione sulla necessità di una revisione periodica delle circoscrizioni; limiti al cumulo dei mandati per il rinnovo della classe politica, ivi compreso il divieto del cumulo delle funzioni tra membro del governo e mandato elettorale locale; razionalizzazione del lavoro legislativo con l'introduzione dell'obbligo del Governo di presentare il programma legislativo annuale; instaurazione di un dialogo preliminare tra Governo e commissioni; valorizzazione della valutazione legislativa *ex ante* prima della presentazione dei progetti di legge; introduzione di una sorta di procedimento legislativo in sede redigente, con la possibilità di approvare emendamenti solo in commissione; introduzione di una lettura unica per ogni Camera e non solo in caso di procedura accelerata; aumento del tempo a disposizione delle commissioni per l'esame del testo; razionalizzazione del tempo legislativo programmato (TLP); allargamento dell'intervento del Consiglio di Stato sulle proposte di legge ed estensione anche agli emendamenti del Governo e dei parlamentari; ripensamento della procedura di bilancio; controllo a livello ministeriale dello stato di applicazione delle leggi; aumento della capacità di iniziativa parlamentare e del tempo riservato all'opposizione nell'ordine del giorno; aumento delle commissioni parlamentari con soppressione del limite massimo fissato in Costituzione; estensione dei poteri delle commissioni di inchiesta ivi compresi quelli di convocazione, comunicazione e di controllo *sur pièces et sur place* ed estensione della loro capacità di intervento anche su questioni oggetto di indagini giudiziarie; implementazione dello studio di impatto ed accrescimento della qualità. Queste sono solo alcune delle proposte presentate e che, di qui al 2022, costituiranno la base di partenza per la futura stagione delle riforme.

Il lavoro portato avanti dai gruppi è stato accurato e minuzioso e si è avvalso anche del contributo dei cittadini che hanno avuto la possibilità di inserirsi nel dibattito facendo proposte – come si diceva - su una piattaforma digitale creata sul sito dell'Assemblea Nazionale e resa accessibile on line dal **9 ottobre** al **6 novembre**.

L'Assemblea Nazionale ha così cercato di dare una risposta alla crisi di partecipazione manifestata alle elezioni legislative con l'alto tasso di astensione,

aprendosi alle domande di partecipazione espresse in altre forme dai cittadini. Sostanzialmente un confronto tra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa, e la constatazione del Parlamento che “tout en restant l'institution de representation des citoyens, elle doit désormais consacrer le principe de la participation citoyenne et le traduire dans les faits a toutes les etapes de la construction et du suivi de la loi”.

I dati raccolti tramite la consultazione svoltasi sulla piattaforma informatica predisposta sul sito dell'Assemblea Nazionale sono stati resi accessibili come *open data* in un rapporto pubblicato a **novembre**.

A conclusione della consultazione una sintesi dei contributi è stata selezionata ed elaborata da un Comitato scientifico. Coloro che vi hanno contribuito, selezionati sulla base di un numero di voti positivi ricevuti e in funzione dell'attivismo sulla piattaforma *on line*, sono stati poi invitati all'Assemblea Nazionale il **25 novembre** per esporre le loro idee ai membri dei gruppi di lavoro nei singoli *ateliers* tematici. Nel Rapporto del **13 dicembre**, infatti, ogni gruppo di studio ha fatto specifica menzione al contributo dei cittadini che si sono espressi *on line*.

Si è trattato finora di un esperimento non solo innovativo, ma anche dai risvolti interessanti che potrà però essere valutato appieno solo alla luce del lungo *iter* che porterà alle effettive riforme istituzionali.

Il cammino delle riforme per ora è solo avviato nella sua fase preparatoria.

Nei prossimi mesi ai gruppi studio saranno affidate nuove aree tematiche su cui confrontarsi. La stagione delle riforme occuperà tutto il quinquennato e fondamentale sarà il raggiungimento, in questa prima fase di preparazione, del maggior grado di consensi.

Politicamente, infatti, per l'approvazione delle riforme annunciate da Macron sarà fondamentale il contributo - oltre che dell'Assemblea Nazionale dove è garantita una larghissima maggioranza parlamentare di *La République En Marche* – anche del Senato attualmente a maggioranza de *Les Républicains*. Il gruppo LR detiene infatti 146 seggi,

una maggioranza che alle elezioni senatoriali del **24 settembre** si è ulteriormente rafforzata con quattro seggi in più.

Al contrario, il nuovo gruppo LREM formatosi in giugno è passato da 29 a 21 senatori. Se la scelta di costituire un gruppo LREM al Senato era sembrata strategica in vista delle elezioni senatoriali del 24 settembre e in funzione di un suo consolidamento, tale consolidamento non vi è stato e anzi il gruppo ha perso ben otto senatori.

D'altronde per le modalità di selezione dei senatori, eletti da un collegio elettorale formato da senatori, deputati, consiglieri regionali, municipali e generali (dei dipartimenti) rappresentato al 95% da consiglieri municipali, in genere le elezioni per il rinnovo parziale della seconda camera tendono a riprodurre gli orientamenti politici delle ultime elezioni locali, che nel caso delle municipali del 2014 e delle regionali e dipartimentali del 2015, erano state vinte dalla destra.

La speranza di Macron di attrarre entro l'orbita di LREM e della sua proposta politica rappresentanti di altri partiti, come accaduto a livello nazionale, si è scontrata con la resistenza dei consiglieri municipali che, in particolare, non hanno troppo gradito l'abolizione della cosiddetta *réserve parlementaire* ovvero una serie di sovvenzioni che consentono ai senatori e ai deputati di finanziare le associazioni delle collettività territoriali della loro circoscrizione. L'abolizione della *réserve parlementaire* - a favore invece della creazione di un fondo di azione per i territori e i progetti di interesse generale per il sostegno trasparente agli investimenti dei comuni - è stata disposta dalla legge organica sulla fiducia nella vita pubblica approvata ad agosto in via definitiva dalla sola Assemblea Nazionale, di fronte alla ferma opposizione del Senato, validata poi dal *Conseil* e promulgata il **15 settembre**.

Il dibattito avviato all'Assemblea Nazionale sopra descritto appare pertanto, in tale contesto, particolarmente importante per porre le basi per riforme condivise.

La maggioranza divergente al Senato potrebbe infatti condizionare l'approvazione delle riforme programmate da Macron ed inevitabilmente il Senato potrebbe essere destinato a giocare un ruolo importante nella dinamica parlamentare dove sarà

difficile prescindere dalla logica della dialettica della negoziazione. Dialettica tanto più importante per l'approvazione i progetti di legge di revisione costituzionale, i quali, come è noto, ai sensi dell'art.89 Cost. prima di essere sottoposti a referendum o al Congresso del Parlamento devono necessariamente essere approvati nel medesimo testo da entrambe le Camere.

Se sul piano interno il tema e il metodo delle riforme ha occupato un posto importante negli ultimi quattro mesi, lo stesso tema delle riforme è stato rilanciato con forza da Macron anche per ciò che concerne l'Unione Europea.

In un discorso pronunciato alla Sorbona il **26 settembre** il Presidente Macron ha per oltre un'ora gettato le basi del suo disegno per il rilancio di un'Europa sempre più unita e sempre più sovrana (v. *infra*).

Essenziale anche in questo caso, come sul piano interno, l'avvio di un dibattito sul futuro dell'Unione che possa portare alla condivisione di un progetto comune. Per Macron tale dibattito per un'Europa più democratica passa attraverso l'organizzazione di convenzioni democratiche che attraverso dibattiti nazionale e locali su questioni comuni porteranno all'elaborazione di un progetto comune.

Il progetto è sicuramente ancora più ambizioso di quello interno, quello di ricostruire, contro tutti i populismi, un rinnovato rapporto basato sul consenso tra i governi dell'UE e i cittadini.

ELEZIONI

ELEZIONI PER IL RINNOVO PARZIALE DEL SENATO

Il **24 settembre** si sono tenute le elezioni per il rinnovo parziale del Senato che ha interessato la metà dei senatori. Contrariamente alle aspettative del Presidente Macron e dell'Esecutivo in carica, il gruppo di LREM non si è rafforzato passando, invece, da 29 a 21 senatori. *Les Républicains* hanno invece tenuto e il gruppo è passato da 142 membri tra quelli effettivi e quelli apparentati a 146. Il gruppo Socialista e repubblicano è ora formato di 78 membri.

PARLAMENTO

LEGGI SULLA FIDUCIA NELLA VITA PUBBLICA

Il **15 settembre** (J.O. del 16 settembre) sono state promulgate la legge organica **n. 2017-1338** e la legge ordinaria **n. 2017-1339** sulla fiducia nella vita pubblica.

Entrambe le leggi si inseriscono nell'ambito del progetto lanciato da Macron già nel corso della campagna elettorale di moralizzazione della vita politica e di rafforzamento del legame tra cittadini e rappresentanti. Le due leggi contengono, infatti, disposizioni relative al finanziamento della vita politica, all'esercizio del mandato parlamentare, alle condizioni di assunzione e nomina dei collaboratori dei membri del Governo, dei parlamentari e dei titolari di funzioni esecutive locali, e infine relative all'ineleggibilità per coloro, che in caso di crimini o infrazioni, vengano meno alla probità richiesta per i candidati alle elezioni legislative e senatoriali.

I due progetti di legge erano stati presentati al Senato il **14 giugno** e ivi approvati in prima lettura rispettivamente il **13** e il **12 luglio**. Trasmessi all'Assemblea Nazionale erano stati adottati con modifiche il **28 luglio**.

Dopo la prima lettura era stata convocata una Commissione Mista paritetica che nel caso della legge ordinaria aveva trovato l'accordo ciò aveva consentito l'approvazione definitiva del testo da parte del Senato e dell'Assemblea Nazionale rispettivamente il **2** e **3 agosto**.

Il progetto di legge organica aveva invece percorso un iter più tortuoso a causa del mancato accordo nella Commissione Mista paritetica che aveva dato luogo ad una nuova lettura all'Assemblea Nazionale: quest'ultima aveva quindi adottato il testo con modifiche il **3 agosto**. Il Senato aveva ulteriormente modificato il testo in fase di approvazione il **4 agosto**. In via definitiva aveva poi deciso l'Assemblea Nazionale il **9 agosto**.

Sulle due leggi organica e ordinaria si è pronunciato il Consiglio Costituzionale rispettivamente con le decisioni [n. 753 DC](#) e [n. 752 DC](#) dell'**8 settembre**.

Tra le disposizioni contestate, validate però dal *Conseil*, si ricorda l'abolizione, operata dalla legge organica, della cosiddetta *réserve parlementaire*, relativa ad serie di sovvenzioni che consentono ai senatori e ai deputati di finanziare le associazioni delle collettività territoriali della loro circoscrizione.

ELEZIONE PRESIDENTE DEL SENATO

In seguito alle elezioni senatoriali del 24 settembre, il **2 ottobre** ha avuto luogo l'elezione del Presidente del Senato e Gérard Larcher è stato nuovamente eletto a maggioranza assoluta con 223 voti su 348.

DIALOGO SOCIALE

Sempre il **15 settembre** (J.O. del 16 settembre) è stata promulgata la legge [n. 2017-1340](#) di autorizzazione ad emanare ordinanze per introdurre misure di rafforzamento del dialogo sociale, una delle leggi annunciate in campagna elettorale dal Presidente Macron.

Il progetto di legge, deliberato in Consiglio dei Ministri su proposta del Ministro del Lavoro Muriel Pénicaud il **28 giugno**, e presentato all'Assemblea Nazionale era stato adottato in prima lettura, con ricorso da parte del Governo alla procedura accelerata, senza alcuna modifica il **13 luglio**. Trasmesso al Senato era invece stato approvato con modifiche il **27 luglio**.

Dopo la convocazione della Commissione Mista Paritetica, e in presenza di accordo, il testo era stato definitivamente approvato dall'Assemblea Nazionale e dal Senato rispettivamente l'**1** e il **2 agosto**.

Il Consiglio Costituzionale si è pronunciato con decisione [n. 751 DC](#).

La legge stabilisce l'oggetto e le finalità relative alle misure per il rafforzamento del dialogo sociale da prendere attraverso ordinanze. Il testo individua tre livelli di intervento. In primo luogo il rafforzamento del dialogo sociale sia nelle aziende che nelle branche attraverso una nuova articolazione degli accordi di impresa e accordi di settore con l'affermazione del principio di prevalenza degli accordi di imprese e l'allargamento del campo della negoziazione collettiva. In secondo luogo la legge prevede la semplificazione del dialogo sociale nelle aziende con lo scopo di renderlo maggiormente efficace attraverso la riduzione e la fusione di alcune istanze; ed, in terzo luogo, la legge prevede la protezione delle relazioni lavorative sia per gli impiegati che per i salariati.

L'approvazione della legge ha suscitato in Francia la reazione, oltre che dei partiti dell'opposizione, anche di diverse sigle sindacali e ha provocato l'organizzazione di numerosi scioperi tra settembre e novembre.

MODIFICA DEL REGOLAMENTO DELL'ASSEMBLEA NAZIONALE

L'**11 ottobre** è stata approvata la Risoluzione n. 26 con la quale è stato modificato l'art. 10 del Regolamento dell'Assemblea Nazionale. La modifica ha riguardato la regolamentazione di una prassi parlamentare già in uso all'Assemblea Nazionale dal 1958, ovvero quella relativa alla ripartizione delle cariche in seno all'Ufficio di Presidenza in modo da garantire la rappresentanza effettiva e proporzionata dell'opposizione.

La modifica regolamentare ha comportato infatti la sostituzione del comma 3 dell'art. 10 RAN con ulteriori sei commi che descrivono dettagliatamente la procedura da seguire per l'attribuzione delle cariche in seno all'Ufficio di Presidenza

in base a valori ponderati attribuiti a ciascuna carica da ricoprire. Il Consiglio costituzionale si è pronunciato sulla modifica del RAN con decisione **n. 2017-754 DC** del 26 ottobre 2017 dichiarandola conforme a Costituzione.

LEGGE SULLA SICUREZZA INTERNA E LOTTA AL TERRORISMO

Il **30 ottobre** (J.O. del 31 ottobre) è stata promulgata la legge [n° 2017-1510](#) relativa al rafforzamento della sicurezza interna e alla lotta al terrorismo.

Il progetto era stato presentato il **22 giugno** al Senato dove era stato approvato, con ricorso il **28 giugno** da parte del Governo alla procedura accelerata, in prima lettura il **18 luglio**. Trasmesso all'Assemblea Nazionale il testo era stato adottato con modifiche il **3 ottobre**. Dopo la convocazione della Commissione Mista Paritetica, e in presenza dell'accordo, il progetto era stato approvato dall'Assemblea Nazionale e dal Senato rispettivamente l'**11** e il **18 ottobre**.

Con l'intento di mettere fine al regime derogatorio dello stato di urgenza la legge – oltre ad integrare nel diritto comune disposizioni dello stato di urgenza - introduce anche una serie di nuovi strumenti per contrastare il terrorismo e rafforzare la sicurezza interna.

Tra le misure previste si ricorda in particolare: la possibilità per il prefetto di prevedere dei perimetri di protezione sul modello delle zone di protezione o di sicurezza dello stato di urgenza; la possibilità per il prefetto di procedere alla chiusura amministrativa, per una durata che non può eccedere i sei mesi, dei luoghi di culto per apologia o istigazione al terrorismo; la possibilità per il Ministro dell'Interno di decidere misure di sorveglianza nei confronti di coloro che, con il loro comportamento, inducono a pensare che possano costituire una minaccia di particolare gravità per la sicurezza e l'ordine pubblico. Lo stesso Ministro potrà imporre a una persona di non spostarsi all'esterno di un perimetro geografico determinato, che non può comunque essere inferiore al comune, senza però poterlo costringere come nell'*assignation à résidence* a rimanere in un luogo specifico durante una parte della giornata. Questa misura potrà essere accompagnata da altre misure per favorire la sorveglianza come il divieto di frequentare determinate persone a rischio per la sicurezza pubblica o l'obbligo di dichiarare il numero di abbonamenti o identificativi tecnici di ogni mezzo di comunicazione.

Il Prefetto potrà inoltre procedere, su autorizzazione del giudice, a una visita nei luoghi ritenuti frequentati da persone sospettate di terrorismo. Anche il controllo dei dati informatici sarà sottoposto all'autorizzazione del giudice.

Merita infine ricordare che l'art. 5 della legge ha introdotto nel Codice della sicurezza interna un Capitolo X relativo al controllo parlamentare. L'art. L. 22-10-1

stabilisce che l'Assemblea Nazionale e il Senato vengono informati immediatamente delle misure prese o realizzate dalle autorità amministrative in applicazione delle disposizioni di legge. E le autorità amministrative trasmettono loro immediatamente copia di tutte le decisioni prese in applicazione di queste disposizioni. Inoltre le due Camere possono raccogliere ogni informazione complementare nel quadro del controllo e valutazione di queste misure. Infine il Governo dovrà trasmettere ogni anno al Parlamento un rapporto dettagliato sull'applicazione di queste misure.

POUR UNE NOUVELLE ASSEMBLÉE NATIONALE

Il 20 settembre, nell'ambito del progetto lanciato già il 2 agosto, il Presidente dell'Assemblea Nazionale, François de Rugy, ha presentato il “Rendez-vous des réformes 2017-2022” e i gruppi di lavoro che sono stati istituiti allo scopo di fare proposte per la riforma dell'Assemblea Nazionale. Sono stati stabiliti calendario e metodo di lavoro nell'ambito di una iniziativa il cui obiettivo è quello di rendere l'istituzione parlamentare più democratica, più efficace e più moderna.

Sette i gruppi di lavoro istituiti nel rispetto del pluralismo politico e assicurando a ciascuno gruppo parlamentare la presidenza di un gruppo di studio. I gruppi sono : quello sullo statuto dei deputati e i loro strumenti di lavoro; quello sulle condizioni di lavoro all'Assemblea Nazionale e relativo allo statuto dei collaboratori parlamentari; quello sulla procedura legislativa, sull'organizzazione parlamentare e sui diritti dell'opposizione; quello sugli strumenti di controllo e valutazione; quello sullo sviluppo sostenibile nella gestione e nel funzionamento dell'Assemblea Nazionale; quello sulla democrazia digitale e le nuove forme di partecipazione dei cittadini; quello relativo all'apertura dell'Assemblea Nazionale alla società e la sua influenza scientifica e culturale.

Nell'ambito di questa iniziativa dal **9 ottobre** al **6 novembre** è stata inoltre aperta una consultazione pubblica on line con lo scopo di rafforzare la partecipazione dei cittadini all'elaborazione e all'applicazione della legge su diversi campi tematici dall'iniziativa legislativa alle diverse forme di partecipazione. È stato sempre il Presidente dell'Assemblea Nazionale François de Rugy a lanciare l'iniziativa proprio in presenza dei membri del gruppo di lavoro “*Démocratie numérique et participation citoyenne*”, con l'intento di coinvolgere i cittadini per fare proposte sulle possibili vie della loro partecipazione nella vita politica. Questo anche al fine di favorire un'ulteriore riflessione all'interno del gruppo di lavoro.

Il 13 dicembre, infine, i sette gruppi di lavoro hanno presentato all'Ufficio di Presidenza il loro primo rapporto finale sui primi lavori svolti.

GOVERNO

EMANAZIONE DELLE ORDINANZE PER IL RAFFORZAMENTO DEL DIALOGO SOCIALE

Dopo l'approvazione della legge di autorizzazione per l'introduzione di misure per il rafforzamento del dialogo sociale il Governo Philippe il **22 settembre** (J.O. del 23 settembre) ha emanato una serie di ordinanze di modifica del Codice del Lavoro.

Si tratta dell'ordinanza n. 2017-1385 relativa al rafforzamento della negoziazione collettiva; dell'ordinanza n. 2017-1386 relativa alla nuova organizzazione del dialogo sociale ed economico nell'impresa e per l'esercizio e la valorizzazione delle responsabilità sindacali; dell'ordinanza n. 2017-1387 relativa alla prevedibilità e alla protezione delle relazioni di lavoro; dell'ordinanza n. 2017-1388 relativa al quadro della negoziazione collettiva; dell'ordinanza n. 2017-1389 relativa alla prevenzione e agli effetti dell'esposizione a certi fattori di rischio professionale e al conto professionale di prevenzione ; dell'ordinanza n. 2017-1390 relativa allo slittamento di un anno dell'entrata in vigore del prelievo alla fonte dell'imposta sul reddito.

RIMPASTO MINISTERIALE

Il **24 novembre** Olivier Dussopt è stato nominato Segretario di Stato all'azione e ai conti pubblici mentre Delphine Gény-Stephann è stata nominata Segretario di Stato all'economia e alle finanze.

IL PRIMO MINISTRO IN NUOVA CALEDONIA

Il Primo Ministro, Édouard Philippe, dal **2 al 6 dicembre**, si è recato in Nuova Caledonia dove, nel corso del 2018, si terrà il referendum sull'autodeterminazione. La visita ha avuto inizio esattamente un mese dopo la riunione, tenutasi il **2 novembre** (v. *infra*) del 16° Comitato dei firmatari degli Accordi di Noumea per decidere proprio dell'organizzazione del referendum.

Il Primo Ministro nei giorni di permanenza in Nuova Caledonia ha avuto modo di visitare le province del Paese incontrando numerose personalità e partecipando a numerosi incontri.

La preoccupazione più importante per il Primo Ministro Philippe è stata soprattutto quella di proseguire con il dialogo intrapreso con le forze politiche locali e di verificare lo sviluppo dei lavori sulla base degli impegni presi il 2 novembre al

fine di garantire lo svolgimento della consultazione referendaria in condizioni di assoluta trasparenza e porre le basi per costruire, all'indomani dell'esito referendario, un percorso futuro comune sulla base del cammino effettuato negli ultimi trenta anni.

PRIVACY

Il **13 dicembre** il Ministro della Giustizia, Nicole Belloubet ha presentato in Consiglio dei Ministri il progetto di legge relativo alla protezione dei dati personali. Si tratta essenzialmente dell'adattamento della legge del 6 gennaio 1978 relativa all'informativa, ai files e alle libertà al nuovo diritto europeo che entrerà in vigore nel maggio 2018.

ÉTAT AU SERVICE D'UNE SOCIÉTÉ DE CONFIANCE

Il **27 novembre** in Consiglio dei Ministri è stato presentato un progetto di legge "pour un État au service d'une société de confiance" che mira ad introdurre il principio del diritto all'errore del cittadino e delle imprese e ad invertire l'onere della prova della cattiva fede dal cittadino all'amministrazione.

CAPO DELLO STATO

IL DISCORSO DI MACRON ALLA SORBONA SULL'EUROPA

Il **26 settembre** il Presidente Macron si è recato alla Sorbona dove ha tenuto un discorso di oltre un'ora sul futuro dell'Europa.

Il Presidente Macron ha sottolineato con forza che le sfide mondiali attuali come quelle della difesa e della sicurezza, delle grandi migrazioni, dello sviluppo, del cambiamento climatico, della rivoluzione digitale e della globalizzazione economica, non possono essere accolte richiudendosi in una logica nazionale ma solo operando una rifondazione dell'Europa sovrana, unita e democratica.

Secondo la via indicata da Macron la definizione di una Europa sovrana deve passare attraverso la definizione di sei passaggi chiave ovvero la creazione di una difesa comune, di una comune politica sulle migrazioni, di una politica estera comune centrata sul Mediterraneo e l'Africa, di una politica idonea per lo sviluppo sostenibile, di una regolamentazione del mondo digitale e di un rafforzamento dell'euro zona che deve diventare il cuore della potenza economica dell'Europa nel mondo.

Solidarietà fiscale e sentimento di appartenenza sono inoltre le ricette di Macron per un'Europa unita.

Questa rifondazione dell'Europa passa, secondo Macron, per l'avvio di un dibattito sulle riforme che possa condurre alla condivisione di un progetto comune.

CORTI

DIALOGO SOCIALE

Il **7 settembre** il Consiglio Costituzionale si è pronunciato con decisione **n. 2017-751 DC** sulla legge di autorizzazione all'adozione di ordinanze per il rafforzamento del dialogo sociale giudicando complessivamente la legge conforme a Costituzione.

I rilievi formulati nel ricorso contro la legge in oggetto facevano riferimento, da un lato, alla procedura adottata, e, dall'altro, ad alcune disposizioni di cinque dei dieci articoli di cui è composta la legge. Per ciò che concerne i primi, il *Conseil* si è soffermato sia sulla procedura legislativa che sul contenuto della legge relativamente al contenuto delle finalità delle misure da adottare. Sul primo punto, il Consiglio Costituzionale ha rilevato che l'esame del progetto di legge, nel quadro della procedura accelerata cui regolarmente il Governo ha fatto ricorso, e anche l'esame delle condizioni concrete di svolgimento dei lavori parlamentari non hanno ignorato le esigenze costituzionali di chiarezza e sincerità dei dibattiti parlamentari.

In merito al contenuto delle disposizioni della legge di abilitazione, il *Conseil* richiamando la consolidata giurisprudenza sull'art. 38 Cost., ha precisato che la Costituzione obbliga il Governo a indicare con precisione al Parlamento le finalità delle misure che si propone di adottare e l'ambito di intervento, ma non costringe a far conoscere al Parlamento il tenore delle ordinanze che emanerà in virtù di questa abilitazione.

Il *Conseil* ha, in secondo luogo, verificato che le disposizioni della legge non fossero contrarie alle regole e ai principi di valore costituzionale che – ha ribadito – il legislatore è tenuto a rispettare anche all'atto della successiva ratifica delle ordinanze emanate.

In virtù del controllo operato sul rispetto delle regole e dei principi di valore costituzionale, il *Conseil* ha rilevato che le disposizioni dell'art. 1 della legge che autorizzano il Governo – al fine di rafforzare la contrattazione collettiva - ad armonizzare e semplificare il ricorso agli accordi di competitività ed il regime giuridico della rottura del contratto di lavoro, in caso di rifiuto da parte del lavoratore alle modifiche del suo contratto di lavoro derivanti da un accordo collettivo, non sono contrarie – neanche per le conseguenze che ne possono derivare - alle esigenze costituzionali del diritto al lavoro e dell'uguaglianza di fronte alla legge.

Il Consiglio Costituzionale a tal proposito non ha mancato di sottolineare che tali disposizioni non dispensano il Governo dal rispettare le stesse esigenze costituzionali al momento dell'adozione delle ordinanze.

Allo stesso modo il Consiglio costituzionale ha respinto i rilievi fatti, sulla base del Preambolo della Costituzione del 1946, contro le disposizioni dell'art. 1 che autorizzano il Governo a facilitare il ricorso - su iniziativa di un sindacato rappresentativo nell'impresa, di un lavoratore o congiuntamente - alla consultazione dei lavoratori per approvare un accordo già concluso, ricordando che se il Preambolo della Costituzione del 1946 conferisce alle organizzazioni sindacali una vocazione naturale ad assumere, soprattutto nell'ambito della contrattazione collettiva, la difesa degli interessi dei lavoratori, non ne attribuisce loro *tout court* un monopolio di rappresentanza in ordine alla contrattazione collettiva. Sulla base di questo ragionamento il *Conseil* ha ritenuto quindi che le disposizioni della legge incriminate non ignorano alcuna esigenza di valore costituzionale, neanche sul piano delle conseguenze che da esse possano derivare.

Il Consiglio costituzionale ha infine respinto i rilievi relativi alla violazione del principio di separazione dei poteri e al principio di responsabilità invocati nel ricorso contro le disposizioni dell'art. 3 della legge che autorizzano il Governo, allo scopo di rendere prevedibile e quindi più sicure le relazioni lavorative, a modificare le regole di ripartizione finanziaria delle irregolarità di licenziamento attraverso, in particolare, la previsione di un deposito obbligatorio per l'indennizzo del pregiudizio risultante da un licenziamento senza causa reale e seria. Per il *Conseil*, la fissazione da parte del legislatore di una scala di indennizzi per i licenziamenti senza giusta causa non è contrario né al principio di separazione dei poteri né a quello di responsabilità.

Il *Conseil* non ha mancato, infine, di ribadire, se adito, la sua competenza a svolgere il controllo anche sulle disposizioni della legge di ratifica delle ordinanze.

CONFIANCE DANS LA VIE PUBLIQUE

Il Consiglio Costituzionale con le due decisioni dell'8 settembre la **n. 2017-752 DC** e la **n. 2017-753 DC** si è espresso sulla legge ordinaria e sulla legge organica relative alla fiducia nella vita pubblica approvate ad agosto.

Nello specifico, con la prima sentenza il Consiglio costituzionale si è pronunciato per la costituzionalità parziale della legge sottoposta al suo controllo, rilevando l'incostituzionalità di alcuni articoli e ammettendo per altri una riserva di interpretazione. Riguardo all'art. 1 della legge che prevede una pena complementare obbligatoria di ineleggibilità per coloro che commettono i crimini o i delitti elencati dall'articolo, il *Conseil*, pur riconoscendo che esso non ignora il principio di legalità

dei delitti e delle pene e il principio di individuazione delle pene e pur ammettendo che si tratta di una disposizione utile a rafforzare l'esigenza di probità e di esemplarità degli eletti e la fiducia degli elettori verso i propri rappresentanti, ha rilevato tuttavia che queste disposizioni vanno interpretate non come comportanti d'ufficio l'interdizione o l'incapacità di esercitare una funzione pubblica. Sullo stesso articolo ha censurato poi – per violazione della libertà di espressione - le disposizioni che prevedevano che l'ineleggibilità fosse obbligatoriamente pronunciata per certi reati commessi dalla stampa puniti con la prigione.

Per quanto concerne le disposizioni relative all'impiego e alla nomina dei collaboratori del Presidente della Repubblica, dei membri del Governo, dei parlamentari e dei titolari di funzioni esecutive locali, il *Conseil* ha giudicato conforme a Costituzione gli artt. 11, 14, 15, 16 et 17 della legge che contengono le disposizioni relative alle interdizioni per i responsabili pubblici che abbiamo impiegato persone vicine per legame familiare e anche le disposizioni relative all'obbligo di dichiarare all'Alta Autorità o, nel caso si tratti del Parlamento, all'Ufficio di presidenza e all'organo deputato alla deontologia parlamentare, l'impiego di collaboratori reclutati fra i propri prossimi.

Il *Conseil* ha, tuttavia, censurato, per violazione del principio di separazione dei poteri, la disposizione relativa alla competenza dell'Alta Autorità per la Trasparenza di pronunciarsi con ingiunzione, resa pubblica, da inviare agli interessati sull'interruzione delle funzioni, in caso di conflitto di interessi.

Sul finanziamento della politica il *Conseil* ha poi dichiarato la costituzionalità l'art. 30 della legge che introduce un'autorizzazione al Governo ad emanare, con ordinanze, misure sul finanziamento dei partiti in quanto conforme alle prescrizioni dell'art. 38.

L'art. 23 che imponeva al Primo Ministro di emanare un decreto sull'assunzione delle spese di rappresentanza e ricevimento dei membri del Governo è stato invece censurato anch'esso per violazione del principio di separazione dei poteri. Così come sono state censurate le disposizioni che attribuivano, senza adeguate garanzie, alla Alta Autorità per la Trasparenza della vita pubblica un diritto di comunicazione di alcuni documenti o informazioni, riconosciuto all'amministrazione fiscale, per violazione al rispetto della vita privata.

Infine il *Conseil* ha censurato come “cavaliers législatifs” - per l'assenza di un legame anche indiretto con il testo di legge -, le disposizioni dell'art. 23 sul referendum locale e dell'art 7 relativo alla predisposizione di un Rapporto per il Parlamento sul rimborso delle indennità percepite da certi funzionari nel corso della loro istruzione.

Per quanto riguarda la legge organica, il *Conseil* ha ritenuto conformi a Costituzione la maggior parte delle sue disposizioni.

Il *Conseil* ha solo censurato per violazione del principio di separazione dei poteri, l'art. 15 della legge organica relativa alla soppressione della «réserve ministérielle» in quanto essa ricade nelle prerogative del Governo.

Il Consiglio costituzionale ha infine altresì censurato per la legge organica, come “cavaliers législatifs”, l'art. 2 relativo alla durata del periodo in cui un ex membro del Governo può percepire un'indennità e le disposizioni dell'art. 16 relative alla dichiarazione della situazione patrimoniale dei membri del Consiglio Superiore della Magistratura.

COLLETTIVITA' TERRITORIALI

ELEZIONI ASSEMBLEA CORSA

Si sono tenuti, il **3** e il **10 dicembre**, il primo e il secondo turno per l'elezione dei 63 consiglieri dell'Assemblea Corsa, organo rappresentativo della collettività unica corsa, nata dalla fusione della Corsica del Nord e della Corsica del Sud (entrata in vigore 1 gennaio 1918). Il **13 ottobre** era stato emanato il decreto di convocazione degli elettori.

La lista nazionale capeggiata da Gilles Simeoni presidente uscente del Consiglio esecutivo della collettività territoriale corsa, è arrivato in testa con il 56,46% dei voti ed ha ottenuto 41 seggi.

ORGANIZZAZIONE DEL REFERENDUM SULL'AUTODETERMINAZIONE DELLA NUOVA CALEDONIA

Il **2 novembre** si è tenuta a Parigi, a Matignon, sotto la presidenza del Primo Ministro, Édouard Philippe, e in presenza di Annick Girardin, Ministro dell'Oltremare, la riunione del 16° Comitato dei firmatari degli Accordi di Noumea nel corso del quale sono state prese decisioni sulle condizioni di organizzazione del referendum sull'autodeterminazione della Nuova Caledonia, che dovrà tenersi al più tardi nel novembre del 2018. L'accordo ha riguardato in particolare la fissazione delle liste elettorali.

L'accordo ha posto fine alla questione dell'iscrizione di ufficio nelle liste elettorali che attualmente contano 158.000 iscritti, di altri 11.000 nativi residenti in Nuova Caledonia non ancora inclusi. Circa 7000 di essi sono sottoposti alle regole dello statuto civile consuetudinario (regime di diritto civile derogatorio del codice civile francese riconosciuto dall'art. 75 Cost. e dalla legge organica) mentre altri circa 4000 ricadono sotto lo statuto civile di diritto comune.

L'accordo raggiunto prevede anche che venga prolungato il lavoro intrapreso con il Segretariato generale delle Nazioni Unite sulle commissioni elettorali. Pertanto una commissione di esperti dell'Onu dovrà verificare il regolare svolgimento della consultazione referendaria.

LA LUNGA FASE PREPARATORIA NELL'AMBITO DEL PROCEDIMENTO DI FORMAZIONE DEL GOVERNO*

di Astrid Zei**

All'indomani delle elezioni politiche del **24 settembre** in Germania si è aperta una lunga fase di consultazioni per la formazione di un governo di coalizione guidato dai partiti dell'Unione CDU/CSU, la più lunga che si ricordi.

I partiti della Grande coalizione uscente hanno perso assieme quasi quattordici punti percentuali. Pure assegnando nuovamente ai partiti dell'Unione la maggioranza relativa, pari al 33% dei voti, l'elettorato tedesco ha formalizzato una scelta significativamente polemica nei confronti del partito cristiano democratico (CDU), guidato dal Cancelliere uscente Angela Merkel, e del partito cristiano-sociale (CSU): assieme le due formazioni hanno registrato una perdita di consenso pari a 8,5 punti percentuali e la CSU, per giunta, ha ottenuto in Baviera il peggior risultato elettorale di sempre (38,8%): -10,5% rispetto alla precedenti consultazioni del 2013.

Non ha convinto neppure la candidatura alla Cancelleria dell'ex Presidente dell'Europarlamento Martin Schulz, già eletto Segretario generale del partito socialdemocratico (SPD) il 19 marzo 2017 e poi riconfermato il **7 dicembre**.

Schulz, per i ruoli che ha ricoperto nell'ambito delle istituzioni europee nel corso della sua carriera politica, simboleggia l'obiettivo polemico di quella parte dell'elettorato tedesco spaventata dai movimenti migratori che, soprattutto dall'estate del 2015, hanno varcato le frontiere tedesche, e persuasa da un mordente euroscetticismo, che in Germania non ha solo i toni di un populismo scomposto, ma si veste anche delle più circostanziate argomentazioni con cui è continuamente chiamato a confrontarsi anche il Tribunale costituzionale federale, che da tempo si è imposto quale prudente garante dei limiti del processo di integrazione europea.

* Contributo sottoposto a *Peer Review*.

** Professore associato di diritto pubblico comparato – “Sapienza” Università di Roma

Se dunque la dimensione sovranazionale della politica e l'impegno nell'accoglienza degli stranieri costituiscono per la Cancelliera uscente sfide non vinte, il disagio dell'elettorato spiega anche il pessimo risultato elettorale del partito socialdemocratico, che ha conquistato appena il 20,5% dell'elettorato tedesco.

Tutti i partiti all'opposizione hanno registrato un maggiore seguito elettorale rispetto alle precedenti consultazioni: il partito dei liberali (FDP), che nel 2013 non era riuscito neppure a superare la soglia di sbarramento del 5% imposta dalla legge elettorale, stavolta ha convinto il 10,7% dell'elettorato; ma è soprattutto il partito Alternativa per la Germania (*Alternativ für Deutschland*, abbr. *AfD*) che si è imposto quale partito emergente, conquistando il 12,6% dei voti.

Nel Bundestag siedono dunque sei gruppi politici, che riuniscono 246 deputati della CDU/CSU, 153 parlamentari della SPD, 92 deputati di Alternativa per la Germania e 80 eletti nelle file del partito liberale (FDP). Il gruppo della Sinistra (*Die Linke*) e dei Verdi contano, rispettivamente, 69 e 67 deputati. Contando anche due parlamentari indipendenti (entrambi eletti nelle file di Alternativa per la Germania), il Bundestag, che la legge elettorale vuole formato da almeno 598 deputati, raggiunge così la dimensione record di 709 membri, 79 in più rispetto alla precedente legislatura.

Il numero variabile dei deputati del Bundestag dipende dal tipo di scelta che la legge elettorale affida all'elettorato, che è chiamato ad esprimere una doppia preferenza, indicando uno dei candidati che si presentano nei collegi uninominali e scegliendo una delle liste regionali.

Le modifiche all'art. 6 della legge elettorale approvate il 3 maggio 2013 consistono essenzialmente in una serie di correttivi atti a garantire che la composizione del Bundestag rifletta il voto proporzionale assegnato alle liste. Infatti, così come già previsto dalla legge elettorale prima che il Tribunale costituzionale si pronunciasse a più riprese sul meccanismo di trasformazione dei voti in seggi, acclarandone la parziale incostituzionalità [[BVerfGE 121, 266](#) del 3 luglio 2008 e [BVerfGE 131, 316](#) del 25 luglio 2012], tutti i mandati diretti conquistati nei collegi uninominali vengono attribuiti senz'altro ai candidati più votati. Per quanto concerne i voti assegnati alle

liste, va detto anzitutto che essi si contano in percentuale, a prescindere dal tasso di affluenza alle urne, ed inoltre si scartano i voti assegnati ai partiti che restano al di sotto della soglia di sbarramento del 5% imposta dalla legge elettorale, i quali dunque devono essere considerati voti “persi”. In questa maniera si giunge a stabilire quanti siano i seggi spettanti ai singoli partiti in ogni Land. Anche se il numero dei mandati diretti conquistati dai candidati di uno stesso partito a livello regionale supera il numero dei seggi spettanti a quello stesso partito in base al voto proporzionale di lista, sempre a livello regionale, i mandati diretti assegnati “in eccedenza” restano, e non vengono decurtati.

La riforma ha previsto che in una seconda fase debbano essere conteggiati tutti i voti di lista al fine di procedere ad una ripartizione virtuale dei seggi a livello nazionale.

Se la somma di tutti i seggi che i singoli partiti hanno conquistato a livello regionale (col voto di lista e/o conquistando mandati diretti) supera il numero dei seggi spettanti agli stessi partiti in base alla ripartizione nazionale, si operano degli aggiustamenti, che consistono nell’assegnazione di un certo numero di mandati “compensativi” agli altri partiti, così che la composizione proporzionale del Bundestag rifletta senz’altro i voti di lista, computati nella loro dimensione nazionale.

Dal momento che i risultati raccolti nelle urne il **24 settembre** hanno imposto l’assegnazione di 49 mandati in eccedenza e 62 mandati compensativi, l’Assemblea ha raggiunto le dimensioni ragguardevoli dianzi ricordate, così che oggi il Bundestag tedesco è il secondo parlamento più grande al mondo, dopo l’Assemblea nazionale cinese. Significativamente, nel corso della prima seduta del Bundestag, il **24 ottobre**, il Presidente anziano che guidava la seduta, Otto Solms (FDP) ha speso parole molto severe riguardo alle norme della legge elettorale che impongono tale sovradimensionamento dell’Assemblea, percepito quale detrimento “della capacità di lavoro del Bundestag e dell’immagine che ne hanno i cittadini”, anche a causa del connesso “aumento dei costi”, promettendo, con il plauso di tutti i gruppi parlamentari, una prossima riforma della legge [v. il [Resoconto stenografico della](#)

[prima seduta del Bundestag](#), p. 4], già auspicata del resto nel corso della precedente legislatura dall'allora Presidente dell'Assemblea Norbert Lammert.

Nelle settimane immediatamente successive al voto la Cancelliera uscente si era dichiarata disponibile ad avviare un colloquio preliminare con il partito liberale (FDP) e con il partito dei Verdi allo scopo di approfondire l'ipotesi di formare un governo di coalizione a guida cristiano-democratica. Una formula politica, questa, non del tutto inedita in Germania, in quanto già parte della storia istituzionale del Land Saarland, dove Peter Müller (CDU) nel periodo 2009-2012 aveva svolto il suo terzo mandato di governatore alla guida di un governo di coalizione con i Verdi e con i liberali (FDP), e del Land Schleswig-Holstein, dove le ultime elezioni del 28 giugno 2017 hanno suggerito un analogo esperimento politico. Dal momento che nel mondo tedesco la comunicazione dei partiti si basa molto più sul colore che sulle forme iscritte nei loro simboli, si spiega la fortuna dell'espressione "Coalizione Giamaica" utilizzata da tempo per rappresentare una coalizione tra i partiti dell'Unione cristiano-democratica, che si contraddistingue per il colore nero, il partito liberale, associato al giallo, e il partito dei Verdi: i colori della bandiera giamaicana, appunto.

I colloqui preliminari si sono conclusi inutilmente il **19 novembre**, stante l'indisponibilità formalizzata dal Segretario del partito liberale Christian Lindner (FDP).

Con un [comunicato stampa](#) del **22 novembre**, la portavoce del Presidente federale Frank-Walter Steinmeier (SPD) ha annunciato l'avvio di una intensa tornata di consultazioni con i Segretari di partito, con i Presidenti del Bundestag, del Bundesrat e del Tribunale costituzionale federale, con i Capigruppo al Bundestag, nonché una serie incontri con esperti di diritto costituzionale, con l'obiettivo di "sondare tutte le possibilità di formare un governo". Nelle due settimane successive il Presidente ha svolto dunque un'attività preparatoria che non è prevista dal diritto costituzionale tedesco, e che non è senta da critiche, anche tra i costituzionalisti tedeschi che pretendono l'esercizio da parte del Capo dello Stato di poteri di mera garanzia, e non anche di poteri decisionali, che violerebbero l'obbligo di neutralità che caratterizza la

figura, tradizionalmente contrapposta a quella del Presidente weimariano.

L'art. 63 della Legge Fondamentale disciplina la formazione del governo ed impegna il Bundestag a votare anzitutto a favore o contro il candidato designato dal Presidente. Da un lato, quindi, le consultazioni condotte da Steinmeier possono essere intese come momenti di un dialogo con diversi attori istituzionali, tra cui i partiti e i gruppi politici, funzionale alla scelta di una persona che possa raccogliere la maggioranza dei consensi in parlamento al fine di formare un governo.

Dall'altro, però, taluni paventano una "eccessiva" determinazione del Capo dello Stato ad evitare un ritorno alle urne. La Legge Fondamentale tedesca, che all'art. 63 prevede l'elezione del Cancelliere da parte del Bundestag a maggioranza assoluta, non esclude la formazione di un governo di minoranza, e affida tale scelta al Presidente federale quale alternativa ad uno scioglimento anticipato dell'Assemblea.

Il Cancelliere uscente Angela Merkel, che è anche candidato alla Cancelleria e Segretario del partito di maggioranza relativa (CDU) ha però chiarito in diverse occasioni la propria indisponibilità a formare un governo di minoranza.

Nell'ipotesi, formalmente non esclusa, della nomina di Angela Merkel alla Cancelleria da parte del Presidente federale, senza il conforto di una elezione a maggioranza assoluta, resterebbe aperta la via delle dimissioni del Cancelliere appena nominato, con modalità e conseguenze in parte del tutto inedite nella storia istituzionale tedesca.

Nelle settimane successive, la posizione assunta dal Presidente Steinmeier, che si schierato con forza contro l'ipotesi di un ritorno alle urne, sollecitando ogni altra soluzione, ha suggerito ai due maggiori partiti l'avvio di nuovi colloqui nella prospettiva di affidare la guida del Paese ad una nuova "Grande coalizione". Ad oggi sono trascorsi ben più di 86 giorni dalle votazioni, che è il tempo impiegato all'indomani delle elezioni del 2013 per la formazione del governo tedesco: un'attesa interminabile e finora insuperata.

ELEZIONI

ELEZIONI NEL LAND NIEDERSACHSEN

Con le elezioni anticipate del **15 ottobre** il partito socialdemocratico (SPD) si è confermato quale prima forza politica in Bassa Sassonia (36,9%), conquistando 4,3 punti percentuali in più rispetto alle precedenti consultazioni del 2013. Il Land è considerato da sempre una delle roccaforti della SPD, sebbene il partito cristiano-democratico, con il 33,6% dei voti si sia affermato nuovamente come seconda ed importante forza politica nel Land (-2,4% rispetto al 2013). La crisi di governo che ha condotto alle elezioni anticipate è stata determinata dalla decisione di una deputata del gruppo dei Verdi nel Landtag di aderire al gruppo dei cristiano-democratici (CDU), facendo venire meno la fragilissima maggioranza assoluta che sosteneva il governo di coalizione con un solo voto in più rispetto ai gruppi dell'opposizione.

Queste consultazioni hanno registrato anche in Bassa Sassonia il primo ingresso del partito Alternativa per la Germania (*Alternativ für Deutschland*, abbr. AfD) nel Landtag (6,2%). All'indomani del voto i due maggiori partiti hanno avviato un ciclo di consultazioni in vista della formazione di un governo di "Grande coalizione". Il testo dell'accordo di coalizione è stato sottoposto prima della sua ratifica da parte delle Segreterie al voto dell'assemblea regionale straordinaria della SPD convocata il **20 novembre** e del gruppo assembleare della CDU, che ha votato il **21 novembre**. Il Governatore uscente Stephan Weil è stato eletto dall'Assemblea il **22 novembre** formando il suo secondo governo dal 19 febbraio 2013.

PARLAMENTO

AVVIO DELLA XIX LEGISLATURA

Il **24 ottobre** si è svolta la prima seduta del Bundestag, nel corso della quale si procede sempre all'elezione del Presidente e dei Vice-Presidenti dell'Assemblea e all'adozione del regolamento parlamentare. Nell'ordinamento tedesco, infatti, in ossequio al principio di discontinuità, il regolamento parlamentare perde efficacia allo spirare della legislatura che lo ha adottato, così come avveniva ad esempio nel nostro ordinamento nel periodo liberale. Come chiarito dal Tribunale costituzionale tedesco in una pronuncia del 6 marzo 1952 [[BVerfGE 1, 144](#)], questa discontinuità si giustifica sia invocando l'autonomia quale fondamento della potestà regolamentare del Parlamento, sia in ossequio alla sovranità dell'assemblea rappresentativa, che non potrebbe essere vincolata dalle decisioni assunte da un'altra assemblea. Nella prassi

il Bundestag neoeletto si limita a riadottare il vecchio regolamento, e così è stato anche in questa prima seduta della XIX legislatura, nonostante l'astensione del gruppo parlamentare di Alternativa per Germania (*Alternativ für Deutschland*, abbr. *AfD*) [BT 19/1].

La seduta è stata aperta dal secondo deputato più anziano, Otto Solms (FDP), a seguito della rinuncia da parte di Wolfgang Schäuble (CDU), successivamente eletto dall'Assemblea quale Presidente per la XIX legislatura. Si è così data applicazione ad una norma del regolamento introdotta il 1 giugno 2017 [BT 18/12376], che ha sostituito l'art. 1, secondo co., del regolamento del Bundestag che in passato affidava senz'altro la Presidenza provvisoria al deputato più vecchio di età, non necessariamente dotato dell'esperienza necessaria – così si legge nelle motivazioni – per condurre la seduta di insediamento del Bundestag. Vale forse la pena sottolineare – ma solo per dar conto di certe polemiche sollevate da una stampa poco informata – che il deputato più *âgé* della XIX legislatura, Wilhelm von Gottberg, di otto mesi più vecchio di Otto Solms, appartiene al gruppo Alternativa per la Germania (*Alternativ für Deutschland*, abbr. *AfD*), e se quest'ultimo non è stato chiamato a presiedere l'assemblea è stato in forza di questa nuova norma del regolamento, e non per un "errore".

Ciò non di meno, merita menzionare l'obiezione iscritta in una mozione presentata dal gruppo parlamentare Alternativa per la Germania, che, in considerazione del fatto che l'apertura della seduta da parte del Presidente provvisorio precede necessariamente l'adozione del regolamento da parte dell'Assemblea, proponeva di deliberare anzitutto l'elezione a maggioranza di un Segretario di Assemblea (*Versammlungsleiter*) che ne avrebbe svolto le funzioni [BT 19/2]. La mozione è stata respinta dalla maggioranza.

L'assemblea ha approvato invece un'altra mozione atta a garantire a ciascuno dei sei gruppi parlamentari del Bundestag la scelta di un Vice-Presidente dell'Assemblea [BT 19/3], come previsto del resto dall'art. 2, primo comma, seconda frase, del Regolamento del Bundestag. Lo stesso articolo a tal fine stabilisce che ciascuno dei Vice-Presidenti venga eletto a maggioranza assoluta dei membri del Bundestag. Nel corso della seduta sono stati eletti tuttavia solamente cinque Vice-Presidenti, giacché il candidato proposto dal gruppo Alternativa per la Germania, su cui il Presidente Schäuble ha chiamato l'assemblea a votare per ben tre volte, non ha conquistato il quorum prescritto.

Il protrarsi delle consultazioni per la formazione del governo ha suggerito finora di rinviare l'istituzione delle Commissioni permanenti del Bundestag, deliberando solamente la costituzione, tra quelle previste, della Commissione per la verifica delle

elezioni, l'immunità e il regolamento e la Commissione per le petizioni. Tutte le funzioni attribuite alle altre Commissioni, e in particolare quelle iscritte nell'art. 45 LF, che istituisce la Commissione parlamentare per l'Europa, nell'art. 45a LF, che disciplina la Commissione per gli Affari Esteri e la Commissione per la Difesa, e quelle attribuite alla Commissione del Bundestag per il Bilancio dalle leggi e dal regolamento del Bundestag, nonché le prerogative disciplinate dalla [legge del 4 luglio 2013 sulla collaborazione del Bundestag e del Governo federale nelle questioni dell'Unione europea](#), sono state affidate ad una Commissione speciale, che non è prevista dal regolamento, ma è stata istituita il **21 novembre** in forza dell'autonomia organizzativa del Bundestag iscritta nell'art. 40, primo comma, della Legge Fondamentale [[BT 19/85](#)]. Si tratta della Commissione principale (*Hauptausschuss*), formata da 47 deputati membri e supplenti, presieduta dal Presidente del Bundestag, il quale non esercita diritto di voto. Tale soluzione era stata accolta anche all'inizio della XVII legislatura, in attesa della formalizzazione di un accordo di coalizione tra i partiti di governo, e aveva sollevato da subito una serie di perplessità, che attengono sia alla necessaria esclusione della maggioranza dei deputati dall'esercizio attivo di una serie di compiti e prerogative affidate alle Commissioni permanenti, solo in parte compensata dalla riserva di assemblea che può essere invocata nei casi previsti, e sia alla difficoltà di legittimare questa scelta organizzativa a fronte dell'attribuzione categorica di compiti e funzioni alle Commissioni parlamentari per l'Europa (art. 45, secondo co., LF), per gli Affari esteri e per la Difesa (art. 45 a LF) espressamente previste dalla Legge Fondamentale, che pertanto si configurano come organi necessari dell'Assemblea.

TRIBUNALI

UNA NUOVA ISTANZA NELL'AMBITO DEL PROCEDIMENTO DEL TRIBUNALE COSTITUZIONALE FEDERALE SULLA POLITICA MONETARIA DELLA BCE

Il Tribunale costituzionale federale è stato nuovamente chiamato a pronunciarsi sulla legittimità delle misure di *Quantitative Easing* promosse dalla BCE nell'ambito di un procedimento teso ad ottenere dai giudici di Karlsruhe una misura cautelare atta a sospendere la partecipazione della *Bundesbank* al programma di acquisto dei titoli. Si tratta di una ennesima istanza che iscrive nell'ambito di un procedimento pendente davanti ai giudici che riunisce quattro ricorsi individuali [2 BvR 859/15; 2 BvR 980/16; 2 BvR 2006/15; 2 BvR 1651/15] con cui si contesta, da un lato, la natura ultra vires del Expanded Asset Purchase Programme (APP) della Banca centrale

europea; dall'altro, si invoca una violazione dell'identità costituzionale tedesca, che ricomprende anche il principio della responsabilità generale del Bundestag per il bilancio dello Stato (*Gesamtverantwortung*).

Nell'ambito del procedimento principale, i ricorrenti paventano una violazione del divieto di acquisto diretto di titoli del debito degli Stati membri da parte della Banca centrale europea e delle banche centrali nazionali sancito dall'art. 123 [TFUE](#), e del mandato della BCE, iscritto nell'art. 127, primo co., [TFUE](#), limitato all'adozione di misure funzionali al mantenimento della stabilità dei prezzi, e nel [Protocollo sullo Statuto del Sistema Europeo di Banche Centrali e della Banca Centrale Europea](#) (artt. 17-24). In particolare, si contesta la natura *ultra vires* delle decisioni del Consiglio della Banca centrale europea sul programma di acquisto dei prestiti del settore pubblico (*Public Sector Assets Purchase Program*, abbr. PSPP), sul Programma di acquisto di titoli garantiti (*Asset Backed Securities Purchase Program*, abbr. ABSPP), sul Programma di acquisto di obbligazioni bancarie garantite (*Third Covered Bonds Purchase Program*, abbr. CBPP3), e sull'attuazione del programma di acquisto di obbligazioni di qualità elevata emesse da società non bancarie (*Corporate Sector Purchase Programme*, CSPP).

Conseguentemente si ipotizza anche l'illegittimità dell'operato della *Bundesbank*, per la sua partecipazione ai programmi di acquisto dei titoli iscritti nel *Expanded Asset Purchase Programme* (APP), e si pretende una lesione dei diritti costituzionalmente garantiti cagionata direttamente dalle omissioni del Governo federale e del *Bundestag*, che non si sarebbero "adoperati per l'annullamento delle deliberazioni (della Banca centrale europea) sull'acquisto dei titoli" e non avrebbero assunto "adeguate misure per mantenere quanto più limitati possibile gli oneri connessi all'attuazione di quelle decisioni".

Il 24 maggio uno dei ricorrenti aveva richiesto l'adozione di misure cautelari, atte a sospendere la partecipazione della Banca centrale tedesca al programma di acquisto di titoli pubblici e privati dell'Eurosistema

Il Tribunale costituzionale federale, condividendo, almeno in parte, le argomentazioni dei ricorrenti, il 18 luglio 2017 ha inoltrato un [rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia](#) dell'Unione europea ai sensi degli artt. 19 III b TUE e 267 I TFUE, chiedendo inoltre un procedimento accelerato, ai sensi dell'art. 105 del Regolamento di procedura della Corte di Giustizia.

I giudici di Lussemburgo dovranno dunque pronunciarsi presto al riguardo [[causa C-493/1](#)]. Il **10 ottobre** il Tribunale costituzionale federale ha respinto questa ennesima istanza, chiarendo che le misure cautelari richieste, vale a dire l'interdizione delle misure di acquisto dei titoli della *Bundesbank*, sortirebbero effetti irreversibili, anche con una possibile ripresa dell'inflazione, tali da anticipare immediatamente le

conseguenze di una eventuale pronuncia di accoglimento nell'ambito del procedimento principale.

L'ATTIVITÀ DELLE SOCIETÀ DI DIRITTO PRIVATO CONTROLLATE DALLO STATO POSSONO ESSERE OGGETTO DEI POTERI CONOSCITIVI DEL PARLAMENTO

Il **7 novembre** Tribunale costituzionale federale è stato nuovamente chiamato a pronunciarsi sui presupposti e sui limiti del controllo parlamentare sulle attività dell'esecutivo nell'ambito di un conflitto di attribuzioni sollevato dal gruppo parlamentare dei Verdi che, attraverso una serie di interrogazioni, aveva chiesto invano al Governo federale informazioni circostanziate circa gli investimenti programmati dalla società per azioni che gestisce le ferrovie tedesche, Deutsche Bahn AG, interamente partecipata dalla Federazione [2 BvE 2/11].

Il Governo all'epoca dei fatti aveva opposto una serie di argomenti, sussumibili nella terzietà della società rispetto agli apparati ministeriali e di governo.

La pronuncia del Tribunale costituzionale è interessante perché interviene a chiarire la portata della responsabilità del governo, che esercita poteri di indirizzo e controllo sugli organi societari apicali della società, e che è chiamato rispondere non solo circa il modo in cui esercita tali poteri, ma anche riguardo alle scelte imprenditoriali che lo stesso è in grado di condizionare.

La natura interamente pubblica dell'azionariato non consente inoltre di opporre al Parlamento la tutela della segretezza delle scelte imprenditoriali: trattandosi di una società di diritto privato controllata al 100% dallo Stato, la *Deutsche Bahn AG* secondo il Tribunale costituzionale federale non può essere considerata titolare di diritti opponibili alle istanze provenienti dalle altre istituzioni statali.

CAPO DELLO STATO

V. INFRA: *INTRODUZIONE*

IL IV GABINETTO ABE NEL SOLCO DELLA CONTINUITÀ*

di Michele Crisafi**

In Giappone, il quadrimestre che ha chiuso il 2017 ha visto la nascita del IV Gabinetto Abe in seguito alla tornata elettorale del **22 ottobre**, dopo che il Primo Ministro ha maturato, il **25 settembre**, la decisione di indire elezioni anticipate sciogliendo la Camera dei Rappresentanti. Ai sensi [dell'art. 7](#) della Costituzione del Giappone, l'Imperatore, con il consiglio e l'approvazione del Governo, è titolare della prerogativa di scioglimento della Camera bassa (la Camera dei Consiglieri, per dottrina concorde, non può essere dissolta). L'atto si configura dunque come formalmente imperiale ma sostanzialmente del Primo Ministro, anche alla luce, con la promulgazione della Costituzione del secondo dopoguerra, della alienazione della figura imperiale dal circuito politico-partitico.

Come appare del tutto evidente, la tempistica che ha determinato l'indizione di elezioni anticipate in ottobre si collega ad una lettura complessiva e multifocale del momento domestico ed internazionale. Gli altalenanti rapporti diplomatici con la minaccia nordcoreana e le tensioni perduranti con la Cina rispetto ai territori contesi con Tokyo hanno certamente giocato un ruolo non secondario nella psicologia elettorale giapponese, che ha dimostrato ampiamente di preferire la continuità offerta dalla coalizione di Governo piuttosto che scommettere su un orizzonte alternativo in fase di rimescolamento, se non persino di confusione. Non parrebbe altresì da escludere che i più che cordiali rapporti con l'amministrazione Trump abbiano fatto pendere la bilancia in favore di Abe³¹. In Giappone è vivo, infatti, il timore che la traduzione in *policy* dello slogan “*America First*” comporti un progressivo

* Contributo sottoposto a *Peer-Review*.

** Dottorando di Diritto Pubblico, Comparato ed Internazionale, *curriculum* Teoria dello Stato ed Istituzioni politiche comparate, Dipartimento di Scienze Politiche, “Sapienza” Università di Roma.

³¹ Cfr. in tal senso la [nota stampa](#) del 24 ottobre con cui il Ministero degli affari esteri giapponese, dopo soli due giorni dalla conferma elettorale della coalizione a guida Abe, la visita di Stato del Presidente USA per il 5 novembre.

sganciamento degli USA dalla teoria dello *strategic pivot to Asia*³², in ossequio ad un approccio tendenzialmente isolazionista e proiettato sui diversi ambiti di politica interna. Il consolidamento dell'asse Washington-Tokyo attraverso le relazioni amichevoli fra i *leaders* dei rispettivi esecutivi rappresenta un fattore in grado di fortificare la sicurezza internazionale, ribadendo come il [Trattato di Sicurezza USA-Giappone](#) costituisca ancora la pietra angolare della stabilità nella regione Asia-Pacifico. A voler ulteriormente confermare il profilo rasserenante dell'esecutivo giapponese, la circostanza che la [nuova compagine di Governo](#), insediatasi il **1 novembre**, sia esattamente la medesima precedente la contesa elettorale.

Inoltre, e non incidentalmente, le elezioni anticipate hanno magnetizzato l'attenzione dell'opinione pubblica, consentendo al Primo Ministro di affrancarsi temporaneamente da alcuni fatti di cronaca che lo insediavano in prima persona, e sui quali montava tanto l'intransigenza parlamentare in aula, dai tratti anche ostruzionistici, quanto una campagna giornalistica che stava ormai logorando la fiducia popolare nei confronti del III Gabinetto Abe, se non rispetto all'intera coalizione di Governo³³.

Il volto meno rassicurante, in questo mutato ma non troppo dissimile scenario, è offerto dal previsto incremento del [budget destinato alla difesa per l'anno fiscale 2018](#), licenziato dall'esecutivo il **22 dicembre**. Il progetto registra un incremento dell'1,3%, rispetto all'anno fiscale 2017, delle spese riferibili alla voce "difesa nazionale", circostanza che ravviva il dibattito intorno alla riforma della clausola pacifista dettata dai due commi dell'art. 9, cap. II.

ELEZIONI

³² Cfr. K. Campbell, B. Andrews, *Explaining the US 'Pivot' to Asia*, in *Americas* 2013/01, Chatham House, Agosto 2013, p.2.

³³ Si fa essenzialmente riferimento ai casi *Moritomo* e *Kake*, vicende diversissime fra loro ma che hanno entrambe gettato un'ombra sulla trasparenza della gestione di fondi pubblici da parte dell'esecutivo. Per un punto di vista, cfr. L. Repeta, [Backstory to Abe's Snap Election – the Secrets of Moritomo, Kake and the “Missing” Japan SDF Activity Logs](#), *The Asia-Pacific Journal, Japan Focus*, Vol. 15, Issue 20, N. 6, Oct 15, 2017.

Alla luce della promulgazione, il 19 giugno 2015, della Legge n.43/2015, che emenda la Legge per l'Elezione agli Uffici pubblici, l'elettorato attivo è stato concesso a tutti i cittadini che avessero compiuto 18 anni, abbassando di due anni il requisito anagrafico.

L'elezione dei 465 membri della Camera dei Rappresentanti, avvenuta il **22 ottobre**, all'interno dei 40 giorni di limite dallo scioglimento della stessa, come prescritto dall'art. 54 della Costituzione, ha restituito una salda maggioranza parlamentare alla coalizione LDP-Nuovo Kōmeitō (quest'ultimo NKP da qui in avanti). I due gruppi parlamentari dell'asse di Governo contano rispettivamente 283 e 29 rappresentanti, al di sopra della soglia dei due terzi costituzionalmente richiesta per i procedimenti aggravati che caratterizzano l'estrema rigidità del costituzionalismo giapponese.

Il blocco di opposizione più ampio annovera i 54 membri del Partito Costituzionale Democratico del Giappone, i 12 membri del Partito Comunista ed il 2 rappresentanti del Partito Social-Democratico.

Un terzo gruppo di minoranza consta dei 51 eletti nelle fila del Partito della Speranza e degli 11 del Partito Giapponese dell'Innovazione. I restanti 23 membri sono suddivisi fra 21 rappresentanti complessivamente eletti come indipendenti, pur suddivisi in due gruppi parlamentari distinti, e 2 membri del Partito Liberale.

Giova ricordare che le dimensioni delle Assemblee parlamentari della Dieta giapponese non sono fissate in Costituzione, ma sono oggetto di riserva di legge, e pertanto possono variare agilmente in considerazione di ogniquale volta si proceda ad un ridisegno delle circoscrizioni elettorali. Nonostante l'abbassamento da 20 a 18 anni del requisito anagrafico per esercitare l'elettorato attivo, l'affluenza è stata del 53,68%, superiore di poco più di un punto percentuale al record negativo di sempre registrato alle elezioni del 14 dicembre 2014, quando la percentuale dei votanti si era attestata al 52,66%.

La scomposizione ed il riallineamento dei *leaders* e dei raggruppamenti partitici alternativi al duopolio LDP-NKP ha preso le mosse dall'annuncio della creazione di un nuovo partito da parte di Koike Yuriko, Governatrice di Tokyo dall'estate 2017 dopo l'*exploit* personale conseguito con il cartello personale *Tomin First no Kai* ("prima gli edocchiani", da Edo, nome della città di Tokyo fino al 1868). Nell'auspicio di ripetere, stavolta sulla ribalta nazionale, il trionfo ottenuto a Tokyo a spese del suo ex partito, l'LDP, Koike ha dato vita al Partito della Speranza (*Kibō no Tō*) il 25 settembre, fratturando in due tronconi il campo progressista del Partito Democratico, che è nominalmente scomparso e sopravvive in pochi esponenti eletti

come indipendenti. Un'ala di quest'ultimo si è fusa con la nuova compagine guidata da Koike, mentre la corrente liberale ha dato vita al Partito Costituzionale del Giappone sopramenzionato, che, in alleanza con comunisti e socialdemocratici, ha sì resistito come seconda forza d'opposizione del Paese, ma ha causato l'effetto secondario e collaterale di disperdere i voti alternativi ad Abe, in ultima istanza impoverendo la forza parlamentare contraria all'agenda del Primo Ministro.

Con 47 donne sui 465 membri complessivi della Camera dei Rappresentanti, attualmente il Giappone occupa il 158° posto (sui circa 190 censiti) nella [classifica dei Paesi stilata dall'IPU](#) (*Inter-Parliamentary Union*) relativa alla consistenza della componente femminile nelle Camere basse, ed è la democrazia occidentale di gran lunga più in bassa in graduatoria. Il dato del 10% di donne nella Camera dei Rappresentanti, che trasporta crudamente nell'aula parlamentare il più vasto problema della sottorappresentazione femminile nella società giapponese, ha stimolato il conferimento al Ministro dell'Interno e delle Comunicazioni Noda Seiko delle deleghe per la “legittimazione delle donne” e per la “parità di genere”.

GOVERNO

[Il programma](#) complessivo che Abe Shinzō, per la quarta volta Primo Ministro, ha illustrato il **17 novembre**, in occasione dell'apertura dei lavori della 195ª sessione della Dieta, inquadra nella soluzione della crisi nordcoreana, nella crescita economica ed in una stagione compiutamente riformista i temi salienti.

La questione nordcoreana si annoda intorno ai fili del programma balistico di Pyongyang ed alla questione dei [cittadini giapponesi rapiti](#). Per quanto concerne il primo aspetto, Tokyo [ha salutato](#) con favore l'adozione unanime da parte del Consiglio di Sicurezza ONU della [Risoluzione 2397 del 22 dicembre 2017](#), che appesantisce ulteriormente le sanzioni nei confronti della Corea del Nord ed applica una forte pressione internazionale sul governo del Leader Supremo Kim Jong-un. La Risoluzione arriva dopo i test missilistici di [settembre](#) e [novembre](#), che hanno fatto suonare in Giappone le sirene antiaeree, rievocando il terrore di un passato che ha messo in ginocchio una nazione.

Il successo della “Abenomics” è in stretta relazione con il successo della revisione costituzionale, incentrata sul superamento della clausola pacifista contenuta nell'art. 9, *main issue* della campagna elettorale d'autunno. La definitiva fuoriuscita dalla crisi economica, che solo nel 2014 aveva precipitato il Giappone in regime di stagnazione, può dare alla supermaggioranza governativa la spinta necessaria a far sì che il

referendum costituzionale, obbligatoriamente previsto (art. 96) in caso di emendamenti alla Carta fondamentale, possa venire approvato dall'ampliato *demos* nipponico.

L'esito non appare scontato, anche e soprattutto in virtù della tendenziale refrattarietà dell'ordinamento giapponese alla revisione costituzionale, mai verificatasi in 128 anni di storia costituzionale (viene qui presa in considerazione anche la Costituzione Meiji, in vigore dal 1889-1890 sino al 1946-1947).

Del resto Abe godeva già della maggioranza parlamentare dei due terzi – necessaria in entrambe le Camere, in virtù del bicameralismo perfetto – anche prima della elezione anticipata di ottobre; tuttavia, quando l'Imperatore Akihito ha espresso, nell'agosto del 2016, la volontà di abdicare dal Trono del Crisantemo, evocando la propria longevità come un limite alle funzioni che la Costituzione gli impone di assolvere, la strada intrapresa dalla maggioranza di Governo non è stata quella di una revisione della Legge sulla Casa Imperiale, che ha rango costituzionale e che necessita di un laborioso sforzo parlamentare, ma quella di un atto normativo ordinario *ad hoc* che andasse incontro, in regime di eccezionalità, alla volontà imperiale.

CORTE SUPREMA

NOMINA DEI GIUDICI

Le elezioni di ottobre hanno messo in luce una peculiarità dell'ordinamento giapponese in ordine all'approvazione popolare (od alla bocciatura) delle nomine di giudice della Corte Suprema. Infatti, ai sensi dei commi 2 e 3 dell'art. 79 Cost., “[2] la nomina dei giudici della Corte Suprema sarà controllata dal popolo alla prima elezione generale dei membri della Camera dei Rappresentanti successiva alla loro nomina, e sarà controllata di nuovo dal popolo alla prima elezione generale dei membri della Camera dei Rappresentanti dopo un intervallo di dieci (10) anni dalla loro nomina, e così via.

[3] Nei casi menzionati nel paragrafo precedente, quando la maggioranza dei votanti si dichiara favorevole alla rimozione di un giudice, questi sarà rimosso”.

Lo strumento, che riecheggia l'ispirazione statunitense in fase di stesura del documento costituzionale del 1946-1947, non ha mai determinato la rimozione di un giudice della Corte Suprema, fra i circa 170 scrutinati dal secondo dopoguerra, anche in considerazione della procedura di nomina del tutto in mano al gabinetto. Dei 15 giudici che attualmente compongono la Corte Suprema (il numero non è stipulato in Costituzione), 14 sono di nomina governativa ed il Presidente di nomina imperiale,

ma su indicazione del Governo. La scheda bianca viene conteggiata come voto a favore del mantenimento della carica.

Il requisito della conferma dopo i 10 anni dalla nomina è peraltro piuttosto virtuale, posto che la legge prescrive a 70 anni il pensionamento obbligatorio dei giudici della Corte Suprema e normalmente si accede alla carica ad un'età che rende teorica la necessità di riconferma alle urne (l'ultima evenienza di questo genere è occorsa nel 1963).

SENTENZA NHK

Con una sentenza del **6 dicembre**, la Corte Suprema ha stabilito che il possesso di apparecchi televisivi deputati a ricevere è condizione sufficiente ad essere obbligati a stipulare un contratto con la compagnia pubblica emittente. L'azienda Nippon Hōsō Kyōkai (NHK) è la sola emittente pubblica, e l'atto che ne disciplina il funzionamento e gli scopi è la [Legge sulle Telecomunicazioni n. 132 del 2 maggio 1950, modificata dalla Legge n. 96/2014](#). L'azienda eccepisce che ai sensi del primo comma dell'art. 64 della Legge, "le persone che installino apparecchiatura in grado di ricevere le trasmissioni della NHK sono tenute per questo a concludere un contratto con la NHK". La strategia difensiva si sosteneva sulla *unenforceability* della previsione normativa, che comunque sarebbe stata in contrasto con la libertà di concludere contratti ed i diritti a conoscere ed alla proprietà protetti costituzionalmente (artt. 13, 21 e 29 Cost.). La Corte non soltanto ha affermato la piena costituzionalità dell'art. 64 della Legge in questione, ma ha altresì statuito che la conclusione di un contratto con la NHK è obbligatoria dietro istanza di un giudice.

SENTENZA SUL *MALAPPORTIONMENT* ALLA CAMERA DEI CONSIGLIERI

La disciplina elettorale giapponese è percorsa da un *malapportionment* ormai strutturale che ha, in termini quantitativi, oscillato sensibilmente nel corso del tempo, specie in conseguenza dei fenomeni di migrazione interna che hanno modificato gli assetti demografici e gli equilibri fra zone urbane e territori rurali. Poiché la Corte Suprema è stata spesso chiamata a validare la legittimità del momento elettorale, pur a fronte di forti scompensi nel peso del rapporto fra voti e seggi, è possibile ed opportuno apprezzare la continuità nel tempo del fenomeno distorsivo, per citare i poli opposti del *continuum* cronologico, attraverso l'analisi di [JPSC, 14 aprile 1976, 1974 \(Gyo-tsu\) 75](#) e [JSPC, 20 novembre 2013, 2013 \(Gyo-Tsu\) 209](#).

Con [JPSC 27 settembre 2017, 2017 \(Gyo-Tsu\) 47](#), la Corte Suprema ha nuovamente respinto una richiesta di invalidazione delle elezioni per la Camera dei

Consiglieri, invocata da elettori delle circoscrizioni di Tokyo e Kanagawa. La Corte, ripercorrendo le tappe pluridecennali della propria giurisprudenza in merito, ha affermato che la diseguaglianza massima in termini di peso fra collegi di 1:3,08, registrata in occasione del rinnovo parziale della Camera alta nel luglio 2016, non descrive la sussistenza di un grado di disparità tale da giustificare l'invalidazione dell'elezione.

La sentenza è corredata da due opinioni concorrenti ed altrettante dissenzienti, a testimonianza del vivace ricorso all'istituto dell'opinione separata da parte del giudice delle leggi di Tokyo.

Privilegiando focalizzare l'attenzione sull'espressione difforme del giudizio, il giudice Onimaru, dichiara che “nella mia opinione, le Previsioni sulla Distribuzione dei Seggi sono incostituzionali, ma questa Corte dovrebbe respingere la pretesa dei richiedenti in considerazione della circostanza del pubblico interesse”; diversamente, il secondo giudice di minoranza, Yamamoto, sottolinea come la crescente politicizzazione della Camera dei Consiglieri renda intollerabile una siffatta sproporzione fra voti e seggi, anche in speculare analisi con la Camera dei Rappresentanti. Una declaratoria di invalidità dell'atto elettivo per i soli eletti nelle circoscrizioni dove il rapporto di sproporzionalità sia stato superiore a 0,8 consentirebbe alla seconda Camera di continuare ad operare senza mettere in discussione, nella sua interezza, un momento fondamentale della democrazia come quello della elezione della rappresentanza.

L'ORDINAMENTO ISRAELIANO TRA SIMBOLI E DIAVOLI*

di Enrico Campelli**

Il quadrimestre analizzato è certamente paradigmatico delle difficoltà intrinseche all'ordinamento israeliano, da sempre contraddistinto da un elevatissimo livello di frammentazione politica e societaria.

I fatti caratterizzanti questo periodo infatti, travalicano la “mera” analisi giuridica e comparatistica e riescono nel difficile compito di rappresentare lo Stato di Israele ed il suo complicato universo giuridico, fatto di contraddizioni e compromessi.

Un periodo, quello degli ultimi mesi del 2017, che vede emergere ancora una volta lo scontro parlamentare e civile su alcuni dei nodi principali su cui si basa il *pactum unionis* israeliano. La sentenza della Corte Suprema circa l'arruolamento dei cittadini ultraortodossi nelle file dell'esercito alimenta un dibattito, nato con la fondazione dello Stato nel 1948, sulla divisione del fardello militare tra i cittadini israeliani e sul peso, anche in termini di economia pubblica, del mondo ultraortodosso nell'ordinamento di un Paese che modella e articola continuamente, ed in base alle contingenze politiche e parlamentari, il rapporto tra Stato e religione. L'approvazione delle modifiche alla *Hours of work and Rest Law* e l'accesa discussione circa la proposta del Ministero degli Interni sulla *Supermarket Law*, devono dunque essere analizzate nel quadro complessivo più ampio di un ordinamento ancora alla ricerca di un compromesso saldo tra il suo carattere religioso e civile.

È dunque attraverso queste lenti che deve essere letto e compreso anche il disegno di legge del *Nation-State Bill*, dalla portata quasi rivoluzionaria per l'ordinamento preso in analisi e capace di sviluppare discussioni dentro e fuori la *Knesset*, mettendo in discussione tutti i simboli ed i “diavoli” dell'ordinamento.

* Contributo sottoposto a *Peer Review*

** Dottorando di Diritto Pubblico, Comparato ed Internazionale presso il Dipartimento di Scienze Politiche della Università di Roma “La Sapienza”

Il disegno di legge, infatti, comprende disposizioni secondo cui *“the right to exercise national self-determination in the State of Israel is unique to the Jewish people (sez 1, art.2); The national anthem is "Hatikva", The flag is white, two blue stripes along its top and bottom margins and a blue Star of David at its center, The state symbol is a seven-branched menorah with olive branches on either side of the menorah and the word "Israel" at its base. (sez.3 art 1,2,3); the state's language is hebrew; the Arabic language has a special status”* (sez.4 art.1,2), mirando dunque a costituzionalizzare principi e norme altamente divisivi e certamente privi del necessario consenso.

Nel caso in cui il disegno di legge dovesse superare la seconda e la terza lettura, lo stato di Israele, e la dottrina giuridica in generale, si troveranno certamente di fronte ad un importante svolta nell'eterno dibattito, non solo israeliano, sulle reali possibilità di conciliare religione e democrazia, e sul trattamento della minoranza araba all'interno di uno Stato a maggioranza ebraica. A questo proposito infatti, la proposta *Basic Law* stabilisce, all'art.2 sez. 4, che *“Arabic shall have a special standing in the state; those who speak Arabic shall have access in their own language to State services, all as prescribed by law.”* e, all'art.1 sez.13, che *“Where a court decides that a dispute cannot be resolved by existing statute, by judicial precedent, or by strict legal analogy, it shall render its decision in accordance with the principles of freedom, justice, equity, and peace derived from Jewish civil law”*.

Uno Stato, Israele, in cui elementi comuni e di scontro, simboli e “diavoli”, appunto, giocano un peso fondamentale molto più che in altri ordinamenti occidentali, e diventano elemento fondamentale d'analisi per chi vuole comprendere pienamente le dinamiche politiche e giuridiche del Paese.

Le recenti dichiarazioni del Presidente degli Stati Uniti, Donald Trump su Gerusalemme, per esempio, cambiano poco, se non nulla, della realtà: il riconoscimento di Gerusalemme come capitale di Israele è una prassi politica ormai consolidata dalla presidenza Clinton fino a quella Trump, e lo spostamento della ambasciata Usa da Tel Aviv a Gerusalemme è già stato sospeso per altri sei mesi come ormai avviene dal 1995; eppure, il potere simbolico (e ovviamente, geopolitico) delle dichiarazioni del Presidente, ha segnato profondamente la cronaca politica

israeliana, con implicazioni molto concrete dentro la *Knesset* (si veda a questo proposito la nuova super-maggioranza necessaria per decidere ogni eventuale cessione territoriale di Gerusalemme) e nelle società israeliana e palestinese, dove non è mancata la minaccia dello scoppio di una terza *Intifada*.

Spaccature, simboli, compromessi. Come nel caso della grazia al soldato Elor Azaria, condannato per omicidio colposo dopo aver ucciso un terrorista palestinese già immobilizzato, la cui condanna solleva un vero e proprio caso nazionale, divenendo simbolo e diavolo di tutti i partiti che vorrebbero vedere una punizione esemplare per non sacrificare la moralità delle forze armate, di quelli che vedono nella sua condanna “colposa” l’immagine chiara delle contraddizioni dello *status quo* in West Bank, e di coloro che invece vedono nel caso del giovane soldato la necessità da parte della maggioranza parlamentare attuale e dell’Esecutivo Netanyahu di rivoluzionare definitivamente le competenze della Corte Suprema e procedere all’annessione formale della West Bank.

È proprio la Corte Suprema, ancora una volta in aperto scontro con le politiche governative, a rappresentare un importante punto interrogativo nell’analisi del quadrimestre considerato. Sono molti, infatti, i commentatori israeliani che si interrogano circa il reale peso che la Corte riuscirà ad avere nel sistema di “pesi e contrappesi” israeliano nel momento in cui le nuove nomine, favorevoli all’Esecutivo e assimilabili alla destra religiosa, congiuntamente all’avvicendamento della Presidenza, inizieranno ad influenzare davvero la natura dell’organo.

Infine, il quadrimestre preso in esame, mostra i segni sempre più evidenti di una parabola, quella del Primo Ministro Netanyahu, che, consapevole ed esperto dei simboli israeliani, incassa la vittoria su Gerusalemme proprio nel momento più delicato del suo Governo. Con lo svilupparsi e lo strutturarsi di un movimento trasversale di protesta contro il Presidente, (alimentato soprattutto dalle proteste per disegno di legge, poi modificato, che avrebbe impedito alla polizia di incriminare figure pubbliche e dalle accuse di corruzione a carico del Premier) e la minaccia di una crisi di Governo da parte dell’ala ultraortodossa formata da *Shas* e *United Torah*

Judaism (che lamentano poca attenzione dell'attuale gabinetto circa le tematiche della tradizione religiosa ebraica), il Premier riceve dall'alleato americano un assist, simbolico appunto, capace di stravolgere completamente il quadro politico, almeno fino al prossimo simbolo.

PARTITI

LA DIFFICILE RICONCILIAZIONE TRA *HAMAS* E *FATAH*

Il **12 ottobre** scorso, *Hamas* e *Fatah* hanno firmato un accordo di riconciliazione nella capitale egiziana, Il Cairo, come parte di uno sforzo per porre fine alla decennale frattura politica palestinese.

Come parte dell'accordo, il capo della delegazione dell'Autorità Palestinese (PA, guidata dal partito *Fatah*), Azzam al-Ahmad, ha annunciato che il confine di Rafah tra Egitto e Gaza sarà gestito dalla guardia presidenziale dell'Autorità Palestinese (e dall'agenzia dell'Unione Europea Eubam) a partire dal **1° novembre**.

L'accordo stabilisce inoltre che le elezioni legislative e presidenziali debbano svolgersi entro un anno dalla firma, e sebbene i dettagli dell'accordo di riconciliazione non siano ancora stati resi pubblici, i portavoce delle due forze politiche hanno annunciato l'impegno a formare un Governo provvisorio prima delle elezioni.

Come ulteriore conseguenza del processo di riconciliazione vi è lo scioglimento dell'*Administrative Committee* di *Hamas* a Gaza e la visita, avvenuta il **2 ottobre**, del Primo Ministro di *Fatah*, Rami Hamdallah, nella Striscia, ma soprattutto l'impegno che il Governo di unità nazionale palestinese rilevasse, il **1 dicembre**, il pieno controllo amministrativo dell'intera Striscia.

A testimoniare però le difficoltà del percorso di riappacificazione delle due aree politiche palestinesi, il **30 novembre**, *Hamas* e *Al-Fatah* hanno formalmente chiesto all'Egitto di posticipare la data del passaggio di consegne dall'**1 al 10 dicembre** 2017, al fine di ultimare le misure per garantire il completamento dei passi verso la riconciliazione nazionale.

Tuttavia in un comunicato emanato il **10 dicembre**, Azzam Al-Ahmad, ha dichiarato la presenza di ulteriori ostacoli che hanno nuovamente impedito il passaggio ufficiale di consegne, senza fornire ulteriori dettagli in merito alla questione. Stando a quanto riferito da Al-Ahmad, dopo il trasferimento degli incarichi, *Hamas* e *Al-Fatah* si incontreranno al Cairo per discutere i passi successivi

mirati alla realizzazione dell'accordo di riconciliazione nazionale. In tale occasione, le due parti dovranno discutere argomenti sui quali non hanno ancora trovato una soluzione, come la gestione della sicurezza della Striscia di Gaza, il futuro delle amministrazioni civili di *Hamas* e *Al-Fatab* e soprattutto la questione della demilitarizzazione delle milizie di *Hamas*.

MERETZ, NUOVE REGOLE PER LE PRIMARIE

Il partito israeliano di sinistra *Meretz* ha annunciato il **21 dicembre** nuove regole per la scelta dei propri candidati, trasferendo la scelta dai 1000 membri del suo Comitato Centrale ad un sistema di primarie aperte a tutti i membri del Partito. Così facendo, *Meretz* spera di ritrovare, almeno in parte, la rilevanza persa dopo un decennio di crisi e indolenza politica. E' facile prevedere come un simile cambiamento potrebbe avere un forte impatto sugli equilibri di potere all'interno del blocco di centro-sinistra nelle prossime elezioni politiche, previste per il 2019.

La leader del Partito, Gal-On, cercherà quindi di rinvigorire il profilo elettorale di *Meretz* nei prossimi mesi, sperando di rilanciarlo come vero punto di riferimento per l'elettorato di sinistra, e puntando specialmente agli elettori che non sono disposti ad accettare la brusca virata a destra del leader del Partito Laburista (*Avoda*) Avi Gabbay. In caso di successo, la mossa potrebbe generare un drastico cambiamento di voti all'interno del blocco delle sinistre, specialmente se *Meretz* riuscirà a liberarsi dell'immagine, a tratti giustificata, di partito anziano ed elitario, e ad intercettare parte dell'elettorato "mobile" di *Yesh Atid* o del *Machanè Zionì*.

La leadership del partito ha stabilito il **22 marzo** come data per le primarie, individuando il **17 febbraio** come data conclusiva della nuova campagna di adesione al Partito. Il Comitato Centrale di *Meretz* si riunirà il **7 gennaio** per varare il nuovo regolamento, votarlo, e darne l'ufficialità.

SHAS E LA NON ALLEANZA CON YAHAD: ANCORA UNA VOLTA DERI VS YSHAY

Il presidente di *Shas* Aryeh Deri ha smentito il **28 dicembre** le recenti notizie secondo le quali il partito starebbe considerando la possibilità di correre insieme a *Yahad*, formazione di destra religiosa guidata dall'ex leader proprio di *Shas* Eli Yishai, per invertire il recente trend negativo dei sondaggi e assicurare al partito il superamento della soglia di sbarramento fissata al 3, 25%.

Nel 2015, *Yahad* concorse alle elezioni in coalizione con il partito *Otzma Yehudit*, guidato da ex attivisti del partito *Kach*, tra cui ex parlamentari come Michael Ben-Ari e Baruch Marzel, nonché l'avvocato Itamar Ben-Gvir e, sebbene la maggior parte dei

sondaggi desse *Yahad* comodamente sopra la soglia di sbarramento, il partito la mancò di poco, ricevendo 125.158 voti, circa il 2,97% dei voti validamente espressi e circa 13.000 al di sotto della soglia minima necessaria.

Nonostante il fallimento, Eli Yishai ha annunciato a **novembre** che correrà di nuovo nelle prossime elezioni politiche, e ha avviato una campagna per l'adesione al partito, promettendo che "*Yahad* farà parte del prossimo governo".

La battaglia tra i due partiti, ed in particolare tra i due leader (che sembrano contendersi lo stesso elettorato ma si dimostrano incapaci ad arrivare ad un apparentamento), sembra costare caro ad entrambe le formazioni, con *Shas* che, sondaggi alla mano, potrebbe addirittura non superare la soglia di sbarramento.

Il declino di *Shas*, che nel 1999 aveva 17 seggi, è stato attribuito dai commentatori a diversi fattori, tra cui la morte del fondatore del partito e icona sefardita Rabbi Ovadiah Yosef e le continue indagini di polizia sul capo del partito Aryeh Deri e sua moglie per i presunti reati di riciclaggio di denaro, frode, appropriazione indebita e concussione.

ULTIMO SONDAGGIO DEL 2017

Stando all'ultimo [sondaggio](#) ufficiale del 2018, pubblicato il **28 dicembre** dal quotidiano israeliano *Makor Rishon* (e condotto dall'istituto di ricerca *Maagar Mochot*), il partito *Yesh Atid*, guidato da Yair Lapid, si affermerebbe con 25 seggi alla *Knesset*, diventando il primo partito in termini di maggioranza relativa e raddoppiando il proprio consenso attuale (11 MK). Il Likud, attuale partito di maggioranza, arriverebbe invece secondo con 24 seggi, in calo rispetto agli attuali 30.

Sempre secondo il sondaggio, *Avodà*, nonostante il nuovo leader Avi Gabbay, vincerebbe solo 12 seggi, esattamente la metà di quello che detiene attualmente, mentre *Kulanu*, il partito di Moshe Kahlon, seguirebbe con 11 MK.

Nel quadro dipinto da *Makor Rishon*, il partito della destra religiosa *Habayit Hayehudi* di Naftali Bennet aumenterebbe la sua forza fino a raggiungere 14 seggi (+6), mentre la *Joint List* perderebbe uno scranno, raggiungendo quota 11.

Sul fronte partitico ultra-ortodosso è interessante notare come il partito ashkenazita *United Torah Judaism* potrebbe ottenere un seggio in più, per un totale di 7, mentre *Shas*, partito sefardita, potrebbe addirittura perderne 3 e mantenerne solo 4.

Infine, *Meretz* arriverebbe a 7 seggi (+2), mentre *Yisrael Beiteinu* di Avigdor Lieberman passerebbe da sei a cinque.

PARLAMENTO

L'ESTENSIONE DELLO STATO DI EMERGENZA

Il **24 ottobre 2017**, la Knesset ha adottato la raccomandazione del Comitato congiunto della Commissione per gli Affari Esteri e la Difesa e la Commissione Costituzione, Legge e Giustizia, per estendere lo stato nazionale di emergenza di altri 10 mesi, fino al 12 agosto 2018.

Sin dalla sua fondazione, nel 1948, l'ordinamento israeliano si trova infatti in uno stato di emergenza nazionale, che trova il suo fondamento giuridico nelle leggi mandatarie del Regno Unito e comprende centinaia di leggi e direttive riguardanti questioni civili, economiche, e soprattutto questioni di sicurezza.

In merito alla votazione, il MK Avi Dichter (*Likud*), Presidente del comitato congiunto, ha [dichiarato](#) che "Durante i primi 40 anni di esistenza del paese, la Knesset ha approvato leggi e direttive la cui validità è condizionata dall'esistenza di uno stato di emergenza. Disposizioni cruciali - sia dal punto di vista della sicurezza che finanziario - sono state stabilite in queste leggi. Se la Knesset non dichiarasse ancora una volta lo stato di emergenza, tali accordi e disposizioni verrebbero meno".

Il MK Abd Al Hakeem Haj Yahya (*Joint List*) ha invece [affermato](#): "Israele è un paese che è in uno stato di emergenza da 69 anni, eppure afferma di essere l'unica democrazia in Medio Oriente. Le ragioni addotte (per lo stato di emergenza) non hanno senso; questa legge dovrebbe essere annullata. Il regime di legge marziale si è ufficialmente concluso negli anni '60, ma non è necessario dichiarare lo stato di emergenza perché esiste già".

La votazione ha visto 55 MK votare a favore dell'estensione dello stato di emergenza e 15 votare contro.

L'AUMENTO DEL SALARIO MINIMO

La *Knesset* ha approvato all'unanimità il **31 ottobre**, un [disegno di legge](#) per aumentare il salario minimo mensile in Israele da 5.000 a 5300 NIS.

Come previsto dalla legge, l'aumento è entrato in vigore il **1 dicembre** e modificherà i salari pubblici già a partire dalla prima mensilità del 2018.

La *Knesset* ha votato che gli stipendi aumentino da 26 NIS a 28,50 NIS all'ora, mentre le retribuzioni giornaliere saranno fissate a 244 NIS anziché a 231 NIS.

In terza lettura, la legge è stata approvata con 59 voti favorevoli e nessuno contrario

DIMISSIONI DALLA KNESSET

Annale 2017 della Rivista "Nomos. Le attualità nel diritto"

Il **19 settembre**, il viceministro Meshulam Nahari (*Shas*) ha rassegnato le proprie dimissioni dalla carica di viceministro degli Interni e come viceministro del ministero per lo sviluppo della periferia, del Negev e della Galilea. Come disposto dalla legge israeliana, una volta entrate in vigore le dimissioni, Nahari è rientrato nella *Knesset* come parlamentare.

Il MK Manuel Trajtenberg (*Machanè Zionì*) ha presentato le sue dimissioni alla Speaker della *Knesset* Yuli-Yoel Edelstein il **1 ottobre**. Le sue dimissioni sono entrate in vigore 48 ore dopo la presentazione della lettera di dimissioni, come stabilito dalla legge. Trajtenberg sarà sostituito alla *Knesset* da Saleh Saad. Nato nel villaggio druso di Beit Jann, Saad è stato per 12 anni un combattente nelle forze di sicurezza ed è stato inserito nella lista del *Machanè Zionì* come rappresentante del settore druso. In passato, Saad è stato direttore della Divisione dei lavoratori del Consiglio locale in Galilea e presidente della Federazione sindacale *Histadrut* nel sottodistretto della Galilea.

Il MK Erel Margalit (*Machanè Zionì*) ha invece consegnato la propria lettera di dimissioni al relatore della *Knesset* Yuli-Yoel Edelstein il giorno **4 ottobre**. Il sindaco di Yokneam, Leah Fadida, sostituirà Margalit nel suo ruolo alla *Knesset*.

Il MK Zehava Galon, presidente del partito *Meretz*, ha presentato il **19 ottobre** una lettera di dimissioni dal Parlamento israeliano. Moshe "Mossi" Raz, che ha lavorato come membro della *Knesset* per *Meretz* tra il 2000 e il 2003, ha ufficialmente sostituito il MK Galon a partire dal **22 ottobre**.

Il **23 ottobre** il MK Ibrahim Hijazi (*Joint List*) ha presentato una lettera di dimissioni allo speaker della *Knesset* Yuli-Yoel Edelstein. Il deputato è stato sostituito nelle sue funzioni da Youssef Atauna, che è il prossimo nella lista dei membri della *Joint List*.

NOMINA DEL NUOVO CONSIGLIERE DIPLOMATICO DELLA KNESSET

Il funzionario del ministero degli Esteri Shai Cohen ha iniziato il **17 ottobre** il suo mandato come consigliere diplomatico della *Knesset* e del suo Presidente.

Cohen, 52 anni, ha sostituito Oded Ben-Hur, da poco in pensione. Prima di servire come Console Generale israeliano a Istanbul, la sua posizione più recente, Cohen ha ricoperto molti incarichi di alto livello nella Divisione per gli affari strategici del Ministero degli Esteri. In precedenza ha prestato servizio come consulente diplomatico presso l'ambasciata israeliana a Roma, e come inviato diplomatico presso l'ambasciata israeliana a Montevideo, in Uruguay.

Il consigliere diplomatico consiglia la *Knesset* e il Presidente della *Knesset* su questioni relative alle attività internazionali del Parlamento prima di incontri con capi di stato, oratori del parlamento, delegazioni straniere, etc.

Negli ultimi anni, su istruzione del Presidente Yuli-Yoel Edelstein, la *Knesset* ha significativamente ampliato la sua attività internazionale, compresa la "diplomazia parlamentare" collaborando con numerosi parlamenti su varie questioni come la sostenibilità (progetto "[Green Knesset](#)"), trasparenza e altro ancora.

APPROVAZIONE DELLA "JERUSALEM SUPERMAJORITY LAW"

Il **30 dicembre** la Knesset ha dato l'approvazione finale ad un [emendamento](#) (n.2/735) della [Basic Law: Jerusalem, Capital of Israel](#), che aumenterà a 80 il numero di parlamentari necessari per stabilire la rinuncia alla sovranità israeliana su qualsiasi parte di Gerusalemme. In precedenza, tale *Basic Law*, approvata nel 1980 e modificata nel 2000, richiedeva il consenso di almeno 61 dei 120 parlamentari.

Sebbene il nuovo emendamento preveda una super-maggioranza per qualsiasi concessione, tale disposizione potrà essere in futuro modificata da una maggioranza semplice di 61 parlamentari.

Inoltre, l'emendamento recentemente approvato, cancella le disposizioni contenute nel testo della versione precedente della *Basic Law* che impedivano la modifica dei confini della municipalità gerosolomitana.

GOVERNO

NATION-STATE BILL

Dopo essere stata approvata in lettura preliminare il 10 maggio scorso, la coalizione di maggioranza ha in programma di approvare la controversa "[Basic Law: Nation-State of the Jewish People](#)"³⁴ (P 1989/20) in prima lettura nella sessione invernale (che termina a marzo 2018) e senza modifiche significative rispetto alla bozza originale. È quanto affermato il **18 dicembre** dal Ministro del turismo Yaniv Levin, incaricato dal Primo Ministro Netanyahu di gestire le difficili negoziazioni sul testo all'interno della maggioranza.

Il **19 settembre** si è svolta una ulteriore seduta della Commissione congiunta incaricata di redigere il testo di legge, con il Presidente della Commissione, Mk Ohana, che ha illustrato ancora una volta come lo scopo principale del testo sia quello

³⁴ [Qui](#) la versione in ebraico.

di proteggere lo Stato di Israele come Stato-Nazione del popolo ebraico, inserendo e chiarendo all'interno di una Basic Law il carattere "ebraico e democratico" di Israele, secondo i principi già evidenziati nella dichiarazione di Indipendenza dello Stato del 1948.

Il disegno di legge dichiara Israele lo stato nazionale del popolo ebraico e modifica lo status di molti elementi simbolici, già presenti in diverse leggi israeliane, come la bandiera, l'inno nazionale e il diritto di ogni persona ebrea ad emigrare in Israele, inserendoli dentro una *Basic Law*. Gli oppositori della legislazione hanno sollevato preoccupazioni sugli articoli che potrebbero portare cambiamenti profondi all'interno dell'ordinamento nazionale, come il fatto che la Corte Suprema dovrebbe considerare la tradizione ebraica in mancanza di precedenti legali. Due sezioni particolarmente controverse sono quelle che dichiarano l'ebraico come la sola lingua ufficiale declassando l'arabo (che godrebbe di uno "status speciale"), e quella che consente ad ogni comunità, religiosa o nazionale, di creare comunità separate".

Come detto, il [progetto di prima lettura](#) è quasi identico al testo approvato in lettura preliminare. Un cambiamento notevole però, riguarda la sezione sul Potere Giudiziario, che in origine stabiliva l'obbligo per un tribunale trovatosi di fronte ad una situazione senza risposta nella legislazione o in un precedente legale, di basarsi sui *principi di libertà, giustizia, integrità e pace del patrimonio ebraico* e che ora dovrà aggiungere a tali fonti di ispirazione anche la legge civile ebraica.

Molte le questioni che dovranno essere affrontate prima di sottoporre il testo al voto finale: attualmente, il testo in discussione, recita: "lo scopo di questa Legge fondamentale è di proteggere lo stato di Israele come stato-nazione del popolo ebraico al fine di ancorare in una Legge fondamentale i valori dello Stato di Israele come stato ebraico e democratico nello spirito dei principi espressi nella Dichiarazione di indipendenza". La commissione valuta come opzione alternativa a "stato ebraico e democratico", la dicitura "stato ebraico con governo democratico"

Inoltre, il controverso segmento sullo status speciale concesso alla lingua araba e il diritto di accedere ai servizi pubblici in arabo potrebbe essere sostituito con: "Questo articolo non danneggerà lo status dato *de facto* alla lingua araba prima della promulgazione di questa Legge fondamentale".

EMENDAMENTI ALLA "HOURS OF WORK AND REST LAW"

In conformità con lo spirito della proposta di legge del *Nation State bill*, il Governo Netanyahu è riuscito, il **26 dicembre 2017**, a far approvare alla Knesset [l'emendamento n. 16](#) alla [Hours of work and rest law](#).

La legge, un disegno di legge governativo basato su quello originariamente proposto dal MK Moshe Gafni (*United Torah Judaism*), deve essere letto all'interno dello sforzo complessivo, da parte dell'Esecutivo, per porre fine ad una crisi di coalizione con le fazioni ultraortodosse³⁵, all'interno del quale va analizzata anche la proposta della cosiddetta *Supermarket Law*³⁶.

Secondo la legge, il Ministro del lavoro e del welfare, attualmente Haim Katz, dovrà prendere in considerazione diversi fattori nel considerare l'approvazione dei permessi per il lavoro durante lo Shabbat, il sabato di riposo ebraico, incluso il benessere dei lavoratori, la tradizione ebraica, la possibilità lavorare in un giorno alternativo e l'effetto che il lavoro durante lo Shabbat può avere sulla sfera pubblica.

APPROVAZIONE DELLA “ANTI-INFILTRATION LAW”

La [nuova legislazione](#) contro l'immigrazione clandestina (1167-2673/2017), che prevede, tra le altre cose, la possibilità di deportazione di oltre 40000 immigrati clandestini, è stata approvata in terza lettura dalla *Knesset* l'**11 dicembre**, di fatto aggirando una sentenza dell'agosto 2017 della Corte Suprema israeliana che bloccava un simile tentativo.

La legge, approvata con 71 voti favorevoli e 41 contrari, estende la validità delle disposizioni governative temporanee sul trattamento degli “infiltrati” di altri tre anni, e sancisce, tra le altre cose, la chiusura nell'arco di tre mesi, del centro detentivo nazionale di Holot.

Fortemente spinta dal Ministro degli Interni Aryeh Deri (*Shas*) e dal Ministro per la Sicurezza Pubblica Gilad Erdan (*Likud*), la legge incoraggia la “deportazione volontaria”, con sussidi di circa 3500\$ a persona e pone di fronte agli immigrati irregolari, residenti a Holot e principalmente sudanesi o eritrei, due opzioni: essere detenuti nelle prigioni di Saharonim o deportati forzatamente in Ruanda (con il cui Governo Israele ha stabilito un accordo economico).

CAPO DELLO STATO

LA GRAZIA AD ELOR AZARIA

³⁵ Che avevano portato, il **26 novembre**, alle dimissioni, poi rientrate, del Ministro della Salute, Yaakov Litzman, leader del partito *United Torah Judaism*.

³⁶ Che, se votata, concederà al Ministero degli Interni la possibilità di decidere se i minimarket fuori da Tel Aviv possano rimanere aperti durante il sabato.

L'ufficio di presidenza dello Stato di Israele ha annunciato il **19 novembre** che il Presidente Reuven Rivlin ha rifiutato di concedere la grazia ad Elor Azaria, il soldato israeliano che sta scontando una condanna di 18 mesi per aver ucciso un terrorista palestinese nel marzo 2016.

Il caso di Azaria, la cui pena è stata successivamente ridotta a 14 mesi dopo l'intervento del Capo del personale dell'IDF, Gadi Eisenkot, e primo caso di omicidio colposo a carico di un soldato in oltre dieci anni, è diventato in Israele un caso simbolico di enorme portata mediatica, dividendo e polarizzando la *Knesset* e la società civile tra coloro che volevano una punizione esemplare per il soldato israeliano e chi invece premeva per proteggere i soldati durante il servizio militare obbligatorio.

L'ufficio della Presidenza ha dichiarato che Rivlin, nel decidere circa la richiesta di grazia, abbia preso in considerazione l'intero contenuto della richiesta oltre a "tutte le opinioni materiali e professionali che gli erano state presentate". La Presidenza ha anche fatto notare che già nella condanna di Azaria, il tribunale militare aveva adottato dei criteri di clemenza nell'arrivare a una condanna di 18 mesi di carcere.

Il Presidente Rivlin ha dichiarato di ritenere che un'ulteriore riduzione della pena "danneggerebbe la forza delle Forze di Difesa israeliane e dello Stato di Israele", aggiungendo che "i valori dell'IDF, inclusa la purezza delle armi" sono imprescindibili per le forze di difesa israeliane.

CORTE SUPREMA

LA DRAFTING REVOLUTION

Con una [decisione](#) destinata a modificare rilevantemente il già precario equilibrio tra Stato e religione, il **12 settembre 2017**, la Corte Suprema Israeliana, riunitasi in qualità di Alta Corte di Giustizia, ha stabilito di abrogare gli emendamenti [n.19](#) e [21/2015](#). della *Defense Service Law 5746/1986*, che avevano introdotto nell'ordinamento israeliano il differimento e l'esenzione degli *haredim*, gli ebrei-ultraortodossi, dal servizio militare, altrimenti obbligatorio per tutti i cittadini e residenti permanenti in Israele che abbiano compiuto 18 anni.

Attraverso un panel ampliato di nove giudici, e sotto la guida della Presidente uscente, Miriam Naor, la Corte ha votato 8 contro 1, con il dissenso del giudice Noam Sohlberg. La maggioranza decisiva dei giudici si è espressa quindi in accordo con la posizione del richiedente, *The movement for quality Government*, secondo cui, prevedendo regole diverse circa l'arruolamento nell'esercito in base al credo religioso

delle diverse fasce di popolazione, si leda il diritto costituzionale ad un pari trattamento dei cittadini, così come sancito dalla [Basic Law: Human Dignity and Liberty](#).

Nella sentenza, la Corte sottolinea come le disposizioni “aumentassero le ineguaglianze nel fardello dell’arruolamento, invece di ridurlo”, motivo che era invece stato alla base della loro approvazione nel 2015. Nella sua opinione dissenziente, Noam Solberg, sostiene invece che gli emendamenti fossero in vigore da troppo poco tempo e che sia ancora impossibile evidenziare un eventuale effetto distorsivo sulla democraticità del sistema di arruolamento nazionale.

Cercando di ripercorrere brevemente l’iter legislativo dei suddetti emendamenti, è opportuno ricordare come tali disposizioni fossero state introdotte dall’Esecutivo Netanyahu nel 2015, dopo la sconfitta elettorale delle forze parlamentari che invece spingevano per una soluzione opposta (in particolar modo *Yesh Atid*). Dopo la sentenza della Corte Suprema israeliana che nel 2012 dichiarò la *Tal Law*³⁷ incostituzionale infatti, la Commissione Plesner, fortemente sostenuta da Yair Lapid ed il suo partito, aveva proposto un disegno di legge, poi naufragato con il risultato elettorale, che comportava la leva obbligatoria per tutti gli *haredim* 18enni.

Formalizzando l’incostituzionalità degli emendamenti, la Corte ha provveduto a dichiarare la nullità della [sezione C1 della Defense Service Law](#), e a stabilire che il provvedimento di annullamento abbia effetto solo dopo un anno la sentenza, fornendo tempo necessario alle autorità militari di prepararsi e alla *Knesset* di trovare una soluzione legislativa alternativa, capace di chiudere uno dei più aspri dibattiti politici del paese ed una delle più sanguinose ferite dell’ordinamento israeliano.

³⁷ Anche conosciuta come “*Deferral of Military Service for Yeshiva Students Law*”. Approvata dalla Knesset il 23 luglio 2002 come disposizione temporanea, fu rinnovata ogni 5 anni fino al 2012, quando la Corte Suprema la dichiarò incostituzionale. La *Tal Law* manteneva l’esenzione dal servizio militare per gli ultraortodossi, ponendo blande limitazioni e fallendo nell’obbiettivo di spingere alla leva il maggior numero possibile di *haredim*.

PORTATA A COMPIMENTO LA RIFORMA GOVERNATIVA DELLA CORTE SUPREMA E DELL'ORDINAMENTO GIUDIZIARIO. LA SEPARAZIONE DEL TERZO POTERE APPARE ORMAI MEMORIA DEL PASSATO*

di Jan Sawicki**

L'ultimo quadrimestre del 2017 si chiude con l'approvazione definitiva e la promulgazione delle due leggi di riforma della Corte suprema e del Consiglio nazionale della magistratura, un evento che aveva dominato la scena nel periodo precedente e che però si era arenato in seguito ai rinvii apposti dal Presidente della Repubblica Andrzej Duda (rinvii che non avevano alcuna possibilità di essere superati a maggioranza qualificata ad opera della Dieta, come la Costituzione prescrive). Le settimane trascorse dal 24 luglio ai primi giorni di dicembre sono state contraddistinte da un'imprevista conflittualità interna al partito di Governo, "Diritto e giustizia", cui si era accennato nelle precedenti Cronache. Il Governo presieduto nominalmente da Beata Szydło, il ministro della giustizia Zbigniew Ziobro, e soprattutto il leader di fatto del paese, Jarosław Kaczyński, avevano in forme più o meno esplicite avanzato il sospetto che Duda si fosse trasformato – per ragioni non chiarite – in un ostacolo al processo di trasformazione illiberale dello Stato avviato dal PiS a far data dalla fine del 2015. D'altra parte, i due disegni di legge presidenziali, volti a riformare diversamente le due istituzioni di cui si è detto in esordio, presentavano [differenze](#) nel complesso piuttosto marginali con quelli rinviati a luglio, distinguendosi soprattutto, in buona sostanza, per due soli aspetti: in primo luogo privilegiavano il ruolo del capo dello Stato, anziché quello del ministro della giustizia, nell'espugnazione di quella 'fortezza' a presidio del giudiziario che è la Corte suprema; secondariamente, essi miravano a politicizzare in misura

* Contributo sottoposto a *Peer Review*.

**Dottore di ricerca in Teoria dello Stato e istituzioni politiche comparate; docente a contratto nelle Università Statale e Cattolica di Milano.

diversa – sebbene altrettanto impropria – la composizione del Consiglio nazionale della magistratura, prevedendo un’elezione dei suoi componenti, anche ‘togati’, che in qualche misura coinvolgesse anche almeno una parte dell’opposizione parlamentare, anziché lasciarne il sostanziale monopolio al partito di maggioranza.

In aggiunta a ciò, gli osservatori politici avevano messo in rilievo un rischio a carico del Presidente Duda. Quello che, essendo egli titolare dell’iniziativa legislativa e però al tempo stesso privo non solo della maggioranza ma anche di una consistente base autonoma di sostegno nel partito di Governo, avrebbe potuto trovarsi a fronteggiare uno scomodo dilemma: accettare che durante l’iter la maggioranza ripristinasse le proprie volontà, tramite emendamenti, nel corpo di due leggi che muovevano da sua formale iniziativa (e che erano state presentate proprio per rimuovere alcuni vizi invisibili al capo dello Stato); ovvero porre il veto alle due leggi così riapprovate, assumendosi la responsabilità di ‘affossare’ due leggi di cui egli stesso aveva avviato l’iter. E’ in questo clima di reciproci sospetti che nei mesi di settembre e ottobre si sono svolte [trattative tra il palazzo presidenziale e il partito “Diritto e giustizia”](#), con il suo leader direttamente coinvolto (mentre il Governo è rimasto spettatore passivo). Il risultato di questo lavoro a porte chiuse sta nelle leggi approvate sul finire dell’anno, che in poco differiscono da quelle rinviate a luglio (per il cui iter e contenuto si rinvia alle Cronache del precedente n. 2/2017). La nuova legge sulla Corte suprema rivoluziona quest’organo in modo appena più mite di quanto si facesse con quella bocciata.

L’inamovibilità dei giudici – art. 180 Cost. – è dunque altrettanto violata (seppure il quinto e ultimo comma di questo articolo stabilisca che i giudici possano essere trasferiti ad altro ufficio o collocati a riposo in caso di «modifiche all’ordinamento delle corti o ai confini dei distretti giudiziari»), pur nella forma delicata della riduzione dell’età pensionabile da 70 a 65 anni, che colpisce la prima presidente della Corte, Malgorzata Gersdorf, e determinerà la decadenza di oltre un terzo dei componenti (la stessa Gersdorf avrebbe per Costituzione una carica di sei anni, alla cui conclusione ne mancano tre). Si tratta in effetti di un’ingerenza più delicata, se si

considera che la versione precedente della legge prevedeva la cessazione automatica dalla carica a meno di un'eccezione accordata dal ministro della giustizia su diretta richiesta degli interessati. Nella versione attuale, invece, un prolungamento del mandato dei giudici a rischio di decadenza potrà essere concesso dal Presidente della Repubblica, con criteri largamente discrezionali, per un periodo di tre anni rinnovabile per altri tre. Quanta pressione potrà essere usata a carico di questi giudici, da parte del potere politico, è cosa che non richiede spiegazione (con un ruolo consultivo e debole del Consiglio nazionale della magistratura)

La selezione dei nuovi giudici della Corte suprema non subirà modifiche rispetto all'impianto tradizionale, che li vuole nominati dal Presidente della Repubblica su proposta del Consiglio nazionale della magistratura (KRS). Ma è proprio la politicizzazione di quest'ultimo a preoccupare, poiché anche la legge approvata su iniziativa di Duda consente al Sejm di eleggere anche i 15 componenti 'togati' dell'organo, in luogo della precedente elezione da parte della stessa magistratura. Così sarà affidata alla maggioranza politica la possibilità, entro 90 giorni dall'entrata in vigore della legge, di scegliersi la quasi totalità dei membri del Consiglio, dato che – insieme a coloro che per Costituzione ne fanno parte di diritto – la Carta stessa prevede l'esistenza di quattro 'laici' eletti dalla Dieta e due dal Senato, ciascuno nel proprio seno. Il rinnovo integrale entro un brusco termine entra in contrasto con l'art. 187.3 Cost., che impone la durata in carica di quattro anni per i membri eletti. I neoeletti, secondo la nuova legge, devono essere reclutati tra gruppi di candidature che potranno essere presentati da almeno 25 giudici o da almeno 2000 cittadini (sì da dare al tutto una parvenza di civismo). Il Presidente Duda aveva preteso, nel suo progetto, che almeno la scelta di tali componenti coinvolgesse almeno una parte dell'opposizione parlamentare a lui più vicina, ciò che sarebbe stato consentito da un voto a maggioranza di tre quinti dei voti in presenza di almeno metà più uno dei deputati; ma, per volontà del PiS, un emendamento ha previsto che a seguito di una infruttuosa votazione con quel sistema, se ne svolga senz'altro una seconda alla sola maggioranza dei voti. E' evidente come questa clausola faciliti il compito al partito

dominante, mentre quanto l'opposizione apprezzi l'entità reale dell'apertura' fatta nei suoi confronti è dimostrato dal fatto che buona parte della stessa abbia promesso di boicottare le relative votazioni.

Le tradizionali sezioni della Corte suprema saranno poi sostituite da una di diritto pubblico, una di diritto privato e da altre due sezioni del tutto innovative, con cui troveranno sviluppo le possibilità per il potere politico di interferire con le attività della più alta giurisdizione, o in alternativa di intimidirla gravemente. Sarà poi istituita una sezione disciplinare, munita di ampi poteri e di un trattamento economico privilegiato, e insieme ad essa una sezione per ricorsi straordinari contro sentenze anche passate in giudicato, ed emesse negli ultimi vent'anni, che si assumano violare libertà e diritti previsti in Costituzione, essere state adottate in erronea interpretazione o applicazione del diritto, o porsi in contraddizione con le prove raccolte. Secondo una diffusa opinione, in questo secondo caso è elevato il rischio di inondare la Corte suprema con un numero spropositato di ricorsi straordinari che potrebbe sovraccaricarla forse paralizzandola. Per inciso, quest'ultima sezione è quella che dovrebbe pronunciarsi in via definitiva sulla validità di tutte le elezioni e dei referendum (e anche in materia elettorale – per il momento limitatamente alle consultazioni amministrative – l'esecutivo ha presentato progetti di modifica che rischiano di limitare il modello di amministrazione elettorale rigorosamente indipendente da interferenze governative).

Nel periodo considerato vi è anche un'evoluzione interessante del quadro politico, pur in un clima complessivo nettamente favorevole al PiS. Il capo incontrastato del partito, Kaczyński, lancia segnali di un desiderio di rimpasto governativo, fino a lasciar intendere che lo stesso vertice del Governo potrebbe essere sostituito. E' quanto poi avviene a dicembre, quando Beata Szydło, entrata in carica dopo le elezioni politiche di ottobre 2015, viene improvvisamente sostituita da quello che era stato il suo ministro delle finanze, il banchiere tecnocrate indipendente Mateusz Morawiecki. Gli analisti politici, il cui ruolo fondamentale in questi anni è di farsi interpreti degli umori di Kaczyński, si sono domandati il perché di una tale decisione.

E' possibile che il leader informale del paese si sia minimamente intimorito della buona popolarità della Szydlo, pensando che questa potesse crearsi nel partito una base capace di darle degli spazi di autonomia; è possibile che abbia confidato nella personalità di Morawiecki come capace di allacciare migliori e più costruttivi rapporti con l'estero e soprattutto con l'Europa, in un momento in cui le ragioni di scontro sono forse persino in eccesso rispetto alle aspettative interne. In ogni caso, il rapido avvicendamento nell'incarico di Premier testimonia della straordinaria stabilità di governo a dispetto dei mutamenti formali all'interno di ciascuna compagine. Il fatto è ancor più paradossale se si considera che appena pochi giorni prima il Consiglio dei ministri presieduto da Beata Szydlo aveva superato ampiamente indenne un voto di sfiducia costruttiva richiesto dall'opposizione parlamentare guidata dalla Piattaforma civica (PO). La sovrapposizione di questi due eventi mette in ancora maggiore evidenza chi sia oggi in Polonia in grado di determinare vita e morte dei gabinetti e delle loro scelte politiche.

Il tutto si svolge mentre la Polonia è sempre più avvolta in un cupo clima politico generale. La tradizionale manifestazione dell'**11 novembre** a Varsavia, celebrativa della riconquistata indipendenza nazionale nel 1918, viene quest'anno più che mai 'conquistata' da gruppi di [estremisti ultra-nazionalisti, razzisti e xenofobi](#), che riescono ad attirare l'attenzione dei media stranieri, decidendo quale debba essere l'immagine generale del paese a livello globale, con [aggressioni](#) anche a gruppi di donne che protestavano contro simili dimostrazione. L'[indignazione delle opposizioni](#) per questo tipo di immagine viene respinta da membri del Governo, come il ministro dell'interno Mariusz Blaszczak, che vedono nella manifestazione un bellissimo evento patriottico accompagnato da marginali fattori di disturbo. E negli stessi giorni di dicembre, in concomitanza con l'approvazione finale delle due leggi sulla Corte suprema e sul Consiglio nazionale della magistratura, la Commissione europea prende la decisione senza precedenti di attivare la procedura di cui all'art. 7 TUE nei confronti della Polonia per violazione dello stato di diritto, in relazione proprio alle leggi giudiziarie. Si apre così un capitolo del tutto inedito, in cui non è

ben chiaro se l'intenzione dei dirigenti di "Diritto e giustizia" sia quella di alzare il livello dello scontro con l'Europa comunitaria per dipingerla agli occhi del paese come una potenza ostile e gettare le basi, al limite, per una uscita dalla stessa UE (anche se l'appartenenza all'Unione è gradita, secondo i sondaggi, dall'81% dei polacchi).

PARTITI

CAMBIO ALLA GUIDA DEL PARTITO LIBERALE "NOWOCZESNA" ("MODERNA")

Il **26 novembre** si svolgono le elezioni interne al partito Nowoczesna (con .N per simbolo), una formazione liberale nata nel 2015, aderente all'ALDE e che ottenne 28 deputati nelle elezioni politiche dello stesso anno. Ryszard Petru, economista e banchiere che la fondò, viene battuto a sorpresa dalla rivale, Katarzyna Lubnauer, con il voto di 149 contro 140 delegati. Sulla decisione possono aver influito alcune gaffe del leader e fondatore negli ultimi due anni; il fatto però può anche essere indicativo di uno spostamento 'a sinistra' della formazione, e di una sua maggiore accentuazione per i diritti civili a scapito dei temi economici, finora ritenuti più importanti e caratterizzati da una forte impostazione *pro business*.

PARLAMENTO

LE ELEZIONI AMMINISTRATIVE COME PUNTO D'AVVIO DI UNA MANIPOLAZIONE GENERALE DELLA LEGISLAZIONE ELETTORALE?

Il **10 ottobre** viene depositata alla Dieta una [proposta di legge](#) del gruppo di maggioranza, "Diritto e giustizia" (PiS), volta a [modificare parti del Codice elettorale](#) adottato nel 2011 limitatamente alle elezioni amministrative (che sono in programma per l'autunno del 2018). Le modifiche, [già annunciate](#) qualche giorno prima, riguardano in primo luogo la formula elettorale: si prevede di sopprimere i collegi uninominali – da sempre invariati al PiS – nei comuni non capoluogo di provincia

(*powiat*) per sostituirli con i sistemi di lista già diffusi altrove. In tutti gli altri ambiti, nelle elezioni dei consigli comunali, provinciali e di voivodato (*województwo*), si punta a mantenere un sistema di lista, con soglia di esclusione al 5% per i partiti e all'8% per le liste espressione di coalizioni, in applicazione del divisore d'Hondt, ma nel contempo si vuole ridurre l'ampiezza delle circoscrizioni fino a un minimo di tre eletti, ciò che favorisce il partito di maggioranza relativa fino al punto di annullare la natura proporzionale del sistema. I sindaci, eletti direttamente, potrebbero non superare il massimo di due mandati consecutivi. Facendo seguito a contestazioni nelle ultime elezioni amministrative del 2014 (perse dal PiS) si prevedono inoltre ampie modifiche alla legislazione elettorale di contorno. Viene soppresso il voto per corrispondenza. Oltre alle urne trasparenti recentemente introdotte, il progetto prevede la formazione, entro la stessa sezione elettorale, di due separate commissioni, una deputata a presiedere alle operazioni di voto e una che effettua lo scrutinio successivo alla votazione. Le intere votazioni devono essere riprese da una telecamera che trasmette le operazioni via internet, con i materiali registrati e archiviati. Ma la modifica di maggiore rilievo è quella che punta a modificare la composizione dell'organo che in Polonia ha la supervisione suprema sull'intero processo elettorale, la Commissione elettorale nazionale (*Państwowa Komisja Wyborcza*, PKW). Questa, introdotta agli inizi degli anni Novanta e assurta a modello di un'amministrazione elettorale indipendente, non dovrebbe più essere composta di nove giudici, di cui tre membri in carica del Tribunale costituzionale, tre della Corte suprema e tre del Supremo tribunale amministrativo (NSA). Secondo il progetto, la Corte suprema sarebbe totalmente esclusa dalla compagine, mentre i due restanti organi potrebbero delegare un proprio singolo componente; gli altri sette membri della PKW sarebbero eletti dal *Sejm*, anche qui per volontà politica, da una rosa di soggetti indicati tra giudici, procuratori, avvocati, e dottori o professori in materie giuridiche).

Il progetto suscita una [reazione sdegnata delle opposizioni](#) che vi intravedono un passo ulteriore da parte del PiS nella edificazione di una 'democrazia illiberale', quello che finora non era stato ancor compiuto: un passo in avanti verso la manipolazione del processo elettorale. Il partito di maggioranza, da parte sua, decide di anticipare le innovazioni al sistema per le elezioni amministrative generali, che sono le più vicine, riservandosi di estenderle, o apportarne di nuove, anche alle elezioni politiche.

L'APPROVAZIONE DEFINITIVA DELLE LEGGI SULLA CORTE SUPREMA E SUL CONSIGLIO NAZIONALE DELLA MAGISTRATURA

Il **10 dicembre** viene definitivamente approvata alla Dieta la riforma della Corte suprema e del Consiglio nazionale della magistratura, di cui si è detto nell'introduzione. *In extremis* viene adottato un emendamento con cui si estende da 80 a 120 il numero dei componenti della Corte suprema, anche per riempire gli organici delle nuove sezioni disciplinare e sui ricorsi straordinari. Insieme alla decadenza di gran numero dei vecchi componenti, l'aumento delle nuove immissioni contribuirà ancor di più al rinnovamento personale dell'organo.

GOVERNO

IL GOVERNO DI BEATA SZYDŁO SUPERA AMPIAMENTE UN VOTO DI SFIDUCIA COSTRUTTIVA

Il **7 dicembre** il Gabinetto presieduto da Beata Szydło resiste alla Dieta, con 238 voti contro 174 e 4 astenuti, a una mozione di sfiducia costruttiva presentata dall'opposizione, recante il nome di Grzegorz Schetyń – leader della Piattaforma civica – come candidato alternativo. La Szydło si difende con un discorso denso di affermazioni sprezzanti verso l'opposizione, ma è diffusa la consapevolezza che poco o nulla potrà difenderla dalla sua sostituzione imminente alla guida del Governo per volontà di Jarosław Kaczyński.

IL GOVERNO DI BEATA SZYDŁO SI DIMETTE 'SPONTANEAMENTE' PER FAR POSTO A MATEUSZ MORAWIECKI

L'**11 dicembre** la Premier Beata Szydło rassegna le dimissioni sue e del proprio Gabinetto nelle mani del Presidente della Repubblica, che nomina in suo luogo il ministro delle finanze uscenti [Mateusz Morawiecki](#), il quale mantiene anche l'*interim* su quest'ultimo dicastero (oltre alla gestione dei fondi europei). Il tecnocrate 49enne forma un Gabinetto per il resto quasi del tutto invariato, con la Szydło che assume però l'incarico di vicepremier con delega alle politiche sociali. Morawiecki si presenterà alla Dieta il **12 dicembre**, dove ottiene la [fiducia](#) con 243 voti a favore e 192 contrari. Equilibri interni al partito di Governo, il PiS, hanno imposto di accelerare l'avvicendamento alla guida del Governo lasciando quasi immutata la sua compagine; ma si ritiene che alcune personalità dovranno presto essere sostituite, tra cui il ministro della difesa Antoni Macierewicz, entrato in rotta di collisione con il Presidente Duda e ritenuto non più troppo credibile per dimostrare la tesi

dell'attentato rispetto all'incidente aereo mortale del defunto Presidente Lech Kaczyński nel 2010.

CAPO DELLO STATO

CONTRO UNA MAGGIORE INTEGRAZIONE EUROPEA MA ANCHE CONTRO L'EUROPA DELLE DUE VELOCITÀ

Il Presidente della Repubblica, Andrzej Duda, prende posizione in merito al dibattito in corso sulle riforme interne all'Unione europea, puntualizzando le idee largamente condivise al riguardo nell'attuale classe dirigente polacca. Parlando al forum economico di Krynica, il **5 settembre**, Duda mette in guardia dal rafforzamento della cooperazione tra alcuni Stati in materie selezionate, perché questo corrisponderebbe a una dannosa divisione dell'Europa. Duda, come il Governo in carica, non trova alcuna contraddizione tra la contrarietà della Polonia a entrare a far parte di cooperazioni rafforzate e il fatto che altri paesi desiderino eventualmente dar vita alle stesse, ma al contrario, nel sostenere l'aspirazione a entrare nella UE di paesi come la Moldavia e la Georgia, dei quali si fa promotore, afferma che tali cooperazioni riducono l'attrattività complessiva della stessa UE.

I DISEGNI DI LEGGE PRESIDENZIALI SULLA CORTE SUPREMA E SUL CONSIGLIO NAZIONALE DELLA MAGISTRATURA VEDONO LA LUCE

Il **25 settembre**, a due mesi dal rinvio sospensivo al *Sejm* delle due leggi di riforma della Corte suprema e del Consiglio nazionale della magistratura – veti che la Camera bassa non è stata in grado di superare con la necessaria maggioranza qualificata – il Presidente Duda trasmette alla stessa Dieta le sue proprie iniziative al riguardo (di cui si dice sopra nell'introduzione). All'indomani di questa iniziativa si diffonde la notizia che la Commissione europea ha deciso, con l'assenso di quasi tutti gli Stati membri, di chiedere alla Commissione di Venezia di pronunciarsi con un parere in merito ai progetti presidenziali, attesa la rilevanza che l'indipendenza della magistratura in Polonia presenta per gli interessi dell'intera UE.

IL RAPPORTO GOVERNO - PARLAMENTI AI TEMPI DELLA BREXIT E LE NUOVE SFIDE PER LA COSTITUZIONE BRITANNICA*

di Giulia Caravale**

Nel Regno Unito il tema della *Brexit* è stato il *leitmotiv* anche dell'ultimo quadrimestre dell'anno. L'uscita dall'Unione europea non presenta solo problemi di natura politica per la tenuta del Governo, diviso al suo interno tra sostenitori della *soft* o della *hard Brexit*, ma solleva anche interessanti e complesse questioni di natura costituzionale.

L'esecutivo May, in questi mesi, è stato impegnato da un canto nelle trattative con l'Unione europea per giungere ad un accordo di massima indispensabile per il passaggio alla fase successiva dei negoziati, dall'altro, a Westminster, nell'esame dell'*European Union (Withdrawal) Bill 2017-2019*, il principale disegno di legge sulla *Brexit*, che è stato presentato il 13 luglio ai Comuni e che ha iniziato la seconda lettura il **7 settembre**. Si tratta di uno degli 8 disegni di legge in tema di uscita dall'Unione – sicuramente quello più rilevante - che il Governo May vuole far approvare nell'attuale sessione parlamentare di durata biennale.

Obiettivo del *bill* è in primo luogo l'abrogazione dell'*European Communities Act 1972* e la conversione in normativa nazionale di tutta quella europea (anche nelle materie che sono state devolute a Scozia, Galles e Irlanda del Nord) al fine di evitare vuoti legislativi conseguenti all'uscita dall'Unione. Il testo prevede una nuova categoria di atti legislativi nazionali, quella delle “retained EU laws”, che renderanno effettiva la normativa europea nel Regno anche dopo la *Brexit*. Si tratta di leggi nazionali che però beneficeranno del principio di supremazia di cui gode attualmente il diritto comunitario, di modo che, fino all'uscita definitiva del Regno dall'Europa, se dovesse sorgere un conflitto tra la normativa interna, anche approvata successivamente, e le

* Contributo sottoposto a *Peer Review*.

** Professore associato di diritto costituzionale italiano e comparato – “Sapienza” Università di Roma

“retained EU laws”, queste ultime prevarranno, con buona pace del principio della sovranità parlamentare.

Inoltre, mentre attualmente le leggi delle Assemblee devolute sono nulle se contrarie alla normativa europea, la *clause* 11 dell'*European Union (Withdrawal) Bill* prevede che tali atti non potranno essere contrari alle “retained EU laws” nazionali, anche se riguarderanno competenze di Scozia, Galles e Irlanda del Nord.

Il disegno di legge autorizza, poi, i ministri nazionali (e quelli dei governi devoluti) ad intervenire, attraverso regolamenti, per abrogare o modificare gli atti di derivazione comunitaria in modo da adeguarli alla nuova realtà del Regno dopo l'uscita dall'Unione. Una disposizione, questa, che – come vedremo – è stata, in questi mesi, oggetto di ampie critiche.

Come abbiamo detto, la Camera dei Comuni ha iniziato la seconda lettura dell'*European Union (Withdrawal) Bill* a settembre e, a motivo della rilevanza costituzionale del tema, il c.d. *Committee stage* si è svolto in aula (*on the Floor of the House*) e non in Commissione. Durante tale fase sono stati presentati più di 400 emendamenti e 80 nuovi articoli.

Per comprendere meglio il quadro in cui, in questi mesi, si è svolto il dibattito parlamentare appare necessario ricordare che il Governo May, formatosi a seguito delle elezioni dell'8 giugno scorso, è un esecutivo di minoranza che fonda la sua “working majority” ai Comuni da un canto sul *confidence and supply agreement* con il partito nord irlandese Dup, dall'altro sul fatto che la maggioranza in aula viene in pratica ridotta dalla circostanza che lo *Speaker* e i suoi 3 vice solitamente non votano e che i 7 deputati eletti nelle fila del partito nord irlandese *Sinn Féin* non partecipano ai lavori dell'Assemblea. Quindi l'esecutivo può contare ai Comuni su una maggioranza effettiva di 13 seggi, una maggioranza sottile che non sempre riesce a tutelare il Governo, soprattutto quando si discutono temi divisivi come quello della *Brexit*. Un esempio di tale debolezza parlamentare dell'esecutivo è offerto dalla sconfitta subita dal Governo il **13 dicembre**, quando la *House of Commons* ha approvato, con 309 voti a favore e 305 contrari, l'emendamento presentato dal

conservatore “ribelle” Dominic Grieve relativo alla *clause 9* dell’*European Union (Withdrawal) Bill*, emendamento che ha imposto di sottoporre ad approvazione parlamentare l’accordo definitivo che sarà raggiunto tra Regno Unito ed Unione europea al termine dei negoziati. Il passaggio dell’emendamento è stato letto dalle opposizioni come una vittoria del Parlamento sul Governo. La legge che approverà l’accordo non potrà entrare nel merito e decidere i termini della *Brexit*, che saranno fissati dal Governo britannico e dall’Unione europea; tuttavia in virtù dell’emendamento introdotto l’esecutivo dovrà essere necessariamente attento e sensibile alla volontà delle Camere che possono eventualmente respingere l’accordo. È questa, ad esempio, l’opinione di Guy Verhofstadt, *Chief Brexit co-ordinator* del Parlamento europeo, il quale ha commentato la sconfitta del Governo May con un *tweet* in cui ha affermato: “British Parliament takes back control. European and British Parliament together will decide on the final agreement. Interests of the citizens will prevail over narrow party politics. A good day for democracy”.

L’accordo tra Regno Unito e Unione europea, secondo quanto previsto dall’articolo 50 del Trattato di Lisbona, dovrà essere approvato anche dal Parlamento europeo e, come è stato osservato dalla BBC: “We could be in for a new and novel form of Euro-Parliamentary ping-pong if the two institutions don’t agree on something”.

Il *Bill* concluderà a gennaio l’esame alla Camera dei Comuni e sarà inviato ai Lords, Camera a maggioranza filo europeista, dove potrebbe essere oggetto di ulteriori modifiche. Una considerazione che si fonda sul fatto che la *House of Lords* non ha voluto attendere, come vuole la prassi, che il *bill* venisse sottoposto al suo esame per iniziare ad occuparsi della questione. Infatti, mentre i Comuni procedevano con la seconda lettura, due Comitati della Camera alta hanno preparato rapporti particolarmente critici sul disegno di legge. Il primo, [European Union \(Withdrawal\) Bill: interim report](#), è stato pubblicato il 7 settembre dall’*House of Lords Constitution Committee*. Il Comitato ha ripreso molte delle osservazioni critiche mosse già lo scorso marzo nel suo rapporto *The ‘Great Repeal Bill’ and delegated powers*. Il *Constitution Committee* dei

Lords ha innanzi tutto stigmatizzato il comportamento dell'esecutivo, reo – a suo giudizio - di non aver tenuto in debito conto quanto era stato evidenziato in relazione sia all'ampia delega dei poteri che “fundamentally challenge the constitutional balance of powers between Parliament and Government and would represent a significant—and unacceptable—transfer of legal competence”, sia alle necessarie forme di controllo parlamentare su tali poteri. Il Comitato ha poi affermato che il disegno di legge presenta questioni definite “deeply problematic” in relazione a 3 essenziali “constitutional themes”, quali il rapporto tra Governo e Parlamento, la *rule of law* e la “territorial constitution”. Il rapporto, inoltre, ha evidenziato che la nuova categoria di atti prevista nel *bill*, quella delle “retained EU laws”, solleva diversi problemi di natura costituzionale relativi al rispetto della *rule of law* e della certezza del diritto.

Profondo timore è stato espresso dal Comitato anche in relazione alle conseguenze che l'uscita dall'Unione avrà per la *devolution* e per le “ambiguities and uncertainties” presenti nel disegno di legge sul passaggio delle competenze da Bruxelles alle amministrazioni devolute. In conclusione, il Comitato ha affermato che il disegno di legge “is highly complex and convoluted in its drafting and structure” anche perché il modo in cui è stato redatto rende il suo scrutinio particolarmente difficile.

Il secondo rapporto [*European Union \(Withdrawal\) Bill*](#) è stato poi pubblicato, il **28 settembre**, dall'*House of Lords Delegated Powers Committee*, un Comitato che, come è stato rilevato, è solitamente molto “careful and cautious”. Tuttavia, in questa occasione, non ha mancato di rivolgere aspre critiche al disegno di legge per la “excessively wide” delega di potere normativo ai ministri contenuta nel testo, definito “one of the most important Bills in the constitutional history of the United Kingdom”. In particolare, il Comitato ha espresso preoccupazione per l'ampia delega in materia finanziaria e per le insufficienti forme di controllo parlamentare previste. Esso, inoltre, ha proposto di trattare in un altro disegno di legge la complessa

questione del passaggio delle materie rimpatriate dall'Unione europea alle nazioni devolute.

Il tema delle conseguenze della *Brexit* per le nazioni devolute è senza dubbio uno dei nodi cruciali che la May dovrà risolvere nei prossimi mesi, ma la cui soluzione appare ancora lontana.

Si deve ricordare che la May, dopo le elezioni di giugno, aveva dichiarato che avrebbe richiesto alle Assemblee devolute di approvare una *legislative consent motion* sull'*European Union (Withdrawal) Bill*, voto che, pur non vincolante per Westminster, è politicamente molto importante: l'approvazione del testo contro la volontà di Scozia, Galles e Irlanda del Nord potrebbe aprire, infatti, una grave crisi costituzionale. Le Assemblee devolute hanno risposto che non approveranno la *legislative consent motion* relativa al *bill* se non saranno introdotte le opportune modifiche. Le Assemblee di Scozia e Galles, come vedremo meglio in seguito, hanno svolto in questi mesi un attento esame del *bill* mentre i governi nazionali hanno suggerito 38 emendamenti al testo del *bill*, nessuno dei quali, fino ad ora, è stato accolto.

Il Governo britannico ha ripetutamente respinto le accuse di voler approfittare della *Brexit* per riacquistare quei poteri che sono stati devoluti nel corso degli ultimi 20 anni, e si è impegnato a trasferire di nuovo le competenze alle 3 nazioni.

Interessante appare in proposito il lavoro che sta svolgendo il *Public Administration and Constitutional Affairs Committee* dei Comuni il quale, l'**11 ottobre**, ha aperto un'inchiesta sulle implicazioni della *Brexit* per la *devolution* e, il **29 novembre**, in vista del dibattito parlamentare relativo alla *Clause 11*, ha pubblicato un *interim report* [*Devolution and Exiting the EU and Clause 1 of the European Union \(Withdrawal\) Bill: Issues for Consideration*](#). Il rapporto ha riconosciuto che il dibattito sulla *Clause 11* “raises fundamental principles about how the relationships between central and devolved government in the UK will be conducted” ed ha evidenziato come da tale dibattito emerga una sostanziale difficoltà di comunicazione tra l'amministrazione centrale e quelle devolute.

In conclusione si deve ricordare che l'8 dicembre il Regno Unito e l'Europa sono riusciti a raggiungere un primo accordo, che consentirà il passaggio alla seconda fase dei negoziati. Il [*Joint report from the negotiators of the European Union and the United Kingdom Government on progress during phase 1 of negotiations under Article 50 TEU on the United Kingdom's orderly withdrawal from the European Union*](#) prevede una convergenza di massima sui 3 problemi la cui soluzione era considerata indispensabile per il passaggio alla seconda fase, quelli del confine con l'Irlanda, delle questioni economico finanziarie e dei diritti dei cittadini europei residenti nel Regno e dei britannici residenti in Europa.

Sui dettagli dell'accordo ritorneremo nelle prossime pagine. Deve essere però qui evidenziato il dibattito sorto immediatamente tra i costituzionalisti britannici in merito all'impegno assunto dal Governo May, e contenuto nel *Joint Report*, di approvare un *Withdrawal Agreement and Implementation Bill* che recepisca nella normativa interna il contenuto dell'accordo e, al fine di garantire i diritti dei cittadini, preveda che la legge "should specify that inconsistent or incompatible rules and provisions will be disapplied".

Alcuni costituzionalisti britannici³⁸ si sono chiesti se l'ordinamento del Regno sia in grado di fornire tutela giuridica adeguata ai diritti dei cittadini, nel rispetto degli impegni presi, e come tale impegno possa essere considerato compatibile con il principio fondamentale della Costituzione britannica, quello della sovranità del Parlamento e quindi dell'impossibilità per un Parlamento di vincolare il successivo. Senza dubbio la nuova normativa non potrà introdurre nel Regno Unito una legge costituzionale intesa come gerarchicamente superiore, ma solo un *constitutional statute* nell'accezione che in questi anni è stata data da alcune sentenze di *common law* alle leggi in materia costituzionale. Tali leggi, infatti, sono state interpretate dalle Corti come passibili di sola abrogazione esplicita. Nel caso del *Withdrawal Agreement and*

³⁸ M. Gordon, *Parliamentary Sovereignty and the Implementation of the EU Withdrawal Agreement* (Part I) and (Part II), in U.K. Const. L. Blog; M. Elliott, *The Brexit agreement and citizens' rights: Can Parliament deliver what the Government has promised?* In publiclawforeveryone.com, 11 dec 2017.

Implementation Bill sarà quindi lo stesso Parlamento, nell'esercizio della sua sovranità, a stabilire che la legge potrà in futuro essere oggetto di sola abrogazione esplicita. Una disposizione che rappresenta senza dubbio una novità, ma non è certo la prima volta che Westminster circonda volontariamente la propria sovranità: ne sono esempi l'*European Communities Act 1972*, lo *Human Rights Act 1998*, nonché le recenti leggi sulla *devolution* del 2016 e del 2017 le quali, stabilendo la "permanenza" delle istituzioni scozzesi e gallesi, hanno vincolato la possibile abrogazione da parte di una legge di Westminster ad un preventivo voto referendario.

Nei prossimi mesi vedremo come il Paese proseguirà nelle trattative sulla *Brexit*. Sarà di sicuro interessante osservare non solo le dinamiche dei rapporti tra il Governo May, le due Camere del Parlamento di Westminster, le Assemblee devolute e, forse, il Parlamento Europeo, ma anche l'emersione di nuove questioni costituzionali inedite per l'ordinamento britannico e la riflessione che su di esse sarà portata avanti dalla dottrina.

ELEZIONI

REVISIONE DEI COLLEGI

Nel 2011 il *Parliamentary Voting System and Constituencies Act* aveva previsto la riduzione dei componenti della Camera dei Comuni da 650 a 600. Tuttavia la riforma non è stata ancora attuata, dato che è necessario procedere ad una ridefinizione dei collegi elettorali. Si tratta di un'operazione particolarmente delicata che non è stata realizzata né nella legislatura 2010-2015, per mancanza di accordo tra i conservatori e i liberal democratici al governo, né nella legislatura successiva, quella 2015-2017, dominata dalla questione della *Brexit*. Così anche l'attuale Camera dei Comuni, eletta l'8 giugno scorso, è composta da 650 deputati.

Il **17 ottobre** la *Boundary Commissions for England* ha pubblicato la sua nuova [proposta](#) di revisione dei collegi elettorali alla luce delle osservazioni che erano state mosse al precedente progetto pubblicato nel 2016, in vista di una definitiva pubblicazione programmata per la primavera del 2018.

La questione appare comunque ancora molto controversa e non sembra facile raggiungere un accordo: ad esempio il Dup, il partito nord irlandese che sostiene il

Governo in carica, nel mese di **settembre** ha espresso la sua opposizione alla revisione dei collegi in Nord Irlanda, revisione che – a loro parere - potrebbe avere gravi ripercussioni anche per l'equilibrio costituzionale della nazione.

In questi mesi alcuni organi di stampa hanno ipotizzato che il Governo possa proporre l'abrogazione della legge del 2011 per lasciare inalterato il numero dei deputati. In ogni caso - sia l'attuazione della riforma sia l'abrogazione della legge - potrebbero trovare difficoltà di approvazione in una agenda politica dominata dalla *Brexit*.

PARTITI

CONFERENZE DI PARTITO

Tra **settembre** ed **ottobre** si sono tenute, come sempre, le conferenze annuali dei partiti, anche quest'anno dominate dal tema della *Brexit*. Vince Cable, il nuovo *leader* dei liberal democratici, riuniti a Bournemouth tra il **16** ed il **19 settembre**, ha dichiarato di rappresentare l'alternativa tra gli estremi del Governo conservatore pro *Brexit* e l'opposizione di estrema sinistra dei laburisti. Alle ultime elezioni dello scorso giugno il partito è riuscito ad eleggere solo 12 deputati, tutti favorevoli alla permanenza del Regno Unito nell'Unione europea.

Il leader laburista Corbyn durante la conferenza del partito svoltasi a Brighton tra il **24** e il **27 settembre** ha evidenziato il ruolo pivotale dei Laburisti, come opposizione di un Governo di minoranza. Egli ha illustrato il programma laburista, caratterizzato da evidenti scelte di sinistra, e ha giudicato definitivamente fallito il progetto economico neoliberista portato avanti dai conservatori fin dall'epoca della Thatcher. Il leader laburista si è soffermato anche sul rogo della Grenfell Tower di Londra per parlare del problema delle scelte sbagliate nelle politiche degli alloggi. Il partito ha approvato alcuni cambiamenti nelle regole per l'elezione del leader e ha ridotto dal 15 al 10% la percentuale di deputati necessaria alla nomina dei candidati. La proposta si deve all'approvazione del c.d. "emendamento McDonnell" e si collega alla particolare situazione di Jeremy Corbyn, eletto due volte leader del partito senza il pieno sostegno dei suoi deputati, ma solo di quello degli iscritti.

Durante la conferenza del partito conservatore, svoltasi a Manchester dall'**1** al **4 ottobre**, la stampa ha giudicato il discorso della May - interrotto più volte sia da

attacchi di tosse sia da un dimostrante che le ha simbolicamente consegnato un modulo di licenziamento da parte di Boris Johnson – come emblematico della debolezza e della vulnerabilità della leader. La May ha annunciato un ingente investimento per la costruzione di alloggi popolari e ha espresso la volontà di dar vita ad una nuova alleanza con l'Unione europea. Alcune polemiche sono sorte a seguito dell'intervento, durante il congresso, del Ministro degli esteri Boris Johnson il quale ha dichiarato che è venuto il momento di “let the British lion roar”, in un discorso che è stato accusato di voler minare la posizione della Premier. Inoltre, il **6 ottobre**, la stampa ha dato la notizia che l'*ex chairman* del partito conservatore Grant Shapps aveva raccolto le firme di una trentina di deputati conservatori per far dimettere la Premier: la notizia del complotto ha fatto infuriare molti *Tories* e ha mostrato al Paese un partito molto diviso.

Le altre conferenze dei partiti sono state quelle dell'Ukip, svoltasi dal **29 al 30 settembre** a Torquay, del *Green Party*, dal **7 al 10 ottobre** a Harrogate, dello *Scottish National Party*, dall'**8 al 10 ottobre** a Glasgow e del *Plaid Cymru*, dal **20 al 21 ottobre** a Caernarfon.

SPESE DURANTE LA CAMPAGNA REFERENDARIA

Il **19 dicembre** il partito liberal democratico è stato condannato dall'*Electoral Commission* a pagare una multa di 18.000 sterline per aver violato - in occasione della campagna referendaria per la *Brexit* - la normativa sulla rendicontazione delle spese sostenute. Il partito ha dichiarato che: “the mistakes that have occurred in this case are a result of human error, and we are taking the necessary steps to ensure these mistakes are not repeated in future”.

PARLAMENTO

FORMAZIONE DELLE COMMISSIONI PARLAMENTARI

Il **12 settembre** il Governo è riuscito a far approvare alla Camera dei Comuni, con 320 voti a favore e 301 contrari, una [mozione](#) che ha istituito un nuovo Comitato, il *Selection Committee* con il compito di nominare i membri dei *Public Bill Committees* che si occupano dell'esame in dettaglio dei disegni di legge e che ha dato una nuova interpretazione allo *Standing Order No.86*, relativo alla nomina delle Commissioni parlamentari. Tale interpretazione prevede che, nel caso di Commissioni composte da un numero pari di deputati, il Governo abbia lo stesso numero di deputati dell'opposizione, mentre abbia la maggioranza nelle Commissioni composte da un

numero dispari di deputati. Di conseguenza il Governo si è garantito la maggioranza in diversi Comitati tra cui proprio quella del *Selection Committee*, composto da 9 membri (e quindi 5 conservatori, 3 laburisti e 1 dello *Scottish National Party*).

La modifica è stata fortemente criticata dai deputati dell'opposizione, che l'hanno definita un "constitutional outrage", soprattutto perché ha blindato il predominio del Governo May nel procedimento legislativo. Un predominio che potrebbe risultare indispensabile e strategico in questa delicata fase di transizione verso la *Brexit*. Andrea Leadsom, la *Leader of the House* ha difeso la posizione del Governo ricordando sia che l'accordo con il Dup, raggiunto dopo le elezioni, garantisce al partito conservatore la maggioranza ai Comuni, sia che analoghi provvedimenti erano stati presi da altri governi di minoranza, compresi quelli guidati negli anni '70 dal partito laburista.

EUROPEAN UNION (WITHDRAWAL) BILL

La seconda lettura del *bill* si è svolta il **7 settembre** e l'**11 settembre**, e il testo è stato approvato nelle sue linee generali con 326 voti a favore e 290 contrari. Tra i voti a favore si registrano anche quelli di 7 laburisti che si sono ribellati alla "three line party whip" che imponeva di votare contro il disegno di legge.

Il partito laburista, durante l'esame parlamentare di questi mesi, ha cercato di introdurre diversi emendamenti al testo del disegno di legge. In particolare il partito vorrebbe: 1) ridimensionare la delega conferita ai ministri; 2) introdurre garanzie maggiori per i diritti dei lavoratori e dei consumatori e per gli standards ambientali; 3) inserire nella legge la durata del periodo transitorio; 4) devolvere direttamente i poteri alle amministrazioni di Scozia, Galles e Irlanda del Nord, senza prevedere un passaggio intermedio per Londra; 5) "rimpatriare" anche la Carta europea dei diritti; 6) conferire al Parlamento la possibilità di esprimersi sull'accordo raggiunto tra l'Europa e il Regno Unito. Quest'ultima richiesta è stata approvata: come abbiamo visto nell'introduzione, il **13 dicembre** il Governo è stato sconfitto alla Camera dei Comuni sull'emendamento 7 presentato dal conservatore Grieve. L'emendamento è stato votato, oltre che dalle opposizioni, anche da 11 deputati conservatori, i quali hanno disobbedito alla "three-line whip" indicata dal partito. Tra questi Stephen Hammond, vice-chairman del *Conservative party*, che, a seguito del voto, è stato rimosso dal suo incarico dalla Premier. I conservatori che hanno votato contro il Governo hanno chiesto alla May di abbandonare il progetto di *hard Brexit* e di dar vita ad un gruppo parlamentare intra partitico a favore di una *soft Brexit* che possa contare sulla maggioranza della Camera dei Comuni.

Come dicevamo, non si tratta dell'unico disegno di legge sulla *Brexit* oggetto di esame parlamentare, dato che in questa sessione se ne prevedono altri 7: il *Customs bill*, il [Trade bill](#) (introdotto il **7 novembre**), l'*Immigration bill*, il *Fisberies bill*, l'*Agriculture bill*, il [Nuclear Safeguards Bill](#) (introdotto l'**11 ottobre**), l'*International Sanctions Bill*. I *bills* introdotti fino ad ora presentano la medesima delega di poteri normativi ai ministri contenuta nell'*EU Withdrawal Bill*.

NUOVE PRASSI DURANTE GLI *OPPOSITION DEBATES*

Una delle prassi parlamentari che si sta sviluppando in questa legislatura, caratterizzata dalla presenza di un esecutivo di minoranza, riguarda l'astensione del Governo dalle votazioni che si tengono in occasione degli "opposition debates", quando sono discussi temi e votate "opposition day motions" proposte dalle opposizioni. Si tratta di mozioni non vincolanti per il Governo, ma che contribuiscono al funzionamento corretto del sistema democratico parlamentare. Durante questa legislatura i *whips* conservatori hanno ripetutamente invitato i deputati del gruppo all'astensione, per evitare di mostrare le divisioni interne ai conservatori. Di conseguenza molti deputati delle opposizioni hanno definito il comportamento del Governo come un "constitutional outrage", in quanto irrispettoso delle istituzioni parlamentari e dei deputati eletti democraticamente.

In occasione, ad esempio, di una mozione relativa al sistema di "universal credit" proposta dai laburisti il **18 ottobre**, la Camera dei Comuni si è espressa con 299 voti a favore e nessun voto contrario, a motivo dell'astensione dei conservatori. In questo caso lo *Speaker* Bercow è intervenuto invitando il partito di Governo al rispetto delle istituzioni e della democrazia. Bercow ha affermato: "I think it highly desirable that the Government, in the light of the result, should come to the House and show respect for the institution by indicating what it intends to do".

Durante un "dibattito di emergenza" richiesto dal partito laburista proprio sul tema della nuova prassi dell'astensione del Governo, la *leader of the House* Leadsom ha dichiarato che l'esecutivo deciderà comunque caso per caso come comportarsi.

I LORDS ED IL RISPETTO DELLA *SALISBURY-ADDISON CONVENTION*

Il **20 ottobre** l'*House of Lords Constitution Committee* ha pubblicato un rapporto relativo a [The Salisbury-Addison convention](#) e alla sua applicazione in caso di Governo di minoranza. I Lords avevano già discusso del tema in occasione del dibattito successivo al *Queen's Speech*, durante il quale alcuni Pari avevano affermato che, in caso di *hung Parliament*, il rispetto della *Salisbury Convention* si traduceva solo in un rispetto delle decisioni prese dalla Camera dei Comuni e non di quelle del Governo.

Il rapporto non è pervenuto a nessuna conclusione definitiva e si è limitato a riportare alcune *written evidences* sottoposte al Comitato. Da queste emergono punti di vista molto differenti e, pertanto, il Comitato ha affermato che “We may return to this subject in the future, but we believe it is valuable to publish these submissions to aid understanding of the Salisbury–Addison convention”.

RIFORMA DELLA CAMERA DEI LORDS

Il tema della riforma della composizione della Camera dei Lords è stato particolarmente dibattuto in questi mesi. Il **14 settembre**, durante un incontro con la direttrice dell'*Institute for Government* Bronwen Maddox in cui si discuteva il tema “making of a modern Parliament”, lo *Speaker* della Camera dei Comuni Bercow ha dichiarato che il numero dei Lords dovrebbe essere ridotto e che non dovrebbe superare il numero dei componenti la Camera dei Comuni. Tale dichiarazione ha suscitato l'immediata reazione della *House of Lords* la quale ha fatto sapere, attraverso un suo portavoce, di stare già esaminando la questione e che, pertanto, “it doesn't need prompting from the House of Commons as the process is under way”.

Il **21 settembre**, poi, la Camera alta ha risposto alle critiche provenienti dall'*Electoral Reform Society* che l'ha accusata di rappresentare un costo eccessivo per il Paese, anche perché ha constatato che degli 800 e più componenti, quelli effettivamente attivi sono solo 300. La Camera alta ha contestato quanto sostenuto dalla *Electoral Commission*, mostrando da un canto i dati contenuti nel [rapporto](#) annuale della Camera dei Lords relativo alle spese e dall'altro quelli relativi all'attività svolta dalla *House of Lords* nella sessione parlamentare 2016-17: in particolare risultano 5.608 gli emendamenti presentati ai disegni di legge, 7.395 le *written answers* sottoposte all'esecutivo, 170 i rapporti pubblicati dai Comitati della Camera dei Lords.

Il problema dell'eccessiva numerosità dei Pari è comunque ben noto alla Camera alta dove – si ricorda –, nel dicembre 2016, si era svolto un dibattito su iniziativa del conservatore Lord Cormack, già *shadow minister for constitutional affairs*, al fine di proporre una riduzione del numero dei componenti. Il dibattito si era concluso con l'approvazione della mozione che “its size should be reduced and methods should be explored by which this could be achieved”. In seguito era stato istituito un Comitato interpartitico presieduto da Lord Burns a cui era stato assegnato il compito di esaminare la riduzione del numero dei Lords “commensurate with its current role and functions”.

Il Comitato ha presentato, il **31 ottobre**, il suo [Report of the Lord Speaker's committee on the size of the House](#). Il rapporto ha proposto di ridurre a 600, entro i prossimi 10 anni, il numero dei componenti in modo da rendere più efficiente il funzionamento

della Camera. Il Comitato ritiene che tale risultato possa essere ottenuto da un canto nominando solo un Lord ogni due che lasciano la Camera, dall'altro introducendo la regola per cui la carica non è più a vita, ma ha un mandato di 15 anni. Il Comitato Burns ha proposto anche che tutti i giudici della Corte suprema, dopo la pensione, entrino a far parte della Camera dei Lords solo per sette anni. In questo modo il Comitato ha calcolato che 150 Pari potrebbero lasciare la Camera tra il 2017 e il 2022, altri 250 entro il 2027 e altri 150 entro il 2032. I Lords, dal 2014, hanno la possibilità di andare in pensione e, negli ultimi 18 mesi, 30 Pari hanno scelto di farlo.

Il rapporto ha proposto anche di adeguare la consistenza partitica presente ai Lords con quella della Camera dei Comuni, mantenendo una percentuale di *cross benchers* del 20%. Attualmente le due Camere hanno una composizione diversa e alla Camera alta nessun partito gode della maggioranza assoluta. Interessante notare il fatto che il Comitato – consapevole della difficoltà di approvare una legge di riforma – ha ipotizzato che essa possa essere introdotta non già attraverso una legge, bensì attraverso un *gentlemen's agreement* su cui vi sia l'accordo di tutte le forze politiche.

Il **19 dicembre** il *Burns Committee Report* è stato discusso dalla Camera alta, in un dibattito risultato molto partecipato e vivace e dove la maggior parte degli interventi si è espressa a favore della proposta avanzata. Dal dibattito è emersa la piena consapevolezza della necessità di una riforma, ma al contempo anche della difficoltà di approvare una legge in tal senso. E ciò per diverse ragioni: perché il Parlamento sarà nei prossimi anni impegnato con la complessa situazione della *Brexit*, perché il partito conservatore non ha previsto alcuna riforma della Camera dei Lords nel suo *manifesto* elettorale, perché la presentazione di un disegno di legge sui Lords potrebbe essere arenato, come successo in passato, da coloro che desiderano una modifica più radicale della stessa.

EVEL

Al fine di dare una risposta all'annosa *English Question*, nell'ottobre 2015, il Governo conservatore di David Cameron era riuscito a far approvare una riforma dei regolamenti parlamentari della Camera dei Comuni, introducendo una nuova procedura di approvazione delle leggi relative alla sola Inghilterra o all'Inghilterra e Galles. La nuova procedura assegna allo *Speaker* il compito di emanare un certificato con il quale attesta che il disegno di legge (o anche una parte di esso o uno *statutory instrument*) sia riferito alla sola Inghilterra o all'Inghilterra e al Galles. Dopo il *report stage*, se il *bill* è stato oggetto di emendamenti, viene sottoposto a nuovo esame da parte dello *Speaker*, il quale emana un altro certificato. Il testo è quindi sottoposto all'esame del *Legislative Grand Committee* composto da tutti i deputati, ma dove hanno

diritto di voto esclusivamente quelli inglesi (o inglesi e gallesi) che devono approvare una *consent motion*. Nell'ipotesi in cui tale mozione venga approvata si passa alla terza lettura del disegno di legge, altrimenti si apre una fase di "reconsideration" alla quale potrebbe partecipare l'intera Assemblea per trovare un compromesso. Spetta, comunque, sempre al *Grand Committee* l'ultima parola sul testo e in caso di mancato accordo le disposizioni decadono. Conclusa tale fase l'*iter* legislativo prosegue secondo la procedura ordinaria.

Nel mese di **settembre** è stato inaugurato un nuovo sito, [Project Evel](#), nato dalla collaborazione tra la *Queen Mary University of London* e l'*University of Cambridge*, che si propone, tra l'altro, di monitorare la legislazione primaria e secondaria oggetto della procedura EVEL.

GOVERNO

CONFIDENCE AND SUPPLY AGREEMENT

Le polemiche sul *confidence and supply agreement*, sottoscritto dopo le elezioni di giugno tra i conservatori e il DUP per garantire al Governo una maggioranza alla Camera dei Comuni, non si sono acquisite durante l'estate, tanto che l'**11 settembre** il Governo ha accettato di sottoporre l'accordo all'approvazione del Parlamento. La richiesta di un voto parlamentare era contenuta in una *legal letter* proveniente da Gina Miller (l'imprenditrice che aveva portato il "caso Brexit" di fronte alla Corte suprema a gennaio) e dall'*Independent Workers Union of Great Britain* (IWGB).

Il Governo ha invece respinto la richiesta per cui le altre amministrazioni devolute dovranno ricevere lo stesso finanziamento promesso all'Irlanda del Nord, in ossequio alla *Barnett formula*, che è stata considerata dall'esecutivo "a non-binding convention and it does not preclude other means of additional funding being made available."

L'accordo con il Dup è stato anche oggetto di un ricorso, finanziato da un *crowdfunding* organizzato dall'attivista dei Verdi Ciaran McClean, il quale riteneva l'accordo contrario sia al *Good Friday agreement* sia al *Bribery Act* 2010, a motivo del fatto che "it makes provision for the expenditure of public funds for party political advantage". Ma, il **26 ottobre**, la *High Court* ha respinto le accuse, accogliendo la tesi del Governo secondo cui le leggi penali sulla corruzione non possono essere applicate ad un accordo tra partiti.

BREXIT

La questione della *Brexit* è stata sempre molto divisiva per il Paese che ancora oggi non sembra del tutto rassegnato ad uscire dall'Unione, come dimostra il successo della manifestazione a favore dell'Europa, organizzata il **9 settembre** a Londra. Tali divisioni si ritrovano anche nel governo (la Premier e il Ministro degli esteri Boris Johnson non sempre appaiono allineati) e molti commentatori politici ritengono che l'unica ragione per cui la May è ancora in carica è perché– in questo momento – il suo posto è del tutto “unappealing”. Inoltre, molte preoccupazioni sono legate anche alle [previsioni](#) economiche che non sono tendenzialmente favorevoli per il Regno.

In questi mesi sono proseguiti, non senza difficoltà, i negoziati tra Londra e Bruxelles guidati da David Davis, per il Regno Unito, e da Michael Barnier per l'Europa. La May a Firenze, il **21 settembre**, ha ribadito la posizione del Regno: ha assicurato che il Paese pagherà tutti i debiti con l'Unione e garantirà i diritti dei cittadini europei residenti nel Regno; ha chiesto due anni di transizione dopo il marzo 2019; si è impegnata a continuare la più attiva collaborazione in materia di sicurezza e di lotta al terrorismo e ha espresso il desiderio di dar vita ad un nuovo rapporto con l'Europa. La May ha attribuito alla storia e alla collocazione geografica del Paese il diffuso sentimento britannico di non essersi mai sentiti del tutto parte integrante dell'Unione.

Tre i temi fondamentali intorno a cui hanno ruotato le trattative e la cui soluzione era indispensabile per passare alla fase successiva dei negoziati: il confine con l'Irlanda, le questioni economico finanziarie e i diritti dei cittadini europei residenti nel Regno. In particolare, la questione della frontiera irlandese appare particolarmente delicata non solo perché, dopo il 2019, sarà l'unico confine terrestre tra l'Unione europea e il Regno Unito, confine che viene quotidianamente attraversato da un gran numero di merci e persone, ma anche perché il Nord Irlanda è ancora privo di un esecutivo e il Governo May ha la necessità di mantenere il sostegno del Dup, il partito unionista irlandese.

La dipendenza della May dal consenso del Dup è apparsa evidente quando la leader del Dup Arlene Foster ha posto il veto sull'accordo che era stato raggiunto il **4 dicembre** e che prevedeva una soluzione di compromesso per cui la sola Irlanda del Nord sarebbe rimasta nell'unione doganale europea, in modo da avere la stessa disciplina dell'Irlanda, mentre il Regno Unito avrebbe avuto una disciplina diversa.

Come abbiamo visto nell'introduzione, all'alba dell'**8 dicembre**, la May e Juncker hanno annunciato di essere pervenuti ad un accordo sui tre temi [*Joint report from the negotiators of the European Union and the United Kingdom Government on progress during phase 1 of negotiations under Article 50 TEU on the United Kingdom's orderly withdrawal from the European Union*](#). L'accordo prevede che non ci sarà una frontiera rigida tra l'Irlanda e

l'Irlanda del Nord, che saranno garantiti i diritti dei cittadini europei residenti nel Regno Unito e di quelli britannici residenti in Europa e che il Regno restituirà circa 60 miliardi di euro, continuando a dare il suo contributo economico all'Unione fino al 2020. Inoltre la Corte di giustizia dell'Unione europea rimarrà il tribunale per le controversie a cui i cittadini britannici potranno appellarsi negli 8 anni successivi all'uscita.

In particolare, per quanto riguarda la questione del confine con l'Irlanda del Nord si è deciso che la nazione non godrà di un regime differente rispetto a quello del resto del Paese, dato che – in assenza di ulteriori accordi – il Regno Unito manterrà le regole del mercato interno e dell'unione doganale vigenti che sono alla base dell'accordo del Venerdì Santo. Si ammette, comunque la possibilità di avere per l'Ulster alcune condizioni speciali, rispetto al resto del Paese, dettate dalla eccezionalità della sua configurazione territoriale.

L'accordo che è stato raggiunto tra Unione europea e il Regno Unito consentirà di passare alla seconda fase dei negoziati della *Brexit*, fase che avrà ad oggetto i futuri rapporti ed interessi economici e commerciali. I nuovi obiettivi da raggiungere sono da un canto la programmazione più esatta della “fase di transizione”, il periodo - che dovrebbe durare un paio di anni - durante il quale il Paese sarà fuori dall'Unione, ma continuerà ad essere parte del mercato unico. Dall'altro la definizione del rapporto tra il Regno Unito e l'Unione europea a conclusione della fase di transizione. Sul punto non sembra vi sia unanimità di vedute: alcuni esponenti del partito conservatore osteggiano l'ipotesi del “modello Norvegia” (fuori dall'Unione europea, ma dentro il mercato unico), anche a motivo del vincolo che continuerebbe a legare il Paese con la burocrazia di Bruxelles. Del resto alcune perplessità suscita anche il “modello canadese” (l'accordo commerciale, CETA, è stato raggiunto dopo anni di trattative), soprattutto perché non appare di rapida soluzione. La Premier non ha escluso poi l'individuazione di una nuova forma di rapporto con l'Europa del tutto originale rispetto a quelli già esistenti.

CITIZENS' ASSEMBLY ON BREXIT

Le *Citizens' Assemblies* sono forme di “democrazia deliberativa” utilizzate per stimolare il coinvolgimento dei cittadini su alcuni grandi temi politici. La democrazia deliberativa prevede una discussione strutturata in modo da consentire di esaminare con attenzione tutte le ragioni a sostegno o contrarie alle diverse tesi, in un confronto tra partecipanti i quali devono essere in grado di esporre la loro posizione, accogliere le osservazioni degli altri e cercare forme di mediazione o compromesso. Alcune

esperienze di *Citizen's Assemblies* sono state sperimentate in Canada, in Irlanda e anche nel Regno Unito, in tema di *devolution*, nel 2015.

Nell'ambito della *Constitution Unit* dell'*University College London* è stata istituita la *Citizens' Assembly on Brexit*, una Assemblea di 50 cittadini, composta in modo da costituire un campione rappresentativo sia dei risultati del *Brexit* referendum (25 sono stati scelti tra i *leavers*, 22 tra i *remainers*, 3 tra coloro che non avevano votato), sia delle diverse realtà territoriali, sociali, anagrafiche, di genere, ed etniche.

L'Assemblea si è riunita tra **settembre** e **ottobre** per studiare e discutere le possibili alternative di *Brexit* e alla fine si è espressa, a maggioranza, a favore di una 'soft' *Brexit* che garantisca la libera circolazione dei lavoratori e la permanenza nel mercato unico, nell'ipotesi in cui non si riesca a pervenire ad un nuovo accordo con l'Europa.

Il progetto è stato coordinato da **Alan Renwick** il quale ha difeso l'importanza dello strumento utilizzato e del risultato ottenuto, poiché consente ai cittadini di essere coinvolti nelle questioni politiche e di far conoscere la propria opinione. Nelle sue parole: "The Citizens' Assembly on Brexit not only demonstrates citizens' views on this key issue, but also the wider benefit of such deliberative processes. Members with very different views came together, listened to each other and to the evidence, and were prepared to reach compromises. Feedback from members was overwhelmingly positive. This exercise shows that citizens are willing and able to tackle complex divisive issues. Now that they have done so, politicians should take those views seriously."

Le conclusioni sono state pubblicate nel mese di **dicembre** nel [*Report of the Citizens' Assembly on Brexit*](#).

AUTONOMIE

SCOZIA

Il **5 settembre** Nicola Sturgeon ha presentato i 16 disegni di legge che il suo Governo vorrà far approvare dall'Assemblea di Holyrood. I *bills* hanno ad oggetto diversi argomenti, giustizia, sanità, ambiente, trasporti, istruzione ed economia. Sulla scia della c.d. *Turing Law* approvata a Westminster, anche Holyrood si propone di concedere un *pardon* postumo a tutti coloro che sono stati, in passato, condannati per omosessualità. Molta eco sulla stampa ha avuto la dichiarazione della Sturgeon di utilizzare i nuovi poteri conferiti alla Scozia in materia fiscale per aumentare le tasse e dar vita ad uno stato sociale più equo e efficiente. Pur se la *First Minister* non ha

precisato ancora in cosa consisteranno gli aumenti delle imposte, la stampa ha evidenziato come la scelta sia senz'altro in controtendenza rispetto alla politica di austerità imposta da Londra. La *leader* dei conservatori scozzesi Ruth Davidson ha affermato che il suo partito sosterrà alcune delle proposte governative che, peraltro, erano previste anche nel loro programma di governo, mentre si è espressa contro l'aumento delle tasse. Sostanziale sostegno al programma della Sturgeon è stato espresso anche dal leader laburista ad interim Alex Rowley.

In Scozia in questi mesi è continuato il dibattito sulla *Brexit* e soprattutto sul ruolo che l'Assemblea di Holyrood potrà rivestire in tale processo.

Deve essere ricordato anche che il **16 ottobre** si è riunito il *Joint Ministerial Committee (EU Negotiations)* – l'organismo intergovernativo istituito nel novembre 2016 e presieduto dal Ministro per l'uscita dall'Unione europea per offrire una sede di dibattito tra i governi devoluti e quello di Londra in materia di *Brexit*. La riunione precedente si era tenuta nel mese di febbraio. All'incontro presieduto dal *First Secretary of State*, Damian Green, hanno partecipato David Davis, *Secretary of State for Exiting the European Union* e diversi rappresentanti dei governi devoluti. In tale occasione il Governo britannico ha individuato alcuni [temi](#) sui quali desidera interagire con i governi devoluti, ma questo impegno non ha tuttavia modificato l'atteggiamento negativo dei governi devoluti nei confronti dell'*European Union (Withdrawal) Bill*.

Il Governo scozzese il **12 settembre** ha pubblicato un [legislative consent memorandum](#) nel quale ha messo in evidenza la sua opposizione all'*European Union (Withdrawal) Bill* in discussione ai Comuni. Nel documento i ministri hanno affermato che non potranno approvare la *consent motion* dato che il testo della legge non prevede un trasferimento di poteri direttamente da Bruxelles, in particolare in settori come la pesca e l'agricoltura, settori vitali per l'economia scozzese. Mike Russell, *Minister for UK Negotiations on Scotland's Place in Europe* del Governo scozzese, di fronte all'Assemblea di Holyrood, ha dichiarato che il testo del disegno di legge altera i principi fondamentali della *devolution*. Nelle sue parole: "The EU Withdrawal Bill appears to represent a deliberate decision by the UK government to use the process of Brexit as cover for taking powers in areas of policy which are clearly within the responsibility of this parliament".

Il **19 settembre** i *First Ministers* gallese e scozzese hanno inviato una [lettera](#) alla Premier May nella quale hanno ribadito la loro opposizione al disegno di legge in

discussione e hanno pubblicato l'elenco dei [38 emendamenti](#) che vorrebbero introdurre in relazione al testo del disegno di legge.

Il *Finance and Constitution Committee* del Parlamento scozzese in questi mesi sta svolgendo un attento scrutinio del *Bill* e del potenziale impatto sull'assetto devolutivo. Per collaborare al lavoro del Comitato il **17 novembre** il *Delegated Powers and Law Reform Committee* scozzese ha pubblicato il rapporto [Legislative Consent Memorandum on the European Union \(Withdrawal\) Bill](#).

La posizione dello *Scottish National Party* non risulta isolata dato che ha ottenuto anche il sostegno del partito conservatore scozzese. Inoltre il partito laburista a Westminster in questi mesi ha cercato di presentare emendamenti al testo per rafforzare la posizione della Scozia e delle altre nazioni devolute.

GALLES

Il **12 settembre** anche il *First Minister* Carwyn Jones ha presentato all'Assemblea un [legislative consent memorandum](#) relativo all'*European Union (Withdrawal) Bill* nel quale si afferma che il Governo gallese “will not be able to recommend to the Assembly that it gives consent to the Bill as currently drafted”. Il Governo gallese – come abbiamo detto - ha indicato all'esecutivo May le modifiche che dovrebbero essere introdotte nel *bill*.

Parere contrario al disegno di legge è stato espresso il **13 ottobre** poi dal laburista David Rees, Presidente dell'*Assembly External Affairs Committee* dell'Assemblea gallese che ha criticato il Governo di Londra per il fatto di voler imporre la sua volontà alle amministrazioni devolute senza cercare un compromesso. Egli ha dichiarato che: “The EU Withdrawal Bill gives the UK government sweeping powers over areas of policy that have been devolved to Wales for 20 years”. Il Governo May ha replicato affermando che: “We want all parts of the UK to back this bill, as it's an essential bill in the national interest”.

Il **4 dicembre** il *National Assembly for Wales External Affairs and Additional Legislation Committee* ha pubblicato il rapporto [European Union \(Withdrawal\) Bill: Interim report on the Legislative Consent Memorandum](#) nel quale ha espresso parere contrario al testo del *bill* se non saranno accolti gli emendamenti richiesti.

Il **18 dicembre**, poi, anche il rapporto [The Welsh Government's Legislative Consent Memorandum on the European Union \(Withdrawal\) Bill](#) pubblicato dal *National Assembly for Wales Constitutional and Legislative Affairs Committee* ha rifiutato il consenso al testo del disegno di legge. Il Comitato ha ricordato che la *Sewel Convention* in questi anni ha costituito uno strumento fondamentale per l'armonica evoluzione dei rapporti tra il Parlamento britannico e le legislature devolute ed ha affermato che l'eventuale scelta

da parte di Westminster di approvare il testo del disegno di legge in assenza del consenso delle Assemblee devolute potrebbe portare un “grievous damage” alla Costituzione. Il comitato ha aggiunto “Devolution has fundamentally changed the UK constitution. While it is widely recognised in Wales, Scotland and Northern Ireland that the UK constitution has moved on from a London-centric model, it is not always clear that the UK Government recognises that the UK constitution has moved on in the same way”.

Secondo [*A Parliament that Works for Wales*](#), un rapporto pubblicato il **12 dicembre** dall'*Expert Panel on Assembly Electoral Reform*, istituito nel mese di febbraio e presieduto da Laura McAllister della *Cardiff University*, l'Assemblea gallese avrebbe bisogno di incrementare il numero dei deputati per far fronte alle maggiori competenze che le sono state attribuite negli anni. Il rapporto ha anche proposto una modifica del sistema elettorale con l'introduzione del proporzionale *Single Transferable Vote* e l'estensione dell'elettorato attivo ai sedicenni.

IRLANDA DEL NORD

L'Irlanda del Nord chiude il 2017 ancora senza un esecutivo dato che non è stata risolta la crisi che, il 10 gennaio, ha portato alla caduta del governo Foster e a nuove elezioni il 2 marzo. I sondaggi mostrano che oramai i cittadini appaiono particolarmente sfiduciati sia nei confronti della *devolution* che, in generale, della politica.

Le storiche differenze tra le due comunità presenti sul territorio sono accentuate da un canto dalla questione della *Brexit* e dalla difficoltà di trovare un accordo soddisfacente per le parti in relazione al confine con l'Irlanda e al rispetto del *Good Friday Agreement*. Dall'altro dal *confidence and supply agreement* stilato tra il Dup e il partito conservatore, che rende difficile al governo di Londra – almeno secondo l'opinione dei nazionalisti - mantenere la posizione di neutralità rispetto ai conflitti interni nord irlandesi.

Dopo l'estate sono ripresi i negoziati che hanno visto l'alternarsi di fasi di stallo ad altre di maggiore ottimismo. Ma le parti mantengono le loro posizioni. In particolare il *Sinn Féin* non ha cambiato idea sull'*Irish Language Act*, la legge che dovrebbe equiparare il gaelico all'inglese, e sul matrimonio egualitario.

Il **19 ottobre** la May ha avuto un incontro anche con Bill Clinton, che all'epoca della sua presidenza aveva offerto un contributo fattivo alla soluzione della questione nord irlandese, il quale ha poi incontrato – ma non a nome del Governo – sia la leader del Dup Arlene Foster sia Michelle O'Neill del *Sinn Féin*.

Anche questo tentativo non ha portato al raggiungimento di un accordo, tanto che, superata l'ennesima scadenza per la formazione dell'esecutivo fissata per la fine di **ottobre**, il *Northern Ireland Secretary* James Brokenshire ha presentato il **6 novembre** a Westminster il bilancio per il Nord Irlanda e il **16 novembre** il [Northern Ireland Budget Act 2017](#) ha ricevuto l'assenso reale. Anche se formalmente le istituzioni nord irlandesi non sono sospese e non è stata ripristinata la *direct rule* da parte di Londra, l'approvazione del *budget* da parte del Parlamento britannico ha spinto molti a chiedersi se tale atto possa essere considerato espressione, di fatto, di *direct rule*. James Brokenshire ha respinto queste illazioni e ha affermato che l'approvazione del budget “should not be a barrier to negotiations to continue, but the ongoing lack of agreement has had tangible consequences for people and public services in Northern Ireland”.

LA RUSSIA SI PREPARA ALLE ELEZIONI PRESIDENZIALI. COME RENDERE LE VOTAZIONI PIÙ CREDIBILI*

di Ilmira Galimova**

L'ultimo quadrimestre del 2017, in Russia, è stato segnato dalle imminenti elezioni presidenziali del marzo 2018. Sebbene la campagna elettorale ufficiale sia cominciata il **18 dicembre** [[Risoluzione del Consiglio di Stato del 15 dicembre sull'indizione della data delle elezioni presidenziali](#)], alcuni aspiranti candidati – definiti dai giornalisti “pre-candidati alla carica del Presidente” (*kandidat v kandidaty v Prezidenty*) - hanno iniziato in anticipo la loro campagna elettorale. Ma per poter essere ufficialmente “candidato alla presidenza”, il politico deve superare la rigida procedura di registrazione della candidatura che prevede una serie di formalità burocratiche, dalla registrazione del gruppo di iniziativa alla raccolta di firme, dall'apertura del conto elettorale alla chiusura di tutti i conti bancari all'estero. La Commissione Elettorale Centrale è autorizzata a svolgere le procedure di controllo necessarie e a bloccare o confermare la candidatura. L'unico ad aver superato tale procedura entro la fine del 2017 è stato il *leader* “irremovibile” del partito Liberal Democratico Vladimir Žirinovskij. Il **29 dicembre** è stato [registrato](#) dalla CEC in qualità di primo candidato alla carica presidenziale.

Per quanto riguarda la disciplina che regola le elezioni presidenziali, bisogna innanzitutto notare che essa, come del resto tutta la materia elettorale in Russia, ha subito diverse modifiche³⁹. Nella più recente storia costituzionale della Russia sono

* Contributo sottoposto a *Peer Review*.

** Dottoranda in Diritto pubblico, comparato ed internazionale, curriculum Teoria dello Stato ed Istituzioni politiche comparate – Dipartimento di Scienze Politiche, “Sapienza” Università di Roma.

³⁹ Dallo studio degli esperti della ONG per la protezione dei diritti degli elettori “Golos”, riconosciuta nel 2016 come agente straniero che svolgeva attività politica, emerge che negli ultimi sei anni sono state apportate ben 15 modifiche alla Legge per le elezioni del Presidente. In totale, secondo l'analisi dell'ONG, sono state modificate 59 articoli su 87 della Legge. L'analisi del *Golos* ha rilevato che le modifiche apportate alla Legge non hanno avuto un singolo vettore: “*The first amendment, introduced in May of 2012, which dramatically reduced the number of voter signatures required for the candidate's registration, was aimed at democratization of elections. However, the greater part of amendments introduced in 2012-2016 seemed to follow opposite aims, bringing new restrictions on the right to be elected; additional restraints on candidate registration; constraints on election monitoring, and reduction of the periods for appealing voting returns and elections results. The changes introduced in 2017 once again had a mostly democratic vector: guaranteeing the citizens that reside far from the place of their permanent registration an opportunity to vote as well as certain concessions on election monitoring restrictions.*” Cfr. *Golos Movement for Protection of Voters' Rights* golosinfo.org.

state infatti emanate tre leggi sulle elezioni presidenziali: la Legge n. 1096-1 del 1991, la Legge n. 76-FZ del 1995 e l'ultima, la n. 18-FZ, approvata nel 2003. Sul carattere caotico e frammentato della legislazione elettorale russa si è pronunciata anche l'OSCE, sottolineando, nel suo rapporto, come “la complessità e la difficoltà di interpretazione delle norme” consentano un uso arbitrario delle stesse⁴⁰. L’“aggiustamento continuo” della legislazione ha influito sull'integrità del processo elettorale e sulla qualità della competizione politica nel Paese. Così, durante le precedenti campagne elettorali presidenziali si è potuta osservare una diminuzione del numero dei candidati partecipanti alle elezioni e una riduzione della concorrenza (un record negativo in questo senso si è raggiunto nelle elezioni del 2008, a cui hanno partecipato solo quattro candidati).

L'attuale campagna presidenziale ha mostrato dinamiche del tutto diverse. Dall'inizio della campagna alla chiusura della fase di registrazione dei candidati, avvenuta il **12 gennaio**, la CEC ha ricevuto 70 richieste – di cui 24 di candidati nominati dai partiti e 43 di candidati indipendenti⁴¹. Tale incremento delle domande può essere spiegato in parte grazie alla liberalizzazione della procedura di registrazione avvenuta nel 2012. Secondo le regole attuali i candidati nominati dai partiti parlamentari sono esenti dall'obbligo di raccogliere le firme a loro sostegno, mentre gli altri candidati devono raccogliere da 100 a 300 mila firme (e non 2 milioni, com'era richiesto in precedenza).

Per gli esperti, l'aumento dell'interesse verso le elezioni è collegato alla presentazione di alcune particolari candidature - definite dal Presidente della CEC “un po' bizzarre” - come quella dell'ex presentatrice televisiva e figlia dell'ex sindaco di San Pietroburgo Ksenia Sobchak. La giornalista ed ex leader dell'opposizione

Analytical Report On Crucial Changes in Legislation Regarding Russian Presidential Elections of 2018 as Compared to Elections of 2012, Moscow, **15 December 2017**, pp. 1-2: https://st.golosinfo.org/store/upload/doc/143873/143873_Golos%20report%20on%20key%20legislative%20changes%20associated%20with%20presidential%20elections.pdf.

⁴⁰ V. la relazione finale sulle ultimi elezioni per la Duma del 2011, p. 5: <http://www.osce.org/odihr/elections/86959?download=true>.

⁴¹ V. notizie della CEC, 12 gennaio 2018: <http://www.cikrf.ru/news/cec/2018/01/12/06.html>.

liberale Sobchak ha proposto agli elettori lo slogan “Contro tutti”⁴², sperando di raccogliere sotto il proprio nome tutta l'*intelligenza* delle grandi città Russe. Tuttavia molti esperti non hanno creduto alla sincerità delle sue intenzioni e hanno considerato la sua candidatura come orchestrata dal Cremlino solo per attirare l'attenzione sulla campagna elettorale.

Inaspettata è apparsa la decisione del *leader* del partito comunista, Zuganov, di non candidarsi. Al suo posto, il partito ha nominato, come candidato alla presidenza, il direttore dell'azienda agricola statale (*sovhoz*) Grudinin.

Alexei Navalnyj è stato invece l'unico politico che ha iniziato la sua campagna elettorale già dalla fine del 2016 e ha tenuto comizi in varie città durante tutto il 2017. Il fondatore dell'associazione anticorruzione e *leader* dell'opposizione, tuttavia, non è stato ammesso alla corsa presidenziale a causa dei suoi precedenti penali, come si evince dalla decisione assunta il **25 dicembre** dalla Commissione elettorale, a seguito di una accesa [discussione](#) con lo stesso Navalnyj [[Risoluzione della CEC “Sul rifiuto di registrare un gruppo di elettori creato per sostenere la candidatura per la carica di Presidente della Federazione Russa di Alexei A. Navalnyj”](#)]. In seguito a ciò, Navalnyj ha annunciato la sua intenzione di boicottare le elezioni e di non riconoscere i risultati e ha chiesto ai suoi sostenitori di seguire il suo esempio e non partecipare alle votazioni del 18 marzo. Ovviamente l'oppositore, così come tutti gli esperti, ritiene che la missione principale del Cremlino in queste elezioni sia quella di garantire la massima legittimità delle elezioni attraverso un'alta affluenza.

Sulla non ammissione di Navalnyj alla corsa per la carica di Presidente si è espresso, il **26 dicembre**, il portavoce per gli affari esteri dell'Unione europea il quale ha sollevato dubbi sulla natura democratica delle elezioni presidenziali in Russia nel 2018⁴³.

⁴² Si ricorda, che il voto “Contro tutti” è stata una delle opzioni presenti sulle schede elettorali russe fino alla sua abrogazione nel 2006.

⁴³ “The Russian Central Electoral Commission's decision stating that Russian opposition politician Alexei Navalny cannot run in the 2018 national Presidential elections due to an alleged past conviction casts a serious doubt on political pluralism in Russia and the prospect of democratic elections next year... Politically-motivated charges should not be used against political participation.” Cfr. *Statement by the Spokesperson*: https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/37894/decision-russian-central-election-commission-bar-alexei-navalny-running-2018-presidential_en.

Dal canto suo, durante gli ultimi mesi del 2017, Vladimir Putin ha cercato di non far trapelare la sua intenzione di presentarsi alle prossime elezioni presidenziali e ha annunciato la sua candidatura, solo il **6 dicembre**, poco prima dell'inizio ufficiale della campagna elettorale. Anche in questa occasione, si è presentato come candidato del popolo, *super partes*, che correrà per la vittoria come indipendente. Una delle prime promesse del Presidente è stata l'assistenza alla maternità e il sostegno al tasso di natalità attraverso l'introduzione di pagamenti mensili dopo la nascita del primo figlio. L'introduzione della nuova misura è avvenuta in concomitanza della campagna elettorale: il **21** e il **26 dicembre** le due Camere del Parlamento hanno adottato la [Legge sull'assegno di maternità per la nascita del primo figlio](#), promulgata il **28 dicembre**, ed entrata in vigore dal **1° gennaio** 2018. Si deve ricordare in proposito che la lotta contro la crisi demografica russa è stato uno dei principali temi affrontati durante i mandati presidenziali di Putin il quale ha affrontato per la prima volta questo problema nel 2006 in un messaggio all'Assemblea Federale.

Naturalmente, la legge sull'assegno di maternità contribuirà ad incrementare il tasso di gradimento di Putin. Nel caso in cui dovesse essere eletto per la quarta volta, secondo le attuali norme costituzionali, il Presidente resterà in carica fino al 2024. Pertanto, se non sarà abolito l'attuale limite di due mandati consecutivi previsto in Costituzione (art. 81, comma 3), in un futuro non lontano sarà possibile parlare di una fase di transizione verso la Russia post-putiniana.

ELEZIONI

LE ELEZIONI REGIONALI E COMUNALI DEL 10 SETTEMBRE

Il **10 settembre**, nel Giorno Unico delle Elezioni, in 82 degli 85 soggetti federali della Russia si sono tenute le elezioni regionali e comunali. Ad appena sei mesi dal prossimo appuntamento elettorale, i cittadini russi sono stati chiamati ad eleggere in 6 regioni i deputati dei parlamenti regionali, in 16 regioni i vertici delle stesse e in 12

regioni i deputati comunali (tra cui i consiglieri dei comuni della città di Mosca)⁴⁴. A causa dell'introduzione nel 2004 della nomina presidenziale dei governatori (durata fino al 2012), in alcune regioni, come per esempio Oblast' di Tomsk si sono svolte le elezioni popolari dei Capi, per la prima volta negli ultimi quattordici anni.

In totale, la scheda elettorale delle elezioni dei deputati comprendeva i candidati e le liste di candidati presentati da più di 40 partiti politici. Tuttavia, le elezioni ai Parlamenti regionali e municipali hanno confermato l'allineamento delle forze esistenti nella Duma. Il partito del Presidente è riuscito a conquistare la maggioranza dei seggi in tutti i Parlamenti locali e regionali – nella maggior parte dei casi con un ampio margine e spesso grazie ai collegi uninominali. Ad ampia distanza dal partito Russia Unita, quasi ovunque (ad eccezione dei comuni di Mosca), vi sono i partiti dell'opposizione sistemica: i comunisti (KPRF), liberal-democratici (LDPR) e la Russia Giusta.

Il risultato più importante – pur sempre prevedibile – del partito Russia Unita è stato la conquista delle cariche del Capo del soggetto federale. I Capi *ad interim* (“*vrio*” – *vremenno ispolnyauscij obyazannosti*), nominati in precedenza dal Presidente, sono stati eletti in tutte le sedici regioni in cui si sono svolte elezioni dirette per il governatore. In alcuni soggetti federali i risultati raggiunti dai vincitori della corsa elettorale sono stati impressionanti poiché hanno superato l'80%⁴⁵, come, per esempio, in Mordovia (89.19%), Marij El (88.27%), Buryatia (87.43%), Perm' Oblast' (82.06%), Kaliningrad Oblast' (81.06%), Ryazan' Oblast' (80.16%). Tale fenomeno è stato chiamato dai politologi russi come le “regioni dell'anomalia elettorale”⁴⁶ o “sultanati elettorali”⁴⁷. Quasi in tutte le regioni, l'affluenza alle urne non ha raggiunto il 50%, ad eccezione di due soggetti federali con il 54% di affluenza e la repubblica di Mordovia, dove l'affluenza è “tradizionalmente alta” (quasi l'82%). Inoltre, il numero dei candidati in lizza per il posto di governatore variava tra 3-6 e nella maggior parte delle regioni era di 4-5.

⁴⁴ V. Pelenco delle elezioni tenute il 10 settembre 2017 in diverse regioni russe sul sito della Commissione Elettorale Centrale: http://cikrf.ru/analog/vib_100917/index.html.

⁴⁵ V. i dati degli esiti elettorali nel sito della Commissione Elettorale Centrale: <http://www.vybory.izbirkom.ru/region/izbirkom>.

⁴⁶ V. a proposito N.V. GRISHIN. *Anomalii v elektoral'nom povedenii*: <http://astresearch.narod.ru/Grishin-2011-Krasnodar.pdf>; W. MEBANE, K. KALININ. *Elektoral'nye falsifikacii v Rossii: kompleksnaja diagnostika vyborov 2003–2004, 2007–2008 gg.*: http://www-personal.umich.edu/~wmebane/falsificacii_reo.pdf; A. KYNEV, *Metamorfozy elektoral'noj geografii Rossii v 2007–2008 gg. i ih prichiny*: <http://www.vybory.ru/analyt/REO-2/kinev.pdf>. La riflessione sull'affluenza eccessivamente elevata (*mobilized voter turnout*) in alcune regioni russe fa parte dello studio del libro *The Regional Roots of Russia's Political Regime* (2017), in cui i professori delle Università americane William M. Reisinger e Bryon J. Moraski analizzano i processi politici in Russia al livello subnazionale in termini di competitività e autoritarismo regionale.

⁴⁷ V. per esempio, i commenti del politologo russo Dmitrij Oreshkin sulle elezioni del 10 settembre: <https://newdaynews.ru/moskow/600169.html>, oppure sull'imminente campagna elettorale presidenziale: <https://echo.msk.ru/blog/partofair/1924376-echo/>.

Come sottolineato da alcuni analisti politici, il ritorno all'elezione diretta dei governatori non ha portato nulla di nuovo nella configurazione delle forze nel Paese, anche perché, secondo loro, il tentativo di ridare legittimità al sistema politico è una "simulazione elettorale"⁴⁸ condotta sotto la guida del Cremlino. Senza dubbio, il controllo da parte di *vertikal'* sulla transizione (appunto, guidata) verso l'elezione popolare dei governatori è stato possibile principalmente grazie ai due meccanismi – il "filtro municipale" (l'obbligo dei candidati per la carica di governatore di ottenere il sostegno di almeno il 5%-10% dei deputati presenti nelle varie municipalità) e la pratica di nominare il governatore *ad interim*, il quale può godere del controllo delle risorse amministrative in cambio della sua "fedeltà" verso il centro federale.

Commentando l'esito del voto del 10 settembre, il portavoce del Capo dello Stato Dmitrij Peskov ha fatto notare che i risultati hanno dimostrato un sostegno verso la politica dei quadri del Presidente Vladimir Putin e della leadership di Russia Unita. "Possiamo anche parlare di un credito di fiducia molto alto, che è stato fornito dagli elettori a sostegno dei politici offerti dal Presidente", ha aggiunto Peskov⁴⁹.

Nonostante l'assenza di *suspence*, le elezioni regionali e comunali del 10 settembre hanno comunque rappresentato un momento di grande rilevanza nello scenario politico del Paese anche perché hanno potuto offrire indicazioni utili sui gli umori del corpo elettorale russo in vista delle presidenziali del 2018. Infatti, al pari delle precedenti elezioni, tenutesi nel 2016 sul rinnovamento della Duma, quando gli elettori russi hanno dimostrato un basso interesse per l'intero processo elettorale e l'affluenza alle urne non è arrivata al 50%⁵⁰, anche questa volta la partecipazione alle elezioni dei deputati dei consigli regionali e municipali è stata molto bassa. Per esempio, a Vladivostok l'affluenza ha raggiunto solo il 12.65%. L'elevato astensionismo elettorale dei cittadini non è stato sorprendente né per i politologi filogovernativi⁵¹, né per gli esperti più critici. "È stato chiaro il desiderio del Cremlino di evitare il 'gonfiaggio' dell'affluenza"⁵².

⁴⁸ V. per esempio, i commenti dei alcuni politologi russi sulle elezioni svolte: https://www.kommersant.ru/doc/3407888?from=doc_vrez; sulla reintroduzione delle elezioni governatoriali: http://www.ng.ru/politics/2017-12-28/3_7146_staff.html.

⁴⁹ Cfr. https://www.gazeta.ru/politics/2017/09/11_a_10883918.shtml?updated.

⁵⁰ Su questo punto v. I. GALIMOVA, *Dalle elezioni della nuova дума al messaggio annuale del presidente: una nazione unita? – Russia. Cronache costituzionali dall'estero (settembre-dicembre 2016)*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 3, 2016, p. 2: <http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2017/01/Galimova-Russia-32016.pdf>.

⁵¹ V. la relazione dell'Istituto di esperti per la ricerca sociale del Cremlino (EISI) "Giorno Unico delle Elezioni. Approcci Preliminari All'analisi Qualitativa". Numero n. 3, 4.09.2017 [in Russo]: https://regnum.ru/uploads/docs/2017/09/06/regnum_file_1504689145800518.pdf. Nella relazione è stata promossa l'idea, che la Russia deve allontanarsi dalla tradizione "sovietica" (solo "l'alta affluenza" veniva riconosciuta come "buona"), ma prestare maggiore attenzione alla qualità di partecipazione elettorale.

⁵² Cfr. <https://www.vedomosti.ru/politics/articles/2017/09/10/733150-vibori-v-rossii-rekordno-nizkoi-yavke>.

Una sorpresa in queste elezioni è stato il risultato ottenuto dalle forze d'opposizione extraparlamentare nelle elezioni dei deputati comunali di Mosca. Nonostante la campagna elettorale piuttosto “silenziosa”⁵³ e la bassa affluenza alle urne registrata nella capitale (14.82%), il movimento “Democratici Uniti”, lanciato dall'ex deputato della Duma Dmitrij Gudkov insieme con i partiti dell'opposizione non sistemica, è riuscito a conquistare la maggioranza nei 17 tra i 124 distretti di Mosca⁵⁴. Oltre 7.500 candidati hanno corso per i 1502 mandati. In totale circa 266 candidati liberali dall'opposizione, che hanno partecipato alle elezioni come indipendenti o nelle file di *Yabloko* e *Parnas*, hanno ottenuto un seggio nei consigli comunali di Mosca, spostando così l'opposizione sistemica – KPRF (44 mandati), la Russia Giusta (10), LDPR (4) – al margine. È interessante il fatto che in 7 distretti la Russia Unita non ha ottenuto alcun mandato, sebbene in totale il partito del potere abbia ricevuto circa il 76-77% dei mandati. Il secondo posto è occupato dal partito Yabloko (11.7%) e al terzo posto sono i candidati indipendenti⁵⁵.

Anche se il risultato dell'opposizione dei partiti liberali non sistemici non è di gran successo ed è poco significativo dal punto di vista pratico, tale “infiltramento degli elementi di protesta” nei consigli amministrativi può avere future ricadute positive. Innanzitutto, Gudkov si è assicurato il sostegno di 110 deputati dei consigli comunali moscoviti, necessario per superare il “filtro municipale” per potersi candidare alla carica di sindaco di Mosca nelle future elezioni a cui ha intenzione di partecipare. In secondo luogo, è stato dimostrato che la strategia di unirsi in un unico fronte di opposizione può dare buoni risultati, specialmente nelle grandi città della Russia, dove risiede la gran parte della giovane *intelligenzia* che ha voglia di cambiamento⁵⁶.

LA COMMISSIONE CENTRALE E I RISULTATI DELLA CAMPAGNA

In una seduta tenutasi il **20 settembre** la Commissione Elettorale Centrale ha discusso i risultati della campagna elettorale e la qualità dell'organizzazione delle

⁵³ Il Presidente della CEC Ella Panfilova ha parlato di fallimento della campagna informativa sulle elezioni organizzata dalla Commissione elettorale regionale per gli elettori di Mosca, v.: <https://www.vedomosti.ru/politics/articles/2017/09/06/732691-proval-viborah-v-moskve>.

⁵⁴ V. i dati degli esiti del voto a Mosca: <https://www.novayagazeta.ru/news/2017/09/11/135182-266-nezavisimyh-kandidatov-pobedili-na-munitsipalnyh-vyborah-v-moskve>.

⁵⁵ V. su questo punto l'articolo sul RBC: <https://www.rbc.ru/politics/11/09/2017/59b654099a7947246a430af3>.

⁵⁶ Infatti, anche gli analisti russi commentano i risultati delle votazioni definendogli fenomeni delle *elezioni ibride*, cioè del Paese “a doppia faccia” (su questo punto v. per esempio, V. ZVONOVSKY, “*Elektoral'nyj transit': k dnum stranam v granizah odnoj?*” [Transito elettorale: verso due Paesi al confine di uno?], 2004: <http://www.politstudies.ru/files/File/2004/3/Polis-2004-3-Zvonovskiy.pdf>). La particolarità sta nel fatto che tutto il territorio della Russia può essere diviso in zone “Città” e zone “Villaggio”. La zona urbana è quella delle grandi città (Mosca, San Pietroburgo, capitali delle regioni), dove la gente vota in maniera più o meno pluralista e libera. L'altra parte della Russia consiste da cosiddette “*zone del regime elettorale speciale*”, dove si pratica in maniera eccessiva il ricorso alle risorse amministrative, il quale, oltre all'alto tasso di affluenza, garantisce un numero alto di voti per il partito del potere. I cittadini in queste zone votano in maniera monotona e non libera, cioè per l'unica forza politica, la quale spesso rappresenta la direzione amministrativa.

votazioni tenutesi il 10 settembre in diverse regioni. Il Presidente della CEC Ella Pamfilova ha rilevato i seguenti punti importanti su cui riflettere. Innanzitutto, l'ultima campagna ha stabilito un record per il numero di candidati registrati, come ha osservato il capo della CEC nella sua relazione⁵⁷. Su 96.000 candidature in tutto il paese sono state registrate più di 88.000, pari a quasi il 92% del totale. In particolare, nelle elezioni governatoriali dei 105 candidati 75 sono stati registrati e solo due candidature sono state rifiutate a causa del mancato rispetto dei requisiti del filtro municipale. Tuttavia, molte forze politiche continuano a fare richieste per l'abrogazione di tale meccanismo.

La principale innovazione delle elezioni regionali è stata l'abolizione dei certificati speciali (*otkrepitel'noe udostoverenie*) e del voto anticipato (*dosrochnoe golosovanie*), il cui uso era stato criticato da partiti politici. Le modifiche legislative escludono l'uso di certificati speciali per la votazione dei cittadini al di fuori del seggio assegnato in base alla loro residenza e "liberano" l'elettore da questo vincolo dando la possibilità di iscriversi nella lista degli elettori nel seggio elettorale più vicino nel giorno della votazione. Tali modifiche in materia elettorale introdotte nel giugno del 2017 sono state dirette principalmente ad aumentare l'affluenza alle urne.

In base ai risultati delle elezioni di settembre, si è registrata una diminuzione generale dei ricorsi in materia di operazioni elettorali, rispetto alle precedenti elezioni. Come riporta la CEC, durante la campagna, la Commissione ha ricevuto 2.880 ricorsi, di cui quasi mille riguardavano le elezioni comunali di Mosca. Sulla base dei risultati delle indagini relative agli esposti presentati in sette regioni della Russia è stata presa la decisione di annullare i risultati delle votazioni in 13 seggi elettorali. La maggior parte delle denunce arrivate alla Commissione hanno riguardato le procedure del voto anticipato. Come ha sottolineato Ella Pamfilova: "Questa è un'altra questione molto importante che deve essere discussa con tutte le parti interessate, i rappresentanti dei partiti, la comunità di esperti e con i nostri colleghi nelle regioni. È necessario capire cosa fare con il voto anticipato, che in pratica è rimasto solo nelle elezioni municipali. Una delle proposte è di cancellarlo per tutte le votazioni"⁵⁸.

Il **28 settembre** si è tenuta una tavola rotonda "Sulla pratica di applicazione delle innovazioni introdotte nella materia elettorale della Federazione Russa durante la campagna del 2017". L'evento è stato organizzato dalla CEC della Russia in collaborazione con la ONG [Fondazione russa per le elezioni libere](#). Insieme con i rappresentanti dei partiti politici, con la comunità di esperti e le componenti delle

⁵⁷ V. il resoconto della CEC sui risultati della conduzione delle campagne elettorali in Giorno Unico delle Elezioni, 20.09.2017: <http://www.cikrf.ru/news/cec/2017/09/20/03.html>.

⁵⁸ Cfr. <http://www.cikrf.ru/news/cec/2017/09/20/03.html>.

Commissioni elettorali dei soggetti federali la CEC ha discusso i principali difetti del sistema elettorale russo. “C'è un blocco di problemi sistemici legati allo stato della nostra legislazione elettorale”, ha detto Ella Pamfilova, aprendo l'evento⁵⁹. Il Presidente della CEC ha suggerito i seguenti temi di discussione: la procedura per l'uso della videosorveglianza nel giorno di voto, il problema del filtro municipale, l'opportunità di preservare il voto anticipato nelle elezioni municipali, il quale è una delle fonti più comuni di abusi. Sulla base dei risultati della discussione, alcune proposte sono state presentate al gruppo di lavoro sul miglioramento della legislazione istituito presso l'Amministrazione presidenziale.

A sua volta, sulla base dei risultati di un'analisi⁶⁰, pubblicata dalla ONG *Golos* il **14 dicembre**, si è concluso che la Russia non è abbastanza preparata per le prossime elezioni presidenziali. Il collettivo degli esperti ha analizzato cinque rapporti dell'Ufficio OSCE per le istituzioni democratiche e i diritti umani (ODIHR) sulle elezioni alla Duma e alla carica di Presidente tenutesi in Russia dal 2003 al 2016. Secondo il parere degli autori del rapporto, 56 delle 121 raccomandazioni sono state rispettate in tutto o in parte, mentre il numero di misure proposte dall'OSCE per il miglioramento dell'integrità del processo elettorale pienamente implementate dalle autorità russe è leggermente superiore al 12%.

PARLAMENTO

CONTINUI EMENDAMENTI ALLA LEGISLAZIONE IN MATERIA ELETTORALE

Mentre i candidati alle presidenziali elaboravano i loro programmi e le Commissioni elettorali cercavano di prevenire eventuali irregolarità nelle operazioni elettorali, i legislatori hanno proposto nuovi cambiamenti alla “caotica” legislazione elettorale. Il **31 ottobre** un disegno di Legge di modifica è stato presentato in Duma. Uno degli autori del disegno di legge, Pavel Krasheninnikov, presidente del Comitato della Duma per la *state-building* e legislazione, ha affermato che le modifiche proposte miravano a garantire una maggiore trasparenza e apertura nelle attività delle commissioni elettorali durante la futura campagna presidenziale. Le innovazioni hanno riguardato la possibilità della Camera Pubblica della Federazione Russa (un

⁵⁹ Cfr. <http://www.cikrf.ru/news/cec/2017/09/28/01.html>.

⁶⁰ Il Rapporto è disponibile solo in russo, v. [Rapporto analitico “Sull'attuazione delle raccomandazioni contenuti nelle Relazioni finali dell'OSCE/ODIHR sui risultati delle elezioni presidenziali in Russia nel 2004 e nel 2012, e dei deputati della Duma di Stato nel 2003, 2011, 2016.](#)

organismo consultivo e di controllo che consiste in un misto di sostenitori presidenziali e rappresentanti di ONG) e delle sue articolazioni territoriali di nominare i propri osservatori ai seggi elettorali durante le votazioni. Le modifiche hanno introdotto la possibilità di collocare la video sorveglianza e apparecchi trasmettenti nei locali in cui operano le commissioni elettorali territoriali, durante il conteggio e nel momento della determinazione dei risultati del voto. Il nuovo disegno di legge ha potenziato in modo significativo l'uso nel processo elettorale della video sorveglianza durante l'elezione del Presidente, rendendo possibile la trasmissione durante l'intera fase dello scrutinio. Gli autori del disegno hanno ritenuto che tali cambiamenti potevano prevenire probabili errori, oltre a limitare la possibilità di falsificazione durante il conteggio dei voti.

Il **24 novembre** questo disegno di legge è stato approvato dalla Duma in terza lettura. Il **28 novembre** anche il Consiglio della Federazione, Camera alta del Parlamento russo, ha approvato tali modifiche. Infine, il **5 dicembre** il Presidente ha firmato il pacchetto degli emendamenti [[Legge federale del 5 dicembre 2017 n. 374-FZ "Sulle modifiche alla legge federale "Sulle elezioni del Presidente della Federazione Russa"\]](#)].

Nell'ultimo quadrimestre dell'anno sono state introdotte modifiche alla legislazione elettorale di contorno, le quali sono andate verso la realizzazione del principio di *par condicio* nella disciplina del finanziamento dei partiti. Così, il **24 novembre** in terza lettura la Duma di Stato ha adottato gli emendamenti alla Legge "Sui partiti politici". Ora, secondo le modifiche, l'importo della quota associativa per il membro del partito e la quota d'iscrizione è limitato a 4,3 milioni di rubli (prima senza limiti) –portandolo al livello dell'importo massimo delle donazioni effettuate da un individuo nell'arco di un anno. Inoltre, la nuova legge ha stabilito requisiti unificati sull'obbligo della divulgazione del finanziamento ricevuto, inclusi sia l'informazione sui membri di un partito, sia i nominativi dei donatori. Gli autori del disegno di legge hanno spiegato che il nuovo regolamento garantirà non solo una maggior trasparenza sui contributi dei membri dei partiti politici, ma anche l'equalizzazione delle condizioni necessarie per la divulgazione delle informazioni pertinenti sia in caso di donazioni, sia in caso di contributi delle quote associative. Secondo [i dati della CEC](#), l'ammontare dei contributi in forma delle quote associative e di ammissione per il 2016 è stato di 224 milioni di rubli per la Russia Unita, 99 milioni di rubli per il Partito Comunista, 13 milioni di rubli per il Partito Liberal Democratico e 96 mila rubli per Russia Giusta.

La legge [[Legge federale del 5 dicembre 2017 n. 375-FZ "Sulla modifica degli articoli 29 e 34 della Legge federale "Sui partiti politici"\]](#) che limita l'importo delle

quote annuali di iscrizione e obbliga i partiti a divulgare informazioni sulle fonti di finanziamento è stata firmata dal Presidente **il 5 dicembre** ed è entrata in vigore dal **1° gennaio** 2018.

A sua volta, nel Rapporto relativo alla tutela della trasparenza in materia di finanziamento delle campagne elettorali nella Federazione russa, pubblicato il **16 novembre** da *Transperancy International Russia*, gli Autori hanno notato: “In molti casi, i dati ufficiali sono notevolmente distorti e poco corrispondono alla realtà: gran parte dei fondi raccolti per finanziare le campagne politiche, semplicemente non appaiono nei registri ufficiali. Allo stesso tempo, gli organismi che organizzano le elezioni non hanno alcun potere reale per monitorare in modo efficace tali entrate - questa responsabilità dovrebbe essere degli organi investigativi”⁶¹.

LA LEGGE SUI MASS MEDIA –“AGENTI STRANIERI” COME RISPOSTA RITORSIVA

Il **15 novembre** la Duma di Stato ha votato all'unanimità il disegno di Legge che consente alle autorità russe di etichettare i media stranieri indesiderati come "agenti stranieri", in rappresaglia alle mosse degli Stati Uniti nei confronti di *Russia Today*, noto come “RT”, canale satellitare russo diffuso nel mondo e parte di un network di canali finanziati direttamente dal Cremlino.

Il voto della Duma è arrivato dopo che i funzionari statunitensi hanno richiesto a *Russia Today* di registrarsi ai sensi della *Foreign Agents Registration Act (FARA)*, una legge adottata nel 1938 e usata per gruppi di lobbisti che lavoravano per i governi stranieri⁶². In caso di mancata registrazione, i conti bancari del canale sarebbero stati congelati. I funzionari russi hanno descritto la mossa come oppressione alla libertà di espressione⁶³ e una risposta “simmetrica” da parte della Russia non è tardata ad arrivare. Il **22 novembre** anche il Consiglio della Federazione, dopo la Duma di Stato, ha approvato all'unanimità le modifiche all'articolo 6 della Legge "Sui mezzi di comunicazione di massa", riguardante lo *status* di agenti stranieri per i mass media e il **25 novembre** il Presidente ha firmato la Legge [[Legge federale n. 327-FZ del 25 novembre 2017 "Sulle modifiche agli articoli 10-4 e 15-3 della Legge federale “Sulle informazioni, tecnologie dell'informazione e protezione delle informazione” e all'articolo 6 della Legge della Federazione russa “Sui mass media”](#)].

⁶¹ V. Rapporto di ricerca preparato da *Transparency International Russia*, *Money in the elections: Problems of ensuring transparency of financing political parties and election campaigns in the Russian Federation*, 16.11.2017: <https://transparency.org.ru/special/dengi-na-viborah/money-for-elect-eng-scr.pdf>.

⁶² Come è stato definito nel sito del Dipartimento di Giustizia degli Stati Uniti: “FARA is a disclosure statute that requires persons acting as agents of foreign principals in a political or quasi-political capacity to make periodic public disclosure of their relationship with the foreign principal, as well as activities, receipts and disbursements in support of those activities” [<https://www.fara.gov/>].

⁶³ V. ad esempio, la posizione dei deputati della Duma e di portavoce del Ministero degli Affari Esteri sulla questione: <https://www.theguardian.com/world/2017/nov/15/russia-to-register-international-media-as-foreign-agents>.

Secondo le nuove regole, il mass media straniero che distribuisce messaggi e materiali stampati, audio/audiovisivi o di altro tipo, può essere riconosciuto come adempiente alle funzioni di agente straniero. In questo caso, le stesse disposizioni della legge sulle ONG – agenti stranieri approvata nel 2012 saranno applicate anche ai media riconosciuti come “agenti stranieri” (*innostrannyj agent*). Il **5 dicembre** il Ministero di Giustizia russa ha aggiunto 9 canali all'[elenco dei mass media-agenti stranieri](#), tra cui *Radio Free Europe/Radio Liberty* (RFE/RL).

L’iniziativa legislativa è stata criticata da parte degli attivisti per i diritti umani, sostenendo che tali misure avranno un effetto raggelante sulla libertà di espressione. “Le autorità russe rafforzeranno il loro controllo sulla libertà di stampa nel Paese introducendo regole che designano i mass media finanziati dall’estero come “agenti stranieri” e imponendo obblighi onerosi nel dichiarare tutti i dettagli dei loro finanziamenti e del personale”, ha affermato *Amnesty International*⁶⁴.

Va notato che, insieme a questi emendamenti, sono state adottate una serie di altre modifiche altrettanto importanti alla Legge sull'Informazione (il disegno di legge è stato presentato nella Duma il **29 settembre**). Esse prevedono la possibilità di un blocco extragiudiziario da parte di *Roskomnadzor* (Servizio federale per la supervisione della connessione e la comunicazione di massa) per i siti delle organizzazioni “indesiderabili” (*nezhelatel'nye organizacii*) su richiesta dell'Ufficio del Procuratore generale, nonché dei siti web contenenti appelli all’estremismo e rivolti ad azioni di massa illegali. Questa non è la prima innovazione dei legislatori russi adottata nella lotta contro i contenuti indesiderati sui social network (basti ricordare la Legge di *Lugovoj* del 2013, o la Legge sui *proxy* anonimizzatori del luglio 2017⁶⁵). Allo stato attuale, 11 organizzazioni sono riconosciute come “indesiderabili” in Russia, tra cui “*Open Russia*” di Khodorkovsky⁶⁶. La nota esplicativa del disegno di legge affermava che questi siti sono usati per “screditare le politiche interne ed estere della Russia, per formare un'opinione pubblica negativa e destabilizzare il Paese”⁶⁷.

PRESIDENTE

⁶⁴ Cfr. Amnesty International, *Russia: Kremlin tightens stranglehold on foreign media with more repressive legislation*, 15 November 2017: <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2017/11/russia-kremlin-tightens-stranglehold-on-foreign-media-with-more-repressive-legislation/>.

⁶⁵ V. su questo punto: Sezione “Parlamento”; “I legislatori ‘stringono le viti’ sull’Internet”, in I. GALIMOVA, *La Russia e l'imminente ciclo elettorale (maggio-agosto 2017)*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 2, 2017, pp. 11-12: <http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2017/10/Russia-Cronache-3.pdf>.

⁶⁶ V. elenco degli organizzazioni indesiderabili sul sito del Ministero di Giustizia russo: <http://minjust.ru/ru/activity/nko/unwanted>.

⁶⁷ V. la scheda del disegno di legge n 275060-7: <http://sozd.parlament.gov.ru/bill/275060-7>.

Come di consueto in questi ultimi quattro mesi dell'anno il Presidente ha dominato lo spazio politico e informativo del Paese. Vladimir Putin ha partecipato al Summit BRICS, tenutosi in Cina all'inizio di settembre, in cui ha risposto alle domande dei giornalisti durante la conferenza stampa del **5 settembre**. Il **19 ottobre** ha tenuto un discorso durante la sessione finale del *Club* di discussione *Valdai*, il **21 ottobre** ha visitato il *Festival* mondiale della gioventù che si è tenuto a Sochi, ed il **30 ottobre** ha partecipato ad un tradizionale incontro annuale con i membri del Consiglio presidenziale per i diritti umani (*SPC*). Il **28 novembre** Vladimir Putin ha tenuto al Cremlino una riunione del Consiglio di coordinamento sull'attuazione della Strategia d'azione nazionale per i bambini, un argomento di grande rilevanza per il Presidente sin dal suo primo mandato.

Durante le sue apparizioni in pubblico il Presidente russo è riuscito a mantenere il riserbo senza dare una chiara risposta alla domanda sulla sua ricandidatura. Da sottolineare che dopo l'annuncio della sua candidatura, il **6 dicembre**, la sua presenza mediatica è cresciuta ancora di più. Contemporaneamente Putin ha annunciato la completa sconfitta del gruppo terroristico "Stato islamico" su entrambe le rive dell'Eufrate in Siria e l'**11 dicembre** il Capo dello Stato, che è anche Capo delle forze armate, è arrivato alla base aerea delle forze russe a Hmeimim (Latakia) e ha annunciato il ritiro di una parte significativa del raggruppamento di truppe russe dalla Siria. Il **14 dicembre** si è svolto uno degli eventi più importanti dell'anno (insieme alla "Linea diretta" primaverile), la Grande conferenza stampa con il Presidente, durata quasi 3 ore, durante la quale Vladimir Putin, in qualità di candidato alla carica presidenziale, ha risposto alle domande dei giornalisti presenti in studio. Alla domanda riguardante il problema della scarsità della concorrenza politica nel Paese e la mancanza di rivali, Vladimir Putin ha risposto che creare rivali non è suo compito, aggiungendo che "non ci sono oppositori, perché non hanno un'agenda realistica e positiva"⁶⁸.

Infine, l'ultima apparizione televisiva del Presidente del 2017 è stato il tradizionale Appello alla Nazione di fine anno. Nel suo quindicesimo messaggio al Paese della sua carriera, il Presidente russo Vladimir Putin si è concentrato sui valori tradizionali della famiglia, ma ha anche osservato che "importanti cambiamenti nel nuovo anno attendono il Paese".

IL "CAMBIO" NELLE FILE DEGLI GOVERNATORI

⁶⁸ V. il resoconto integrale della Grande Conferenza stampa del Presidente, 14 dicembre 2017: <http://kremlin.ru/events/president/news/56378>.

Nel 2017, in Russia si è registrata la più grande ondata di dimissioni⁶⁹ dei governatori degli ultimi cinque anni. Sono stati rinnovati i vertici di 19 regioni russe. Le prime dimissioni sono state nel febbraio-aprile 2017 e hanno colpito soprattutto i “veterani”, il cui mandato era già giunto al termine. Dopo le elezioni del 10 settembre, abbiamo avuto una seconda ondata, tra la fine di settembre e l'inizio di ottobre, quando sono cambiati i Capi di 11 regioni. Dopo questa rotazione, l'età media dei *leader* regionali è diminuita da 57 a 47 anni. Il primo è stato il governatore di Oblast' di Samara N. Merkushev che ha lasciato la carica per decisione “spontanea”. Il **25 settembre** il Presidente ha firmato [il Decreto "Sulla cessazione anticipata dei poteri del Governatore della regione di Samara"](#) e con un altro Decreto il Capo dello Stato lo ha nominato rappresentante speciale del Presidente per la cooperazione con il Congresso mondiale dei popoli ugro-finnici. Il **12 ottobre** il governatore della regione di Pskov A. Turchak [è stato uno degli ultimi ad essere sostituito](#). Al posto dei Capi uscenti sono stati nominati dei governatori *ad interim* fino alle elezioni di settembre del prossimo anno, per poi – come già di consuetudine – essere riconfermati nella carica.

Il **2 novembre**, Vladimir Putin, ha incontrato e ringraziato gli 11 governatori uscenti sostenendo l'importanza del lavoro da loro svolto e del fatto “che non si debba intervenire nel lavoro dei nuovi Capi delle regioni. Io vi considero membri del *team* e continueremo a lavorare insieme. Semplicemente lavorerete in un altro posto”⁷⁰.

Fra le tendenze che possono essere osservate nella prassi di dimissioni-nomine dei Capi dei soggetti federali, si può distinguere la vocazione diretta al ‘ringiovanimento’ dei funzionari. I nuovi governatori sono per lo più giovani tecnocrati, con esperienza manageriale a livello federale e con scarsa conoscenza delle regioni in cui venivano inviati. La seconda tendenza, sebbene non nuova nella politica dei quadri del Presidente, vede una serie di nomine alle cariche governatoriali dei *siloviki*, in gran

⁶⁹ Si ricorda, che la più grande ondata di dimissioni avvenne alla fine del '2000: nei primi due anni della presidenza di Dmitri Medvedev furono sostituiti più di 30 governatori. La prossima serie di dimissioni è avvenuta nel 2012-2013 ed è stata associata con il ritorno alle elezioni dirette dei governatori. Come scrive la sociologa russa N. Zubarevich: “A quel tempo, le autorità federali avevano ancora paura di sottomettere i governatori nominati dall'alto alle verifiche elettorali ... Ma negli anni successivi, è diventato chiaro che la simulazione delle elezioni non può comportare tanti rischi: le rigide regole sulla registrazione e la raccolta di firme dei candidati sono quasi insormontabili per i politici sleali, e la bassa affluenza alle urne beneficia solo i candidati filogovernativi... I risultati dell'elezione dei nuovi incaricati, a settembre 2017, hanno confermato ancora una volta questo dato: i governatori *ad interim* hanno ricevuto dal 60% all'89% dei voti.”, cfr.: <http://carnegie.ru/commentary/73299>.

⁷⁰ Cfr. la trasmissione del canale *1tv.rtc*: <https://www.1tv.ru/news/2017-11-02/335567-vladimir-putin-vstretilsya-s-ushedshimi-v-otstavku-rukovoditelyami-regionov-i-poblagodaryl-za-rabotu>.

In effetti, molti dei governatori dimessi hanno ricevuto dal Presidente nuovi incarichi, come, ad esempio, rappresentanti plenipotenziari nei distretti federali. L'ultimo governatore [dimesso](#) nel 2017 (il **25 dicembre**) è stato il Capo dell'Oblast' Voronez, nominato in seguito con il [Decreto Presidenziale](#) Plenipotenziario nel Distretto Federale Centrale.

parte quelli provenienti dalla FSB o Ministero d'Interno. Secondo molti esperti, le dinamiche in quest'area sono preoccupanti: "Gli eventi degli ultimi anni - nomine, elezioni, dimissioni e incarcerazioni di governatori – mostrano come la Russia si sia allontanata ancor di più dal federalismo"⁷¹.

GOVERNO

IL DISSACORDO TRA IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA RUSSO E LE ISTITUZIONI EUROPEE

In questi mesi il confronto tra le autorità russe e le istituzioni sovranazionali, in particolare il Consiglio d'Europa, non si è spento ed ha avuto ad oggetto soprattutto le decisioni della CEDU sui casi riguardanti Alexei Navalnyj e sulla loro esecuzione.

In particolare per quanto riguarda la procedura di supervisione dell'esecuzione delle sentenze della Corte EDU, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa non era soddisfatto per le generiche misure adottate (come sempre una semplice diffusione del testo della decisione) per l'esecuzione della Sentenza della Corte di Strasburgo sul caso “*Kirovles*”, del febbraio del 2016⁷². Il Comitato dei Ministri ha, inoltre, espresso “gravi preoccupazioni per il fatto che il nuovo processo, che ha avuto luogo in seguito alla sentenza della Corte europea, non ha posto rimedio o non ha fornito in altro modo alcun risarcimento tangibile per le violazioni accertate”⁷³. Infatti, per il momento la revisione della condanna – ordinata dalla Corte Costituzionale russa alla luce della Sentenza della CEDU nel novembre del 2016 – non ha dato alcun esito. Come riportato nella [Nota preparata per la riunione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa](#), svoltasi dal **19 al 21 settembre**, le dinamiche del processo della revisione della Sentenza originaria emanata dai giudici del Tribunale del distretto Leninsky di Kirov sono state le seguenti: “*In a later communication of 17 February 2017, the applicants’ representatives submitted that the fresh trial had ended with the same result as that criticised by the European Court and had failed to remedy the violations and erase the negative consequences for the applicants.*”⁷⁴ Il Comitato dei Ministri, avendo analizzato i procedimenti presi dalle autorità russe in seguito alla Sentenza

⁷¹ Cfr. N. ZUBAREVICH, *Gubernatoropad. K čemu privedet nymeshnyaya volna otstavok glav regionov?* [“Gubernatoropad”. Che effetto avrà l'attuale ondata di dimissioni dei capi delle regioni?], Carnegie Moscow, 4.10.2017 : <http://carnegie.ru/commentary/73299>.

⁷² Si vede Action Report del 11.08.2017 fornito dalle autorità russe: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=0900001680739dea.

⁷³ Cfr. Comitato dei Ministri, 1302nd meeting, 5-7 December 2017 (DH), CM/Del/Dec(2017)1302/H46-24: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=090000168076d4fa.

⁷⁴ Cfr. Comitato dei Ministri, CM/Notes/1294/H46-25 / 22 September 2017, H46-25 *Navalny and Ofitserov v. Russian Federation*: https://search.coe.int/cm/pages/result_details.aspx?objectid=0900001680739e33.

della CEDU del 2016, ha riassunto nei seguenti punti i motivi di preoccupazione: 1) il caso è stato inviato per un riesame allo stesso tribunale distrettuale; 2) le accuse originarie, che non distinguevano gli atti di cui i ricorrenti erano stati accusati dalle attività commerciali ordinarie, non sono state riesaminate; e 3) infine, i legami tra l'avvio del procedimento penale e le attività pubbliche del ricorrente Navalnyj sono stati definiti speculativi. “Di conseguenza, i ricorrenti continuano a risentire delle conseguenze delle loro condanne ingiuste”. In particolare, l’oppositore Navalnyj, condannato per un grave crimine, subisce alcune restrizioni professionali e un divieto di eleggibilità per la durata della sua pena.

Nelle sue osservazioni al Comitato, Navalnyj ha sottolineato - come si legge nella Nota del Comitato dei Ministri - che è estremamente importante per lui, come aspirante politico a livello federale, ottenere l’annullamento della condanna per poter partecipare alle elezioni presidenziali del marzo 2018 nella Federazione russa. Dal canto suo, il **21 settembre**, il Ministero della Giustizia russo ha pubblicato sul suo sito un comunicato [[“Circa la decisione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sull'attuazione della Sentenza della CEDU sul caso "Navalnyj e Ofitserov c. Russia"”](#)], in cui ha ritenuto che la decisione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa (CMCE) sul caso concreto dimostra pregiudizi nei confronti degli argomenti della parte russa, soprattutto considerando il fatto che “le autorità russe hanno fornito informazioni esaustive su questo problema” e “hanno pagato integralmente il risarcimento”.

Il **17 ottobre** la Corte di Strasburgo [si è pronunciata](#) su un caso – chiamato dai giornalisti russi il caso “*Yves Roche*” – riguardante sempre l’oppositore, e ha ordinato alla Russia di pagare il risarcimento ai fratelli Navalnyj. Secondo i giudici della Corte europea dei diritti dell'uomo, nel caso di Navalnyj abbiamo la violazione degli articoli 6 (il diritto a un processo equo) e 7 (*nulla poena sine lege*) della Convenzione europea sui diritti umani⁷⁵. Due pareri parzialmente dissenzienti sono stati allegati alla Decisione. Anche questa volta, la Sentenza della Corte europea ha suscitato critiche da parte delle autorità russe. Lo stesso giorno della pronuncia sul caso, il Ministero della Giustizia della Federazione Russa nel comunicato diffuso [[“La Corte europea dei diritti dell'uomo non ha stabilito la persecuzione politica nel caso criminale dei fratelli Navalnyj”](#)] ha affermato che la CEDU non ha riconosciuto la persecuzione politica del ricorrente, “poiché la denuncia dei ricorrenti ai sensi dell’articolo 18

⁷⁵ “The Court has found above that the criminal law was extensively and unforeseeably construed to the detriment of the accused in the determination of the criminal charges against the applicants and that such an interpretation cannot be said to have constituted a development consistent with the essence of the offence... The Court finds that the judicial examination of this case was flawed with arbitrariness which was distinct from an incorrect legal classification or a similar error in the application of domestic criminal law. That undermined the fairness of the criminal proceedings in such a fundamental way that it rendered other criminal procedure guarantees irrelevant” [cfr. paragrafi 81, 84 della Sentenza: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-177665>].

(limitazioni dell'uso di restrizioni ai diritti) è stata respinta in quanto inammissibile”. In tal modo, “la CEDU ha rifiutato di riconoscere l'esistenza della “motivazione politica” nelle azioni delle forze dell'ordine nazionali adottate nei confronti dei fratelli Navalnyj in relazione ai loro crimini”, ha osservato il Ministero della Giustizia⁷⁶. Allo stesso tempo, il Ministero della Giustizia ha espresso disaccordo con la posizione della CEDU sull'esistenza di violazioni procedurali. Il Vice Ministro della Giustizia Halperin ha sottolineato che la Federazione russa analizzerà la decisione della CEDU in merito a un eventuale ricorso d'appello alla Grande Camera.

CORTI

La ‘febbre elettorale’ ha travolto anche la magistratura. Il **20 dicembre**, il Presidium della Corte suprema ha approvato il “*Bulletin* sulla prassi giudiziaria nell'ambito della disciplina di protezione dei diritti elettorali ...”. Il documento è stato redatto in base alla prassi della Divisione amministrativa della Corte Suprema russa svolta durante le campagne elettorali del 2016 e del 2017. La rassegna dei casi riguarda in particolare questioni relative alla raccolta di firme per la candidatura, alla presentazione delle liste dei partiti e la *membership* partitica, alla propaganda elettorale e l'uso della proprietà intellettuale nelle campagne. Ad esempio, è stato chiarito che presentare la candidatura per la posizione di Capo di un soggetto della Federazione Russa in qualità di candidato indipendente è impossibile, a meno che la legge regionale non preveda tale opzione.

Inoltre, diverse pronunce della Corte Costituzionale sono state dedicate, inter alia, alle garanzie dei diritti elettorali. Di loro sarà detto in seguito.

LE PRONUNCE DELLA CORTE COSTITUZIONALE SUI CASI RIGUARDANTI LE VIOLAZIONI DEI DIRITTI ELETTORALI

Nel periodo settembre-dicembre 2017 la Corte Costituzionale russa ha adottato, tra l'altro, tre sentenze interpretative (*Opredeleniya*) sulle questioni relative alla protezione dei diritti elettorali e una sentenza (*Postanovlenie*) sulla libertà di riunione. Quest'ultima, emessa il **10 novembre**, ha riguardato le recenti modifiche con le quali è stato regolato il processo di organizzazione delle riunioni dei deputati con gli elettori. Pertanto, nel caso di organizzazione delle riunioni nei luoghi aperti al pubblico, è necessario osservare i requisiti della legislazione relativa ai raduni e alle

⁷⁶ Cfr. comunicato del Ministero della Giustizia: <http://minjust.ru/ru/novosti/evropeyskiy-sud-po-pravam-cheloveka-ne-ustanovil-politicheskogo-presledovaniya-v-ugolovnom>.

dimostrazioni (compresa nella parte della notifica preliminare delle autorità). La Corte Costituzionale ha confermato la costituzionalità di questa norma e ha stabilito che tali requisiti dovrebbero essere osservati anche per l'organizzazione degli incontri collettivi con gli elettori nei cortili dei condomini, se per loro natura e contenuto questi eventi vanno oltre il semplice fatto di informare i cittadini, ma comportano l'espressione dell'opinione pubblica su problemi di orientamento socio-politico⁷⁷.

Per quanto riguarda le tre sentenze interpretative, emesse l'**11 settembre**, il **10 ottobre** e il **9 dicembre**, esse hanno avuto ad oggetto elementi diversi di garanzia dei diritti elettorali in Russia. Una delle sentenze [[Sentenza interpretativa su richiesta di un gruppo di deputati della Duma di Stato sulla verifica costituzionalità dell'articolo 88, parte 9, e dell'articolo 89, parte 3 della Legge federale "Sulle elezioni dei Deputati della Duma di Stato"](#)] ha riguardato la valutazione della formula elettorale utilizzata per le elezioni della Duma. In particolare sono state analizzate le disposizioni della Legge in materia che prevedono due sistemi paralleli con il meccanismo dell'attribuzione dei seggi residui sulla base della graduatoria dei più alti resti e con l'eccezione alla regola dell'ammissione delle liste all'assegnazione dei seggi (secondo tale clausola, se una lista federale ottiene più del 50% dei voti espressi e le restanti liste ricevano meno del 5%, allora nella distribuzione dei seggi partecipa anche la seconda lista più votata). Entrambi gli elementi sono stati considerati conformi alla Costituzione. Inoltre, i giudici della Corte hanno sottolineato il carattere democratico del sistema elettorale russo e hanno insistito sul rispetto delle decisioni che la Federazione Russa, in quanto Paese sovrano, ha preso in materia.

Altre due Sentenze riguardano il diritto elettorale passivo, in particolare i casi in cui il cittadino viene privato del diritto di essere votato ed eletto: 1) in maniera diretta, a causa della condanna penale [si ricorda il cd. "filtro penale"], o 2) in maniera indiretta, a causa della squalifica della parte dei candidati della lista del partito e di conseguenza, la non-registrazione della lista, nella quale la parte lesa è stata nominata. Nel primo caso [[Sentenza di rigetto di considerare la denuncia del cittadino Kazakov Sergey Viktorovich sulla violazione dei suoi diritti costituzionali](#)], il divieto di essere eletti per 10 (o più) anni anche dopo la pena scontata, secondo i giudici, è una misura conforme alla Costituzione ed è associata ai requisiti di "reputazione intatta" richiesti ai titolari di autorità pubblica. Nel secondo caso [[Sentenza interpretativa su richiesta](#)

⁷⁷ V. la Sentenza della Corte Costituzionale della Federazione Russa del 10 novembre 2017 N 27-P "Sulla verifica della costituzionalità delle disposizioni della Legge federale "Sulle modifiche ad atti legislativi della Federazione Russa riguardanti il miglioramento della legislazione sugli eventi pubblici "in connessione con la richiesta di un gruppo di deputati della Duma di Stato": <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision299441.pdf>. V. il riassunto della Sentenza in inglese: <http://www.ksrf.ru/en/Decision/Judgments/Documents/Resume10112017.pdf>.

[di un gruppo di deputati della Duma di Stato sulla verifica di costituzionalità della lettera "h" del paragrafo 25 dell'articolo 38 della Legge federale "Sulle garanzie di base dei diritti elettorali..."](#)], come ha notato la Corte Costituzionale, la percentuale dei candidati ritirati dalla lista per motivi ingiustificati stabilita nella Legge (25% per elezioni federale e il 50% per quelli regionali) è “significativa e funge da indicatore dell’incapacità” politica del partito. Pertanto, tale regola sulla esclusione dell’intera lista, secondo la Corte, non comporta alcun violazione del diritto elettorale passivo dei candidati in regola.

AUTONOMIE

LA QUESTIONE LINGUISTICA NELLA REPUBBLICA DEL TATARSTAN

L’insegnamento delle lingue russa e tatarica nelle scuole pubbliche della regione ha continuato a essere oggetto di discussione. E se non fosse per le dichiarazioni ponderate delle autorità russe che hanno rassicurato sull’assenza di problemi di carattere interetnico o linguistico tra i popoli che abitano in Russia, la situazione poteva essere paragonata a quella avvenuta in Ucraina dopo la recente adozione della contraddittoria legge sull’istruzione. Però, bisogna notare, nonostante la lontana somiglianza del problema di fondo – cioè come garantire la “giusta” distribuzione delle lezioni di lingua tra la lingua dello Stato e le lingue delle minoranze – le motivazioni dietro il malcontento in questi due casi (minoranze russofone in Ucraina e minoranze russofone in Tatarstan) sono diverse, se non diametralmente opposte.

La Russia, si ricorda, è uno Stato federale e i suoi soggetti federali godono di una certa autonomia, inclusa quella linguistica. Così, le Repubbliche nazionali (territori dove sono insediati in maniera consistente gruppi etnici diversi dalla popolazione etnicamente russa) godono di un esclusivo (rispetto alle altre tipologie di soggetti federali) privilegio nel stabilire le proprie lingue di Stato, accanto alla lingua russa (art. 68 della Costituzione)⁷⁸. Certamente, l’oggetto di accese discussioni nel Parlamento regionale e nella società non è stato lo *status* bilinguistico della Repubblica

⁷⁸ “Articolo 68 della Costituzione della Federazione Russa:

1. La lingua di Stato della Federazione Russa in tutto il suo territorio è la lingua russa.
2. Le Repubbliche hanno il diritto di stabilire le proprie lingue di Stato. Negli organi del potere statale, negli organi di autogoverno locale e negli enti statali delle Repubbliche esse vengono usate assieme alla lingua di Stato della Federazione Russa.
3. La Federazione Russa garantisce a tutti i suoi popoli il diritto alla conservazione della lingua materna e la creazione delle condizioni per il suo studio e sviluppo.”

del Tatarstan – che è considerato dal Presidente Putin una “ricchezza”⁷⁹ – ma un'applicazione concreta delle disposizioni della legge regionale sullo studio della lingua tatarica nelle scuole. I genitori degli scolari in Tatarstan negli ultimi mesi hanno iniziato a lanciare appelli collettivi alla dirigenza delle istituzioni educative, ai Ministeri dell'istruzione del Tatarstan e della Russia e alla Procura, contro lo studio obbligatorio della lingua ufficiale della Repubblica per i loro figli, contro i test finali "imposti" sulla lingua tatarica che possono alterare il punteggio medio nel certificato. Allo stesso tempo, molti di loro hanno chiesto di ridurre il numero di lezioni di lingua tatarica introdotte a scapito di ore di insegnamento della lingua e letteratura russa. Infatti, secondo i risultati dell'ispezione della Procura del Tatarstan, in cui 1.412 scuole sono state controllate, sono state scoperte 3.856 violazioni della legge⁸⁰. Ad esempio, nella maggior parte delle istituzioni le ore di insegnamento della lingua russa erano inferiori a quelle stabilite dagli standard federali (questo criterio era rispettato solo in 24 scuole).

Il **29 novembre** i deputati del Consiglio di Stato (*Gossovet*) del Tatarstan in una riunione hanno votato all'unanimità per la Risoluzione, che ordina al Ministero del Tatarstan “di adottare misure per organizzare il processo educativo nelle istituzioni educative statali e municipali della Repubblica del Tatarstan in conformità con i programmi scolastici esemplari forniti dal Ministero della Pubblica Istruzione della Russia”⁸¹. In pratica ciò significa che l'insegnamento della lingua tatarica come lingua di stato della Repubblica deve essere facoltativo e le lezioni non devono superare le 2 ore settimanali, come è raccomandato dalle linee guida federali.

⁷⁹ V. il resoconto integrale della Grande Conferenza stampa del Presidente, 14 dicembre 2017: <http://kremlin.ru/events/president/news/56378>.

⁸⁰ V. il testo del Discorso del Procuratore del Tatarstan Ildus Nafikov sulla questione linguistica tenutasi durante la riunione del Consiglio di Stato RT, 29 novembre 2017, [versione completa]: <https://kazanfirst.ru/news/453434>.

⁸¹ Cfr. Risoluzione del Consiglio Di Stato della Repubblica di Tatarstan “Sull'insegnamento e lo studio delle lingue di stato della Repubblica del Tatarstan e delle lingue native dei popoli che vivono nella Repubblica del Tatarstan”: http://gossov.tatarstan.ru/fs/site_documents_struc/zakon/6889_file_2028_ru.pdf.

LA DERIVA DELLA CATALOGNA VERSO LA SECESSIONE UNILATERALE E L'APPLICAZIONE DELL'ARTICOLO 155 COST.

*

di Laura Frosina**

Secessione deriva dal verbo latino *secedere*, o dalla forma latina *secessio*, e letteralmente significa allontanarsi o essere distante. Con l'evolversi del tempo la secessione ha ampliato la sua originaria connotazione di natura prevalentemente sociale per assumere una valenza territoriale. E' stata inoltre oggetto di una lunga evoluzione concettuale che ha segnato il passaggio dalla completa demonizzazione del fenomeno, con la guerra di secessione americana, a una sua ammissibilità "limitata" e "condizionata" principalmente al rispetto del requisito della consensualità, sia nel diritto internazionale che nel diritto costituzionale. La secessione unilaterale risulta, invece, priva di qualsiasi profilo di legittimazione tanto nel diritto internazionale, quanto nel diritto dell'Unione europea e nel diritto costituzionale comparato. Le pochissime Costituzioni contemporanee (la Costituzione del Principato di Liechtenstein del 1921, la Costituzione della Federazione di St Kitts e Nevis del 1983, la Costituzione della Repubblica Federale e Democratica dell'Etiopia del 1995) che disciplinano la secessione prevedono procedure istituzionali fondate su un referendum e una negoziazione tra il livello centrale e periferico, anche se sono talmente complesse da risultare quasi impraticabili nella prassi.

Nella direzione della secessione unilaterale si è orientata invece in questi ultimi mesi la vicenda catalana, in un clima di sconcerto e dissenso generale sia a livello nazionale che internazionale. L'approvazione in tempi record delle cd. leggi di *desconexión* attraverso una serie di gravi forzature delle procedure parlamentari, la

* Contributo sottoposto a *Peer Review*.

** Dottore di ricerca e Professore a contratto presso l'Università Sapienza di Roma

celebrazione il 1° ottobre del referendum sulla base della legge n. 19/2017 sospesa dal Tribunale costituzionale, l'approvazione il **27 ottobre** delle risoluzioni sull'indipendenza e il processo costituente da parte del Parlamento catalano, sono i principali atti attraverso i quali è stata portata avanti la strategia unilaterale dai partiti indipendentisti e dalle istituzioni catalane con l'ausilio delle organizzazioni della società civile.

In particolare, il referendum sull'indipendenza da Madrid ha rappresentato il primo atto di vera e propria rottura radicale con lo Stato nella prospettiva di avanzare verso una secessione unilaterale. Il referendum regionale di secessione, oltre ad essere incostituzionale e privo di qualsiasi base giuridica, è stato celebrato nonostante i divieti espressi dal Tribunale costituzionale, l'intervento inibitorio delle autorità giudiziarie e l'azione repressiva della polizia nazionale, svolgendosi, in definitiva, in assenza di qualsiasi garanzia legale e democratica. A ciò deve aggiungersi che la maggioranza dei voti espressi a favore del Sì al quesito *¿Quiere que Catalunya sea un Estado independiente con forma de república?*, pari all'89,4% dei votanti, è stata considerata sufficiente non ad aprire una negoziazione con il livello statale, sull'esempio referendario del Québec e della Scozia, ma a produrre effetti vincolanti sull'indipendenza. Il voto catalano ha spinto ad approvare le risoluzioni parlamentari con cui sono stati dichiarati unilateralmente l'indipendenza della Repubblica catalana, l'avvio del processo costituente, e l'entrata in vigore della legge di transizione giuridica e costitutiva della Repubblica, n. 20/2017, nonostante anche quest'ultima legge fosse stata sospesa dal Tribunale costituzionale.

La sfida secessionista all'indissolubile unità della nazione spagnola, messa in atto nella sua interezza in aperta e reiterata violazione della Costituzione, ha sortito una dura e compatta reazione delle istituzioni statali, che hanno cercato di contrastarne l'avanzamento in tutti i modi. Un ruolo centrale, in tal senso, è stato giocato dal Tribunale costituzionale che è intervenuto continuativamente su ricorso del Governo, sospendendo prima, e annullando poi, la maggior parte degli atti approvati dalle istituzioni catalane, al fine di impedire la celebrazione del referendum e opporsi

a ogni azione o atto rivolti a dare attuazione al processo secessionista. In una direzione simile si è orientata anche l'azione della magistratura ordinaria, che ha adottato plurime misure cautelari di natura reale, coercitiva e interdittiva, per contrastare l'avanzamento del processo, ed è intervenuta nella fase finale del conflitto disponendo un mandato di arresto europeo (poi revocato) contro Carles Puigdemont e altri quattro ex consiglieri rifugiatisi a Bruxelles, nonché la detenzione preventiva del vicepresidente, Oriol Junqueras, ed altri membri del governo catalano destituito, indagati tutti per reati di ribellione, sedizione e malversazione dei fondi pubblici.

Una piena condanna della vicenda catalana è stata espressa dal Re Felipe VI, che ha denunciato le gravi e reiterate violazioni della Costituzione e dello Statuto di autonomia compiute dalle autorità catalane, invitando le istituzioni statali a rispondere con la maggior fermezza possibile per ripristinare l'ordine costituzionale violato.

Molto dura è stata, infine, la reazione del Governo Rajoy che, oltre ad aver presentato ricorso tramite le ordinarie vie giudiziarie contro tutti gli atti secessionisti, ha deciso, *in extremis*, di applicare l'articolo 155 Cost., in collaborazione con il Psoe e Ciudadanos. Tale articolo, chiaramente ispirato all'istituto di coercizione federale previsto dall'art. 37 della Legge Fondamentale, non era mai stato applicato prima nell'ordinamento spagnolo, in quanto disciplina uno strumento di intervento "straordinario" a cui è possibile ricorrere soltanto in ultima istanza per opporsi a una condotta di inadempienza manifesta, persistente, deliberata e negligente di una determinata Comunità autonoma. Il Governo Rajoy ha optato, infatti, per tale via soltanto dopo aver ricevuto un diniego espresso da parte del Presidente Puigdemont alle richieste formalmente avanzate per ripristinare l'ordine costituzionale e statutario violato e, soprattutto, in seguito all'approvazione della dichiarazione unilaterale di indipendenza. La scelta definitiva del Governo Rajoy è stata quella di una rigida, ma temporalmente limitata, applicazione dell'articolo 155 Cost. Il pacchetto di misure adottato dal Governo attraverso una serie di decreti, oggetto di una previa autorizzazione dal Senato, ha portato: alla destituzione del Governo della Generalità

e alla sua sostituzione provvisoria con il Presidente del Governo e i Ministri statali competenti; alla chiusura di un ampio novero di organi e uffici regionali; allo scioglimento del Parlamento autonomico e alla convocazione di nuove elezioni il **21 dicembre**. Tali elezioni, che si auspicava fossero perlomeno parzialmente risolutive della crisi in atto, hanno in realtà riconfermato la situazione precedente, assegnando la maggioranza assoluta dei seggi, ma non dei voti, ai partiti indipendentisti (JuntxsCat; Erc, Cup), nonostante Ciudadanos sia stato il partito più votato nella Comunità autonoma. Il risultato delle elezioni lascia quindi aperte ancora molte incognite per il futuro, soprattutto per quanto concerne la formazione del nuovo governo della Generalità, ma conferma la sopravvivenza politica del processo secessionista.

Ciò rende la risoluzione della crisi catalana ancora molto problematica e incerta, ma spinge comunque gli attori politici e istituzionali coinvolti a un grande sforzo di dialogo e compromesso politico per evitare di incorrere nuovamente in quegli errori (rivendicazione di una secessione unilaterale e incostituzionale, azione di disobbedienza politico-istituzionale, chiusura a ogni forma di dialogo e giurisdizionalizzazione estrema del conflitto) che hanno contribuito alla sua completa degenerazione e trasformazione in una grave crisi politico-costituzionale.

ELEZIONI

LE ELEZIONI CATALANE ANTICIPATE DEL 21 DICEMBRE

Il **21 dicembre** si sono svolte le elezioni anticipate in Catalogna. Tali elezioni sono state convocate in via straordinaria dal Governo nazionale mediante il [Regio Decreto n. 946/2017 \(BOE n. 261, del 28 ottobre 2017\)](#), di scioglimento del Parlamento e di convocazione di nuove elezioni, rientrante nel pacchetto di misure approvate in applicazione dell'art. 155 Cost.

Le elezioni, che hanno registrato una partecipazione elettorale elevatissima pari all'81,94%, si sono svolte in un inedito clima di conflitto politico e in una situazione di confusione totale, in cui alcuni candidati hanno partecipato alle elezioni pur trovandosi in carcere o essendo latitanti (come, ad esempio, Puigdemont ed altri

quattro ex consiglieri del governo destituito recatisi a Bruxelles), in quanto indagati, prevalentemente, per reati di ribellione e sedizione. Il risultato di queste elezioni, nel suo complesso di difficile interpretabilità, assume una particolare importanza politica, soprattutto per la bipolarizzazione del sistema partitico sull'asse unionismo/indipendentismo.

Il vincitore delle elezioni è stato indiscutibilmente il partito centrista/unionista di Ciudadanos. Tale partito con il 25,37% dei voti ha ottenuto 37 seggi e quindi il primato in Parlamento, registrando una crescita esponenziale in termini di consensi (+7,44%) e seggi (+ 12). Da Ciudadanos, tuttavia, si è distanziato di poco il partito indipendentista di JuntsxCat, guidato dal destituito Presidente della Generalità, Carles Puigdemont, che con il 21,65% dei consensi ha conquistato 34 seggi. All'ottima performance elettorale di questo partito, si aggiunge quella di ERC-Catsi, che è riuscito a conquistare 32 seggi con il 21,39% dei voti. In netto declino, invece, la CUP, che con il 4,45% dei voti ha confermato soltanto 4 seggi rispetto ai 10 ottenuti nella tornata elettorale precedente. Un grande arretramento è stato registrato dal Pp, che è stato sanzionato dall'elettorato catalano per le modalità di gestione della vicenda indipendentista, riuscendo a ottenere soltanto 3 seggi. Il Psc è riuscito invece a mantenere invariata la sua posizione, conquistando anche un seggio in più (17) rispetto alle elezioni del 2015. In lieve declino, invece, Cat-Comù Podem, che si è fermato a quota 8 seggi rispetto agli 11 della passata legislatura.

I risultati elettorali sono suscettibili di diverse interpretazioni e lasciano aperte diverse strade per la formazione del prossimo Governo della Generalità. Il partito vincitore, Ciudadanos, non ha il peso negoziale per formare un governo di coalizione con i partiti del fronte unionista così ideologicamente distanti tra loro. I partiti indipendentisti (JuntsxCat, ERC, CUP) sommano nel complesso 70 seggi, 2 in meno rispetto alla passata legislatura, ma comunque corrispondenti alla maggioranza assoluta, anche se devono superare le numerose difficoltà legate principalmente all'individuazione di un candidato alla presidenza.

PARLAMENTO

IL SENATO E L'AUTORIZZAZIONE DELLE MISURE ADOTTATE IN APPLICAZIONE DELL'ART. 155 COST.

Il **27 ottobre** il *pleno* del Senato, dopo sei giorni di lavoro e sei ore di discussione, ha approvato mediante [risoluzione](#) (BOE n. 260, del 27 ottobre 2017) l'accordo con cui ha autorizzato le misure richieste dal Governo in base all'articolo 155 Cost. La

risoluzione è stata approvata con 214 voti a favore (di Pp, *Foro Asturias* e *Unión del Pueblo Navarro*), 47 contrari (*Unidos Podemos*, *Esquerra Republicana de Catalunya* e il *PDeCat*) e una sola astensione di *Nueva Canarias*. L'approvazione è avvenuta a seguito di un lungo dibattito, caratterizzato da due turni a favore e due contro, nonché dopo l'intervento dei portavoce dei gruppi parlamentari, conformemente a quanto previsto dall'art. 189 del Regolamento del Senato che disciplina la procedura per l'attivazione parlamentare dell'art. 155 Cost. Procedura in base alla quale il Governo Rajoy ha trasmesso preventivamente al Presidente del Senato, Pio García-Escudero, l'accordo del Consiglio dei Ministri recante le misure per ripristinare la legalità costituzionale e statutaria. In seguito, il Senato ha costituito una *Commissione congiunta ad hoc*, composta da 27 senatori, che ha invitato il Presidente Puigdemont a comparire dinanzi ad essa per riferire e presentare i dati e la documentazione eventualmente considerati pertinenti. Il Presidente della Generalità, dopo giorni di incertezza, ha deciso di non presentarsi in Commissione. Quest'ultima ha formulato una proposta ragionata con cui ha accolto quasi integralmente il pacchetto di misure proposte dal Governo, apportando solo alcune modifiche minime, su richiesta del Psoe, che per certi versi hanno ridimensionato la portata ed eventualmente l'estensione temporale di tali misure. Il Presidente del Senato ha trasmesso una comunicazione ufficiale al Governo, alla Generalità e al Congresso dei Deputati.

GOVERNO

RELAZIONI INTERNAZIONALI E RAPPORTI CON L'UNIONE EUROPEA

Il **26 settembre** si è svolto alla Casa Bianca un vertice bilaterale tra il Presidente del Governo spagnolo, Mariano Rajoy, e il Presidente degli Stati Uniti, Donald Trump. Nel corso del vertice i due leader hanno confermato la piena stabilità dei rapporti economici e commerciali tra i due Paesi, la collaborazione in materia di difesa e lotta al terrorismo, e la volontà di consolidare i loro rapporti per rafforzare la crescita economica, la difesa della libertà, della democrazia e i diritti dei cittadini. Nel corso del vertice è stato affrontato anche il tema della Catalogna, rispetto al quale il Presidente Trump ha dichiarato ampia solidarietà al Governo spagnolo difendendo la necessità che la Spagna rimanga unita.

Il **10 novembre** il Consiglio dei Ministri ha approvato un Accordo per autorizzare la partecipazione della Spagna alla cooperazione strutturata permanente dell'Unione europea (PESCO). Si tratta di un'iniziativa ampiamente sostenuta dalla Spagna,

rilanciata al vertice di Bratislava di settembre 2016, che ha portato alla creazione di un quadro giuridico europeo, definito “ambizioso, vincolante e inclusivo”, per promuovere investimenti nella sicurezza, nella difesa del territorio e dei cittadini della Ue. Il 21 luglio alcuni Ministri della Difesa europei hanno trasmesso all’Alto Rappresentante e agli omologhi degli altri Stati Membri, un documento in cui hanno individuato i principi e gli impegni comuni per la istituzione della PESCO. Il **13 novembre** i Ministri di 23 Stati membri hanno firmato la notifica congiunta sulla PESCO e l’hanno trasmessa all’Alto rappresentante e al Consiglio. Tra gli impegni comuni più ambiziosi che la Spagna, così come gli altri Stati aderenti, hanno deciso di assumere rientra l’aumento periodico in termini reali dei bilanci per la difesa al fine di raggiungere gli obiettivi concordati.

Il **19-20 ottobre** il Presidente del Governo Mariano Rajoy ha partecipato alle riunioni del Consiglio europeo in cui si è discusso prevalentemente di migrazione, Europa digitale, difesa, relazioni esterne e dello stato dei negoziati sulla Brexit. In conferenza stampa il *Premier* spagnolo ha valutato positivamente le conclusioni adottate dal Consiglio, che hanno posto enfasi alla dimensione estera del fenomeno migratorio e, in particolare, al dialogo e alla cooperazione con i paesi di origine e transito dei flussi migratori. Aspetto questo di particolare importanza, che ha portato a una riduzione dei flussi nell’insieme dell’Unione europea di quasi un 70%. A tal proposito, egli ha evidenziato come la Spagna si sia impegnata ad aumentare il suo contributo al Fondo Fiduciario per l’Africa, il cui principale obiettivo è sradicare le cause della migrazione e lottare contro l’immigrazione irregolare. Il Presidente ha valutato positivamente anche le conclusioni relative alla realizzazione dell’Agenda digitale, che rappresenta una questione chiave per la competitività della economia e il benessere dei cittadini, e un tema di interesse prioritario per la Spagna che ha presentato, insieme ad altri Stati, un documento ove sono state identificate le linee di azione. Per quanto concerne il tema della sicurezza e della difesa, Rajoy ha sottolineato, *in primis*, l’impegno del suo Paese per l’attivazione della PESCO e l’importanza di questo nuovo strumento per la sicurezza europea; ha fatto riferimento poi alle preoccupazioni emerse in relazione alla proliferazione del nucleare, dettate principalmente dal comportamento irresponsabile della Corea del Nord, e all’approvazione dell’accordo nucleare con l’Iran. Infine, per quanto riguarda il tema della Brexit, il Presidente ha evidenziato come si sia deciso di rimandarne la valutazione al successivo Consiglio europeo di dicembre.

Il **14 dicembre** si è svolto il Consiglio europeo nel corso del quale sono stati ripresi alcuni temi e affrontate nuove questioni. Si è discusso di sicurezza e difesa, educazione e cultura, politica migratoria, cambio climatico, relazioni esterne e Brexit.

Nella conferenza stampa successiva, Mariano Rajoy ha sottolineato l'importanza dell'attivazione della PESCO, il nuovo ambito di cooperazione strutturata permanente creato per investire nella sicurezza e nella difesa dell'Unione, che va - secondo il Premier- a rafforzare la NATO come pilastro europeo della difesa collettiva. Il Premier ha evidenziato, inoltre, come nella discussione sia stato dato ampio spazio ai problemi della disoccupazione e delle disuguaglianze sociali e alle iniziative rivolte a sconfiggerle (come, ad esempio, il Pilastro Europeo dei Diritti sociali), nonché ai temi dell'educazione e della cultura e alle diverse iniziative collegate. Rajoy ha poi richiamato l'attenzione sulla valutazione positiva espressa dal Consiglio sul vertice relativo ai cambiamenti climatici tenutosi a Parigi e il pieno compromesso della Spagna in questa direzione. Per quanto riguarda la questione migratoria, Rajoy ha evidenziato come la Spagna abbia difeso nella riforma del regolamento di Dublino la necessità di rispettare i principi del consenso e dell'equilibrio tra solidarietà e responsabilità. Infine, per quanto concerne la discussione sul rafforzamento dell'Unione economica e monetaria, il Premier ha evidenziato come una delle priorità della Spagna sia il completamento dell'Unione Bancaria, principalmente attraverso la creazione di un Sistema Europeo per la Garanzia dei Depositi e il rafforzamento del Fondo Unico di Risoluzione. A questi obiettivi potrebbe eventualmente aggiungersi la trasformazione del Meccanismo europeo di stabilità in un vero Fondo Monetario Europeo, con la finalità ultima di costruire, più a lungo termine, un'unione fiscale con un bilancio comune, un'autorità unica e un ministro. Infine Mariano Rajoy ha reso noto che il Consiglio europeo, sulla base degli orientamenti adottati, ha deciso di procedere alla seconda fase delle negoziazioni per il recesso del Regno Unito dall'Unione, in cui dovranno essere definiti il regime transitorio e le relazioni future.

PROGRAMMAZIONE NORMATIVA

Il **7 dicembre** il Consiglio dei Ministri ha approvato [il Piano annuale normativo dell'Amministrazione Generale dello Stato per l'anno 2018](#). Nel piano si programma di approvare circa 287 norme, delle quali 9 con rango di legge organica, 38 con rango di legge ordinaria, e infine 240 regi decreti. Viene programmata, altresì, la trasposizione nel diritto interno di circa 52 direttive europee. L'obiettivo del piano è di aprire il passo a una nuova forma di legiferazione che permetta di comunicare anticipatamente alle Camere, così come ai cittadini, agli operatori economici, giuridici e sociali, gli obiettivi normativi del governo, dando maggiore trasparenza al processo di produzione normativa ed evitando eventuali discrepanze nella presentazione delle iniziative legislative da parte dei singoli Ministeri.

LA RISPOSTA DEL GOVERNO RAJOY ALL'AVANZAMENTO DEL PROCESSO INDIPENDENTISTA CATALANO

In questi mesi il Governo spagnolo ha affrontato con fermezza l'offensiva lanciata dall'indipendentismo catalano principalmente attraverso la presentazione di numerosi ricorsi al Tribunale costituzionale e l'applicazione dell'articolo 155 Cost.

Il **7 settembre** si è svolta una riunione straordinaria del Consiglio dei Ministri nel corso della quale si è deciso di sollecitare la presentazione del ricorso di incostituzionalità contro la legge catalana sul referendum di autodeterminazione n. 19/2017, del 6 settembre, ai fini di una sua immediata sospensione ai sensi dell'art. 161, comma 2 Cost. Nella medesima riunione si è deciso anche di impugnare il decreto n. 139/2017, di convocazione del referendum, e il decreto n. 140/2017, recante norme complementari per lo svolgimento del referendum, nonché la risoluzione n. 807/XI del Parlamento catalano con la quale si designavano i cinque componenti della *Sindicatura Electoral*. Il giorno seguente, **l'8 settembre**, il Consiglio dei Ministri ha deciso di sollecitare anche il ricorso contro la legge n. 20/2017, sulla transizione giuridica e la fondazione della Repubblica della Catalogna.

L'11 ottobre il Governo, in seguito alla dichiarazione parlamentare di indipendenza preannunciata e poi sospesa da parte del Presidente Puigdemont, ha convocato un Consiglio dei Ministri straordinario nell'ambito del quale è stato approvato un accordo per dare applicazione all'art. 155 Cost. Nell'accordo veniva richiesto al Presidente della Generalità, in primis, di fare chiarezza sull'adozione della dichiarazione di indipendenza e, poi, di adempiere agli obblighi imposti dalla Costituzione e dalle leggi e porre fine alle azioni gravemente contrarie all'interesse generale della Spagna. Ciò al fine di rendere possibile l'applicazione dell'articolo 155 Cost., in cui si prevede che: "Ove la Comunità autonoma non ottemperi agli obblighi imposti dalla Costituzione o dalle altre leggi, o si comporti in modo da attentare gravemente agli interessi generali della Spagna, il Governo, previa richiesta al Presidente della Comunità Autonoma e, ove questa sia disattesa, con l'approvazione della maggioranza assoluta del Senato, potrà prendere le misure necessarie per obbligarla all'adempimento forzato di tali obblighi o per la protezione di detti interessi". Nell'accordo si ripercorrono, pertanto, tutte le azioni e gli atti illeciti compiuti dalle istituzioni catalane, con particolare riferimento all'approvazione delle due leggi di *desconexión* e alla celebrazione del referendum illegale, per evidenziare come ricorrano pienamente i presupposti per applicare questo meccanismo

eccezionale di controllo. Al fine di rispettare i requisiti costituzionali dell'art. 155 Cost., sono state formulate delle richieste esplicite nei modi e nei tempi al Presidente della Generalità, chiedendogli, in primis, di fare chiarezza sull'adozione della dichiarazione unilaterale di indipendenza, entro il 16 ottobre, e di adottare, entro i tre giorni successivi, il 19 ottobre, le misure necessarie per restaurare l'ordine costituzionale e statutario violato. Misure che sono state identificate prevalentemente nella revoca immediata della dichiarazione unilaterale di indipendenza e nella cessazione di qualsiasi azione diretta all'attivazione del processo costituente.

Dinanzi al completo e reiterato diniego espresso dal Presidente Puigdemont nelle due lettere di risposta inviate alla scadenza delle *deadline*, il Presidente del Governo Rajoy ha deciso di procedere in via definitiva con l'applicazione dell'art. 155 Cost. Il **21 ottobre** il Consiglio dei Ministri ha approvato [l'accordo](#) con cui è stato preso atto del diniego espresso da parte del Presidente della Generalità ed è stata richiesta al Senato l'autorizzazione per adottare le misure necessarie a garantire l'attuazione degli obblighi costituzionali e la protezione del menzionato interesse generale. Nell'accordo si fa riferimento alla deriva unilaterale e incostituzionale del processo *soberanista* negli ultimi mesi, ovverosia ai numerosi inadempimenti di obblighi previsti da Costituzione, leggi e pronunce del Tribunale costituzionale, unitamente a una condotta complessiva degli attori politici e istituzionali tale da attentare gravemente all'interesse generale della Spagna. Vengono indicate nel dettaglio le diverse misure da approvare per ripristinare la legalità costituzionale e statutaria violata, assicurare la neutralità istituzionale, preservare il benessere sociale e la crescita economica, e assicurare i diritti e le libertà di tutti i catalani, secondo quanto si legge nell'accordo. Si precisa che tali misure saranno finalizzate a ripristinare una situazione di normalità politico-istituzionale nella Comunità autonoma e rimarranno in vigore fino alla formazione del nuovo Governo della Generalità.

Il **27 ottobre**, a distanza di 45 minuti dall'approvazione della risoluzione parlamentare relativa alla indipendenza della Catalogna, si è svolto un Consiglio dei Ministri straordinario in cui è stato approvato l'accordo sulle misure da adottare in via definitiva in applicazione dell'art. 155 Cost. Le misure che si è deciso di adottare, conformemente all'accordo di autorizzazione del Senato, sono le seguenti: la destituzione del presidente della Generalità, del vicepresidente e dei consiglieri del Governo autonomico; la designazione degli organi amministrativi incaricati di dare attuazione alle misure approvate dal Senato corrispondenti ai Ministeri statali competenti; la chiusura degli uffici del presidente e del vicepresidente, del Consiglio di Transizione Nazionale, del Patronato de Dipoclat, delle delegazioni all'estero, note con il termine "ambasciate", eccetto quella di Bruxelles; la rimozione dei delegati

della Generalità a Bruxelles e a Madrid, nonché del segretario generale del Dipartimento degli interni e del direttore generale della polizia autonoma; infine lo scioglimento del Parlamento catalano e la convocazione di nuove elezioni. Il giorno stesso è stata data attuazione a tali decisioni mediante l’emanazione dei Reales Decretos nn. [942/2017](#), di rimozione del Presidente della Generalità, [943/2017](#), di cessazione del vicepresidente e di altri consiglieri di governo, [944/2017](#), relativo alla designazione di organi e autorità incaricati di dare attuazione alle misure indicate dal Governo e dall’amministrazione generale dello Stato, [945/2017](#), relativo alla cessazione di alte cariche della Generalità e alla sua riorganizzazione, [946/2017](#), di scioglimento del Parlamento catalano e di convocazione di nuove elezioni; decreti che sono stati pubblicati nel BOE n. 261, del 28 ottobre 2017. A questi decreti si è aggiunto l’ordine del Ministero degli Interni ([Orden int/1038/2017](#)), pubblicato nel BOE n. 262 del 28 ottobre, con cui è stato rimosso il comandante dei *Mossos d’Esquadra*, Joe Lluís Trapero, nei confronti del quale già erano state disposte alcune misure cautelari.

CAPO DELLO STATO

Il **3 ottobre**, a distanza di due giorni dalla celebrazione del referendum, il Re Felipe VI ha pronunciato per la prima volta un discorso televisivo al di fuori dei consueti messaggi trasmessi in occasione del Natale. Il Re è intervenuto in modo risoluto sulla questione catalana con un discorso che, per la durezza dei toni, è stato paragonato a quello pronunciato dal padre Juan Carlos in seguito all’attentato del colonnello Tejero del 1981. Egli ha parlato di “una reiterata, cosciente e deliberata” violazione della Costituzione e dello Statuto di autonomia da parte di alcune autorità catalane”, “una pretesa rottura dell’unità della Spagna e della sovranità nazionale”, “una palese infrazione dei principi democratici di ogni Stato di Diritto”; condotte quest’ultime che- secondo il monarca- evidenziano un’inaccettabile slealtà verso i poteri dello Stato. Il Re ha invitato le istituzioni statali a rispondere alla sfida catalana con la maggiore fermezza possibile, evidenziando come rientri nella responsabilità dei legittimi poteri dello Stato assicurare l’ordine costituzionale e il normale funzionamento delle istituzioni, la vigenza dello Stato di diritto e l’autogoverno della Catalogna basato sulla Costituzione e lo Statuto di autonomia. Il Re ha dato pieno sostegno al Governo per adottare le misure necessarie a ripristinare l’ordine costituzionale violato e la stabilità politico-istituzionale nella Comunità autonoma.

Il **25 dicembre** il Re Felipe VI ha pronunciato il tradizionale discorso di Natale in cui si è nuovamente espresso sulla crisi catalana. Non ha rettificato le affermazioni del discorso pronunciato il 3 ottobre, come richiestogli dal Presidente Puigdemont, anche se ha moderato notevolmente i toni. A distanza di tre giorni dalla celebrazione di elezioni che hanno evidenziato la profonda divisione tra indipendentisti e unionisti, il Re ha invitato i rappresentanti politici catalani ad affrontare i problemi, rispettando la pluralità e pensando al bene comune con responsabilità. Ha esortato i partiti politici a lavorare per recuperare “la serenità, la stabilità e il rispetto reciproco”, dopo aver denunciato la via dell’unilateralismo come strumento in grado di condurre unicamente a un nuovo scontro o all’esclusione. Ha richiamato l’esigenza di rispettare i valori e i principi dello Stato di Diritto, considerati imprescindibili per garantire la libertà, l’uguaglianza e la giustizia, ma ha esaltato allo stesso tempo il valore del dialogo come fondamento della convivenza. Pur evidenziando la gravità della crisi catalana e la persistenza di alcuni problemi, il Re ha fatto ampiamente riferimento ai progressi compiuti in questi quaranta anni di democrazia che hanno portato la Spagna a essere uno dei paesi più avanzati del mondo, grazie alla piena modernizzazione raggiunta in ambiti come la educazione, la sanità, le infrastrutture e i servizi sociali. Per quanto riguarda il futuro del Paese, il Re è stato meno chiaro perché ha fatto riferimento alla necessità di una Spagna moderna, competitiva disposta a evolversi e adattarsi ai nuovi tempi, migliorandosi e aggiornandosi sulla base dei principi democratici e dei valori civici, facendo implicitamente riferimento all’opportunità di una riforma costituzionale.

CORTI

LE VICENDE GIUDIZIARIE DEI MEMBRI DESTITUITI DEL GOVERNO DELLA GENERALITÀ

Il **3 novembre** la giudice dell’*Audiencia Nacional*, Carmen Lamela, ha ordinato la detenzione preventiva del vicepresidente della Generalità, Oriol Junqueras, e di altri ex membri del governo destituito, indagati per i reati di ribellione, sedizione e malversazione dei fondi pubblici. Il magistrato ha accolto la richiesta della procura, ritenendo che sussistessero i rischi di fuga, reiterazione del reato e distruzione delle prove.

La giudice Carmen Lamela ha emesso anche un mandato di arresto europeo per l’ex Presidente della Generalità, Carles Puigdemont e i quattro membri del governo catalano, Antoni Comin, Clara Ponsatí, Meritxell Serret e Lluís Puig, rifugiatisi a

Bruxelles il giorno dopo la dichiarazione di indipendenza, indagati per i medesimi reati di sedizione, ribellione e malversazione dei fondi pubblici.

La decisione della magistratura spagnola ha sortito la reazione della società civile. Migliaia di persone sono scese la sera stessa nelle piazze di molte città della Catalogna per chiedere, al grido di Libertat, il rilascio immediato dei detenuti politici.

Il **17 novembre** la procura belga ha chiesto l'esecuzione del mandato d'arresto europeo fissando al 4 dicembre l'udienza per decidere in merito all'arresto e al trasferimento in Spagna dei politici secessionisti. Udiienza che è stata aggiornata al 14 dicembre e che non si è più svolta perché, il **5 dicembre**, il giudice istruttore del Tribunale supremo spagnolo, Pablo Llarena, ha revocato il mandato d'arresto europeo per il Presidente Puidgemont e gli altri quattro consiglieri di governo in esilio a Bruxelles. La ragione della revoca è di evitare che il giudice belga possa concedere l'extradizione limitando i reati per i quali dovrebbero essere processati in Spagna. Il giudice ha spiegato che la revoca del mandato d'arresto europeo non determina anche quella dell'ordine di arresto vigente in Spagna e, quindi, qualora i politici dovessero rientrare nel territorio spagnolo sarebbero comunque arrestati. Il giudice ha evidenziato come il mandato di arresto europeo sia uno strumento di cooperazione giudiziaria che è suscettibile di essere mantenuto o meno a seconda delle circostanze e in conformità con il diritto interno.

L'INTERVENTO INCESSANTE DEL TRIBUNALE COSTITUZIONALE SULLA QUESTIONE CATALANA

In questi mesi il Tribunale costituzionale è intervenuto continuativamente e sistematicamente sulla questione catalana tramite la tempestiva adozione di ordinanze e sentenze con cui ha previamente sospeso e poi annullato le leggi e gli atti con cui si è tentato di portare avanti il processo secessionista.

Il **7 settembre** il Tribunale ha adottato *providencias* con cui ha dichiarato ammissibili i ricorsi presentati dal Governo spagnolo contro gli atti approvati il giorno prima dalle istituzioni catalane, ovverosia la legge catalana n. 19/2017, sul referendum di autodeterminazione (ricorso di incostituzionalità n. 4334/2017), la risoluzione 807/XI del Parlamento catalano con cui si designavano i membri della *Sindicatura Electoral* (impugnazione di disposizioni autonome n. 4332-2017); il decreto della Generalità della Catalogna recante norme complementari per la celebrazione del referendum (impugnazione di disposizioni autonome n. 4333-2017); il decreto della Generalità relativo alla convocazione del referendum il 1° ottobre (impugnazione di disposizioni autonome n.4335-2017) (BOE n. 216, del 8 settembre 2017). In forza dell'art. 161, comma 2 Cost., il *Pleno*, all'unanimità dei

suoi membri, ha accordato la sospensione di tutti gli atti impugnati. Il **12 settembre** il Tribunale costituzionale ha adottato la [providencia](#) con cui ha dichiarato ammissibile anche il ricorso di incostituzionalità del Governo statale n. 4386 contro la legge n. 20/2017, sospendendone la vigenza e l'applicazione a partire dalla data di interposizione del ricorso (BOE n. 221, del 13 settembre 2017). Con tali *providencias* il Tribunale non ha soltanto sospeso in via cautelare le leggi di *desconexión*, e gli atti ad esse collegati, ma ha anche notificato a un lungo elenco di cariche pubbliche il dovere di astenersi da qualsiasi attività finalizzata alla preparazione e alla celebrazione del referendum, nonché da qualsiasi attività rivolta a dare attuazione al processo secessionista, informandoli delle eventuali responsabilità, anche di natura penale, connesse alla mancata esecuzione delle sue decisioni giudiziarie.

Con [l'Auto n. 123/2017, del](#) 19 settembre 2017 (BOE n. 229, del 22 settembre 2017), il Tribunale si è pronunciato sul procedimento di approvazione delle leggi di *desconexión*, accogliendo all'unanimità il c.d. *incidente de ejecución* relativo alla STC 259/2015. Ha dichiarato l'incostituzionalità degli accordi con cui tali leggi sono state ammesse a esame, c.d. *admisión a tramite*, dalla *Mesa* del Parlamento catalano, giudicandoli in aperto contrasto con sue precedenti pronunce, e, prima tra tutte, con la STC 259/2015, che ha dichiarato l'incostituzionalità della risoluzione n. 1/XI, sull'inizio del processo politico catalano come conseguenza dei risultati elettorali del 27 settembre 2015.

Con un'altra ordinanza di poco successiva, [auto n. 126/2017, del 20 settembre 2017](#) (BOE n. 229, del 22 settembre), il Tribunale ha accolto il ricorso del Governo sulla risoluzione del Parlamento catalano 807/XI, già sospesa in via cautelare, mediante la quale si designavano i membri della *Sindicatura electoral*, organo istituito dalla legge n. 19/2017 per amministrare e supervisionare il processo referendario. Il Tribunale, dinanzi alla manifesta e continuativa violazione di sue precedenti risoluzioni, ha accolto la richiesta dell'avvocatura di stato di imporre multe coercitive ai membri dell'organo, nonché a quelli delle *sindicaturas de demarcación* (ai sensi dell'articolo 92, comma 4 della LOTC), in caso di mancata rinuncia all'incarico e di eventuali inadempimenti connessi alla disattivazione di tali organi e all'annullamento delle risoluzioni adottate.

Il **5 ottobre**, con [l'Auto n. 134/2017](#) (BOE n. 241, del 6 ottobre 2017), il Tribunale costituzionale ha dichiarato ammissibile il *recurso de amparo* n. 4856-2017, promosso dal gruppo parlamentare socialista catalano (Psc) contro l'accordo della *Mesa* del Parlamento, che autorizzava la convocazione del *pleno* ordinario del 9 ottobre per discutere e valutare il risultato referendario. I giudici costituzionali hanno così accordato la sospensione di tale seduta. Il gruppo parlamentare socialista catalano ha

fatto ricorso all'articolo 56, comma 6 della Legge organica sul Tribunale Costituzionale (LOTC), previsto per le situazioni di "urgenza eccezionale", insistendo sulla necessità di rispettare la sospensione della legge sul referendum decretata dal Tribunale costituzionale, nonché sugli effetti di rottura della Costituzione e di violazione dei diritti dei deputati di minoranza legati a un'eventuale dichiarazione di indipendenza.

Il Tribunale costituzionale si è pronunciato definitivamente sulla legge n. 19/2017, sul referendum di autodeterminazione, con la [sentenza n. 114/2017](#) (BOE n 256, del 24 ottobre 2017), dichiarandone l'incostituzionalità ed evidenziando come con la sua approvazione si sia compiuto un grave attentato allo Stato di diritto democratico e sociale spagnolo. Il Tribunale ha chiarito, *in primis*, come l'autodeterminazione non possa costituire il fondamento giuridico di una consultazione referendaria sull'indipendenza, né tantomeno legittimare una "sovversione" del sistema delle fonti. A tal proposito, ha evidenziato come non siano rinvenibili i presupposti per l'esercizio di tale diritto, che viene riconosciuto dal diritto internazionale solo in determinate ipotesi collegate per lo più a situazioni eccezionali di oppressione e di dominio coloniale, o, al limite, sulla base della prassi internazionale, a situazioni di negazione del diritto all'autodeterminazione interna, che si producono quando l'identità etnica, religiosa, linguistica o culturale di una comunità territoriale risulti reiteratamente perseguitata, ovvero quando, al suo interno, si compiano gravi e sistematiche violazioni dei diritti civili e politici (F.J. 2, b). Oltre a non trovare alcun fondamento nel diritto internazionale, i giudici costituzionali hanno evidenziato come la legge ricorsa presenti plurimi vizi di incostituzionalità, tanto di competenza, quanto di natura sostanziale e procedurale.

Prima di tutto, la legge ha attribuito alla Generalità la competenza di indire un referendum regionale (non previsto né dalla Costituzione né dalla legge organica n. 2/1980, sulla regolazione delle distinte modalità di referendum) in aperto contrasto con l'art. 149.1, 32 della Costituzione, che riserva allo Stato la competenza esclusiva ad autorizzare l'indizione del referendum, nonché con gli articoli 81, comma 1; 23, comma 1; 92, comma 3, della Costituzione, che affidano alle *Cortes Generales* la regolamentazione del referendum mediante legge organica. Oltre a ciò, secondo un costante orientamento della giurisprudenza costituzionale, non è possibile "sottoporre a una consultazione popolare autonoma, sia essa referendaria o meno, questioni fondamentali risolte nell'ambito del processo costituente e sottratte alla decisione dei poteri costituiti" [STC 51/2017, FJ 5 c) e d) e giurisprudenza ivi richiamata]. Ne consegue, secondo i giudici costituzionali, che una proposta volta a ridefinire l'identità e l'unità del soggetto titolare della sovranità nazionale non ha altra

possibilità che quella di essere inquadrata nell'ambito del procedimento di revisione costituzionale di cui all'art. 168 Cost. Da un punto di vista sostanziale, i giudici hanno osservato come la legge violi esplicitamente i principi strutturali dell'ordinamento costituzionale, *in primis*, quelli che sanciscono l'appartenenza della sovranità nazionale al popolo spagnolo, l'unità della Nazione costituita in uno Stato sociale e democratico e di diritto, e la supremazia della Costituzione; principi questi ai quali sono soggetti tutti i poteri pubblici e, pertanto, anche il Parlamento della Catalogna (artt. 1.2, 2, 1.1 e 9.1 Cost.). Altrettanto viziata di incostituzionalità la legge si presenta dal punto di vista procedurale, poiché per la sua approvazione è stato seguito dalla maggioranza parlamentare un procedimento atipico attraverso il quale sono state compiute diverse violazioni del regolamento lesive dei diritti delle minoranze parlamentari.

Su basi argomentative analoghe si muove anche [la sentenza n. 124/2017](#) (BOE n. 278, del 16 novembre), con la quale è stata dichiarata l'incostituzionalità integrale della legge n. 20/2017, ritenuta parimenti priva di qualsiasi fondamento nel diritto internazionale e in contrasto con il diritto costituzionale interno. Anche questa legge, come evidenziato dal Tribunale costituzionale nella sentenza n. 114/2017, ha operato un grave *vulnus* allo Stato di diritto e democratico, violando i medesimi principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale, ovvero, la sovranità nazionale del popolo spagnolo, l'unità della nazione spagnola e la supremazia della Costituzione (FJ 5). Con particolare riferimento al primato della Costituzione, ha evidenziato come il legislatore autonomo, definendo la legge norma suprema dell'ordinamento giuridico, abbia dimenticato “la permanente distinción entre la objetivación del poder constituyente formalizado en la Constitución y la actuación de los poderes públicos constituidos, los cuales nunca podrán rebasar los límites y las competencias establecidas por aquél”» [STC 114/2017, FJ 5 A) y jurisprudencia allí citada].

Inoltre il Tribunale ha ravvisato anche nel processo di approvazione di tale legge, così come in quella sul referendum, la presenza di plurimi vizi procedurali lesivi dei diritti delle minoranze parlamentari (FJ 6).

Infine il Tribunale si è pronunciato sulle risoluzioni del Parlamento catalano di indipendenza denominate “Declaración de los representantes de Cataluña” e “Proceso constituyente” approvate dal Parlamento catalano nella sessione plenaria del 27 ottobre 2017, dapprima sospendendole in via cautelare e in seguito dichiarandone l'incostituzionalità. I giudici hanno accolto con l'[Auto n. 144/2017](#), del 8 novembre, l'*incidente en ejecución*, relativo alla sentenza 114/2017, e alla *providencia* del 12 settembre, dichiarando la piena incostituzionalità delle risoluzioni parlamentari, i cui contenuti si pongono in netto contrasto con quanto statuito nelle sue precedenti pronunce. Tali risoluzioni, oltre a confliggere apertamente con i suoi pronunciamenti

giurisprudenziali, violano palesemente l'ambito giuridico di convivenza stabilito dalla Costituzione, dichiarando che la Catalogna diviene uno Stato indipendente in forma di Repubblica, disponendo l'entrata in vigore della legge di transizione giuridica e l'inizio del processo costituente.

Il Tribunale costituzionale ha denunciato il "grave attentato" allo Stato di diritto e al principio democratico compiuto con l'approvazione di tali atti, ribadendo che nello Stato costituzionale il principio democratico non può svincolarsi dal primato incondizionato della Costituzione.

AUTONOMIE

LA DEGENERAZIONE DEL PROCESSO SOBERANISTA CATALANO

In questi mesi si è assistito a una vera e propria degenerazione del processo independentista catalano, che è stato portato avanti attraverso una serie di atti diretti a realizzare una secessione in forma unilaterale e incostituzionale. Il Governo Puigdemont, con il pieno sostegno dei partiti e delle organizzazioni independentiste, ha cercato, in aperta violazione della legalità costituzionale e statutaria, di celebrare ad ogni costo il referendum di indipendenza da Madrid e di avviare il processo di transizione verso la costituzione di una Repubblica catalana indipendente. Il disegno independentista è stato portato avanti nonostante la ferma opposizione delle istituzioni statali e le plurime pronunce del Tribunale costituzionale, che ha prima sospeso e poi dichiarato l'incostituzionalità degli atti secessionisti, imponendo il rispetto delle sue decisioni a un lungo elenco di cariche politiche e istituzionali.

Il **6 e 7 settembre** il Parlamento catalano ha approvato, con i soli voti favorevoli della maggioranza independentista e non senza gravi tensioni politiche, [la legge n. 19/2017, del referéndum de autodeterminació \(DOGC, n. 7449 A del 6 settembre 2017\)](#), e [la legge n. 20/2017, de transitoriedad jurídica y fundacional de la República \(DOGC, n. 7541 dell'8 settembre\)](#), meglio nota come *ley de ruptura*. Nello specifico la legge sul referendum è stata approvata con i 72 voti favorevoli di JxSi e della CUP, nessun voto contrario, e undici astensioni di *Catalunya Sí Que Es Pot*, dopo che i deputati di *Ciudadanos*, del *Partido socialista catalano* (Psc) e del *Partido popular* (Pp) hanno abbandonato l'emiciclo al momento della votazione. La legge sulla transizione giuridica è stata approvata con i 72 voti della maggioranza independentista, 10 voti contrari di *Catalunya Sí Que Es Pot* e l'astensione dei deputati di *Ciudadanos*, del Psc e

del Pp, che non hanno partecipato alla votazione. I partiti indipendentisti sono riusciti a portare a termine l'approvazione di queste due leggi applicando l'art. 81, comma 3 del Regolamento del Parlamento catalano, che ha permesso di modificare con carattere di urgenza l'ordine del giorno e di concluderne l'iter di approvazione in tempi record. Nell'applicazione di tale articolo sono state compiute diverse irregolarità per ridurre i tempi del dibattito e dell'approvazione parlamentare, che hanno portato, ad esempio, a non sottoporre le iniziative legislative all'esame previo del Consiglio delle Garanzie Statutarie, ovvero ad escludere la presentazione di emendamenti alla totalità, o ad ammettere soltanto gli emendamenti all'articolato entro due ore; elementi che hanno portato sostanzialmente alla creazione di una sorta di procedimento legislativo *extra ordinem*. Alla legge sul referendum si sono accompagnati poi il [decreto n. 139/2017, de convocatoria del Referéndum de Autodeterminación de Cataluña \(DOGC, 7450, del 7 settembre 2017\)](#), e il [decreto n. 140/2017, de normes complementarias para la realización del Referéndum de Autodeterminación de Cataluña, \(DOGC, n. 7450, del 7 settembre\)](#). Le leggi, note come leggi di *desconexión*, sono quindi il frutto di una strategia secessionista unitaria strettamente interconnesse nella loro successione temporale e applicazione.

La legge n. 19/2017 istituiva un referendum vincolante di autodeterminazione della Catalogna, definendo la data, il quesito, i quorum, la campagna referendaria, le garanzie e le conseguenze di tale referendum. Stabiliva la maggioranza dei voti validi come quorum per vincere il referendum e prevedeva come conseguenza di un'eventuale vittoria dell'opzione indipendentista la proclamazione, entro 48 ore dalla proclamazione dei risultati da parte della *Sindicatura Electoral*, di una dichiarazione unilaterale di indipendenza del Parlamento catalano; mentre collegava all'eventuale vittoria dell'opzione unionista la celebrazione di elezioni anticipate nella Comunità autonoma. La legge aspirava così a introdurre un regime giuridico eccezionale per regolare il referendum indipendentista, fondandolo giuridicamente sul diritto di autodeterminazione del popolo catalano, in forza del quale affermava la sua prevalenza gerarchica sulle altre norme con cui sarebbe potuta entrare in conflitto (art. 3, comma 2), compresi la Costituzione e lo Statuto di autonomia.

La legge n. 20/2017 si prefiggeva di regolare la fase transitoria successiva al referendum rivolta alla costituzione della nuova Repubblica della Catalogna indipendente e all'approvazione della relativa Costituzione. Definiva la Catalogna una Repubblica di diritto democratica e sociale e attribuiva la sovranità al popolo catalano, aspirando a convertirsi nella norma suprema dell'ordinamento giuridico fino all'entrata in vigore della nuova Costituzione. Disciplinava nel dettaglio il processo costituente strutturandolo in tre fasi: un processo partecipativo e

deliberativo di durata semestrale, fondato sulla convocazione di un “Foro sociale costituente formato dai rappresentanti della società civile e dei partiti politici” incaricato di elaborare delle direttive politicamente vincolanti per la successiva Assemblea costituente; la convocazione di elezioni per eleggere un’Assemblea costituente dotata di pieni poteri per redigere e approvare a maggioranza dei 3/5 del *Pleno*, ovvero, a maggioranza assoluta in seconda votazione, la Costituzione di una Repubblica parlamentare indipendente della Catalogna; la ratifica della Costituzione da parte del corpo elettorale mediante un altro referendum e, infine, nuove elezioni.

Le leggi di *desconexión* miravano a creare sin da subito un nuovo ordine giuridico legato alla costituzione della nuova Repubblica, compiendo un atto di rottura definitiva con lo Stato spagnolo.

Entrambe le leggi sono state sospese nei giorni successivi alla loro approvazione mediante le *providencias* del 7 e 12 settembre e sono state in seguito interamente annullate, rispettivamente, con le sentenze n. 114/2017 e n. 124/2017, che hanno evidenziato come con la loro approvazione si sia compiuto un grave attentato allo Stato di diritto democratico e sociale spagnolo.

Il **1° ottobre**, nonostante la ferma opposizione delle istituzioni statali e le pronunce sospensive del Tribunale costituzionale, si è celebrato il referendum sull’indipendenza avente a oggetto il seguente quesito: *¿Quiere que Catalunya sea un Estado independiente con forma de república?*. La consultazione referendaria si è svolta in una situazione di incertezza assoluta, disordine totale e in assenza di qualsiasi garanzia legale e democratica. La proclamazione di un “censo elettorale universale” a pochi minuti dall’apertura dei seggi, che ha permesso di votare a chiunque presso qualsiasi collegio elettorale, la chiusura dei seggi e il sequestro delle urne per ordine giudiziario da parte della polizia nazionale e della *Guardia Civil*, la previa dissoluzione dell’autorità di amministrazione elettorale, la *Sindicatura electoral*, e l’assenza di qualsiasi controllo sulla regolarità del processo referendario, rappresentano i tratti distintivi di una votazione che è passata alla storia per la sua illegittimità e la rottura compiuta nei rapporti con Madrid. I risultati ufficiali del referendum, hanno riportato -come era prevedibile in tali condizioni- un esito favorevole all’indipendenza, sia pur con una limitata partecipazione elettorale. Secondo i dati ufficiali, alla votazione avrebbero partecipato 2.286.217 elettori, circa il 43,03% degli aventi diritto. Tra i votanti, 2.044.038 (l’89,4%) avrebbero risposto Sì e 1.775.47 (il 7,8%) avrebbero invece risposto No, a cui si aggiungerebbero 44.913 voti in bianco (2%) e 19.719 voti nulli (0,9%). Secondo tali dati, il 38% circa dei catalani aventi diritto al voto si sarebbe espresso a favore dell’indipendenza. Tale maggioranza, sia pur esigua di per sé a legittimare l’avvio di un processo di secessione, è stata considerata sufficiente dai

partiti indipendentisti e dalle istituzioni catalane per andare avanti con il processo secessionista..

Il **6 ottobre** il Governo della Generalità ha proclamato i risultati del referendum trasmettendoli al Parlamento catalano. Ciò in aperta violazione con quanto sancito dalla stessa legge sul referendum, che assegnava tale compito alla *Sindicatura Electoral*, organo disattivato in seguito alle dimissioni presentate da tutti i suoi membri per evitare il pagamento di una multa di 12.000 euro prevista dal Tribunale costituzionale in caso di mancata rinuncia all'incarico.

Il **9 ottobre**, a distanza di 48 ore dalla proclamazione dei risultati referendari, il Presidente della Generalità avrebbe dovuto valutare i risultati e gli effetti della giornata del 1° ottobre e pronunciarsi sull'eventuale dichiarazione unilaterale di indipendenza nell'ambito della sessione plenaria ordinaria del Parlamento catalano. La sessione è stata tuttavia sospesa dal Tribunale costituzionale in via cautelare sulla base del *recurso de amparo* presentato dal *Partido socialista catalano*. Il giorno successivo, il **10 ottobre**, si è svolta la sessione parlamentare in cui Carles Puigdemont ha riferito sui risultati referendari e si è pronunciato positivamente sull'indipendenza della Catalogna. Il Presidente ha parlato di un "mandato" ottenuto per consentire al popolo catalano di convertirsi in uno Stato indipendente in forma di Repubblica, e di sospensione degli effetti di una dichiarazione (implicita) di indipendenza, al fine di avere il tempo necessario per negoziare con il Governo statale e risolvere in maniera concordata la questione catalana. Al termine della riunione, i deputati di JxSí e della CUP si sono riuniti nell'auditorio del Parlamento e hanno firmato un documento, "[*Declaració dels representants de Catalunya*](#)", con cui hanno proclamato la costituzione della Repubblica catalana, come Stato indipendente e sovrano, di diritto, democratico e sociale e l'entrata in vigore della legge n. 20/2017. Nel documento si faceva riferimento alla volontà di aprire le negoziazioni con lo Stato spagnolo in condizioni di parità per stabilire un regime di collaborazione a beneficio di entrambe le parti e di ottenere il riconoscimento da parte della comunità internazionale e delle istituzioni europee della neonata Repubblica catalana. Una dichiarazione unilaterale di indipendenza approvata, dunque, dai deputati della maggioranza indipendentista, che si configurava come un atto extraparlamentare privo di qualsiasi valore giuridico, la cui efficacia -secondo la dichiarazione di Puigdemont- avrebbe dovuto essere differita alla conclusione delle negoziazioni con il Governo di Madrid.

L'impossibilità conclamata di portare avanti una negoziazione con il Governo Rajoy e, per converso, l'avvio della procedura per applicare l'art. 155 Cost., hanno portato al precipitare degli eventi. Il **27 ottobre** il Parlamento catalano ha approvato in un'Aula mezza vuota con 70 voti a favore, 10 contrari e 2 astensioni, le proposte

di risoluzione presentate da JxSí e la CUP denominate “[Proceso constituyent](#)” e “[Declaraciò dels representants de Catalunya](#)”. Questa seconda risoluzione è stata votata dai deputati indipendentisti in forma segreta, al fine di scongiurare le conseguenze di una scontata risposta della magistratura spagnola, preannunciata anche dai servizi giuridici del Parlamento catalano che avevano avvertito dell'impossibilità di votare un atto fondato sull'applicazione di leggi sospese dal Tribunale costituzionale. Alla votazione hanno partecipato anche gli 11 deputati di *Catalunya Sí Que Es Pot*, che hanno votato contro, mentre i deputati del Psc, Pp e *Ciudadanos* non si sono presentati in Aula.

La risoluzione “Declaraciò dels representants de Catalunya” riproduceva la dichiarazione di indipendenza sottoscritta il 10 ottobre dai partiti indipendentisti, e quella relativa al “Proceso constituyent” riconosceva, invece, gli effetti della dichiarazione, indicando al Governo una serie di misure da adottare per avviare il processo costituente e dare così attuazione alla legge sulla transizione giuridica.

L'approvazione di tali risoluzioni parlamentari ha sortito un'immediata reazione del Tribunale costituzionale che ne ha prima disposto la sospensione in via cautelare e poi dichiarato l'incostituzionalità.

La dichiarazione unilaterale di indipendenza del Parlamento catalano rappresenta l'ennesimo, ma probabilmente anche l'ultimo, atto “incostituzionale” della strategia secessionista, con la quale si è scelto di compiere la rottura definitiva con lo Stato spagnolo facendo scattare immediatamente l'applicazione dell'art. 155 Cost.

LA “CONSTITUTIONAL TRIFECTA” DEI REPUBBLICANI OVVERO QUANTO SONO ANCORA DEMOCRATICHE LE ISTITUZIONI AMERICANE. ALCUNE CONSIDERAZIONI A QUASI UN ANNO DALL’INSEDIAMENTO DI DONALD TRUMP ALLA CASA BIANCA*

di Giulia Aravantinou Leonidi**

L’ordinamento degli Stati Uniti d’America è caratterizzato da una forma di governo presidenziale che accoglie una separazione rigida dei poteri temperata da un delicato sistema di freni e contrappesi. Questi ultimi consentono al Presidente, al Congresso e alle Corti di limitare l’espansione dei poteri costituzionalmente conferiti all’esecutivo, garantendo l’equilibrio e il funzionamento del sistema. James Madison nel *Federalist* n. 51 spiega la necessità della previsione dei meccanismi cd. di checks and balances sostenendo che “the interest of the man must be connected with the constitutional rights of the place”.

Nel corso del primo anno del suo mandato presidenziale Donald Trump ha tentato ed, in alcuni casi, è riuscito a ribaltare molti dei provvedimenti adottati nel corso dell’amministrazione Obama.

Questo risultato è stato ottenuto grazie al controllo che attualmente i repubblicani hanno di tutti e tre i “branches of government”, riportando in auge l’espressione coniata dal costituzionalista Jack Balkin della “constitutional trifecta”.

La cd. tripletta costituzionale si verifica allorché il medesimo partito controlla il Congresso, l’Esecutivo e il potere giudiziario. Si tratta di una circostanza alquanto inusuale per l’ordinamento statunitense, in cui la scansione del calendario elettorale e la disomogeneità che ha caratterizzato i partiti politici al loro interno hanno per lungo tempo impedito allo stesso partito di controllare tutte le leve del potere. Al momento attuale, l’inarrestabile polarizzazione dei partiti politici tradizionali e

* Contributo sottoposto a *Peer Review*.

** Dottore di ricerca in Teoria dello Stato e istituzioni politiche comparate. Università di Roma “Sapienza”.

l'omogeneità ideologica che ne contraddistingue le dinamiche interne minacciano seriamente la tenuta democratica delle istituzioni statunitensi.

Il depotenziamento del sistema di *checks and balances*, posto a garanzia della separazione dei poteri, è il risultato della convergenza di diversi fattori. In primo luogo, il Congresso a maggioranza repubblicana, pur procedendo nelle inchieste a carico dello stesso Presidente e di esponenti di spicco del suo staff e della sua amministrazione, a seguito del divampare dello scandalo del cd. Russiagate, si è mostrato finora timido nel contenere l'espansione dei poteri dell'esecutivo.

La recente approvazione della riforma fiscale, il [*Tax Cuts and Jobs Act*](#), fortemente voluta dal Presidente Trump, costituisce l'ulteriore riprova di quanto il sistema sia diventato meno democratico e sempre più oligarchico. Il provvedimento, approvato pochi giorni prima di Natale, comporta notevoli tagli alle tasse e alle aliquote aziendali ed è inteso, nell'ottica del *Gop*, al rafforzamento della classe media.

Il partito democratico si è sin da subito dichiarato molto scettico nei confronti di questa riforma, destinata a passare alla storia per essere la più ampia dagli anni della presidenza Reagan, e ha tentato fino all'ultimo di rinviare il voto per ostacolarne l'approvazione. I critici sostengono che la riforma fiscale accontenti i facoltosi sostenitori del partito repubblicano, le cui generose donazioni, rese possibili anche grazie all'abbattimento dei limiti ai contributi elettorali per i candidati federali, deciso dalla Corte Suprema nel 2014 con la celebre e controversa sentenza *McCutcheon v. FEC*, hanno sospinto Trump nella sua corsa alla Casa Bianca, continuando a rappresentare un'importante risorsa in vista anche del prossimo appuntamento elettorale con le elezioni di medio termine. Il Congresso mostra in questo modo di aver abbandonato il suo impegno per l'interesse generale, favorendo piuttosto una determinata categoria che sostiene il partito attualmente al potere.

Alcuni costituzionalisti americani hanno ipotizzato che i prossimi anni riveleranno in via definitiva se il sistema concepito dai padri fondatori nel XVIII secolo sia in grado di autoconservarsi o se l'intervento esterno si renda sempre necessario per compensare le disfunzioni costituzionali. Certo è che, a quasi un anno

dall'insediamento del Presidente Trump alla Casa Bianca, il sistema di freni e contrappesi che contraddistingue la carta costituzionale del 1787 non è riuscito a reagire alle sfide poste dalla amministrazione presidenziale con la medesima efficacia.

La posizione assunta dalle Corti federali nei confronti degli *executive orders* adottati da Trump costituisce un esempio di come il sistema di bilanciamento e freno dei poteri possa essere ancora operante e vitale, sebbene l'atteggiamento del Presidente nei confronti dei giudici e delle Corti federali, continui a destare una certa preoccupazione.

L'obiettivo dell'esecutivo, in questi mesi, è stato quello di una delegittimazione sistematica del potere giudiziario, attraverso continue critiche nei confronti di decisioni non in linea con l'orientamento dell'amministrazione, che è sfociata progressivamente in uno scontro aperto in occasione della sospensione del cd. *muslim ban*, recentemente reintegrato nella sua terza versione in seguito ad una pronuncia resa in dicembre dalla Corte Suprema, e delle decisioni riguardanti le cd. *sanctuary cities*.

Il ruolo delle Corti incontra, d'altra parte, degli importanti limiti ed è certamente marginale nel momento in cui il medesimo partito si trova a detenere la maggioranza in entrambi i rami del Congresso, esprime il Capo dell'esecutivo e domina all'interno del massimo organo giudiziario del Paese.

Il delicato rapporto tra esecutivo e potere giudiziario è soggetto ad importanti sollecitazioni se si considera la questione delle nomine presidenziali dei giudici federali, ed in particolare dei giudici della Corte Suprema. Com'è noto il potere di nomina del Presidente degli Stati Uniti incontra un importante limite nel potere di *advice and consent* riconosciuto dalla Costituzione al Senato, che può approvare o respingere le nomine presidenziali.

Attualmente il Senato è dominato dal partito repubblicano e, sebbene quest'ultimo abbia subito di recente una rilevante *débâcle* tanto in New Jersey quanto in Virginia, dove si sono svolte le elezioni per il rinnovo della carica di governatore dello Stato, i tempi non sono ancora maturi per poter prevedere un ribaltamento della

maggioranza nella seconda Camera tale da far ipotizzare l'insorgenza di difficoltà per l'approvazione delle nomine presidenziali.

Sic stantibus rebus, pur registrando una lieve ripresa del partito democratico, il quale riporta alcuni successi in occasione della cd. *off-year election*, non sembra al momento ipotizzabile l'assunzione da parte del Congresso o degli organi giudiziari di un ruolo incisivo di contrasto e contenimento dell'azione dell'esecutivo.

Nell'ordinamento statunitense l'assetto federale dello Stato riveste un ruolo di tutta rilevanza. Ed è proprio dagli Stati membri della federazione che provengono i segnali più incoraggianti di garanzia del principio della separazione dei poteri e di freno all'interpretazione espansiva dei poteri dell'esecutivo voluta da Trump. Sono diversi gli Stati in cui nel corso degli ultimi mesi del 2017 sono state intraprese azioni da parte dei legislativi e degli esecutivi in contrasto con le azioni presidenziali e con le politiche che attraverso di esse si volevano implementare.

Una delle domande che ci si pone sempre più di frequente negli ambienti accademici del Paese riguarda la capacità della Costituzione e delle istituzioni che trovano in essa fondamento di resistere alle tendenze autoritarie espresse dall'amministrazione presidenziale.

La "tripletta costituzionale" continuerà ad assicurare al Presidente, la cui popolarità è in costante declino, un saldo controllo delle istituzioni del Paese almeno fino alle elezioni di *mid-term*, minacciando la tenuta del principio della separazione dei poteri. Le elezioni di *mid-term* dell'autunno 2018 costituiscono un importante test per l'ordinamento statunitense e l'occasione per scongiurare il rischio di uno scivolamento verso l'oligarchia.

ELEZIONI E PARTITI

IL PARTITO DEMOCRATICO IN RIPRESA DOPO LA *OFF-YEAR ELECTION*

L' **8 novembre** sarà ricordato dal partito democratico statunitense come il giorno del riscatto. Ad un anno esatto dalla vittoria di Donald Trump che ha scosso le fondamenta del partito dell'asinello, l'amministrazione repubblicana registra una sconfitta sonora sia in New Jersey che in Virginia, dove si sono svolte le elezioni per il rinnovo della carica di governatore dello Stato. A vincere in New Jersey è stato il democratico Phil Murphy, che ha battuto il repubblicano Kim Guadagno, vice del governatore uscente Chris Christie. Quest'ultimo ha posto termine al suo mandato travolto da scandali e critiche.

Il partito democratico consolida, invece, la sua posizione nello *swing State* della Virginia in cui Ralph Northam ha battuto lo sfidante repubblicano Ed Gillispie, esponente dell'*establishment* che ha ricoperto in passato importanti ruoli quale quello di presidente del [Republican National Committee](#), l'organo che governa il Gop, e di consigliere dell'ex presidente George W. Bush. La giornata elettorale ha riguardato anche New York City, dove De Blasio è stato confermato sindaco della città riportando la vittoria sulla candidata repubblicana Nicole Malliotakis.

Si è trattato di un importante test elettorale per l'amministrazione repubblicana che registra nell'ultimo trimestre del 2017 gli indici di gradimento più bassi per un Presidente nel primo anno del suo primo mandato.

Sono 36 gli Stati che eleggeranno un governatore nel 2018. Tra questi tredici sono al momento sotto il controllo dei Repubblicani, mentre i democratici ne controllano quattro.

Il partito democratico si dimostra in ripresa e i risultati delle recenti consultazioni lasciano pensare a un ribaltamento delle maggioranze al Congresso in occasione delle attesissime elezioni di *mid-term* in programma per novembre 2018.

SPECIAL ELECTIONS IN ALABAMA

Il **28 dicembre** le autorità statali dell'Alabama hanno ufficialmente riconosciuto il democratico Doug Jones come il vincitore delle elezioni speciali del **12 dicembre**. Le elezioni si sono svolte per colmare il seggio lasciato vacante da Jeff Sessions in seguito alla sua nomina a Segretario del Dipartimento della Giustizia. Il risultato delle consultazioni può definirsi senz'altro storico poiché era dal 1992 che un democratico non veniva eletto in questo Stato considerato una roccaforte repubblicana. Il messaggio per la Casa Bianca è evidente. Il **5 dicembre** il Presidente Trump aveva ufficialmente dato il proprio *endorsement* a Roy Moore, candidato Senatore dell'Alabama, sostenendo come il suo voto fosse necessario in Senato. Jones ha vinto con 21.924 voti in più rispetto Moore sugli oltre 1,3 milioni registrati. La legge statale dell'Alabama richiede un riconteggio automatico quando i risultati sono vicini dello

0.5%. Ma Jones ha ottenuto il 49.9% dei voti contro il 48.4% di Moore, una differenza, quindi, dell'1.5%. L'amministrazione Trump deve ora fare i conti con una sconfitta pesante per i repubblicani che mette a rischio la maggioranza nella seconda Camera del legislativo. La vittoria di Jones, che giurerà il **3 gennaio 2018**, riduce di un seggio la maggioranza del GOP al Senato a Washington, che scende a 51 contro i 49 seggi detenuti dai democratici. A nulla sono valsi i tentativi di ostacolare la certificazione del voto da parte della commissione composta da ben tre repubblicani.

CONGRESSO

I DEMOCRATICI CHIEDONO IL POSTICIPO DEL VOTO SUL *TAX BILL*

In seguito alla proclamazione della vittoria di Doug Jones alle elezioni speciali tenutesi in Alabama per il seggio senatoriale lasciato vacante da Jeff Sessions, il **13 dicembre** i democratici del Congresso hanno chiesto di posticipare il voto sulla riforma sanitaria in attesa che Jones si insedi ed entri nel pieno esercizio delle sue funzioni assicurando un voto in più contro il provvedimento appoggiato dai repubblicani. Il leader repubblicano della maggioranza al Senato, Mitch McConnell, ha spento le speranze dei democratici, facendo intendere che il voto sulla riforma seguirà le tempistiche originarie senza eventuali variazioni. L'obiettivo dei repubblicani è quello di approvare il testo della riforma fiscale licenziato da entrambi i rami del Congresso prima di Natale e prima della certificazione del voto dell'Alabama.

APPROVATA LA RIFORMA FISCALE

Il Congresso a maggioranza repubblicana ha approvato il *Tax Cuts and Jobs Act* assicurando al Presidente Trump la sua prima vittoria legislativa. L'approvazione della controversa riforma fiscale, fortemente voluta dall'amministrazione Trump e sostenuta dalla maggioranza del partito repubblicano, rappresenta un importante spartiacque sia sotto il profilo politico che procedurale. Il provvedimento è stato approvato il **20 dicembre** alla Camera dei Rappresentanti con 227 voti favorevoli e 203 contrari. Il Senato si era già espresso a favore della riforma il **2 dicembre**. Un accordo su un testo congiunto tra Camera e Senato era stato raggiunto il **16 dicembre**.

Si tratta della più ampia e incisiva riforma fiscale mai approvata negli Stati Uniti dall'epoca di Donald Reagan, destinata ad avere importanti ripercussioni nella

campagna elettorale per le elezioni di *mid-term* che si terranno nel novembre 2018 e nelle quali i democratici auspicano di ribaltare a loro favore l'attuale situazione che vede i repubblicani controllare tutti e tre i "branches of government".

Il provvedimento, che prevede tagli alle tasse in dieci anni per 1.500 miliardi di dollari; la riduzione dell'aliquota aziendale in modo permanente dal 35% al 21%, mentre quelle per le persone fisiche sono state ritoccate solo in via temporanea, è inteso, nell'ottica del Gop, al rafforzamento della classe media. Critici si sono mostrati sin da subito i media americani che hanno appoggiato l'opposizione democratica al passaggio del provvedimento, giudicato una "tangente" (nelle parole del *Washington Post*) con cui l'amministrazione intende blandire gli elettori in vista dei prossimi appuntamenti elettorali. La riforma sembra favorire piuttosto i ricchi contribuenti e gli ambienti dell'imprenditoria immobiliare vicina al Presidente.

A sostegno delle tesi catastrofiste dei detrattori della riforma fiscale si aggiungono le pesanti ripercussioni che il provvedimento approvato dal Congresso avrà sul sistema sanitario statunitense. La riforma prevede infatti la cancellazione dell'obbligo per i cittadini di stipulare una polizza assicurativa, pena il pagamento di una multa. Il *Congressional Budget Office*, l'agenzia federale che fornisce dati economici al Congresso, ha valutato che la cancellazione dell'obbligo lascerà oltre tredici milioni di americani senza assicurazione sanitaria. L'*individual mandate*, che costituisce uno degli elementi centrali dell'*Affordable Care Act*, è da mesi nel mirino dei repubblicani i cui tentativi di abrogare la riforma sanitaria voluta dal Presidente Obama nel 2010 erano stati fino a questo momento privi di esito positivo. Il **22 dicembre** il Presidente Donald Trump ha firmato il provvedimento. Lo stesso giorno è stato firmato un altro provvedimento con cui vengono estese al **19 gennaio** le voci di spesa del governo federale. In quest'ultimo provvedimento, approvato dal Congresso il **21 dicembre**, sono stati inclusi fondi di emergenza per 4,7 miliardi di dollari per la difesa missilistica. Il provvedimento ha consentito di evitare temporaneamente il rischio del *government shutdown*, che avrebbe paralizzato la pubblica amministrazione statunitense a partire dalla mezzanotte del **22 dicembre**. Il provvedimento estende temporaneamente il *Children's Health Insurance Program*, scaduto ad **ottobre** e finora non ancora esteso, oltre ad un programma sull'assistenza sanitaria per i veterani ed un programma per la sorveglianza senza mandato giudiziario usato dalla NSA che sarebbe dovuto scadere il **1 gennaio 2018**.

Il **18 settembre** il Senato ha approvato il *National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2018* con 89 voti a favore e 8 contrari. Il provvedimento era stato approvato il **14 luglio** dalla Camera dei Rappresentanti, con 344 voti favorevoli e 81 contrari. Il **12 dicembre** il *Bill* è stato firmato dal Presidente Trump divenendo *Public Law No: 115-91*. Il provvedimento autorizza lo stanziamento di un budget da 700 miliardi di dollari per la difesa, più altri 65.7 miliardi da stanziare su di un fondo noto come "Overseas Contingency Operations".

Si tratta di un importante risultato soprattutto per il Senatore repubblicano dell'Arizona, John McCain, che presiede la commissione forze armate del Senato. La legge riflette la visione del Senatore McCain per il futuro della politica estera statunitense, rilanciando il sogno di riguadagnare una posizione dominante nello scacchiere geopolitico mondiale. Dalla dotazione di armi all'Ucraina alla cooperazione con Israele sui programmi missilistici di difesa, dagli aiuti ai Paesi baltici contro l'aggressione russa al rilancio dei programmi spaziali. Il provvedimento, che supera le 1215 pagine, implica lo stanziamento di ingenti risorse e per questa ragione nel corso del suo passaggio in Senato sono stati proposti ben cinquecento emendamenti al testo.

Il perfezionamento dell'iter legislativo con l'apposizione della firma da parte del Presidente è giunto all'indomani del secondo tentativo di perpetrare un attacco terroristico a New York da quel terribile 11 settembre del 2001, offrendo a Trump l'occasione per ribadire le critiche all'impianto regolatorio in vigore in tema di immigrazione e difendere il massiccio stanziamento di risorse economiche per la politica di difesa.

DIMISSIONI

Sono tre i membri del Congresso che hanno rassegnato le proprie dimissioni nell'arco di pochi giorni tra fine **novembre** e l'inizio di **dicembre** a causa del dirompere di scandali sessuali che li hanno visti protagonisti. Si tratta del deputato democratico John Conyers, del senatore democratico Al Franken e del deputato repubblicano Trent Franks. Sarà Tina Smith, *lieutenant governor* del Minnesota, la sostituta di Al Franken nel seggio al Senato lasciato vacante dopo le sue dimissioni. La Smith ha annunciato che intende candidarsi alle elezioni del 2018 per completare il mandato di Al Franken che scadrà nel 2020.

Le commissioni etiche del Congresso non hanno fatto in tempo ad avviare le inchieste, circostanza questa che rivela un cambiamento di passo rispetto al passato quando la sopravvivenza agli scandali era ancora possibile. Si tratta di una vicenda

che vanta dei precedenti solo nel lontano passato e che contribuisce a sottolineare il peso dell'opinione pubblica sulla politica statunitense.

RUSSIAGATE

Non si placano i toni degli scontri innescati dallo scandalo che ha coinvolto il Capo dello Stato e il suo *entourage* circa l'influenza della Russia sugli esiti elettorali del novembre 2016.

Il **1 novembre** è stata la volta dei legali dei colossi tecnologici di Google, Facebook e Twitter davanti alla *Senate Select Committee on Intelligence* e alla *Russia Investigative Task Force* dell'*House Intelligence Committee*. Nel corso dell'audizione, trasmessa pubblicamente, i colossi hanno dovuto spiegare la natura dei rapporti allacciati con i gruppi collegati al Governo russo che hanno pagato centinaia di migliaia di dollari per fare pubblicità sulle piattaforme social. Nel frattempo, il **19 ottobre**, alcuni senatori hanno annunciato l'intenzione di varare un provvedimento inteso a regolare la gestione della pubblicità politica sulle piattaforme *social*.

Il **7 dicembre**, nel corso di un'audizione durata ben sette ore davanti alla Commissione *Intelligence* della Camera dei Rappresentanti, il figlio maggiore del Presidente Donald Trump Jr. ha invocato il diritto alla riservatezza garantito nel rapporto tra cliente e avvocato, rifiutandosi di rispondere alle domande relative alla conversazione intercorsa con l'avvocato russo Natalia Veselnitskaya. Nel corso di una precedente audizione, svoltasi in settembre dinanzi alla commissione giustizia del Senato, Donald Trump Jr. aveva ammesso di aver incontrato l'avvocato per ottenere informazioni compromettenti su Hillary Clinton.

A trovarsi al centro delle polemiche in dicembre, è il procuratore Robert Mueller, a capo delle indagini come *Special Counsel for the United States Department of Justice*, accusato dai repubblicani di aver ottenuto illegalmente *email* scambiate dalle persone vicine a Trump nel periodo di transizione tra la sua elezione e il suo insediamento alla Casa Bianca il **20 gennaio** 2017. Secondo i membri del *transition team* del Presidente, i dipendenti dell'agenzia federale *General Services Administration* (Gsa) avrebbero fornito illecitamente documenti agli inquirenti guidati da Mueller, adottando una condotta che minaccia il *Presidential Transition Act* del 1963 e pregiudicando le transizioni presidenziali future.

Le pesanti accuse sono contenute in una lettera inviata da Kory Langhofer, per conto del gruppo *Trump for America*, al Congresso il **16 dicembre** scorso. Giudicato da molti come l'ennesimo tentativo di screditare le inchieste condotte nell'ambito del Russiagate, l'invio della lettera al Congresso rivela quanto in realtà la questione sia

ancora aperta e temuta sul piano politico dai repubblicani, soprattutto in vista dei prossimi appuntamenti elettorali.

PRESIDENTE E ESECUTIVO

EXECUTIVE ORDER

Il Presidente Trump ha firmato il **12 ottobre** un *executive order* con il quale da ufficialmente il via ad un progressivo smantellamento dell'*Obamacare* nel tentativo di aggirare gli ostacoli posti dal Congresso.

Con l' *executive order* [Promoting Healthcare Choice and Competition Across the United States](#) il Presidente si rivolge al *Department of Health and Human Services*, al *Treasury* e al *Department of Labor* affinché “take action to increase competition, increase choice, and increase access to lower-priced, high-quality healthcare options”. Il piano intende offrire ai cittadini statunitensi opzioni alternative rispetto a quelle proposte dalle disposizioni dell'*Affordable Care Act*.

SEGRETO DI STATO

Il **21 ottobre** il Presidente Trump ha resa nota l'intenzione di rendere disponibili alla consultazione pubblica ben oltre tremila documenti classificati riferiti all'assassinio del Presidente John F. Kennedy avvenuto nel 1963.

La declassificazione dei documenti, custoditi nel *National Archive*, è stata disposta dal [Congresso](#), sebbene alcune agenzie federali abbiano espresso parere sfavorevole. La declassificazione dei documenti relativi all'assassinio del Presidente Kennedy era stata disposta già nel 1992 ma poi il Congresso decise di non procedere in ragione del clamore che era stato suscitato dalle tesi complottistiche esposte nella pellicola del regista Oliver Stone che uscì proprio in quell'anno. La pubblicazione venne rinviata di 25 anni. Il **27 ottobre** i documenti sono stati declassificati e resi disponibili alla pubblica consultazione.

SPOSTAMENTO DELL'AMBASCIATA USA DA TEL AVIV A GERUSALEMME

Il Leader del Senato, Charles Schumer (D-N.Y.) ha consigliato al Presidente Trump di dichiarare Gerusalemme capitale “indivisibile” di Israele. La Casa Bianca ha annunciato il **6 dicembre** che Trump dichiarerà che gli Stati Uniti riconosceranno Gerusalemme come capitale ma che lo spostamento dell'ambasciata da Tel Aviv

avverrà progressivamente. Le reazioni della comunità internazionale e del mondo arabo sono state particolarmente dure.

NOMINE

Owen West sarà il nuovo *top advisor* del segretario alla Difesa, Jim Mattis, per quanto concerne le forze speciali. La sua nomina, il **20 dicembre**, è stata approvata con 74 voti favorevoli e 23 contrari.

LA FINE DELLA NET NEUTRALITY

La [*Federal Communications Commission*](#) (Fcc), l'agenzia federale che regola il settore delle comunicazioni negli Stati Uniti, ha votato il **14 dicembre** per l'eliminazione delle regole volute nel 2015 dall'amministrazione Obama e dai grandi gruppi tecnologici della Silicon Valley a favore della *Net Neutrality*, la neutralità della rete, principio in base al quale non è possibile creare un internet a due velocità per favorire chi è disposto a pagare di più. In commissione ha prevalso il voto della maggioranza composta da tre repubblicani contro i due democratici. I democratici preannunciano di ingaggiare una dura battaglia contro la decisione dell'agenzia federale, giudicata da molti impopolare e pericolosa.

IL RILANCIO DEL PROGRAMMA SPAZIALE

L' **11 dicembre** il Presidente Trump ha firmato la [*Space Policy Directive 1 \(SPD-1\)*](#) con la quale si impegna a rafforzare il programma spaziale americano. Il documento, elaborato grazie al *National Space Council*, consentirà alla NASA di iniziare un programma per ritornare alle esplorazioni spaziali. A questo scopo il Presidente ha annunciato una diminuzione dei finanziamenti alla divisione della NASA che si occupa di studi sul clima e sui cambiamenti climatici, a vantaggio dell'esplorazione spaziale. Il *National Space Council*, è stato istituito nuovamente dal Presidente Trump con un *executive order* il **30 giugno** e si è riunito per la prima volta il **5 ottobre** presso lo Steven F. Udvar-Hazy Center a Chantilly in Virginia.

UN NUOVO SEGRETARIO DI STATO?

Da settimane si rincorrono sui quotidiani statunitensi gli annunci di un imminente cambiamento alla guida del Dipartimento di Stato, in ragione delle critiche mosse da Rex Tillerson al Presidente che hanno reso irrecuperabili i rapporti tra i due. A circolare con insistenza come possibile sostituto è il nome di Mike Pompeo, attuale capo della Cia, il cui profilo appare altamente compatibile con quello di Trump. L'ipotesi di un rimpasto tra la fine dell'anno e l'inizio dell'anno sembra essere stata

discussa dai più stretti collaboratori del Presidente e dal suo capo di gabinetto, John Kelly.

CORTI

FINANZIAMENTO DELLE CAMPAGNE ELETTORALI

Il **30 novembre** la Corte d'appello del circuito di D.C. [ha stabilito](#) all'unanimità che i limiti di base ai contributi elettorali pre-campagna non violano la libertà di parola. La decisione potrebbe consentire alla Corte Suprema di rivedere la propria posizione sulla costituzionalità dei contributi di base, o quantomeno sui contributi di base pre-campagna elettorale, alla luce della sua recente e controversa sentenza in tema, [McCutcheon v. FEC](#). La Corte ha ritenuto che spetta al Congresso stabilire un limite temporale entro il quale circoscrivere le restrizioni ai contributi di base. In particolare la Corte ha ritenuto che "To impose a meaningful contribution ceiling, then, Congress has no choice but to specify *some* time period in which donors can contribute the maximum amount. There are a host of alternatives in that regard. Just as *Buckley* did not require Congress to explain its choice of \$1,000 rather than \$2,000 as itself closely drawn to preventing corruption, we see no basis for requiring Congress to justify its choice concerning the other essential element of a contribution limit--its timeframe--as itself serving that interest".

TRAVEL BAN

La Corte Suprema il **4 dicembre** ha assegnato al Presidente Trump un'importante vittoria [reintegrando completamente la terza versione del suo "Travel Ban"](#).

Il 9° Circuito della Corte d'Appello e una Corte federale del distretto del Maryland avevano sostenuto che Trump potrebbe bloccare solo l'entrata negli USA dei cittadini provenienti da sei Paesi di maggioranza musulmana presenti nel divieto (Iran, Libia, Siria, Yemen, Somalia e Ciad) nel caso essi difettassero di un rapporto di buona fede con una persona o entità negli Stati Uniti. La decisione della Corte Suprema sospende quelle sentenze. Il Giudice associato della Corte Suprema Federale Ruth Bader Ginsburg e il Giudice della Corte Suprema Federale Sonia Sotomayor hanno dichiarato che avrebbero rigettato la richiesta del governo.

Si tratta della seconda volta in cui la Corte Suprema è chiamata ad intervenire sul *travel ban*. In **ottobre** aveva annullato le discussioni orali ed eliminato due casi che avevano sfidato il precedente divieto di Trump.

LIBERTÀ DI COSCIENZA: IL CASO DELLA TORTA NUZIALE

Il **5 dicembre** è approdato alla Corte Suprema il caso [Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission](#). L'attesa decisione chiarirà la portata della storica pronuncia resa dalla Corte due anni fa nel caso [Obergefell v Hodges](#).

Nel 2015 la Corte Suprema aveva riconosciuto alle coppie dello stesso sesso la possibilità di contrarre matrimonio in tutto il territorio nazionale, dichiarando incostituzionale la disposizione del [Defense of Marriage Act 1996](#) (DOMA) che ancora consentiva ad alcuni Stati di negare alle coppie dello stesso sesso l'accesso al matrimonio o il riconoscimento dei matrimoni celebrati in altri Stati dell'Unione.

La vicenda all'attenzione dei supremi giudici risale al 2013 quando la [Colorado Civil Rights Commission](#) si era pronunciata a favore di una coppia dello stesso sesso vittima di atti discriminatori da parte di esercenti commerciali. La pronuncia aveva trovato conferma nel 2015 nella pronuncia della Corte di Appello statale. Il caso ora giunge alla Corte Suprema che ha recentemente concesso il *certiorari*. In discussione sono la libertà religiosa e di espressione artistica, tutelate dal I emendamento della Costituzione, e il contrasto con la normativa anti-discriminazioni dello Stato del Colorado.

IMPEACHMENT DEI GIUDICI FEDERALI

L'ombra dell'*impeachment* si allunga su uno dei giudici federali più noti e considerati dalla comunità dei giuristi americani. Nell'America di Weinstein e del movimento di denuncia *#metoo*, un nuovo scandalo sessuale ha colpito Alex Kozinski, un giudice di alto profilo della corte d'appello del nono circuito. Kozinski è stato accusato di molestie sessuali da parte di alcune sue assistenti che hanno reso dichiarazioni al *Washington Post* l' **8 dicembre**.

Kozinski, nominato da Reagan nel 1985, ha ricoperto la carica di *chief justice* della Corte d'Appello del nono circuito dal 2007 al 2014. Egli ha respinto le accuse, sebbene indagini sul suo conto per molestie siano state condotte già negli anni passati. Spetterà ora alla *House Judiciary Committee* procedere ad un'inchiesta formale.

FEDERALISMO

SANCTUARY CITIES

Il **12 ottobre** il Procuratore Generale Jeff Sessions ha inviato un ultimo monito alle cd. "sanctuary cities". Le lettere inviate alla Contea di Cook, Chicago, New Orleans, New York, e Philadelphia, informano i funzionari locali che le loro politiche

relative alle inchieste sullo *status* dei migranti e i relativi rapporti potrebbero risultare in violazione delle leggi federali. Inoltre, qualora le amministrazioni in oggetto non forniscano riprova della conformità delle loro politiche alla legge federale entro il **27 ottobre**, rischiano di non poter accedere a dei fondi che il Dipartimento di Giustizia mette appositamente a disposizione degli enti locali e destinati a finanziare le attività di polizia, le attrezzature, i procedimenti giudiziari, i piani di trattamento farmacologico, i programmi di protezione per le vittime e per i testimoni.

L'invio di queste lettere si inserisce all'interno degli sforzi profusi dall'amministrazione Trump in questi mesi nei confronti delle città che hanno esercitato le proprie prerogative costituzionali di non implementare la politica federale sull'immigrazione.

La retorica a cui si è fatto ricorso punta sull'accomunare il migrante irregolare al criminale, sostenendo che l'aumento degli irregolari rende le città meno sicure e mette a rischio la sicurezza nazionale.

L'atteggiamento dell'esecutivo rivela in realtà l'incapacità di quest'ultimo di ottenere l'appoggio del Congresso, affinché intraprenda un'azione legislativa a sostegno della crociata contro le città santuario. I deputati repubblicani hanno presentato dei disegni di legge con lo scopo di rafforzare la posizione dell'amministrazione nei confronti dei dirigenti locali, ma ogni tentativo è fallito, non riuscendo i provvedimenti a superare lo scoglio dell'esame in Commissione. Alcune corti, chiamate a pronunciarsi sulla questione, hanno dichiarato che gli enti locali violano la Costituzione, allorquando trattengono dei non-cittadini solo ai fini dell'immigrazione, limitando così i tentativi dell'Amministrazione di costringere le giurisdizioni ad onorare le richieste di detenzione di immigrati federali.

Inoltre, nelle cause intentate dalle contee di San Francisco e Santa Clara, una corte distrettuale federale ha [stabilito](#) che la minaccia di Trump, di sottrarre i fondi federali alle città che hanno adottato politiche di non-comunicazione e di anti-detenzione, è illegittima. Più di recente, in una causa intentata dalla città di Chicago, un'altra corte distrettuale federale ha intimato all'amministrazione del DOJ di introdurre nuove condizioni per l'accesso ai fondi Byrne/JAG. In particolare, la corte ha respinto il tentativo unilaterale del DOJ di aggiungere i termini "preavviso" e condizioni di "accesso", che avrebbero obbligato le autorità locali a notificare alle autorità federali la data di rilascio degli immigrati in custodia e ha richiesto agli enti locali di fornire alle autorità dell'immigrazione l'accesso alle strutture correzionali.

La lettera inviata alle cinque giurisdizioni in ottobre fa leva sull'unica parte del piano del Dipartimento di Giustizia che la sentenza del distretto nord dell'Illinois ha lasciato in piedi, in attesa di ulteriori contenziosi. Il giudice dell'Illinois ha stabilito

che il Dipartimento di Giustizia non può esigere il rispetto della legge [8 USC 1373](#) come condizione necessaria affinché gli enti locali possano ricevere i fondi Byrne/JAG. La sezione 1373 è un divieto di proibizione; ovvero si tratta di una legge federale che impedisce agli Stati e agli enti locali di interrompere le comunicazioni volontarie tra i loro funzionari e il governo federale sullo status dell'immigrazione o sulla cittadinanza delle persone. La disposizione non ha rimedio o penalità allegata come parte del suo testo. L'attuale tentativo del DOJ di indicare la conformità con la legge § 1373 come condizione per ricevere contributi federali sarà certamente posto all'attenzione del giudice in futuro e offrirà alle Corti federali l'opportunità di valutare la legittimità costituzionale della legge § 1373 e del tentativo unilaterale del DOJ di ricorrere ad essa.

Con riferimento alla sospetta illegittimità del provvedimento, si ricorda come già la corte distrettuale dell'Illinois abbia suggerito motivi per cui una corte superiore potrebbe ritenere incostituzionale la disposizione richiamata.

In conclusione, si può affermare che l'attuale panorama legislativo statale suggerisce come la crociata intrapresa dall'Amministrazione Trump contro le cd. città santuario stia fallendo. Piuttosto che colpire la volontà e i bilanci degli enti locali, gli sforzi del Procuratore Generale Sessions hanno indotto sia gli Stati che le città a intraprendere azioni di cooperazione e a criticare apertamente e ripetutamente l'azione dell'esecutivo.

L'innalzamento del livello dello scontro tra le cd. città santuario e il governo federale ha assunto delle proporzioni tali che le politiche in contrasto con la legge § 1373 sembrano destinate ad essere l'ultima delle preoccupazioni di Sessions e Trump. A **gennaio**, infatti, entrerà in vigore la [SB 54](#) approvata dal legislativo della California.

Il *California's Values Act* istituisce divieti in tutto lo Stato su alcuni tipi di cooperazione con le autorità federali e segnala la chiara intenzione dello Stato della California di opporsi a qualsiasi ulteriore e futura applicazione della legge federale.

Come è stato ricordato recentemente dalla dottrina che si è espressa sul tema, l'esistenza di città e istituzioni santuario getta discredito sulla legittimità e veridicità delle promesse elettorali di Trump. L'attività legislativa di Stati dal notevole peso politico, come la California, e le decisioni delle Corti inducono a ritenere che il fenomeno delle città santuario sia tutt'altro che un fuoco di paglia e che il federalismo costituisce forse l'ultima frontiera dell'opposizione all'espansione del potere esecutivo.

L'ESODO DELLA XVII LEGISLATURA: TRA RIFORMA DELLA LEGGE ELETTORALE E SCIoglimento DELLE CAMERE, L'ITALIA VERSO IL VOTO*

di Marco Mandato** e Giuliaserena Stegher***

Il quadrimestre che si è appena concluso è stato caratterizzato prevalentemente dal dibattito, mai sopito, sull'opportunità di procedere a ineludibili e stringenti esigenze di riformare, uniformando, la legislazione elettorale in senso stretto per l'elezione dei deputati e dei senatori, in vista dell'ormai prossimo rinnovo dei due rami del Parlamento.

Il confronto politico parlamentare ha visto le forze politiche confrontarsi in maniera serrata, senza che le medesime si siano reciprocamente accusate su chi avesse la responsabilità in ordine alla definitiva approvazione della legge elettorale.

Nonostante ciò, si è giunti, contro ogni previsione, alla determinazione di una formula elettorale di tipo misto, prevalentemente proporzionale, caratterizzata in larga parte da collegi uninominali e da un numero inferiore di collegi plurinominali, sia per quanto riguarda la Camera bassa, sia per quanto riguarda la Camera alta.

Innanzitutto, in entrambi i rami del Parlamento è previsto che i partiti e i gruppi politici organizzati [possano presentare le rispettive candidature](#) sia come liste singole ovvero reciprocamente organizzati in coalizioni uniche a livello nazionale, secondo quanto previsto dall'art. [14-bis del Dpr n. 361/1957](#). Sono previste una serie di soglie di sbarramento, sia per la Camera sia per il Senato per liste singole che si presentano da sole e per quelle che sono parte di coalizione. Nello specifico, per la Camera dei deputati è previsto uno sbarramento a livello nazionale pari al 3 per cento per le

* Contributo sottoposto a *Peer Review*.

Nel presente lavoro, l'introduzione riflette l'elaborazione comune degli Autori. Le Sezioni 'Parlamento' 'Governo' e 'Autonomie' sono da attribuirsi alla dott.ssa Giuliaserena Stegher. Le Sezioni 'Partiti', 'Capo dello Stato' e 'Corti' sono da attribuirsi al dott. Marco Mandato.

** Dottorando di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale – Teoria dello Stato e Istituzioni politiche comparate, Sapienza, Università di Roma.

*** Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale – Teoria dello Stato e Istituzioni politiche comparate, Sapienza, Università di Roma.

single liste, mentre per le coalizioni pari al 10 per cento, che scatta nel momento in cui almeno una lista della coalizione consegue il 3 per cento dei voti validi a livello nazionale. Nell'ipotesi in cui siano presenti minoranze linguistiche espressamente tutelate dal rispettivo Statuto regionale ovvero da norme di attuazione, la soglia prevista è pari al 20 per cento a livello regionale o è necessario che siano eletti almeno due candidati nei collegi uninominali.

Per il Senato, invece, in armonia con quanto disposto dalla Costituzione all'art. 57, l'assegnazione dei seggi alle liste segue il criterio proporzionale su base regionale. Pertanto, il Parlamento ha deciso di fissare la soglia di sbarramento al 3 per cento a livello nazionale per le liste singole ed al 10 per cento a livello nazionale per le coalizioni, purché una lista della coalizione consegua il 3 per cento dei voti validi a livello nazionale ovvero il 20 per cento dei voti espressi in una Regione.

Il disegno di legge elettorale, più noto con il nome giornalistico di "[Rosatellum bis](#)" consta di 6 articoli: il primo è relativo all'elezione dei deputati alla Camera, ove l'elettore, stante il segreto dell'urna, esprime un voto per un candidato nel collegio uninominale e per la lista bloccata e corta nei collegi plurinominali (che non consente all'elettore di esprimere alcuna preferenza), in coerenza con i principi declinati dalla Corte costituzionale con le sentenze nn. [1/2014](#) e [35/2017](#). Inoltre, qualora più liste decidano di coalizzarsi convergendo su un unico candidato nel collegio uninominale e l'elettore decida di esprimere la propria preferenza solamente per il suddetto candidato, i voti sono suddivisi tra le liste proporzionali. Il voto infatti può andare al solo candidato o alla sola lista (in questo secondo caso con riporto automatico sul candidato collegato) ma non disgiunto, *rectius* non incoerente, ovvero non è ammesso votare per un candidato uninominale e una lista che non appartenga alla coalizione che esprime il candidato.

Le [tabelle](#) A1 e A2, corollari necessari all'art. 1, suddividono rispettivamente il territorio nazionale, articolato in 28 circoscrizioni, in [232 collegi uninominali](#) (compreso il collegio della regione Valle d'Aosta) ove si applica la formula maggioritaria, in ragione della quale viene proclamato eletto il candidato più votato;

e 63 collegi plurinominali, caratterizzati invece dalla formula proporzionale che si applica alle liste e alle coalizioni che riescono a superare le soglie di sbarramento summenzionate. In questo caso vengono proclamati eletti in ciascun collegio i candidati compresi nella lista del collegio, sulla base dell'ordine di presentazione. È stato previsto anche un limite alle pluricandidature, per cui se da un lato un soggetto non può essere candidato in liste con lo stesso contrassegno in più di 5 collegi plurinominali, dall'altro non è possibile candidare la stessa persona in più di un collegio uninominale. In entrambi i casi la candidatura è nulla. In ragione di ciò, qualora un soggetto risulti eletto in più collegi plurinominali è proclamato nel collegio nel quale la lista cui appartiene ha ottenuto la minore percentuale di voti validi rispetto al totale dei voti validi del collegio. Viceversa il soggetto eletto in un collegio uninominale e in uno o più collegi plurinominali risulta eletto nel collegio uninominale.

È doveroso precisare che, secondo il principio del Diritto parlamentare del *ne bis in idem* (in virtù del quale né in sede di Commissione, né in sede d'Aula è possibile intervenire su disposizioni oggetto di approvazione conforme delle Camere), i 6 collegi uninominali della Regione Trentino Alto Adige permangono maggioritari a seguito dell'approvazione dell'[emendamento](#) presentato dall'On. Michela Biancofiore, causa dell'interruzione dell'approvazione della precedente versione del "Rosatellum" avvenuta nel mese di giugno 2017⁸².

Parimenti, l'articolo 2 della [legge n. 165 del 2017](#), introduce lo stesso identico sistema per il Senato, dove i collegi uninominali e plurinominali saranno chiaramente di numero inferiore e, dunque, nel primo caso pari a 116 e nel secondo 34, nell'ambito delle 20 circoscrizioni regionali in cui è suddiviso il territorio nazionale (dato che le Regioni sono 20), eccezion fatta per le Regioni autonome della Valle d'Aosta/Vallee d'Aoste e del Trentino-Alto Adige/Südtirol (proprio in quest'ultimo caso saranno 6

⁸² Per un approfondimento, sia consentito il rinvio a MANDATO M., STEGHER G., *Aspettando Godot: l'Italia tra mancate intese e utopici auspici*, *Cronache costituzionali dall'Italia* in *Nomos* n. 2/2017 <http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2017/10/Mandato-Stegher1.pdf>.

uninominali e 1 proporzionale, come alla Camera). Inoltre, se per la Regione Molise è costituito un unico collegio uninominale, le restanti circoscrizioni delle altre Regioni sono suddivise mediante un meccanismo di riparto proporzionale rispetto alla popolazione ivi residente. Anche per l'articolo 2 è previsto un rinvio a due tabelle (B1 e B2), le quali hanno il compito di determinare i collegi uninominali e plurinominali del Senato.

Attraverso specifiche disposizioni si è cercato di incentivare un'equa rappresentanza di genere, mediante un sistema di ordine alternato e l'introduzione di due specifici limiti alla Camera dei deputati. In ordine al primo, nessuno dei due generi può essere rappresentato in misura superiore al 60% per quanto riguarda le liste e le coalizioni di liste nei collegi uninominali a livello nazionale; mentre in base al secondo non è possibile che i due generi siano rappresentati nella posizione di capolista in misura superiore al 60%.

Il testo del [ddl n. 2352](#) è stato pertanto approvato dapprima dalla Camera dei deputati, con [375 voti favorevoli](#) (mentre i contrari sono stati 215) e successivamente trasmesso al Senato, che lo ha approvato in via definitiva [con 214 voti a favore](#) (61 contrari e 2 astenuti).

Nonostante le forze politiche siano comunque riuscite, a onor del vero a larga maggioranza, a raggiungere un proficuo accordo sulla legge elettorale, il sistema partitico italiano continua a navigare a vista tra costanti e continue delegittimazioni politiche reciproche.

L'approvazione dell'ultima legge elettorale, anche in questo caso, non è stata esente da polemiche politico-giuridiche volte a contestarne la legittimità costituzionale in ordine a profili di merito e di metodo. Sotto il primo profilo (merito), parte della dottrina italiana ha contestato la validità della legge elettorale in commento giacché non sarebbe adeguatamente garantita la rappresentanza nei due rami del Parlamento, in ragione della proibizione del voto disgiunto (*rectius* incoerente) e della mancanza del voto di preferenza. La formula, così come delineata dal Legislatore, comporta che la preferenza, benché accordata dall'elettore

direttamente al candidato e non alla lista, si estenda comunque – e direttamente – a quest'ultima o addirittura all'intera coalizione.

Dal punto di vista del metodo, invece, le critiche hanno riguardato la procedura adottata per l'approvazione parlamentare, che ha visto il ricorso alla [questioni di fiducia](#) (5 rispetto ai 6 articoli) preventivamente [deliberata](#) in sede di Consiglio dei ministri, fortemente criticata da molteplici parti.

Come facilmente ipotizzabile, le minoranze parlamentari non sono rimaste inermi e hanno deciso di sollevare un conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato (ex art. 134 Cost.) al fine di ottenere un intervento da parte della Corte costituzionale, chiamata a dirimere la questione con l'auspicio da parte dei ricorrenti di ottenere una pronuncia favorevole che potesse declinare massime di principio tali da frenare il frequente ricorso alla questione di fiducia anche in quelle materie coperte da riserva d'Assemblea (art. 72 co. 4 Cost.). A seguito della [Camera di consiglio](#), l'organo di controllo ha però dichiarato inammissibile, tramite [comunicato stampa](#), non solo il [ricorso](#) relativo alle modalità con cui è stato approvato il "Rosatellum bis", ma anche altre tre istanze riguardanti le procedure di approvazione della legge elettorale *Italicum*, presentati da diversi soggetti: i [ricorsi aventi ad oggetto la legge 52/2016](#) hanno visto il coinvolgimento diretto di elettori, soggetti politici, parlamentari e rappresentanti del Gruppo parlamentare del Movimento 5 Stelle, ma sono stati dichiarati inammissibili dal momento che non hanno messo la Corte in condizione di deliberare sul merito delle questioni, giacché non è stato possibile individuare “in modo chiaro e univoco né la qualità in cui i ricorrenti si rivolgono alla Corte né le competenze eventualmente lese né l'atto impugnato”; mentre il ricorso avverso la legge 165/2017, presentato dal Codacons, da un cittadino elettore e da un senatore contro il Governo, è stato dichiarato inammissibile per analoghe ragioni. Tra l'altro, si legge nel Comunicato, che nessun componente di Assemblea parlamentare ha titolo per sollevare conflitto di attribuzioni contro il Governo, per di più lamentando vizi procedurali inerenti l'iter di approvazione seguito presso l'altro ramo del

Parlamento cui non appartiene.

Nel frattempo, il [Governo](#) è stato delegato per la determinazione dei collegi uninominali e plurinominali da assegnare a ciascuna circoscrizione del territorio nazionale, da attuare entro 30 giorni dall'entrata in vigore della legge, in virtù di quanto sancito dall'art. 3 della nuova legge elettorale n. 165/2017.

A seguito della [nomina di una Commissione di esperti](#) (presieduta dal Presidente dell'ISTAT, nominata con decreto del Presidente del Consiglio), si è proceduto all'approvazione dello [schema di decreto legislativo](#) per l'elezione alla Camera dei deputati e al Senato, trasmesso alle Assemblee per l'espressione dei pareri delle Commissioni parlamentari competenti in materia, che si sono pronunciate entro il termine previsto di quindici giorni dalla data di trasmissione, trascorso il quale è stato approvato e pubblicato nella [Gazzetta Ufficiale del n. 295 del 19-12-2017](#).

L'approvazione della legge elettorale n. 165/2017, una volta esauritesi le contestazioni provenienti dal mondo politico e accademico nei confronti del meccanismo di trasformazione dei voti in seggi prescelto, ha di fatto inaugurato i confronti tra le forze politiche che si apprestano a scendere in campo.

In vista delle prossime elezioni politiche che avranno luogo il **4 marzo 2018** e della prima Seduta delle nuove Camere del prossimo **23 marzo 2018**, le forze di centro destra e di centro sinistra stanno organizzandosi tra di loro tentando di stipulare alleanze con movimenti politici ad esse politicamente affini. Forza Italia, Lega e Fratelli d'Italia hanno raggiunto un accordo programmatico in considerazione del quale, salvo improvvisi e sorprendenti ripensamenti, costituiranno un'unica coalizione. Questo però non significa che non si siano verificate spaccature interne, come nel caso di Alternativa popolare, in cui si sono formate due opposte correnti: l'una favorevole alla prosecuzione dell'esperienza di governo di centro sinistra, l'altra invece più intransigente sulle proprie posizioni e disposta a stringere un'alleanza programmatica con Forza Italia e i suoi partner politici. In ragione di ciò si è formata quella che giornalmisticamente è stata definita "quarta gamba" del centro-destra con

l'obiettivo di supportare la coalizione guidata da Silvio Berlusconi.

All'interno del centro sinistra, invece, si sono registrati alcuni problemi di convergenza: da un lato si è tentato di raggiungere un accordo per la formazione di un soggetto unitario in grado coinvolgere tutte le forze che ruotano nella galassia del centro sinistra. Un ruolo fondamentale in tal senso è stato svolto dall'ex sindaco di Milano, Giuliano Pisapia, che ha tentato di porsi come *homo foederatore*, non riuscendo però ad individuare una trama contenutistica, programmatica e organizzativa in grado di raggiungere quella corralità e comunità d'intenti sperata. Dalla sua iniziativa e dalla convergenza con componenti socialiste, verdi e uliviste, è sorta comunque la lista "Insieme" apparentata al Pd, a cui si è unita anche una lista di ispirazione centrista che unisce gli ex AP guidati da Beatrice Lorenzin, l'ex Udc Casini e Dellai e Olivero di "Democrazia solidale". Al momento di scrivere queste note è in corso il tentativo per l'apparentamento anche con una lista di ispirazione radicale ed europeista guidata da Emma Bonino. Dall'altro lato invece, all'interno del Partito democratico si sono verificate alcune fuoriuscite, non da ultima quella dell'attuale Presidente del Senato Pietro Grasso, che ha fondato, nel mese di dicembre, insieme ad altre liste minori, quali Movimento democratico e progressista, Sinistra italiana e Possibile, il partito "Liberi e Uguali Con Grasso".

Anche all'interno del Movimento 5 Stelle si sono registrati significativi accadimenti politicamente rilevanti. Nel mese di settembre si sono svolte – sul sito internet ufficiale del partito – le primarie, finalizzate alla designazione del leader politico e candidato premier e che hanno visto la consacrazione dell'attuale Vice Presidente della Camera Luigi Di Maio, a cui seguiranno le parlamentarie per i candidati nelle liste plurinominali.

Nel frattempo, pendenti a fine legislatura e a rischio di mancata conclusione dell'*iter* sono stati due disegni di legge di particolare rilievo e delicatezza: il biotestamento e lo *Ius culturae*. Il primo provvedimento, recante norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento, nonostante le aspre critiche rivolte da alcune forze di opposizione, è giunto ad approvazione nel mese di

dicembre. Difatti, con un'improvvisa accelerazione, la Conferenza dei Presidenti dei Gruppi parlamentari del Senato ha calendarizzato per l'esame e il voto in Aula l'[A.S. n. 2801](#), approvato dalla Camera Alta con 180 voti favorevoli.

Medesima sorte non può dirsi per il disegno di legge relativo alla estensione del diritto di cittadinanza anche ai minori stranieri, che siano nati in Italia o vi abbiano fatto ingresso entro il compimento del dodicesimo anno di età, a seguito di un apposito ed opportuno percorso formativo (*ius soli*). L'[A.S. n. 2092](#), trasmesso dalla Camera dei deputati che lo ha approvato in prima lettura, è fermo da ottobre 2015, giacché sono mancati i voti sufficienti a raggiungere una maggioranza, anche a causa di profonde divisioni nella maggioranza. Sebbene negli ultimi giorni della XVII Legislatura siano provenute da esponenti politici sollecitazioni per tentare di giungere ad un'approvazione definitiva, il Governo e la maggioranza si sono opposti riconoscendo la mancanza di condizioni politiche per l'approvazione della legge sulla concessione della cittadinanza, anche nell'ipotesi di apposizione di una questione di fiducia.

Altro tema politicamente rilevante, su cui si sono scontrate le forze politiche e che ha avuto una significativa eco anche – e soprattutto – nell'opinione pubblica, è quella inerente il disegno di legge di iniziativa parlamentare presentato alla Camera dei deputati a prima firma dell'onorevole Matteo Richetti, esponente del Partito democratico, recante "Disposizioni in materia di abolizione dei vitalizi e nuova disciplina dei trattamenti pensionistici dei membri del Parlamento e dei consiglieri regionali" ([A.C. n. 3225](#)). Il dibattito sul tema è stato significativo in quanto ha avuto una sovraesposizione mediatica in considerazione della maturazione dei contributi versati a fini pensionistici dai parlamentari. Infatti, a partire dal **17 settembre 2017**, essendo trascorsi 4 anni, 6 mesi e un giorno dall'inizio della Legislatura, deputati e senatori avranno diritto, una volta raggiunto il requisito dei 65 anni di età (o dei 60 in caso di più Legislature), alla pensione (cd. vitalizio).

A seguito dell'approvazione del disegno di legge già citato presso la Camera bassa, al Senato non si è riusciti a predisporre la calendarizzazione e la conseguente

discussione tra le anime parlamentari sia in sede decentrata, in Commissione Affari Costituzionali sia – e soprattutto – in Aula. A nulla sono valsi i tentativi di inserire nella legge di bilancio un emendamento *ad hoc* volto a ricreare condizioni positive per un sereno dibattito ai fini dell’approvazione o meno delle disposizioni volte a ridurre gli emolumenti destinati ai componenti delle Camere del Parlamento, una volta cessati dal loro mandato elettivo.

Ulteriori lavori hanno interessato le attività del Senato, impegnato sul fronte della revisione del proprio Regolamento interno, che necessità di modifiche, a differenza di quanto accade alla Camera, dove nel corso di questi anni sono stati presentati presso la Giunta per il Regolamento molteplici proposte di riforma dello stesso che si sono arenate dinanzi all’*impasse* politica e al mancato adeguamento della composizione dell’organo stesso (si ricorda che il partito di maggioranza relativa è sottorappresentato, a causa delle defezioni all’interno del Gruppo, moltiplicatesi nel corso della Legislatura che oramai si avvia a conclusione). A seguito di un Comitato ristretto presieduto dal Presidente Grasso e la convocazione di una serie di incontri coordinati dal Capogruppo del Partito democratico Luigi Zanda, si sono approntate significative novelle alle disposizioni regolamentari relative principalmente: al procedimento legislativo; alla disciplina dei Gruppi nell’ottica di una loro corrispondenza con i partiti politici in ragione della loro natura di proiezione di questi ultimi; nonché alla razionalizzazione dei lavori delle Commissioni permanenti, quali sedi ristrette di confronto in virtù della loro importanza nella preparazione dei lavori d’Aula. Tali modifiche sono state definitivamente [approvate dal Plenum](#) in una delle Sedute tenutesi nel mese di dicembre 2017.

Politicamente rilevante è stata l’attività svolta nella Commissione bicamerale d’inchiesta sul sistema bancario e finanziario presieduta dal Presidente della Commissione Affari esteri del Senato Pier Ferdinando Casini la quale, composta in modo [bipartisan](#) e voluta a gran voce da tutte le forze politiche, ha audito le principali autorità aventi compiti di responsabilità nella tenuta e nella salvaguardia del sistema

bancario italiano.

Contestualmente, entrambe le Camere hanno interrotto le ordinarie attività per focalizzarsi appieno sulla delicata e complessa procedura di approvazione del bilancio. Difatti, una volta esperita la fase della [Nota di aggiornamento al Documento di economia e finanza](#) (ossia il principale strumento di programmazione che indica la strategia economica e di finanza pubblica nel medio termine), il cui testo è stato deliberato dal Presidente del Consiglio dei Ministri Gentiloni e dal Ministro dell'Economia e delle Finanze Padoan il **23 settembre 2017**, si è aperta quella dell'esame e discussione del disegno di legge di bilancio 2018. In considerazione del NADEF, entrambe le Aule parlamentari hanno approvato lo scostamento sui conti pubblici ivi previsto il quale prevede l'aggiustamento strutturale per il 2018 ad una percentuale pari allo 0,3 per cento. Al Senato i voti favorevoli sono stati 181 voti mentre i contrari sono stati 107; per quanto concerne, invece, la risoluzione di maggioranza abbinata, i sì sono stati 164, mentre i no 108, con un solo astenuto. Alla Camera, invece, hanno espresso il proprio voto a favore 358 deputati, mentre si sono espressi negativamente 133. Si ricorda che la suddetta votazione necessitava di un quorum speciale, pari alla maggioranza assoluta dei componenti l'Emiciclo (316 su 630). Successivamente, la risoluzione al NADEF presentata dalle forze politiche appartenenti allo schieramento di maggioranza, è stata approvata con 318 favorevoli contro 135 contrari.

Tale provvedimento, che com'è noto contiene tutte le misure ritenute necessarie per il perseguimento di quegli obiettivi programmatici di finanza pubblica indicati dal Governo nel Documento programmatico di bilancio 2018, è stato presentato alle Camere a seguito della deliberazione da parte del [Consiglio dei ministri](#), che lo hanno approvato. Dapprima il Senato il **30 novembre** e dalla Camera (A.C. [4768](#)), che ne ha iniziato l'esame il **5 dicembre**. Mentre la Camera dei deputati ha approvato la legge di bilancio il **22 dicembre**, il Senato si è espresso positivamente il giorno successivo, **23 dicembre**.

Portate a compimento le scadenze suddette, previo colloquio con il Presidente del

Consiglio dei Ministri e la consultazione ex articolo 88 Cost. dei Presidenti dei due rami del Parlamento, il **28 dicembre** il Presidente della Repubblica Sergio Mattarella ha provveduto allo scioglimento delle Camere, fissando la data delle elezioni politiche il **4 marzo 2018**.

PARTITI

PARTITO DEMOCRATICO

Il **26 ottobre** il Presidente del Senato della Repubblica Pietro Grasso ha [rassegnato le dimissioni](#) dal Gruppo parlamentare, iscrivendosi al Gruppo Misto.

NASCE 'LIBERI E UGUALI CON GRASSO'

Il **3 dicembre** si è tenuta l'assemblea dei delegati del Movimento democratico e progressista, di Possibile e di Sinistra Italiana la quale ha promosso la costituzione di un soggetto unitario della sinistra alla cui guida è stato designato il Presidente del Senato della Repubblica Pietro Grasso.

NASCE 'INSIEME'

In occasione delle elezioni politiche del 4 marzo 2018, il **14 dicembre** il Partito socialista italiano, i Verdi e Area civica hanno dato vita ad una formazione unitaria con l'obiettivo di supportare il Partito democratico. Il simbolo reca la scritta 'Italia Europa', e, sullo sfondo bianco, oltre ad essere raffigurate le sigle dei soggetti aderenti, è presente anche un ramoscello d'ulivo.

NASCE 'CIVICA POPOLARE'

Il **29 dicembre** alcuni esponenti politici di Alternativa popolare, Centristi per l'Europa, Democrazia Solidale, Italia popolare e Italia dei valori, hanno formato la lista 'Civica Popolare'. La neonata formazione politica con simbolo una margherita, guidata da Beatrice Lorenzin, già Ministro della Salute nel Governo presieduto da Paolo Gentiloni, persegue lo scopo di porsi in continuità con l'azione degli Esecutivi che hanno caratterizzato l'esperienza della XVII Legislatura repubblicana e di far rinascere un progetto di ispirazione centrista.

MOVIMENTO 5 STELLE

Il **19 settembre** il Tribunale di Palermo ha sospeso l'esito delle 'regionarie', ossia

le primarie indette dal Movimento 5 Stelle per individuare il candidato Presidente alla Regione Sicilia per illegittima esclusione dalla competizione del candidato Mauro Giulivi.

Il **21 settembre** sono state avviate le votazioni sulla piattaforma elettronica 'Rousseau' per scegliere il candidato Premier del Movimento 5 Stelle. All'esito delle primarie svoltesi on line, il **23 settembre** è stato incoronato capo politico il Vice Presidente della Camera dei deputati Luigi di Maio.

Il **30 dicembre** sul [blog](#) del fondatore Beppe Grillo sono stati pubblicati il nuovo [statuto](#) del Movimento, il nuovo [codice etico](#) per i candidati e gli eletti sotto il simbolo del Movimento e il [regolamento](#) per la selezione di coloro che saranno candidati nei collegi plurinominali e uninominali nelle liste per le elezioni politiche del 4 marzo 2018.

LEGA

Il **18 settembre** a seguito del blocco dei fondi del partito, così come disposto dalla Procura della Repubblica di Genova nel corso di un'indagine sul presunto utilizzo irregolare di denaro pubblico, per protesta contro il suddetto provvedimento, i deputati e i senatori della Lega non hanno preso parte ai lavori di Camera e Senato.

In una [conferenza stampa](#) tenuta il **21 dicembre** il Segretario Matteo Salvini, all'esito della riunione del Consiglio federale, ha presentato il nuovo simbolo con il quale il partito si presenterà alle elezioni politiche del marzo 2018. È stato rimosso il termine 'nord' sostituito con la dicitura 'Salvini premier'.

ALTERNATIVA POPOLARE

Il **12 dicembre** la Direzione nazionale ha approvato un documento con la quale è stata certificata la scissione e la separazione consensuale del partito. Votato all'unanimità, la relazione conclusiva ha previsto che i Gruppi parlamentari costituitisi alla Camera dei deputati e al Senato della Repubblica rimanessero invariati.

Il **29 dicembre** il Coordinatore nazionale di Alternativa popolare Antonio Gentile ha rassegnato le proprie [dimissioni](#) dalla carica annunciando di abbandonare il partito.

FRATELLI D'ITALIA

Il **3 dicembre**, in occasione del secondo Congresso nazionale svoltosi nella città di Trieste, Giorgia Meloni è stata confermata, per acclamazione, Presidente nazionale del partito.

LA 'QUARTA GAMBA' DEL CENTRO DESTRA

Il **18 dicembre** nasce 'Noi con l'Italia', la lista dei centristi che ruotano intorno alla figura di Silvio Berlusconi e che vede il coinvolgimento di alcune importanti personalità politiche ed ex Ministri quali Costa, Fitto, Lupi, Romano, Tosi e Zanetti.

PARLAMENTO

MODIFICHE AL CODICE PENALE IN MATERIA DI PROPAGANDA

Il **12 settembre** la Camera dei deputati ha approvato il [d.d.l. n. 2900](#), che vede come primo firmatario l'on. Fiano, che prevede l'introduzione dell'articolo 293-bis del codice penale, concernente il reato di "propaganda del regime fascista e nazifascista", inserendolo tra i delitti contro la personalità interna dello Stato. Il testo è stato trasmesso, in ragione della procedura della *navette*, all'altro ramo del Parlamento, il **14 settembre**. Qualora dovesse essere approvato, si introdurrebbe una nuova disposizione al codice penale in ragione della quale qualsiasi soggetto dovesse diffondere a mezzo di propaganda immagini o contenuti propri del partito fascista o del partito nazionalsocialista tedesco, ovvero delle relative ideologie, anche solo attraverso la produzione, distribuzione, diffusione o vendita di beni raffiguranti persone, immagini o simboli a essi chiaramente riferiti, ovvero ne richiamasse pubblicamente la simbologia o la gestualità, sarebbe punito con la reclusione da sei mesi a due anni.

MODIFICHE AL CODICE ANTIMAFIA

Con 259 voti a favore (contro i 107 contrari e 28 astenuti), la Camera dei deputati, il **27 settembre**, ha approvato in via definitiva il [progetto di legge n.1039-B](#), recante "Modifiche al codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, al codice penale e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale e altre disposizioni" abbinato al progetto recante "Disposizioni per la tutela dei lavoratori e per l'emersione del lavoro irregolare nelle aziende sequestrate e confiscate alla criminalità organizzata". Il testo è stato pertanto pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 258 del **4 novembre** ([Legge n. 161 del 17 ottobre 2017](#)).

L'APPUNTAMENTO OBBLIGATO DEL DOCUMENTO DI ECONOMIA E FINANZA E LA MANOVRA FINANZIARIA

L'attenzione di entrambi i rami del Parlamento, nei mesi di ottobre, novembre e dicembre, si è focalizzata sulla manovra finanziaria. In un primo momento sulla Nota di aggiornamento al Documento di economia e finanza per l'anno 2017. Se il **3 ottobre** le Commissioni Bilancio di entrambe le Camere hanno svolto le [audizioni](#) dei rappresentanti della Banca d'Italia, della Corte dei Conti, dell'Istat, dell'Ufficio Parlamentare di Bilancio, nonché del Ministro dell'economia Padoan, il **4 ottobre** le [Aule di Senato](#) e Camera hanno approvato sia lo scostamento sui conti pubblici previsto (rispettivamente con 181 e 358 voti favorevoli), nonché le risoluzioni (nn. [6-00260](#) e [6-00350](#)) di maggioranza alla nota di aggiornamento al Def (rispettivamente con 164 e 318 voti favorevoli).

In un secondo momento, l'attenzione è stata rivolta al disegno di legge di iniziativa governativa recante "Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2018 e bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020". L'esame del provvedimento ([AS. n. 2960](#)) è iniziato in Senato il **29 ottobre** e si è concluso il **30 novembre**, quando il testo è stato approvato con una votazione finale che ha visto 136 senatori favorevoli e 30 contrari. Una volta approvato, il disegno di legge ([AC. 4768](#)) è stato trasmesso alla Camera il **1° dicembre** ed assegnato, per il relativo esame, alla V Commissione Bilancio il **5 dicembre**. Nonostante qualche iniziale problema (il testo è stato rinviato in commissione per problemi di copertura a seguito degli scostamenti evidenziati dalla Ragioneria generale dello Stato) l'iter in Assemblea si è concluso il **22 dicembre** e, dal momento che il testo è stato approvato (con la fiducia) con modificazioni (270 voti favorevoli e 172 contrari), è tornato al Senato per la [terza e definitiva lettura](#).

In ragione di ciò, il **22 dicembre** la manovra finanziaria è stata nuovamente assegnata alla V Commissione del Senato riunita in sede referente e poi approvata - sempre con la fiducia - dall'Aula [in via definitiva](#) il **23 dicembre**, con 140 voti favorevoli e 94 contrari.

BIOTESTAMENTO

Contro ogni aspettativa, si è registrata una improvvisa convergenza sul cd. Biotestamento. Difatti, il **5 dicembre** la Conferenza dei Presidenti dei Gruppi del Senato ha deciso di dare avvio alla discussione generale sul testo. Nonostante il congruo numero di emendamenti presentati (3.005, di cui solo 1527 di Alleanza Popolare) il **14 dicembre**, l'Aula del Senato ha [approvato in via definitiva](#) (180 sì, 71 i no e 6 astenuti) il testo di iniziativa parlamentare (on. Mantero e abb.) recante "Norme in materia di consenso informato e di dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari al fine di evitare l'accanimento terapeutico". Il [provvedimento](#), che consta di 6 articoli, rappresenta una novità nell'ordinamento italiano, in ragione

del fatto che, nel rispetto degli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione e 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (che tutelano il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona) introduce la disciplina del consenso libero e informato delle persone interessate per quanto riguarda i trattamenti sanitari, evitando in tal modo il ricorso all'accanimento terapeutico.

Inoltre, sempre in materia di salute, con 148 voti favorevoli (19 contrari e 5 astenuti), il **22 dicembre** il Senato ha approvato il disegno di legge di iniziativa governativa recante la delega al Governo in materia di sperimentazione clinica di medicinali nonché disposizioni per il riordino delle professioni sanitarie e per la dirigenza sanitaria del Ministero della Salute ([AS.1324-B](#)).

L'ENNESIMA REVISIONE DELLA DISCIPLINA ELETTORALE: IL "ROSATELLUM BIS"

Dopo il fallimento delle trattative nel mese di giugno, sono ripresi i lavori della I Commissione Affari costituzionali della Camera dei deputati per la determinazione di una nuova formula elettorale in vista della conclusione della XVII Legislatura. Il testo è stato approvato dapprima dall'Assemblea della Camera il **12 ottobre** e il **26 ottobre** dall'Assemblea del Senato. Pertanto, il provvedimento è stato pubblicato in Gazzetta ufficiale come [legge 3 novembre 2017 n. 165](#).

IUS SOLI E IUS CULTURAE

Sebbene sia stato trasmesso dalla Camera dei deputati nell'ottobre 2015, l'[A.S. 2092](#) (recante modifiche alla legge 5 febbraio 1992, n. 91, e altre disposizioni in materia di cittadinanza) è congelato nell'Aula del Senato dal **23 dicembre** per la mancanza un sufficiente consenso che possa portare alla sua approvazione. Com'è noto, l'acquisto della cittadinanza nell'ordinamento italiano avviene di diritto per *iure sanguinis* (colui o colei che da genitori in possesso della cittadinanza italiana), ovvero per *iure soli*, ma in questo caso è soggetto ad una serie di condizioni: nascita all'interno del territorio italiano da genitori ignoti o apolidi, ovvero se il figlio non segue la cittadinanza dei genitori secondo la legge dello Stato al quale questi appartengono. È considerato cittadino per nascita anche il figlio di ignoti trovato nel territorio della Repubblica, se non venga provato il possesso di altra cittadinanza.

Il testo, frutto dell'abbinamento di diverse proposte e dei lavori della 1^a Commissione permanente (Affari Costituzionali) riunitasi in sede referente, estende le ipotesi di acquisto della cittadinanza: per *iure soli*, ovvero per coloro che sono nati all'interno del territorio della Repubblica da genitori pur stranieri ma in possesso del

permesso di soggiorno (permanente o di lungo periodo) e che risiedono sul territorio da almeno 5 anni; per *ius culturae*, ossia l'acquisto della cittadinanza per i minori stranieri nati nel territorio italiano ovvero che vi abbiano fatto ingresso entro il compimento del dodicesimo anno di età e abbiano necessariamente frequentato un percorso formativo per almeno cinque anni nel territorio nazionale.

Sarebbe altresì prevista l'ipotesi di concessione della cittadinanza (naturalizzazione) per i minori nei casi di naturalizzazione e l'introduzione di modifiche finalizzate a semplificare il complesso quadro normativo attualmente vigente per l'acquisizione della cittadinanza.

Il condizionale è d'obbligo dal momento che qualsiasi auspicio è stato reso vano dalla mancanza dei numeri necessari all'approvazione (che avrebbe comportato il necessario ricorso alla fiducia), nonché dallo scioglimento delle Camere, che per prassi imporrebbe al Governo il disbrigo degli affari correnti.

LA PARTECIPAZIONE ITALIANA ALLA FORMAZIONE DEL DIRITTO EUROPEO

Sulla base di quanto disposto dalla legge 24 dicembre 2012, n. 234, relativa alla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea (in ragione della quale l'Italia deve adeguare il proprio ordinamento rispetto a quello dell'Unione europea), la Camera ha approvato in via definitiva il disegno di legge europea 2017, recante "Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea - Legge europea 2017". Il testo (AS. [2886](#)) modificato dal Senato il **10 ottobre**, è stato trasmesso nuovamente alla Camera per la necessaria approvazione "nel medesimo testo", la quale lo ha approvato in via definitiva l'**8 novembre** con [247 voti a favore](#) (mentre i voti contrari sono stati 72). Il testo è stato pubblicato nella GU n. 277 del **27 novembre** (Legge n. [167/17](#) del 20 novembre 2017)

Meno problematico è stato invece l'iter della legge di delegazione europea, recante la delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea, approvata dapprima dal Senato nel mese di agosto e, in via definitiva dalla Camera dei deputati, il **17 ottobre**, con [235 voti a favore](#) (mentre i contrari sono stati 63). La legge di delegazione europea (n. [163/17](#) del 25 ottobre 2017) è stata pubblicata nella GU n. 259 del **6 novembre**.

LE NOVELLE REGOLAMENTARI AL SENATO

Con l'obiettivo primario di porre un freno al dilagare del trasformismo e di rendere più rapide le procedure parlamentari, il Senato ha approvato la riforma regolamentare da tempo auspicata.

A seguito della nomina intercorsa nel mese di luglio di un Comitato da parte del Presidente di Assemblea Grasso, è stato presentato un testo contenente alcune novelle regolamentari ritenute quanto più necessarie. Il Comitato, composto dai senatori Bernini, Buccarella, Calderoli e Zanda, ha predisposto una bozza di modifica alla fonte regolamentare, che è stata presentata ed esaminata dalla Giunta per il Regolamento riunitasi l'**11 ottobre**. Dopo un esame preventivo, nel corso della [seduta](#) è stato fissato il termine per la presentazione degli emendamenti, inizialmente previsto per il **20 ottobre**, ma poi slittato al mese successivo.

Il **14 novembre**, pertanto, si è nuovamente [riunita](#) la Giunta, che ha avuto il compito di esaminare e votare gli emendamenti presentati. Una volta esperita la fase di votazione, la Giunta ha conferito al Senatore Calderoli il mandato a relatore, affinché riferisse all'Assemblea sul testo di riforma della fonte regolamentare.

Il **20 dicembre** l'Assemblea ha approvato a maggioranza assoluta la [riforma organica](#) del Regolamento del Senato, pur apportando talune modifiche, sulla base della procedura prevista all'art.167 RS.

Tra le più importanti novità, si pone la doverosa attenzione sui seguenti aspetti:

- modifica della disciplina riguardante la composizione dei Gruppi parlamentari, in ragione della quale si delinea una loro tendenziale corrispondenza con i partiti politici, attraverso l'introduzione di stringenti norme finalizzate a disincentivare la frammentazione. L'articolo 1 introduce innanzitutto la necessaria corrispondenza tra i Gruppi e relativi partiti o forze politiche di cui sono essi stessi la proiezione all'interno delle Assemblee parlamentari. Sebbene sia mantenuto il requisito numerico di dieci Senatori, il Gruppo deve rappresentare una forza politica che abbia presentato alle elezioni i propri candidati con lo stesso contrassegno. Inoltre, benché sia mantenuta la possibilità di costituire Gruppi grazie alla fusione di quelli già presenti, è stata prevista sì la possibilità di creare nuovi Gruppi, anche nel corso della Legislatura, purché si tratti però di soggetti corrispondenti a partiti o movimenti politici presentatisi alle elezioni uniti o comunque collegati.

È altresì possibile la costituzione di Gruppi in deroga solo ed esclusivamente per quei Senatori espressione di minoranze linguistiche riconosciute dalla legge, eletti nelle Regioni di insediamento delle minoranze stesse, e i Senatori eletti nelle Regioni speciali in cui le minoranze sono tutelate a livello statutario. Ad ogni modo, sarà mantenuta la possibilità di spostamenti tra Gruppi costituitisi all'inizio della Legislatura, ma è prevista la decadenza dall'incarico per i Vice Presidenti e i Segretari

che decidano di entrare a far parte di un Gruppo diverso da quello al quale appartenevano al momento dell'elezione. La decadenza si applica anche alle cariche dell'Ufficio di Presidenza.

- riordino delle norme regolamentari disciplinanti l'attività delle Commissioni permanenti, al fine di riaffermarne la centralità nel procedimento di formazione delle leggi. In tal senso, l'articolo 2 si pone l'obiettivo di favorire l'attività svolta in sede decentrata, dal momento che introduce il criterio dell'assegnazione dei disegni di legge privilegiando la sede deliberante o redigente, eccezion fatta per le materie coperte da riserva d'Assemblea (ex art. 72, ultimo comma, della Costituzione) e per quelle indicate dall'articolo 120, comma 3, del Regolamento.

- semplificazione e razionalizzazione dei lavori, da realizzarsi anche attraverso un'armonizzazione rispetto al Regolamento della Camera dei deputati. In quest'ottica, l'art. 3 ha previsto linee di intervento finalizzate ad ottimizzare le procedure parlamentari, in particolar modo per quanto attiene alla programmazione dei lavori, è stata prevista l'introduzione di sedute uniche, in sostituzione all'attuale suddivisione antimeridiana e pomeridiana, con la riserva di due settimane di lavori al mese dedicate esclusivamente ai lavori delle Commissioni.

Di particolare rilievo è anche l'intervento sulle modalità di deliberazione, giacché se da un lato il voto di astensione sarà d'ora in poi computato ai soli fini del numero legale, non potendo più essere equiparato al voto contrario; dall'altro sono state introdotte modifiche sia alla deliberazione per alzata di mano – privilegiando lo scrutinio elettronico –, sia allo scrutinio segreto, attraverso la previsione di disposizioni maggiormente restrittive.

- coordinamento e aggiornamento delle disposizioni previste dal Capo XV, relativo alla procedura di esame dei bilanci e del controllo finanziario, economico e amministrativo, previste dall'art. 4 della revisione regolamentare.

COMMISSIONE BANCHE

A seguito dell'entrata in vigore della [legge n. 107/2017](#), è stata istituita la Commissione parlamentare di inchiesta sul sistema bancario e finanziario, composta da 20 deputati e 20 senatori, nominati dai Presidenti di Assemblea su proposta dei gruppi. Dopo un'iniziale impasse relativo alla scelta dei componenti e del Presidente, si è proceduto all'elezione dell'organo di vertice. [Nella prima votazione](#), si sono affrontati Pier Ferdinando Casini (Alternativa Popolare - Centristi per l'Europa – Ncd), che ha ottenuto 21 voti; Enrico Zanetti (Scelta Civica), che ha ottenuto 9 voti; Carlo Martelli (Movimento 5 Stelle), che ha ottenuto 5 voti e Bruno Tabacci

(Democrazia Solidale-Centro Democratico), che ha ottenuto 3 voti. Pertanto, avendo ottenuto la maggioranza assoluta, il **27 settembre** è stato eletto come Presidente il Senatore Pier Ferdinando Casini, che ha rassegnato le dimissioni dall'incarico di Presidente della III Commissione Affari esteri.

A partire dal **3 ottobre** – e fino a fine Legislatura – la Commissione ha iniziato i propri [lavori](#), con l'obiettivo di acquisire notizie e di approfondire il tema della crisi del sistema bancario e finanziario, che ha visto il coinvolgimento diretto di alcuni istituti di credito italiani.

ATTI LEGISLATIVI DI RILIEVO INTERNAZIONALE DEGNI DI NOTA

Il Parlamento, in ottemperanza agli obblighi internazionali, ha approvato i seguenti provvedimenti:

[Legge 29 settembre 200, n. 300, Ratifica ed esecuzione dei seguenti Atti internazionali elaborati in base all'articolo K. 3 del Trattato dell'Unione europea](#)

[Legge 27 novembre 2017, n. 187, Ratifica ed esecuzione dell'Accordo tra il Ministero dell'interno della Repubblica italiana e il Ministero della difesa nazionale della Repubblica di Colombia in materia di cooperazione di polizia](#)

[Legge 27 novembre 2017, n. 196, Ratifica ed esecuzione dei seguenti Trattati internazionali: A\) Convenzione relativa alla costruzione e all'esercizio di un Impianto laser europeo a elettroni liberi a raggi X, con allegati, fatta ad Amburgo il 30 novembre 2009; B\) Protocollo di adesione del Governo della Federazione russa alla Convenzione del 16 dicembre 1988 sulla costruzione e sulla gestione del laboratorio europeo di radiazione di sincrotrone \(ESRF\), fatto a Grenoble il 23 giugno 2014 e a Parigi il 15 luglio 2014; C\) Protocollo alla Convenzione relativa alla costruzione e all'esercizio di un Impianto laser europeo a elettroni liberi a raggi X riguardante l'adesione del Governo del Regno di Spagna, con Allegato, fatto a Berlino il 6 ottobre 2011](#)

[Legge 4 dicembre 2017, n. 193, Ratifica ed esecuzione dell'Accordo tra il Governo della Repubblica italiana e il Governo della Repubblica di Macedonia in materia di cooperazione di polizia, fatto a Roma il 1° dicembre 2014](#)

[Legge 4 dicembre 2017, n. 194, Ratifica ed esecuzione dell'Accordo tra il Governo della Repubblica italiana e il Governo della Repubblica del Mozambico sulla cooperazione nel settore della difesa, fatto a Maputo il 19 marzo 2014](#)

[Legge 4 dicembre 2017, n. 199, Ratifica ed esecuzione del Memorandum d'intesa tra il Governo della Repubblica italiana e il Governo della Repubblica del Perù per la cooperazione nel campo della sicurezza e difesa](#)

GOVERNO

LA DELEGA LEGISLATIVA IN MATERIA DI LEGGE ELETTORALE

In merito al testo unificato delle proposte di legge n. 2352 e abbinate A/R, recante “Modifiche al sistema di elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica. Delega al Governo per la determinazione dei collegi elettorali uninominali e plurinominali”, l’organo collegiale dei Ministri ha deciso, in data **10 ottobre**, di porre la [questione di fiducia](#), qualora risulti necessario ai fini dell’approvazione del medesimo testo.

Inoltre, a seguito del parere fornito dalle competenti Commissioni parlamentari di entrambe le Camere in data **24 novembre**, il Consiglio dei Ministri ha deliberato il testo del decreto legislativo adottato in virtù di quanto sancito dall’art. 3 della nuova legge elettorale.

NOMINE E DELEGHE DI GOVERNO

Dopo averne dato preventiva [comunicazione al Consiglio dei Ministri](#), riunitosi il **23 settembre**, il Presidente Paolo Gentiloni ha nominato Paola De Michele, già Sottosegretaria di Stato per l’economia e le finanze, Sottosegretaria di Stato alla Presidenza del Consiglio.

Il **6 ottobre**, a seguito della proposta avanzata dal Ministro dell’economia e delle finanze Padoan, il Consiglio dei Ministri ha approvato l’integrazione delle deleghe di funzioni conferite a Luigi Casero e a Enrico Morando, Vice Ministri dell’economia e delle finanze.

Una volta acquisito il necessario parere del Consiglio superiore della Banca d’Italia, il **27 ottobre** il Consiglio [ha rinnovato il mandato](#) di Ignazio Visco a Governatore del medesimo Istituto.

DIMISSIONI

Il **3 ottobre** rimette le deleghe al presidente del Consiglio il Sottosegretario alla Difesa Domenico Rossi, mentre il **5 ottobre** il [Vice-Ministro dell’Interno](#) Filippo Bubbico, per ragioni politiche, rassegna le proprie dimissioni.

PROVVEDIMENTI ADOTTATI

In quest'ultimo spiraglio di Legislatura, è necessario porre in evidenza i più importanti provvedimenti deliberati dall'Esecutivo guidato da Gentiloni. Le numerose riunioni dell'organo collegiale dei Ministri, che si sono succedute nel quadrimestre preso in esame, hanno comportato:

-l'esame preliminare di tre decreti legislativi deliberati per l'adozione di disposizioni integrative finalizzate alla razionalizzazione delle funzioni di polizia e assorbimento del Corpo forestale dello Stato; all'integrazione e alla modifica del Codice dell'amministrazione digitale (CAD) e alla riorganizzazione, razionalizzazione e semplificazione della disciplina concernente le autorità portuali, decise in occasione della [riunione del Consiglio dei Ministri dell'8 settembre](#) (e [approvati in via definitiva l'11 dicembre](#))

-l'approvazione del decreto legislativo recante norme di attuazione dello statuto speciale per la Regione Valle d'Aosta in materia di coordinamento e raccordo tra la finanza statale e regionale, pur nel pieno rispetto di quanto sancito dalla Costituzione all'art. 119. Con il predetto decreto, [deliberato dal Consiglio dei ministri](#), riunitosi il **15 settembre**, la Regione ha facoltà di introdurre nuovi tributi locali nell'esercizio della propria competenza, nonché di modificare aliquote e prevedere esenzioni, detrazioni e deduzioni relativamente ai tributi erariali, nel rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento tributario statale

-l'esame della Nota di aggiornamento al Documento di economia e finanza (DEF) 2017, necessaria e prodromica alla manovra di bilancio, approvata in occasione del [Consiglio dei Ministri del 23 Settembre](#). Con due riunioni successive, inoltre, sono state approvate la prima e la seconda nota di variazioni al bilancio di previsione dello Stato per il triennio 2018-2020, rispettivamente il **30 novembre** e il **22 dicembre**

-l'esame dei disegni di legge di autorizzazione alla ratifica e all'esecuzione dell'Accordo tra il Governo della Repubblica italiana e il Governo della Mongolia sulla cooperazione nel settore della difesa, concluso a Roma il 3 maggio 2016; dello Scambio di Note per la proroga dell'Accordo di cooperazione nel settore della difesa tra il Governo della Repubblica italiana e il Governo della Repubblica del Libano del 21 giugno 2004, stipulato a Beirut il 25 luglio e il 16 settembre 2016; dell'Accordo tra il Governo della Repubblica Italiana ed il Governo della Repubblica di Serbia sulla cooperazione nel settore della difesa, concluso a Belgrado il 16 dicembre 2013; e dell'Accordo di cooperazione nel settore della difesa tra il Governo della Repubblica italiana e il Governo della Repubblica argentina, redatto a Roma il 12 settembre 2016. I predetti disegni di legge sono stati deliberati nella [riunione](#) del Consiglio dei Ministri del **13 ottobre**.

-l'esame del testo del disegno di legge relativo al bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2018 e al bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020, **deciso** dal Consiglio dei Ministri del **16 ottobre** su proposta del Presidente Gentiloni e del Ministro dell'economia e delle finanze Padoan, che prevede talune misure come la neutralizzazione degli aumenti delle aliquote dell'Iva e delle accise, la proroga delle agevolazioni per gli interventi di ristrutturazione edilizia ed energetica, il rinnovo dei contratti del pubblico impiego, l'introduzione di contributo alle Province e alle Città metropolitane delle Regioni a statuto ordinario per l'esercizio delle funzioni fondamentali in materia di scuole e strade, lo stanziamento di risorse in favore delle Regioni per la riduzione del debito e per la riduzione della manovra a loro carico. Il Consiglio, prima di deliberare il ddl bilancio aveva approvato il d.l. 16 ottobre 2017, n. 148 recante misure urgenti in materia finanziaria e per esigenze indifferibili, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale **n.284** del **5 dicembre**.

- l'esame dei disegni di legge di autorizzazione alla ratifica e all'esecuzione dell'Accordo tra il Governo della Repubblica italiana ed il Governo del Giappone concernente il trasferimento di equipaggiamenti e di tecnologia di difesa, stipulato a Tokyo il 22 maggio 2017 e dell'Accordo tra la Repubblica italiana e la Repubblica orientale dell'Uruguay sulla cooperazione nel settore della difesa, concluso a Roma il 10 novembre 2016 e a Montevideo il 14 dicembre 2016. Entrambi i testi sono stati **deliberati** dal Consiglio dei Ministri il **19 Ottobre**.

- su proposta del Guardasigilli Orlando, l'organo collegiale ha approvato il **2 novembre**, in esame preliminare, due decreti legislativi di attuazione della legge di riforma del Codice penale, del Codice di procedura penale e dell'ordinamento penitenziario (legge 23 giugno 2017, n. 103) che intervengono rispettivamente sulla disciplina del regime di procedibilità per alcuni reati e sulle disposizioni in materia di intercettazione di conversazioni o comunicazioni.

-nella **riunione** del **22 novembre**, è stato approvato il decreto legislativo di attuazione dello statuto speciale della Regione Trentino Alto Adige, recante modifiche ed integrazioni al decreto del Presidente della Repubblica 6 aprile 1984, n. 426, concernenti i requisiti di nomina e le categorie di appartenenza dei componenti del Tribunale regionale di giustizia amministrativa di Trento e della sezione autonoma di Bolzano.

-con il Consiglio dei Ministri dell'**11 dicembre** si è deciso di iniziare l'esame preliminare del decreto legislativo per determinare la distribuzione dei collegi elettorali della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica, in attuazione dell'articolo 3 della legge 3 novembre 2017, n. 165, recante "Modifiche al sistema di elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica. Delega al Governo

per la determinazione dei collegi elettorali uninominali e plurinominali” nella [riunione](#) del **23 novembre**, per poi approvarlo, a seguito dell’esame definitivo (e ottenuto il necessario [parere delle Camere](#))

- il **18 dicembre**, i Ministri hanno approvato il testo del decreto legislativo di attuazione dello statuto speciale della Regione Siciliana che introduce modifiche al decreto del Presidente della Repubblica 26 luglio 1965, n. 1074, “Norme di attuazione dello statuto della Regione Siciliana in materia finanziaria”.

A seguito della [Conferenza stampa di fine anno](#) del Presidente del Consiglio del **28 dicembre**, il [Presidente Gentiloni](#) è salito al Quirinale per comunicare al Capo dello Stato l’avvenuto compimento del suo mandato.

L’ultimo Consiglio dei Ministri dell’anno 2017, la cui [riunione](#) si è tenuta il **29 dicembre**, ha visto l’approvazione del decreto legislativo recante disposizioni in materia di intercettazione di conversazioni o comunicazioni, in attuazione della delega di cui all’articolo 1, commi 82, 83 e 84, lettere a), b), c), d) ed e), della legge 23 giugno 2017, n. 103. Con tale provvedimento si dà attuazione ad una profonda revisione in materia di intercettazioni, affinché da un lato possa essere realizzato un equo bilanciamento tra interessi costituzionalmente meritevoli di tutela e, dall’altro, possano essere introdotte misure che incidano sull’utilizzazione, a fini cautelari, dei risultati delle intercettazioni.

CAPO DELLO STATO

PRINCIPALI INTERVENTI

Il **15 settembre**, in occasione della giornata internazionale della democrazia, il Capo dello Stato ha rilasciato una breve [dichiarazione](#) nella quale ha valorizzato il principio democratico riconnettendolo alla dimensione dell’eguaglianza dei cittadini ai fini dell’assunzione di incarichi pubblici in funzione di una partecipazione attiva, come riflesso naturale dei diritti inerenti alla persona.

Il **4 ottobre**, a seguito delle primarie del Movimento 5 Stelle le quali hanno designato Luigi Di Maio capo politico del Movimento stesso, Sergio Mattarella ha [ricevuto](#) il giovane Vice Presidente della Camera dei deputati.

Il **5 ottobre** il Presidente della Repubblica ha [presieduto](#) il Consiglio Supremo di difesa all’interno del quale sono state esaminate le situazioni connesse al terrorismo jihadista e ai flussi migratori. Auspicando l’avvio di un percorso comune teso alla

formazione di un sistema di difesa e sicurezza europeo integrato, il Consiglio ha auspicato una soluzione condivisa per risolvere la delicata situazione nord coreana.

Il **17 ottobre**, nel promulgare la legge recante modifiche al codice antimafia, il Presidente Mattarella ha inviato una [missiva](#) al Presidente del Consiglio Gentiloni manifestando le criticità connesse alla mancata riproduzione di alcune ipotesi di reato (congelamento e confisca dei beni e proventi a seguito di condanna) già tipizzate nella precedente normativa ([d. lgs. n. 202/2016](#)) in materia, in adempimento degli obblighi europei. Conseguentemente, il Capo dello Stato ha sollecitato un pronto intervento del Governo volto ad assicurare un efficace coordinamento normativo.

Il **27 ottobre** il Presidente della Repubblica ha [firmato](#) il decreto con cui è stato nominato Ignazio Visco Governatore della Banca d'Italia. Nella medesima data, Mattarella ha [chiesto](#) alle Camere una nuova deliberazione in merito alla legge recante "Misure per contrastare il finanziamento delle imprese produttrici di mine antipersona, di munizioni e submunizioni a grappolo" sottolineando la mancata punibilità penale per coloro che rivestono posizioni apicali e di controllo e il contrasto con le Convenzioni internazionali di Oslo e Ottawa ratificate, rispettivamente, nel 1999 e nel 2011.

Il **30 novembre** il Capo dello Stato, nel promulgare la legge contenente "Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato", ha inoltrato una [lettera](#) al Premier Gentiloni invitando il Governo ad adottare le relative norme di attuazione nel rispetto dei principi costituzionali atti a preservare l'esercizio della funzione giurisdizionale.

Il **9 dicembre**, in occasione della Giornata internazionale contro la corruzione, il Capo dello Stato ha [sollecitato](#) uno sforzo comune – coinvolgente anche e soprattutto la società civile – a reprimere e prevenire fenomeni corruttivi, alimentando la trasparenza, l'onestà e il senso etico delle istituzioni tutte nella lotta ai fenomeni inquinanti l'esercizio delle funzioni pubbliche.

Il **19 dicembre**, nel corso dell'[intervento](#) in occasione della cerimonia di auguri con le più alte cariche dello Stato, il Presidente Mattarella, nel rammentare le principali vicende nazionali e internazionali – positive e negative – che hanno coinvolto il nostro Paese, ha auspicato che il momento elettorale venga vissuto dalle forze politiche con serenità e all'insegna del reciproco rispetto. Ciò per diminuire l'astensionismo e il deficit fiduciario dei cittadini nei confronti della classe politica.

Il **28 dicembre** il Capo dello Stato, dopo aver ricevuto il Presidente Gentiloni il quale ha comunicato l'esaurimento del compito dell'Esecutivo dallo stesso presieduto e sentiti i Presidenti dei due rami del Parlamento ex articolo 88 Cost., ha

[firmato](#) il [decreto di scioglimento delle Camere](#) e [due decreti](#) presentati dal Ministro degli Interni Marco Minniti, ai fini dell'avvio dell'iter elettorale e della [convocazione dei comizi](#).

Il **31 dicembre**, in occasione del tradizionale [messaggio di fine anno](#), il Presidente Mattarella ha auspicato che la questione lavoro venga posta come priorità, incitando le forze politiche a presentare agli elettori proposte realistiche e concrete.

CORTE COSTITUZIONALE

LA CORTE DICHIARA L'INAMMISSIBILITÀ DEI CONFLITTI DI ATTRIBUZIONE CONTRO LE LEGGI ELETTORALI

Con [comunicato stampa](#) del 12 dicembre, la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibili i ricorsi per conflitto di attribuzione sollevati avverso le leggi elettorali *Italicum* e *Rosatellum*.

LA CORTE SALVA L'AUTODICHIÀ DELLE CAMERE E DELLA PRESIDENZA DELLA REPUBBLICA

Con [sentenza n. 213/2017](#), la Corte Costituzionale è stata investita di una questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Commissione giurisdizionale per il personale della Camera dei deputati nei confronti [dell'art. 1, commi 486 e 487 della legge n. 147 del 2013](#) in materia di trattamenti pensionistici. Ciò, a seguito di un ricorso presentato da alcuni dipendenti della Camera bassa avverso una deliberazione dell'Ufficio di Presidenza la quale ha disposto nei loro confronti una decurtazione delle pensioni e del relativo versamento dei risparmi all'entrata del bilancio statale. La Corte ha rigettato la questione sostenendo che l'organo interno alla Camera, competente in materia di personale, si pone come un giudice al di sopra delle parti e che, in omaggio al principio di autonomia dei due rami del Parlamento, vige una piena discrezionalità degli stessi nel conformarsi alle disposizioni di legge generali.

Con [sentenza n. 262/2017](#) il Giudice delle leggi si è pronunciato avverso due ricorsi per conflitto di attribuzione sollevati dalla Corte di Cassazione e relativi a pronunce degli organi interni al Senato e alla Presidenza della Repubblica in materia di controversie di lavoro con i rispettivi dipendenti. Data la coincidenza sostanziale dei conflitti, la Consulta ha provveduto a riunirli. L'organo di garanzia esterno ha riconosciuto – ancora una volta e conformemente a quanto enunciato nella [sentenza n. 120/2014](#) – che gli organi costituzionali – nella specie Senato e Presidenza della Repubblica – godono di un grado di autonomia particolare atto a salvaguardare e

garantire l'esercizio delle funzioni ad esse spettanti. Secondo il Consesso dei Giudici, la suddetta autonomia si riferisce non solo all'aspetto normativo, ma coinvolge anche quello applicativo nell'ambito del quale rientra quello relativo all'organizzazione interna; da ciò consegue che entrambi gli organi costituzionali godono della piena potestà di approvare norme relative al rapporto di lavoro con i propri dipendenti, tale da evitare interferenze provenienti da organi esterni. Il regime *de qua*, sostiene la Corte, non è lesivo della competenza degli organi giurisdizionali, ma rappresenta un logico corollario dell'autonomia organizzativa delle Camere e della Presidenza della Repubblica. A ciò si aggiunga che, nei suddetti procedimenti, la tutela dei dipendenti è assicurata dalla costituzione di organi interni altamente competenti e specializzati che garantiscono – nell'ambito di un procedimento obiettivamente giurisdizionalizzato – indipendenza e imparzialità, nel rispetto dei principi di difesa e del contraddittorio.

SIGNIFICATIVI PRINCIPI IN MATERIA DI CONCORSO PUBBLICO PER IL PERSONALE DOCENTE

Con [sentenza n. 251/2017](#) la Corte ha accolto i rilievi di incostituzionalità sollevati dal Tar Lazio avverso [l'articolo 1, comma 110 della legge n. 107/2015](#) (Riforma del sistema nazionale di istruzione e formazione e delega per il riordino delle disposizioni legislative vigenti). Il Giudice amministrativo di I grado ha ritenuto che la normativa *de qua*, volta ad escludere dai concorsi pubblici i docenti titolari a tempo indeterminato di cattedra nelle scuole statali, contrastasse con gli articoli 3, 51 e 97 Cost. Il Consesso dei giudici ha dichiarato incostituzionale la disposizione impugnata in quanto precluderebbe l'effettiva ampia possibilità di partecipazione ai concorsi, ledendo il principio della parità di accesso ai ruoli pubblici.

INCOSTITUZIONALITÀ DELLE LEGGI REGIONALI DI MANIPOLAZIONE DEL BILANCIO

Con [sentenza n. 274/2017](#), la Consulta è stata investita di una questione di legittimità costituzionale da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri avverso l'articolo 6 della [legge della Regione Liguria n. 26/2016](#) contenente norme in materia di assestamento del bilancio preventivo per il biennio 2016-2018 e relativa all'incremento dell'accantonamento nel fondo crediti. Secondo i ricorrenti, non è possibile che in presenza di un disavanzo di amministrazione e di un avanzo libero, le Regioni non vadano a destinare somme per ripianare deficit di bilancio, in presenza di un risultato negativo di gestione. L'ipotesi contraria si porrebbe in difformità con gli equilibri di bilancio ex art. 81 Cost. Il Giudice delle leggi, accogliendo le

osservazioni presentate dai ricorrenti, ha statuito che un'anticipazione di liquidità deve essere finalizzata al pagamento dei debiti scaduti in modo da assicurare una piena armonizzazione con i principi di copertura della spesa e di equilibrio di bilancio così come previsti dall'articolo 81 Cost.

GIURAMENTO DEL GIUDICE COSTITUZIONALE GIOVANNI AMOROSO

Il **13 novembre** il nuovo Giudice costituzionale, dott. Giovanni Amoroso, eletto dalla Corte suprema di Cassazione il **26 ottobre**, ha [prestato giuramento](#) nelle mani del Capo dello Stato al Palazzo del Quirinale.

IL COMUNICATO STAMPA IN MATERIA DI OBBLIGO VACCINALE

Il **22 novembre**, con apposito [comunicato stampa](#), la Corte costituzionale ha dichiarato di aver ritenuto non fondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Regione Veneto sulle vaccinazioni obbligatorie. Il Giudice delle leggi ha sottolineato come la scelta in materia spetta al legislatore nazionale in quanto è corollario di una discrezionalità legislativa finalizzata alla salvaguardia della salute ex art. 32 Cost.. A ciò si aggiunga che le vaccinazioni obbligatorie erano già previste nei relativi piani nazionali atti ad assicurare i livelli essenziali di assistenza sanitaria.

AUTONOMIE

I REFERENDA CONSULTIVI PER L'AUTONOMIA

In ragione dell'entrata in vigore della [legge regionale 15/2014](#) e della legge regionale 16/2016 si è inaugurata una stagione referendaria per la Regione Veneto, nonostante la Corte costituzionale avesse dichiarato l'incostituzionalità di quattro delle cinque consultazioni promosse, a seguito del ricorso sul giudizio di legittimità dallo Stato ([Sent. 118/2015](#))

L'obiettivo del Veneto era quello di ottenere il sostegno del Corpo elettorale residente nel suo territorio per il conseguimento di forme di autonomia più intense, in ordine a diverse tematiche afferenti ai quesiti espressamente elencanti nella legge del 15/2014 e dunque alla possibilità di vedersi attribuite ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia rispetto a quelle già previste dall'art. 117 Cost.; all'utilizzo di una percentuale non inferiore all'80 per cento dei tributi pagati annualmente dai cittadini veneti all'amministrazione centrale venga utilizzata nel territorio regionale in

termini di beni e servizi; alla trattenuta di almeno l'ottanta per cento dei tributi riscossi nel territorio regionale; all'impossibilità di assoggettare a vincoli di destinazione il gettito derivante dalle fonti di finanziamento della Regione; e alla possibilità di trasformare lo status del Veneto da Regione ordinaria a speciale.

Sarebbe stato possibile prevedere la concessione di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia con legge dello Stato, rispetto a quelle già previste, in virtù di quanto sancito dalla Costituzione all'art. 116, co. 3, ma si è invece prediletta la strada del referendum consultivo (ex art. 75 Cost.).

A poche settimane dal voto, due elettori hanno cercato di impedire lo svolgimento della consultazione presentando ricorso avverso sia al Tar del Veneto, per ottenere l'annullamento e/o la dichiarazione di nullità, previa sospensione, del decreto di indizione del referendum del Governatore Zaia; sia al Tribunale di Venezia, per chiedere l'annullamento e/o la dichiarazione di nullità della delibera con cui la Giunta regionale aveva avviato il negoziato. I due ricorrenti, lamentando la violazione delle norme statutarie e della legge regionale che prevedeva il referendum, hanno posto a fondamento della loro richiesta la mancanza di omogeneità e di chiarezza del quesito, la carenza dei presupposti previsti dalla legge per l'indizione del referendum (dal momento che non erano state avviate le trattative necessarie tra Stato e Regione); la mancata verifica di ammissibilità della Commissione di garanzia prevista all'interno dello Statuto regionale; nonché la violazione delle disposizioni che disciplinano la parità di accesso ai mezzi di informazione durante le campagne elettorali e referendarie e per la comunicazione politica (Legge 22 Febbraio 2000, n. 28 sulla cd. Par condicio). Il giudice ordinario e il giudice amministrativo hanno però respinto il ricorso per difetto di legittimazione ad agire.

Pertanto, il **22 ottobre** si è svolta la consultazione referendaria, che ha visto la partecipazione 2.328.949 veneti (ossia il 52,7% della popolazione residente nel territorio). Il [risultato](#) è stato cristallino: a favore si sono espressi i 98,1 per cento dei cittadini (2.273.985), mentre i contrari si sono attestati su un mero 1,8 per cento (in totale 43.938)

Analoghe richieste sono state avanzate dalla Lombardia che, dopo un lunga interruzione, hanno trovato nuova spinta propulsiva con le quattro Deliberazioni del Consiglio Regionale ([DCR nn. 635/636/637/638](#)) del febbraio 2015. Proprio una di queste deliberazioni ha previsto la possibilità di indire un referendum consultivo concernente l'iniziativa per l'attribuzione alla Regione Lombardia di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia ai sensi della summenzionata disposizione costituzionale 116, 3 co. In tal senso, il **29 maggio**, il Presidente della Regione Maroni ha indetto, con decreto, la data del referendum nella stessa giornata della

consultazione veneta, ossia domenica **22 ottobre** ([Decreto n. 683](#)). Pochi giorni dopo, nella seduta del **13 giugno**, il Consiglio regionale ha approvato una mozione ([n. 849](#)) concernente le materie e le risorse oggetto della richiesta di maggior autonomia per la Lombardia. Il [decreto di indizione del referendum](#), con cui si è scelto di far ricorso al meccanismo del voto elettronico, è stato firmato il **27 luglio** dal Presidente Maroni, affinché il Corpus elettorale dei lombardi esprimesse il proprio favore o la propria contrarietà rispetto al [quesito](#) e, dunque, rispetto alla possibilità che la Regione, in virtù della sua specialità, nel quadro dell'unità nazionale, *“intraprendesse tutte le iniziative istituzionali necessarie per richiedere allo Stato l'attribuzione di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia, con le relative risorse, ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo 116, terzo comma, della Costituzione e con riferimento a ogni materia legislativa per cui tale procedimento sia ammesso in base all'articolo richiamato”*.

Il **9 ottobre**, pochi giorni prima della consultazione, è stata diffusa una [comunicazione](#) del Presidente, in ragione della principale novità che caratterizza la procedura, ossia l'utilizzo di apparecchi elettronici *touchscreen* di espressione del suffragio. Proprio perché le *Voting Machine* per loro natura sono impossibilitate a garantire controlli adeguati per la verifica della registrazione dei voti e dei risultati e ad assicurare operazioni elettorali trasparenti, è stata prevista l'assistenza di personale tecnico a supporto del corretto svolgimento delle procedure. Un'altra novità, corollario del meccanismo di voto prescelto e che tuttavia avvalorava la tesi appena enunciata, è quella di affiancare la stampa dei voti in determinate sezioni, (5% degli aventi diritto) preventivamente sorteggiate, con l'obiettivo di “consentire verifiche maggiori circa la regolarità del voto espresso”. Per questo motivo, in 450 sezioni del territorio lombardo sono state fatte pervenire urne elettorali opache dotate di stampante, collegate ai dispositivi elettronici via cavo, per stampare i voti.

Le urne, chiusesi allo scoccare della mezzanotte del 22 ottobre, hanno registrato come [esito](#) la partecipazione di 3.017.707 di elettori lombardi (38,34%), di cui 2.875.438 (95,29%) a favore per il “sì”.

FINANZA LOCALE

In materia di finanza e programmazione economica, nel quadrimestre ivi considerato sono state adottate dalle Regioni alcune leggi, tra cui si ricorda:

Per la Regione Campania

- [Legge regionale 28 settembre 2017, n. 27, Riconoscimento di debito fuori bilancio ai sensi dell'articolo 73, comma 1, lettera a\) del decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118 come modificato dal decreto legislativo 10 agosto 2014, n.126](#)
- [Legge regionale 9 ottobre 2017, n. 28, Riconoscimento di debito fuori bilancio ai](#)

[sensi dell'articolo 73, comma 1, lettera a\) del decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118 come modificato dal decreto legislativo 10 agosto 2014, n.126](#)

- [Legge regionale 20 novembre 2018, n. 32, Rendiconto generale della Regione Campania per l'esercizio finanziario 2014](#)
- [Legge regionale 1 dicembre 2017, n. 35, Variazione al Bilancio di previsione finanziario per il triennio 2017/2019 della Regione Campania – Piano di Rientro dal disavanzo al 31.12.2014](#)
- [Legge regionale 1 dicembre 2017, n. 36, Variazione al Bilancio di previsione finanziario per il triennio 2017/2019 della Regione Campania](#)
- [Legge regionale, 5 dicembre 2017 n. 37, Principi e strumenti della programmazione ai fini dell'ordinamento contabile regionale](#)

Per la Regione Molise

[Legge regionale 13 settembre, n. 12, Variazione al Bilancio di previsione 2017-2019 per l'esercizio finanziario 2017, ai sensi dell'articolo 26 del decreto-legge 24 aprile 2017, n. 50](#)

Per la Regione Piemonte

[Legge regionale 22 novembre 2017, n. 18. Assestamento del bilancio di previsione finanziario 2017 – 2019 e disposizioni finanziarie](#)

Per la Regione Veneto

[Legge regionale 6 dicembre 2017, n. 40, modifica ed integrazione alla legge regionale 30 dicembre 2016, n. 30 "collegato alla legge di stabilità 2017"](#)

LEGGI REGIONALI PER L'ISTITUZIONE DI NUOVI COMUNI NEI CASO LOMBARDO, PIEMONTESE E TOSCANO.

A seguito dell'indizione del referendum regionale consultivo, sono state approvate i seguenti provvedimenti regionali al fine di creare nuovi Comuni:

- [Toscana, Legge regionale 5 dicembre 2017, n. 66, Istituzione del Comune di Laterina Pergine Valdarno, per fusione dei Comuni di Pergine Valdarno e di Laterina](#)
- [Toscana, Legge regionale 5 dicembre 2017, n. 65, Istituzione del Comune di Rio, per fusione dei Comuni di Rio Marina e Rio nell'Elba. Istituzione del Comune di Rio, per fusione dei Comuni di Rio Marina e Rio nell'Elba](#)
- [Piemonte, Legge regionale 6 dicembre 2017, n. 22, Istituzione del Comune di Alluvioni Piovera mediante fusione dei comuni di Alluvioni Cambiò e di Piovera in Provincia di Alessandria](#)

- [Piemonte, Legge regionale 6 dicembre 2017, n.23, Istituzione del Comune di Cellio con Breia mediante fusione dei comuni di Cellio e di Breia in Provincia di Vercelli](#)
- [Lombardia, Legge regionale 11 dicembre 2017, n. 29 , Istituzione del comune di Castelgerundo, mediante la fusione dei comuni di Cavacurta e Camairago, in provincia di Lodi](#)
- [Lombardia, Legge regionale 11 dicembre 2017, n. 30 , Istituzione del comune di Centro Valle Intelvi mediante la fusione dei comuni di Casasco d'Intelvi, Castiglione d'Intelvi e San Fedele d'Intelvi, in provincia di Como](#)
- [Lombardia, legge regionale 11 dicembre 2017, n. 31, Istituzione del comune di Valvarrone mediante la fusione dei comuni di Introzzo, Tremenico e Vestreno, in provincia di Lecco](#)
- [Lombardia, Legge regionale 11 dicembre 2017, n. 32 , Istituzione del comune di Borgo Mantovano, mediante la fusione dei comuni di Pieve di Coriano, Revere e Villa Poma, in provincia di Mantova](#)

ALTRI PROVVEDIMENTI REGIONALI ADOTTATI

In materia di riordino delle funzioni amministrative, secondo quanto introdotto dalla Legge che introduce disposizioni sulle città metropolitane, sulle province, sulle unioni e fusioni di comuni (cd. Legge del Rio)

- [Abruzzo, Legge regionale 30 agosto 2017, n. 50, Disposizioni per il riordino delle funzioni amministrative delle Province in attuazione della Legge 56/2014](#)
- [Piemonte, Legge regionale 31 ottobre 2017, n. 16, Legge annuale di riordino dell'ordinamento regionale.](#)

In materia di adeguamento con il diritto sovranazionale, si evidenzia l'approvazione da parte della regione Abruzzo della [Legge regionale 30 agosto 2017, n. 44, Adeguamento dell'ordinamento regionale agli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione Europea.](#)

In materia di competenze esclusiva statale, è stata approvata da Veneto la [Legge regionale 5 settembre 2017 n. 28/2017 Nuove disposizioni in materia di uso dei simboli ufficiali della Regione del Veneto modifiche e integrazioni alla legge regionale 20 maggio 1975, n. 56 'Gonfalone e stemma della Regione'.](#)

Nel merito, si fa presente che il Consiglio dei Ministri ha deciso di presentare [ricorso](#) per questioni di legittimità costituzionale, impugnando la predetta legge, giacché ha ritenuto che talune disposizioni relative all'esposizione della bandiera

veneta contrastano con la legislazione statale relativa all'uso dei simboli ufficiali. In tal senso, si rileva non solo una violazione dei principi di ragionevolezza, uguaglianza e unità disciplinati dagli articoli 3 e 5 della Costituzione; ma altresì una violazione delle competenze legislative affidate allo Stato in materia di “ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali”, ex art. 117, comma 2, lett. g) Cost.

R. J. JACKSON, D. JACKSON, *Canadian Government and Politics in Transition*, Toronto, Pearson, 2016, pp. 322*.

Lo scopo del manuale curato da Robert J. Jackson e Doreen Jackson, entrambi professori di Relazioni internazionali all'Università Carleton di Ottawa, consiste nel condurre un'analisi sistematica tanto delle istituzioni statali canadesi, identificative del potere esecutivo-burocratico, legislativo e giudiziario, quanto delle istituzioni politiche (partiti, gruppi di interesse e media), mettendo in luce anche i temi di maggiore attualità che interessano la democrazia canadese.

Punto di partenza di questa analisi sono le elezioni del 19 ottobre 2015, a seguito delle quali il Partito Liberale guidato da Justin Trudeau ha conquistato la maggioranza assoluta dei seggi nella *House of Commons*. Tali elezioni hanno, infatti, segnato un importante bisogno di cambiamento proveniente dal Corpo elettorale, gettando le basi di un processo di “transizione” da un sistema di governo caratterizzato da una tendenziale chiusura nei confronti delle diversità, implementato dai precedenti Governi conservatori di Stephen Harper, ad una democrazia più inclusiva delle differenze linguistiche, religiose ed etniche e in cui si registra una maggiore considerazione verso i tradizionali valori della socialdemocrazia canadese, fondati sul principio di tolleranza e sul riconoscimento e tutela del multiculturalismo. Inoltre, le elezioni del 2015 hanno anche contribuito a far emergere una serie di temi che domineranno la discussione pubblica nel lungo periodo: dall'immigrazione alla sicurezza nazionale, dalla disoccupazione giovanile all'invecchiamento della popolazione, dall'economia globale alle problematiche ambientali, passando per le necessarie riforme istituzionali (in particolare sul Senato e sul sistema elettorale *plurality*) e per le spinte secessioniste del Québec.

Si tratta di tematiche che, come sostengono i due Autori, “*must be resolved in Canada through the democratic institutions that have been built since Confederation*” (p. 13). Perciò il manuale offre un'analisi dettagliata sul funzionamento delle istituzioni canadesi, evidenziandone i problemi e i principali elementi di novità che si sono profilati dopo le elezioni del 2015. Ma prima di esaminare le singole istituzioni, cui sono dedicati gli ultimi cinque capitoli, il volume delinea, nella prima parte, il contesto in cui esse operano, vale a dire un sistema federale, frutto di una peculiare evoluzione dei rapporti tra centro e periferia e segnato dalla presenza di una società multietnica, multiculturale e plurinazionale.

* Contributo sottoposto a *peer review*.

Di fatto, l'opzione federale accolta già nel *British North America Act* del 1867 è apparsa la più adeguata per rispondere alle esigenze delle comunità territoriali presenti in Canada di tutelare e promuovere la propria identità culturale. Occorre notare, infatti, come i nodi problematici che la Costituzione canadese ha dovuto affrontare hanno riguardato, principalmente, la difficoltà di assicurare una pacifica convivenza non solo tra francofoni e anglofoni, ma anche tra le comunità autoctone degli aborigeni e i gruppi di immigrati. Un tratto peculiare del manuale preso in esame risiede nel mettere in evidenza alcune controversie sorte tra le minoranze native e il resto del Canada, tra le quali rientrano le richieste avanzate dalle *First Nations* di vedersi riconosciuto e garantito un controllo effettivo sulle proprie terre e risorse naturali, oppure la regolamentazione dei diritti di caccia e pesca o, ancora, le esenzioni fiscali previste per i popoli nativi. Si tratta di questioni di grande attualità, rimaste in gran parte irrisolte nonostante gli sforzi delle autorità per ottenere una vera riconciliazione con le minoranze aborigene.

Altri nodi controversi emergono in riferimento al percorso di *patriation* della Costituzione canadese, che prende le mosse da un processo costituente lungo e faticoso, messo spesso in crisi dalle tendenze autonomistiche e separatiste del Québec, come accadde in occasione dell'approvazione del *Canada Act 1982* e della Carta dei diritti. Su questo punto, come ritengono i due professori, sarebbe lecito chiedersi: “*Have Canadians patriated the Constitution only to be mired in a constitutional deadlock? [...]*” (p. 71), ricordando il fallimento dei tentativi di revisione diretti a coinvolgere il Québec nel c.d. “rimpatrio” della Costituzione. Punto centrale di riflessione, suscitato dal fallimento degli accordi del lago Meech nel 1990 e di Charlottetown nel 1992 e oggetto di dibattito sia in ambito politico che in dottrina, risulta ancora essere la disciplina dell'*amending process*, che ha dimostrato di essere “*too rigid to resolve divisive issues*” (p. 71). Il manuale, pur senza ripercorrere i termini del dibattito sollevatosi sul tema della manutenzione costituzionale canadese, sottolinea come le complicate regole procedurali, determinando l'insuccesso delle grandi riforme, abbiano avuto la conseguenza di collocare al di fuori dell'alveo della Costituzione i tentativi di risolvere gli annosi problemi di relazione tra la federazione e le Province, o tra il Governo federale e i popoli autoctoni, senza quindi che si seguisse la strada di presentare una proposta emendativa, cercando poi di farla approvare.

Con la difficoltà di riformare l'assetto costituzionale, continua a riproporsi oggi il dilemma “*of how to solve regional aspirations and Québec's precise demands while retaining a viable federal government?*” (p. 71), che costituisce la sfida più importante che il federalismo canadese si trova ad affrontare.

Sull'analisi del federalismo svolta nel manuale due aspetti meritano di essere menzionati, in quanto rivestono un carattere di grande attualità: da un lato, il fatto che “*federal-provincial financial relations have become health care relations*” (p. 87); dall'altro, il nuovo approccio nei rapporti tra la Federazione e le Province che il Governo Trudeau aveva promesso di adottare dopo la vittoria alle elezioni del 2015. Sul primo punto, occorre notare come l'invecchiamento della popolazione e l'avanzamento tecnologico abbiano incrementato notevolmente i costi dell'assistenza sanitaria, e abbiano reso quello delle politiche sociali un terreno cruciale in cui si dispiegano i processi di riorganizzazione delle politiche pubbliche, tanto a livello federale quanto a livello provinciale. Per quanto riguarda il secondo aspetto, invece, bisogna ricordare che il Premier Trudeau aveva iniziato il suo mandato invitando i Primi Ministri di tutte le suddivisioni territoriali a prendere parte alla conferenza sul clima di Parigi e il suo Governo aveva iniziato a negoziare con le Province, guidate dall'Ontario, per lo sviluppo di un nuovo piano di politiche pensionistiche. In realtà, “*the fiscal arrangements between them looked less than rosy bearing in mind the difficulties in the economy [...] with resources sales limited and the economy only barely chugging by*” (p. 90). Pertanto, come sottolineano gli Autori, “*it may take more than one Liberal government to return the country to greater federal-provincial co-operation*” (p. 90).

Così inquadrata le caratteristiche e le problematiche del contesto in cui sono inserite le istituzioni canadesi, la seconda parte del manuale inizia con l'esaminare la struttura e il funzionamento del potere esecutivo, che occorre mettere in correlazione all'analisi svolta sulla Pubblica Amministrazione e le dinamiche relative al bilancio e all'indebitamento pubblico. In primo luogo, occorre far notare che nel volume di cui si tratta vengono evidenziati i principali elementi di novità che si sono registrati nell'organizzazione e nella composizione del *Cabinet* con l'attuale Esecutivo a guida liberale. In secondo luogo, risulta di grande interesse l'analisi dei problemi che derivano dalla formazione di *minority Governments*, che comportano una maggiore influenza dei MPs sulla definizione delle politiche governative, oltre al fatto che “*in minority situations, Prime Ministers [...] must bargain with opposition members and also their own backbenchers to maintain the confidence of the House*” (p. 135). Costituzionalisti e scienziati della politica canadesi ritengono, tuttavia, che gli Esecutivi di minoranza non siano di per sé forieri di inefficienza e instabilità politica, ma riconoscono che la loro capacità di indirizzare i lavori della Camera dei Comuni dipende in gran parte dalla personalità del Premier. Nel manuale si rileva, infatti, che i Governi guidati da Lester B. Pearson e Pierre Trudeau, seppure privi di una solida maggioranza assoluta in Parlamento, siano riusciti a fare approvare importanti provvedimenti di legislazione sociale.

In aggiunta a ciò, come viene sottolineato nel capitolo relativo all'esame della Pubblica Amministrazione e della spesa pubblica, i problemi dei Governi di minoranza emergono anche in relazione al processo di *budget making*, poiché rendono più faticoso il raggiungimento di stabili compromessi con i partiti di opposizione, difficoltà manifestatasi in particolare con il Gabinetto di Paul Martin del 2003 e quelli guidati da Stephen Harper tra il 2006 e il 2011. Occorre poi richiamare un ulteriore aspetto problematico che interessa l'apparato burocratico canadese: la mancanza di previsioni normative che stabiliscano la responsabilità delle *crown corporations* (vale a dire strutture non-dipartimentali, come organismi di regolamentazione o enti consultivi) verso il Parlamento, il quale non è quindi in grado di esercitare un effettivo potere di controllo su tali agenzie semi-autonome rispetto al potere pubblico. Ciò ha determinato la necessità di un intervento legislativo diretto a regolamentare la materia, anche se bisogna tenere presente che *“the key question is whether MPs have the resources, inclination, or time to ensure government accountability”* (p. 179).

Proseguendo nell'analisi delle istituzioni statali, anche la trattazione degli aspetti problematici che riguardano il potere legislativo presenta alcune peculiarità, che sono riconducibili più che altro alla riflessione sulla riforma della Camera alta, che mira a trasformarla in Assemblea di rappresentanza degli interessi territoriali. Oltre al fatto di essere accusata di non rappresentare le Province, il problema per il Senato canadese è semplice: *“if it does little, it is accused of being a «rubber stamp», but if it acts decisively, it is reprimanded for blocking the will of the people”* (p. 161). Le riflessioni svolte dai due professori dell'Università di Ottawa partono dalla constatazione del fallimento di tutti i tentativi di riforma degli ultimi decenni e dalla presa d'atto dei limiti posti da una pronuncia della Corte Suprema del 2014, che ha dichiarato l'incostituzionalità di ogni riforma condotta unilateralmente dal Governo e dal Parlamento federale, senza il coinvolgimento delle Province. Di fronte a questo stallo, si pone tuttavia l'alternativa di adottare riforme di natura non costituzionale, in grado di rinnovare l'*Upper House* per via politica, come viene dimostrato dal *Trudeau Plan*, che ha inteso introdurre un nuovo meccanismo di selezione dei senatori, basato più sul “merito” che non sull'appartenenza partitica. Oltre a ciò, vi sarebbe anche la possibilità di modificare le *Senate Rules*, così da consentire alla Camera alta di funzionare alla stregua di un organo legislativo complementare di riflessione, come stabilito dalla Corte Suprema nel già richiamato giudizio di *reference* del 2014.

Oltre al caso della riforma del Senato, la Corte Suprema canadese ha espresso altre pronunce importanti per la determinazione dei caratteri dell'ordinamento canadese, come il ben noto parere sulla secessione del Québec emanato nel 1998, ma occorre anche ricordare le decisioni prese sulla base della Carta dei diritti e delle libertà. Nel

capitolo dedicato allo studio dell'amministrazione giudiziaria, si mettono in risalto le pronunce più significative dei giudici supremi in tema di diritti e, in particolare, di principio di uguaglianza e divieto delle discriminazione, da cui derivano, secondo la giurisprudenza della Corte, il necessario rispetto della dignità dell'uomo, che è uno dei pilastri di una *free and democratic society* quale è quella canadese, che riconosce e promuove al suo interno il principio di tolleranza razziale, elemento essenziale al suo stesso funzionamento. Dall'esame delle sentenze della Corte suprema fondate sul principio di uguaglianza, emerge chiaramente come esse abbiano rappresentato una serie di precedenti "*for women and minorities in subsequent decisions where, in essence, the Court was being asked to lead social change, or to give official recognition to changes that already had taken place*" (p. 190).

Tesa a ripercorrere i profili storici e i più importanti fattori di cambiamento risulta anche l'analisi sui partiti politici e sul sistema partitico. L'aspetto su cui i professori della *Carleton University* si concentrano maggiormente è dato dal fatto che "*the large majority victory of the Liberal Party in 2015 showed how the party system is still adjusting*", in quanto l'ultima tornata elettorale ha avuto un impatto notevole sull'evoluzione del sistema partitico, rovesciando la fase di dominio conservatore in una nuova guidata dai Liberali, i quali ultimi, facenti parte di un'area di centro moderata insieme agli ex *Progressive Conservative*, si pensava fossero ormai completamente marginalizzati. Molte teorie sono state esposte per spiegare i cambiamenti intervenuti nel sistema partitico e il ruolo che vi rivestono i partiti politici. Tra queste, vengono riportate nel manuale la *Brokerage theory*, secondo la quale i due partiti tradizionali "*have few coherent ideological interests but rather act as brokers of ideas, selecting those that have the widest appeal and the best likelihood of attracting electoral support*" (p. 207), e la *one-party dominant thesis*, che evidenzia il ruolo di "naturale partito di governo" svolto dai Liberali tra gli anni '20 e gli anni '80 e poi, ancora, dal '93 al 2004.

Elementi caratterizzanti la vita interna ai partiti politici e la loro attività parlamentare, come si legge nel volume, sono sostanzialmente due: da un lato, la scarsa partecipazione politica dei canadesi (secondo i dati che vi sono riportati, aggiornati al 2016, la *membership* di partito si attesta solo all'8%, mentre coloro che fanno donazioni a partiti politici sono il 19%); dall'altro, la rigida disciplina interna ai partiti parlamentari, che funziona grazie alle strutture dei *parliamentary caucuses*, ma anche per i processi di forte centralizzazione della *leadership* di partito.

Oltre ai partiti politici rilevano altre strutture di collegamento tra la società e le istituzioni statali, come i movimenti e i gruppi di interesse, spesso più efficaci e diretti nell'influenzare i processi decisionali. Nel manuale si sottolinea come i principali obiettivi dei gruppi di interesse e dei lobbisti siano i politici, i burocrati e i partiti

politici, ciascuno dei quali ha un ruolo ben preciso nel procedimento di formazione e implementazione delle politiche pubbliche. Inoltre, occorre notare che l'influenza delle *lobbies* ha determinato la necessità di introdurre nel 2008 una disciplina legislativa sulle loro attività, disciplina che ha reso più trasparente la loro procedura di registrazione, più eque e regolate le relazioni con i funzionari governativi e ha fornito all'opinione pubblica strumenti più efficaci per conoscere chi esercita attività di *lobbying* e nei riguardi di quale istituzione. Anche i mass media e i media digitali esercitano un ruolo importante nell'interazione tra i cittadini e i governanti, influenzando i comportamenti e le opinioni del Corpo elettorale. Il volume mette in risalto come siano stati soprattutto i social media i principali canali di comunicazione durante la campagna elettorale per le elezioni federali del 19 ottobre 2015 e come il risultato negativo per i Conservatori sia stato condizionato dallo stile politico di Stephen Harper, accusato dai mezzi di comunicazione per essere troppo arrogante e divisivo.

Il ruolo determinante che rivestono i media e i sondaggi nell'ambito delle votazioni elettive viene trattato in connessione all'analisi del sistema elettorale canadese, dell'affluenza alle urne e del comportamento elettorale. Sono, in particolare, gli effetti distorsivi del *First-Past-The-Post* sulla rappresentanza politica gli aspetti che Robert Jackson e Doreen Jackson mirano maggiormente a chiarire, al fine di riflettere sul tema della riforma elettorale, emerso in più ondate di dibattiti nella storia canadese, e sulle conseguenze negative che il FPTP avrebbe in ordine alla rappresentanza delle donne e delle minoranze e sulla partecipazione alle elezioni, soprattutto dei più giovani. Le caratteristiche della formula elettorale vengono esaminate dagli Autori nell'ambito di un'articolata disciplina che riguarda anche la legislazione elettorale di contorno, relativa alla regolazione delle campagne elettorali, dei partiti e del loro finanziamento pubblico.

Dopo aver analizzato l'assetto delle istituzioni politiche, gli ultimi due capitoli del manuale sviluppano due focus tematici, dedicati rispettivamente all'approfondimento dei temi della politica estera e delle questioni di etica politica che investono la classe dirigente canadese.

In riferimento alle relazioni internazionali, è importante notare come una politica commerciale basata sulla diversificazione dei partner internazionali costituisca per il Canada la leva principale per accrescerne la visibilità e l'influenza a livello globale. Pertanto, alla luce del peso eccessivo che ha raggiunto l'interscambio con gli Stati Uniti, occorre ricordare la firma del *Comprehensive Economic and Trade Agreement* (CETA), accordo di libero scambio raggiunto con l'Unione Europea, entrato in vigore provvisoriamente il 27 settembre 2017 nelle sue parti fondamentali, ed in

attesa di essere comunque ratificato dai Parlamenti dei 28 Stati membri dell'UE. Oltre alla politica commerciale, vengono esaminate le questioni relative ai rapporti bilaterali Canada-USA, sia con riguardo al tentativo di costruzione di un oleodotto per l'esportazione di petrolio dall'Alberta al Messico, sia in riferimento alle dispute sulla sovranità della regione artica. Nell'ultima parte del capitolo, vengono invece analizzate la storia e i risvolti della politica militare canadese nei teatri di guerra dell'Afghanistan, dell'Iraq, della Libia e della Siria.

Per quanto riguarda l'etica pubblica, infine, i due Autori pongono l'attenzione sul tema del conflitto di interessi e del *political patronage*, che costituiscono le forme più comuni di cattiva condotta tra i membri del Governo e tra i parlamentari, osservando che le “*rules governing their ethics have emerged haphazardly and as the result of scandals*” (p. 285). Innanzitutto, vengono messe in evidenza alcune importanti criticità del c.d. “*ethics package*” del Governo Chrétien, in vigore dal 1994, che comprendeva un codice in materia di conflitto di interessi; in secondo luogo, si considerano le novità introdotte con il *Federal Accountability Act* (FAA) del 2006, un *omnibus bill* che è stato adottato su iniziativa del Governo di minoranza di Stephen Harper e che ha istituito la carica del *Commissioner of conflict of interests and ethics*, responsabile di amministrare le disposizioni del nuovo *Conflict of Interests Act*, incorporato nel FAA. Nonostante questi recenti interventi normativi, nel 2013 sono scoppiati una serie di scandali sui rimborsi spese dei senatori che hanno posto nuovamente al centro dell'attenzione dell'opinione pubblica le problematiche legate all'etica politica e alla responsabilità degli eletti nei confronti degli elettori. Tuttavia, per il buon funzionamento della democrazia e delle istituzioni canadesi è necessario, non solo che il ceto politico sia rispondente alle istanze dei cittadini prima che alle esigenze partitocratiche, ma anche che “*the public [...] needs to be aware of the subtleties and difficulties of governing. [...] Governing and electoral responsiveness are not the same*” (p. 293).

Per concludere si può affermare che la lettura del volume descritto è utile per avere una panoramica ampia e sintetica della realtà politico-costituzionale del Canada, ordinamento affascinante quanto complesso, utile per riflettere sui più importanti processi di cambiamento che stanno attraversando non solo l'assetto istituzionale del paese, ma anche la sua società, il sistema politico, la classe dirigente e la politica estera.

Mario Altomare

F. CAPRIGLIONE, R. IBRIDO, *La Brexit tra finanza e politica. Le prospettive del processo di integrazione costituzionale in Europa*, Milano, UTET, 2017, pp. 164*.

Oltre l'orizzonte un declivio di tristezza: la dedica (F. O'Hara, Versi per i biscotti della fortuna) che apre il volume di Francesco Capriglione e Renato Ibrido sintetizza il pessimismo degli Autori sulle prospettive del processo di integrazione costituzionale in Europa, che viene analizzato attraverso la lente d'ingrandimento della fuoriuscita del Regno Unito dall'Unione europea. Gli Autori, tuttavia, non perdono la speranza in un cammino che, sebbene si presenti irto di asperità ed ostacoli, sembra non potersi rinunciare se si crede ancora nel 'sogno europeo' come "antidoto all'isolazionismo e portatore di pace e benessere" (p. 11). Il volume è agile ma complesso, dal taglio multidisciplinare: spazia infatti dal diritto costituzionale al diritto dell'economia, dal diritto dell'Unione europea alle relazioni internazionali, dalla geopolitica alla geoeconomia.

Il voto referendario del 23 giugno 2016 del Regno Unito "incide profondamente non solo sulle relazioni della Gran Bretagna con gli Stati membri dell'Unione, bensì sugli stessi equilibri complessivi di quest'ultima" (p. 1). *La Brexit*, lungi dall'essere un caso a se stante, assume "una funzione catalizzatrice delle possibili trasformazioni che, nei prossimi anni, sarà dato riscontrare in ambito europeo" (p. 2). Alla luce di queste premesse, gli Autori si sono così interrogati sulle implicazioni del voto britannico, valutandone gli esiti anche con riferimento alla possibilità di dar corso al processo costituente europeo.

L'analisi inizia con un primo bilancio degli esiti della *Brexit* dopo un anno dal voto referendario. I dati economici indicano una situazione decisamente diversa da quella ipotizzabile all'indomani del referendum. Questo potrebbe essere dovuto all'aumento delle esportazioni legato al deprezzamento della sterlina, nonché ad una riduzione delle importazioni: i dati possono dunque essere letti come una reazione circoscritta al breve termine. Suggestiva l'immagine usata da Iain Begg, secondo il quale sarebbe arduo dire che l'economia britannica ha superato indenne *Brexit*: infatti, l'immagine che può descrivere la situazione "è quella di Willy Coyote che salta dal precipizio e continua a correre prima di rendersi conto che sotto di lui c'è il vuoto" (parole riportate in N. Degli Innocenti, *Sei mesi dopo, Brexit cerca ancora la sua strada*, in *www.ilsole24ore.com*, 23/12/2016). Invece, previsioni OCSE precisano che l'economia

* Contributo sottoposto a *peer review*.

britannica, pur non avendo subito nell'immediato un danno dalla *Brexit*, potrà andare incontro ad un rallentamento del PIL, fino al suo assestamento all'1% (livello inferiore a quello registrato negli ultimi anni). Sembra che ci si trovi, insomma, in una situazione caratterizzata dall'attesa e dall'incertezza sul futuro del Regno Unito.

La clausola di recesso (art. 50 TUE) è stata attivata il 29 marzo 2017 previa autorizzazione del Parlamento britannico, ma gli esiti della *Brexit* non potranno che dipendere dalle trattative che si svolgeranno tra la Gran Bretagna e l'UE. Due sono le ipotesi sul tavolo: una *Hard Brexit*, che prevede l'uscita del Regno Unito dal mercato unico e ipotizza la definizione di un accordo regolato dalla *World Trade Organization*; oppure una *Soft Brexit*, che consenta al Regno Unito di restare all'interno del mercato unico. In questo scenario i vertici UE hanno approvato delle "linee guida" politiche a fine aprile 2017 nonché una Raccomandazione contenente le direttive tecniche del negoziato. Le posizioni poco convergenti sono probabilmente state aggravate dai risultati delle elezioni politiche britanniche dell'8 giugno 2017, che hanno visto il ridimensionamento del partito conservatore e un indebolimento della posizione della May.

I negoziati dovranno necessariamente offrire a cittadini, imprese e soggetti interessati il massimo grado possibile di chiarezza e certezza giuridica per quanto riguarda gli effetti immediati del recesso del Regno Unito dall'Unione. Gli Autori affermano che non sarà assumendo una linea *hard* nelle trattative che le parti in campo potranno risolvere in modalità congrue una problematica che incide sulla stessa essenza della realtà europea. Infatti il Regno Unito "è e resta una componente fondamentale all'interno del contesto socio politico ed economico che, nel tempo, ha visto la progressiva espansione di un aggregato di paesi tra loro vicini e strettamente connessi per storia, cultura e civiltà. Da qui l'unica, auspicabile forma di *exit* – coerente con il ruolo da sempre ricoperto dalla Gran Bretagna in ambito internazionale – è quella che dia vita ad uno stretto partenariato tra l'Unione e il Regno Unito dopo la sua uscita" (pp. 26-27).

Il secondo capitolo del volume si occupa degli effetti economici della *Brexit*. I negoziati che attendono Regno Unito e UE, infatti, lasciano intravedere possibili costi economici di lungo periodo che potrebbero gravare sull'economia britannica. I temi trattati nel dettaglio dal capitolo riguardano, innanzitutto, la ridefinizione delle relazioni economiche tra UK ed UE. Sono soprattutto le incertezze a caratterizzare lo scenario *post-Brexit* e ad impedire di ipotizzare le scelte operate in sede di negoziati. Tuttavia, estremamente complicata appare sia l'adesione al "mercato unico" poiché sottesa alla stessa è l'accettazione della quattro libertà fondamentali (libera circolazione delle persone, dei servizi, delle merci e dei capitali) su cui si fonda la

costruzione europea. Allo stesso modo, appare complessa anche la partecipazione del Regno Unito ad una “unione doganale” con i paesi dell’UE in quanto anche questa si risolve nel recepimento di parte della normativa europea e nella rinuncia ad imporre dazi doganali in via autonoma. Rimane dunque la possibilità di stipulare un “accordo di libero scambio”, oppure – ovviamente – la possibilità di non raggiungere alcun accordo. In entrambi i casi il Regno Unito assumerebbe la qualifica di “paese terzo”.

In secondo luogo, viene analizzato il tema dei rapporti bancari ed il riordino del sistema finanziario UE. Infatti, la *Brexit* avrà inevitabilmente conseguenze anche sotto questo punto di vista. Si pensi, ad esempio, agli intermediari creditizi britannici: se la posizione del Regno Unito sarà quella di paese terzo, perderanno il “passaporto europeo”. Un’altra conseguenza della perdita del “passaporto europeo” da parte delle banche britanniche è l’incidenza sul ruolo svolto dalla *City of London*. Ruolo destinato a cambiare a seguito della *Brexit*, che farà “venir meno i presupposti legali e fattuali per consentire alla *City* di continuare ad essere la grande ‘piattaforma’ finanziaria europea, in grado di accogliere ed eseguire tutte le richieste d’intervento che tradizionalmente su di essa convergono” (pp. 36-37). Questo, peraltro, potrebbe determinare la diaspora degli investitori istituzionali verso altri “poli finanziari”: di qui la prospettiva di procedere ad una rivitalizzazione di Milano come importante centro finanziario europeo. Da ultimo, la *Brexit* ha comportato lo spostamento in un altro paese dell’Unione della sede dell’EBA (*European Banking Authority*), che era operante a Londra (nonché dell’EMA: *European Medicines Agency*). Come è noto, nel novembre 2017 l’EBA è stata trasferita a Parigi, dopo che Francoforte è uscita al secondo turno ed era rimasta in corsa, insieme alla capitale francese, la sola Dublino. Tra le due città la sfida è stata poi vinta proprio da Parigi col metodo del sorteggio (metodo col quale si è alla fine scelta anche la sede dell’EMA, che all’ultimo turno era contesa tra Milano ed Amsterdam, che se l’è aggiudicata).

Il terzo capitolo è dedicato al nuovo quadro geopolitico dell’Unione. Infatti, lo scenario che connota quest’ultima, soprattutto dopo la crisi, è caratterizzato da una Germania sempre più ‘locomotiva’ della fase di ripresa economica. Si hanno, inoltre, due ‘blocchi’ di paesi: il primo costituito da quelli che propongono il rigore come obiettivo; il secondo è invece costituito da paesi per i quali tale obiettivo è particolarmente gravoso (come Italia, Spagna, Portogallo e Grecia). La crisi dei titoli sovrani ha determinato la sfiducia dei mercati finanziari nei confronti dei paesi fortemente indebitati, causando un differenziale di *spread* che ha aggravato il costo del rifinanziamento per quegli Stati. Per delineare il nuovo quadro geopolitico che si avrà in seguito alla *Brexit*, in particolare, si fa un confronto tra la posizione della

Francia e quella della Gran Bretagna e le loro differenti inclinazioni sull'integrazione europea. La Francia, infatti, è sempre stata (fin dalla dichiarazione Schuman del 1950) fermamente convinta di essere parte essenziale del nocciolo duro dell'UE: si adopera, pertanto, per favorire il cammino verso più elevate forme di unificazione. Lo spirito partecipativo francese, inoltre, è stato di recente rivitalizzato dall'elezione dell'europeista Presidente Macron, le cui proposte sono orientate al rilancio del progetto europeo e della sua dimensione politica. Fatte queste premesse, la Francia sembra indirizzata verso un raccordo più stretto con la Germania, mettendo l'asse franco tedesco al centro della definizione della linea politica dell'Unione.

Al contrario, la Gran Bretagna ha nel tempo assunto atteggiamenti dai quali è trasparso un distacco nei confronti dell'UE. Da questo punto di vista, in particolare, il tradizionale attaccamento alla sovranità nazionale "è alla base di scelte politiche che, sul piano delle concretezze, trasformano il 'distacco empatico' [...] in una sorta di 'separazione' ideologica; per cui il Regno Unito si è autoescluso da quelle forme di integrazioni progressive che, secondo le indicazioni di Jean Monnet, avrebbero potuto/dovuto condurre – seguendo un processo funzionale [...] alla realizzazione di un'Unione politica" (pp. 53-54). Si spiegano così le posizioni assunte dalla Gran Bretagna su alcune questioni concernenti le misure di coordinamento delle politiche economiche e bancarie dell'Unione. Si pensi, soprattutto, alla mancata adesione della Gran Bretagna alla "moneta unica" ed alla sua politica verso gli affari europei, orientata alla tutela di interessi d'intonazione nazionale. Dunque, gli effetti della *Brexit* sull'assetto geopolitico europeo si concretizzeranno in un rafforzamento dell'asse franco-tedesco: è infatti evidente che l'assenza della Gran Bretagna favorirà il "coagulo operativo" dei paesi che, per stabilità politica e forza economica, sono in grado di dar corso ad una rifondazione dell'Unione. Tuttavia, gli Autori non mancano di rilevare come l'assunzione di un ruolo comprimario presupponga una parità di posizioni tra Francia e Germania, che è contraddetta dalla realtà dei fatti: il divario economico potrebbe dunque dar spazio all'affermazione di un sistema a guida tedesca. Va da sé che se la Germania intenda perseguire tale ruolo di guida "non potrà prescindere dall'esercizio di una attività mediatrice irta di difficoltà e problemi di vario genere. Ne consegue che, a fronte della consapevolezza della propria forza, necessita un *agere* che, traendo insegnamento dalla storia, riesca a svilupparsi con equilibrio e responsabilità" (p. 73).

Per quanto riguarda il ruolo dell'Italia, questa sembra destinata a tentare di conquistare – con fatica – un ruolo di comprimariato. L'Italia si trova in una posizione particolare, forse non rispondente alle sue potenzialità economiche. In essa si esprime la contraddittorietà tra le sue intrinseche capacità e le endemiche carenze

di una perdurante instabilità politica, senza contare l'irresponsabilità della classe dirigente e la corruzione dilagante. In particolare, l'Italia "ha accumulato deprecabili ritardi nel confrontarsi con la modernità, non riuscendo a predisporre l'*humus* disciplinare necessario per adottare con tempestività misure adeguate a promuovere uno sviluppo sostenibile" (p. 60). Il quadro politico, inoltre, è caratterizzato dalle divisioni e dalla mancanza di dialogo tra maggioranza ed opposizione, nonché da una "pericolosa convergenza programmatica" che sta avvicinando le maggiori forze politiche in quella che sembra una gara elettorale tra populismi (si pensi al tema del *deficit*, che tutti i partiti politici – chi più, chi meno – vedono come soluzione al problema della crescita economica). Gli Autori procedono poi, per una più compiuta valutazione del clima d'incertezze, destinato a riflettersi sulle modalità esplicative dei rapporti tra l'Italia e l'Unione, un *excursus* delle vicende dell'ultimo decennio. La ricostruzione si conclude con la constatazione di come "in una situazione siffatta difficilmente sarà consentito all'Italia conseguire un ruolo di comprimaria con i paesi al vertice dell'Unione europea" (p. 68) poiché, peraltro, la ripresa economica degli ultimi tempi appare insufficiente per consentire di prefigurare uno *status* economico finanziario coerente con l'assunzione di un ruolo guida in ambito europeo.

Il quarto capitolo è dedicato alle trasformazioni del paradigma liberal-democratico europeo. Infatti, la *Brexit* pare aver messo in moto un processo grazie al quale le istituzioni europee hanno iniziato con maggior vigore ad interrogarsi sulle ragioni che hanno determinato una disaffezione verso il progetto europeo, nonché sui possibili rimedi per rilanciarlo. Quali sono, dunque, gli scenari che il processo di separazione della Gran Bretagna dall'Unione potrà determinare sul piano della riorganizzazione del quadro istituzionale europeo? Per rispondere a tale domanda si parte dalla considerazione per cui nell'Unione europea l'intervento pubblico nella costruzione dell'ordine economico sembra aver sacrificato eccessivamente la dimensione democratica a vantaggio di un approccio burocratico e intergovernativo. Sebbene rispetto alle prime fasi del processo di integrazione molti passi in avanti sono stati fatti (sul piano del potenziamento del ruolo delle istituzioni rappresentative), la tendenza alla parlamentarizzazione dell'Unione europea continua a convivere e a competere con tendenze burocratico-verticistiche. Si pensi, in primo luogo, alla mancata razionalizzazione delle procedure che ha rappresentato un ostacolo all'emersione di un autentico "spazio pubblico" europeo; in secondo luogo, all'insufficiente livello di trasparenza dei lavori del Consiglio; in terzo luogo, all'ampio utilizzo del meccanismo "comitologico". Ancora, si pensi alla tendenza alla dispersione e alla frammentazione dei centri decisionali nell'UE, tanto che il governo dell'Unione è stato letto come un "esecutivo frammentato": così, se nella concezione

madisoniana di democrazia la dispersione del potere era finalizzata alla limitazione di quest'ultimo, in ambito europeo è accaduto il contrario e la segmentazione dei centri decisionali ha reso tali autorità sfuggenti alle tradizionali forme di controllo parlamentare e di responsabilità politica (cfr. N. Lupo, *Il controllo parlamentare sui Governi degli Stati membri dell'Unione europea, tra trasparenza e privacy*, in *Federalismi*, n. 3, 2015). La crisi economico-finanziaria e dei debiti sovrani ha, poi, ulteriormente accentuato tali tensioni, al punto che è ormai ineludibile il nodo dell'unità costituzionale europea. Gli Autori partono così dal fallimento del progetto di Costituzione europea e dalla considerazione che neppure il Trattato di Lisbona è riuscito a sanare la ferita della mancata approvazione del Trattato costituzionale. Tuttavia, malgrado la mancanza di una costituzione unidocumentale, la Corte di giustizia e la dottrina hanno comunque evidenziato la natura costituzionale del processo di integrazione. In particolare, va segnalato il parere n. 1 del 1991 della Corte di giustizia, con il quale è stato chiarito che i Trattati costituiscono “la carta costituzionale di una comunità di diritto”. In dottrina, invece, si è affacciata dapprima la teoria del “*multilevel constitution*” (I. Pernice, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution – Making revisited?*, in *Common Market Law Review*, n. 36, 1999) e poi quella di “Costituzione composita”, composta da elementi ricavati dall'ordinamento dell'Unione europea e da elementi tratti dagli ordinamenti costituzionali degli Stati membri, mutualmente intrecciati mediante l'azione di clausole-valvola che auto-limitano ciascun ordinamento (L. Besselink – J.H. Reestman, *The Fiscal Compact and the European Constitutions: “Europe Speaking German”*, in *European Constitutional Law Review*, n. 8, 2012).

In questo quadro, la decisione della Gran Bretagna di recedere dall'Unione europea potrebbe – secondo gli Autori – agevolare il processo di rafforzamento della dimensione costituzionale dell'UE. Tuttavia, gli stessi Autori non mancano di notare come malgrado lo sforzo della dottrina e della giurisprudenza per valorizzare le potenzialità costituzionali dei Trattati, varie riserve permangono in merito al reale grado di unità politico-costituzionale raggiunto dall'Unione, soprattutto dopo la crisi economico-finanziaria, che ha comportato un indebolimento del ruolo svolto dal metodo comunitario e un conseguente potenziamento del metodo intergovernativo (sul punto cfr. S. Fabbrini, *Which European Union? Europe After the Euro Crisis*, Cambridge, 2015). Il punto focale non può che rintracciarsi quindi nell'equilibrio fra le istanze di solidarietà e quelle di stabilità a livello europeo. È l'esame della giurisprudenza costituzionale tedesca, sul punto, ad offrire i maggiori spunti ricostruttivi. La conclusione cui si giunge dopo l'analisi di quest'ultima è che dinanzi al permanere di atteggiamenti individualistici da parte degli Stati membri, il cammino

verso una nuova fase “costituente” a livello europeo appare ancora molto incerto e irto di difficoltà, poiché nonostante il “generalizzato bisogno di coesione e solidarietà” gli Stati membri continuano a mostrare “scarso senso di responsabilità politica”. È senza dubbio questo il principale nodo problematico nel percorso verso una autentica unità costituzionale europea.

Nel quinto capitolo si indaga innanzitutto l'intreccio tra *austerity* e populismo. Soprattutto nei paesi con le economie più deboli l'operato delle istituzioni dell'UE, infatti, è stato dapprima oggetto di dure contestazioni, e poi ha fatto crescere in tutta Europa i movimenti populistici, che hanno significativamente visto crescere il proprio consenso. Anche in Italia si è assistito a questo sentiero polemico che ha visto invocare il ritorno alla “sovranità monetaria” e la chiusura delle frontiere. Tuttavia, il caso italiano presenta una specificità rispetto ad altre esperienze poiché tali temi sono stati ripresi non solo da partiti tradizionali, ma anche da un soggetto politico nuovo, il Movimento Cinque Stelle. La peculiarità di questo nuovo soggetto politico risiede nel fatto che mentre in altre realtà i partiti euroscettici hanno invocato il ritorno ad una piena sovranità statale, ma da esercitare secondo i tradizionali meccanismi rappresentativi, in Italia, invece, il M5S ha sviluppato la sua critica all'UE saldandola alla proposta del superamento degli assetti democratico-rappresentativi, preferendo una inedita forma di democrazia deliberativa diretta. L'analisi delle implicazioni di questo nuovo modello ha condotto gli Autori a interrogarsi sul rapporto fra democrazia e internet. Per i sostenitori della democrazia digitale, infatti, le opportunità di partecipazione offerte dalla rete sono alla base di un nuovo modello di interazione fra società civile e istituzioni, che non richiede l'intermediazione di ulteriori soggetti (e cioè, in particolare, i partiti politici).

Gli Autori non mancano di evidenziare le difficoltà di una simile impostazione, a partire dal fatto che non tutti i cittadini hanno la possibilità e le conoscenze per prendere parte ad un processo politico che si svolge esclusivamente *on-line*. Tuttavia, anche se tutti i cittadini potessero partecipare al dibattito e alle decisioni su internet, l'efficacia di questi meccanismi deliberativi “pare quanto meno dubbia laddove il quesito sottoposto al voto della rete comporti la risoluzione di problemi tecnici complessi o non sia comunque riconducibile a tematiche di immediata percezione” (p. 97). Inoltre, internet pone il problema democratico di come conciliare la maggiore disponibilità di informazioni con il controllo della loro affidabilità. Ancora, vi è il problema dell'assenza di una adeguata cornice di regole in grado di governare le pratiche democratiche della rete. Da ultimo, ma non per questo meno importante, il trasferimento sul web degli strumenti di controllo degli eletti potrebbe determinare l'avvento di una nuova *élite*, composta da quei cittadini dotati delle competenze per

manipolare la formazione del consenso in rete. In ultima analisi, il pericolo “è quello di mettere in moto un processo inverso rispetto a quello auspicato dagli stessi sostenitori dei modelli di democrazia digitale. Anziché garantire una maggiore partecipazione democratica dal basso, un uso disinvolto delle pratiche democratiche della rete potrebbe accelerare la crisi delle istituzioni rappresentative, aprendo la strada a modelli autoritari basati sulla manipolazione e sul controllo dell’opinione pubblica” (p. 100). Queste considerazioni portano poi allo sviluppo di alcune considerazioni sulle ragioni che hanno contribuito alla crisi della politica e delle istituzioni rappresentative, la quale ha subito una accelerazione a seguito dell’intreccio fra *austerità*, populismo euroscettico e avvento dell’ideologia della rete. Crisi della politica e del Parlamento che può essere superata solo tramite un’attenta opera di riconnessione tra Parlamento e società. Come è stato recentemente notato (A. Manzella, *Quale futuro per il sistema parlamentare?*, in *Federalismi.it*, n. 23, 2017) “questioni complesse che toccano le condizioni di vita hanno bisogno di una procedura ponderata: in cui le argomentazioni ‘pro’ e quelle ‘contro’ si misurino in condizioni di assoluta parità”. In questo senso “la disintermediazione della decisione politica – mentre cerca la valorizzazione dell’individuo-popolo (inteso questo come “collettivo omogeneo”) – cancella in effetti il valore, fondamentale per la democrazia, dell’individuo come cittadino. Non vi è cittadinanza nella solitudine. Senza il concorso degli altri e dei loro diritti in condizioni di eguaglianza, la piazza telematica, la moltitudine dei singoli, può produrre decisioni ma non deliberazioni”.

Il sesto capitolo cerca di interpretare il ruolo svolto dall’istituto referendario nel processo di integrazione europea e il problema dell’innesto del referendum all’interno dei sistemi di democrazia rappresentativa. Infatti, una obiezione mossa all’idea dell’integrazione fra democrazia diretta e parlamentarismo riguarda la tendenza del referendum a disincentivare la formazione di convergenze intorno a posizioni intermedie. Riducendo a due opzioni le possibilità di scelta, l’istituto appare inidoneo a favorire intese fra schieramenti contrapposti. In particolare, i referendum in materia europea hanno svolto un ruolo frenante rispetto al processo di integrazione (già a partire dai referendum del 2005 in Francia e nei Paesi Bassi) poiché la ridotta possibilità di scelte alternative ha comportato una estremizzazione del dibattito in materia di affari europei, offrendo una cassa di risonanza alle posizioni dei movimenti euro-scettici. La vicenda della *Brexit* è, sul punto, emblematica: agli elettori britannici è stato, infatti, sottoposto un quesito secco che non ha tenuto conto delle altre possibilità intermedie a disposizione.

Così, dopo il successo del “*leave*”, il Governo presieduto da Theresa May ha annunciato l’intenzione di attivare la clausola di recesso volontario, ritenendo che

fosse possibile per il Governo notificare il recesso senza la necessità di passaggi parlamentari (il fondamento sarebbe stato nella *convention* che attribuisce all'esecutivo una competenza esclusiva in materia di politica estera). Tuttavia, alcuni cittadini britannici hanno adito la *High Court* avverso l'intenzione del Governo di notificare al Consiglio europeo il recesso del Regno Unito dall'UE. L'impianto della decisione del 3 novembre 2016 è stato confermato dalla Corte Suprema nella successiva sentenza sul caso Miller del 24 gennaio 2017, che ha anche puntualizzato che il Governo può attivare la clausola di recesso solamente dopo aver ottenuto l'autorizzazione parlamentare, la quale deve essere adottata con legge. Il Governo ha così presentato alle Camere l'*European Union (Notification of Withdrawal) Bill*. Il disegno di legge è stato approvato in via definitiva dalla *House of Commons*; il 16 marzo 2017 è stato conferito il *royal assent*, premessa per la notifica (avvenuta in data 29 marzo 2017) da parte del Primo Ministro al Consiglio europeo dell'intenzione del Regno Unito di recedere dall'UE.

Il settimo e ultimo capitolo riguarda la mutazione genetica dell'UE. L'effetto, forse più significativo della *Brexit* è stato quello di costringere l'UE a sottoporsi ad un processo di autoanalisi, ma diversamente da quanto si era auspicato non sembra stia dando un adeguato impulso al rilancio del processo di integrazione. L'intensificarsi delle relazioni economiche tra i paesi europei, in particolare, non è stato sufficiente a creare l'amalgama identitaria necessaria per addivenire ad una integrazione tra le popolazioni dell'UE. Non si sono verificate le condizioni per l'affermazione di un senso di appartenenza ad un'unica realtà socio politica. Le soluzioni compromissorie del Trattato di Lisbona hanno contribuito a razionalizzare alcuni aspetti della cornice istituzionale dell'Unione, ma al primo reale banco di prova le riforme messe in atto a Lisbona hanno dimostrato la frammentarietà dei meccanismi di governo economico dell'Unione. Una revisione dei Trattati con valenza costituzionale non è più dunque – secondo gli Autori – differibile.

I negoziati per la *Brexit*, nel frattempo, sono proseguiti. In particolare, il 15 dicembre il Consiglio europeo, riunito a Bruxelles senza la presenza del Regno Unito, ha approvato gli "orientamenti". Il documento, che aveva già ricevuto l'avallo del Consiglio affari generali "Articolo 50" il 12 dicembre 2017, era stato predisposto dal presidente del Consiglio Donald Tusk, tenuto conto del c.d. 'patto dell'Immacolata', suggellato da Theresa May e dal presidente Jean-Claude Juncker. Si tratta di un "concreto avanzamento rispetto alle ipotesi di un recesso senza accordo, prefigurate tanto all'inizio quanto nel corso dei momenti più drammatici dei *round* negoziali, anche se la strada da compiere è ancora molto impervia ed il tempo corre inesorabilmente verso il 29 marzo 2019, data che, allo stato, sarà quella in cui il Regno

Unito formalmente muterà il proprio *status* soggettivo da membro dell'Unione europea a Stato terzo rispetto ad essa” (C. Curti Gialdino, *Verso la fase due della Brexit: promesse, insidie e risultati parziali del negoziato*, in *Federalismi.it*, n. 24, 2017, al quale si rimanda per una analisi dettagliata sullo stato dei negoziati). Il patto tra il premier britannico e il Presidente della Commissione europea ha peraltro mostrato la debolezza della posizione negoziale del Regno Unito. Infatti, tutte le ‘linee rosse’ britanniche sono state violate: la Corte di Giustizia continuerà a tutelare i diritti dei cittadini UE per otto anni; il Regno Unito dovrà pagare una cifra tra i 40 e i 64 miliardi di euro (stima inglese e europea); a causa della questione irlandese il Regno Unito manterrà l’allineamento con le regole del mercato interno; durante il periodo transitorio il Regno Unito dovrà applicare il diritto europeo come uno Stato membro ma senza più poter intervenire nel processo decisionale. Come straordinariamente esemplificato in una frase dell’ex commissario Pascal Lamy, “quello anglo-europeo non è un negoziato, ma una procedura”.

Tutto questo mentre l’*Office for Budget Responsibility* ha rivisto al ribasso le stime di crescita e quelle sull’andamento della produttività. L’economia inglese crescerà nei prossimi cinque anni mediamente dell’1,4%, che vuol dire il 2% in meno di quanto precedentemente stimato per il 2022. Tanto che nel Regno Unito c’è chi spera che nell’autunno del 2018, il Parlamento di Westminster, anziché ratificare l’accordo finale, lo bocci, aprendo così un dibattito che porti a un secondo referendum sulla UE.

In questo quadro, la riforma della *governance* europea nel corso del 2018 diviene ancora più centrale, sebbene sia complicato dalle vicende politiche nazionali, da ultimo la stessa difficoltà tedesca di formare un governo. Tuttavia, anche grazie alla *Brexit*, qualche passo avanti si è già fatto, ad esempio, nel campo della difesa comune: si è infatti istituita una cooperazione rafforzata in quello che è un campo cruciale nel processo di integrazione europea. Gli Stati membri dell’UE hanno infatti deciso di applicare due articoli dei Trattati (artt. 42 e 46 TUE) che prevedono l’istituzione di una cooperazione strutturata permanente (PeSCo). La *Brexit* è stato senza dubbio un elemento determinante nel decidere di applicare tali articoli: Londra aveva infatti ostacolato da lungo tempo forme di cooperazione in questo settore.

La speranza è dunque quella di trovare nella *Brexit* – così come è stato per la difesa comune – un nuovo strumento per superare l’*impasse* e rilanciare in qualche modo l’integrazione costituzionale europea: letta così, l’assenza della Gran Bretagna potrebbe rendere l’UE più ‘adulta’.

Luca Bartolucci

[M. VOLPI \(a cura di\), *Governi tecnici e tecnici al governo*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 152*](#)

Il recente volume a cura di Mauro Volpi raccoglie i risultati della ricerca di interesse nazionale PRIN dal titolo “Istituzioni democratiche e amministrazioni d’Europa: coesione e innovazione al tempo della crisi economica”, recentemente condotta da un gruppo di studiosi dell’Università degli Studi di Perugia sotto la direzione del curatore. Lo scritto, in particolare, è il frutto dello spunto offerto dalla ricerca per analizzare il fenomeno dei c.d. “Governi tecnici” sia a partire da un suo inquadramento teorico, sia attraverso la concreta prassi in uso presso i diversi livelli territoriali di governo.

Il primo capitolo, a cura di Mauro Volpi, introduce il lettore al tema della tecnocrazia e della crisi della democrazia, gettando sia le basi teoriche e metodologiche per una corretta ricostruzione del concetto di tecnocrazia e del rapporto tra tecnica e democrazia, sia le premesse storico-filosofiche dalle quali può dirsi scaturita l’ideologia tecnocratica.

Anzitutto, si osserva che la convivenza tra democrazia e tecnica è fisiologica, perché le democrazie non possono fare a meno del supporto specialistico di persone di particolare capacità e competenza al servizio della politica e dell’attuazione dell’indirizzo politico di governo (p. 2). Determinati fattori ricorrenti negli Stati democratici contemporanei (la natura sempre più complessa della società; l’affermarsi da vari decenni del c.d. “Stato amministrativo”; le innovazioni tecnologiche), infatti, hanno reso sempre più frequente e significativo il ricorso all’apporto di un corpo burocratico, dotato di alta professionalità e delle necessarie competenze tecnico-specialistiche.

Finché la determinazione e l’attuazione delle politiche pubbliche sono riconducibili all’alveo delle scelte di indirizzo stabilite da Parlamento e Governo e legittimate dal voto popolare (e dunque la tecnica assume un carattere servente rispetto alla politica), tuttavia, non si può ancora parlare di “tecnocrazia”. È solo nel momento in cui la tecnica si sostituisce alla politica e all’ordinario circuito democratico, assumendo in prima persona tanto le decisioni politiche essenziali, quanto la scelta dei mezzi per conseguirli (insomma: quando è affidata alla tecnica la scelta non solo dei mezzi, ma anche dei fini dell’azione sociale), che può parlarsi di ideologia tecnocratica. A tal proposito, viene ricordato l’osservazione di Bobbio sull’antitetività di tecnocrazia e democrazia, perché mentre “la democrazia si regge

* Contributo sottoposto a *peer review*.

sull'ipotesi che tutti possano decidere di tutto", la tecnocrazia "pretende che chiamati a decidere siano i pochi che se ne intendono" (p. 3).

In seconda battuta si tenta di individuare le origini storiche dell'ideologia tecnocratica. Per far ciò, si sottolinea che alla base della teorizzazione della necessità di un regime tecnocratico v'è sempre un'opzione ideologica, caratterizzata da una valutazione negativa sul rendimento della democrazia e basata sulla presunzione per cui le scelte di governo possono essere adottate con maggiore coerenza ed efficacia da parte di una cerchia ristretta di esperti non soggetta all'influenza e ai condizionamenti della politica, del corpo elettorale e dei diversi gruppi sociali.

Le origini del pensiero tecnocratico vengono così ricondotte a Platone e, in particolare, alla *Repubblica*, ove il filosofo ateniese ritiene la democrazia un sistema di governo della società inadeguato e incapace di garantire l'armonia e la tutela del benessere della collettività e giunge alla teorizzazione del "governo dei custodi". Nel mondo moderno, il positivismo di Saint Simon e di Comte sosterrà la necessità del superamento della politica e delle istituzioni rappresentative e costituzionali e l'acquisizione di funzioni di governo da parte di saggi e tecnici.

Sarà necessario attendere il periodo fra i due conflitti mondiali perché venga coniato dall'ingegnere californiano William Henry Smith il termine "tecnocrazia", definito come "*the rule of the people made effective through the agency of their servants, the scientists and the engineers*". Successivamente, gli studi di Henri De Man sul planismo, di John Kenneth Galbraith sulla società postindustriale e di Georges Soros sulla globalizzazione contribuiranno in maniera significativa all'evoluzione del pensiero tecnocratico.

Il capitolo si conclude osservando che in dottrina v'è contrasto fra chi, per le loro caratteristiche costitutive e programmatiche, considera i Governi tecnici un'anomalia democratica e chi invece sostiene che la stessa espressione "Governo tecnico" sia un ossimoro, dal momento che ogni governo, nel momento in cui ottiene la fiducia del Parlamento sul proprio programma, diventa per ciò stesso un governo politico e, d'altra parte, ogni governo "politico" ha al suo interno una componente tecnica (pp. 19 sgg.).

Nel secondo capitolo, a cura di Francesco Duranti, viene sottolineata la problematicità della locuzione "Governo tecnico" e l'assenza, nella scienza giuridica comparatistica, di una proposta convincente definitoria e classificatoria. La scelta dell'Autore, metodologicamente caratterizzante, è quella di muovere dall'analisi delle Carte costituzionali dei Paesi membri dell'Unione europea (segnatamente, delle disposizioni relative alle procedure di investitura e nomina degli esecutivi) onde verificare se, nel diritto positivo, siano presenti indicazioni utili ai fini di una

ricostruzione di teoria generale. Ne risulta che i Paesi le cui Costituzioni prevedono disposizioni di specifico interesse in tal senso sono tre: Croazia, Grecia e Bulgaria.

Dall'esame delle tre Carte costituzionali, l'Autore giunge alla conclusione che possono definirsi tecnici tutti quei Governi guidati da un Primo ministro che non appartiene ad alcun partito politico e che è in possesso di una specifica professionalità o competenza rilevante per l'incarico, come anche avviene per gli altri membri del Gabinetto. Data l'impossibilità di formare qualsiasi altra ipotesi di esecutivo popolare, è attribuito loro il mandato di guidare il Paese unicamente sino allo svolgimento delle elezioni politiche anticipate all'uopo convocate dal Capo dello Stato.

A conclusione del capitolo, infine, si osserva che, dall'esame della prassi degli ordinamenti dei Paesi dell'Unione, il numero complessivo dei Governi tecnici nominati nel corso di circa settanta anni dalla fine della Seconda Guerra mondiale a maggio 2016 è pari a ventotto Gabinetti in nove Paesi, la maggior parte dei quali di natura meramente interinale (c.d. "*caretakers governments*"). Nondimeno, negli ultimi anni, con l'erompere di più acute crisi economiche, il ricorso a Esecutivi di natura tecnica ha subito un incremento in senso sia quantitativo (sono più frequenti le ipotesi di Governi tecnici), sia qualitativo (ricorrono maggiormente le ipotesi dei c.d. "*full technocratic governments*", ossia di Governi tecnici che - con la fiducia dei rispettivi parlamenti - rimangono in carica per intervalli di tempo non indifferenti: p. 41).

Il terzo capitolo, a cura di Andrea Pierini, si concentra sul ruolo che i Governi tecnici hanno assunto nell'evoluzione della forma di governo italiana. Anzitutto, sono premessi brevi cenni sui profili definatori e sulle condizioni che, nella storia repubblicana, sembrano aver determinato l'avvento dei governi tecnici (p. 48 sg.): *i*) l'impossibilità della formazione di una maggioranza parlamentare in grado di esprimere la fiducia a un Governo politico che possa guidare stabilmente il paese; *ii*) una situazione di crisi - in particolare economica e talora connessa al rispetto di obblighi sovranazionali - che non consente di attendere l'esito di nuove consultazioni elettorali per l'adozione di misure straordinarie volte a fronteggiare la stessa crisi; *iii*) la possibilità che il Presidente della Repubblica utilizzi le prerogative in materia di nomina del Presidente del Consiglio e dei ministri per promuovere, direttamente e in via autonoma, la formazione di compagini governative capaci di ottenere la fiducia delle Camere; *iv*) la necessità di affrontare l'emergenza con interventi dal carattere prettamente tecnico, volti a ristabilire l'equilibrio economico, da porre a base di un programma di governo limitato al perseguimento degli obiettivi predetti, su cui acquisire il consenso *bipartisan* della maggior parte dei partiti in Parlamento.

L'Autore si sofferma poi sulle singole esperienze di Governo tecnico in Italia, individuando i "prodromi" della tecnicità nel Governo Amato I, esecutivo di transizione a cavallo delle due "fasi" della Repubblica e la cui nascita coincide con la gravissima crisi del sistema dei partiti costituitosi nel secondo dopoguerra. Pur di derivazione politica ordinaria, il Governo Amato I ha presentato per primo - anche se non in forma completa - alcune caratteristiche che si sarebbero ritrovate più nettamente nei successivi Esecutivi tecnici, quali: un ruolo più attivo del Capo dello Stato; una composizione con parziale innesto di personalità esterne alla politica tradizionale; un programma concordato, in misura apprezzabile, con il Capo dello Stato e recante misure volte a stabilizzare la gestione economica del Paese e del bilancio dello Stato.

È però con il Governo Ciampi, immediatamente successivo all'esecutivo Amato, che si avrà il primo Governo tecnico propriamente detto, almeno nella misura in cui ebbe una personalità effettivamente indipendente dai partiti alla guida ("*technocrat-led government*"), di cui il Governo Dini rappresenta poi il consolidamento. Quest'ultimo, infatti, costituito non tanto per lo svolgimento di compiti di ordinaria amministrazione, quanto per l'attuazione di alcuni specifici obiettivi (fra cui il varo di una manovra correttiva delle tendenze della finanza pubblica, la riforma del sistema previdenziale e l'introduzione di una disciplina relativa alla *par condicio* nell'accesso alla propaganda elettorale radio-televisiva: p. 68), fu il primo esecutivo ad esser anche composto da personalità ministeriali in grandissima maggioranza con un profilo di esperti-indipendenti.

L'ultima esperienza di Governo tecnico (o, per meglio dire, a larga composizione tecnica) è il Governo Monti, interamente partecipato da *homines novi* della politica e caratterizzato soprattutto dalla dimensione - oggettiva e temporale - del mandato conferito. Esso, infatti, si contraddistingue soprattutto per non esser stato espressamente concepito come "Governo a termine" o "di transizione", alla luce dell'importanza e della consistenza dei compiti e degli obiettivi programmatici attribuiti, che non consentivano di porre una chiara scadenza all'azione di governo. All'indomani delle dimissioni del capo dell'esecutivo, tuttavia, accade uno dei fenomeni più interessanti legati alla vicenda del Governo Monti: il Presidente del Consiglio annuncia la propria volontà di entrare in politica e fonda un proprio movimento, Scelta Civica per l'Italia, con un programma che non presenta soluzione di continuità con le azioni intraprese durante l'esperienza del Governo tecnico e un chiaro collegamento fra queste ultime e alcuni dei principi fondamentali inscritti nel diritto europeo dei nuovi Trattati (p. 77).

Nel quarto capitolo, a cura di David Crescenzi, sono oggetto di studio le dinamiche politico-costituzionali in cui si sviluppa la questione del tecnocrate-finanziario posto al vertice dei ministeri economici (siano essi articolati in un dicastero unitario, come il MEF italiano, oppure - come nel trascorso politico italiano - scisso in Finanze, Tesoro e Bilancio). Si premette però che in campo economico-finanziario è estremamente difficile distinguere tra governante-tecnico e governante-politico, atteso che, nella maggior parte dei casi, la tendenziale provenienza da ambiti determinati (accademico-universitario, amministrativo-istituzionale o bancario-creditizio) garantisce una spiccata caratura tecnica nel settore economico-finanziario.

Il metodo di studio è rigoroso, perché esclude personalità che, prima dell'incarico di Governo, si sono candidate a elezioni politiche o che comunque si sono dedicate alla politica attiva, schierandosi apertamente a favore di un determinato partito (pp. 92 sg.). Viene poi offerta una lettura comparata delle disposizioni costituzionali degli Stati membri, distinguendo quelli le cui Carte fondamentali espressamente contemplano il Ministro dell'Economia e delle Finanze.

L'Autore giunge alla conclusione che nel titolare dell'economia convivano due anime potenzialmente antitetiche: quella del "politico di governo" che, in quanto tale, "guarda alla leva delle finanze come strumento principe con cui coadiuvare l'azione dell'Esecutivo" e quella del "garante interno al Governo" che deve assicurare il rispetto dell'equilibrio di bilancio da parte dei propri colleghi nel perseguimento del programma politico (pp. 95 sg.). L'esame delle nomine dei Ministri dell'Economia dal 2008 al 2017, infine, ha dimostrato che in tale periodo il ricorso ai Ministri economici di matrice tecnica va assumendo, in Italia, i caratteri strutturali della regolarità, laddove in Grecia si tende a non accogliere la prospettiva di un dicastero finanziario nel pieno delle sue funzioni.

Nel quinto capitolo, a cura di Luigi Conte Fabiani, è approfondito il fenomeno dei c.d. "assessori esterni" all'interno delle Giunte regionali, diffuso a partire dal 2000 nell'esperienza regionale italiana, a seguito dell'approvazione della l. cost. n. 1 del 1999 (c.d. prima riforma del Titolo V della Costituzione); sino ad allora, infatti, non era previsto che una Giunta regionale potesse essere composta anche da membri non eletti nel rispettivo Consiglio.

Anzitutto, sono evidenziati i tratti essenziali della riforma operata dalla l. cost. n. 1 del 1999, volta a garantire una maggiore stabilità alla forma di governo regionale: *i*) netta separazione tra Consiglio e Giunta regionali; *ii*) rafforzamento del ruolo dell'organo esecutivo e, in particolare, del Presidente della Regione, il quale dirige la politica della Giunta e ne è responsabile (art. 121, ultimo comma, Cost.); *iii*) assetto monocratico in cui il Presidente della Regione, salvo che gli Statuti regionali non

dispongano altrimenti, è eletto direttamente dai cittadini e ha il potere di nomina e di revoca degli assessori che compongono la Giunta regionale; *iv*) quale modello residuale, la facoltà per il Consiglio regionale di sfiduciare il Presidente della Regione con contestuali dimissioni di quest'ultimo e scioglimento dell'organo legislativo (c.d. *simul stabunt, simul cadent*).

A tutto ciò si accompagna la possibilità di nomina, da parte del Presidente, di persone non elette nel rispettivo Consiglio quali componenti della Giunta; in ogni caso, gli assessori c.d. "esterni" così nominati non sono, *ex se*, tecnici, dal momento che, nella maggior parte dei casi, la nomina così realizzata ricade comunque su personaggi di chiara afferenza politica.

Gli esiti dello studio hanno dimostrato che la possibilità di nomina di assessori esterni da parte del Presidente della Regione, in ogni caso, non si traduce automaticamente nell'impossibilità che le nomine medesime siano influenzate dalle forze politiche di maggioranza: il capo dell'esecutivo regionale, infatti, è comunque chiamato a rispondere nei confronti dei partiti che lo sostengono. Di conseguenza, nella maggior parte dei casi il margine di discrezionalità del Presidente della Giunta dipende da un lato dall'omogeneità della coalizione che lo supporta e dall'altro dalla personalità e dal peso carismatico del medesimo.

Nel complesso, il volume in commento riesce brillantemente nel tentativo di ricondurre la nozione atecnica di "Governo tecnico" (si confida che il lettore perdonerà il gioco di parole), propria del gergo parlamentare e giornalistico italiano, entro le coordinate poste dal testo costituzionale e alla luce dell'interpretazione che ne hanno dato la dottrina e la giurisprudenza costituzionale, con particolare riferimento all'ultimo decennio repubblicano. Rimangono tuttavia aperti alcuni interrogativi, suggeriti al lettore dagli utili e numerosi spunti di riflessione offerti dal testo. Ad esempio, uno studio sull'*an* e sul *quantum* del contributo di personalità tecniche negli esecutivi comunali (quali assessori o semplici membri di supporto) consentirebbe il completamento – con riferimento, cioè, a tutti i centri di imputazione di responsabilità politica - del panorama relativo alla presenza e all'importanza dell'elemento tecnico. Allo stesso tempo, traluce dal testo che nella *governance* europea è diversa l'importanza assunta dai membri tecnici a seconda degli organi eurounitari cui, di volta in volta, si rinvia.

Lucio Adalberto Caruso

K.K. AHMED, *Umpiring a Federal System: The Ethiopian Choice in Comparative Perspective*, Fribourg, Stämpfli Publishers, 2017, pp. 272*.

This book, included in the «Publications of the Institute of Federalism, Fribourg, Switzerland», focuses on the Ethiopian federal model. The analysis of the role of the federal umpire in the Ethiopian federal structure is insightful due to its comparative perspective. The Ethiopian framework is compared with the classical federal model, or, as defined by eminent scholarship, the archetypes of the federal state: United States, Switzerland and Germany (Palermo & Kössler, 2017). It shall be acknowledged, primarily, that Ethiopia is not a pluralist democracy, as it not acknowledges a multi-party system, given the dominant position of the Ethiopian People's Revolutionary Democratic Front (hereinafter EPRDF). To this regard, the Author often highlights that the 1995 Ethiopian Constitution is the EPRDF Constitution. The Ethiopian Constitution-making process was headed by the EPRDF (Fessha, 2010) and, currently, the party is still the pillar of the Ethiopian political system (Abebe 2014).

Moreover, the analysis of all constitutional transplants in Africa shall take into consideration the social and religious context. This means ethnicism, tribalism and, *ipso facto*, African federal constitutions aiming at providing for ethnic accommodation. The only way to statehood is the “holding together federalism” (Stepan 1999) and, undoubtedly, Ethiopian ethnic federalism falls within this range of cases (Erk, 2016).

The federal ethnic solution (Anderson, 2013) has been chosen by EPRDF in order to avoid the disintegration or the balkanization of the country (Fiseha, 2006). This goal is clearly outlined in the well-known Preamble “We, the Nations, Nationalities and Peoples of Ethiopia...” relevant, among federal States, for its peculiar formulation, where ethnic diversity is emphasized. The Preamble sets out the aspiration of the constitutional text where the terminology is often recalled in its constitutional dispositions. Another cornerstone of the Ethiopian federal system is the inclusion of the secession clause among the catalogue of rights of “Nations, Nationalities, and Peoples” (hereinafter NNPs) (Art. 39 par. 1), which is considered, together with the principle of self-determination, “an unconditional right” (Abdullahi, 1998; Habtu, 2004). The House of the Federation (hereinafter HoF),

* Contributo sottoposto a *peer review*.

which is vested with the power of judicial review, represents another core element of the Ethiopian federal system, which is still overlooked by scholarship.

Considering that the hallmark of federal systems is nowadays identified with the famous formulation “shared rule and self-rule” (Elazar, 1987), umpiring the federal system represents a practice to manage intergovernmental litigation. The role of umpire is generally wielded by a neutral institution, far away from political influences. The classical impartial bodies in federal systems which have been historically identified with the US Supreme Court are the *Bundesverfassungsgericht* and the Swiss *Bundesgericht*. The Ethiopian choice is strongly different from the classical models, since the 1995 Constitution emphasizes the sovereignty of ethnic groups (Art. 8), which is the cornerstone of the federal structure.

To begin with, shall be outlined the reasons of this institutional setup: first, the 1995 Constitution is grounded on a political contract between NNPs and the sovereignty shall stand in NNPs (Fiseha and Habib, 2010); second, the framers of the 1995 Constitution highlighted more the political nature rather than the legal value of the Constitution itself (Nahum, 1997); third, in light of such constitutional roots, the power to interpret the Constitution lies in the NNPs and unelected judges are not legitimized, as they are not directly linked with the NNPs. In addition, it shall be noted that the 1995 Constitution was not influenced and shaped by the values of liberalism and human rights. Conversely it was based on group rights, which means that linguistic, religious and cultural rights are much more relevant as laid down in Article 61 par. 3.

The relevance of ethnicity is enshrined through the composition and functions of the HoF, the institution where ethnic groups are represented. According to Article 61, the NNPs are represented in the HoF by at least one member and, according to their population size, by an additional representative for each million of their population. HoF members can be elected directly or indirectly by State Councils. This configuration makes the HoF a political chamber with the power of judicial review. In addition, even though the HoF is considered a Federal House alongside the House of People of Representatives (hereinafter HoPR) (Article 53), Ethiopia is, *de facto*, a unicameral federal system. This is a remarkable standpoint of the Ethiopian federal structure, due to the role of HoF. In fact, the chamber does not detain any substantive legislative power, meanwhile it is empowered to interpret the Constitution (Article 61, par. 1) and to decide all constitutional disputes (Article 83). In defence of this choice it has been argued that the HoF is the institution where the core values of Ethiopian federalism can be safeguarded.

Strictly connected to the role of the HoF, are the powers and functions of the Council of Constitutional Inquiry (hereinafter CCI). The CCI is the advisory body of the HoF, and it is composed of the President and the Vice-President of the Federal Supreme Court; six legal experts, appointed by the President of the Republic on recommendation by the HoPR; three persons designated by the House of the Federation from among its members. The main task of the CCI is to submit nonbinding recommendations to the HoF “for a final decision if it believes there is a need for constitutional interpretation” (Article 84 par. 3 lett. b). Subsequently, constitutional disputes shall be decided by the HoF within thirty days of receipt.

In this stimulating and informative read, the Author underlines the debate over the interpretation of the cumulative reading of Art. 84 par. 1 and 2. The first spells out that the HoF/CCI shall have the power to investigate constitutional disputes, while the second gives such power in relation of any Federal or State law contested as being unconstitutional. Even though eminent scholarship (Fiseha, 2007, 2016) argued that the review of the constitutional legislation is limited to federal and state law, excluding regulations, administrative rules and decrees, the Author strongly endorses the exclusive power of the HoF/CCI in matters of constitutional adjudication. Moreover, the Author highlights that the Constitution does not assign to the judiciary any residual power in constitutional adjudication. This claim is grounded on the combined reading of Article 84 and Article 83 par. 1, together with Article 62 par. 2. These dispositions provide that the power to interpret the constitution is wielded by the HoF.

Alongside the constitutional dispositions, it shall be acknowledged the informal mechanism of umpiring. The federal-state relations are managed by the dominant party, which plays a key role in order to avoid ethnic conflicts. The lack of federal case law in Ethiopia is “justified” by the EPRDF Central Committee, where federal disputes, at the vertical and horizontal level, are negotiated.

Given the accurate description of the Ethiopian model of umpire, the Author highlights, in the last chapter, the feasibility of the Ethiopian choice. In defence of Ethiopian ethnic federalism, he stresses the current federal arrangement is better suitable because regular courts are unable to judge over group rights and ethnic conflicts. The HoF is considered in a better position to reduce the main threat faced by the Ethiopian State: disintegration and a new civil war.

The attention to group rights is rooted in Kymlicka’s theorization (Kymlicka, 2001), which argues that human rights shall be enforced with minority rights. The Ethiopian federal system depends upon the enforcement of the sovereignty of NNPs and the HoF enshrines the idea that the role of umpire shall be vested in NNPs. In

this regard, the drafters firmly rejected the US model of judicial review, given the different constitutional values and the different ideology underlying Ethiopian Federalism (Abebe, 2014). This “culturalist” approach shall be read taking into account the skepticism over the legitimacy and capacity of the Court to safeguard the NNPs’ rights. Therefore, the constitutional adjudication in Ethiopia shall take into consideration the political order and the societal values. This means, according to the Author, performing a moral reading of the Constitution. Moreover, the Author strongly maintains that the majority of arguments against the Ethiopian “political” review lacks of theoretical and empirical grounds.

The NNPs, through the HoF, decide any issue concerning self-determination, secession and their own rights. The core institutional setup of the federal structure was given in order to answer to the main challenge of the Ethiopian Federation. The HoF is simply considered more inclusive and legitimized than ordinary courts: it has been identified the best tool for managing ethnic conflicts.

The analysis set in this book makes clear that the Constitution was entirely drew and currently implemented by EPRDF, a dominant multi-ethnic coalition party which is the core element of the whole country. As a result, the sustainability of this federal structure depends upon the inseparability of EPRDF. In fact, as outlined elsewhere, the EPRDF controls directly all regional state councils, the HoF and the HoPR and, indeed, despite the appearance of ethnic pluralism, the EPRDF is a very centralized party. As a consequence, the lack of party pluralism discourages and frustrates proceedings on federal matters. The party is the main hub for resolving disputes between the two levels of government. Furthermore, at present, in future perspective, the main concern is whether the current federal arrangements may work out in a different political context. Problems and dysfunctions may arise, considering that the HoF is not an impartial arbiter. This question involves the future of the Ethiopian Federation, even though the EPRDF is still firmly in power (Piergigli 2012; Fiseha, 2012; Hessebon and Idris, 2017).

This book enriches the literature on the Ethiopian constitutional system as it sheds light extensively on the Ethiopian choice to vest the HoF with the role of the federal umpire. The Author of this book supports the federal structure of Ethiopia for it is rooted in Ethiopian history and society, which represent its sources of legitimation.

Adriano Dirri

[H. HARDMAN, B. DICKSON \(a cura di\), *Electoral rights in Europe: advances and challenges*, New York, Routledge, 2017, pp. 228*](#)

Il voto è il diritto politico per eccellenza che sta alla base della democrazia. Finché le persone hanno la possibilità di votare, di scegliere i loro rappresentanti e di esprimere l'opinione su questioni politiche e sociali, è possibile parlare di democrazia funzionante. Per questo motivo è importante garantire a tutto il corpo elettorale la partecipazione alle votazioni, allo scopo di determinare la politica nazionale e, se necessario, 'punire' il governo con la non rielezione. In questo senso, il suffragio non è solo lo strumento che stabilisce il nesso tra rappresentanti e rappresentati, ma è anche la garanzia e il presupposto di altri diritti, poiché fornisce una leva con la quale far pressione sui propri governi. Naturalmente, molte condizioni devono essere attentamente osservate se si considerano l'organizzazione e lo svolgimento delle elezioni. Così, le libere elezioni presuppongono, in termini generali, che lo Stato garantisca che le sue leggi non discriminino né scoraggino le persone dal votare e che tutte le procedure si svolgano in maniera imparziale e trasparente.

Dunque, la democrazia “non si può concepire senza elezioni che rispettino un certo numero di principi e che permettano di considerarle genuinamente democratiche” (cfr. Commissione di Venezia, “Codice di buona condotta in materia elettorale – Linee guida e rapporto esplicativo”, 2003, p.12). Secondo i dati dell'*International IDEA*, nel mondo solo pochi paesi, come Brunei Darussalam, Cina, Eritrea, Arabia Saudita e Città del Vaticano, non svolgono elezioni nazionali dirette (v. A. Solijonov, “*Voter Turnout Trends around the World*”, *Rep. Stockholm: International Institute for Democracy and Electoral Assistance*, 2016, p. 23; anche in Oman – nonostante l'esistenza di una disposizione nella nuova Costituzione del 2003 sulle elezioni all'assemblea consultiva – non si sono mai svolte elezioni nazionali fino ad oggi, poiché sono state ripetutamente rinviate al 2019). Ciononostante, non tutti i Paesi possono vantarsi di svolgere elezioni libere ed eque. Questo, in particolare, è evidenziato dai dati del sondaggio “Percezioni sull'integrità elettorale” (*PEI index*) dell'*Electoral Integrity Project*, che rilevano l'esistenza di problemi a livello nazionale riguardanti la (ir)regolarità delle elezioni. Particolarmente colpite da pratiche scorrette appaiono alcune zone, tra cui: lo spazio post-Sovietico, l'Asia meridionale e sud-orientale, l'America centrale e il continente Africano (v. P. Norris, M. Grömping ed

* Contributo sottoposto a *peer review*.

altri, *The Year in Elections, 2017 Mid-Year Update* (The Electoral Integrity Project, University of Sydney & Harvard University), 2017 p. 5).

Allo stesso tempo, in Europa, la qualità del processo elettorale sembra relativamente positiva. Va notato che questo stato di cose è dovuto non solo agli impegni legislativi dei singoli Paesi, la cui consolidata tradizione democratica ha avuto sicuramente un impatto positivo, ma anche al sistema degli strumenti sovranazionali per la protezione dei diritti elettorali (e non solo) che ha portato all'arricchimento reciproco e all'approvazione di una serie di standard condivisi in materie elettorali, chiamati anche 'patrimonio elettorale europeo'. L'idea dell'*European Electoral Heritage* è stata elaborata in seno al Consiglio d'Europa. Il 'patrimonio' rappresenta il nocciolo duro delle tradizioni costituzionali europee e contiene le seguenti regole fondamentali: suffragio universale, uguale, segreto e diretto ed elezioni periodiche (v. "Codice di buona condotta...", p.12).

Tra gli esempi della ricerca scientifica in questo campo, un recente libro "*Electoral rights in Europe*", curato da Helen Hardman e Brice Dickson, ha proposto uno studio sugli standard europei in materia elettorale. Questo libro, frutto della discussione tra alcuni eminenti professori universitari ed esperti in materia elettorale riuniti nel settembre 2015 in occasione di un seminario, rappresenta – tra l'altro – uno dei primi volumi pubblicati nella nuova serie di Routledge *Studies in Elections, Democracy and Autocracy*, guidata dalla prof.ssa Pippa Norris e dalla dott.ssa Carolien van Ham. Il lavoro intende affrontare il problema sempre attuale delle garanzie che esistono in Europa per il procedimento elettorale.

Gli Autori del libro partono proprio dall'idea che la diffusione degli obblighi internazionali in materia di elezioni abbia un ruolo importante nella protezione del processo elettorale dalle varie irregolarità. In particolare, suggeriscono di analizzare attentamente il ruolo e il lavoro degli organi del Consiglio d'Europa e l'impatto della loro *soft e hard law* per riflettere sulle conquiste raggiunte e le difficoltà emerse (*advances and challenges*, come indica il titolo del libro) nel settore della protezione dei diritti elettorali in Europa. Nel libro, gli studiosi sviluppano il discorso sulla qualità delle elezioni adottando un'impostazione incentrata sui diritti umani ed esplorano i modi in cui le elezioni politiche possono essere rese più giuste e credibili. Particolare attenzione è stata prestata ai casi di violazione dell'articolo 3 del Protocollo 1 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, o CEDU, che sancisce il cd. 'diritto a libere elezioni' ("*right to free election*").

L'argomentazione si sviluppa in tre tappe e i contributi degli Autori sono raggruppati a seconda del tema e dell'impostazione dello studio. La I parte

rappresenta il *synopsis* (un quadro riassuntivo) dei principali strumenti vincolanti e di *soft law* elaborati in seno al Consiglio d'Europa dai suoi vari organi. La II parte contiene ricerche incentrate sullo studio di casi (*case study*) di esperienze nazionali e regionali sulla protezione dei diritti elettorali. Infine, nella III parte gli Autori adottano una prospettiva comparatista per indagare i vari aspetti del voto: il finanziamento elettorale, la corruzione, l'orientamento degli elettori. Parlando dell'aspetto metodologico di questo volume, in ciascun capitolo (il libro si compone di undici capitoli) gli Autori inseriscono il problema in un campo teorico diverso, passando dalla prospettiva politologica a quella legale.

Ora, cercando di riassumere il discorso proposto dagli Autori del volume, le seguenti osservazioni sembrano essere le più importanti. Innanzitutto, il libro si apre con una disamina delle nozioni centrali dello studio, come *electoral integrity* e *fairness* (v. pp. 1-2), e dei principali filoni della ricerca presentata nei capitoli seguenti. Fra gli elementi del dibattito sul diritto a libere elezioni si sviluppa, in primo luogo, il tema della collaborazione nell'attività di armonizzazione degli standard in materia elettorale intrapresa dalle istituzioni del Consiglio d'Europa, ossia Assemblea Parlamentare (capitolo II), Commissione di Venezia (capitolo III) e la Corte di Strasburgo (capitolo IV).

Partendo dall'idea dell'*Europe's electoral heritage*, il lavoro dell'Assemblea Parlamentare e della Commissione di Venezia si concentra sull'elaborazione di principi che stabiliscono requisiti minimi per gli Stati. Entrambi gli organi si sono impegnati nella determinazione e diffusione di regole concrete in materia elettorale attraverso gli strumenti di *soft law*, i più importanti dei quali sono: *PACE Report for more democratic elections* (Doc. 13021, del 2012) e *Venice Commission Code of Good Practice in Electoral Matters* (CDL-AD(2002)023rev, del 2002). Tali regole riguardano vari aspetti del voto e comprendono i seguenti temi: l'organizzazione delle procedure di votazione da parte di un organo imparziale, l'esistenza di un efficace sistema di ricorsi e di monitoraggio delle elezioni, la facilitazione del voto per i cittadini residenti all'estero, la trasparenza del finanziamento dei partiti politici, la correzione dei difetti delle liste/registri elettorali, l'eliminazione delle restrizioni eccessive per l'eleggibilità etc. Nonostante i diversi *modus operandi* (la Commissione di Venezia è un organo consultivo e neutrale, mentre l'Assemblea è un organo deliberativo e politico), entrambe le istituzioni hanno potuto contribuire in maniera importante alla promozione del sistema che assicura elezioni democratiche in Europa.

Anche il problema del mantenimento di un meccanismo efficace ed equilibrato di adempimento degli standard europei da parte dello Stato è al centro del dibattito promosso dagli Autori del volume oggetto di recensione. Secondo gli studiosi, lo

scopo principale di tale meccanismo è garantire un certo livello di protezione dei diritti elettorali attraverso la ricerca di un ‘consenso europeo’ esistente in un dato momento sulla questione in causa. Così, molti Autori hanno potuto riconoscere nella prassi della Corte di Strasburgo la tendenza verso un approccio più interventista (v. la riflessione di Eszter Bodnár, l’Autore del capitolo IV, sulla necessità di considerare i fattori che richiedono un approccio più attivista della Corte EDU nella protezione del diritto alle libere elezioni, pp. 60-63). Allo stesso tempo, alcuni degli studiosi mettono in guardia contro tale tendenza, sottolineando che la prassi del tribunale non dovrebbe portare al confronto tra la Corte europea e le Parti contraenti, poiché l’autorità del tribunale verrebbe compromessa (su questo punto, nel capitolo VI l’Autore spiega la ragione per cui la sentenza *Hirst c. Regno Unito (n. 2)* del 2005 è stata altamente problematica, pp. 96-99; inoltre, nel capitolo VII, dedicato allo studio delle violazioni dei diritti elettorali in Russia, l’Autore descrive in maniera dettagliata tutta la vicenda del caso *Anchugov e Gladkov c. Russia* del 2013 e del confronto Strasburgo-Mosca sorto in seguito, pp. 124-127).

Dunque, gli Autori del volume rilevano quanto il meccanismo di adempimento debba essere flessibile e affermano che, mentre in alcuni casi la procedura di valutazione dovrebbe lasciare un ampio margine di apprezzamento per gli Stati (come, per esempio, la scelta da parte delle autorità nazionali di formule elettorali), in altri casi dovrebbe permettere alla Corte di adottare un approccio più interventista. Ad esempio, la Corte di Strasburgo dovrebbe avere la possibilità di definire in maniera proattiva gli standard nel settore sensibile del diritto elettorale attivo e passivo.

Questa idea è stata sviluppata nella II Parte del volume. In particolare, gli Autori esaminano lo stato di garanzia dei diritti di voto di minoranze nazionali (capitolo V) e dei detenuti (capitoli VI e VII). Così, gli esperti propongono uno studio sullo stato di protezione del suffragio nei Paesi membri del Consiglio d’Europa, come Bosnia ed Erzegovina, Croazia, Regno Unito, Russia e Slovenia, attraverso un’analisi dettagliata della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo. Nonostante il numero delle sentenze della Corte EDU sui casi contenenti violazione dei diritti elettorali sia relativamente basso rispetto al totale delle sentenze emesse [*“since the first election-related decision in 1987, the Court has given judgments in 118 case concerning Article 3 of Protocol 1”* (cfr. p. 52)], il tribunale ha già sviluppato una consolidata metodologia di valutazione e ha emesso alcune soluzioni modello. La Corte di Strasburgo, con la sentenza storica del 1987 *Mathieu-Mohin e Clefayt c. Belgio*, per la prima volta ha reso inequivocabile che l’articolo 3 contiene diritti individuali, nonostante la sua dicitura preveda soltanto obblighi positivi in capo agli Stati. In seguito, la Corte ha creato un

corpus consolidato di decisioni riguardanti le questioni del suffragio, molte delle quali hanno avuto una grande risonanza e sono state discusse vivamente. Tra le decisioni giudiziarie particolarmente rilevanti (la cui analisi può essere trovata nelle pagine del volume “*Electoral rights in Europe*”), possono essere elencate le seguenti: *Hirst c. Regno Unito (n. 2)*, 2005, *Scoppola c. Italia*, 2012, *Anchugov e Gladkov c. Russia*, 2013 (tutte tre contenenti la questione del divieto del diritto di voto per i prigionieri); *Yumak e Sadak c. Turchia*, 2008 (sul sistema elettorale e la possibilità di stabilire una soglia di sbarramento del 10%); *Ekoglasnost c. Bulgaria*, 2012 (sulla stabilità del diritto elettorale); *Animal Defenders International c. Regno Unito*, 2013 (sulla spesa politica per le elezioni); *Sejdi e Finci c. Bosnia-Erzegovina*, 2009, *Zorni c. Bosnia ed Erzegovina*, 2014 (sui diritti di voto delle minoranze nazionali); *danoka c. Latvia*, 2006 (sul diritto di eleggibilità per gli ex funzionari del Partito Comunista) e molti altri.

Per quanto riguarda l’area tematica del diritto di voto delle minoranze, l’Autore del V capitolo esamina tre Paesi dell’area geografica post-jugoslava – Bosnia-Erzegovina, Croazia e Slovenia. Si tratta, appunto, di territori in cui la questione etnica rimane ancora di particolare rilievo e, per questo, un focus speciale su quest’area si rivela ‘fruttuoso’ per chi, come l’Autore del saggio, ha intenzioni di esplorare la rilevanza dell’etnia nelle elezioni. Ad oggi, una delle regole parte del patrimonio europeo elettorale è quella secondo la quale “i candidati e gli elettori non devono essere costretti ad indicare la loro appartenenza a una minoranza nazionale” (cfr. “Codice di buona condotta...”, I.2.4). Tuttavia, mentre il suffragio, come regola, dovrebbe essere universale e, quindi, dovrebbe, per quanto possibile, astenersi dall’imporsi requisiti legati all’etnia, in ciascuno di questi Paesi dei Balcani Occidentali l’Autore ritrova specifici problemi che si riferiscono ai diritti elettorali.

Così, in Bosnia-Erzegovina, come scrive lo studioso, le elezioni possono essere discriminatorie per le persone appartenenti a minoranze nazionali a causa della regola secondo la quale la Presidenza di Stato debba essere composta da tre deputati di origine: bosniaca, croata e serba. In tal modo, sono esclusi i candidati appartenenti a minoranze come Ebrei bosniaci, Rom bosniaci etc., oppure semplicemente quelli che non hanno voluto dichiarare la propria affiliazione a una delle ‘nazionalità costituenti’ dello Stato.

In Slovenia il sistema elettorale prevede la possibilità per le persone appartenenti a minoranze nazionali ‘dominanti’ – italiani e ungheresi – di poter esprimere un voto plurimo (*dual voting right*), il primo come cittadino sloveno e il secondo per il rappresentante della sua minoranza in Parlamento. Anche in Croazia le minoranze nazionali possono avere i propri rappresentanti in Parlamento, con la differenza che gli elettori hanno solo un voto a loro disposizione e devono scegliere di votare o per

un candidato che rappresenta la loro minoranza o per una lista del partito. Inoltre, per i rappresentanti dei cittadini croati residenti all'estero (diaspora), in Croazia sono riservati fino a tre seggi in Parlamento. È vero che al giorno d'oggi molti sono gli Stati che prevedono il voto dei cittadini residenti all'estero (*“According to the International IDEA Handbook on Voting from Abroad, 115 States in 2007 allowed for external voting”*, p. 80), ma la situazione in Croazia è del tutto diversa, giacché tra le persone appartenenti alla diaspora Croata fanno parte sia gli emigrati che si sono spostati negli altri Paesi per motivi economici, sia le persone che non hanno mai vissuto in Croazia (la maggior parte delle quali risiede in Bosnia-Erzegovina). Il caso della Croazia mostra quanto problematico possa essere il voto degli elettori residenti all'estero, soprattutto quando sono titolari della doppia cittadinanza e quando l'acquisizione della cittadinanza è strettamente legata alla origine etnica: *“From a human rights perspective, diaspora or external voting is needed in so far as individual move abroad and have only one citizenship – that of their country of origin. But as soon as they acquire another citizenship, their dual voting right raises a number of questions...”* (cfr. p.84).

Nell'ambito della regolamentazione del diritto di voto dei detenuti il ruolo della Corte di Strasburgo ha assunto un peso importante. Nonostante la resistenza delle singole autorità nazionali (soprattutto Regno Unito e Russia), la posizione proattiva dei giudici europei ha fatto sì che il nuovo standard (sulla sproporzionalità del divieto generale e automatico di votare per i detenuti) fosse fissato. Una nuova tendenza ha seguito la decisione della Corte. Come riporta l'Autore del capitolo VI, nel 2005 – l'anno in cui la sentenza storica *Hirst (n. 2)* è stata emessa – in tredici Stati tutti i detenuti erano stati esclusi dal voto, mentre nel 2012, al momento della sentenza *Scoppola (n. 3)*, solo sette Paesi mantenevano *blanket ban* (v. p. 104). *“It seems that Hirst (no 2) v UK had some erga omnes effect, although it has never been implemented by the respondent State itself.”*(cfr. p. 104).

Infine, nella III Parte del libro le tre ricerche comparative arricchiscono il discorso sulla qualità delle elezioni. In quest'ultima parte del volume gli Autori si soffermano su ulteriori aspetti del diritto a libere elezioni come: l'impatto della corruzione sulle scelte degli elettori (capitolo VIII), le conseguenze del fenomeno della disaffezione (*“dealignment”*) e la riduzione del rinvio alla tematica dei diritti umani nei programmi dei partiti tradizionali (capitolo IX), il problema dell'eguaglianza delle opportunità e il finanziamento della campagna elettorale (capitolo X). Tali questioni si possono inserire nel dibattito più ampio sul tema del collegamento tra la qualità delle elezioni, le caratteristiche del sistema dei partiti e la partecipazione politica.

Nella prima ricerca, condotta da Petra Schleiter e Alisa Voznaya sulla base dei dati della Banca Mondiale (*Governance Indicators*), le studiose analizzano le principali

dimensioni del sistema partitico e i loro effetti sulla latitudine della corruzione governativa. Le Autrici del saggio scoprono che la frammentazione, la presenza del partito dominante e la competizione poco fondata su posizioni ideologiche contrapposte sono fattori che condizionano la portata della corruzione in modo negativo e, di conseguenza, sminuiscono ampiamente l'efficacia delle elezioni.

Nel successivo capitolo, l'Autrice utilizza il *database* del *Manifesto Project* (2015) e procede con l'analisi diacronica dei programmi dei partiti politici. Come risultato, la ricercatrice Heleh Hardman scopre, inter alia, l'esistenza di un'associazione negativa tra i riferimenti positivi ai diritti umani nei manifesti dei partiti e la percentuale dei voti che i partiti ricevono alle elezioni parlamentari. Tra l'altro tale tendenza sembra essere aumentata con il tempo, soprattutto dal 2000 (v. p.182).

Nell'ultimo capitolo, l'Autore affronta in prospettiva comparata la questione della regolamentazione delle spese per le campagne elettorali. Ciò che colpisce il ricercatore è la divergenza esistente tra gli approcci giudiziari adottati in Europa e negli Stati Uniti. In questo senso, sono indicative le decisioni della Corte EDU sul caso *Animal Defenders International c. Regno Unito* e della Corte Suprema statunitense nel *Citizens United c. Federal Election Commission*. Nonostante la mancanza di un consenso europeo per quanto riguarda la spesa per la campagna politica, secondo l'Autore, sembra indispensabile un approccio proattivo della Corte nel promuovere le pari opportunità e la "fairness" (la terminologia dell'Autore) in materia di finanziamento dei partiti e delle campagne elettorali.

Nel complesso, il libro "*Electoral rights in Europe: advances and challenges*" rappresenta un importante contributo al dibattito sempre attuale sullo stato di protezione dei diritti elettorali in Europa a livello sovranazionale. Il grande pregio di questo lavoro risiede nel condurre la ricerca sugli standard europei in materia elettorale sotto vari approcci (giuridico e politologico) e in prospettive diverse. Il quadro che emerge da un esame attento della ricca prassi della Corte europea dei diritti dell'uomo, a cui, naturalmente, è dedicata la maggior parte del libro, rivela che su molti aspetti del diritto a libere elezioni (articolo 3 del Protocollo 1 alla C.E.D.U.) nel continente europeo si è formato un consenso. Sono ancora necessari degli aggiustamenti che richiedono probabilmente un maggiore attivismo della Corte, ma alcune conquiste sono state raggiunte lungo il cammino. Pertanto, il libro, per riprendere quanto detto prima, sembra costituire non solo un'interessante occasione per riflettere sui diritti elettorali, ma anche uno studio estremamente importante che mette in luce le dinamiche attraverso le quali negli ultimi trent'anni si è sviluppato un sistema efficace di principi europei nel campo della regolazione delle elezioni. Ilmira Galimova

E. DE GIORGI, *L'opposizione parlamentare in Italia. Dall'antiberlusconismo all'antipolitica*, Roma, Carocci, 2016, pp. 146*.

Il testo di legge costituzionale approvato dalle Camere in seconda votazione, pubblicato nella G.U. del 15/04/2016 e poi rigettato in occasione della consultazione referendaria tenutasi il 4 dicembre 2016, conteneva, all'articolo 6, importanti disposizioni in materia di opposizione parlamentare. Infatti, il suddetto, nel predisporre interventi di modifica all'articolo 64 Cost., rimetteva ai Regolamenti delle Camere del Parlamento il fondamentale compito di assicurare la garanzia dei diritti delle minoranze. Più specificamente, la disposizione attribuiva al Regolamento della Camera dei deputati la potestà di disciplinare lo statuto delle opposizioni.

La proposta di novella costituzionale ha costituito l'ennesimo tentativo, da parte del legislatore costituzionale, di confezionare significative disposizioni di principio tese ad attribuire allo schieramento parlamentare opposto a quello della maggioranza un ruolo ufficiale e riconosciuto attraverso la sua consacrazione all'interno della Carta costituzionale.

Quello dell'opposizione parlamentare rappresenta un argomento classico, il quale tende certamente a collocarsi a metà strada tra l'ambito giuridico e quello politologico. Infatti, sotto la prima prospettiva non v'è dubbio che l'approfondimento delle prerogative di cui sono titolari le forze di opposizione debba partire da una preliminare analisi delle norme interne alle Camere, le quali consentono alle stesse di definire e strutturare la propria organizzazione in modo da far valere le prerogative ad esse riconosciute. Invece, ponendoci da un angolo prospettico politologico, la configurazione specifica dei soggetti politici che, presenti all'interno delle Assemblee elettive, si propongono l'obiettivo di esercitare la 'funzione' di opposizione, costituisce una proiezione dell'intero quadro partitico che contribuisce a vitalizzare e condizionare, come attore politicamente rilevante, un dato ordinamento giuridico.

L'opposizione parlamentare rappresenta un affascinante e ineludibile parametro per studiare e approfondire i cambiamenti di natura politica e istituzionale di qualsiasi regime politico, giacché la presenza di un 'soggetto' altro rispetto a quello governativo si pone come un elemento indefettibile per il concreto funzionamento di una democrazia rappresentativa retta dalla logica dell'alternanza e del pluralismo politico.

* Contributo sottoposto a *peer review*.

Sulla scia di questi presupposti si colloca il volume prodotto da Elisabetta De Giorgi, la quale si propone l'ambizioso obiettivo di analizzare il fenomeno dell'opposizione parlamentare all'interno del contesto del periodo repubblicano italiano, sposando un più che opportuno approccio di natura storica e politica e individuando in modo puntuale i diversi 'moduli organizzativi e funzionali' attraverso i quali si è esercitata la funzione di opposizione. L'Autrice, perfettamente consapevole delle varie teorizzazioni e delle plurime impostazioni metodologiche per mezzo delle quali si sono sviluppate – già a partire dagli anni '60 – le indagini sul tema *de qua*, predispone un'accurata e interessante analisi delle diverse configurazioni dell'opposizione parlamentare e dei riflessi della sua azione di verifica, controllo e contrasto sui provvedimenti del Governo nell'ambito dei lavori parlamentari.

Sposando un metodo teso a valorizzare le varianti sistemiche e non sistemiche quali “il sistema elettorale e di partito, la forza e la composizione degli esecutivi, i meccanismi costituzionali e le regole del gioco parlamentare” (pp. 24-25), De Giorgi arricchisce il campo d'indagine prendendo in considerazione altrettanti importanti e significativi parametri di raffronto costituiti dal contesto economico, dal ruolo degli organi di governo che agiscono in seno all'Unione europea, dalle preferenze politiche degli attori partitici e dai 'tipi' di provvedimenti legislativi oggetto di discussione, in particolare la loro rilevanza e attinenza con il contenuto del programma di governo.

Ma è soprattutto l'indagine storica che spiega bene come, nel corso delle vicende istituzionali italiane, il rapporto tra le forze politiche non sempre si è declinato secondo i paradigmi della maggioranza e dell'opposizione. Quanto detto trova ampio riscontro attraverso il necessario riferimento alle celeberrime riforme regolamentari del 1971 le quali, sancendo il principio della centralità del Parlamento e la logica consensuale-consociativa che governava le relazioni tra gli schieramenti partitici, contribuivano a rendere sfumata la differenza tra gli stessi. Ciò è testimoniato dall'elevata percentuale di leggi approvate in sede legislativa (o deliberante). Il punto di forza del volume si ritrova proprio nella valorizzazione del parametro storico attraverso cui si possono scorgere i tentativi – falliti – di 'costruire' l'opposizione parlamentare come fisiologica conseguenza di una semplificazione del circuito partitico in senso bipolare, così come è avvenuto, soprattutto, con le elezioni politiche del 2008. Tuttavia, come viene ampiamente dimostrato, l'ambizione italiana di importare le logiche sottese al modello Westminster si è rivelata infruttuosa per la cedevolezza e l'inconsistenza del bipolarismo, dovute a disomogeneità politiche e all'assenza di regole certe - imputabile anche alla mancanza di una concreta e reale volontà di agire in tal senso da parte degli esponenti politici - che hanno reso difficoltoso individuare con nettezza l'opposizione parlamentare intesa come

raggruppamento di forze all'interno del Parlamento caratterizzato da omogeneità ideologica e programmatica. Secondo la lettura dell'Autrice, un ulteriore fattore impeditivo alla configurazione di un'opposizione parlamentare è stata la figura di Silvio Berlusconi la quale avrebbe spinto una parte degli attori parlamentari ad appiattirsi nel ruolo di opposizione sterile, tesa meramente a criticare le proposte e a unirsi in nome della battaglia politica verso l'antiberlusconismo, senza operare in modo costruttivo tale da presentarsi agli elettori come valida alternativa di governo. A ciò si aggiunga che la formazione di un Governo tecnico presieduto dal 2011 al 2013 dall'economista Mario Monti è sfociata nella creazione di un Governo bipartisan, di grande coalizione che, sostenuto dalle principali e storiche formazioni partitiche, ha contribuito a svilire le differenziazioni politiche sussumibili nei concetti della maggioranza e dell'opposizione.

Nonostante De Giorgi ci dimostri, anche attraverso tabelle contenenti interessanti dati numerici, come, ancora oggi, su alcuni provvedimenti, all'interno delle Camere venga comunque raggiunto un accordo consensuale tra i Gruppi parlamentari, in uno scenario particolarmente critico quale quello italiano, dal Volume emerge che l'assenza di specifiche forze politiche in grado di svolgere una reale funzione di opposizione ha comportato che quest'ultima fosse meramente 'contingente', mossa da atteggiamenti euroscettici e populistici volti esclusivamente ad enfatizzare le attuali tendenze dell'antipolitica. Un significativo esempio di quanto ora detto è costituito dal Movimento 5 Stelle che l'Autrice analizza da due opposti punti di vista: quello 'interno', attraverso indagini statistiche che hanno coinvolto i parlamentari eletti nelle liste del medesimo e quello 'esterno' per mezzo di confronti con personalità della stampa. Dalle ricerche svolte emerge come il movimento fondato da Grillo tenda a configurarsi come una 'nuova opposizione', diretta a contestare i provvedimenti delle forze politiche 'tradizionali' e ad esercitare un costante controllo attraverso la rete e gli strumenti di sindacato ispettivo, entrambi finalizzati ad assicurare un maggiore coinvolgimento della cittadinanza.

Marco Mandato

[B. MATHIEU, *Le droit contre la démocratie?*, Paris, LGDJ, 2017, pp. 304 *](#)

In questo volume Bertrand Mathieu analizza il tema della democrazia rappresentativa dal punto di vista politico, economico e giuridico. Il volume è strutturato in tre parti. Nella prima l'Autore analizza il diritto come condizione della democrazia; nella seconda, spiega come il diritto sia un fattore di indebolimento della democrazia; e infine, nella terza, prospetta alcune soluzioni di fronte alla crisi della democrazia rappresentativa.

L'Autore evidenzia anzitutto come la democrazia rappresentativa sia stata la risposta giusta per porre fine al nazismo e al fascismo e favorire la coesione sociale, la pace e il raggiungimento dei diritti dell'uomo. Osserva come attualmente tale modello sia entrato in crisi in connessione con lo sviluppo del multiculturalismo.

Il sistema di democrazia rappresentativa è stato la colonna portante di un'Europa unita che oggi conta 28 Stati membri. Con un'Europa dei Trattati caratterizzata da una gestione tecnocratica distante dalla volontà dei popoli, la crisi della democrazia rappresentativa è stata tuttavia inevitabile. Il potere sembra non risiedere più nelle mani del popolo, quanto piuttosto nelle organizzazioni e istituzioni sovranazionali come l'Unione Europea, la Corte europea dei diritti dell'uomo e la Banca centrale europea.

La volontà dell'Europa di imporre in modo assoluto tale modello a tutti gli altri Stati del mondo ha sviluppato, inoltre, forti antagonismi. Infatti, la Russia, la Cina e una gran parte dei paesi musulmani non hanno aderito a tale modello.

La crisi della democrazia rappresentativa si manifesta anche a livello statale in stretta connessione con la nozione di sovranità popolare. Con il multiculturalismo non si può più parlare di popolo come gruppo di persone che ha in comune una storia e dei valori condivisi e, quindi, una propria identità culturale.

Per far comprendere a pieno la crisi della democrazia rappresentativa, l'Autore prende in esame l'analisi condotta da Roberto Stefan Foa e Yascha Mouk: "le danger de la déconsolidation" di luglio 2016 nella rivista "Journal of Democracy". Tale analisi ha come obiettivo di mostrare la diffidenza progressiva dei popoli nei confronti della democrazia rappresentativa e la preferenza per un sistema politico strettamente tecnico.

L'Autore insiste quindi sull'aspetto dell'incapacità della classe dirigente di soddisfare i bisogni del popolo, di difendere gli interessi di coloro che li hanno eletti. L'assenza di un'intesa tra il popolo e la classe dirigente si evidenzia, ad esempio, con

* Contributo sottoposto a *peer review*.

i referendum, come quello della riforma sulle istituzioni in Italia, ovvero con il sopravanzare dell'euro-scetticismo in Grecia, in Olanda, in Francia e in Gran Bretagna con la Brexit; tutti segnali che tendono a evidenziare come la volontà dei dirigenti non coincida più con quella del popolo.

Una delle conseguenze dell'insufficiente efficacia della democrazia rappresentativa è rappresentata dall'emersione dei nazionalismi in Europa con l'estrema destra, *Front National* in Francia, *Jobbik* in Ungheria, *Alternativa* in Germania, e i movimenti populistici come il Movimento 5 Stelle in Italia, *Syriza* in Grecia e il *Parti de Gauche* in Francia.

Al livello internazionale, sia in Africa che in Oriente, esiste una diffidenza sempre maggiore nei confronti del modello democratico "tout court" e ciò a causa degli episodi di guerra in Iraq, in Libia, in Siria, che hanno dimostrato come la caduta di un dittatore non crei un'adesione naturale alla democrazia.

Anche per quanto riguarda la Cina, è possibile osservare come la sua economia si sviluppi al di fuori di un quadro politico democratico, come si legge nelle pagine dell'*Economist* del 2014: "le Parti communiste chinois a brisé le monopole qu'avait le monde démocratique sur le progrès économique".

Di conseguenza, secondo Bertrand Mathieu, la crisi della democrazia rappresentativa è più profonda di quanto possa sembrare. Questo sistema è vittima di tanti paradossi e contraddizioni, al punto che vale la pena chiedersi se la democrazia rappresentativa non sia stata una breve parentesi della storia che sta volgendo al termine. Tale interrogativo si riscontra, in particolare, nel pensiero di Jean François Revel.

Dinanzi al sopravanzare di questa crisi, l'Autore si interroga su quali possano essere le soluzioni per superarla, escludendo la democrazia diretta e il referendum.

Le alternative alla democrazia rappresentativa vanno ricercate sicuramente altrove, anche perché la crisi dello Stato è causata dalla globalizzazione che ha generato un'egemonia di alcuni poteri forti (banche, organizzazioni internazionali) sullo Stato, con la finalità di instaurare un governo di tipo mondiale e liberale, una forma nascosta di totalitarismo ideologico. Ciò evidenzia come si tratti di una crisi multiforme.

L'Autore affronta poi il problema della contrapposizione tra diritto e democrazia, tenendo conto che il diritto è una delle condizioni della democrazia poiché quest'ultima si lega a regole giuridiche e politiche.

La democrazia, che può sembrare un concetto molto astratto, è un insieme di valori realizzabile in una comunità politica. Ciò presuppone l'esistenza di tre condizioni: un popolo, un territorio e un'organizzazione politica. La democrazia si realizza in una struttura statale e tentare di farne un concetto astratto e universale

applicabile a prescindere dalla dimensione politica e sociale non può che condurre a una crisi. Ciò perché la democrazia è supportata dalla sovranità, la quale si esercita su un territorio delimitato dal popolo. Quindi una democrazia in un mondo globalizzato senza confini, nel quale la sovranità non appartiene al popolo ma ad altri attori non statali che difendono interessi diversi da quelli dei popoli, sembra davvero irrealizzabile.

L'Autore evidenzia come lo Stato-nazione fondato su una Costituzione (Stato di Diritto) rappresenti il quadro ideale per l'evoluzione del sistema democratico. Inoltre una democrazia al di fuori dello Stato-nazione, al di fuori di un quadro normativo stabilito da una Costituzione non è "envisageable", ovvero, detto in altri termini, esiste una compatibilità tra democrazia e Stato-nazione. Come scrive l'Autore, "un droit sans l'Etat est par nature incompatible avec la démocratie, la démocratie en tant que principe de légitimation de l'exercice du pouvoir, n'opère que dans un cadre géographique qui implique nécessairement des frontières" (pagina 36).

Per convalidare questa tesi, l'Autore si rifà al pensiero di Roger Scruton, secondo il quale la democrazia senza confini è un'utopia: "si le projet libéral requiert que nous imaginions une démocratie sans souveraineté nationale, alors le projet libéral est voué à l'échec".

Ciò è confermato dall'incapacità dell'Unione Europea di costruire un vero spazio politico democratico, così come è riuscita a farlo con lo spazio economico. Infatti non si può decostruire la relazione popolo-Stato-Costituzione; la democrazia si fonda sulla volontà del popolo e non su quella di un'oligarchia e questo implica l'esistenza di una società politica composta da cittadini che condividono dei valori comuni.

Nel secondo capitolo l'Autore affronta la questione dei valori come supporto ideologico della democrazia. I valori servono a raggiungere collettivamente l'ideale del bene comune; sono i valori comuni che condizionano l'esistenza di una comunità politica e di un regime democratico. Ad esempio, con il progetto di Costituzione Europea, la nozione di valore compare, anche con la Carta Europea dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea, e si nota che i valori sono uno dei pilastri del progetto europeo, come viene scritto: "Les peuples d'Europe, en Etablissant entre eux, une union sans cesse plus étroite, ont décidé de partager un avenir pacifique fondé sur des valeurs communes"(pagina 49).

Sul tema dei valori vengono presi in considerazione due autori, Fernand Braudel e Jacques Juliard. Il primo afferma che questi elementi sono difficilmente riconducibili a dei criteri giuridici, mentre il secondo sostiene che nella Costituzione si possa trovare lo spirito dei valori di un popolo.

In linea con la posizione di Braudel, Bertrand Mathieu sottolinea che non è il diritto a fondare la democrazia, ma sono piuttosto i valori e le aspirazioni del popolo a dare forma a un ideale democratico. Egli afferma che nessuno può negare la tradizione cristiana della Francia, poiché basterebbe guardare le città costruite intorno alle loro cattedrali, i villaggi intorno alle loro chiese; sono questi i valori cristiani che sono all'origine del triptico "Liberté- Egalité-Fraternité" e della democrazia francese.

Tuttavia, i valori collettivi non sono la somma dei valori individuali: se il Papa può, in nome della carità cristiana, chiedere di accogliere i migranti, spetta ai governi proteggere le comunità di cui sono responsabili.

La conclusione tratta dall'Autore è che i valori, tra cui la cultura, la religione, il patrimonio storico di un popolo, sono essenziali per la costruzione, il trionfo e la continuità della democrazia in un territorio ben definito. Si tratta di un presupposto al di sopra del diritto. Sono i valori che fondano il diritto e non il contrario, ovvero i valori precedono il diritto.

L'approccio di Mathieu sui valori apre al dibattito sull'identità nazionale, poiché quando si affronta questo tema ci si allontana anche dal diritto e dal bisogno di affermazione giuridica. Il caso dell'Ungheria che non ha accettato di accogliere i migranti, rifiutando di sottomettersi al diktat dell'Unione Europea, mette ancora una volta in contrapposizione il diritto e la democrazia. Secondo l'Autore, la posizione ungherese non traduce le derive estremiste del governo Orban, ma esprime solo la volontà del popolo ungherese di ricostruire la sua identità. Tale decisione è definita come simbolo della volontà sovrana ed espressione dell'ideale democratico ungherese. Il caso dell'Ungheria è un esempio del legame tra la democrazia e l'affermazione dei valori comuni alla comunità politica. L'Ungheria non è l'unico paese in Europa ad aver messo i valori prima del diritto. Ad esempio, in Francia con l'interdizione del velo integrale, un comportamento definito contrario ai valori identitari, alla dignità, all'uguaglianza tra uomini e donne, si è dimostrata l'esistenza di un ordine pubblico immateriale. Il Consiglio Costituzionale, nella sua decisione 2010-613DC, ha confermato questa interdizione. In questo modo si è semplicemente voluto interdire una pratica legata all'Islam e contraria ai valori dell'identità nazionale francese. Infine la Corte Europea dei diritti dell'uomo ha approvato questa decisione con il pretesto di garantire la nozione del "vivre ensemble".

Nel terzo capitolo l'Autore intende dimostrare come la Costituzione stabilisca un legame tra democrazia e determinazione della volontà generale. Ciò non significa che la Costituzione sia all'origine della volontà generale, oppure che la Costituzione sia alla base della democrazia. L'Autore cita la definizione di democrazia di Kelsen, che

è semplicemente una forma, un metodo di creazione dell'ordine sociale che deriva dalla volontà generale della comunità politica. Questa volontà generale si esprime nella Costituzione. Se l'articolo 6 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo stabilisce che "la legge è l'espressione della volontà generale", si presuppone che la legge debba essere sempre conforme all'interesse generale. L'Autore si domanda cosa succede quando la legge non deriva da questa volontà generale, evidenziando come da ciò possa derivare un conflitto: diritto contro democrazia, sovranità contro diritto. Per tale motivo, generalmente, il giudice costituzionale antepone "l'interesse generale" per giustificare la limitazione di alcuni diritti fondamentali individuali.

In tal modo la nozione di interesse generale è un altro dei fondamenti dello Stato moderno "elle exige le dépassement des intérêts particuliers et confère à l'Etat la mission de poursuivre des fins qui s'imposent à l'ensemble des individus". In questo caso, l'autorità può derogare allo Stato di diritto e siamo di nuovo di fronte ad un esempio di diritto contro democrazia.

La concezione di democrazia rappresentativa dell'Autore viene approfondita nel quarto capitolo ove si chiarisce che in una società vasta la democrazia deve essere necessariamente rappresentativa, vale a dire che il potere viene esercitato in nome del popolo dai rappresentanti che quest'ultimo sceglie. Per rendere questa realtà effettiva, il popolo deve mantenere un controllo sui suoi rappresentanti e le loro decisioni in modo tale da non perdere totalmente il controllo di questo potere. Il riconoscimento della sovranità del popolo implica la supremazia della Costituzione e l'affermazione della separazione dei poteri costituenti e costituiti. Ciò crea una costruzione giuridica che restituisce la sovranità confiscata dal legislatore al suo vero titolare, ovverosia il popolo.

Appare chiaro per l'Autore che il controllo di costituzionalità ha come funzione di assicurare che il legislatore rispetti la volontà del popolo. Egli aggiunge che l'articolo 3 della Costituzione francese del 1958 specifica che il referendum e l'elezione dei rappresentanti, sono due mezzi tramite i quali il popolo esprime la sua volontà, ma è soprattutto un metodo di affermazione del potere del popolo, dell'espressione della sua sovranità e della sua capacità di garantire il rispetto dell'interesse generale. Questi meccanismi rappresentativi e di maggioranza sono degli elementi indispensabili della democrazia.

Tuttavia, secondo l'Autore, il buon funzionamento della democrazia implica altre condizioni: un'uguaglianza tra i cittadini, un'educazione sufficiente per partecipare alle decisioni politiche, un controllo da parte di un giudice indipendente sulla regolarità delle operazioni elettorali e una responsabilità dei rappresentanti nei confronti del popolo.

A queste condizioni, si aggiungono regole giuridiche che devono favorire l'espressione libera della sovranità e devono avere un valore per imporsi al potere politico. In egual modo, il potere politico non deve ostacolare l'azione del giudice nel rispetto delle regole relative al processo elettorale. Inoltre per l'Autore il diritto è uno strumento di protezione del libero gioco democratico in quanto serve a combattere dei fenomeni, come la corruzione, che sono dannosi per la democrazia. Egli afferma che la corruzione ha un'incidenza diretta sul funzionamento della democrazia e mette in pericolo il raggiungimento dell'interesse generale. La corruzione si serve degli interessi privati, delle reti finanziarie e ostacola la libertà dei dirigenti politici. La corruzione è quindi incompatibile con la democrazia.

Nel pensiero dell'Autore, quindi, il diritto è una condizione importante e determinante per rendere effettiva la democrazia, ma solo a condizione che siano presenti altri requisiti come l'educazione. Questa evidenza lo spinge a chiedersi se la democrazia non sia applicabile solo nei paesi economicamente sviluppati, ideologicamente omogenei e in pace.

In conclusione, secondo l'Autore, la democrazia è realizzabile solo con l'esistenza di certe condizioni, tra cui il diritto, però, se il diritto deve essere al servizio della democrazia, la democrazia non può essere subordinata al diritto.

Nella seconda parte del volume, l'Autore intende dimostrare come il diritto possa indebolire la democrazia. Egli evoca il principio liberale che è diventato progressivamente un concorrente della democrazia, poiché si accompagna con un sistema normativo parallelo operante al di fuori dello Stato. Ad esempio, in Francia l'80% della legislazione nazionale è legata direttamente o indirettamente al diritto europeo.

Bertrand Mathieu prende in considerazione anche i disegni geopolitici che favoriscono l'indebolimento del diritto statale. La volontà degli Stati, come la Russia, di ricostituire il vecchio sistema imperiale composto da uno Stato centrale e dagli Stati satelliti, ovvero, la volontà del Presidente Vladimir Putin di mettere in piedi l'unione eurasiatica di fronte all'Unione Europea, costituiscono un altro ostacolo alla sovranità di alcuni Stati come la Moldavia o la Bielorussia.

L'Autore cita il caso della Catalogna per illustrare emblematicamente il conflitto tra diritto e democrazia. La Catalogna ha ottenuto un'autonomia quasi completa ed è ovvio che faccia di tutto per raggiungere l'indipendenza totale. Lo Stato sovrano spagnolo non è disposto a concederle. Se il referendum è una delle forme di espressione della volontà sovrana, la sovranità non può essere riconducibile a una frazione del popolo. Questo è un limite del diritto poiché non riconosce a un popolo il diritto di realizzarsi come gruppo indipendente.

Al contrario, in Gran Bretagna il referendum sull'indipendenza della Scozia è stato ritenuto valido dallo Stato britannico, ma l'esito è stato negativo. Se l'esito fosse stato positivo, l'indipendenza della Scozia si sarebbe potuta realizzare attraverso due atti: un abbandono della sovranità da parte del Regno Unito e un'affermazione di sovranità da parte della Scozia.

Bertrand Mathieu spinge la sua critica sulla crisi del diritto ancora più lontano, affermando che il diritto non è più prodotto essenzialmente nelle strutture di rappresentanza del popolo perché in Europa due strutture sovranazionali, l'Unione Europea e il Consiglio d'Europa, producono norme secondo un processo non democratico. Questi organismi creano delle norme economiche e sociali che si impongono agli Stati. In effetti, l'Autore ricorda che l'Unione europea è fondata su un accordo tra gli Stati, su delle regole di diritto internazionale, non conformi al modello democratico, e, di conseguenza, le sue decisioni hanno un deficit importante di legittimità. Osserva come nonostante il Parlamento Europeo sembri un organo democratico, non è l'espressione di una sovranità europea uniforme, ma piuttosto un organo di rappresentanza di vari interessi di paesi diversi. Il concetto di cittadinanza europea diventa così ancora più confuso in quanto si sovrappone ad un'identità. D'altronde, gli avvisi o le decisioni del Parlamento europeo urtano contro la volontà della Commissione Europea, un organo non democratico che non rappresenta né gli Stati, né il popolo ma solo gli interessi dell'Unione europea come istituzione. Tale organo è una super-amministrazione dotata di una potenza politica, ma senza legittimità democratica.

E' necessario secondo l'Autore comprendere che in molti casi la volontà dei popoli non è presa in considerazione quando si tratta di pronunciarsi sulle questioni europee. La Francia e l'Olanda hanno espresso un voto negativo sul progetto di Costituzione Europea nel 2005, però la ratifica del Trattato di Lisbona (2008), che costituisce una sua variante, è la prova che la volontà del popolo non sia stata rispettata.

Sul piano giuridico, la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo tende a imporsi sull'insieme delle giurisdizioni nazionali e il giudice costituzionale nazionale tende a imporre il rispetto di questa giurisprudenza al legislatore nazionale. La Corte può anche intervenire su questioni istituzionali che incidono sulla sovranità degli Stati. Quindi la democrazia è sempre più in pericolo di fronte all'esistenza di tali organi.

Secondo l'Autore la crisi della democrazia è anche dovuta a questo scollegamento tra voto e decisione e all'affermazione di un nuovo ordine giuridico, economico o finanziario, senza qualsiasi forma di legittimità democratica.

Nell'ultima parte del libro Bertrand Mathieu propone delle alternative per superare la crisi della democrazia rappresentativa. Si tratta di ipotizzare eventuali evoluzioni della democrazia prendendo in considerazione tre modelli: la democrazia partecipativa, il populismo e la democrazia non liberale. Questi modelli sono percepiti in realtà come delle conseguenze della crisi della democrazia e non proprio come soluzioni efficaci a superare i limiti della democrazia rappresentativa.

L'Autore spiega anzitutto come la democrazia partecipativa dia l'impressione ai cittadini di vedere e sapere tutto, offrendo loro l'idea di una società civile più ampia, anche se può portare a delle derive. Questa forma di democrazia conferisce in realtà il potere a dei gruppi di interessi e si appoggia ad un élite non legittima.

Il populismo è un sistema nel quale i dirigenti si rivolgono al popolo, senza intermediari, senza la mediazione delle élite. Il populismo usa l'emozione, le reazioni istintive e collettive; non si basa molto sulla ragione. Viene considerato un pericolo per la democrazia e la protezione delle libertà. I populistici rimettono in causa le istituzioni e mettono il popolo contro le élite. L'Autore sostiene che il populismo non possa essere una vera soluzione alla crisi della democrazia rappresentativa, perché non possiede dei mezzi sufficienti per governare e fa molto spesso ricorso al referendum; invece non si possono prendere tutte le decisioni mediante referendum. Il populismo inoltre sviluppa le tendenze autoritarie e limita gli strumenti del liberalismo, cioè la potenza dei contro-poteri e il carattere prevalente dei diritti individuali.

L'Autore arriva alla conclusione seguente: il populismo non può costituire un modo di governo ma può servire da transizione verso un governo autoritario.

Infine, in riferimento all'ultimo modello, si evidenzia come la democrazia non liberale venga intesa come un regime democratico e autoritario, presente in Europa, in Sudamerica e in Marocco. La particolarità di tale regime democratico è che la legittimità del potere risiede nel voto popolare. Secondo l'Autore, la democrazia non liberale è di vari tipi; in alcuni casi si ha uno Stato di diritto (i dirigenti rispettano le regole del diritto che si impongono) e il rispetto delle libertà fondamentali. E' il caso dell'Ungheria, un paese che possiede un regime politico forte, autoritario e legittimato da una volontà politica chiaramente espressa. Altri paesi come la Russia possono essere inclusi in questa categoria, in quanto le opinioni politiche e sociali non contrastano tra loro e le elezioni non sono un momento di concorrenza ma piuttosto un periodo di "plebiscito" dei dirigenti. I dirigenti di questa forma di organizzazione politica prendono come pretesto la stabilità sociale e l'interesse collettivo nazionale per giustificare il suo carattere forte e autoritario. Osservando i

casi della Polonia e dell'Ungheria, l'Autore percepisce una volontà di ricostruire un'identità nazionale basata sul sentimento di orgoglio nazionale.

La democrazia non liberale potrebbe essere una soluzione alla crisi della democrazia liberale. Nonostante tutto, c'è il rischio finale dell'instaurazione di un potere autocratico. L'Autore pensa che l'Europa non debba arrivare a una caduta totale della democrazia, ma piuttosto cercare di migliorare, riformare il modello attuale della democrazia rappresentativa. Egli afferma che due condizioni sono necessarie per il rinnovo democratico: ristabilire le competenze delle strutture democratiche e i mezzi d'intervento dei cittadini nella decisione politica. I cittadini devono essere informati e associati ai processi di elaborazione delle leggi e di revisione della Costituzione. Bisognerà anche ristabilire e chiarire le competenze degli Stati. Ci deve essere una ripartizione dei ruoli, da una parte, il dominio riservato degli Stati e, dall'altra, le competenze dell'Unione europea.

La democrazia rappresentativa non è una breve parentesi della storia che sta volgendo al termine, ma è semplicemente, come dice Bertrand Mathieu, un modello decadente che va rielaborato prendendo in considerazione i cambiamenti attuali e mettendo in primo piano il popolo come attore principale e titolare della sovranità.

Whyhton Le Blond Ngouedi Marocko

[L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo oltre lo Stato*, Modena, Mucchi Editore, 2017, pp. 77*.](#)

Il costituzionalismo contemporaneo sempre di più somiglia all' "Eracle al bivio" nella celebre favola di Prodicò di Ceo. Se nel mito greco il giovane era sospeso tra fanciullezza e adolescenza, chiamato a scegliere fra vizio e virtù per compiere il passaggio verso l'età adulta, così la politica e il diritto pubblico si trovano oggi di fronte ad una scelta altrettanto inevitabile. Da un lato, infatti, si ha il convinto perseguimento del processo costituente europeo (e globale) a cui deve far seguito un procedimento di integrazione politica volto alla protezione e promozione dei diritti umani; dall'altro, vi è invece il *dietrofront* che scaturirebbe dalla vittoria dei populismi nazionali, con la conseguente disfatta delle economie e delle democrazie occidentali nonché la disgregazione comunitaria. Dunque, o si va avanti, perseguendo il cammino – già iniziato - verso una nuova maturità, oppure si torna radicalmente e brutalmente indietro (p.68).

Questo è lo scenario che viene prospettato da Luigi Ferrajoli a conclusione del proprio volume *Costituzionalismo oltre lo Stato*, un libro che nasce dall'intento di esplorare e promuovere le potenzialità del paradigma costituzionale quale rimedio alla diffusa crisi attuale, valorizzandone le molteplici capacità di contenuto e le concrete possibilità di sviluppo.

Per giungere a una piena comprensione della modernità, l'opera prende le mosse dall'analisi della nascita del paradigma della democrazia costituzionale - come lo intendiamo oggi - all'incirca a metà di quello che Hobsbawm ha definito il Secolo breve, facendo particolare riferimento alla stagione costituente degli anni 1945-49. Le nuove Costituzioni del secondo dopoguerra e le Carte sovranazionali dell'epoca veicolano infatti un concetto profondamente rinnovato di sovranità, scevro dell'originaria assolutezza. In particolare, a livello domestico, il potere statale veniva imbrigliato dalle novelle garanzie costituzionali, volte a stabilire una ferma subordinazione della legge ai capisaldi della Carta fondamentale. Nelle dinamiche esterne, invece, il rifiuto unanime espresso dal consesso internazionale nei confronti della guerra limitava la spinta espansionistica delle Nazioni, imponendo il rispetto di un equilibrio globale prestabilito. La rigidità costituzionale finiva così per plasmare sia la natura del diritto - secondo i dettami della coerenza con i principi supremi e della completezza rispetto al sistema normativo preesistente - sia quella della democrazia rappresentativa, arricchita dall'omnipervasiva garanzia del rispetto dei

* Contributo sottoposto a *peer review*.

diritti fondamentali. In buona sostanza, il risultato di tale stagione costituente era incarnato da una formale e sostanziale subordinazione dei poteri politici ed economici al diritto, unico garante della pacifica convivenza (pp.13-14).

Nonostante i buoni propositi iniziali, però, tale gerarchia è rimasta confinata in una dimensione meramente teorica, riuscendo a stento ad affermarsi nella pratica. Ne è derivato pertanto un vuoto su cui ha attecchito la crisi della legalità internazionale e del paradigma costituzionale, entrambi sopraffatti dalla inarrestabilità dei poteri economici e finanziari, di fatto sconfinati e incontrollabili. Dall'affermazione di tali nuovi poteri è – in breve tempo - scaturito uno scardinamento dell'ordine precostituito e un riassetto della società. Si è inoltre lentamente diffuso un sentimento di sfiducia nei confronti della politica stante il suo allontanamento dai circuiti rappresentativi a favore di decisioni assunte al di fuori dei confini nazionali. L'Autore giunge pertanto a parlare di un vero e proprio capovolgimento della gerarchia democratica del potere (p.18) segnato dalla rottura di quel processo partecipato (si veda a proposito la teoria di Peter Häberle di *Verfassung als öffentlicher Prozeß*) tramite cui i cittadini - operando nello spazio pubblico - erano in grado di indirizzare l'operato del partito politico. Viceversa, è ora il ceto politico che domina il partito, il governo che controlla gli organi elettivi e infine il mercato che indirizza gli esecutivi. Da un'allocazione sostanzialmente orizzontale del potere si è passati ad un'organizzazione in direzione verticale e discendente dello stesso - in chiave autocratica - ove a fare la parte del leone è la figura del capo, distante dal tessuto sociale.

A ciò debbono poi aggiungersi ulteriori due fattori di mutamento antidemocratico, rappresentati dalla globalizzazione e dalla crisi della ragione. L'uno ha relegato gli Stati in secondo piano rispetto al mercato e l'altro – diretta conseguenza del commercio libero su scala internazionale – ha visto affermarsi dell'ideologia liberista sui principi fondamentali e sui diritti inviolabili dell'uguaglianza e della dignità umana. Anche nel momento di dissesto economico, infatti, i governi non sono stati in grado di recuperare le funzioni dovute e lo spazio loro proprio, limitandosi ad attuare politiche di austerità che – richiamando Norberto Bobbio – null'altro sono che antitetico alla democrazia stessa.

Per tentare di risolvere questa situazione di crisi democratica, l'Autore presenta pertanto quattro espansioni del paradigma costituzionale che, pur non volendo rompere con la tradizione e con il passato, guardano al futuro.

La prima è quella rappresentata dal cosiddetto costituzionalismo sociale (p.27) che si sviluppa a partire dalla garanzia dei diritti di libertà fino ad inglobare quelli sociali, formulati e sempre più riconosciuti nel corso del Novecento. In particolare, l'Autore

sottolinea come, nella società contemporanea, non si parli più di esistenza quanto di sopravvivenza artificiale, possibile grazie all'interazione quotidiana dell'uomo con la tecnologia. Entra dunque di forza a far parte del patto sociale rousseauiano la generalizzata possibilità di accedere agevolmente all'alimentazione e alle cure mediche, che si inserisce nella dialettica tra proprietà e lavoro, fondamento della mentalità capitalistica. In ragione di ciò, deve ritenersi locupletata la concezione stessa di vita e di minimi esistenziali, tra cui debbono essere ricompresi anche i diritti sociali quali elementi imprescindibili del patto di convivenza hobbesiano del nuovo Millennio.

Il tratto caratteristico e innovativo della proposta rappresentata dal costituzionalismo sociale è allora incarnato dal valore riconosciuto ai diritti sociali, la cui prestazione deve essere obbligatoria e necessariamente gratuita, trattandosi di diritti universali e fondamentali. Gli stessi vengono pertanto elevati a livello costituzionale e sottratti alla volontà del legislatore, divenendo indisponibili. Tale legittimazione ha altresì delle importanti ricadute economiche. In primo luogo, incide sul *welfare* nazionale nel momento in cui si arriva ad affermare – ad esempio in campo sanitario – che l'accesso alle cure mediche dovrebbe essere assicurato a tutti in forma gratuita. In secondo luogo, la garanzia di adeguate condizioni di vita e di salute influisce direttamente – come osservato da Amartya Sen – sulle capacità lavorative dei consociati che insieme compongono la produttività di uno Stato. La crescita economico-finanziaria appare dunque strettamente legata al rispetto dei diritti sociali, posto che – a parere dell'Autore – ai periodi di maggiore attuazione del programma costituzionale corrispondono floridità e prosperità economica, mentre recessione e processo decostituente solitamente finiscono per combaciare (p.33). Migliori condizioni di vita e benessere finanziario avanzano dunque di pari passo, così che la crescita economica non possa prescindere dal rispetto diffuso dei diritti sociali.

La seconda espansione prospettata da L. Ferrajoli è quella nei confronti dei poteri privati che – a differenza di quelli pubblici (naturalmente interessati dai processi costituzionali) – sono stati concepiti come limiti negativi all'ingerenza del potere statale. Retaggio dell'ideologia liberista e del predominio della ragione economica, la società civile e il mercato sono da sempre considerate come quello spazio franco, sottratto al controllo delle politiche pubbliche, in cui *l'homo oeconomicus* esplica le proprie libertà individuali nel perseguimento dei propri interessi egoistici e materiali. Secondo tale visione, perciò, il concetto stesso di potere privato sarebbe fallace, potendosi correttamente parlare solamente di libertà individuali, sulla scia del pensiero di Locke che ricomprendeva sotto l'egida del termine proprietà la vita, la libertà e gli averi. Codesta ricostruzione ha però condotto a una drammatica sovra-

legittimazione politica della proprietà (p.36) che ha finito per confondere e amalgamare le diverse nozioni di libertà, autonomia e proprietà. Il pensiero liberale ha difatti interpretato gli atti di libera disposizione negoziale come estrinsecazioni delle più elevate facoltà umane, andando ad equipararli ai fondamentali diritti di libertà.

L'Autore critica tale operazione esegetica, rimarcando la natura sostanzialmente differente dei due termini di comparazione posto che si tratta, da una parte, di facoltà inter-relazionali dell'individuo calato nel contesto sociale di riferimento, dall'altra di diritti-potere dell'uomo atti ad incidere sulla sua sfera giuridico-patrimoniale. L'autonomia e la proprietà sono quindi poteri, mentre tale qualificazione non può essere applicata alle libertà. Si parla dunque di asimmetria strutturale. Per arginare quello che è stato definito come neo-assolutismo dei poteri economici del mercato (p.39), è allora necessario rilevare la differenza ontologica dei diritti-potere di autonomia privata che non possono essere trattati e declinati nella stessa maniera delle libertà fondamentali cui deve essere riservato un trattamento differenziato e riferibile alle dinamiche proprie dei pubblici poteri. Parallelamente, è quindi doverosa l'istituzione di un costituzionalismo di diritto privato, tramite cui imporre limiti al mercato, facendo a ogni modo riferimento ai crismi della teoria garantista dello Stato costituzionale. Solo così sarà possibile slegare il binomio poteri pubblici-poteri privati oramai saldatosi in campo politico quanto economico.

La terza espansione proposta dall'Autore è quella del costituzionalismo dei beni fondamentali. Il discorso si ricollega al concetto di artificiale sopravvivenza di cui al costituzionalismo sociale, il quale ha avuto sì il merito di garantire cure mediche e alimenti a gran parte della popolazione ma ha altresì facilitato la distruzione e la dissipazione dei beni naturali, parimenti fondamentali per l'esistenza umana. I beni naturali (quali l'acqua, l'aria, l'ambiente e – secondo Rodotà – addirittura la conoscenza in rete) sono dotati – riprendendo le parole di Adam Smith – del massimo valore d'uso e, al contempo, del minor valore di scambio (p.40) poiché a disposizione dell'intera umanità in modo, si presumeva, illimitato. Un significativo cambio di rotta si è avuto, però, proprio nel momento in cui essi hanno cessato di essere comuni e sono stati trasformati dal mercato in beni patrimoniali, dotati di valore di scambio, finendo per essere di fatto snaturati e privati dell'essenza loro congenita. A protezione di tali beni è però inapplicabile il paradigma dei diritti sociali, ragion per cui l'Autore giunge alla creazione di una novella categoria - da affiancare a quella dei diritti fondamentali - ovvero dei beni fondamentali. In tal modo si permetterebbe infatti di assicurare una tutela su larga scala dei beni comuni, ovviando al problema della mancanza di adeguate normative nazionali di tale tenore. Sebbene

siano già state formulate Convenzioni internazionali a riguardo (si vedano, fra tutti, i Protocolli di Cartagena e Nagoya, rispettivamente del 2000 e 2010, a tutela della biodiversità e dell'ambiente) ciò che manca ancora è un catalogo di norme e divieti, volti a limitare lo sfruttamento selvaggio operato dal mercato. I beni comuni andrebbero dunque riqualificati da *res nullius* a patrimonio comune dell'umanità (p.43), di cui deve esser fatto un uso più consapevole e razionale.

La quarta e ultima espansione è infine quella più utopistica, ovvero quella del costituzionalismo globale. A fronte della moderna tendenza a dislocare i luoghi del potere decisionale al di fuori dei confini nazionali, è oramai venuto indubbiamente meno il sodalizio tra democrazia rappresentativa e popolo alla base dello stato di diritto occidentale. Inoltre, la legge vigente è – sempre di più – emanazione di organi sovrani non eletti direttamente dai cittadini che vanno, dunque, a sostituirsi alle assemblee nazionali, parti strutturali di un oramai decadente Stato-Nazione. La soluzione per frenare tale declino è, a parere dell'Autore, da ricercarsi in un modello di costituzionalismo capace di trascendere i modelli teorici finora utilizzati per sviluppare positivamente le potenzialità insite nelle relazioni dinamiche tra Stati sovrani. I nuovi poteri sovranazionali si sono infatti affermati in uno spazio libero da regole e limiti, accaparrandosi funzioni e prerogative dei vecchi governi nazionali ma senza per questo essere sottoposti alle stesse restrizioni e controlli. L'assunzione concorde – tramite l'adozione di Convenzioni internazionali e Carte dei diritti – da parte dei soggetti statali di impegni programmatici - volti al rispetto e alla promozione dei diritti umani -, infatti, non è rimasta che inchiostro su carta, in mancanza di una volontà effettiva di trasporre tali intenzioni nel campo della prassi. Come osservato dall'Autore, in molti casi mancano ancora drammaticamente le leggi di attuazione dei trattati così che i diritti proclamati risultano privi di garanzie internazionali (p.47). Il risultato più immediato di tale politica è stato la crescita delle disuguaglianze tra la popolazione – inter ed extra nazionale – nonché la minaccia sempre più concreta di una frattura degli equilibri di pace che erano stati creati.

Pertanto, il quadro complessivo odierno è quello di una società globale senza regole e continuamente in frizione e tensione a causa dell'aumento delle interazioni tra i diversi soggetti sovrani a cui è speculare, dal punto di vista interno dei singoli Paesi, una verticalizzazione del sistema - con l'affermazione del principio del capo all'apice di un partito che è di fatto sbrigliato dalla volontà popolare – e una commistione di interessi economici e politici atta a influenzare e indirizzare le scelte governative. Il paradosso è allora evidente tanto che l'Autore suggerisce di abbandonare il proposito di trasporre a livello internazionale il modello statale nazionale, optando invece per una rifondazione della democrazia costituzionale

mediante l'introduzione di adeguate tecniche e funzioni di garanzia (p. 49). Al di là di ogni discrezionalità, le istituzioni di garanzia intervengono sulla “sfera dell'indecidibile”, nell'applicazione vincolata della legge a tutela dei diritti e delle libertà fondamentali. La loro sfera di azione è dunque amministrativa e giurisdizionale, secondaria rispetto alle competenze decisionali proprie degli organi governativi. Le istituzioni di garanzia, infatti, prescindono dalla legittimazione popolare, perseguendo fini universali - quali la pace, la sicurezza e la protezione dei diritti umani fondamentali - nei modi prestabiliti dalla legge. Le tematiche e le problematiche che si trovano ad affrontare sono pertanto generali e globali, poiché afferenti l'individuo umano in quanto tale, nella sua specifica natura propria dell'intera specie.

All'espansione del paradigma costituzionale secondo i quattro vettori su esposti deve poi corrispondere una riorganizzazione della sfera pubblica globale mediante la redistribuzione degli originari ruoli: alla politica quello di controllo sull'economia e allo *ius* quello di tutela dei diritti universali. Riformulando dunque la classica tripartizione dei poteri di Montesquieu, l'Autore teorizza tre nuove separazioni. Innanzitutto quella dei partiti dallo Stato, o meglio dei poteri pubblici da quelli sociali. La crisi della rappresentanza oggi sofferta dai partiti politici è difatti imputabile anche alla infelice scelta di abbandonare il loro ruolo di “tramiti e collettori” delle istanze provenienti dallo spazio pubblico - inquadrati in un sistema democratico basato sulla teoria dell'agire comunicativo di Habermassiana formulazione - per andare a identificarsi con gli organi statali stessi. Appare allora necessario un ritorno alle origini, ai principi prima di tutto costituzionali (art. 49 Cost. italiana), per riabilitare la funzione di mediatore del partito politico, soggetto separato e ben distinto sia dall'elettorato che dalle istituzioni pubbliche.

La seconda separazione è poi quella tra le funzioni di governo e di garanzia poiché diversa è la fonte della loro legittimazione: la maggioranza contro la minoranza. In linea con quanto già sostenuto in merito ai beni comuni fondamentali, l'Autore sostiene la necessità di istituire organismi la cui missione sia riassumibile nella protezione del “demanio globale” e nell'attuazione di politiche sociali (p-62). In conclusione, la terza scissione concerne la separazione tra poteri esecutivi e poteri economico-finanziari. A tal fine, parrebbe opportuno riabilitare quelle iniziative di governo internazionale del mercato che erano state inaugurate negli anni Quaranta del Novecento, ad esempio mediante l'istituzione del Fondo Monetario Internazionale (1944) con gli accordi di Bretton Woods. Non si vuole, però, incitare l'adozione di politiche ulteriormente austere e rigide quanto piuttosto promuovere

politiche sociali aventi un impatto positivo sulle economie nazionali, sicuramente preferibili a quelle delle ristrettezze e del sacrificio.

A conclusione del volume, l'Autore si dedica infine allo scardinamento delle obiezioni scettiche formulate nei confronti del costituzionalismo esteso. Sulla scia del pensiero identitario di Carl Schmitt, si potrebbe infatti asserire che il fondamento assiologico e la fonte di legittimazione di una Carta costituzionale risiedono nella coesione sociale e culturale dei consociati cui è destinata, secondo il tritico *Staat Bewegung Volk*. In assenza di una tale omogeneità del popolo globale, il paradigma costituzionale sembrerebbe dunque inapplicabile. È però la concezione di partenza a rivelarsi errata, dovendosi declinare la Costituzione quale patto di convivenza – come teorizzato da Hobbes – in cui la forza e il dinamismo provengono direttamente dalla lotta e dal conflitto tra le diverse soggettività. In contesti che sempre di più si fanno multiculturali e pluralistici, non può infatti negarsi la necessità di garantire i diritti ad ampio raggio, tenendo in considerazione sia la volontà della maggioranza che i bisogni delle minoranze, così composite e differenti. Il compito cui sono chiamate oggi le Costituzioni – anche a costo di evolversi – è quello di assicurare la garanzia dei diritti essenziali e la convivenza pacifica, così che dallo scontro e dalla diversità si traggano forze motrici, trainanti il diritto e la politica verso il prossimo futuro.

In fondo, l'evoluzione del diritto moderno sembra proprio snodarsi lungo un processo di limitazione dei poteri assoluti (p.69) – in modo sicuramente più evidente a seguito del crollo dei totalitarismi del Novecento – per poter permettere la convivenza pacifica e dignitosa degli individui. Le vicende del diritto sono, in breve, sostanzialmente legate alla volontà di sopravvivenza del genere umano, processo che non può non essere analizzato come un *iter* di sviluppo e contenimento. Nel momento di crisi e declino, l'adozione dell'espanso paradigma costituzionale è dunque una doverosa reazione alle minacce rappresentate dai poteri sia vecchi che nuovi, un atto di maturità, di scelta della virtù quale salto dell'età adulta della politica e del diritto globali.

Laura Pelucchini

F. BASSANINI, A. MANZELLA (a cura di), *Due Camere, un Parlamento. Per far funzionare il bicameralismo*, Firenze, Passigli editore, 2017, pp. 196*.

Nel momento in cui questo contributo viene ultimato, l'Aula del Senato ha approvato a maggioranza assoluta una riforma regolamentare da tempo auspicata. Sebbene sia un mero e puntuale intervento manutentivo, che non ha intrapreso quindi la strada di una revisione integrale dell'intera fonte-atto, lo stesso rappresenta un passaggio importante in questo scorcio finale della XVII Legislatura. In particolare, la revisione tocca tre aspetti di particolare rilievo: la disciplina dei Gruppi parlamentari, con l'obiettivo di disincentivare i passaggi dei singoli senatori tra i vari schieramenti che animano le Assemblee; la riorganizzazione delle commissioni permanenti, nell'ottica di una loro valorizzazione, nonché la semplificazione e razionalizzazione dei lavori.

In questo contesto di mutamento, pertanto, il volume "*Due Camere, un Parlamento. Per far funzionare il bicameralismo*" è particolarmente adeguato, quasi avesse tracciato le linee guida per la Giunta per il regolamento, fautrice e redattrice delle novelle regolamentari approvate dal *Plenum* il 20 dicembre 2017. Ovviamente, il percorso è ancora lungo e le questioni rimaste in sospeso sono moltissime.

La mancata approvazione del disegno di legge di iniziativa governativa recante disposizioni per il superamento del bicameralismo perfettamente paritario (A.C. 2613), ha inaugurato una nuova stagione di riflessione e di dibattito sia nel mondo politico, sia in quello accademico. Difatti, la questione più urgente è quella di dare avvio ad un'opera di ammodernamento istituzionale per via regolamentare, senza una preventiva riforma a livello costituzionale della parte II del Testo. Per questo, la dottrina, oltre a porsi interrogativi di non poco conto, elabora ipotesi concrete per superare quella peculiare configurazione del bicameralismo italiano, "uguale, paritario e indifferenziato", in ragione del quale le due Camere sono dotate degli stessi poteri e le attività parlamentari sono il prodotto del consenso tra le medesime. E questo è l'obiettivo principale del volume, all'interno del quale i singoli Autori formulano ipotesi significative e proposte concrete, stante le difficoltà delle perduranti crisi di legittimazione e di rappresentatività esogene ed endogene cui è soggetto partito politico italiano e che irrimediabilmente riverberano i propri effetti patologici sulle istituzioni democratiche.

L'obiettivo auspicato, nelle pagine introduttive del volume, è dunque quello di attuare opere di efficientamento, al fine di assicurare nuovamente l'efficacia delle

* Contributo sottoposto a *peer review*.

decisioni, la capacità di governare in tempi rapidi e la celere adozione di provvedimenti in grado di far fronte alle sfide della contemporaneità. Benché la riforma del Parlamento sia una di quelle tematiche su cui è più difficile trovare un largo consenso, è chiaro come sia necessario individuare soluzioni maggiormente condivise dalla rappresentanza parlamentare, puntuali - e non quindi di ampio respiro -, che seguano il procedimento di riforma disciplinato dall'art. 138 Cost. "*affrontando le questioni una per una*" (Bassanini, cit. pag. 12).

In particolare, emerge dal volume come non sia necessario attuare una riforma del sistema bicamerale (oggetto di numerose istanze e tentativi di modifica succedutesi negli anni), ma proprio in considerazione di questo discusso - ma redivivo - bicameralismo perfettamente paritario, ripartire dal rilancio delle istituzioni, giacché "*è possibile trovare soluzioni che consentano, in qualche misura, di mitigare i difetti e le criticità del modello bicamerale paritario, pur conservandone i pregi*" (Bassanini, cit. pag. 15).

Quali sono dunque le proposte che nel concreto possono contribuire ad una più fluida funzionalità dell'Istituzione parlamentare, nel pieno rispetto dei fondamenti giustificativi che hanno portato i Costituenti ad operare determinate scelte tra il 1946 e il 1947?

Nonostante il beneplacito della giurisprudenza costituzionale, che ha più volte legittimato le Camere nelle loro diverse interpretazioni dei Regolamenti in virtù di quanto sancito dall'art. 64 Cost., l'armonizzazione dovrebbe avvenire, in primo luogo, nell'ambito del procedimento legislativo, poiché proprio le differenze regolamentari si ripercuotono negativamente sulla funzionalità dell'Istituzione intesa nel suo complesso, nonché sulla "*effettività delle regole del diritto parlamentare*". La soluzione alle attuali disarmonie, per Ibrido, dovrebbe tenere bene in considerazione anche il ruolo delle prassi che, se non costantemente e opportunamente codificate, rischiano di far retrocedere "*il diritto parlamentare rispetto alle elementari garanzie democratiche di pubblicità delle regole del gioco*" (cit. pag. 19). Pertanto, le principali soluzioni formulate sono due: la prima potrebbe essere quella di istituire una Giunta bicamerale di coordinamento delle regole sul procedimento legislativo, che avrebbe sia l'onere di elaborare i nuovi Regolamenti, sia il compito di superare quelle gravi disomogeneità che incidono tutt'oggi sulle procedure dell'*iter legis*. La seconda, invece, sarebbe quella di promuovere intese tra i due Presidenti di Assemblea, che avrebbe come beneficio quello di limitare le conflittualità che si manifestano, in via interpretativa, nel procedimento di formazione delle leggi.

Ipotesi per certi versi simile è quella avanzata da Villone, nel contributo dallo stesso curato, che da un lato avanza l'ipotesi di introdurre, in entrambi i rami del Parlamento, commissioni di conciliazione legislativa e un procedimento abbreviato

ex art. 72 Cost., che snellisca le tempistiche di approvazione, descritte puntualmente. Dall'altro, sempre nell'ottica dell'accelerazione dei tempi e della semplificazione, propone il superamento del passaggio dall'una all'altra Camera per il tramite della *navette*. Attualmente, questo meccanismo continua fintantoché non è raggiunto un accordo sullo stesso testo, ovvero la proposta viene integralmente respinta da una delle Camere. Se si apportassero le predette modifiche, l'esercizio collettivo della funzione legislativa sarebbe comunque conforme all'art. 70 Cost. grazie alla doppia approvazione simultanea. Pertanto, si ipotizza il superamento dell'interpretazione testuale della disposizione costituzionale, sostituendo la deliberazione susseguente a vantaggio di una deliberazione contestuale, cosicché "le due Camere possano operare in parallelo" (cit. pag. 26).

Nel suo contributo, Rivosecchi evidenzia invece che, nonostante i vantaggi derivanti dall'attribuzione del potere legislativo a due distinte Assemblee ai fini di una migliore qualità legislativa, altrettanto non può dirsi per le altre funzioni parlamentari. La differenziazione dei compiti spettanti in capo alle due Camere "*consentirebbe di razionalizzare i procedimenti, eliminando inutili doppioni tra i due rami per tutto ciò che concerne le fasi conoscitive, istruttorie, dibattimentali e di raccordo con il governo*" (cit. pag. 40). In tal senso, sarebbe auspicabile l'incremento delle procedure intercamerali già esistenti sia nell'ambito della funzione propriamente legislativa (tra cui è possibile annoverare, a titolo meramente esemplificativo, le istruttorie congiunte delle V commissioni bilancio sul Documento di economia e finanza; ovvero l'organizzazione del dibattito sulla fiducia al governo) sia nell'ambito delle altre funzioni (tra cui si ricordano le audizioni in sedute congiunte dei Ministri competenti o i rappresentanti delle istituzioni europee delle commissioni difesa ed esteri). O ancora, seppur da poco istituito, l'Ufficio parlamentare di Bilancio, che rappresenta il modello vincente dell'integrazione tra i due rami del Parlamento.

In quest'ottica, sarebbe pertanto opportuno procedere all'introduzione di meccanismi che consentano a tutte le commissioni di lavorare congiuntamente e in sintonia con il Governo; nonché l'introduzione del Comitato per la legislazione della Camera dei deputati anche al Senato, a vantaggio della legislazione, che ne beneficerebbe a livello qualitativo.

Per Gianniti, nel contributo "per un ragionevole bicameralismo amministrativo", sarebbe invece utile superare quella contrapposizione esistente tra le strutture serventi dei rami del Parlamento. Tale cooperazione auspicata è in procinto di realizzazione, giacché nelle - distinte - sedute degli Uffici di presidenza, riunitisi il 10 maggio 2017, si sono poste le basi per l'istituzione del ruolo unico dei dipendenti del Parlamento e per l'adozione dello Statuto unico dei dipendenti, sulla scia di quanto

realizzato già con l'apparato bibliotecario. In questo modo si andrebbe a superare quell'interpretazione testuale dell'art. 64 Cost., in ragione della quale si è andata consolidando l'autonomia delle due Camere, ma che non è escluso debba essere necessariamente realizzata d'ora in poi in regime di separatezza.

Nell'ottica di una cooperazione *tout court*, l'Autore propone l'istituzione di un'unica commissione bicamerale per gli affari europei, grazie alla quale l'intera attività europea del Parlamento trarrebbe giovamento e avrebbe altresì l'occasione di esprimere la propria voce unitaria in occasione dei consessi europei.

Alle stesse conclusioni giunge Lupo. L'Autore, riconoscendo l'esistenza di gravi disarmonie giuridiche che inficiano il principio fondamentale del buon andamento dei lavori, individua come aree particolarmente esposte a difformità non solo quelle attinenti al rapporto fiduciario, ma anche quelle relative ai procedimenti legislativi. Per questo propone la revisione degli strumenti che rientrano nel potere di emendamento, del contingentamento dei tempi nell'esame dei disegni di legge di conversione dei decreti-legge, nonché l'introduzione di un divieto per evitare la degenerata prassi dei maxi-emendamenti.

Ulteriori profili su cui sarebbe necessario intervenire sono la disciplina dei gruppi parlamentari e le regole del computo degli astenuti e della verifica del numero legale. In tutti questi casi, le differenze sono accresciute con il tempo a causa del mancato adeguamento dei Regolamenti rispetto alla diffusione di prassi applicative mai codificate. Ultimo in ordine di tempo, ma non di importanza, sono i due interventi della Giunta per il regolamento della Camera dei deputati: nel mese di aprile 2016, la Camera bassa ha dapprima approvato l'introduzione di un codice di condotta per i parlamentari e, qualche giorno dopo, un provvedimento di regolamentazione dell'attività di rappresentanza di interessi.

Anche sul fronte euro-nazionale, entrambi i Regolamenti necessitano un aggiornamento, giacché le ultime novelle risalgono ai tempi del Trattato di Nizza e dunque, come evidenziato nel contributo di Fasone e Piccirilli, nonostante la cornice attuativa della l. 234/2012, è doveroso rivedere l'intero impianto organico dei Capi XXVIII e XVIII dei Regolamenti di Camera e Senato perché *"ormai in gran parte desuete o del tutto superate dall'evoluzione del diritto primario dell'Ue, nonché dalla legislazione interna"*. (cit. pag. 93)

Pertanto, sarebbe opportuno aggiornare le procedure di partecipazione, a proposito del controllo di sussidiarietà e del dialogo politico, con un coinvolgimento maggiore ed attivo del Governo, attualmente mero invitato di pietra nell'esame parlamentare degli atti europei. Inoltre, si ritiene fondamentale operare una codificazione delle procedure con cui sono nominati i rappresentanti di entrambe le

Assemblee parlamentari presso la Convenzione prevista per la riforma dei Trattati in virtù della procedura ordinaria ex art. 48 TUE.

Innovazioni necessarie non possono esimersi dal coinvolgere anche la procedura di bilancio. Con una ricostruzione sintetica, ma cristallina, De Ioanna evidenzia tutte le problematiche concernenti il ciclo di bilancio: dal mancato coordinamento tra i due rami del Legislativo, al ricorso al maxi-emendamento e alla fiducia per evitare di incorrere nell'esercizio provvisorio e, di riflesso, in tutte le conseguenze negative che da un siffatto slittamento ne derivano. Proprio per questo, l'Autore auspica la realizzazione di *"una reale, profonda e regolata integrazione organizzativa (...) degli attuali Servizi di documentazione e dei Servizi del bilancio delle due Camere"*, grazie ad una serie di soluzioni evidenziate nel suo contributo.

Per quanto attiene invece agli effetti delle diverse formule elettorali che si sono succedute negli ultimi vent'anni, con cui si è cercato di arginare la crisi del sistema dei partiti assicurando maggioranze parlamentari certe a vantaggio della governabilità, numerosi sono gli effetti negativi che si sono riverberati sugli aspetti funzionali e organizzativi delle Camere. Clementi e Gianfrancesco evidenziano come sia necessario apportare modifiche a entrambi i Regolamenti, intervenendo nello specifico sulle maggioranze e sui criteri di composizione di taluni organi interni, per cercare di limitare la *"impropria strumentalizzazione di maggioranza nei confronti di chi maggioranza non è"* (cit. pag. 119). Di conseguenza, gli Autori concordano su un innalzamento dei quorum per l'approvazione dei regolamenti parlamentari e sull'elezione dei Presidenti di Assemblea (maggioranze qualificate), sull'introduzione di una paritaria composizione tra la maggioranza e le opposizioni all'interno delle Giunte (per il regolamento e per le elezioni e le immunità parlamentari) e per le commissioni di inchiesta. Tale suddivisione paritetica si potrebbe estendere anche, dal punto di vista funzionale, ai tempi assegnati sia alla maggioranza e al governo, sia alle opposizioni.

Ulteriore profilo degno di nota è quello concernente la mancata attuazione dell'art. 11 della legge costituzionale n. 3 del 2001. Bifulco, nel suo saggio, ripercorre puntualmente i fattori e le motivazioni storico politiche che hanno osteggiato l'integrazione della commissione parlamentare per le questioni regionali, che avrebbe accogliere i rappresentanti delle autonomie. La commissione, così come integrata, avrebbe il compito di fornire pareri su provvedimenti di natura legislativa che riguardano le materie di cui agli artt. 117, c. 3, e 119 Cost..

L'ultimo intervento, curato da Coppola e Toniato, con cui si chiude il volume, affronta il tema della valutazione delle politiche pubbliche, funzione che nel caso italiano - a differenza di altri paesi - stenta ancora a decollare.

La necessità di introdurre tale tipo di valutazione si è affermata a livello sovranazionale in considerazione dell'avvento della cd. governance europea, a partire dall'entrata in vigore del Patto *Euro-Plus* e dall'introduzione del cd. 'semestre europeo', con la finalità di realizzare un'organizzazione *ab origine* per le politiche economiche degli Stati membri dell'Unione. Tutto ciò nell'ottica di concretizzare un approccio metodologico integrato tra i Parlamenti nazionali e i rispettivi Governi per coordinare le iniziative e consentire l'adozione di decisioni che siano informate e, al tempo stesso, consapevoli, affinché "*il decisore politico (...) sia reso edotto delle conseguenze delle proprie scelte, promuovendo la conoscenza e la trasparenza di informazioni fondamentali per il processo decisionale*" (cit. pag. 163).

Un primo passo in questa direzione è stato fatto dal Consiglio di Presidenza del Senato e dall'Ufficio di Presidenza della Camera dei deputati. Gli stessi hanno approvato l'istituzione del Polo della documentazione parlamentare, con l'obiettivo di "*migliorare la qualità degli studi, garantire l'elaborazione di dossier per ciascun disegno di legge all'esame delle Commissioni e arricchire la documentazione tradizionale con metodologie innovative affinché sia predisposto un autonomo filone di ricerche per i profili attinenti l'analisi e la valutazione delle politiche pubbliche*" (cit. pag. 169). In conseguenza di ciò, Toniato preannuncia la costituzione dell'Ufficio valutazione impatto (Uvi), la cui Presidenza sarà affidata all'organo monocratico di vertice dell'Assemblea, coadiuvato nelle sue funzioni da un Gruppo di lavoro in analisi e valutazione delle politiche, a sua volta composto da tecnici esperti in materia. In tal modo, sarà possibile introdurre una nuova funzione spettante all'Istituzione parlamentare - e prevista nella riforma costituzionale rigettata dal corpo elettorale nel dicembre del 2016 - ossia quella di "*rispondere alla domanda centrale di quali effetti si siano riscontrati in seguito alle decisioni assunte e, segnatamente, di quale correlazione sussista tra tali effetti e gli strumenti, gli obiettivi, gli assetti organizzativi caratterizzanti una specifica politica*" (cit. pag. 172). Qualora si dovesse procedere in tal senso, si aprirebbe una nuova fase per il Parlamento italiano, che lo proietterebbe, sulla base di alcuni esempi comparati, in una nuova dimensione funzionale, andando oltre le canoniche funzioni legislativa, di indirizzo e controllo.

Giuliaserena Stegher